
FICHA TÉCNICA

TÍTULO DA PUBLICAÇÃO

Direito na lusofonia. Cultura, direito humanos e globalização

COORDENADORES

Prof. Doutor Mário Ferreira Monte
Prof.^a Doutora Maria Clara Calheiros
Prof.^a Doutora Maria Assunção do Vale Pereira
Prof.^a Doutora Anabela Gonçalves

DATA DE PUBLICAÇÃO

Março de 2016

EDIÇÃO

Escola de Direito da Universidade do Minho

IMPRESSÃO

Graficamares

EXEMPLARES

150 exemplares

DEPÓSITO LEGAL

409737/16

ISBN

978-989-97970-7-9

ÍNDIX

UMA PERSPECTIVA LUSÓFONA SOBRE O DIREITO PESSOAL DE AUTOR

1

FRATERNIDADE NAS CONSTITUIÇÕES DE PORTUGAL E BRASIL: POR UMA PRÁTICA CONSTITUCIONAL FRATERNA

9

(IM)POSSIBILIDADE(S) DE RECONHECIMENTO DE UM SENTIDO MATERIALMENTE AUTÓNOMO AO DIREITO EM CENÁRIO(S) DE (RADICAL) PLURALISMO CULTURAL

21

O ESTATUTO DO IDOSO NO BRASIL

29

A SUPERAÇÃO DO ERRO JUDICIÁRIO EM PROCESSO PENAL

37

BREVES NOTAS SOBRE AS NORMAS DE CONFLITOS GERAIS APLICÁVEIS AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

45

CULTURA E DIREITO

55

ANÁLISE BREVE DE UMA LEI DE 1760

71

UM NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL EM UM MUNDO GLOBALIZADO, NECESSIDADE DE NOVOS PARADIGMAS: A INTERCONSTITUCIONALIDADE E A TRANSCONSTITUCIONALIDADE

79

MARCO JURÍDICO DA CORRUPÇÃO ESPANHOLA. A REGULAÇÃO DOS
CONFLITOS DE INTERESSES

87

O DIREITO LUSÓFONO E O RISCO SOCIAL: NECESSÁRIA GLOBALIZAÇÃO
CONSTITUCIONAL?

97

COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA EM MATÉRIA PENAL NA LUSOFONIA

107

INTEGRAÇÃO, GLOBALIZAÇÃO E TRANSNACIONALIDADE

115

A LEGÍTIMA DEFESA: CONSIDERAÇÕES A PARTIR DOS CÓDIGOS PENAIS DE
PORTUGAL E TIMOR-LESTE

129

UM EXEMPLO DOS DESAFIOS POSTOS PELA ACEITAÇÃO DO PLURALISMO
JURÍDICO: O DIREITO COSTUMEIRO EM VIGOR NA REPÚBLICA
DA GUINÉ-BISSAU

139

A CORRUPÇÃO NA *ERA GLOBAL*: REFLEXÃO BREVE SOBRE O ALCANCE E OS
LIMITES DA INTERVENÇÃO PENAL

161

DERECHO, LENGUA, CULTURA

171

DA ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO DIREITO
ARBITRAL DOS PAÍSES LUSÓFONOS, EM BREVES TRAÇOS EM ESPECIAL: DA
OPORTUNIDADE DA CRIAÇÃO DE UM CENTRO DE ARBITRAGEM DOS PAÍSES
LUSÓFONOS PARA A RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS EMERGENTES DE OPERAÇÕES DE
INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

183

CONVENÇÕES SOBRE DUPLA TRIBUTAÇÃO ENTRE OS PAÍSES LUSÓFONOS

191

O PAPEL DO DIREITO NO LEGADO PORTUGUÊS EM MACAU

201

O CONSELHO DE PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO E A PREVENÇÃO DA
CORRUPÇÃO

215

A ORDEM JURÍDICA CABO-VERDIANA E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL:
O CONFLITO ENTRE O DEVER DE COOPERAR PLENAMENTE COM O TRIBUNAL
E O DEVER DE CUMPRIR O ACORDO DE NÃO-ENTREGA DE PESSOAS AOS
TRIBUNAIS INTERNACIONAIS COM OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

225

PROPRIEDADE INDUSTRIAL, GLOBALIZAÇÃO E LUSOFONIA

247

PROLEGÔMENOS A UMA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO NA LUSOFONIA

267

O DISCURSO JURÍDICO DE LIBERDADE, JUSTIÇA E SEGURANÇA LUSÓFONO:
CONTRIBUTO PARA UMA HARMONIZAÇÃO POSSÍVEL

279

A PROPOSTA DE REGULAMENTO DA PROCURADORIA EUROPEIA - UM
PRIMEIRO OLHAR

289

O IMPACTO DO USO BÉLICO DOS *DRONES* NOS DIREITOS HUMANOS
FUNDAMENTAIS

297

A EXIGÊNCIA DE SUSCEPTIBILIDADE DE REPRESENTAÇÃO GRÁFICA E/OU
VISIBILIDADE DA MARCA NA LUSOFONIA - APROXIMAÇÕES E AFASTAMENTOS

309

PARCERIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM AS ENTIDADES PRIVADAS
SEM FINS LUCRATIVOS E A QUESTÃO DA UNIVOCIDADE CONCEITUAL DO
“TERCEIRO SETOR”

317

A ADEQUAÇÃO FORMAL EM PROL DO PRAZO RAZOÁVEL DE DURAÇÃO DO
PROCESSO

325

VELHOS MÉTODOS DE RESPOSTA FACE A NOVOS DESAFIOS CRIMINAIS: A
COMPATIBILIDADE DO REGIME JURÍDICO DAS ACÇÕES ENCOBERTAS COM A
LEI DO CIBERCRIME

337

NORMATIVIDADES LINGUÍSTICAS LUSO-BRASILEIRAS. NORMAS DE TRATO
SOCIAL: DO(S) SEU(S) SENTIDO(S)

347

A COOPERAÇÃO TÉCNICO-POLICIAL NO ESPAÇO DA LUSOFONIA E IBERO-
AMERICANO: O ATLÂNTICO COMO ESPAÇO PRIVILEGIADO DA AÇÃO EXTERNA
PORTUGUESA?

359

A TUTELA DAS BASES DE DADOS E O PRINCÍPIO DE (NÃO) RECIPROCIDADE
COM PAÍSES NÃO PERTENCENTES À UNIÃO EUROPEIA

367

BUSCAS E APREENSÕES DIGITAIS; BUSCAS *ONLINE* E ACESSO
TRANSFRONTEIRIÇO A DADOS

375

PATOLOGIAS CORRUPATIVAS E RELEVÂNCIA PARA A TUTELA DOS DIREITOS
HUMANOS: ENFOQUE LUSO-BRASILEIRO

383

A MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO NOVO PARADIGMA DE JUSTIÇA - *DESAFIOS
PARA O FUTURO*

399

JUSTIÇA TRADICIONAL E JUSTIÇA FORMAL: AS RESPOSTAS DO PLURALISMO
JURÍDICO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM TIMOR-LESTE

409

DESAFIOS DA ADMINISTRAÇÃO DE JUSTIÇA

421

MENORES: INCAPACIDADE *VERSUS* AUTONOMIA

429

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A JUSTIÇA CRIMINAL ANGOLANA

437

CONGRESSO

COMISSÃO CIENTÍFICA DO CONGRESSO

Professor Doutor Sérgio Machado dos Santos
Professor Doutor Victor Aguiar e Silva
Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral
Professor Doutor Jorge Miranda
Professor Doutor Meilán Gil
Professor Doutor Acílio Estanqueiro Rocha
Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster
Professor Doutor Gómez Segade
Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha
Professor Doutor Vieira de Andrade
Professor Doutor Luís Couto Gonçalves
Professor Doutor Wladimir Brito
Professor Doutor Afonso Vaz
Professor Doutor Pedro Bacelar de Vasconcelos

COMISSÃO ORGANIZADORA

Prof. Doutor Mário Ferreira Monte
Prof.^a Doutora Maria Clara Calheiros
Prof.^a Doutora Maria Assunção do Vale Pereira
Prof.^a Doutora Anabela Gonçalves

NOTA DE ABERTURA

Direito na lusofonia. Cultura, direito humanos e globalização

Em fevereiro de 2014, a Escola de Direito da Universidade do Minho, com o propósito de assinalar os 20 anos da sua licenciatura em Direito, empreendeu um conjunto de iniciativas abertas à comunidade local, nacional e internacional. Foi neste contexto que se concebeu o projecto de organizar um congresso internacional que desse expressão aos laços que, durante todos esses anos, a comunidade académica da Escola de Direito fora estabelecendo com distintos países lusófonos. Assim nasceu o Congresso Internacional Direito na Lusofonia, cujas actas ora se publicam.

O acolhimento entusiástico da iniciativa, manifestado na resposta à chamada de propostas de comunicações, constituiu uma autêntica surpresa e levou o congresso a alcançar uma dimensão que os seus organizadores tinham estado longe de antever. Mas esse foi também o maior estímulo a que esta iniciativa viesse a ser repetida, estando em 2016 já na terceira edição, depois da segunda ter sido realizada em Luanda, Angola.

O âmbito temático dos trabalhos foi, propositadamente, desenhado de modo amplo e transversal, tendo os organizadores procurado que aqueles se agregassem em torno de tópicos omnipresentes neste início do século XXI: Direito, língua e cultura; A tutela dos Direitos Humanos; Direito e globalização; Transnacionalidade, governação e segurança.

Ao longo de vários dias, juristas das mais diversas proveniências de Portugal e do resto do mundo lusófono, debateram os temas propostos, sob diferentes perspectivas e desde o ponto de vista das várias culturas jurídicas a que pertenciam. Os textos que agora são trazidos a lume representam, ainda que não exaustivamente, os contributos que aí foram colhidos. Não se tratou – nem fora esse o objectivo – de uma iniciativa reservada às academias dos distintos países lusófonos, mas antes de um fórum aberto a todos aqueles que pensam e fazem o direito: magistrados, advogados, responsáveis de governos, deputados a assembleias legislativas, entre outros.

Este foi, também, um congresso que fez a demonstração de que a língua portuguesa é uma língua de comunicação internacional ao nível científico. Basta lembrar que todos os continentes, sem excepção, tiveram aqui representantes, apresentando as suas ideias e discutindo-as, sempre, na língua por-

tuguesa. Os diferentes “sotaques”, a diversidade do vocabulário, das contextualizações do discurso, mostraram simultaneamente a riqueza de um património cultural e linguístico que é de todos, e não apenas do local onde teve origem. Afinal, a língua é de quem a fala e, por isso, a faz viver.

As reflexões sobre as intersecções entre língua e cultura trouxeram para o debate uma das dimensões de análise jurídica que se revelou mais frutífera, em especial ao longo do século XX. Neste caso, juntamos ainda a voz da Galiza, através do contributo do Professor Doutor Puy Muñoz, da Universidade de Santiago de Compostela.

Um outro tema incontornável, cuja relevância é transversal a todos os países e culturas, é o que respeita aos desafios que se colocam à tutela efectiva dos direitos humanos. Em distintos painéis, e convocando frequentemente uma visão culturalmente situada, procurou-se discutir as dificuldades com que nos confrontámos na aspiração comumente assumida de construir uma sociedade cujas regras radiquem na fundamental protecção do valor da dignidade da pessoa humana.

Também os fenómenos da globalização económica e suas consequências, com a dispersão de centros de poder e a crescente opacidade que introduzem nas relações internacionais captaram o interesse e a atenção dos oradores do congresso. Este é, de resto, um foco de análise que se cruza com a emergência de novas questões de segurança que marcam a actualidade internacional.

Um congresso desta dimensão só foi possível graças aos esforços e boa vontade de muitas pessoas que se uniram em torno deste projecto: os oradores, os estudantes de graduação e pós-graduação, as associações estudantis (ELSA-Uminho e AEDUM), os professores e os funcionários não docentes da Escola de Direito, os nossos patrocinadores, o Director do Arquivo Distrital de Braga, a Reitoria da Universidade do Minho, entre muitos outros. A todos, o nosso bem haja.

Março de 2016

A Comissão Organizadora

Maria Clara Calheiros

Mário Ferreira Monte

Maria Assunção do Vale Pereira

Anabela Gonçalves

UMA PERSPECTIVA LUSÓFONA SOBRE O DIREITO PESSOAL DE AUTOR ⁽¹⁾

Alberto de Sá e Mello ⁽²⁾

1. Estrutura, conteúdo e natureza do direito de autor

O direito de autor é integrado, nos termos do art. 9.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos de Portugal (CDA* ⁽³⁾), por direitos (ou faculdades) de índole patrimonial e por faculdades de índole pessoal, designadas “direitos morais”.

Esclarece-se, antes de mais, o que se entende por direito de autor: é um direito exclusivo ou de monopólio de utilização patrimonial da obra intelectual, que serve também à preservação da sua genuinidade e integridade.

Isto significa que o criador intelectual da obra, titular originário do direito de autor, tem o poder de excluir todos os demais da exploração económica da obra intelectual. E apenas desta, não da *fruição intelectual* da obra, já que esta é espiritualmente universal, de todos.

Este direito, o direito de autor, pode ser atribuído por convenção ao que encomenda a obra ou àquele para quem esta é criada, em cumprimento de contrato (de trabalho ou de prestação de serviços). Pode pertencer originariamente

¹ Em desenvolvimento deste tema, pode consultar-se o nosso “Direito pessoal de autor – Uma perspectiva Lusófona”, publicado recentemente no Brasil in *Revista Fórum de Direito Civil* (ISSN 2238-9695), Ano 3 – n.º 5 (Janeiro-Abril de 2014), pp. 159-181 (editado *on-line* e existente em Portugal, nas bibliotecas jurídicas).

² Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias (Lisboa) e do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes – ISMAT (Portimão). Este artigo segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

³ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14/03, sucessivamente alterado até à Lei n.º 82/2013, de 06/12.

a uma empresa, na titularidade de pessoa singular ou colectiva, no caso das obras colectivas que são as que são criadas sob égide empresarial (no âmbito de uma empresa e divulgadas em nome desta).

Mas onde ficam, então, os direitos pessoais de autor (que as leis de autor portuguesa, brasileira e cabo-verdiana denominam “direitos morais”; que a lei de autor angolana designa mesmo “de carácter moral”; que a lei de autor moçambicana, quanto a nós avisadamente, prefere referir como “direitos de natureza pessoal, denominados não patrimoniais”; e que a lei de autor macaense bem refere apenas como “um direito pessoal sobre a obra protegida”) (4)?

2. Fundamento dos direitos pessoais (ditos “morais” de autor)

Os direitos pessoais estão ligados à preservação da genuinidade e integridade da obra. Em relação aos mesmos, podem formular-se dois axiomas:

- a) o autor é dono e senhor originário do destino da sua obra no comércio jurídico – enquanto tal, decide soberanamente se e quando a sua obra é divulgada e o modo da sua divulgação (direito de divulgação ou de inédito); pode também interromper a circulação da obra, invocando razões pessoais ponderosas, desde que indenize (direito de retirada);
- b) por outro lado, o autor tem o direito de ser reconhecido como tal em relação a uma dada obra sua e de preservar a obra tal como a exteriorizou, aceitando ou não as modificações que lhe proponham e realizando as que entender justificarem-se (direitos de reconhecimento da paternidade, de defesa da integridade e de modificação da obra, respectivamente).

Como se disse, o direito pessoal (“moral”) integra o direito de autor a par das faculdades de índole patrimonial, outorgadas para a exploração económica da obra. Qual a relação entre um e outras?

⁴ Todas as leis de autor de países e territórios lusófonos confrontadas prevêem o direito pessoal de autor, como não podia deixar de ser, sob a Convenção de Berna a que todos estes Estados aderiram. Assim: a) na lei de autor brasileira (LAB* – Lei n.º 9.610, de 19/02/1998, sucessivamente alterada até à Lei n.º 12.853, de 14/08/2013), que, no seu art. 24, estatui “pertencerem ao autor os direitos morais [...]”; b) na lei de autor angolana (LAA* – Lei n.º 4/90, de 10/03), que, logo no seu art. 3.º, n.º 2, consagra os que designa “direitos de carácter [...] moral”; c) na lei de autor moçambicana (LAM* – Lei n.º 4/2001, de 27/02), que, no art. 6, consagra os que designa “direitos de natureza pessoal, denominados direitos não patrimoniais”; d) na lei de autor cabo-verdiana (LACV* – Decreto-Legislativo n.º 1/2009, de 27/04), que, no art. 5.º, n.º 2, inclui “direitos de carácter patrimonial e pessoal, designando-se estes últimos por direitos morais”; e) na lei de autor macaense (LAMac* – aprovada pelo Decreto-Lei n.º 43/99/M, de 16/08, sucessivamente alterada até à Lei n.º 5/2012, de 04/10), que, no seu art. 7.º, consagra o que designa “um direito pessoal [...] sobre a obra protegida”.

3. Direitos pessoais de autor e exploração económica da obra

Os direitos pessoais de autor, além de servirem a preservação da genuinidade e integridade da obra intelectual, são também instrumentais da exploração económica deste bem imaterial: o criador intelectual, ao defender a integridade da obra, ao reivindicar a sua paternidade e, mais obviamente, ao decidir a divulgação se, quando e pelo modo que entender, bem como ao retirá-la de circulação, está também a garantir que as utilizações patrimoniais da sua obra sejam conformes ao que dela e para ela idealizou.

Isto é particularmente nítido nas obras criadas por contrato (no âmbito de dever funcional, em execução de contrato de trabalho ou em cumprimento de contrato de prestação de serviço): nestas, se for voluntariamente atribuído o direito de autor ao comitente, ao empregador ou ao que encomenda a obra, as utilizações consentidas ao autor não podem “prejudicar a obtenção dos fins para que foi produzida”. Nestas, se o direito de autor permanecer no criador intelectual, a obra “apenas pode ser utilizada para os fins previstos no contrato” (art. 15.º do CDA*).

Examinemos, então, as características do direito pessoal de autor.

4. Características dos direitos pessoais em vida e após a morte do autor

Todos os ordenamentos compulsados estatuem que os direitos pessoais de autor são irrenunciáveis e intransmissíveis. A LACV* declara-os como tal (mesmo) “no caso de transmissão total e após a morte do autor” (art. 56.º, n.º 2) (5).

No caso das obras criadas em execução de contrato, ainda que o direito (patrimonial) de autor seja atribuído ao comitente, o criador da obra conserva o direito pessoal. Por exemplo, todas as modificações na obra justificadas pelos fins da atribuição patrimonial realizada só podem ser introduzidas com acordo expresso do criador e nos termos convencionados (art. 15.º do CDA*).

5 Tal não impede, a nosso ver, que os direitos pessoais se constituam originariamente na titularidade de pessoa que organize a obra colectiva, ainda que se trate de uma pessoa meramente jurídica. As leis nacionais aplicáveis e as convenções internacionais vinculantes não prevêm que o direito de autor se constitua em qualquer caso coarctado do seu lado pessoal, o que exclui a admissibilidade de um direito de autor nascido amputado de faculdades pessoais. Por outro lado, os fundamentos éticos dos direitos morais de autor não são, de modo nenhum, incompatíveis com a característica (também) das pessoas colectivas, que, embora evidentemente destituídas de espiritualidade, podem perfeitamente (e devem) defender a genuinidade e integridade das obras colectivas cuja criação enquadram empresarialmente.

5. Regime dos direitos pessoais após a morte do autor

A lei de autor portuguesa estabelece que os direitos pessoais “se perpetuam após a morte do autor” (art. 56.º, n.º 2, do CDA*). A LAB* consagra mesmo a expressa *transmissão total* de certas faculdades nucleares (art. 24§1.º). Já a LAA* (art. 22.º) comete apenas o *exercício* dos direitos morais aos herdeiros do autor ou supletivamente à Secretaria de Estado da Cultura; bem assim, a LAMac* (art. 43.º) apenas defere o *exercício post mortem* aos sucessores. Que é, então, de pensar do regime dos direitos pessoais *post mortem auctoris*?

Se é previsível e consistente com a natureza pessoal dos direitos morais a sua intransmissibilidade e irrenunciabilidade, já a sua *perpetuidade* (ou mesmo a titularidade pelos sucessores) não faz sentido. O que os sucessores do autor falecido adquirem são poderes instrumentais da defesa da genuinidade e integridade da obra, pertencendo-lhes o exercício dessas faculdades pessoais até a obra cair no domínio público (art. 57.º, n.º 1, do CDA*). Mas tal não são direitos pessoais *de autor*, nem sentido faria atribuí-los como tal aos Ministérios da Cultura – após a queda no domínio público, ou mesmo antes desta, em caso de ameaça à genuinidade e integridade, quando os sucessores se abstiverem de o fazer –, como fazem o CDA* português (art. 57.º, n.ºs 2 e 3) ou a LAA* (art. 22.º).

Esclarecemos, a este propósito, que o que sustentamos é que o que assim se atribui aos sucessores *mortis causa* são verdadeiramente faculdades pessoais (que se constituem *ex novo* na sua esfera jurídica), mas não o direito pessoal de autor (com conteúdo diverso). Veja-se, aliás, o significativo caso do direito de divulgação de obra inédita de autor falecido que, na lei portuguesa (art. 70.º), é atribuído aos sucessores: que adquirem nas obras assim divulgadas (não mais do que) os direitos que lhes adviriam por sucessão se a obra tivesse sido divulgada em vida do autor (art. 70.º, n.º 2, do CDA*). Neste sentido, estatui também a LACV*, que contém uma muito significativa disposição (art. 58.º, n.º 1), que comete aos sucessores tão-só o “exercício dos direitos morais” e a decisão sobre a “exploração das obras não divulgadas ou publicadas”, esta última condicionada à vontade do autor em manter a obra inédita (“salvo se o autor tiver proibido por qualquer modo a sua divulgação e publicação”), acrescentando que, em caso de divulgação, os herdeiros gozam de direitos *patrimoniais* idênticos aos do autor (arts. 58.º, n.º 2, e 36.º).

6. Elenco das faculdades pessoais de autor e seu regime

Os direitos pessoais de autor desdobram-se em seis (ou sete, em alguns ordenamentos) faculdades pessoais:

- a) O *direito de divulgação ou ao inédito*, é aquele pelo qual o autor decide soberanamente se, quando e como divulga a obra. A lei de autor portuguesa não o consagra expressamente, mas ele é obviamente o pressuposto e pedra angular de todos os outros direitos pessoais. As leis angolana (art. 18.º, n.º 1, alínea c)), macaense (art. 7.º, n.º 3, alínea a)), cabo-verdiana (art. 46.º, alínea c)) e brasileira (art. 24/III) consagram-no na sua faceta “direito ao inédito”. Pensamos que o direito ao inédito (direito de conservar a obra inédita e de quebrar o seu ineditismo) não esgota esta faculdade, pois não explica o poder de divulgar ou não divulgar a obra após o exercício do direito de retirada (quando o ineditismo já foi quebrado), pelo que o *nomen* e conceito preferível é o de direito de *divulgação*.
- b) O *direito de retirada* consente ao autor interromper toda a utilização da obra e retirá-la de circulação, desde que tenha razões ponderosas e indemnice os lesados. Está consagrado em todas as leis lusófonas compulsadas. Pensamos que as “razões morais atendíveis” (expressão da lei portuguesa), que a lei brasileira liga à “afronta à reputação e imagem do autor” (art. 24/VI), devem ser ponderadas com o prejuízo cultural e social causado pela retirada, já que os danos patrimoniais são reparados pela indemnização. Significativamente, a LACV* (art. 4.º) limita expressamente este e outros direitos de autor pelo não prejuízo dos “objectivos e interesses superiores da República [...] e [dos] princípios em que assenta” e pela “necessidade social de uma ampla difusão destas obras”.
- c) Entre os poderes pessoais do autor, compreende-se também o *direito do autor de ver mencionado*, em caso de utilização da obra, o *nome ou a designação que o identifica* como tal. É muitas vezes confundido com o direito ao nome, um direito de personalidade independente da criação intelectual, sendo que a lei portuguesa (art. 29.º do CDA*) chega a proibir o uso de nome igual ao de personagem célebre. Este direito não tem consagração genérica no CDA* português, que opta por plasmá-lo a propósito de cada uma das formas de utilização; consagram-no genericamente e com autonomia todas as outras leis de autor lusófonas compulsadas (art. 24/II da LAB*; art. 46.º, alínea a), da LACV*, art. 18.º, n.º 1, alínea a), da LAA*, art. 7.º, n.º 3, alínea c), da LAMac* e art. 8.º, -a), 2ª parte, LAM*).
- d) O *direito de reivindicar a paternidade da obra* integra o poder de reclamar e exigir o reconhecimento da autoria própria da obra. A LAB* (art. 24/I) consagra-o mesmo como o “direito de reivindicar a autoria da obra”, o que elucida bem sobre o seu conteúdo. Este direito está consagrado em todas as leis de autor lusófonas confrontadas (art. 56.º CDA*, art. 18.º/1-a) LAA*, art. 46.º-a LACV*, art. 7/2-b) LAMac*, art. 8, alínea a), da LAM*).

e) Está também consagrado como direito moral o *direito de defender a integridade da obra* contra actos que a desvirtuem – a que a lei portuguesa acrescenta ociosamente “ferindo a sua [do autor] honra e reputação”. Na verdade, ao contrário do que a norma citada leva a pensar, não estão aqui em causa os direitos de personalidade ao bom nome ou à imagem do autor, com tutela própria pela lei civil geral, mas tão-só o referencial que o autor deve usar como juiz soberano e último dos actos que entenda desvirtuarem a sua obra: se se disser que a obra de certo autor revela que ele é um idiota, não é com recurso ao direito de defesa da integridade da obra – mas apelando à tutela civil, comum, do direito ao bom nome – que ele deve defender-se; se se disser que a obra revela que ele é um génio, mas que melhora com certas modificações que, de seguida, se realizam sem o seu consentimento, é de ataque à integridade da obra que se trata, sem necessariamente ofender a honra ou reputação do autor. Ligam este direito também à “defesa da reputação ou honra” – quanto a nós, com o mesmo sentido – a LAB* (art. 24/IV), a LAA* (art. 18.º, n.º 1, alínea b)), a LAM* (art. 8, alínea c)) que acrescenta como referencial a defesa da genuinidade e integridade, a LACV* (art. 46.º, alínea b)) e a LAMac* (art. 7.º, n.º 2, alínea d)).

f) O *direito de modificar a obra* e de nela autorizar alterações é o reverso do direito anterior: quem se pode opor a alterações na obra, também pode consentir nelas e realizá-las, impondo-as a terceiros. Este direito não é consagrado com autonomia pela maior parte das leis lusófonas compulsadas [a lei portuguesa prevê-o implicitamente ao fixar-lhe um limite: considera que, *em caso de transformação autorizada da obra* (tradução, arranjo musical, dramatização, cinematização) estão implícita e necessariamente consentidas as “modificações da obra que não a desvirtuem” exigidas pelo fim da utilização autorizada]. A LAB* consagra este direito com autonomia (art. 24/V), impondo-o mesmo a terceiros que tenham já utilizado ou estejam ainda a utilizar a obra, o que reforça a nossa ideia de que, para modificar a obra que esteja a ser utilizada, o autor deve primeiro exercer licitamente o direito de retirada (com os pressupostos acima indicados). A LAB* parece corroborar esta ideia, ao sujeitar o exercício de ambos os direitos (de modificação e de retirada) – e só estes – à prévia indemnização que caiba (art. 24§3.º).

g) Algumas das leis de autor nacionais compulsadas consagram também o *direito de acesso ao exemplar* único ou raro da obra, que pode ser exercido “a fim de a publicar, divulgar ou comunicar ao público” (art. 46.º, alínea e), da LACV*), o que revela a prevalência e superioridade destas faculdades sobre os direitos (patrimoniais) de utilização outorgados a outrem. Este direito também é operante “[...] a fim de, por meio de

processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar a sua [da obra] memória” com o menor inconveniente possível do detentor legítimo [do exemplar acedido] e indemnizando os prejuízos (art. 24/VII da LAB*), o que, finalmente, também evidencia que estes são direitos relativos à obra – sobre a obra –, não outorgados para defesa da personalidade (bem jurídico autónomo) do autor.

Mas prevalecerá o direito pessoal de autor mesmo contra direitos sobre o suporte material da obra, nomeadamente os daqueles que tenham adquirido obra de exemplar único ou raro?

7. Direito pessoal de autor e direitos (reais) sobre o suporte material da obra

Como se viu, o exercício do direito pessoal de acesso ao exemplar da obra para a divulgar ou para a preservar obriga o titular do direito real sobre o suporte material em que se fixe o exemplar único ou raro da obra a cedê-lo para que o autor exerça o seu direito. Isto não afecta a independência entre o direito de autor e os direitos reais sobre o suporte material da obra (art. 3.º, n.º 2, da LACV*, art. 10.º, n.º 1, do CDA*): os titulares de um e de outros não coincidem necessariamente, as vicissitudes daquele não acompanham obrigatoriamente as destes ⁽⁶⁾.

O caso em que tal se afiguraria mais controverso é o do exercício do direito de retirada. Mas a regra da independência entre direitos de autor sobre a obra e direitos reais sobre o suporte desta não sofre aqui excepção: o autor que exerce o direito de retirada “interrompe a circulação” da sua obra, impõe que a sua exploração económica (seja pela edição, pela representação, pela radiodifusão, pela recitação, pela colocação à disposição do público na *Internet*, pela produção e distribuição cinematográfica/audiovisual, pela exposição) cesse, mas tal não implica que possa desapropriar os titulares dos suportes (livros, CD, DVD, telas com pintura) dos exemplares em que aquela esteja fixada e, menos ainda, reavê-los, expropriando os proprietários dos suportes, ainda que indemnize ⁽⁷⁾.

⁶ Excepcionalmente, no caso das obras de artes plásticas, a alienação do suporte da obra implica atribuição do direito de a expor (art. 157.º, n.º 2, do CDA*, art. 77 da LAB*, art. 111.º, n.º 2, da LACV*).

⁷ O que exerça o direito de retirada deverá indemnizar, sim, mas pelo prejuízo que causa a imposição da cessação da exploração económica da obra intelectual, antes autorizada. Só que tal retirada, ainda que efectiva, nunca é apta a atingir direitos reais sobre os suportes materiais da obra, que continuarão em titularidade e posse dos primitivos proprietários e possuidores.

FRATERNIDADE NAS CONSTITUIÇÕES DE PORTUGAL E BRASIL: POR UMA PRÁTICA CONSTITUCIONAL FRATERNA

Amarah Farage Frade⁽¹⁾

Dado o histórico choque que existe entre Direito Natural e Direito Positivo, é sempre de muita relevância e prudência a tarefa de pesquisar a respeito de um tema tão intrigante. Não é isso que se fará nesse pequeno espaço. Esclarecer tema de grande complexidade é sempre tarefa hercúlea. A proposta que se apresenta é abordar a importância da fraternidade, mais precisamente, do Direito Fraternal dentro de uma cultura, doutrina e jurisprudências que já se fazem presentes no cenário jurídico que, aparentemente, confluem para um novo paradigma constitucional.

Assim, como é de bom senso dizer que o Direito Natural não substitui o Direito Positivo e vice-versa, sendo os dois face de uma mesma moeda, e que, necessariamente, precisam andar em harmonia para a obtenção do bom Direito e, conseqüentemente, o perseguição constante da boa justiça, o Direito Fraternal aqui analisado não se apresenta com o propósito de substituir o atual paradigma jurídico, mas com ele pode somar para intensificar a abrangência e conquista dos Direitos do Homem.

A partir da análise de alguns autores que tratam o tema, verificou-se diversas expressões concordes voltadas para esse cenário jurídico. Ora ele é batizado como Direito Altruísta, ora como Direito Humanístico, mas todos com

¹ Advogada, Mestre e Doutoranda em Ciência Política pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

o mesmo desejo: o de construir uma cultura social, jurídica e política voltada para uma sociedade capaz de conviver harmonicamente dentro das inúmeras diferenças existentes. Isso deve, necessariamente, levar em conta duas faces da fraternidade: uma voltada para a fraternidade pública e outra voltada para a fraternidade privada.

Crê-se, em suma, que há duas formas de se exteriorizar a fraternidade: uma voltada para as relações interpessoais, que são relações de convívio numa dada sociedade que pode ser chamada de *fraternidade privada*, e outra voltada para as instituições estabelecidas, aqui englobando o judiciário, o poder público e demais setores da sociedade, todos com o dever de contribuir para uma sociedade mais fraterna, em que seja possível o atingimento do bem-estar coletivo, podendo ser chamada de *fraternidade pública*.

Ainda que a fraternidade seja observada de formas diferentes e, sobretudo, conotativamente diferente, variando conforme a cultura de cada um, no que toca à fraternidade privada e à fraternidade pública, entende-se que elas não podem ser livremente, ou autonomamente, interpretadas, pois uma reforça a ideia da outra, uma alimenta a outra, e é na sua interligação que o homem se torna um ser ainda mais evoluído e solidário, capaz de se aproximar da felicidade na terra, não olvidando, obviamente, a necessidade de se ter em conta um meio ambiente equilibrado para que essa convivência seja possível. É isso a consubstanciação da fraternidade sob uma perspectiva cultural.

Doutrinariamente pode-se contar com a contribuição de alguns poucos autores que traçam linhas filosóficas a respeito do tema.

Para ELIGIO RESTA – *Il Diritto Fraterno* ⁽²⁾ – expressa um direito que deva ser pautado num jurar conjunto, no qual haja um compartilhamento de regras mínimas de convivência, apoiado na não violência e no cosmopolitismo. É um direito no qual se questionam as ideias do direito soberano e de cidadania.

O sociólogo centraliza suas críticas às ideias tradicionais de Estado, Estado-Nação, sociedade e Direito tal qual se impõem. Em seu livro, *Il Diritto Fraterno*, RESTA entende que o Direito Fraterno é um direito não impositivo, ao contrário, esse novo Direito cuida de diagnosticar as doenças causadas pela prática comum de um Direito Impositivo e prescrever possíveis alternativas para uma sociedade acostumada a enxergar o Direito como um produto do soberano.

Para ele, “o Direito Fraterno propõe então um jurar conjunto, na qual a sociedade deixa de enxergar o direito como um produto do soberano e passa a enxergá-lo como um produto de um igual, ou seja, um Direito não mais agarrado a figura do soberano, centrado no paternalismo, no *pater*, mas sim em

² ELIGIO RESTA, *Diritto Fraterno*, Roma, Laterza, 2002. RESTA é sociólogo que estuda os pressupostos do Direito Fraterno.

um Direito que vem ao encontro da figura do *frater*, que recebe e aplica o direito não mais de uma forma imposta, mas de forma compartilhada, voltada para a maior capacidade de humanização de suas decisões” (3).

Faz parte do estudo do Direito Fraternal de ELIGIO RESTA a reflexão acerca de uma possível “constituição sem inimigos, uma constituição sem povo” (4), a qual idealiza um povo mais desprendido de seus laços de pertença.

Resta clara a necessidade de reflexões sobre questões muito delicadas, como é o caso da crítica à soberania tratada por ELIGIO RESTA: “sem a superação do dogma da soberania dos estados, não se poderá nunca colocar o problema do pacifismo. Só por um certo período de tempo, mais ou menos longo, a humanidade, disse Kelsen, se divide em estados: e não dito que o deva fazer para sempre. O estado aparece como um produto relativo de um tempo histórico bem definido, que coincide com esse tempo convencionalmente chamado ‘modernidade’. Superar o dogma da soberania deve ser então a ‘tarefa infinita’ que uma cultura jurídico-política deve com fadiga levar adiante” (5).

O Direito que emerge não é pautado num conceito de *pai-soberano* ou *direito paterno*, agora o Direito Fraternal pauta-se por um juramento conjunto entre os homens-irmão: “é um direito jurado por irmãos, homens e mulheres, com um pacto em que se decide compartilhar regras mínimas de convivências. Então é convencional, voltado para o futuro” (6).

O Direito Fraternal estudado por ELIGIO RESTA não é um Direito pautado na ideia ingênua que todos devem amar-se mutuamente, mas há uma ligação com pressupostos da não violência que devem percorrer a atitude de cada uma no seu dia-a-dia.

Baseado nesse cenário é que se pode dizer que o cosmopolitismo é também umas das vigas mestras do Direito Fraternal estudado neste autor, por compartilhar da ideia de que as fronteiras geográficas impostas pela sociedade servem de obstáculo ao avanço e aperfeiçoamento da mesma. O viés central é o de que a humanidade possa ser vista com um todo harmônico, mas sempre respeitando as suas diferenças que lhe são próprias.

Para MICHELE CARDUCCI, essa nova atmosfera jurídica preceitua um direito que, necessariamente, deve ser interpretado a partir de um espírito crítico. O Direito Constitucional Altruísta, na visão desse autor, deve estar pautado em um processo interpretativo que leve em consideração as ideias de

³ Cf. SANDRA REGINA MARTINI VIAL, “Direito Fraternal”, in *Estudo & Debate*, Rio Grande do Sul, UNIVATES, 2004, p. 76.

⁴ SANDRA REGINA MARTINI VIAL, “Direito Fraternal”, *cit.*, p. 76.

⁵ SANDRA REGINA MARTINI VIAL, “Direito Fraternal”, *cit.*, p. 77.

⁶ SANDRA REGINA MARTINI VIAL, “Direito Fraternal”, *cit.*, p. 77.

bem comum, cidadania, magnanimidade e amizade, todas condicionadas a uma urgente necessidade de uma profunda mudança cultural (7).

MICHELE CARDUCCI se apoia na necessidade de efetivação da liberdade e da igualdade ao teorizar sobre um Direito Constitucional Altruísta. O autor não traz soluções para a crise instaurada no universo jurídico-político, mas contribui com reflexões acerca do acesso aos bens fundamentais que são de extrema importância para o direito à vida de grupos menos favorecidos. Ele retira a responsabilidade exclusiva do estado-nação em ter que promover meios de acesso aos bens fundamentais para com seus cidadãos e passa a compartilhar esse dever com a comunidade internacional por inteiro.

O Direito Altruísta é um direito constitucional sensível ao outro que tem por desafio estabelecer laços de amizade, sendo sua efetivação requerida, primeiramente, na reparação dos danos que foram perpetrados, no curso da história, para com os povos mais oprimidos (principalmente aqueles que sofreram processos de violenta desnacionalização). Na mesma linha, o Direito Altruísta, vê-se numa posição de procurar meios capazes de articular princípios muito antagônicos numa sociedade extremamente complexa e, assim, criar alianças entre visões individualistas e holísticas.

A Universalização democrática seria, para CARDUCCI, “a única chance que é dada ao homem globalizado de pensar e construir novas linhas de amizade entre os povos e entre as nações, sem mais esferas sacrificais [...]” (8), ela é caminho para um “*estar-em-comum da liberdade*”, este seria o ápice do Direito Altruísta, mas que conta com diversos obstáculos devido às diferenças culturais e mundividências que necessitam de um profundo processo de articulação e revisão de mentalidade para sua realização.

Para que se estabeleça esse cenário, CARDUCCI sugere uma importante condição de validade, que reside num critério *não-sacrifical* (9). Entende-se, portanto, que não há espaço para o sacrifício de um indivíduo em prol de um terceiro ou de terceiros. Esse sacrifício, se houver, deve ser razoável e equilibrado, pois o universalismo democrático “não admite existir indivíduos que possam ser sacrificados para o ‘bem comum’, ou mesmo, para o ‘bem’ da maioria” (10), ele requer a construção de uma sociedade efetivamente aberta e plural. O fato da possível reparação de injustiças do passado não pode servir como uma porta aberta para o acometimento de novas injustiças.

⁷ MICHELE CARDUCCI, *Por um Direito Constitucional Altruísta*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

⁸ MICHELE CARDUCCI, *Por um Direito Constitucional Altruísta*, cit., pp. 22-23.

⁹ A cláusula não-sacrifical está contida no princípio da diferença abordado por JOHN RAWLS.

¹⁰ MICHELE CARDUCCI, *Por um Direito Constitucional Altruísta*, cit., p. 18.

A aplicação desse remédio não pode ser pautada em uma fórmula teórica, ela requer um processo interpretativo capaz de alterar a forma de aplicação da justiça, coadunado com a presença de um espírito crítico no qual um ser humano possa ver o outro como um irmão. É imperioso que haja a união da vontade com a ideia de uma sociedade plural, ou seja, que essa ideia saia da folha de papel (do mundo das ideias) e desça ao mundo real. A concepção altruísta nada mais é que o Direito Fraternal, ambos respaldam-se nas ideias de bem comum, de cidadania despreendida de uma concepção individualista, de magnanimidade, de amizade e de olhar crítico para que, somadas à ideia de liberdade e de igualdade, possam indicar o caminho para a justiça.

É necessária uma quebra da mentalidade egoísta na qual *somente os mais próximos interessam* ⁽¹¹⁾. Enquanto houver apenas o interesse dos mais próximos, apenas haverá justiça para os mais próximos, assim, sem um alargamento de vista – sem uma quebra cultural –, é provável que a humanidade continue sem saber qual o caminho para a efetividade dos valores políticos consolidados na Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

O Direito Altruísta, para além de ser um direito inclusivo, no qual importa os direitos do homem e a necessidade de compartilhamento universal de um espaço preenchido por diferenças, percorre pela condição de fazer com que o homem possa ter meios de base para alcançar um real estado de bem-estar.

É a partir da conscientização que todos são diferentes e que tais diferenças devem ter tratamento específico, que o Direito Fraternal propõe a integração e o juramento conjunto para a efetivação dos Direitos que são atinentes a cada um.

Em defesa deste mesmo cenário, há ainda a expressão Direito Humanístico trazida pelo Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal do Brasil, CARLOS AYRES BRITTO.

A visão deste autor guarda íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana e leva em consideração questões como qualidade de vida, busca da felicidade na terra, evolução sociais, independência aos domínios externos, compartilhamento de frutos, equilíbrio ecológico e, talvez o mais importante, o respeito no tratamento com os grupos historicamente mais excluídos.

O Direito Humanista de CARLOS AYRES BRITTO guarda relação direta com o Direito Altruísta de MICHELE CARDUCCI, ao condicionar a consubstanciação e efetivação plena desse Direito à necessidade de uma mudança de mentalidade capaz de influenciar, positivamente, tanto a sociedade como os ope-

¹¹ Expressão de TOCQUEVILLE abordada por MICHELE CARDUCCI, *Por um Direito Constitucional Altruísta*, cit., p. 43.

radores do Direito em suas tarefas interpretativas e de aplicação do Direito, na busca de um elevado padrão de civilidade de todo um povo ⁽¹²⁾.

A elevação da fraternidade como uma categoria constitucional, como um elemento do jurídico, requer um olhar abrangente, uma comunhão de esforços, um jurar conjunto, um (com)partilhar de valores voltados para uma sociedade tão acostumada com a letra fria da lei.

A chave para a solução do estabelecimento desse paradigma é a necessidade de uma mudança de mentalidade e do *modus operandi* do Direito. É importante que cada um, dentro de seu pequeno universo, faça uma reflexão sobre o atual cenário jurídico, político, social e econômico e que estabeleça metas capazes de alterar sua realidade e assim poder alterar a realidade como um todo. É natural que a sociedade perceba que ela necessite de outro olhar, mas, para isso, também se faz imprescindível que a comunidade jurídica passe a estabelecer critérios efetivos de decisões judiciais, critérios esses menos quantitativos e mais qualitativos.

Assim, o Direito Fraternal serve para demonstrar a preocupação que a sociedade tem na construção de um mundo mais fraternal, justo e solidário a partir de um ponto de concentração, que é a necessidade da mudança de mentalidade, jurídica, cultural, política e social.

Dentro das Constituições do Brasil e de Portugal, tem-se claros exemplos de uma construção juridicamente fraternal, pela qual pode-se analisá-las.

A Constituição da República Portuguesa e a Fraternidade

O Preâmbulo de uma Constituição funciona como o bilhete de identidade de um povo, é nele que se pode encontrar seus valores, sua direção jurídico-política, seu contexto histórico, suas bases filosóficas e o sentimento político de sua Nação. Embora não constando diretamente nas Cláusulas Pétreas, o Preâmbulo tem uma essência rígida e até imutável. Alterar o Preâmbulo de uma Constituição é alterar a essência constitucional, é querer mudar o ideal de um povo diante do momento histórico ao qual foi criado.

Nas lições de MARCELO NEVES, o Preâmbulo não pode ser enquadrado como uma legislação simbólica, porque, “apesar da função simbólica das declarações contidas nos textos constitucionais e seus preâmbulos, elas podem servir também à interpretação e, portanto, à concretização normativa do texto constitucional” ⁽¹³⁾.

¹² CARLO AYRES BRITTO, *O Humanismo como Categoria Constitucional*, Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2010.

¹³ MARCELO NEVES, *A Constitucionalização Simbólica*, São Paulo, Martins Fontes, 2011, p. 32.

A grande maioria das Constituições representam um contexto histórico revolucionário. A Constituição Portuguesa não foi diferente, pois com ela o povo português retomou a democracia e recuperou os Direitos e Liberdades Fundamentais, tão essenciais para uma vida digna. O Preâmbulo Constitucional Português foi o “último texto votado pela Assembleia Constituinte, a qual aprovou, sem modificações, o que constava do parecer da Comissão constituída para o efeito” (14). Esse texto inaugural interpreta e harmoniza-se com o sentimento do seu povo como forma de libertação do regime ditatorial vivido até o ano de 1974.

A Constituição de Portugal de 1976, alinhada com os princípios de um Estado Democrático de Direito e garantidora dos Direitos e Liberdades Fundamentais, já em seu Preâmbulo, afina-se com o espírito fraterno, “A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo Português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno” (15).

Também no corpo constitucional lusitano, pode perceber-se o compromisso com as bases para uma sociedade fraterna, como é o caso do seu art. 1.º: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (16); além disso, tem-se ainda a solidariedade, numa perspectiva não preconceituosa, ambiental e social, nos arts. 63.º, 66.º, 71.º e 73.º, todos com encargo clarificador e de reforço para a construção de uma sociedade mais fraterna.

O respeito pela dignidade da pessoa humana, a solução pacífica dos conflitos internacionais, a cooperação entre os povos para a emancipação e o progresso da humanidade, a dignidade social, a promoção do bem-estar e da qualidade de vida, a igualdade entre homens e mulheres, o espírito de tolerância, a compreensão mútua e a própria harmonização do texto com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, dentre tantos outros importantes valores e princípios constitucionais ventilados pela Constituição Portuguesa, dão o suporte jurídico-filosófico para o Direito Fraterno.

¹⁴ JORGE MIRANDA ET AL., *Estudos sobre a Constituição*, Lisboa, Petrony, 1977, p. 19.

¹⁵ J. J. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 9.

¹⁶ J. J. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa*, cit., p. 10.

Nesse mesmo caminho, há ainda as Constituições que, de certa forma, foram iluminadas pelos mesmos ideais da Constituição de Portugal. São as dos países lusófonos que trazem de forma expressa a aspiração pela construção de uma sociedade fraterna. Dentro deste cenário, encontra-se referência explícita à fraternidade nos Preâmbulos das Constituições de Timor-Leste⁽¹⁷⁾ e de Angola⁽¹⁸⁾.

E de forma implícita também encontra-se referência a valores que se não são sinônimos são muito próximos à fraternidade, tal como a solidariedade, como é o caso da Constituição de Cabo Verde que espalha por todo o seu corpo textual a construção de uma sociedade solidária⁽¹⁹⁾.

Nesse mesmo sentido tem-se a Constituição de Moçambique que traz a essência da fraternidade quando assegura uma educação à criança voltada para o amor à pátria, a igualdade entre os homens e mulheres, respeito e solidariedade social, bem como o respeito para com seus semelhantes pautado na não discriminação, na tolerância recíproca e na solidariedade, inserido no art. 44 daquele texto⁽²⁰⁾.

A Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe segue a mesma sorte quando dispõe no seu art. 1.º a referência à “construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na defesa dos Direitos do Homem e na solidariedade activa entre os homens e todos os povos”⁽²¹⁾. Todos esses textos promovem a união entre os povos, articulados dentro de um conceito amplo de fraternidade e solidariedade. O Direito Fraternal se alimenta exatamente desse espírito, um conceito de não violência e de preservação, resgate e fortalecimento dos direitos humanos, da liberdade e da igualdade entre os povos.

¹⁷ “Reafirmam solenemente a sua determinação em combater todas as formas de tirania, opressão, dominação e segregação social, cultural ou religiosa, defender a independência nacional, respeitar e garantir os direitos humanos e os direitos fundamentais do cidadão, assegurar o princípio da separação de poderes na organização do Estado e estabelecer as regras essenciais da democracia pluralista, tendo em vista a construção de um país justo e próspero e o desenvolvimento de uma sociedade solidária e fraterna”.

¹⁸ “Revestidos de uma cultura de tolerância e profundamente comprometidos com a reconciliação, a igualdade, a justiça e o desenvolvimento; Decididos a construir uma sociedade fundada na equidade de oportunidades, no compromisso, na fraternidade e na unidade na diversidade”.

¹⁹ A educação das crianças até às entidades institucionais é orientada para uma convivência fraterna. Disponível em www.icrc.org.

²⁰ A Constituição de Moçambique, assim como a de Cabo Verde, espalha por todo o seu texto a necessidade da construção de uma sociedade fraterna e solidária.

²¹ Art. 1.º da Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe.

A Constituição da República Federativa do Brasil e a Fraternidade

Como visto, o Preâmbulo constitucional serve como norte interpretativo da Constituição, indica a postura ideológica do país e de seu sistema político.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de ADI (n.º 2.076/2002-AC), fixou jurisprudência, ao estabelecer que o Preâmbulo constitucional não tem valor jurídico-normativo e que, apesar de ser parte integrante do texto e com ele se harmonizar, não tem força jurídica – por si só – para, por exemplo, sancionar eventual descumprimento direto ao seu texto.

A discussão que se instaurou na Corte Brasileira veio à baila, mais especificamente por constar no Preâmbulo a menção a Deus. Naturalmente que, sendo o Estado laico, aparentemente isso poderia ser interpretado como uma inconsistência política. Tal discussão já foi superada, tanto pela doutrina como pelos tribunais, pois a invocação da proteção de Deus não deve ser confundida com a necessidade de sua reprodução obrigatória, sendo certo que “o Preâmbulo não é um conjunto de normas; é um conjunto de princípios [...] não cria direitos ou deveres; [...] não há inconstitucionalidade por violação dos princípios nele consignados” (22), ou seja, não tem força cogente.

Na visão de Paulo Ferreira da Cunha, a “Constituição de 1988 é uma das mais progressivas do mundo, embora o seu carácter detalhista possa fazê-la conter elementos materialmente espúrios” (23), como é o caso do art. 224, parágrafo 2.º, ao estabelecer que: “O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”, é exemplo de norma formalmente constitucional.

Observada a importância axiológica que um Preâmbulo constitucional tem para seu povo, pois também tem a função de reforçar os princípios espalhados pelos seu corpo, a Constituição do Brasil também reflete um ideal fraterno em seu texto inaugural.

Também em seus objetivos fundamentais, a Constituição do Brasil se preocupa com o erguimento de uma sociedade fraterna. Ao eleger a construção de uma *sociedade livre, justa e solidária*, demonstra a harmonização com alguns dos elementos do Direito Fraterno. É o que se percebe das suas dimensões política, social e fraternal: a. dimensão política (uma sociedade livre); b. a dimensão social (uma sociedade justa); c. a dimensão fraternal (uma sociedade solidária).

²² JORGE MIRANDA ET AL., *Estudos sobre a Constituição*, cit., p. 19.

²³ PAULO FERREIRA CUNHA, *Direito Constitucional Geral*, Lisboa, Quid Juris, 2006, p. 225.

Há ainda bons exemplos de construção legislativa baseada no propósito fraterno, como, por exemplo, a recepção do decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009, pelo ordenamento jurídico brasileiro, que reforça a tese de uma Constituição que se preocupa com a consolidação de um constitucionalismo fraternal. Tal como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão integram o bloco de constitucionalidade do direito francês (*bloc de constitutionnalité*), o decreto n.º 6.949/09 integra o bloco de constitucionalidade do Direito Brasileiro. Tal decreto versa sobre os direitos das pessoas portadoras de deficiência e foi recebido pelo ordenamento jurídico brasileiro como *status* constitucional, em conformidade com a regra do parágrafo 3.º do art. 5.º da Constituição Federal.

É natural entender que, quando a Constituição confere tratamento com dimensão constitucional a um tema, está com isso querendo dizer que o conteúdo eleito é de extrema importância dentro do seu sistema axiológico, é, em verdade, algo que vem ao encontro dos valores constitucionais estabelecidos. Portanto, quando a Constituição do Brasil elevou o decreto n.º 6.949/09 a *status* constitucional, formando assim o bloco de constitucionalidade, o fez pautado no Direito Fraterno, que passa a enxergar o outro como irmão, inserido, efetivamente, como um igual dentro de uma sociedade tão desigual. A ação se deu com o objetivo de amenizar os efeitos sofridos por grupos histórica e reiteradamente excluídos e/ou estigmatizados, que é uma das bases do Direito Fraterno.

Em tese, não haveria necessidade de a Constituição receber uma convenção que trate especificamente sobre os direitos das pessoas com deficiência, pois já há no corpo constitucional diversos dispositivos – que são anteriores à recepção do decreto – que garantem, especificamente, a dignidade através de direitos positivados às pessoas com deficiência, como por exemplo o art. 6.º, inciso XXXI, que prevê a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão dos trabalhadores portadores de deficiência; além do art. 23, inciso II, que estabelece como competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o cuidado da saúde e assistência pública e a proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência, entre tantos outros.

É com a finalidade de estabelecer diferenças para aproximar-se da igualdade e ao reconhecer a importância dos princípios e diretrizes de política contidos no programa de ação mundial para as pessoas deficientes, mas, antes disso, ao ter a consciência política da dimensão de um Direito Fraterno coadunado ao reconhecimento de seu dever para com os menos beneficiados que entendeu o legislador constituinte derivado recepcionar o decreto citado.

Vê-se que o decreto em análise não traz expressamente o termo fraternidade e/ou solidariedade. Então o que motivou a criação do decreto, bem como a sua recepção pelo Direito Brasileiro, se não o espírito fraterno? O decreto se baseou nos “princípios consagrados na Carta das Nações Unidas, que

reconhecem a dignidade e o valor inerentes e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana como o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (24), por esse fundamento é que fica claro perceber o emergir do Direito Fraternal.

O desenrolar desse novo cenário não se passa apenas nos Preâmbulos Constitucionais; quando passamos a análise do Direito fraternal na prática, passamos a entender sua aplicabilidade. É, portanto, importante elucidar que o chamado constitucionalismo fraternal já vem sendo instrumentalizado, mais especificamente pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil, tal como se pode perceber da leitura das ações abaixo listadas:

- ADI n.º 3.510 de 2008 do STF do Brasil*;
- ADI n.º 3.768-4 de 2006 do STF do Brasil*;
- ADC n.º 19 de 2012 do STF do Brasil* (25).

As decisões judiciais fundamentadas no Constitucionalismo Fraternal podem servir de guia para os demais casos – num alargamento e generalização do novo paradigma; a isso ajuda o caráter irradiante do Direito Constitucional, a partir da sua inequívoca prevalência, primado e centralidade.

Após o aprofundamento doutrinário e a prática judicial do Direito Fraternal, conclui-se que o mesmo pode ser recebido como um novo paradigma, abandonando a terminologia inicialmente proposta na doutrina que o avaliava como um mero ponto de vista ou uma metateoria. O Direito Fraternal tem caráter transdisciplinar. Por isso, sua aplicação se dá nos mais variados ramos do Direito e adaptando-se à natureza de cada um.

A posição legalista do Direito impede a concretização dos fins de uma Constituição que tem por objetivo a construção de uma sociedade livre, justa, solidária, plural e sem preconceitos.

Interessa ainda dizer que a ausência expressa da fraternidade em algumas Constituições não retira, no respectivo país, o sentimento fraternal que lhe possa ser próprio, nem tão-pouco desautoriza os poderes constituídos a utilizarem o Direito Fraternal na elaboração de leis, na instituição de suas políticas públicas e nas decisões judiciais.

O Direito não pode excluir, em certas circunstâncias, algumas intervenções criativas do judiciário; o Direito Fraternal já está sendo invocado pelas Cortes Constitucionais e, por isso, já está a ser construído também através delas boa parte do constitucionalismo fraternal.

²⁴ Letra (a) do Preâmbulo do Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009.

²⁵ Todas essas ações podem ser acessadas através do *site* www.stf.jus.br.

(IM)POSSIBILIDADE(S) DE RECONHECIMENTO DE UM SENTIDO MATERIALMENTE AUTÓNOMO AO DIREITO EM CENÁRIO(S) DE (RADICAL) PLURALISMO CULTURAL

Ana Margarida Simões Gaudêncio ⁽¹⁾

I

1. Nos inumeráveis diagnósticos de *crise(s)* dos hodiernos contextos culturais humanos, modelam-se *pluralidades, rectius, pluralismos* ⁽²⁾, radicais, projecções da radicalmente problemática ausência de referentes materialmente agregadores da intersubjectividade humana... E isto se (*e na medida em que*) possam *ainda* admitir-se tais *pluralismos* como *efectivos problemas*: o *nosso mundo* tem vindo a demonstrar que a retracção dos domínios de relevância das valorações materiais e os constantes alargamentos dos campos de afirmação dos direitos e liberdades individuais se instalaram hoje já claramente como *paradigmas* nas relações intersubjectivas, numa teia crescentemente complexa de opções e de sentidos – *de formas de vida...* – susceptíveis de coexistência pacífica desde que procedimentalmente compossibilitados num grau formal mínimo de delimitação. Não obstante, e por outro lado, ainda no mesmo *diagnóstico*, quase na contra-face, as múltiplas afirmações de *multiculturalismos, interculturalidades* e *transculturalidades* implicarão, por seu turno, concomitantemente,

¹ Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Este artigo segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

² Vide, exemplarmente, PETER LASSMAN, *Pluralism*, Cambridge, Malden, Polity Press, 2011.

comunicações de conteúdos entre esferas culturais, por sua vez susceptíveis de provocar sobreposições materiais entre si, justaposições face a anteriores opções individualizadoras de cada cultura. O que será passível de conduzir a diluições culturais recíprocas, com a conseqüente perda de referentes essenciais na crescente globalização de comportamentos, potencializada também pelo crescente fluxo populacional à escala mundial, conformador de *sociedades complexas*.

Se o *multiculturalismo* ⁽³⁾ permite, numa das suas possíveis significações, a coexistência incomunicante de várias culturas, a *interculturalidade* abrirá caminho para um diálogo entre culturas, sem sobreposição necessária, ao passo que a *transculturalidade* busca o(s) elemento(s) comum(ns) existente(s) ou a existir, por força e como consequência da necessidade de diálogo ⁽⁴⁾. Projectada para lá (*para cá...*) das fronteiras da Modernidade, a determinação *cultural* reflecte-se na *interculturalidade*, na progressiva diluição de fronteiras que a globalização comporta. Se esta última pretender conduzir a um processo de *transculturalidade*, correr-se-á o risco de provocar a própria diluição da *diversidade cultural*. Evidentemente, a *transculturalidade* admitirá uma multiplicidade de sentidos e o sentido que acaba de se convocar não se confundirá com aquele, referido por WELSCH, que procura, para lá da *interculturalidade* e da *multiculturalidade*, não se reconduzir a uma miscigenação inevitavelmente conducente a uma *uniformização* globalizante, antes espelhar-se como *nova diversidade* – a partir da tomada de consciência de uma *transculturalidade interna* –, acentuando um *particularismo* que, não negando os enriquecimentos das intercomunicações na complexidade do mundo actual, reafirme a *singularidade...* ⁽⁵⁾. Não sendo também, já, noutro sentido, propriamente de *transculturalidade* que nos fala SANDKÜHLER, antes de uma tentativa de delinear uma concepção de *cultura*, através de uma perspectivação epistemológica, estabelecendo condições que permitam, uma vez reconhecida a diversidade cultural e a incomensurabilidade

³ Vide ANNE PHILIPS, *Multiculturalism Without Culture*, Princeton, Princeton University Press, 2007, pp. 11 e ss.

⁴ O que, exemplarmente, e ainda em cenário anterior ao “11 de Setembro”, ficou espelhado no confronto entre a potencial universalização presente no diagnóstico de FRANCIS FUKUYAMA – *The End of History and the Last Man* – e o multiculturalismo cultural e religioso determinante do perpetuar dos conflitos intercivilizacionais que, em resposta, SAMUEL HUNTINGTON espelha no seu *The Clash of Civilizations*. Vide FRANCIS FUKUYAMA, *The End of History and The Last Man*, New York, Free Press, 1992, e SAMUEL HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and The remaking of World Order*, New York, Simon & Schuster, 1996.

⁵ WOLFGANG WELSCH, “Transculturality: The Puzzling Form of Cultures Today”, in MICHAEL FEATHERSTONE/SCOTT LASH (Ed.), *Spaces of Culture: City, Nation, World*, London, Sage, 1999, pp. 194-213. “[...] does transculturality really mean uniformization? Not at all. It is, rather, intrinsically linked with the production of diversity”, *idem*, pp. 203 e 201.

de certas especificidades culturais – ao nível macroscópico, da sociedade, e ao nível microscópico, dos indivíduos –, a compreensão e a acção *transcultural* ⁽⁶⁾.

2. Questionada neste diagnóstico a possibilidade e o(s) sentido(s) da intervenção materialmente positiva da juridicidade, remeter-se-á progressivamente a respectiva determinação a uma compossibilitação formal-procedimental – essencialmente, *reduzora da complexidade...* – de conteúdos *externos* – de distintos *subsistemas sociais*, para o dizer com LUHMANN –, reduzindo-a a um *discurso* ordenador materialmente neutro ⁽⁷⁾. Com o que o direito haveria de demitir-se, em último termo, de valorações axiológicas. Tendência esta, não obstante, convivente com outras, algumas causas daquela, como é o caso de *certas* orientações de *heterodeterminação* do direito... Ponto este – de *neomaterialização* do direito, com os vários *funcionalismos jurídicos materiais*, para o dizermos com CASTANHEIRA NEVES – em que a pergunta pela *autonomia do direito* ou não terá, pura e simplesmente, lugar – concebendo o *direito* como instrumento e/ou como discurso de regulamentação entre outros *possíveis...* – ou resultará numa *neoformalização*, com um *funcionalismo jurídico formal* – tal como o considerado em LUHMANN ⁽⁸⁾. Naquela primeira alternativa, teremos conteúdos variados que o direito instrumentalmente assume em função de fins heteronomamente definidos, na segunda, uma ausência de conteúdo em que o direito assume a função de estabilização face a outros subsistemas sociais, sem que se instrumentalize aos fins que estes prosseguem. O direito como conteúdo heteronomamente determinando, portanto, na primeira possibilidade – e, assim, *ausência de autonomia...* –, e o direito como determinação formalmente autónoma, na segunda – e, portanto, *ausência de conteúdo...*

Tal *ausência de autonomia* manifestar-se-á também, todavia, ainda que distintamente, noutras experiências de construção *materialmente cultural* do direito. Assim, exemplarmente projectando o direito *como* cultura e a cultura *como* direito (“*law as culture and culture as law*”), numa análise *interdisciplinar*, em dialéctica articulação prática, demonstrada na recíproca construção e reconstrução semiótica, espelham-se experiências essencialmente incidíveis

⁶ Vide HANS-JÖRG SANDKÜHLER, “Pluralism, Cultures of Knowledge, Transculturality, and Fundamental Rights”, in HANS-JÖRG SANDKÜHLER/HONG-BIN LIM (Ed.), *Transculturality: Epistemology, Ethics and Politics*, Frankfurt, Peter Lang, 2004, pp. 79-100, p. 83.

⁷ Neste sentido, *vide*, sobretudo, NIKLAS LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993, 8. VII, pp. 6-31, 38 e ss., 195-204, e 550 e ss.

⁸ Vide ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Teoria do Direito. Lições proferidas no ano lectivo de 1998/99*, policop., Coimbra, 1998, pp. 127-191 (pp. 70-105, na versão A4).

e interpenetrantes ⁽⁹⁾, numa relação que implicará, no dizer de NAOMI MEZEY, ausência de *autonomia* e de *auto-referencialidade* no direito, porém não já indiferenciação entre *cultura* e *direito* ⁽¹⁰⁾. As diversas articulações da consideração do direito *como* cultura – (1) o direito a determinar a cultura, (2) a cultura a determinar o direito, ou (3) o direito e a cultura em relação dialéctica – corporizariam, para NAOMI MEZEY, perspectivas possíveis da relação entre cultura e direito, todas elas com elementos comuns entre si ⁽¹¹⁾. Propondo uma *interpretação cultural* do direito – inspirada em GEERTZ ⁽¹²⁾ – a partir da terceira possibilidade de perspectivação ⁽¹³⁾, designando por “*slippage*” o *deslizamento* entre a produção de sentidos jurídicos e a sua recepção cultural ⁽¹⁴⁾.

II

3. Perspectivado o direito enquanto *fundamental dimensão* da *cultura* – enquanto normatividade cultural-civilizacionalmente contextualizada... –, propõe-se, entre *discursos*, uma perspectivação *interna, crítica, rectius, autocrítica*, do direito sobre si próprio. Partindo em busca de uma base substancial-axiológica mobilizável, afinal, como elemento agregador da *semelhança* no seio da *diferença*, que não um mero estabelecimento de regras de diálogo em que o conteúdo nem fosse problematizado, procurar-se-á uma direcção possibilitante de *diálogo* sobre o próprio conteúdo do direito, postulando uma base

⁹ NAOMI MEZEY, “Law as Culture”, in *Yale Journal of Law & the Humanities*, vol. 13, 2001, pp. 35-67, pp. 35-36. “Law is simply one of the signifying practices that constitute culture and, despite its best efforts, it cannot be divorced from culture. Nor, for that matter, can culture be divorced from law”, *idem*, p. 46.

¹⁰ “A constitutive theory of law rejects law’s claim to autonomy and its tendency toward self-referentiality. [...] Whether called constitutive theory or legal consciousness, this understanding of the mutual constructedness of local cultural practices and larger legal institutions provides a way of thinking about law as culture and culture as law”, NAOMI MEZEY, “Law as Culture”, *cit.*, p. 47.

¹¹ *Vide* NAOMI MEZEY, “Law as Culture”, *cit.*, p. 48.

¹² NAOMI MEZEY, “Law as Culture”, *cit.*, pp. 60-61, citando Clifford GEERTZ, *The Interpretation of Cultures* (Basic Books, New York, 1973), 2000, pp. 3 e 6-7.

¹³ *Vide* Naomi MEZEY, “Law as Culture”, *cit.*, p. 58.

¹⁴ “In the slippage between a law’s aims and effects, you often see this collision of cultural and legal meanings”, NAOMI MEZEY, “Law as Culture”, *cit.*, pp. 58 e 61-62.

substancial-axiológica comum, como elemento agregador na *pluralidade* (15). Remetendo, afinal, para uma substancialização do *reconhecimento*, em referentes culturais especificamente *experimentados*. Apelando-se assim a uma *conformação cultural-substancialmente especificante da humanidade* (16).

Convocando-se fundamentalmente, neste ensejo, a proposta de CASTANHEIRA NEVES, haverá a considerar essencialmente a *contextualização comunitária* da intersubjectividade jurídica como assente numa axiológica “autotranscendência ou transcendentalidade prático-cultural” (17). A *unidade* que uma tal “*autotranscendência*”, e mesmo *autotranscendentalidade*, pressupõe, envolve, cada vez mais, hoje, uma *unidade na diferença*. Numa *opção axiológica*, na autodisponibilidade dos seus membros, mas que se compreende como condição prévia necessária à agregação axiológica e à fundamentação *autovinculante* da

¹⁵ Vide ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O Problema da universalidade do direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas”, in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra, Coimbra Editora, vol. III, 2008, pp. 101-128, p. 127; ANSELMO BORGES, *Religião e diálogo inter-religioso*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, pp. 108-109; JOÃO GOUVEIA MONTEIRO, “À volta das ‘três religiões do livro’”, in ANSELMO BORGES/JOÃO GOUVEIA MONTEIRO (Coord.), *As três religiões do livro*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2012, pp. 17-22. Vide ainda JOÃO LOUREIRO, “Pessoa, dignidade e cristianismo”, in JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/JOSÉ DE FARIA COSTA (Org.), *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, STVDIA IVRIDICA, 90, *Ad Honorem* – 3, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, Volume I – Filosofia, Teoria e Metodologia, pp. 669-723, especialmente pp. 675-704; JÓNATAS MACHADO, *Estado Constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo)ateísmo*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.

¹⁶ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O Problema da universalidade do direito...”, *cit.*, pp. 127-128, e “Pensar o direito num tempo de perplexidade”, in AUGUSTO SILVA DIAS/JOÃO ANTÓNIO RAPOSO/JOÃO LOPES ALVES/LUÍS DUARTE D’ALMEIDA/PAULO DE SOUSA MENDES (Org.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito, em comemoração do 70.º Aniversário*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 3-28, especialmente, pp. 25-28.

¹⁷ “[...] valores e princípios pressupostos e metapositivos a essa mesma positividade, e assim numa *autotranscendência* de sentido, que é verdadeiramente uma *transcendentabilidade prático-cultural*, de histórica criação ou imputação humana decerto, mas de que o homem no momento da invocação não pode dispor sem a si mesmo se negar, que deixaram nesse momento de estarem na sua opção ou no seu arbítrio”, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Pensar o direito num tempo de perplexidade”, *cit.*, p. 18. Vide, ainda, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *A crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da Filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*, STVDIA IVRIDICA, 72, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 146-147; JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES, “O logos da juridicidade sob o fogo cruzado do *ethos* e do *pathos* – da convergência com a literatura (*Law as Literature, Literature as Law*) à analogia com uma *poïésis-technê* de realização (*Law as Musical and Dramatic Performance*)”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXX, 2004, pp. 59-135, pp. 39-41.

praxis⁽¹⁸⁾. Perspectivando-se assim o *horizonte de validade* como expressão histórica da axiologia constitutiva dum a e vigente numa comunidade histórico-espacialmente concreta⁽¹⁹⁾.

Dimensão essencialmente cultural, o *direito só será verdadeiramente projecto humano* se o *homem* se reconhecer nele, a si e aos outros, na sua *finitude*, mas também na sua *dignidade*...⁽²⁰⁾ correspondente de um *cimento* substancial-axiologicamente agregador de uma autêntica convivência humana. Assim, contra, por um lado, uma diluição do homem-pessoa – e a Pessoa aqui convocada no sentido em que se assume na *condição ética de emergência do direito como direito* em CASTANHEIRA NEVES⁽²¹⁾ – no seio de uma qualquer *comunidade* política ou eticamente concebida e, por outro lado, um *individualismo* que renuncie a qualquer vinculação comunitária – situações extremas, ambas susceptíveis de conduzir à impossibilidade de aceder ao direito, ainda que ambas mobilizando como instrumento *a lei*... –, propõe-se agora uma *construção comunitária* que assuma uma específica reflexão acerca da *diferença* e assente numa *responsabilização individual e comunitária* pelas respectivas condições de *coexistência e convivência*. Em suma, uma afirmação material de *referentes de sentido*, uma tentativa de *agregação na desagregação*, que só poderá partir, seja qual for a origem cultural e civilizacional dos *sujeitos*

¹⁸ Vide ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *A crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da Filosofia...*, cit., p. 105; “O papel do jurista no nosso tempo”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XLIV, 1968, pp. 83-142, e também in *Digesta...*, cit., vol. I, 1995, pp. 9-50, pp. 38-41; “A imagem do homem no universo prático”, in *Igreja e Missão*, Janeiro-Setembro 1989, pp. 87 e ss., e também in *Digesta...*, cit., vol. I, pp. 311-336; e “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito – ou as condições da emergência do Direito como Direito”, in RUI MANUEL DE MOURA RAMOS/CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA/ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS/PEDRO PAIS DE VASCONCELOS/LUÍS DE LIMA PINHEIRO/MARIA HELENA BRITO/DÁRIO MOURA VICENTE (Org.), *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Coimbra, Almedina, vol. II, 2002, pp. 837-87, p. 862.

¹⁹ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *A crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da Filosofia...*, cit., pp. 93-94; e “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito...”, cit., p. 863.

²⁰ Vide ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Uma reflexão filosófica sobre o direito – ‘o deserto está a crescer...’ ou a recuperação da filosofia do direito?”, in *Digesta...*, cit., vol. III, pp. 73-100; “O problema da universalidade do direito...”, cit.; e “O direito hoje: uma sobrevivência ou uma renovada exigência?”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 139.º, n.º 3961, Março-Abril 2010, pp. 202-221.

²¹ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito...”, cit., pp. 841 e ss.

dialogantes, de um material substrato historicamente construído, assente no reconhecimento do outro na sua condição humana... (22).

4. Pôr especificamente o problema do sentido materialmente autónomo do direito requererá conceber a possibilidade de, concretamente na proposta de CASTANHEIRA NEVES, conferir ao direito uma *matriz fundamentante materialmente autónoma*, uma base comunitária, e, assim, culturalmente marcada, que o leve pressuposto como *possibilidade de resposta* a um problema necessário, o da *convivência humana no mundo*, que de imediato implica uma *condição ética* como pressuposto fundamentante – o reconhecimento da Pessoa como sujeito de ineliminável dignidade ética... –, afirmando substancialmente um sentido, um fundamento e um conteúdo específico materialmente autónomo de outras dimensões culturalmente normativas (23).

Pensar a *autonomia* do direito implicará não apenas uma sua diferenciação quanto ao tipo de *reconhecimento* que o legitima, mas também quanto ao *conteúdo* que consubstancia – e este enquanto estabilizando sentidos normativamente constitutivos susceptíveis de permitir uma distinção quer substancial quer formalmente determinável do que constitua, por um lado, o domínio da juridicidade e, por outro lado, e correspondentemente, a subjectividade e a intersubjectividade jurídicas. Tal reflexão crítica, consideradas, não obstante, dimensões materiais externas normativamente relevantes – morais, éticas, políticas, ideológicas... –, permitirá aferir da fundamentação material da juridicidade e da normatividade prática que o direito possa hoje autonomamente assumir, por entre as actualmente manifestadas múltiplas opções de *formas de vida*... Será essa, então, uma *autonomia relativa*, por sua vez também assente no *reconhecimento recíproco* do homem como Pessoa. Ainda que a *dignidade humana* seja um significante com tantos significados(-conteúdos) quantas as experiências civilizacionais consideradas – posto que a categoria *dignidade humana* só fará sentido se substancialmente densificada consoante o

²² Vide JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES, *Constelação de discursos ou sobreposição de comunidades interpretativas? A caixa negra do pensamento jurídico contemporâneo*, Instituto da Conferência, Porto, 2007, especialmente, pp. 57-66.

²³ Vide ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito...”, *cit.*, p. 839. Vide, ainda, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O ‘jurisprudencialismo’ – proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito”, in 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*, Salvador, Juspodivm/Faculdade Baiana de Direito, 2012, pp. 9-79.

contexto...⁽²⁴⁾ –, só o *reconhecimento recíproco* dessa dignidade – compreendido como elemento constitutivo da *subjectividade* e da *intersubjectividade* jurídicas e da respectiva efectivação – poderá constituir o sustentáculo de um *sentido materialmente autónomo do direito* ⁽²⁵⁾. Uma *autonomia relativa* a afirmar-se numa *validade* histórico-materialmente comprometida, fonte de uma *objectividade* criticamente constituenda, e a projectar-se num também, por sua vez, objectivando *devir*. Uma *autonomia*, assim, não apenas *formal*, nem também somente *material*, e não *absoluta*, antes *relativa*, crítico-reflexivamente constituenda ⁽²⁶⁾. Este o pressuposto sustentador aqui determinante do sentido a assumir pela juridicidade como *horizonte culturalmente reflexivo*. Um *sentido jurídico* e – sobretudo, no que aqui se discute – *do jurídico* assim materialmente construído à luz de uma perspectivação cultural-comunitária, *autovinculante* e *autotranscendental*...

²⁴ “[...] o princípio da dignidade [...] impõe-se como um verdadeiro *prius* axiomático, como um pressuposto irredutível, indefinível e até indizível do sistema jurídico. Dada a abrangência, a indeterminação e potencial evolutivo que o caracterizam, ele perfila-se como a referência mais elevada deste sistema e o seu princípio mais universal”, MÁRIO REIS MARQUES, “A dignidade humana como *prius* axiomático”, in MANUEL DA COSTA ANDRADE/MARIA JOÃO ANTUNES/SUSANA AIRES DE SOUSA (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, vol. IV, pp. 541-566, p. 566.

²⁵ Vide ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito...”, *cit.*, pp. 869-870.

²⁶ Vide ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro”, in ANTÓNIO AVELÃS NUNES/JACINTO DE MIRANDA COUTINHO (Coord.), *O Direito e o Futuro. O Futuro do Direito*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 9-82, pp. 10-14. Vide ainda ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O problema da universalidade do direito...”, *cit.*, *passim*. Vide, também, JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES, “A «abertura ao futuro» como dimensão do problema do direito: um «correlato» da pretensão de autonomia?”, in ANTÓNIO AVELÃS NUNES/JACINTO DE MIRANDA COUTINHO (Coord.), *O Direito e o Futuro. O Futuro do Direito*, *cit.*, pp. 391-429, pp. 426-427.

O ESTATUTO DO IDOSO NO BRASIL

Ana Sofia Carvalho ⁽¹⁾

As sociedades contemporâneas envelhecem e isso gera mudanças sociais com implicações múltiplas, nomeadamente novos desafios. A nossa sociedade converteu-se numa sociedade envelhecida, por isso mesmo, todas as questões que se referem às pessoas de idade avançada suscitam (ou deveriam suscitar) cada vez maior interesse, dado que são questões que nos afetam ou afetarão a todos.

A resposta ao desafio do envelhecimento populacional é ainda mais importante, tendo em conta a posição secundária que as pessoas idosas ocupam hoje em dia na sociedade e a imagem social predominantemente negativa da velhice. É o que vários autores (BUTLER e LEWIS, BYTHEWAY, PALMORE, entre outros) têm vindo a denominar de ageísmo ou idadismo, conceito que se refere à desigualdade e discriminação que sofrem as pessoas idosas na sociedade e que é tão grave como o sexismo ou o racismo.

Tendo em conta a excelente síntese de GRACIA IBÁÑEZ ⁽²⁾ nesta matéria, que recolhe as posições de BUTLER, BYTHEWAY, HUGUES e MTZEZUKA, HERRING, SCHIRRMACHER, LOSADA BALTAR, SÁNCHEZ SALGADO e MINOIS, exporemos aqui as suas principais conclusões, que nos atrevemos a traduzir livremente.

A terminologia “idadismo” foi utilizada pela primeira vez em finais dos anos 70 por BUTLER que a definiu como “um processo pelo qual se estereotipa de forma sistemática as, e contra, pessoas idosas pelo facto de serem velhas, da mesma forma que atuam o racismo e o sexismo, em cujos casos devido à cor da pele ou ao género” (BUTLER e LEWIS). BYTHEWAY sugere que se trata de “um preconceito baseado na idade”, enquanto HUGUES e MTZEZUKA descrevem

¹ Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Instituto Superior de Serviço Social do Porto.

² JORGE GRACIA IBÁÑEZ, *El maltrato familiar hacia las personas mayores. Un análisis sociojurídico*, 1.ª ed., Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2012, pp. 32 a 34.

o conceito como “um processo mediante o qual, através de imagens e atitudes negativas face às pessoas idosas, baseadas unicamente nas características da velhice, se discrimina os idosos”.

Segundo GRACIA IBÁÑEZ, todas estas definições dão ênfase aos aspetos negativos do idadismo, reforçando que o mesmo se baseia em estereótipos e prejuízos que levam à discriminação. Mas existem importantes matizes na discussão sobre o conceito e seu alcance. Por exemplo, PALMORE desenvolve uma tipologia na qual reconhece a existência de um idadismo em sentido positivo que teria a sua origem em certos estereótipos positivos sobre a velhice e que podem implicar uma discriminação favorável das pessoas idosas em determinados casos (nomeadamente, no ordenamento jurídico e mediante atuações institucionais). Em qualquer caso, dá-se-lhe menos atenção por não ser tão frequente e não causar danos ao conjunto das pessoas idosas. Por outro lado, BYTHEWAY recusa a ideia de que o idadismo constitua um processo, antes considerando-o uma forma de ideologia, entendida como um conjunto de crenças que justificam a maneira pela qual um grupo, normalmente dominante, trata outro.

Dentro dessa atitude idadista se incluiria não só a difusão de estereótipos negativos nos meios de comunicação e na vida quotidiana que leva à estigmatização do coletivo, mas também atitudes paternalistas e condescendentes face aos idosos. Para PALMORE, o idadismo é uma das formas mais importantes de discriminação na nossa sociedade, juntamente com o racismo e o sexismo, no entanto, apresenta também diferenças relativamente às mesmas: já que, por um lado, todas as pessoas podem chegar a ser objeto da mesma se viverem o suficiente; e, por outro lado, em linhas gerais, não existe uma consciência clara e generalizada sobre o tema porque se trata de um conceito relativamente novo e com manifestações em ocasiões muito subtis.

Em todo o caso, como indica SCHIRRMACHER, parece necessária uma revolta (pacífica e democrática) contra esta forma singular de ódio do ser humano contra si mesmo que se esconde na difamação da velhice patente no idadismo. Com efeito, as nossas sociedades não podem sobreviver se a maior parte da sua população futura – dado o envelhecimento demográfico crescente – é denunciada como incómoda, esquecida e mensageira da morte. Os direitos humanos das pessoas idosas neste clima são expostos constantemente a ser violados, seja já por preconceitos, mitos, estereótipos ou simples desconhecimento dos traços que caracterizam esta etapa da vida (SÁNCHEZ SALGADO).

Diferentemente de outras discriminações como as que têm origem no sexismo ou no racismo, o envelhecimento é geral para todos os seres humanos que vivam o suficiente para converter-se em idosos. Todos (se sobrevivemos) passaremos pela experiência tanto de ser jovens, como de ser velhos, mas, como é evidente, não passamos pela experiência de pertencer a diferentes raças (ainda que uma mudança do contexto social no qual se insere o indivíduo possa

implicar que a etnicidade, antes uma circunstância pouco relevante, passe a sê-lo em termos de sofrer uma discriminação), nem de pertencer a diversos sexos (exceto os transexuais que, já por si, são um grupo de população que sofre situações especialmente graves de discriminação). Por isso, esta dialética do *eles* face ao *nós*, tão própria da discriminação por razão de sexo ou de raça, no caso da discriminação por idade, não estaria tão marcada ou não seria, ao menos, tão evidente (HERRING).

Para reduzir o idadismo, segundo LOSADA BALTAR, têm de se produzir mudanças nos sistemas que o perpetuam, tais como os meios de comunicação, a cultura popular, instituições, governo, etc. Para isso, é necessário realizar e impulsionar políticas de intervenção que incluem o desenho, implementação e avaliação de programas dirigidos a reduzir o impacto das ideias e atitudes idadistas inseridas na sociedade, através de programas coordenados de investigação e intervenção dirigidos a estes fins.

Paradoxalmente, essa visão predominantemente negativa e idadista que da velhice tem a sociedade contrasta com a crescente preocupação – científica e institucional – em relação a estas questões e com a substancial melhoria da situação dos mais idosos, que se produziu sobretudo a partir da extensão dos sistemas de proteção social e das pensões. Por um lado, é inegável que, em comparação com outras épocas, como deteta MINOIS, existe neste momento, apesar de tudo, uma recuperação do interesse pelos idosos. Até agora, nunca se havia considerado a velhice como um problema importante, nem se havia dedicado tanto tempo aos idosos. Certamente todas as disciplinas estudam este fenómeno e parece haver uma preocupação generalizada pela realidade dos idosos e do envelhecimento. Preocupação que MINOIS relaciona tanto com o desenvolvimento da investigação nas ciências modernas, como com a pressão das condições demográficas. Por outro lado, também se dedicam agora ao coletivo de idosos importantes recursos públicos que melhoraram substancialmente as suas condições de vida.

Após esta breve introdução, podemos concluir que o idadismo é uma discriminação que se encontra oculta porque tem contornos subtis, no fundo, uma forma de discriminação que passa despercebida e que se encontra socialmente aceite, se assim o poderemos dizer. Apesar de tudo, é curiosa esta cumulação, que uma sociedade envelhecida seja simultaneamente ageísta/idadista... É curiosa pelo seu absurdo. O idadismo implica a negação de nós mesmos enquanto membros da sociedade, uma vez atingida determinada idade. A velhice pode ser um período de especial vulnerabilidade, mas todos temos direito a caminhar por ela. Esse caminho deve estar livre de ataques discriminatórios, por isso se impõem medidas antidiscriminação nesta área.

No plano internacional, não existem normas/convenções internacionais referentes aos direitos específicos dos idosos (esta categoria da cidadania tem, no

entanto e naturalmente, os mesmos direitos que todas as outras pessoas), estando, no entanto, em estudo a existência de uma Convenção das Nações Unidas para Pessoas Idosas (assim como a já existente para outro grupo vulnerável, as crianças, desde 1989).

De notar, no entanto, que, nas normas internacionais e apesar de não haver reconhecimento dos direitos específicos das pessoas idosas, podemos encontrar normas universais e regionais que proíbem qualquer forma de discriminação por razão da idade (como é o caso do art. 7.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, do art. 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, do art. 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, etc.)

Por outro lado, a maior parte dos ordenamentos jurídicos nacionais também não possui normas especialmente pensadas para idosos, aproveitando sempre a normal generalidade das mesmas para a sua aplicação também a esta categoria da cidadania (é o caso português). Isto não obsta a que pontualmente se reconheçam certos direitos, nomeadamente os relativos a subsídios sociais, reserva de lugares em transportes públicos e atendimento prioritário a idosos em serviços públicos.

No entanto, também há ordenamentos que pensaram leis apenas para essa categoria de cidadãos, nomeadamente dando resposta a problemas específicos dos mesmos, como é o caso da discriminação (é o caso do Brasil com o seu Estatuto do Idoso ⁽³⁾).

Relativamente ao ordenamento jurídico brasileiro, a sua norma fundamental, a Constituição Federal de 1988, fundamenta no princípio da dignidade da pessoa humana a própria existência da Constituição e do Estado Democrático de Direito, no seu art. 1.º, inciso III ⁽⁴⁾.

Para ROGER RIOS, no seguimento de IMMANUEL KANT ⁽⁵⁾, “o princípio jurídico da protecção da dignidade da pessoa humana tem como núcleo essencial a ideia de que a pessoa é um fim em si mesmo, não podendo ser instrumentalizada ou descartada em função das características que lhe conferem individualidade e

³ Além do Brasil, existem também os casos da Costa Rica (Lei n.º 7.935 de 1999), México (Lei dos Direitos das Pessoas Idosas de 2002), Paraguai (Lei n.º 1.885 de 2002) e El Salvador (Lei de Atenção Integral ao Idoso, Decreto n.º 717 de 2002).

⁴ Nos termos do art. 1.º da Constituição Federal de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] // III – a dignidade da pessoa humana”.

⁵ IMMANUEL KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Tradução por Paulo Quintela, Lisboa, Edições 70, 1960, pp. 68-70.

imprimem sua dinâmica pessoal. O ser humano, em virtude de sua dignidade, não pode ser visto como meio para a realização de outros fins” (6).

INGO WOLFGANG SARLET define dignidade da pessoa humana como “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação activa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (7).

O valor da dignidade humana atinge todos os setores da ordem jurídico-política brasileira, sendo dever do Estado editar leis e realizar políticas públicas, visando a satisfação das necessidades básicas dos seus cidadãos, velando pela sua existência digna. O respeito pela dignidade da pessoa humana também implica a proibição da discriminação e a proteção do indivíduo contra formas de discriminação.

Já na Lei n.º 8.842, de 4 de janeiro de 1994, sobre política nacional do idoso se dispunha que o idoso não deve sofrer discriminação de qualquer natureza (art. 3.º da referida Lei).

Nesse sentido, o surgimento do Estatuto do Idoso “representa uma mudança de paradigma, já que amplia o sistema protetivo desta camada da sociedade, caracterizando verdadeira ação afirmativa em prol da efetivação da igualdade material” (8).

O Estatuto do Idoso, após tramitar durante sete anos no Congresso Nacional, foi aprovado através da Lei n.º 10.741, de 1 de outubro de 2003, e traz consigo, ao longo dos seus 118 artigos, uma legislação capaz de efetuar profundas mudanças sociais, económicas, culturais e políticas, visando o bem-estar das pessoas idosas no Brasil.

Com efeito, o Estatuto do Idoso é uma lei que se destina a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos. O título II do Estatuto do Idoso reconhece como direitos fundamentais dos mesmos o direito à vida; à liberdade; ao respeito da dignidade; aos alimentos; à saúde; à educação, cultura, esporte e lazer; ao trabalho; à previdência, à assistência social

⁶ (ROGER RAUPP RIOS, “Dignidade da Pessoa Humana, Homossexualidade e Família: reflexões sobre as uniões de pessoas do mesmo sexo”, in JUDITH MARTINS-COSTA, *A reconstrução do Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 484-485.

⁷ INGO WOLFGANG SARLET, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

⁸ JULIANA MOREIRA MENDONÇA, “Breves considerações a respeito do Estatuto do Idoso”, in http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081017172850773&mode=print (30/09/2014).

e à habitação. O Estatuto começa por reconhecer que o envelhecimento é um direito pessoalíssimo e a sua proteção um direito social.

Em termos de medidas concretas do mesmo salientam-se as seguintes:

- a proibição da discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade (⁹) (art. 15.º, parágrafo 3.º);

- a obrigação de comunicação pelos profissionais de saúde de casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos contra idoso às autoridades competentes (art. 19.º);

- a criação de cursos especiais para idosos pelo Poder Público com conteúdos relativos às técnicas de comunicação, computação e demais avanços tecnológicos, para sua integração na vida moderna (art. 21.º, parágrafo 1.º);

- a inserção de conteúdos voltados para o processo de envelhecimento, o respeito e a valorização do idoso, de forma a eliminar o preconceito e a produzir conhecimentos nos currículos mínimos dos diversos níveis de ensino formal (art. 22.º);

- na admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego, é vedada a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir (art. 27.º);

- a criação por parte do Poder Público de estímulo às empresas privadas para admissão de idosos ao trabalho (art. 28.º, ponto III) (¹⁰);

- a atribuição aos idosos a partir dos 65 anos que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, do benefício mensal de um salário mínimo (art. 34.º) (¹¹);

- a prioridade do idoso na aquisição de imóvel para moradia própria em programas habitacionais, públicos ou subsidiados com recursos públicos, observados determinados requisitos (art. 38.º);

⁹ Sobre tal, cite-se a seguinte jurisprudência: Apelação cível n.º 1.0687.07.057057-1/001, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Relator: Juiz Desembargador Mota e Silva, cujas partes eram Pedro Ferreira de Resende e Unimed Vale do Aço Cooperativa de Trabalho Médico, publicado em 01/07/2008, cujo sumário é: “Se o consumidor, usuário do plano de saúde, mesmo tendo firmado o contrato em data anterior, completar os 60 anos de idade já na vigência do Estatuto do Idoso, fará ele jus à referida regra protetiva. A cláusula contratual de reajuste por mudança de faixa etária é condicionada a evento futuro e incerto. Deve-se aplicar a lei vigente quando do término da suspensividade”, in <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5954314/106870705705710011-mg1068707057057-1-001-1/inteiro-teor12089988> (30/09/2014).

¹⁰ Essa previsão de estímulo à contratação de idosos encontra similitude com os já bem-sucedidos programas de incentivo à admissão de portadores de deficiências no mercado de trabalho, podendo ocorrer nos mesmos moldes, mediante a aplicação de subsídios tributário-fiscais.

¹¹ Trata-se do benefício de prestação continuada, previsto na Lei n.º 8.742/93 (Lei Orgânica de Assistência Social).

- a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos para maiores de 65 anos (art. 39.º);

- a prioridade na tramitação dos processos judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 anos, em qualquer instância (art. 71.º) ⁽¹²⁾;

- o estabelecimento do Ministério Público como estadual defensor dos direitos do idoso (arts. 74.º e 81.º);

- a criação de tipos de crimes especiais, tendo em conta a vítima idosa, de que são exemplos os seguintes:

- discriminação de pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade ou desdenhar, humilhar, menosprezar ou discriminar pessoa idosa, por qualquer motivo (art. 96.º);

- abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado (art. 98.º);

- reter o cartão magnético de conta bancária relativa a benefícios, proventos ou pensão do idoso, bem como qualquer outro documento com o objetivo de assegurar recebimento ou ressarcimento de dívida (art. 104.º);

- exibir ou veicular, por qualquer meio de comunicação, informações ou imagens depreciativas ou injuriosas à pessoa do idoso (art. 105.º);

- aumento das penas aplicáveis a crimes gerais quando praticados contra idosos (arts. 110.º a 114.º).

Não sendo exaustivos nas medidas elencadas, o Estatuto do Idoso apresenta medidas positivas no combate à discriminação em razão da idade avançada e, nesse sentido, poderá ser um exemplo a seguir no futuro, quer a nível internacional, quer nacional.

Conclui-se, portanto, que o Estatuto do Idoso é um diploma jurídico concretizador do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana fundamento da Constituição Brasileira no que respeita às pessoas de idade igual ou superior a 60 anos de idade. As populações a nível mundial estão a envelhecer,

¹² Tal também se encontra previsto no art. 1.211.º-A do Código de Processo Civil brasileiro. Na prática dos tribunais, a aplicação da regra de prioridade na tramitação processual ocorre pela colocação de carimbo ou etiqueta na capa dos autos do processo com os dizeres: “Tramitação preferencial: idoso”. Tal providência é observada pelo Cartório, no momento da autuação ou mediante determinação do Juízo, uma vez constatado o implemento do requisito da idade. ROSANE RAMOS DE OLIVEIRA MICHELS, “Acesso à justiça – efetividade da priorização do processo do idoso”, in *VIII Congresso Magistrados Estaduais*, Pelotas-RS, junho, 2009.

logo é preciso preparar a sociedade para a velhice, tratando-a como um direito fundamental e impondo medidas positivas para a sua efetivação quando tal for necessário.

De notar, contudo, que a efetividade das normas protetoras dos direitos dos idosos e do próprio princípio da dignidade da pessoa humana é um processo, pois a simples elaboração dos textos legais, mesmo que contemplem todos os direitos, não é suficiente para que o ideal que as inspirou se introduza de facto nas estruturas sociais. Trata-se de uma luta diária de conquista efetiva desses direitos, a qual passa não apenas pelos poderes constituídos, mas também por cada um de nós.

Em todo o caso, a existência de normas específicas para uma camada de cidadãos, como é o caso do Estatuto do Idoso no Brasil, chama a atenção para os seus problemas e direitos específicos e consciencializa a sociedade para a questão⁽¹³⁾. Na verdade, não é apenas a Sociedade que molda o Direito, também o Direito molda a Sociedade.

Por isso, pensamos que é importante discutir o Estatuto do Idoso quer a nível internacional, quer nacional, tanto mais que, segundo dados do Instituto do Envelhecimento, Portugal é o quarto país europeu a perceber a discriminação etária como um problema grave ou bastante grave e, em consonância com a Europa, em Portugal, a discriminação subtil é mais comum do que a flagrante, mas, ao contrário dos restantes países, é mais frequente contra os idosos do que contra os jovens⁽¹⁴⁾.

¹³ Neste sentido, UVO e ZANATTA, in R. T. UVO e M. DE L. A. L. ZANATTA, “O Ministério Público na defesa dos direitos do idoso”, *A Terceira Idade*, v. 16, n.º 33, 2005.

¹⁴ Instituto do Envelhecimento, Policy Brief n.º 1, outubro de 2011, http://www.i envelhecimento. ul. pt/ images/ policy_ briefs/ policy% 20 brief% 20% 20 preconceito% 20 e% 20 discriminacao% 20 das% 20 pessoas% 20 idosas. pdf (30/09/2014).

A SUPERAÇÃO DO ERRO JUDICIÁRIO EM PROCESSO PENAL ⁽¹⁾

Ana Teresa Carneiro ⁽²⁾

Tendo como pano de fundo o *Direito na Lusofonia*, especificamente o título *Justiça penal: problemas e desafios*, julgou-se pertinente revisitar o tema da superação do erro judiciário em processo penal.

Assim, uma primeira palavra é devida sobre a escolha deste tema, relacionada, desde logo, com o facto de o erro judiciário se tratar simultaneamente de um problema e de um desafio que a justiça penal – e realce-se, qualquer justiça penal – enfrenta. Efectivamente, se subjacente à ideia de justiça penal se encontra a própria ideia de realização da justiça, a ocorrência do erro judiciário, ainda que rara, surge como um indesejável *problema* e a sua superação certamente como um delicado *desafio*.

Mas se muito poderia ser aqui dito sobre a matéria do erro judiciário, o presente trabalho focar-se-á essencialmente na problemática da sua superação.

Ora, se é certo que o erro judiciário, em qualquer uma das suas vestes, sempre representa uma ofensa ou, pelo menos, uma ameaça à justiça, mais certo é que o erro judiciário acarreta sequelas particularmente onerosas no âmbito da justiça penal (imagine-se *in extremis* a prisão de um indivíduo injustamente condenado).

Daí que sejam inúmeros os meios que o Código de Processo Penal Português prevê para prevenção e correcção do erro judiciário, meios que apontam, em última linha, para uma decisão judicial transitada em julgado isenta de erro.

¹ O presente trabalho corresponde, no seu essencial, à intervenção proferida, em 20 de Fevereiro de 2014, no âmbito do *Congresso Internacional Direito na Lusofonia*, organizado pela Escola de Direito da Universidade do Minho, contendo apenas as alterações impostas pela sua publicação.

² Escola de Direito da Universidade do Minho e Instituto Universitário da Maia. Este artigo segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

Desde logo, os meios preventivos do erro judiciário no processo penal, como o são, a título de exemplo, as garantias de isenção e imparcialidade dos tribunais e o regime legal da admissão e produção de prova. Qualquer um destes institutos contribui (também) para a garantia de um processo penal isento de erro ou, pelo menos, para atenuar as probabilidades da sua verificação.

Depois, encontram-se os meios correctivos, os que são accionados numa fase posterior à constatação ou, pelo menos, suspeição de erro judiciário. Neste âmbito, realce-se que uma evidente linha distintiva deverá ser traçada – o momento do trânsito em julgado da decisão. Assim, se o erro é detectado anteriormente ao trânsito em julgado da decisão penal, os meios correctivos a accionar serão, entre outros, os recursos ordinários, a reclamação hierárquica e o *habeas corpus*. Mas o erro pode sobreviver ao trânsito em julgado da decisão, não obstante a coexistência dos meios preventivos e dos meios correctivos acabados de referir, nem sempre capazes de obstar à ocorrência do erro ou de garantir a sua correcção.

Ora, transitada em julgado uma decisão assente num erro judiciário, apenas uma alternativa resta à justiça: o recurso extraordinário de revisão, eventualmente acompanhado de justa indemnização.

O recurso extraordinário de revisão de sentença penal afigura-se inegavelmente como um importante instrumento de justiça material que visa a superação do erro judiciário de decisão penal já transitada em julgado. E, tratando-se de um recurso de natureza extraordinária, pois que excepciona o valor do caso julgado, não será de estranhar que o seu regime legal e constitucional se apresente rigoroso, comportando mesmo a possibilidade de, em determinadas situações, sobrevalorizar a segurança jurídica (implícita ao caso julgado) em detrimento da verdade material.

Será exactamente sobre este regime que, de ora em diante, se debruçará este trabalho, destacando-se tão-só as questões que se julgam mais relevantes e que se ligam sobretudo às dificuldades que o regime legal revela, nomeadamente ao nível das alterações introduzidas pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto.

A revisão, como se anteviu, é um recurso extraordinário, portanto referente a decisão já transitada em julgado, que visa uma nova decisão judicial que se substitua àquela, através da autorização da repetição do julgamento.

Ora, quer o caso julgado, a que este recurso se opõe, quer a própria revisão encontram consagração constitucional. O primeiro, o caso julgado, indirectamente, através da consagração directa do princípio do *ne bis in idem*, no n.º 5 do art. 29.º da Constituição da República Portuguesa, onde se preceitua que “ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”. E o segundo, o recurso extraordinário de revisão, directamente no n.º 6 do mesmo art. 29.º, que determina que “os cidadãos injustamente condenados têm direito,

nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos”.

Assim, se certas existem quanto ao direito a acolher a estabilidade e a definitividade das decisões, dúvidas não se colocam quanto à afirmação de que o direito pugna pela justiça dessas mesmas decisões ⁽³⁾.

No entanto, se o art. 29.º, n.º 6, da Constituição consagra o direito dos cidadãos injustamente condenados à revisão da sentença, deve, desde logo, questionar-se o regime legal da revisão previsto na lei ordinária ou, mais precisamente, questionar se o legislador não se terá excedido na concretização do regime legal da revisão previsto no Código de Processo Penal. Isto porque aquele artigo da Constituição se refere apenas a “cidadãos injustamente *condenados*” (realçado nosso), quando, por sua vez, consagra ainda o n.º 1 do art. 449.º do Código de Processo Penal a possibilidade de revisão de decisões injustas absolutórias. Refiram-se, em particular, as respectivas alíneas *a)* e *b)*, onde se admite a revisão de decisão judicial, na alínea *a)*, com base na comprovação judicial da falsidade de meios de prova que foram determinantes à decisão a rever, e, na alínea *b)*, com base na comprovação judicial de crime cometido por juiz ou jurado e relacionado com o exercício da sua função no processo. Por igualdade de razões será também de questionar se é conforme à Constituição a legitimidade do Ministério Público e do assistente para requerer a revisão em desfavor do absolvido, conferida pelas alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do art. 450.º do Código de Processo Penal.

Ora, se a limitação ao princípio do *ne bis in idem* em sede de decisões condenatórias não suscita problemas, dada a sua expressa consagração na Constituição, já em relação às decisões absolutórias poderá questionar-se da eventual, e constitucionalmente inadmissível, colisão da previsão legal das alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do art. 449.º do Código de Processo Penal com aquele princípio. Questão que, em concreto, consiste em apurar se o n.º 6 do art. 29.º da Constituição da República Portuguesa, ao referir-se apenas a cidadãos injustamente *condenados*, abrange, ainda que não literalmente, a revisão das decisões injustas absolutórias.

No nosso entender, a resposta deverá ser encontrada na própria Constituição, especificamente na interpretação da expressão usada no n.º 5 do seu art. 29.º, “julgado mais do que uma vez”.

O princípio do *ne bis in idem*, ao impor que ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime, não consagra uma proibição absoluta de repetição de julgamentos, mas sim uma proibição de

³ Outra solução não se aceitaria num Estado de Direito que não “a escolha pela verdade histórica, em detrimento de uma justiça formal, mantida à custa do erro”, ANA TERESA CARNEIRO, *Dos Fundamentos do Recurso Extraordinário de Revisão*, Lisboa, Rei dos Livros, 2012, p. 168.

repetições *arbitrárias* de julgamentos. Daqui decorre que se admitirão situações excepcionais, sempre que a prevalência da segurança jurídica sobre a justiça da decisão seja intolerável, o que constitui, aliás, o fundamento da excepção ao princípio do *ne bis in idem* consagrada no n.º 6 do art. 29.º da Constituição da República Portuguesa. E estas excepções ocorrem, obviamente, quando a decisão a rever tenha resultado de um “simulacro de justiça” (4), como será o caso das situações consagradas nas alíneas *a*) e *b*) do n.º 1 do art. 449.º do Código de Processo Penal: na alínea *a*), porque a decisão assentou em alicerces factuais comprovadamente falsos; na alínea *b*), porque nem sequer se verificou um verdadeiro julgamento, uma vez que a decisão não resultou de um juízo independente e vinculado à lei, conforme obrigam os arts. 202.º e 203.º da própria Constituição (5). Logo, se não se verificou um verdadeiro julgamento ou se apenas se alcançou uma aparente, mas adulterada, justiça, não pode operar o princípio do *ne bis in idem*. Vejamos, se solução inversa se admitisse, que justiça pretenderíamos manter, em homenagem ao valor do caso julgado, quando o que falhou foi o próprio sistema de justiça (6)?

Em relação aos fundamentos do recurso extraordinário de revisão também algumas questões devem ser levantadas.

Até à revisão operada pela Lei n.º 48/2007, que veio introduzir três novos fundamentos da revisão, alargando consideravelmente o âmbito deste recurso extraordinário, o Código de Processo Penal, no n.º 1 do seu art. 449.º, contemplava apenas quatro fundamentos da revisão: *i*) relativamente a decisões condenatórias e absolutórias, os fundamentos aqui já referidos, falsidade dos meios de prova e dolo do julgador; *ii*) e, relativamente apenas a decisões condenatórias, a inconciliabilidade de factos provados em duas ou mais decisões e a descoberta de novos factos ou meios de prova.

Ora, no que a estes fundamentos diz respeito, apenas há que referir que não têm sido problematizados a sua natureza e o seu desenvolvimento, sendo que a Doutrina e, sobretudo, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça têm dado resposta às questões equacionadas, em termos que merecem, no seu essencial, concordância. O que acontece, a título de exemplo, na definição que

⁴ M. FERNANDA PALMA, *Direito Constitucional Penal*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 133.

⁵ Cfr. ANA TERESA CARNEIRO, “Entre as duas faces de *Janus*: o recurso extraordinário de revisão, em particular as alíneas *a*) e *b*) do n.º 1 do art. 449.º do Código de Processo Penal”, in JOAQUIM FREITAS DA ROCHA (Coord.), *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho, Tomo II, Ano de 2013 – Ética e Direito*, Braga, 2014, p. 16. Edição electrónica disponível em www.direito.uminho.pt na localização http://www.direito.uminho.pt/Uploads/Anuário/Final_Anuario_2013_Etica_e_Direito.pdf (acesso em 10/09/2014).

⁶ Para maior desenvolvimento, cfr. ANA TERESA CARNEIRO, “Entre as duas faces de *Janus*...”, *cit.*, pp. 7-18.

vem sendo dada pela jurisprudência ao conceito de “novos factos” e “novos meios de prova” (7).

O que, todavia, não se poderá afirmar, em termos absolutos, dos três novos fundamentos introduzidos pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto: condenação fundada em prova proibida (alínea *e*); inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de norma de conteúdo menos favorável ao arguido, que tenha servido de fundamento à condenação (alínea *f*); sentença internacional vinculativa do Estado Português inconciliável com a condenação ou capaz de suscitar graves dúvidas sobre a sua justiça (alínea *g*).

Assim, a recente alínea *e*) do n.º 1 do art. 449.º, que se refere ao uso de prova proibida, veio admitir a revisão quando “se descobrir que serviram de fundamento à condenação provas proibidas nos termos dos n.ºs 1 a 3 do artigo 126.º”, pelo que terá pretendido o legislador com este novo fundamento garantir que só subsista uma decisão relativamente à qual a convicção do julgador se tenha formado, exclusivamente, a partir de prova legalmente admissível.

No entanto, uma única leitura deste preceito, especificamente da expressão “quando se descobrir” (que serviram de fundamento à condenação provas proibidas), compele-nos a uma série de questões a que a letra da lei não parece dar resposta: Quando, como e por quem (8)? Não se entende sequer a imprecisão textual desta alínea, pois que, à altura, já não era estranha ao legislador a controvérsia que se acercou da expressão similar “se descobrirem” empregue na originária alínea *d*) do mesmo preceito.

Muito embora a lei nada esclareça a este respeito, atendendo ao carácter excepcional da revisão, é de entender que este recurso só deverá ser admitido quando a descoberta de que a condenação se fundou em provas proibidas tiver ocorrido posteriormente ao seu trânsito em julgado, pois que, até lá, o interessado poderia ter lançado mão dos expedientes legais que impedem a admissão de tal prova no processo ou a sua valoração pelo juiz (9), ou então ter lançado mão do devido recurso ordinário.

⁷ O fundamento previsto na alínea *d*) do n.º 1 do art. 449.º tem merecido destaque na doutrina e na jurisprudência, certamente pela sua maior expressão no leque dos pedidos de revisão dirigidos ao Supremo Tribunal de Justiça.

⁸ Sobre as inúmeras outras questões que se podem suscitar em torno da nova alínea *e*), cfr. MANUEL SIMAS SANTOS, “Revisão do Processo Penal: Os Recursos”, in MÁRIO J. FERREIRA MONTE (Coord.), *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 204.

⁹ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal III*, Lisboa, Editorial Verbo, 2000, p. 144.

Aceitar-se outra solução seria permitir um novo grau de recurso, ainda que disfarçado ⁽¹⁰⁾. Por outro lado, cremos também que, atendendo ao carácter extraordinário da revisão, é de exigir uma sentença transitada em julgado que ateste a utilização de prova proibida ⁽¹¹⁾.

Por sua vez, a alínea f) do n.º 1 do art. 449.º prevê um outro novo fundamento, admitindo a revisão quando “seja declarada, pelo Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de norma de conteúdo menos favorável ao arguido que tenha servido de fundamento à condenação”.

Esta alínea veio concretizar no processo penal o preceituado do art. 282.º da Constituição da República Portuguesa, designadamente do seu n.º 3, onde se estabelece a ressalva dos casos julgados aos efeitos retroactivos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade de uma norma, por força de processo de fiscalização abstracta sucessiva, salvo quando a norma declarada inconstitucional diga respeito a matéria penal e seja de conteúdo menos favorável ao arguido.

Duas cautelas se impõem relativamente a este novo fundamento:

Primeiro, trata-se de um mecanismo repetitivo e menos célere, se considerarmos o regime de aplicação retroactiva de lei penal mais favorável, previsto nos arts. 2.º, n.º 4, do Código Penal Português e 371.º-A do Código de Processo Penal Português.

Depois, suscita dúvidas a sua constitucionalidade, designadamente quando permite ao Supremo Tribunal de Justiça a atribuição de efeitos retroactivos à declaração de inconstitucionalidade da norma, quando o n.º 3 do art. 282.º da Constituição expressamente reserva ao Tribunal Constitucional a definição daqueles efeitos, ao prescrever que estes não se sobrepõem aos casos julgados, “salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional”.

Por último, prevê a nova alínea g) que é admissível a revisão “quando uma sentença vinculativa do Estado Português, proferida por uma instância internacional, for inconciliável com a condenação ou suscitar graves dúvidas sobre a sua justiça”.

¹⁰ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Outubro de 2009, proc. n.º 109/94.8 TBEPS-A, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/cc9e-172f5c6f08728025766500365350?OpenDocument> (acesso em 10/09/2014), e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, p. 1212, anot. 20.

¹¹ Seguindo a mesma linha de orientação de MANUEL SIMAS SANTOS, MANUEL LEAL HENRIQUES, *Re-cursos Penais*, 8.ª ed., Lisboa, Editora Rei dos Livros, 2011, p. 230.

Esta alínea veio claramente colmatar a inexistência de um mecanismo específico de execução no ordenamento jurídico interno das sentenças internacionais vinculativas do Estado Português proferidas, sobretudo, mas não só ⁽¹²⁾, pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, mecanismo que se tornou urgente com a Recomendação R (2000)2 ⁽¹³⁾, onde se encorajam os Estados Contratantes a examinar os respectivos sistemas jurídicos nacionais, com vista a assegurarem-se de que existem possibilidades adequadas para o reexame de um caso, incluindo a reabertura de processos, nas situações em que o tribunal constate a existência de uma violação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Finalmente, uma chamada de atenção para o regime legal das revisões posteriores previsto no art. 465.º do Código do Processo Penal, onde se estipula o seguinte: “Tendo sido negada a revisão ou mantida a decisão revista, não pode haver nova revisão com o mesmo fundamento”.

Partindo da comparação deste regime com a versão anterior à Lei n.º 48/2007 ⁽¹⁴⁾, pode realçar-se que a alteração imposta pela Lei n.º 48/2007 ⁽¹⁵⁾ veio simultaneamente alargar e restringir a possibilidade de uma nova revisão.

¹² Referindo-se a alínea g) a “sentença *vinculativa* do Estado Português, proferida por uma *instância internacional*” (realçado nosso), cabem aqui quaisquer decisões proferidas por uma qualquer instância internacional, desde que vinculativas do Estado Português, como o serão as decisões proferidas pelos Tribunal Internacional de Justiça, Tribunal de Justiça da União Europeia e tribunais penais internacionais – cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal...*, cit., p. 1214, anot. 22. Em sentido contrário e, a nosso ver, erradamente (cfr. ANA TERESA CARNEIRO, *Dos Fundamentos do Recurso Extraordinário de Revisão...*, cit., pp. 155 a 159), veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Maio de 2009, proc. n.º 55/01.0 TBEPS-A.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4f7ff03393f689f1802575ec00338718?OpenDocument> (acesso em 29/09/2014).

¹³ Adoptada em 19 de Janeiro de 2000 pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, que recomendou aos Estados Contratantes que promovessem nos respectivos sistemas jurídicos mecanismos eficazes para aplicar a *restitutio in integrum*, nas situações em que a execução da decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem implica, para além da reparação equitativa decidida por aquele tribunal, a adopção de medidas internas capazes de colocar o lesado na situação em que este se encontrava anteriormente à violação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

¹⁴ Referia o anterior art. 465.º que, “tendo sido negada a revisão ou mantida a decisão revista, não pode haver nova revisão se a não requerer o Procurador-Geral da República”.

¹⁵ Alteração essencialmente justificada pela tentativa de contornar a decisão do Tribunal Constitucional de “julgar inconstitucional a norma do artigo 465.º do Código de Processo Penal por violação do artigo 29.º, n.º 6, da Constituição, na dimensão de que não pode haver um segundo pedido de revisão com novos fundamentos de facto, não anteriormente invocados, se o não requerer o Procurador-Geral da República” (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 301/2006, de 9 de Maio, disponível no site <http://www.tribunalconstitucional.pt/te/acordaos/20060301.html> – consultado em 20/09/2014). Para um maior desenvolvimento, v. ANA TERESA CARNEIRO, *Dos Fundamentos do Recurso Extraordinário de Revisão...*, cit., p. 162.

Por um lado, alargou a legitimidade para requerer um novo pedido de revisão, pois, se anteriormente à alteração de 2007 apenas o Procurador-Geral da República tinha legitimidade para requerer uma nova revisão, agora a legitimidade estende-se a todos os que têm legitimidade para requerer a revisão, nos termos gerais do art. 450.º.

Por outro lado, restringiu o âmbito das novas revisões, ao vedar a invocação de um mesmo fundamento invocado anteriormente, contrariamente ao que sucedia na anterior versão do art. 465.º, onde não se impunha qualquer limitação quanto ao fundamento invocado na revisão posterior. Em relação à definição do que será um “mesmo fundamento”, mais uma vez, o legislador não foi claro, mas só se poderá considerar que o fundamento não é o mesmo quando se baseia em factos e provas concretas diferentes, ainda que diga respeito à mesma alínea do n.º 1 do art. 449.º, ou seja, ao mesmo fundamento em abstracto.

Apontados que foram alguns aspectos críticos do regime legal deste recurso extraordinário, cumpre apenas referir, em jeito de conclusão, que este regime, quer pelo amplo alargamento do seu âmbito, o que por si só poderá levantar algumas resistências, quer pelas dificuldades que suscita ao nível da sua conformação constitucional, merece a nossa melhor atenção. E acrescente-se a natureza e magnitude dos interesses em causa neste recurso, pese embora o baixo grau de provimento de revisão ⁽¹⁶⁾. Na verdade, a eficácia da revisão, enquanto mecanismo de superação do erro judiciário, não poderá ser medida sob uma perspectiva quantitativa, contrariamente ao sistema judicial que poderá, esse sim, ver reflectida a sua eficácia ou ineficácia no menor ou maior grau de provimento da revisão e, principalmente, nas decisões contrárias que poderão resultar dos novos julgamentos.

¹⁶ Ao que acresce o facto de o provimento da revisão não significar obrigatoriamente uma decisão em sentido inverso à decisão recorrida, mas significar apenas a possibilidade de um novo julgamento.

BREVES NOTAS SOBRE AS NORMAS DE CONFLITOS GERAIS APLICÁVEIS AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

Anabela Susana de Sousa Gonçalves ⁽¹⁾

1. O regime jurídico geral dos contratos internacionais na União Europeia

O regime jurídico geral dos contratos internacionais existente na União Europeia (UE) está previsto no Regulamento n.º 593/2008, de 17 de Junho de 2008, sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma I), que veio substituir a Convenção de Roma de 1980 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (CR) ⁽²⁾. O Regulamento Roma I unifica o direito conflitual referente às obrigações contratuais e está estruturado em torno do princípio da autonomia da vontade, do princípio de proximidade, do princípio da protecção da parte mais fraca, do reconhecimento de efeitos a normas de aplicação imediata e do reconhecimento dos interesses nacionais dos Estados, através da figura da reserva de ordem pública internacional.

Nestas breves notas sobre o regime conflitual geral aplicável aos contratos internacionais, iremos focar alguns destes traços característicos do Regulamento Roma I, sem sermos exaustivos.

¹ Escola de Direito da Universidade do Minho.
Este artigo segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

² A CR é um instrumento de direito internacional público que vincula os Estados-Membros e foi elaborada no âmbito da cooperação intergovernamental. Esta convenção internacional entrou em vigor em 1991. Portugal aderiu à CR através da Convenção do Funchal de 18 de Maio de 1992, tendo aquela entrado em vigor no país em 1 de Setembro de 1994.

2. Âmbito de aplicação e alcance da lei aplicável

2.1. Âmbito de aplicação material, temporal e espacial

O Regulamento Roma I versa sobre as obrigações contratuais que envolvem um conflito de leis, ou seja, aquelas que estão em contacto com mais do que uma ordem jurídica em matéria civil e comercial, excluindo-se as questões fiscais, aduaneiras e administrativas ⁽³⁾ (art. 1.º, n.º 1). Tendo substituído a CR entre os Estados-Membros (art. 29.º), existe uma continuidade interpretativa entre os textos legais ⁽⁴⁾, até pela semelhança de ambos. Na interpretação dos conceitos previsto em Roma I, deve também ser tida em conta a complementaridade deste com o Regulamento Roma I e o Regulamento n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à Competência Judiciária, ao Reconhecimento e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial (Bruxelas I), o que nos permite recorrer à vasta jurisprudência que o TJUE foi elaborando sobre certos conceitos que estão presentes em ambos os regulamentos, como o conceito de matérias contratuais, certas noções referentes ao contrato de transporte, ao contrato de consumo, ao contrato de trabalho, entre outras. Esta complementaridade resulta de ambos os diplomas terem o mesmo objecto (a regulamentação das relações privadas internacionais em matéria civil e comercial) e partilharem de objectivos idênticos (como a simplificação da resolução das questões plurilocalizadas na União, a promoção da igualdade entre os nacionais e agentes económicos dos Estados-Membros, entre outros) ⁽⁵⁾. A necessidade de articulação das normas e da interpretação de ambos os diplomas resulta também do considerando 7 de Roma I ⁽⁶⁾ e tem sido acentuada pelo TJUE, em função da sua aplicação conjunta e da partilha de objectivos

³ Sobre o conceito de matérias fiscais, aduaneiras e administrativas para efeitos do regulamento, v. ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado, A mudança de paradigma*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 261-262.

⁴ O que tem sido reconhecido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE): v.g., *Heiko Koelzsch contra Estado do GrãoDucado do Luxemburgo*, proc. n.º C29/10, de 15/03/2011, §46.

⁵ V. ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado...*, cit., pp. 241-259.

⁶ Esta complementaridade foi reconhecida pela Comissão Europeia: COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma I)*, COM (2005) 650 final, Bruxelas, 15/12/2005, p. 2. Também no *Livro Verde relativo à transformação da Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais num instrumento comunitário e a sua modernização*, COM (2002) 654 final, Bruxelas, 14/01/2003, p. 6, a Comissão Europeia afirma que “as normas de competência internacional e as normas de conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais e extracontratuais, de natureza civil ou comercial [...]” constituem “[...] um conjunto único [...]”.

comuns. Assim resulta, entre outros, da decisão *Peter Pammer e Hotel Alpenhof*, em que o TJUE interpretou o conceito de contrato de transporte, previsto no art. 15.º, n.º 3, de Bruxelas I, de acordo com a mesma noção prevista no art. 6.º, n.º 4, alínea *b*), do Regulamento Roma I, pois considerou estar em causa o mesmo tipo de contratos (⁷).

Estão excluídas do âmbito material de Roma I as obrigações emergentes de negócios unilaterais e as matérias elencadas no seu art. 1.º, n.º 2, nomeadamente: o estado e a capacidade das pessoas singulares [alínea *a*)]; as obrigações resultantes de relações de família e relações equiparadas [alínea *b*)]; as obrigações decorrentes de regimes de bens e sucessões [alínea *c*)], entre outras elencadas nesta norma.

O Regulamento Roma I tem um âmbito de aplicação universal, o que significa que a lei designada por força das normas nele previstas é aplicável, ainda que a ordem jurídica indicada não seja a de um Estado-Membro.

Quanto ao seu âmbito de aplicação espacial, Roma I é aplicável a contratos celebrados a partir de 17 de Dezembro de 2009 (art. 29.º). Aos contratos celebrados em data anterior, mas que sejam posteriores a 1 de Setembro de 1994, é aplicável a CR, de acordo com o seu art. 17.º.

Por fim, têm prioridade sobre Roma I as disposições de direito da União Europeia que regulem questões especiais de conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais (art. 23.º). Roma I não prejudica as convenções internacionais que tenham um âmbito de aplicação material idêntico e que já estavam em vigor à data de aprovação do regulamento (art. 25.º, n.º 1), todavia, prevalece sobre aquelas que vinculem exclusivamente dois ou mais Estados-Membros (art. 25.º, n.º 2).

2.2. Alcance da *lex contractus*

A lei determinada por força das normas de conflitos de Roma I regula as questões enumeradas no art. 12.º, nomeadamente: a interpretação do contrato [alínea *a*)]; o cumprimento das obrigações contratuais [alínea *b*)]; as consequências do incumprimento total ou parcial das obrigações contratuais [alínea *c*)]; as causas de extinção das obrigações e a influência do tempo no exercício dos direitos, nomeadamente a prescrição e a caducidade [alínea *d*)]; entre outras matérias enumeradas de forma exemplificativa na norma.

⁷ *V.g.*, entre outros, TJUE, *Peter Pammer contra Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG (C-585/08)* e *Hotel Alpenhof GesmbH contra Olivier Heller (C-144/09)*, proc. apensos n.ºs C-585/08 e C-144/09, de 07/12/2010, § 39-42.

3. Normas gerais

O Regulamento Roma I contém normas gerais aplicáveis à substância do contrato. Nesta categoria, enquadrámos o art. 3.º, que é uma concretização do princípio da autonomia da vontade. Na ausência de escolha de lei, a norma que indica a lei supletivamente aplicável é o art. 4.º, que traduz o princípio de proximidade. Além das normas de conflitos gerais, o Regulamento Roma I contém disposições especiais aplicáveis a certo tipo de contratos, que têm certas singularidades que exigem que lhes seja dado um tratamento diferenciado e que tornam as normas de conflitos gerais pouco adequadas. É o caso do contrato de transporte (art. 5.º), do contrato de consumo (art. 6.º), já regulado no art. 5.º da CR, do contrato de seguro (art. 7.º) e do contrato individual de trabalho (art. 8.º), anteriormente regulado no art. 6.º da CR. Vamos circunscrever-nos, apenas, às normas de conflitos gerais.

3.1. *Autonomia da vontade*

O art. 3.º de Roma I prevê o princípio da autonomia da vontade, que se traduz na possibilidade de as partes escolherem a lei aplicável à relação jurídica contratual. Esta norma do regulamento segue de forma muito estreita o art. 3.º da CR, estabelecendo a autonomia da vontade de forma significativamente ampla. O interesse das partes, que no direito material se traduz pelo princípio da liberdade contratual, no direito conflitual consubstancia-se na designação pelas partes da lei que vai reger a relação jurídica, correspondendo esta escolha a um interesse partilhado por ambos.

A valorização da autodeterminação das partes em matéria contratual, através da eleição da lei aplicável, justifica-se por se considerar que as partes são aquelas que estão em melhor posição para identificar e salvaguardar os seus interesses, podendo, nesta medida, designar uma lei que melhor tutele estes interesses, ou uma lei neutra que não favoreça nenhuma das partes, ou alguma lei que regule expressamente do tipo de contrato em causa. Além da tutela dos interesses e das legítimas expectativas das partes, a *electio iuris* permite alcançar a certeza e a segurança jurídica na regulamentação da relação privada internacional: as partes *ab initio* sabem qual a lei que será aplicável àquela relação jurídica, que regulará os direitos e obrigações que resultam desta, podendo conformar os seus comportamentos de acordo com essa lei. Outro dos pontos positivos da autonomia da vontade no regime conflitual das obrigações contratuais é a neutralidade da mesma: o acolhimento da autonomia da vontade facilita a determinação da lei aplicável, permitindo ultrapassar o problema da escolha do elemento de conexão adequado para regular certa questão naquelas situações em que não existem interesses de política legislativa ou outras considerações que aconselhem a valorização de umas conexões em detrimento de outras.

A eleição de lei em Roma I obedece a certos requisitos de validade. Pode resultar de uma declaração expressa ou tácita (art. 3.º, n.º 1), pois a escolha de lei pode ser inferida das circunstâncias do caso concreto. As circunstâncias do caso concreto a ponderar podem resultar das negociações que antecederam o contrato e da análise do próprio contrato, como, por exemplo, das referências a disposições legais ou a termos ou figuras jurídicas provenientes de certo ordenamento jurídico.

A escolha apenas pode incidir sobre uma ordem jurídica estadual. Esta conclusão é o resultado, em primeiro lugar, de uma interpretação literal do regulamento, nomeadamente: do art. 1.º, n.º 1; do art. 2.º; e do art. 3.º⁽⁸⁾. Em segundo lugar, a completude das ordens jurídicas estaduais face aos outros conjuntos normativos milita no sentido de se considerar que o desenvolvimento destes não permite responder adequadamente a todas as situações que a realidade pode produzir. Adicionalmente, as ordens jurídicas estaduais possuem um conjunto de normas imperativas, não derogáveis por vontade das partes, que visam salvaguardar determinados interesses públicos, como a protecção da parte mais fraca. Esta questão foi debatida nos trabalhos preparatórios, tendo sido “[...] a escolha da *lex mercatoria* considerada insuficientemente precisa ou de codificações privadas não suficientemente reconhecidas pela comunidade internacional”. É certo que Roma I prevê, no considerando 13, que este regulamento “[...] não impede as partes de incluírem por referência no seu contrato um corpo legislativo não estatal ou uma convenção internacional”. Todavia, o que está em causa é uma mera referência material a este tipo de normas, incorporando-as no contrato⁽⁹⁾, e não a sua adopção como *lex contractus*.

O art. 3.º, n.º 1, do regulamento permite que as partes procedam a um fraccionamento voluntário do contrato, ou seja, as partes podem escolher leis diferentes para regular aspectos parcelares do contrato.

A escolha pode ser contemporânea ou posterior à celebração do contrato, podendo estar sujeita a alterações ao longo da vigência deste. Todavia, ficam ressalvados os direitos de terceiros e a validade formal do contrato, nos termos do art. 3.º, n.º 2, de Roma I. Desta forma, tempera-se a liberdade das partes em

⁸ O art. 1.º, n.º 1, do Regulamento Roma I, ao delimitar o seu âmbito de aplicação material, determina que este é aplicável aos contratos que envolvam um conflito de leis; o art. 2.º, que circunscreve o âmbito de aplicação espacial, refere-se expressamente à lei designada pelo regulamento e à lei de Estados terceiros à União; o art. 3.º alude à escolha de leis, não deixando abertura para a escolha dos princípios gerais do direito ou para a *lex mercatoria* como forma de regular o contrato.

⁹ Com esta opinião também, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) – uma introdução”, in *ROA*, ano 68, 2008, pp. 594-595, ainda que se manifestando a favor da designação da *lex mercatoria* como *lex contractus*.

conformar a sua relação contratual com a necessidade de fixar algum grau de certeza e estabilidade nos negócios jurídicos.

O art. 3.º, n.º 3, do Regulamento Roma I permite a escolha de lei quando todos os elementos do contrato se encontram em conexão com a lei de um único país, no entanto, esta não prejudica a aplicação das disposições imperativas da lei deste país. Estaremos perante uma *materiellrechtliche Parteiverweisung*, uma referência material ao direito estrangeiro no âmbito de um contrato interno e não perante uma verdadeira autonomia da vontade conflitual (*kollisionsrechtliche Parteiverweisung*)⁽¹⁰⁾.

Por fim, no n.º 4 do art. 3.º, o Regulamento Roma I salvaguarda na escolha de lei as disposições do direito da UE, numa redacção paralela à do n.º 3 da mesma disposição legal.

3.2. Lei supletivamente aplicável na ausência de escolha

O Regulamento Roma I altera a estrutura da norma de conflitos supletivamente aplicável na falta de eleição de lei, que está contida no art. 4.º da CR. Esta norma, baseada no princípio de proximidade, está direcionada para a obtenção da justiça do caso concreto: através de um agrupamento dos pontos de contacto resultantes da situação *sub judice*, procura-se obter a aplicação de uma lei que tenha uma conexão mais estreita com o caso concreto⁽¹¹⁾. O n.º 1 do art. 4.º da CR estabelece como regra supletiva que regula as obrigações contratuais a aplicação da lei que tenha uma conexão mais estreita com a relação contratual em causa. Adicionalmente, a norma em causa permite o *dépeçage* de uma parte do contrato que seja possível autonomizar, podendo ser sujeita a uma lei diferente com a qual, no caso concreto, apresente uma maior conexão.

A cláusula geral de conexão mais estreita, prevista no n.º 1 do art. 4.º da CR, é concretizada pelo disposto nos n.ºs 2, 3 e 4 do referido art. 4.º da CR. Assumindo a natureza de directrizes interpretativas que visam auxiliar o julgador na concretização da cláusula geral, estas normas permitem equilibrar

¹⁰ Sobre esta distinção, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Compra e Venda em Direito Internacional Privado*, Lisboa, s. ed., 1954, pp. 42-43; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.ª ed. reimpressão, Coimbra, Almedina, 1997, pp. 359-360; ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ, “El convenio de Roma de 1990 ante los tribunales españoles: balance de 15 años de vigencia”, in *La Unión Europea ante el derecho de la globalización*, directores: ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA/ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ, Madrid, Editorial Colex, 2008, p. 129; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Algumas considerações sobre a autonomia da vontade no direito internacional privado em Portugal e no Brasil”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2002, p. 386.

¹¹ Sobre o princípio de proximidade, ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado...*, cit., pp. 158-162.

a flexibilidade introduzida pelo n.º 1, conferindo um certo grau de certeza e previsibilidade quanto à decisão final e uniformidade na aplicação da CR.

Nos termos do art. 4.º, n.º 2, da CR, a conexão mais estreita com o contrato será determinada pela residência habitual, sede ou administração central do devedor da prestação característica, ou seja, da parte que está obrigada a fornecer a prestação não pecuniária do contrato. A prestação característica baseia-se numa ideia de superioridade da prestação contratual através da qual é realizado o escopo social e económico do mesmo. Segundo ADOLF F. SCHNITZER⁽¹²⁾, esta será a forma mais adequada de localizar um contrato, que não sendo “um fenómeno do mundo exterior não tem uma localização geográfica, mas pode ser ligado ao local onde preenche a sua função económica ou social”. É neste sentido que o conceito prestação característica é adoptado pela CR, pois, segundo o relatório explicativo, “[a] concepção da prestação característica permite, essencialmente, ligar o contrato ao meio socio-económico no qual este se vai inserir”. A prestação que distingue e caracteriza o contrato será a prestação não pecuniária do mesmo, o que, *v.g.*, num contrato de compra e venda, será a prestação do vendedor.

O critério interpretativo para os contratos que tenham por objecto direitos reais sobre imóveis e sobre os direitos de uso sobre um bem imóvel é a tradicional *lex rei sitae* (art. 4.º, n.º 3, da CR). Esta conexão justifica-se pelo interesse dos Estados em fixar o modo de formação, o conteúdo, os limites à aquisição e à disposição deste tipo de direitos, estreitamente ligados à criação de riqueza de um país. Além disso, para os operadores económicos, interessa um fácil acesso ao estatuto das coisas imóveis, de modo a facilitar o fluir do tráfico jurídico. Por fim, esta conexão justifica-se por uma ideia de efectividade das decisões judiciais e a adopção generalizada desta conexão garante a harmonia jurídica internacional.

A última directriz interpretativa manda aplicar aos contratos de transporte de mercadorias, descritos no n.º 4 do art. 4.º, *in fine*, da CR, a lei do país do estabelecimento principal do transportador, no momento da celebração do contrato, se neste se situar o lugar da carga, da descarga ou do estabelecimento principal do expedidor.

No final da norma, no n.º 5, reintroduz-se o elemento de flexibilidade, ao retomar-se a regra geral da conexão mais estreita, se esta não resultar dos critérios anteriormente enumerados no art. 4.º da CR. Parece resultar da decisão

¹² ADOLF F. SCHNITZER, « Les contrats internationaux en droit international privé suisse », *in RCADI*, vol. 123, 1968, I, pp. 571 e ss.

do TJUE, *Intercontainer Interfrigo*, referente à aplicação do art. 4.º da CR, que aquela norma contém uma cláusula de excepção ⁽¹³⁾.

O Regulamento Roma I altera a estrutura da norma geral supletiva, apresentando uma norma de conflitos com conexões rígidas no seu art. 4.º, n.º 1. O objectivo da alteração da estrutura flexível da norma para um conjunto de conexões rígidas foi o fortalecimento da segurança jurídica, possibilitando às partes, aquando da eleição de lei, saber qual a lei supletivamente aplicável, permitindo-lhes eleger outra lei que melhor salvaguarde os seus interesses, caso considerem necessário. Há, assim, na configuração da norma, uma valorização da previsibilidade e da segurança jurídica para protecção dos agentes económicos que operam no mercado comum, em prejuízo da flexibilidade. Nos termos do n.º 1: ao contrato de compra e venda de mercadorias é aplicada a lei da residência habitual do vendedor [alínea *a*)]; o contrato de prestação de serviços é regulado pela lei da residência habitual do prestador de serviços [alínea *b*)]; o contrato que tenha por objecto um direito real sobre um bem imóvel ou o arrendamento de um bem imóvel será disciplinado pela lei do lugar da situação do imóvel [alínea *c*)], entre outros elencados na norma. Como podemos observar, em algumas destas alíneas, como é o caso das alíneas *a*) e *b*), temos uma concretização do elemento de conexão residência habitual do devedor da prestação característica, que volta a aparecer no n.º 2 da disposição legal. De acordo com o n.º 2, aos contratos que não sejam abarcados pela tipologia enunciada no n.º 1 do art. 4.º ou que sejam abrangidos por mais do que uma das alíneas enunciadas será aplicável a lei da residência habitual do devedor da prestação característica do contrato.

A flexibilização da norma encontra-se no n.º 3, que estabelece uma cláusula de excepção para corrigir a rigidez das normas previstas nos números anteriores, em nome da justiça do caso concreto. Se resultar do conjunto das circunstâncias que o contrato tem uma conexão manifestamente mais estreita com uma lei diferente daquela indicada pelas conexões previstas nos n.ºs 1 e 2 da norma, será essa a lei aplicável. Os elementos a ponderar dependem das circunstâncias do caso concreto e das ligações que tenham com a situação. A cláusula de excepção é um mecanismo inspirado no princípio de proximidade e de intervenção excepcional, cuja intervenção está limitada: à exigência da pouca ligação da lei designada pelas conexões principais com a causa, partindo da análise do caso concreto; à existência de outra ordem jurídica com um contacto manifestamente superior com a situação *sub judice*.

Por fim, não sendo possível determinar a lei aplicável em função das conexões estabelecidas nos n.ºs 1 e 2, por exemplo, no caso de contratos complexos e contratos em que as partes fornecem prestações recíprocas, o n.º 4

¹³ TJUE, *Intercontainer Interfrigo (ICF) SC c. Balkenende Oosthuizen BV, MIC Operations BV*, proc. n.º C-133/08, de 06/10/2009, consultado em <http://eur-lex.europa.eu>, em 09/01/2010.

do art. 4.º de Roma I determina a aplicação da lei do país que tenha uma conexão mais estreita com o contrato.

4. Considerações finais

Além das normas de conflitos que indicámos, há outras normas gerais relevantes no regime da CR e do Regulamento Roma I aplicáveis aos contratos internacionais, mas cuja explicação não é compatível com a extensão destas breves notas. É o caso dos arts. 9.º da CR e 11.º do Regulamento Roma I, que visam a obtenção da validade do negócio através do estabelecimento de conexões alternativas, ou dos arts. 7.º e 16.º da CR ou dos arts. 9.º e 21.º de Roma I, que estabelecem limites à aplicação da lei competente, entre outras.

CULTURA E DIREITO

António Francisco de Sousa ⁽¹⁾

A cultura condiciona determinadamente o direito, formal e material, legislado e praticado. A cultura atua nas conceções fundamentais do sistema jurídico, nos valores e bens que o direito protege, na forma como a proteção é feita. A cultura condiciona a interpretação da lei (por exemplo, uma interpretação ‘amiga da vida’, uma interpretação ‘amiga do ambiente’ ou uma interpretação ‘conforme aos direitos fundamentais’), a sua aplicação, a sua aceitação, tolerância ou repulsa, o seu controlo. Uma sociedade pode conviver bem com a ilegalidade ou com certos tipos de ilegalidade (por exemplo, com a corrupção ou com a fuga ao fisco), mas também pode ter um elevado grau de exigência na efetivação do direito, o que pode ser avaliado, por exemplo, pela reação dos vizinhos a obras ilegais, por manifestações públicas de protesto contra abusos de poder, pela interposição de recursos em tribunais. Povos diversos podem ter sistemas jurídicos muito semelhantes (como acontece, por exemplo, ao nível das Constituições no seio da União Europeia), mas ter práticas jurídicas bem diversas, isto é, níveis bem diversos de efetivação do direito formalmente estabelecido. O direito é condicionado e codeterminado pela cultura, é cultura em ação.

¹ Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

1. O direito é cultura

O direito mantém com a cultura uma relação complexa difícil de delimitar: o direito é produto da cultura, protege a cultura e conforma a cultura; a cultura condiciona determinadamente o direito (²).

O direito tem em vista assegurar a convivência pacífica na sociedade. As normas e os princípios do direito são produto da ação humana e destinam-se a regular a ação humana no sentido do melhor para o ser humano, em si considerado e em sociedade. As normas e os princípios do direito visam ideais que necessitam de ser tornados realidade. Para ser eficaz, o direito tem de conhecer o ser humano na sua complexidade, para que a regulação jurídica se ajuste a ele, tal como ele é efetivamente, e, assim, para que ele aceite a norma, adira a ela, a acate e adequa a sua ação a ela. A cultura do povo em geral e das pessoas em concreto tem de ser devidamente conhecida e considerada no direito. Parte do direito visa, e é legítimo que vise, agir sobre a cultura, introduzir alterações nos hábitos culturais, proibindo uns e incentivando outros. Por exemplo, a lei formal pode e deve proibir ou limitar hábitos e práticas culturais contrários à dignidade humana ou à igualdade entre sexos. O direito não é, nem pode ser, culturalmente neutro, influencia e é influenciado pela cultura.

O direito visa interferir na ação humana, desenrolando-se no mundo exterior, da realidade material e das relações inter-humanas. As obras humanas são o principal alvo do direito, para as orientar, proibir, fomentar e apoiar. O direito é 'direito em ação', na medida em que visa atuar, e atua permanentemente, com vista a garantir bens jurídicos considerados importantes. As pessoas e os seus valores e sentimentos sucedem-se em sociedade, marcados pela cultura, pelos interesses e pelas necessidades. Cultura e direito estão em ação permanente. O direito para ser bom direito tem de ser feito à medida exata dos seus destinatários, da sua realidade específica e complexa, das suas necessidades. Por exemplo, o sistema prisional concebido na Suécia, para a sociedade sueca, não se ajusta e não é eficaz no Brasil ou noutros países de culturas e com índices de criminalidade bem diversos. As penas adequadas e exigidas para um determinado tipo de crime num país podem ser absurdas ou manifestamente ineficazes noutros sistemas jurídicos de culturas (e realidades materiais) bem diversas. No direito comparado, é necessário olhar ao direito formal, mas compreendê-lo em função da realidade cultural (e material) específica para o qual ele foi concebido. Cada país tem o 'espírito do seu povo', o 'sentir do seu povo', a 'cultura do seu povo'.

² AFONSO QUEIRÓ notou isto quando concluiu, para a área do direito administrativo, que os princípios gerais de direito têm a sua textura "influenciada pelos ingredientes espaço-temporais, pela situação cultural, pela concepção do homem e do mundo, pelo fundo ético da comunidade considerada e pela consequente valorização ou peso relativo dos interesses no círculo de cultura em que esses princípios regem" (*in Direito Administrativo*, Coimbra, 1976, p. 309).

Quando são elaboradas, as leis positivas não podem olhar apenas para as 'leis dos países mais desenvolvidos', mas têm de olhar também para a realidade da sociedade a que se destinam. O direito tem de assegurar a sua eficácia e esta depende do seu ajustamento à realidade material e pessoal a que se destina e à sua aceitação pelos destinatários, que depende em larga medida de estes o sentirem como 'direito justo'. Se o que me é imposto for justo, ainda que me custe, estou pronto a acatá-lo; se for injusto e irreal, o tolo que o acate, pois eu procurarei não ser vítima de injustiça (lei injusta). Assim pensará o comum dos mortais!

A cultura do povo reflete o 'espírito do povo', que muda de local para local, de época para época. Há tradições e modas culturais com aspetos positivos e negativos. O direito não deve cristalizar definitivamente nada. Tudo no direito tem de manter-se aberto ao diálogo franco e livre de 'todos com todos'. O direito necessário hoje pode ser diferente do de ontem e do de amanhã. O direito tem de dar segurança aos parceiros sociais, mas não pode cristalizar eternamente verdades, valores ou bens. Para o direito, são poucos os bens e valores intemporais que praticamente se cingem à vida humana e à dignidade humana. Os direitos fundamentais, porque inerentes à condição da existência e da felicidade humana, merecem o respeito do direito e da cultura. Assim, se a cultura atentar contra a dignidade humana⁽³⁾, o direito deve intervir para a corrigir; se o direito atentar contra a dignidade humana, a cultura deve afastá-lo como mau direito, não o acatando e exigindo a sua alteração. O direito deve abrir-se às 'modas' culturais, mas não deve claudicar perante elas. As tendências culturais podem refletir-se no direito, mas com segurança e nunca em termos definitivos. A sociedade até pode vestir um 'fato jurídico' que atende à moda da época, ao 'espírito da época'; mas a sociedade não pode trocar constantemente e completamente de 'fato jurídico'. A mudança tem de conviver com a tradição⁽⁴⁾. O direito tem de, por vezes, proteger tradições. O direito deve abrir-se às conceções do mundo: temas complexos como a pedofilia, a homossexualidade,

³ A dignidade humana passou a ser, a partir da segunda metade do séc. XIX, o fundamento último jurídico racional do Estado de direito democrático, em substituição do tradicional direito natural. É neste sentido que P. SCHNEIDER conclui que a discussão sobre uma teoria da interpretação da Constituição fica "comprometida, se se tentar introduzir na Lei Fundamental, por via do art. 1.º, n.º 1, uma concepção jusnatural determinada em termos de conteúdo e actualizar este sistema jusnatural como base da interpretação da Constituição" (*VVDStRL* 20, 1963, pp. 35 e ss.). Também DREIER conclui que, embora não haja "um direito natural eternamente válido e nenhuma teoria da boa sociedade que se tenha furtado à crítica", o direito e a sociedade existentes necessitam do "permanente controlo do grau de emancipação e da justiça social objetivamente possíveis do ponto de vista histórico" ("Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft", in *Rechtstheorie* 2, 1973, p. 53).

⁴ Neste sentido, HESSE considerou como critérios da justeza para o direito "a tradição comprovada, mas também o seu oposto [...] princípios jurídicos, que se formaram na experiência jurídica das gerações" (*Grundzüge, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 7.ª ed., 1974, p. 10).

a eutanásia, o aborto necessitam de regulação jurídica e esta tem de acompanhar o ‘espírito da época’. Por exemplo, a família e a propriedade têm merecido regulações jurídicas fortemente marcadas pelas visões dominantes e pelo espírito da época. As concepções do mundo transformam o direito. O próprio direito impulsiona e desencadeia com frequência deliberadamente novas ‘concepções do mundo’, como aconteceu, por exemplo, com a consagração constitucional da igualdade e fraternidade logo após a Revolução Francesa ou como aconteceu mais recentemente com a consagração constitucional do Estado ambiental. Direito é mudança em toda a sua dimensão ⁽⁵⁾.

O direito precisa de assegurar a sua eficácia para poder agir sobre os hábitos culturais, mesmo sobre o hábito de não acatar o direito. O direito tem de orientar-se para os ‘maus hábitos culturais’ na sociedade, para impor uma outra cultura social, por exemplo, contra a corrupção, contra o desperdício, contra os abusos sexuais, contra a violência doméstica, contra os maus tratos a idosos e crianças, etc. O direito tem de orientar-se à realidade tal qual ela se apresenta e tem de assegurar que através dele é garantida a mudança necessária nos comportamentos humanos. O direito tem de ter permanentemente os olhos focados na realidade existente e na realidade pretendida. O direito é instrumento de intervenção e aperfeiçoamento da sociedade, mas para que os objetivos do direito sejam alcançados é necessário a intervenção empenhada e persistente dos agentes do direito: legislador, práticos da administração pública, investigadores, pedagogos, advogados e juizes. E, não por último, é fundamental a abertura à aceitação por parte dos cidadãos, a sua formação cultural e sensibilização. RUDOLF VON JHERING (1818-1892) escreveu que, tal como uma criança aprende como que naturalmente as regras da sua língua materna (portanto, não pelo ensino abstrato, mas pelo exemplo da língua viva), assim também trava conhecimento prático com a propriedade ou com o dever de restituir as coisas que pediu emprestadas. “É assim que a atmosfera em que vive apresenta à criança tanto os primeiros elementos da formação como os da moralidade e do direito, ela inal-os sem o saber”. A instrução da criança é dada pelos pais, pelos professores e por outras pessoas. “Quando a criança já está crescida, as convicções e princípios morais que assimilou desta maneira a partir de fora tornaram-se tão firmemente

⁵ Uma parte importante da doutrina vem sustentando que o direito (constitucional) moderno não se deve prender ao direito natural. Neste sentido, LUHMANN afirmou que o “direito natural significa [...] negação da prestação interna do sistema social da sociedade na continuação do direito” (*in Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 1, 1970, p. 181). No mesmo sentido, conclui que o direito natural pouco pode contribuir para a concretização do Estado de direito democrático (H. ZACHER, *Freiheitliche Demokratie*, 1969, p. 56) e HABERMAS afirma que “o direito natural carece atualmente de toda a justificação filosófica vinculativa” (*Theorie und Praxis*, 4.^a ed., 1971, p. 118). Para uma panorâmica geral das críticas ao direito natural, cf. E. WOLF, *Das Problem der Naturrechtslehre*, 3.^a ed., 1964. No mesmo sentido e em termos bem esclarecedores, cf. PETER HÄBERLE, “Verfassungstheorie ohne Naturrecht”, *in AöR* 99, 1974, pp. 437 a 463.

propriedade sua que vê neles um pedaço do seu ser íntimo, sem o qual não se consegue imaginar a si mesma e em relação ao qual apenas pode, por isso, admitir que foi desde sempre propriedade sua, que lhe é inato” (6). Esta “cultura de observância de regras e valores” acatada numa sociedade reflete-se de forma determinante no grau de observância do direito, isto é, da efetivação do direito nessa sociedade. Assim, a mesma regra e o mesmo princípio são mais observados numa sociedade que noutra, isto é, o grau de eficácia do direito pode variar substancialmente de sociedade para sociedade. Temos assim que, enquanto numa sociedade o direito é efetivo, é realidade viva e vivida, noutra sociedade pode não passar de letra morta, de mera lei formal, de uma lei que paira nas nuvens (7) e que não se condensa para chegar ao quotidiano dos destinatários, com pouco reflexo na realidade social, frequentemente remetida para o papel de simples ramallete para a boa imagem interna e externa do país.

Enquanto produto cultural, o direito moderno busca a legitimação social. Ele é elaborado pelo legislador formal, mas procura interpretar e considerar o sentimento e os valores dominantes na sociedade atual a partir do “diálogo de todos com todos” (8), sem exclusão de ninguém e com respeito pelas minorias. As grandes decisões legislativas são cada vez mais tomadas buscando o consenso dos cidadãos (v.g. pela via referendária, mas também por outras vias). As soluções da lei, especialmente nestes domínios ideologicamente sensíveis e mutáveis, devem ser periodicamente submetidas ao debate público aberto, para que o direito acompanhe o espírito da época e responda adequadamente às necessidades reais da sociedade. O facto de o direito estar atento ao ‘espírito da época’ não significa que ela tenha perdido ou deva relegar para segundo plano o seu papel fundamental de instrumento de orientação da sociedade para os grandes fins impostos pelo bem comum, como a defesa da vida e da dignidade humana, a defesa dos direitos e liberdades fundamentais, a paz e a segurança coletivas, a defesa do bem-estar económico e social. Ao considerar o espírito da época, o direito não tem de ceder a tudo, não pode aceitar tudo e devem impor rumos, mesmo quando é necessário ir contra o ‘espírito da época’ Na verdade, as ‘modas’ sociais formam-se muitas vezes por ação dos *media*, de grupos de interesses, para fins económicos, políticos ou outros. As pessoas no seio da massa humana perdem em larga medida a sua capacidade de discernimento e de crítica, deixando-se arrastar ao sabor do mais fácil, do mais cómodo, do social ou politicamente correto, como a ovelha que sem qualquer questionação segue

⁶ JHERING, *Der Kampf um's Recht*, ed. de Felix Ermacora, Propyläen Verlag, p. 71. O texto corresponde a uma conferência apresentada em Viena d'Áustria perante a Sociedade de Juristas, em 12 de março de 1872, publicada no jornal *Wiener Juristischen Blättern* (Ano 1 [1872], caderno n.º 3).

⁷ Já em 1872 JHERING alertava que o direito não é mero pensamento, mera ideia, mas força viva (*in: Der Kampf um's Recht, cit.*, p. 61).

⁸ HABERMAS, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, 1973, pp. 125, 148 e ss. e 153.

o rebanho para onde ele vá ⁽⁹⁾. O direito não pode simplesmente deixar-se “ir na onda”, quando isso não é o melhor para a sociedade, a curto, médio ou longo prazo, tendo em consideração os grandes fins e bens da sociedade.

2. O direito respeita, protege, promove e orienta a cultura

O direito respeita, protege, promove e orienta a cultura ⁽¹⁰⁾. A proteção, promoção e orientação da cultura não é em si ideologicamente neutra, mas seletiva e orientada para fins.

2.1. A cultura na Constituição

A Constituição portuguesa protege amplamente a cultura em geral e a cultura portuguesa em especial. Muitas disposições da Constituição se referem expressamente à cultura numa perspetiva de a respeitar, proteger, apoiar, orientar, fomentar. Nos termos do art. 9.º da Constituição, é tarefa fundamental do Estado “garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático”, “promover o bem-estar e a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais”, “proteger e valorizar o património cultural do povo português”, “assegurar o ensino e a valorização permanente, defender o uso e promover a difusão internacional da língua portuguesa” ⁽¹¹⁾. Todo o Capítulo III da Parte 1 da Constituição é dedicado aos “direitos e deveres culturais”, garantindo o “direito à educação e à cultura” (art. 73.º), a promoção pelo Estado da “superação das desigualdades económicas, sociais e culturais, o

⁹ ORTEGA Y GASSET descreve o homem-massa como “o homem cuja vida carece de projeto e caminha ao acaso”. O autor é explícito: “Onde quer que tenha surgido o homem-massa de que este volume se ocupa, um tipo de homem feito de pressa, montado tão-somente numas quantas e pobres abstrações e que, por isso mesmo, é idêntico em qualquer parte da Europa. A ele se deve o triste aspeto de asfíxiante monotonia que vai tomando a vida em todo o continente. Esse homem-massa é o homem previamente despojado de sua própria história, sem entranhas de passado e, por isso mesmo, dócil a todas as disciplinas chamadas ‘internacionais’. Mais do que um homem, é apenas uma carcaça de homem constituído por meros *idola fori*; carece de um ‘dentro’, de uma intimidade sua, inexorável e inalienável, de um eu que não se possa revogar. Daí estar sempre em disponibilidade para fingir ser qualquer coisa. Tem só apetites, crê que só tem direitos e não crê que tem obrigações: é o homem sem nobreza que obriga – *sine nobilitate* – snob” (*in A rebelião das massas*, 1930, p. 10).

¹⁰ ORTEGA Y GASSET associa de outra forma a íntima ligação entre a cultura e as normas ou regras: “não há cultura onde não há normas”. “O mais e o menos de cultura mede-se pela maior ou menor precisão das normas. Onde há pouca, regulam estas a vida só *grosso modo*; onde há muita, penetram até o pormenor no exercício de todas as atividades” (*in A rebelião das massas, cit.*, p. 135).

¹¹ Como se disse noutra local. “o *Estado social* traduz uma decisão fundamental da Constituição sobre o modelo de sociedade, de justiça social e seu regime jurídico. Neste domínio, o Estado tem por tarefa fundamental a promoção e a realização dos direitos económicos, sociais e culturais” (*in Direito Administrativo em Geral*, Lisboa, 2009, p. 105).

desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida coletiva” (n.º 1), competindo também ao Estado promover “a democratização da cultura, incentivando e assegurando o acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural, em colaboração com os órgãos de comunicação social, as associações e fundações de fins culturais, as coletividades de cultura e recreio, as associações de defesa do património cultural, as organizações de moradores e outros agentes culturais” (n.º 2). A Constituição garante ainda o ensino ao determinar que (art. 74.º) incumbe ao Estado “inserir as escolas nas comunidades que servem e estabelecer a interligação do ensino e das atividades económicas, sociais e culturais” (alínea g)), competindo ao Estado “proteger e valorizar a língua gestual portuguesa, enquanto expressão cultural” (alínea h)), e “assegurar aos filhos dos emigrantes o ensino da língua portuguesa e o acesso à cultura portuguesa”.

A Constituição garante também a “liberdade de criação cultural” (art. 42.º), que distingue em “criação intelectual, artística e científica”. É também garantida a “liberdade de aprender e ensinar” (art. 43.º), sem que o Estado possa “programar a educação e a cultura segundo quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas” (n.º 2), ao mesmo tempo que declara que o ensino público não é confessional (n.º 3).

Os direitos de petição e de ação popular (art. 52.º) são assegurados “a todos, pessoalmente ou através de associações”, nomeadamente para promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra a preservação do património cultural. A Constituição impõe também às Universidades a “democratização do sistema de ensino, devendo ter em conta [...] a elevação do nível educativo, cultural e científico do país” (art. 76.º). A Constituição garante ainda a todos os portugueses o “direito à fruição e criação cultural” e o “dever de preservar, defender e valorizar o património cultural” (art. 78.º, n.º 1). Ao Estado, em colaboração com todos os agentes culturais, incumbe “incentivar e assegurar o acesso de todos os cidadãos aos meios e instrumentos de ação cultural”, “apoiar as iniciativas que estimulem a criação individual e coletiva, nas suas múltiplas formas e expressões, e uma maior circulação das obras e dos bens culturais de qualidade”, “promover a salvaguarda e a valorização do património cultural, tornando-o elemento vivificador da identidade cultural comum”, “desenvolver as relações culturais com todos os povos, especialmente os de língua portuguesa, e assegurar a defesa e a promoção da cultura portuguesa no estrangeiro”, “articular a política cultural e as demais políticas sectoriais” (n.º 2). A Constituição garante igualmente a todos os portugueses o “direito à cultura física” (art. 79.º) e à “formação cultural e técnica” dos trabalhadores (art. 58.º), estabelecendo que a política de terceira idade englobe medidas de carácter cultural (art. 72.º). Por sua vez, o art. 90.º determina que os planos de desenvolvimento económico e social

visam “promover [...] a coordenação da política económica com as políticas social, educativa e cultural”, o mesmo acontecendo com a política agrícola que também visa “promover a melhoria da situação económica, social e cultural dos trabalhadores” (art. 93.º).

O património cultural é, nas suas bases, submetido à reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República (art. 165.º), destacando-se o facto de o regime autónomico dos Açores e da Madeira se alicerçar também nas suas características culturais (art. 225.º).

Às muitas normas constitucionais que se referem expressamente à proteção e à promoção cultural juntam-se inúmeras outras que visam a proteção de aspetos fundamentais da cultura portuguesa como a vida, a dignidade humana, as liberdades (religiosa, de associação, de expressão) ou a democracia.

2.2. A cultura na lei ordinária

A lei ordinária complementa a já ampla proteção constitucional da cultura. De entre as inúmeras leis ordinárias que protegem diretamente a cultura, destaca-se a Lei n.º 107/2001, de 8 de setembro, que aprovou as Bases da Política e do Regime de Proteção e Manutenção do Património Cultural, entre inúmeras outras. O art. 3.º desta lei concretiza, melhor do que a Constituição, o dever que recai sobre o Estado de proteger e promover o património cultural, ao determinar que “O conhecimento, estudo, proteção, valorização e divulgação do património cultural constituem um dever do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais” (n.º 3). Para o Estado, a lei estabelece o dever de proteger e valorizar “o património cultural como instrumento primacial de realização da dignidade da pessoa humana, objeto de direitos fundamentais, meio ao serviço da democratização da cultura e esteio da independência e da identidade nacionais” (n.º 2). Tudo isto com vista a assegurar “a transmissão de uma herança nacional cuja continuidade e enriquecimento unirá as gerações num percurso civilizacional singular” (n.º 1).

O art. 2.º da referida Lei n.º 107/2001, de 8 de setembro, define ao mesmo tempo que estabelece o âmbito do património cultural português. Trata-se de uma definição ampla que se complementa com diversos aspetos específicos, dada a dificuldade e a abrangência do conceito a definir. A letra da lei é expressiva: “1 – Para os efeitos da presente lei integram o património cultural todos os bens que, sendo testemunhos com valor de civilização ou de cultura portadores de interesse cultural relevante, devam ser objeto de especial proteção e valorização”. O preceito declara depois que a língua portuguesa é fundamento da soberania nacional e um elemento essencial do património cultural português, que o interesse cultural relevante (nomeadamente histórico, paleontológico, arqueológico, arquitetónico, linguístico, documental, artístico, etnográfico, científico, social,

industrial ou técnico) dos bens do património cultural deve refletir “valores de memória, antiguidade, autenticidade, originalidade, raridade, singularidade ou exemplaridade”. Por outro lado, também fazem parte do património cultural os bens imateriais que sejam “parcelas estruturantes da identidade e da memória coletiva portuguesas”, bem como quaisquer bens assim considerados por convenção internacional que vincule juridicamente o Estado Português. E, para além dos bens materiais e imateriais de “interesse cultural relevante”, também integram o património cultural português “os respetivos contextos” que, pelo seu “valor de testemunho”, tenham com aqueles bens uma “relação interpretativa e informativa”. Por outro lado, a lei prevê a proteção legal especial não só do ensino da valorização e defesa da língua portuguesa e das suas variedades regionais no território nacional, mas também a sua difusão internacional, com posição de relevo na política do Estado e das Regiões Autónomas sobre a proteção e valorização do património da cultura tradicional popular, que deve ser objeto de proteção legislativa específica.

2.3. A proteção da cultura no plano internacional

As ordens jurídicas nacionais são cada vez mais reguladas por normas do exterior, ditas de direito internacional público ou, no caso da Europa, da União Europeia. Assim, a comunidade portuguesa integra-se numa comunidade mais vasta, a comunidade internacional. A parte faz parte do todo e, por isso, deve respeitar, por enquanto na base de uma decisão própria, valores e padrões comportamentais que são património comum da humanidade ou património comum de uma comunidade regional mais vasta (por exemplo, a União Europeia).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, já denuncia no plano formal a discrepância existente entre desejo e realidade, dado que a declaração foi publicada, à partida, como simples programa, sem obrigatoriedade jurídica. A par de uma extensa lista dos direitos clássicos de liberdade e igualdade, esta declaração inclui também “direitos fundamentais sociais” (sobre este ponto, § 34 III), especialmente um “direito à segurança social” e a pretensão de toda a pessoa “de conseguir a satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais indispensáveis para a sua dignidade e para o livre desenvolvimento da sua personalidade” (art. 22.º); inclui, além disso, um “direito ao trabalho, à livre escolha da profissão, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho assim como à proteção contra o desemprego”, um “direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure a si e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e que deve ser complementada, se necessário, por outras medidas de proteção social” (art. 23.º) e, ainda, um “direito ao repouso e aos tempos livres, a uma limitação razoável das

horas de trabalho e a férias periódicas pagas” (art. 24.º), um “direito a um nível de vida que lhe assegure a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusivamente alimentação, vestuário, alojamento, assistência médica e a necessária prestação de assistência social”, um “direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade” (art. 25.º) e um “direito à educação” (art. 26.º).

Algumas concretizações deste amplo programa têm por objetivo uma vinculação jurídica. Neste sentido, merecem referência três convenções adotadas por iniciativa da Assembleia Geral da ONU: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 7 de março de 1966, o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, ambos de 19 de dezembro de 1966. Os Estados signatários obrigam-se, nestas convenções, a garantir os direitos acordados e a informar a este respeito o órgão competente da ONU. Além disso, em caso de se verificar uma violação da convenção contra a discriminação racial, os Estados signatários podem apresentar queixa junto de uma Comissão de peritos (art. 11.º); os Estados contratantes podem admitir também uma queixa de particulares (art. 14.º). Em virtude de violação do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, estão previstas, como recursos facultativos, a queixa de Estados (art. 41.º) e a queixa de particulares (protocolo facultativo de 19 de dezembro de 1966) a uma Comissão dos Direitos Humanos.

A Carta da ONU declarou como objetivo das Nações Unidas “levar a efeito uma cooperação internacional [...] para promover e aumentar o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais para todos sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (arts. 1.º, n.º 3, e 55.º, letra c). E os Estados-Membros da ONU obrigaram-se a iniciar, em cooperação com a Organização, ações conjuntas ou individuais para concretizar este objetivo (arts. 55.º, letra c, e 56.º). A DUDH inclui a pretensão de satisfazer a toda a pessoa os direitos económicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade (art. 22.º). A Declaração prevê um direito a um nível de vida que lhe assegure, a si e à sua família, saúde e bem-estar (art. 25.º) e um direito à educação (art. 26.º).

A Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) tem em vista a promoção da ciência e da cultura, orientando-se especialmente para o combate ao analfabetismo, à preservação do património cultural, à análise, compilação e catalogação dos resultados das investigações científicas.

Os Estados-Membros do Conselho da Europa adotaram, em 1950, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades

Fundamentais (CEDH) e, complementarmente, a “Carta Social Europeia”, de 18 de outubro de 1961 (em vigor desde 1965).

A CEDH garante direitos e liberdades *grosso modo* correspondentes aos direitos humanos clássicos (arts. 1.º a 14.º). Para assegurar a observância destes direitos, foi criado o Tribunal Europeu de Direitos do Homem (art. 19.º). Qualquer Estado contratante pode apelar para o tribunal (queixa de Estado – art. 33.º), tal como qualquer pessoa singular que se considere lesada (queixa individual – art. 34.º). Porém, previamente, têm de estar esgotados os recursos aos tribunais nacionais (art. 35.º).

2.4. A proteção da cultura na União Europeia

A União Europeia aderiu à CEDH (art. 6.º, n.º 2, do Tratado de Lisboa – Tratado da União Europeia). Os princípios constitucionais comuns dos Estados-Membros são observados como direito da União Europeia (art. 6.º, n.º 3, do Tratado da União). Em dezembro de 2000, os membros do Conselho Europeu subscreveram a Carta de Direitos Fundamentais, que foi aprovada também pelo Parlamento Europeu e pela Comissão Europeia.

Na União Europeia, reconhece-se uma cultura jurídica europeia comum⁽¹²⁾ da qual fazem parte, antes de mais, a dignidade do ser humano, a liberdade, a igualdade, a solidariedade, a cidadania e a justiça, como o refere expressamente a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

O preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia diz que a União contribui para a preservação e o desenvolvimento dos “valores comuns, no respeito pela diversidade das culturas e tradições dos povos da Europa, bem como da identidade nacional dos Estados-Membros”. O art. 22.º, sob a epígrafe “diversidade cultural, religiosa e linguística”, determina que “a União respeita a diversidade cultural, religiosa e linguística” e o art. 23.º impõe uma orientação cultural no sentido de que “deve ser garantida a igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios, incluindo em matéria de emprego, trabalho e remuneração”, tal como acontece, por exemplo, com o art. 25.º, segundo o qual a União reconhece e respeita o direito das pessoas idosas a uma existência condigna e independente e à sua participação na vida social e cultural” e com o art. 26.º, que determina a “integração das pessoas com deficiência”, que têm o direito “a beneficiarem de medidas destinadas a assegurar a sua autonomia, a sua integração social e profissional e a sua participação na vida da comunidade”.

Também o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)⁽¹³⁾ declara que se inspira “no património cultural, religioso e humanista da

¹² Cf. HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, Suhrkamp, 1997.

¹³ De 26/10/2012 (*Jornal Oficial da União Europeia* C 326/1).

Europa, de que emanaram os valores universais que são os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana, bem como a liberdade, a democracia, a igualdade e o Estado de direito”. E, em termos elucidativos, o art. 3.º, n.º 3, declara que “a União respeita a riqueza da sua diversidade cultural e linguística e vela pela salvaguarda e pelo desenvolvimento do património cultural europeu”. Por sua vez, o art. 107.º prevê “auxílios destinados a promover a cultura e a conservação do património, quando não alterem as condições das trocas comerciais e da concorrência na União num sentido contrário ao interesse comum”. Também o art. 165.º estabelece para a União o dever de contribuir para o “desenvolvimento de uma educação de qualidade, incentivando a cooperação entre Estados-Membros e, se necessário, apoiando e completando a sua ação, respeitando integralmente a responsabilidade dos Estados-Membros pelo conteúdo do ensino e pela organização do sistema educativo, bem como a sua diversidade cultural e linguística”. Mas é o Título XIII deste diploma que é dedicado expressamente à cultura, destacando-se o art. 167.º, que determina, no seu n.º 1, que a União contribui para o “desenvolvimento das culturas dos Estados-Membros, respeitando a sua diversidade nacional e regional, e pondo simultaneamente em evidência o património cultural comum”. E o n.º 2 esclarece que “a ação da União tem por objetivo incentivar a cooperação entre Estados-Membros e, se necessário, apoiar e completar a sua ação nos seguintes domínios: melhoria do conhecimento e da divulgação da cultura e da história dos povos europeus; conservação e salvaguarda do património cultural de importância europeia; intercâmbios culturais não comerciais; criação artística e literária, incluindo o setor audiovisual. Os n.ºs 3 a 5 deste diploma complementam esta regulação.

Para além dos preceitos referidos, são inúmeros os preceitos normativos da União Europeia orientados para o respeito, a proteção, a promoção e a orientação da cultura, nos seus aspetos comuns e nas suas diversidades. A cultura está frequentemente presente, seja a cultura da integridade do funcionário da União, seja a cultura da poupança, da desburocratização, da proteção ambiental, do respeito pelo outro. A União Europeia não é, pois, culturalmente neutra, mas culturalmente interessada, estando a cultura no seu centro, como um dos seus pilares fundamentais (por exemplo, a cultura da defesa e promoção dos direitos fundamentais).

3. O direito conforma a cultura

O direito não é culturalmente neutro. O direito não é culturalmente neutro quando tolera ou proíbe a tourada, quando reconhece a liberdade religiosa, quando impõe o Estado ambiental, quando concede subsídios às artes, quando manda recuperar e conservar o património histórico e cultural, etc. O direito

não é culturalmente neutro quando determina a igualdade de sexos, quando pune a violência doméstica ou os abusos sexuais, quando estabelece limites às liberdades individuais. O direito proíbe o que considera ser a ‘má’ cultura e apoia e promove o que considera ser a ‘boa’ cultura, isto é, os aspetos culturais que considera serem bons para a sociedade e para os cidadãos individualmente considerados. Mas o que é bom ou mau é ditado pelo direito, considerando a opinião da sociedade, num diálogo aberto de todos com todos, diálogo que é regularmente promovido, pois as opiniões das pessoas mudam com o tempo. E, ao abrir-se à sociedade, ao auscultar a opinião das pessoas manifestadas em diálogo franco e aberto, o direito não atende apenas à opinião maioritária, não impõe definitivamente uma ditadura da maioria, mas considera as minorias, protege-as, assegura a sua liberdade de opinião e de ação, permitindo deste modo não só a sua subsistência, mas também que elas possam evoluir para maiorias.

Uma das mais importantes funções do direito é a função de socialização. Ao serem imperativas, as normas jurídicas impõem comportamentos, tolerâncias e omissões. Pela função de socialização⁽¹⁴⁾, o direito educa para um comportamento considerado pelo legislador como *socialmente adequado*. Por exemplo, as normas penais punem e simultaneamente previnem a prática de comportamentos considerados socialmente desadequados que configura como *crimes* (ofensas corporais, roubo, etc.). O direito também regula os comportamentos e as relações sociais do dia-a-dia, como, por exemplo, a circulação na via pública, as relações entre inquilinos e senhorios, entre trabalhadores e patrões, entre comerciantes, etc. As normas *educam* para um comportamento familiar e social considerado indispensável à boa formação humana e ao bom funcionamento das instituições sociais, a começar pela instituição familiar, passando pelas instituições públicas e privadas e pelo bom funcionamento da vida em sociedade e da sociedade em geral⁽¹⁵⁾. Por exemplo, as normas do Código Civil regulam aspetos importantes nas relações entre cônjuges e entre pais e filhos, impondo, por exemplo, assistência e respeito. O Estado assegura, como direito fundamental, o livre desenvolvimento da personalidade, para o que estabelece imposições e limitações, desde logo em relação aos superiores hierárquicos ou em relação aos pais do menor. De igual modo, a conduta em sociedade, como a circulação na via pública ou a proibição de ruído noturno, é regulada por normas jurídicas, tendo em vista a boa convivência social. O direito realiza, pois, uma função de socialização.

O direito prescreve comportamentos e assegura a correção dos desvios ao comportamento imposto. Pelas sanções, o direito reage ao comportamento desviante, impondo a reparação de danos, a reinserção social, a alteração de comportamento social. Pela sanção e pela reinserção restabelece-se a situação

¹⁴ GÖRLITZ, *Politische Funktionen des Rechts*, 1976, pp. 71 e ss.

¹⁵ GÖRLITZ, *Politische Funktionen des Rechts*, *cit.*, pp. 71 e ss.

de normalidade. Também a revogação de atos ilegais se destina a restabelecer a ordem jurídica violada.

O direito desempenha também uma função de conformação social. As normas jurídicas são instrumentos ao serviço de determinados fins, que podem ser políticos, económicos, culturais ou sociais. O direito é instrumento de transformação social, a chamada função *social engineering* do direito⁽¹⁶⁾. Esta função do direito deve orientar-se para a melhor satisfação possível das necessidades humanas⁽¹⁷⁾. Os juristas são então engenheiros sociais. A sociedade é dominada por forças sociais, competindo aos juristas conhecê-las e conduzi-las na melhor direção, tendo em vista o bem-estar individual e coletivo. Tal como o engenheiro de máquinas, conhecendo-as, as manipula no sentido que pretende, também o jurista (e o legislador em geral) que conhece a sociedade a deve orientar no sentido dos fins pretendidos. Tal como a engenharia mecânica, o direito seria ciência social aplicada⁽¹⁸⁾. A norma jurídica está condicionada pelos factos sociais, mas ela própria também os condiciona, funcionando como “alavanca do desenvolvimento social”⁽¹⁹⁾.

A função de conformação social do direito é bem patente, por exemplo, na área do direito do ambiente. Por exemplo, uma recente lei nesta área determina que compete ao Estado a realização da política de ambiente, nomeadamente “através da mobilização e da coordenação de todos os cidadãos e forças sociais, num processo participado e assente no pleno exercício da cidadania ambiental”⁽²⁰⁾. E a mesma lei enumera como um dos princípios das políticas públicas ambientais o princípio da educação ambiental, que obriga a políticas pedagógicas viradas para a tomada de consciência ambiental, apostando na educação para o desenvolvimento sustentável e dotando os cidadãos de competências ambientais num processo contínuo, que promove a cidadania participativa e apela à responsabilização, designadamente através do voluntariado e do mecenato ambiental, tendo em vista a proteção e a melhoria do ambiente em toda a sua dimensão humana. Por estas normas se vê que o direito orienta a sociedade para a defesa de certos valores que considera indispensáveis ao bom funcionamento

¹⁶ A expressão *social engineering* foi cunhada por ROSCOE POUND (1870-1964), em 1923 (*Interpretations of Legal History*, 1923, pp. 141 e ss., 152 e ss. e 156 e ss.). Em POUND, o direito é instrumento de satisfação de necessidades sociais (POUND, *Introduction to the Philosophy of Law*, 1954, p. 47): “Para perceber o direito atual, contento-me com uma ideia; trata-se de satisfazer, do conjunto das necessidades humanas, tantas quanto possível, com o mínimo de sacrifícios possível. Dou-me por satisfeito em imaginar o direito como uma instituição social destinada a satisfazer as necessidades sociais”.

¹⁷ POUND, *Introduction to the Philosophy of Law*, cit., p. 47.

¹⁸ EUGEN EHRLICH, *Die juristische Logik*, 1918, p. 310.

¹⁹ EUGEN EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913 (reed. 1967), p. 164.

²⁰ Art. 2.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2014, de 14 de abril. Cf., também, o art. 4.º, alínea d), da mesma lei.

da sociedade atual e no futuro. O direito não é, pois, ambientalmente neutro e, nesta medida, não é também culturalmente neutro. Quando protege, orienta, promove ou proíbe, o direito atua sobre a cultura, protegendo-a mas também conformando-a e orientando-a.

4. A cultura da realização do direito

O direito é criado para ser observado, para ser eficaz. Acontece, porém, que muitas vezes ele não se efetiva, não é praticado, permanece inerte na lei, como se não existisse, como se não valesse nada, apenas sendo invocada a sua existência quando convém e à medida das conveniências, relegado para um papel decorativo, para dar uma (falsa) imagem de progresso e desenvolvimento.

Ao consagrar o Estado de direito efetivo, a Constituição portuguesa garante e impõe a efetivação do direito. Mas a efetivação do direito só pode ser assegurada se forem acauteladas determinadas condições prévias. A primeira delas é a de que o direito deve ser justo, isto é, sentido como justo pelos seus destinatários, precisamente para que eles vejam uma razão para cumprirem voluntariamente o que determina o direito, mesmo que isso represente um sacrifício pessoal. Por exemplo, se o sistema fiscal é injusto, os contribuintes não estarão disponíveis para pagar se outros, nas mesmas condições, não são obrigados a pagar ou na realidade não pagam, muitas vezes de forma sistemática, sem que nada lhes aconteça. Por outro lado, o Estado deve criar e manter instituições, órgãos e agentes capazes de assegurar a efetivação do direito. Também o acesso à justiça desempenha um papel fundamental, o que pressupõe tribunais em quantidade suficiente, a funcionar bem (de forma célere e justa) e a custos acessíveis. Mas tudo isto não é por si só suficiente para que o direito se efetive. O cidadão tem de dar o seu contributo, que é em muitos casos fundamental.

Também na efetivação do direito, a cultura de um povo e das pessoas em particular é determinante. O Estado tem de adotar uma cultura de 'direito efetivo', criando condições e exigindo a efetivação do direito. A Administração Pública, que interpreta e aplica a lei administrativa, tem de empenhar-se na efetivação do direito, devendo por exemplo tratar os cidadãos com igualdade efetiva (por exemplo, praticando o concurso público imposto por lei) e, sobretudo, os tribunais têm uma responsabilidade determinante na efetivação do direito, no controlo que fazem da interpretação e aplicação do direito ao caso concreto, por exemplo, realizando a justiça material e não se refugiando numa justiça meramente formal. Mas, não menos importante, a efetivação do direito depende em larga medida também do cidadão ⁽²¹⁾, da sua cultura cívica.

²¹ Como já salientou JHERING, "o direito é um trabalho incessante, não apenas do Estado, mas de todo o povo" (*in Der Kampf um's Recht, cit.*, p. 62).

O cidadão tem uma responsabilidade decisiva na efetivação do direito, devendo adotar a postura de lutador pelo direito, não se conformando com a injustiça e exigindo a realização efetiva do direito. A *luta pelo direito* que os membros de uma sociedade fazem marca não só o grau de efetivação do direito, mas também o grau de maturidade e desenvolvimento de um sistema jurídico. Se a injustiça e a corrupção existem e persistem na Administração Pública e na sociedade em geral, a responsabilidade é antes de mais dos seus autores diretos, mas é também dos tribunais que não impõem, como podiam e deviam, na sua jurisprudência uma cultura de integridade e de escrupuloso cumprimento da lei e do direito e, não por último, também dos cidadãos que, por conveniência, comodismo, medo ou cobardia, preferem sofrer a injustiça durante anos ou décadas a insurgir-se contra ela, a denunciá-la, a erguer a sua voz contra ela. Na prática, a realização do direito é muitas vezes negada, ainda que prevista e imposta por lei. Por isso, a sua efetivação depende de uma luta, de uma conquista, à semelhança de muitos outros bens preciosos como o dinheiro, o trabalho e, em larga medida, a saúde. É, pois, indispensável que as pessoas adotem uma *cultura de luta pelo direito*, tal como é indispensável que o legislador adote uma cultura de criação de direito justo, o administrador adote uma cultura de integridade e de observância escrupulosa do direito e os tribunais adotem uma cultura de realização da justiça material e de exigência à Administração de integral respeito pelo direito. Como disse JHERING, “na luta debes encontrar o teu direito”; “a luta é o labor eterno do direito”; “sem luta não há direito, tal como sem trabalho não há propriedade”⁽²²⁾. “A vida do direito é luta, uma luta dos povos, dos poderes do Estado [...], dos indivíduos”⁽²³⁾.

²² JHERING, *Der Kampf um's Recht*, cit., p. 151.

²³ JHERING, *Der Kampf um's Recht*, cit., p. 61.

ANÁLISE BREVE DE UMA LEI DE 1760

António Lemos Soares ⁽¹⁾

A Lei da Polícia da Corte é de 1760 e afigura-se-nos como uma continuidade na transposição de disposições jurídicas estrangeiras. No entanto, deve realçar-se que, como se faz referência no seu longo proémio, inspirou-se também em disposições do tempo dos Felipes em Portugal. Desde logo, recuperou o disposto nas leis de 12 de Março de 1603, de 30 de Dezembro de 1605 e de 25 de Dezembro de 1608. Todas elas são regras do tempo de Felipe III de Castela e provenientes, com toda a probabilidade, de uma fase em que deveria ser já claro o fracasso da tentativa de monarquia dualista. Época em que se tornaria útil garantir a segurança.

A mesma preocupação foi um dos cuidados principais da *Ilustração* sem uma razão tão aparente como no tempo dos Felipes mas certamente por razões de índole ideológica. Policiar a *Cidade* tornara-se uma exigência racionalista e é manifestado à saciedade na Lei de 25 de Junho de 1760. Observe-se esta passagem no português da época:

“§. 5. Logo que os ditos Corregedores, e Juizes de Crimes derem parte ao mefmo Intendente Geral de qualquer delicto comettido na Corte, e receberem delle as Infrucçoens, e Ordens neceffarias para o procedimento, que devem ter na averiguação e captura dos Réos, do delicto, que fe houver commetido; paffaraõ (em beneficio do fofego publico da Corte, que deve prevalecer a toda, e qualquer outra contemplação particular) ao exame e prizaõ dos mesmos Réos, autuando-os em proceffos fimplesmente verbais, fem limitação de tempo, e fem determinado numero de teftimunhas fomente até conftrar da verdade do fagto: A qual averiguada fe faraõ os Autos conclufos ao Intendente Geral, para que achando-os neffes termos; lhes ordene que os remettaõ aos Corregedores do crime da Corte, para ferem immediattamente fentenciados em Relação, na conformidade dos meus ReaesDecretos de quatro de Novembro de mil fetecentos cinquenta e finco

¹ Escola de Direito da Universidade do Minho.
Este artigo segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

annos: Admittindo-fe contudo os Réos a embargarem com termo de vinte quatro horas por huma vez fomente”⁽²⁾.

É verdade que esta lei vem também auxiliar uma maior celeridade processual, benefício que os Povos pediam em Cortes Gerais⁽³⁾ desde há muito. Mas isso sucedeu, como quase sempre, e, no caso do texto anterior, ocorria mediante uma limitação das garantias das pessoas. Noutro plano, o conjunto de restrições da vida quotidiana dos particulares evidencia-se. Por exemplo, no que concerne ao arrendamento:

“§. 8. Nenhuma peffoa, de qualquer qualidade, e condição que seja, poderá allugar cafas a homens vadios, mal procedidos, jogadores de Officio, os que não tiverem modo de viver conhecido, ou os que forem de coftumes escandalofos; fubpena de perder o vallor do alluguer das cazas de hum anno, pela primeira vez; e de pagar a fegunda vez da Cadeia o tresdobro a favor de quem o denunciar. Na mesma pena incorréraõ os que allugarem debaixo do feu nome cafas para introduzirem nellas algum dos fobredictos Inquilinos do procedimento reprovado; ou dellas lhe fizeraõ ceffaõ; ou recolherem na fua companhia”⁽⁴⁾.

Este último parágrafo da norma já nos parece mais próprio do século XVIII. Não é apenas a disposição legal que se afirma como decisiva, pois isso era já legado anterior. Trata-se agora da necessidade afirmada pela lei de intervir e de limpar a Cidade através do controle apertadíssimo das actividades dos seus membros. Numa Metrópole assim, não há lugar nem a vadios nem a homens de má proveniência. Por isso, não seria de pensar arrendar-se-lhes quaisquer imóveis sem autorização prévia,

“§. 10 Similhantemente prohibo, debaixo das mesma penas, que peffoa alguma entre em cafa de novo, fem fe apresentar no termo de tres dias ao Miniftro do Bairro para onde fe mudar, com o bilhete do Miniftro do outro Bairro onde houver fahido, e com a declaração das peffoas da fua familia, e ferviço, ou que na fua cafa fe acharem hospedadas”⁽⁵⁾.

² “Ley da Policia da Corte de 25 de Junho de 1760”, in *Collecção Das Leys, Decretos e Alvarás, Que Comprehende o Feliz Reinado Del Rey Fidelíssimo D. Jozé o I. Nosso Senhor desde o anno de 1750 até ao de 1760, e a Pragmatica do Senhor Rey D. João V. do anno de 1749*, Tomo I, Lisboa, Na Officina de Miguel Rodrigues, M. D. CC. LXXI, s. p.

³ O termo *Cortes Gerais* nem sempre foi o utilizado em Portugal para referir estas importantes reuniões políticas dos três braços da nação. ARMINDO DE SOUSA, *As Cortes Medievais Portuguesas (1385-1490)*, vol. I, Porto, INIC, pp. 97 e ss.

⁴ “Ley da Policia da Corte de 25 de Junho de 1760”, *cit.*, s. p.

⁵ “Ley da Policia da Corte de 25 de Junho de 1760”, *cit.*, s. p.

Também este parece um parágrafo mais próprio do tempo. A *Cidade Ideal* garante a paz e a segurança dos seus habitantes, mas inspeciona as suas actividades em absoluto nas matérias mais comezinhas. O absolutismo iluminado estava instalado no país. Nem a *Casa* de cada qual, refúgio sagrado desde a baixa *Idade-Média* se subtrai a esta legislação. O controlo é por vezes mais estrito,

“§.11. *Todas as peffoas de qualquer qualidade, estado e condição, ou fejaõ Nacionaes, ou Efrangeiras, que vierem á minha Corte, e Cidade de Lisboa, feraõ obrigadas a aprefentarse, ou annunciarffe no termo de vinte e quatro horas, ao Minifstro Criminal do Bairro onde vierem a affitir: Declarando-lhes os feus nomes, profiffoens; o lugar donde vem; o lugar por onde encontráráõ neste Reino; o tempo da fua entrada; e o numero e qualidade das peffoas da fua comitiva: Para que o referido Minifstro participe logo tudo por escrito ao Intendente Geral: E ifto fubpena de que as peffoas, que não fizerem a fobredita aprefentafaõ, ou annunciação, dentro do referido termo, feraõ mandadas fahir da mesma Corte no efpaco de outras vinte quatro horas, não havendo outra razaõ, que as fujeite a maior procedimento*”⁽⁶⁾.

Uma das características que a *Ilustração* trouxe consigo foi a plena uniformização das pessoas perante a lei. Os antigos privilégios – entendidos estes enquanto disposições jurídicas particulares de cada ordem social⁽⁷⁾ – são onubilados, ainda antes de qualquer indício de liberalismo.

“§. 12 *Similhantermente todos os Eftallajadeiros, Taverneiros, Vendeiros, ou outras quaeſquer peffoas, que alojarem nas fuas Cafas de pafto, Eftallajens, tavernas ou vendas, alguma, ou algumas peffoas Nacionaes, ou Efrangeiras, feraõ obrigadas a fazer um Diario dos que chegarem ás fobreditas cafas, e nellas fe houverem recolhido, no qual efcrevéráõ os nomes das mesmas peffoas, os lugares donde vem as fuas profiffoens, os lugares donde vem, o numero, e qualidade das peffoas das fuas comitivas, e das que forem viſitar, os referidos Adventifios: Entregando de tudo huma relação diaria ao Minifstro Criminal do Bairro; para a participar ao Intendente Geral*”⁽⁸⁾.

O parágrafo anterior representa a consumação de um verdadeiro *Estado de Polícia* já instituído no país. Os habitantes de Lisboa, não são cidadãos *proprio sensu* (no sentido de serem titulares de um conjunto de direitos inalienáveis,

⁶ “Ley da Policia da Corte de 25 de Junho de 1760”, *cit.*, s. p.

⁷ A lei que estudamos parece, em muitos dos seus parágrafos, afastar-se da definição que um famoso autor coevo da época da *Ilustração* legou à posteridade. Convém sempre recordar: “As leis, no seu significado mais extenso, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas”, MONTESQUIEU, *O Espirito das Leis*, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 11.

⁸ “Ley da Policia da Corte de 25 de Junho de 1760”, *cit.*, s. p.

protegidos pelo Estado mas são os súbditos racionais e racionalizados pela “sagrada” mão do príncipe ou de quem o representa. Os estrangeiros são, por maioria de razão, alvo de medidas similares aos nacionais,

“§. 14 Todas as peffoas que entrarem neste Reino pelas fuas Fronteiras, feraõ obrigadas a manifestarse no primeiro lugar onde chegarem perante o Magiftrado delle: Aprefentado-lhe os Paffaportes, ou Cartas de legitimação das fuas peffoas: E declarando-lhes os feus verdadeiros nome, e appellidos; e as Terras donde vem; e as fuas profiffoens; os Lugares, e peffoas, a que vem dirigidas; e os certos caminhos, que devem feguir para chegarem aos fobreditos lugares da fua deftinação: E ifto para que fobre as referidas declaraçoens lhe poffaõ dar os mefmos Magistrados os feus bilhetes de entrada, em que ellas fejaõ expreffas aprefentando os mefmos Bilhetes nos lugares, onde fe lhes ordenar que os exhibaõ, ou para acharem favor, e hospitalidade, e fendo peffoas taes que mereçaõ; ou para ferem aprehendidos no cafo contrario de não poderem legitimar as fuas peffoas na fobredita forma”⁽⁹⁾.

Vem-nos à mente a famosa obra de ORWELL e um omnipresente *Big Brother* que tudo observa e controla. Estamos em 1760 e não em 1984⁽¹⁰⁾. Se é verdade que a tecnologia do século XVIII é inexistente quando comparada com a do século XX, a lógica das disposições parece-nos idêntica, *mutatis mutandis*, à que subjaz à obra do genial autor inglês. Referimo-nos ao livro 1984 de George Orwell (1903-1950)⁽¹¹⁾.

“§. 17. Para que eftas uteis e neceffarias providencias tenhaõ toda a fua devida execução: Estabeço que toda, e qualquer pesfoa particular, que for inspirada pelo zelo do bem commum, que rezulta da extirpação dos Vagabundos, e homens ociofos fem legitimação, poffa livremente perguntar nas Villas, e Lugares por onde paffarem os Viandantes que fe lhes fizerem fuspeitofos pelos Bilhetes de entrada, ou licenças de fahida: E que não os aprefentando os ditos Viandantes, poffaõ os fobreditos particulares aprehendellos pela fua authoridade própria convocando a gente neceffaria, ao Magiftrado mais vifinho, o qual o fará recolher na Cadeia para nella ferem retidos em quanto fe não legitimarem”⁽¹²⁾.

É indispensável “extirpar” os vagabundos da *Cidade Ideal*, com o que nem se pode colocar a questão de terem sobrevivido ao terramoto de 1755. Há uma higiene arquitectónica e social a manter a todo o custo. Devem os “ociosos” ser retirados dos olhos dos honestos e leais súbditos de Sua Majestade.

⁹ “Ley da Policia da Corte de 25 de Junho de 1760”, *cit.*, s. p.

¹⁰ GEORGE ORWELL, *1984*, tradução de L. Morais, Lisboa, Círculo de Leitores, 1984, *et passim*.

¹¹ “Ley da Policia da Corte de 25 de Junho de 1760”, *cit.*, s. p.

¹² “Ley da Policia da Corte de 25 de Junho de 1760”, *cit.*, s. p.

“§. 18 Tendo moftrado a experiencia os perniciosos abufos, que de muitos tempos a esta parte fizeraõ os Vadios, e os Facinorosos, da virtude da caridade, e devoção muito louvaveis meus fiéis Vaffallos, para nutrirem os vícios mais prejudiciaes ao focego publico, e ao bem commum, que resulta fempre aos Eftados, do honefto trabalho dos que vivem fem ociofidade: Eftabeleço, que em nehuma cafa pia, ou Mifericordia deste Reino, fe poffa dar Carta de Guia a peffoa alguma, que naõ aprefentar para iffo Bilhete do Intendente Geral da Policia, com que fe legitime: E que com as ditas Cartas de Guia, que fe lhe paffarem, fejam obrigados a trazer fempre o referido Bilhete para o aprefentarem fe lhe for pedido: Subpena de ferem prezos remettidos, e caftigados como vadios, na forma acima declarada”⁽¹³⁾.

Insiste-se no tema. Não se conhecem vagabundos ou mendigos a deambular na Cidade Ideal. Na Lisboa nova de Pombal estes também não poderão existir. Se ainda subsistem é melhor que não se vejam. A capital do país é o exemplo do que se quer alargar ao restante território português,

“§. 19 Porque os Pobres Mendicos, quando pela fua idade, e forças corporaes podem fervir o Reino, faõ a cauza de muitas defordens e efcandalo de todas as peffoas prudentes: Excitando que a respeito delles determinado [...] pelo meu Real Decreto de quatro de Novembro de mil fetecentos cincoenta e cinco: mando que nehuma peffoa Nacional ou Eftrangeira, poffa pedir efmolas nefta Corte fem licença expreffa do Intendente Geral da Policia, e nas outras cidades e Villas das Provincias sem faculdade tambem expreffa, e efcrita dos respetivos Comiffários que para este effeito deputar o mefmo Intendente. As fobreditas Licenças, que fe confederam às peffoas, que conforme á razão e ao Direito podem pedir esmolos, ferão fempre concedidas por tempo de feis mezes até hum anno, que depois poderãõ fer prorogadas, fe para iffo concorrer jufta cauza; precedendo fempre para ellas certidaõ do Paroco da Freguezia onde viverem os fobreditos pobres, pela qual confte que se confeftaraõ, e fatisfizeram ao preceito da Igreja na Quaresma próxima precedente. E todas as peffoas, que forem achadas pelos Officiaes da Policia pedindo efmolas fem as ditas licenfas por efcrito, feraõ levadas nefta Corte perante o Intendente Geral da Policia, e nas Cidades das Provincias, perante os Comiffarios conftituidos nas Cabeças das Comarca aos quaes ouvindo verbalmente os Réos, sem outra ordem ou figura de Juízo, lhes impóraõ as penas eftabelecidas pela referida Ley de nove de Janeiro de mil feiscentos e quatro, e Decreto de quatro de Novembro de de mil fetecentos cincoenta e cinco, fazendo-as executar na fórma por elles ordenada”⁽¹⁴⁾.

Como pensávamos, não se fundamenta a lei nas perspectivas tradicionais de Direito Natural. Na Cidade do Iluminismo, a lei já é a fonte de Direito primordial e a sua fundamentação última encontra-se na própria razão humana e

¹³ “Ley da Policia da Corte de 25 de Junho de 1760”, *cit.*, s. p.

¹⁴ “Ley da Policia da Corte de 25 de Junho de 1760”, *cit.*, s. p.

individualista que, pelo menos a partir do final do século, passará a fundamentar o Jurídico.

“§. 20 Pela informação que tive de que huma das caufas de que até agora impedirão a exagta, e neccessaria obfervancia da paz na minha Corte, confiftio em ferem as mefmas Leys entendidas especulativamente pelas opinioens dos Doutores Juriftas, as quaes faõ entre fi tão diverfas como cofturnaõ os juizos dos Homens: E para que a fegurança dos meus Vaffallos não fique vacillando na incerteza das fobreditas opinioens: Ordeno, que efla Ley, e as mais, que por ellas tenho excitado, fe obfervem literal, exagtamente como nellas fe contém fem interpretação, ou modicação alguma, quaesquer que ellas fejam; porque todas prohibo, e anullo. E quando haja cafos taes, que pareça que nelles conteria a dita literal obfervancia rigor incompetivel com a minha Real, e pia equidade; tomando-fe fobre elles affentos se me faraó presentes pelo Regedor das Juftiças, ou quem em feu cargo fervir, para Eu determinar o que me parece jufto.

REY.

Conde de Oeyras” (15).

Como ensina NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, o último parágrafo desta lei é um verdadeiro manifesto legalista (16). Legalismo que parece perfeitamente assumido no país desde há muito tempo, mas que agora assume uma feição muito mais intervencionista. Na verdade, o que se pretende é evitar qualquer possibilidade de interpretar a norma jurídica (17). Parece tratar-se de uma antecipação das doutrinas legalistas mais radicais do Juspositivismo e, por instantes, parece mesmo proibir-se algum mínimo interpretativo, que nem nos séculos XIX e XX se ousou contestar aos juristas.

Isto apesar de estes pouco mais serem nos dois últimos séculos, do que “bocas que pronunciam as palavras da lei”, no caso dos juízes (ou de meros aplicadores da lei no caso dos restantes actores jurídicos).

Muitas das ideias expressas no texto legal analisado constituiriam a prática de outros Estados europeus que se pretendia imitar (18) e pensamos do nosso país.

¹⁵ “Ley da Policia da Corte de 25 de Junho de 1760”, *cit.*, s. p.

¹⁶ NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, 4.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, pp. 453-454.

¹⁷ *In claris non fiat interpretatio* dizia o velho e errado brocardo romano, inventado numa fase decadente do *Ius Romanum* em que a segurança se sobrepunha à justiça.

¹⁸ Uma autêntica *traditio*, na categoria utilizada para a literatura por HAROLD BLOOM e adaptada ao mundo jurídico por PAULO FERREIRA DA CUNHA, v.g., *Arqueologias Jurídicas*, Porto, Lello, 1996, p. 29.

Conclusões

A *Lei de 25 de Junho de 1760* é, pese embora o pleonasma, apenas uma lei. Representa todavia, no seu conteúdo e nas suas expectativas, um século inteiro. Uma centúria em que, como tantas vezes ocorreu, se pensou poder adaptar a Portugal o que se conhecia do restante continente europeu,

Trata-se, por exemplo, de uma antecipação de grande parte das ideias que PASCHOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE (1738-1798) defenderá no projecto de *Novo Código de Direito Público* no tempo de Dona Maria I (1734-1816)). O qual, sob a capa de uma sempre adiada reforma das *Ordenações*, permitiu ao autor desenvolver muitas ideias que a lei que aqui analisámos apenas aflorava ⁽¹⁹⁾. Como nos apercebemos no decurso de outros trabalhos que realizámos sobre a século XVIII português, o que os autores, como MELLO FREIRE, mais conotados com o pombalismo pretenderam foi manter a *ruptura* que o Direito português sofrera muito antes da década de 80 do século XVIII, em que se discutiu de forma apaixonada o projecto de Novo Código.

A *Lei de 25 de Junho de 1760* é de um tempo no qual esta fonte de Direito era já a mais vulgar na Europa e no Mundo dito civilizado e onde se pensava poder fazer uma revolução desde cima, o que se verificaria, poucas décadas depois, ser de todo impossível. Não nos parece sequer determinar uma quebra com a evolução genérica do Direito português desde, pelo menos, o tempo das nossas primeiras *Ordenações*. As *Ordenações Afonsinas* de 1446. Isto no particular domínio da preponderância da lei.

O seu conteúdo estaria, *tant bien que mal*, em consonância com o que ocorria pela mesma época na Europa. O que pode ter sucedido em Portugal foi uma *ruptura* juspolítica com uma eventual *tradição* nacional reafirmada depois de 1640. O que terá ocorrido a par de uma relativa *continuidade* na adopção da maior parte das alterações produzidas no decurso da *Ilustração* na Europa.

¹⁹ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 5.ª ed. revista e ampliada, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 421 e ss.

UM NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL EM UM MUNDO GLOBALIZADO, NECESSIDADE DE NOVOS PARADIGMAS: A INTERCONSTITUCIONALIDADE E A TRANSCONSTITUCIONALIDADE

Arnaldo José Duarte do Amaral ⁽¹⁾

1. Introdução

O presente artigo trata, basicamente, de dois temas recentes na seara do direito constitucional: a interconstitucionalidade e a transconstitucionalidade. A necessidade de desenvolvimento destas teorias está intimamente correlacionada com a aceleração do processo de globalização ocorrido no transcurso do findo Século XX, processo este sem o menor sinal de atenuação no tempo presente (Século XXI).

Em verdade, busca-se neste estudo, por meio do exame das duas teorias acima referidas, apontar alguns contributos que possam auxiliar a diagnosticar a problemática situação atualmente vivenciada por tribunais de todos naipes desta orbe terrestre, conquanto estes problemas muitas vezes sejam negados, consciente ou inconscientemente, pelos muitos dos operadores do direito a quem cabe desvendá-los.

Proporemos, ao fecho deste estudo, uma direção no caminho da saída deste mítico labirinto de constituições e ordenamentos jurídicos no qual nos

¹ Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (Brasil). Juiz do Trabalho.

embrenhamos na contemporaneidade – em que toda a parafernália instrumental haurida doutros momentos da ciência do direito apenas parcialmente nos servem para fins de orientação – com o objetivo de apontar a(s) saída(s) corretas(s) para a correta resolução do problema.

Mas qual é, em suma, o cerne do problema apresentado neste texto?

Ora, a essência do problema enfrentado neste estudo consiste em determinar, ao fim e cabo, a norma jurídica, e o seu respectivo ordenamento jurídico, que deve prevalecer – ser cumprida – neste mundo globalizado.

Noutras palavras, o problema central do aplicador do direito hodierno ampliou-se, deslocando-se, por assim dizer, o centro de gravidade de uma única constituição (ou de um único ordenamento jurídico) para um centro de gravidade múltiplo no qual orbitam em interação gravitacional recíproca diversas constituições ou ordenamentos jurídicos, estatais ou não ⁽²⁾.

De fato, nesse cenário de aceleração demasiado rápida do processo globalizante, o sacrossanto paradigma do direito constitucional clássico, outrora centrado única e exclusivamente no estudo de uma constituição específica e de um determinado Estado devidamente delimitado no tempo e espaço, tende a migrar para outros “centros de gravidade” bem mais complexos, no qual pululam diversos ordenamento jurídicos, estatais ou não, com pretensão normativa sobre fatos ocorridos em um mesmo território político. Nesse complexo cenário, estes ordenamentos jurídicos, naturalmente, ora interagem em parceria, ora conflitam-se.

Portanto, esse novo contexto jurídico e político acarreta inúmeros desafios a este novo direito constitucional e a ciência do direito como um todo, trazendo, como a seguir exposto, de um lado, oportunidades, pois força o sadio diálogo entre ordens jurídicas diversas, possibilitando, se bem aplicado for, a realização da justiça no caso concreto e, por outro lado, riscos, porquanto podem gerar situações de violações de direitos fundamentais devidamente “autorizadas” por tribunais de todos os naipes.

Enfim, é um “maravilhoso novo mundo” do direito constitucional que agora se apresenta.

² MARCELO NEVES bem descreve este cenário atual, pontificando o seguinte: “o fato é que mais recentemente, com a maior integração da sociedade mundial, esses problemas tornaram-se insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal no âmbito do respectivo território. Cada vez mais, problemas de direitos humanos ou fundamentais e de controle e limitação do poder tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são chamadas ou instatadas a oferecer respostas para sua solução”. MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, 1.^a ed., São Paulo, 2009, p. XXI.

No afã de compreendê-lo, passamos a estudar duas teorias que se propõem a examinar, precursoramente, tais problemas: a interconstitucionalidade e a transconstitucionalidade.

2. A interconstitucionalidade e a transconstitucionalidade: em busca de novos paradigmas para o Direito Constitucional do Século XXI

No exame da questão ora apresentada cujo cerne consiste, fundamentalmente, no estudo da possibilidade de conflito ou tensão entre ordenamentos jurídicos diferentes ou, mais especificamente, de ordens constitucionais diversas, a interconstitucionalidade é teoria precursora e é a melhor estudada e praticada, sobretudo dentro da realidade política e jurídica da União Europeia (UE).

Por tal motivo, trataremos desta, também, em primeira mão neste artigo.

Pois bem. Nos idos de 2006, em intrigante livro do Professor GOMES CANOTILHO ⁽³⁾ intitulado de *“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, a ideia de interconstitucionalidade, lançada pelo Professor LUCAS PIRES, em 1998, é retomada e desenvolvida ⁽⁴⁾. Torna-se pertinente transcrever as exatas palavras do Professor CANOTILHO acerca do tema:

“[...] preferimos servir-nos de uma teoria da interconstitucionalidade que, como o nome indica, estuda as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes em um mesmo espaço político” ⁽⁵⁾.

Eis o cerne, portanto, da teoria da interconstitucionalidade: o estudo das relações interconstitucionais de várias constituições em justaposição e eventual conflito convivendo em um mesmo espaço político.

Como já referido neste artigo, no âmbito da EU, essas relações encontram-se bastante avançadas e possuem no Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) o seu principal regente. Outrossim, mesmo dentro dos limites da UE,

³ Perminimo-nos a “ousadia” de denominar um livro do Professor CANOTILHO de intrigante, por dois motivos: primeiro, por entender não ser a alcunha de intrigante pejorativa, ao revés, tenho-a como instigante e inovadora; segundo, sentimo-nos “autorizados” pelo próprio autor, pois este assim classificou o título da paradigmática obra em estudo. J. J. GOMES CANOTILHO, *“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 1.ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 7.

⁴ J. J. GOMES CANOTILHO, *“Brançosos” e Interconstitucionalidade...*, cit., p. 266.

⁵ J. J. GOMES CANOTILHO, *“Brançosos” e Interconstitucionalidade...*, cit., p. 266.

o risco de violação a Direitos Fundamentais reconhecidos por determinada constituição estatal, relativa aos Estados-Membros da União, ocorre.

De fato, a leitura de trecho de um julgado do TJUE, citado aqui de forma exemplificativa, sinaliza nesse sentido, conquanto englobado em perspectiva diversa. Refiro-me ao Acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, proc. n.º 11/70, onde restou afirmado o seguinte:

“O recurso às regras ou noções jurídicas do direito nacional, para a apreciação da validade dos actos adoptados pelas instituições da Comunidade, teria por efeito pôr em causa a unidade e a eficácia do direito comunitário. A validade desses actos não pode ser apreciada senão em função do direito comunitário. Com efeito, ao direito emergente do Tratado, emanado de uma fonte autónoma, não podem, em virtude da sua natureza, ser opostas em juízo regras de direito nacional, quaisquer base jurídica da própria Comunidade; *portanto, a invocação de violações, quer aos direitos fundamentais, tais como estes são enunciados na Constituição de um Estado-membro, quer aos princípios da estrutura constitucional nacional, não pode afectar a validade de um acto da Comunidade ou o seu efeito no território desse Estado*” (grifos nossos) ⁽⁶⁾.

Todavia, conforme pontua FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, esta posição do TJUE não foi pacificamente acatada pelos tribunais nacionais europeus, ao revés, foi abertamente postergada por estes ⁽⁷⁾. Outrossim, alguns tribunais constitucionais no âmbito da UE, sobretudo o alemão, fixaram verdadeiro limite na defesa dos direitos fundamentais dentro de seus respectivos contextos constitucionais, autoconfigurando-se em últimos bastiões na defesa desses direitos, se o TJUE não o fizesse a contento.

Ora, sem querer encerrar o debate acerca de tão relevante questão, pontuamos aqui dois problemas preliminares. Primeiro, o momento de “indecisão” do juiz europeu consubstanciado em questões como as seguintes: qual norma devo aplicar? Devo aplicar a constituição do Estado no qual exerço a jurisdição ou as normas da UE? Segundo, o risco de violação a direitos fundamentais reconhecido pelo próprio TJUE no julgado acima transcrito e a consequente reação dos tribunais constitucionais nacionais dantes apontada.

Desse modo, se existem problemas de tal quilate no âmbito da EU, no qual a teoria da interconstitucionalidade é desenvolvida e aplicada há algum tempo, imaginemos noutros quadrantes do globo nos quais problemas similares

⁶ Acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, proc. n.º 11/70, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130def6e21927b7f74903b6369420f134bd56.e34KaxiLc3e-Qc40LaxqMbN4Ob3aQe0?text=&docid=88063&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=295104>, 28/08/2014.

⁷ FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, *Os Tribunais Nacionais na Ordem Jurídica da União Europeia: O Caso Português*, 1.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 222.

também se apresentam, mas não existe nenhuma instituição jurídica a reger e a cuidar dessa problemática.

Portanto, conquanto a teoria da interconstitucionalidade esteja relativamente bem desenvolvida, a princípio, esta é mais restrita e formatada para o espaço e realidade política/normativa da UE, ou seja, limitada a um território político.

Dáí porque, talvez, o Professor brasileiro MARCELO NEVES tenha iniciado um processo de alargamento do problema, ou melhor, tenha tentado partir de uma percepção mais alargada da situação para compreender que a questão central a ser enfrentada – relativa à convergência e justaposição de constituições em um mesmo espaço político – vai além da realidade do Velho Mundo e abarca, também, situações envolventes de ordenamentos jurídicos dos mais diversos espalhados por todo globo terrestre, inclusive os não estatais.

Nesta nova realidade de “entrelaçamentos transconstitucionais” fora do âmbito da UE, também pode ocorrer a violação de direitos humanos e fundamentais. Nesse sentido, é a lição de MARCELO NEVES sobre o tema, ei-la:

“Os aspectos negativos dos entrelaçamento transconstitucionais, inclusive em caso de o problema envolver situações de ordens ou práticas anticonstitucionais, ou seja, contrárias à proteção dos direitos humanos e fundamentais, assim como ao controle e limitação do poder”⁽⁸⁾.

Para exemplificar tal situação, nos valem de um precedente erigido pelo referido Professor brasileiro, qual seja, a emblemática decisão do Supremo Tribunal Federal no Brasil (na prática, uma verdadeira Corte Constitucional), a qual, adequando-se a decisão proferida pelo Tribunal Arbitral do Mercosul, autorizou a importação de pneus recauchutados via a República do Uruguai (Mercosul), proibindo-a quando advinda de outros rincões do planeta.

Dissequemos o afirmado, transcrevendo trecho da ementa da decisão do processo em exame (ADPF 101-DF), cuja relatoria coube a Ministra CÁRMEN LÚCIA:

“Ementa: arguição de descumprimento de preceito fundamental: adequação. Observância do princípio da subsidiariedade. Arts. 170, 196 e 225 da Constituição da República. Constitucionalidade de atos normativos proibitivos da importação de pneus usados. Reciclagem de pneus usados: ausência de eliminação total de seus efeitos nocivos à saúde e ao meio ambiente equilibrado. Afronta aos princípios constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado. [...] 1. *Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira)*

⁸ MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, cit.

e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. Multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade. Cabimento da presente ação. 2. Arguição de descumprimento dos preceitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos: decisões judiciais nacionais permitindo a importação de pneus usados de Países que não compõem o Mercosul: objeto de contencioso na Organização Mundial do Comércio – OMC, a partir de 20/06/2005, pela Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil. 3. [...] 4. Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. 5. Direito à saúde: o depósito de pneus ao ar livre, inexorável com a falta de utilização dos pneus inservíveis, fomentado pela importação é fator de disseminação de doenças tropicais. Legitimidade e razoabilidade da atuação estatal preventiva, prudente e precavida, na adoção de políticas públicas que evitem causas do aumento de doenças graves ou contagiosas. Direito à saúde: bem não patrimonial, cuja tutela se impõe de forma inibitória, preventiva, impedindo-se atos de importação de pneus usados, idêntico procedimento adotado pelos Estados desenvolvidos, que deles se livram. 6. [...] 7. Autorização para importação de remoldados provenientes de Estados integrantes do Mercosul limitados ao produto final, pneu, e não às carcaças: determinação do Tribunal ad hoc, à qual teve de se submeter o Brasil em decorrência dos acordos firmados pelo bloco econômico: ausência de tratamento discriminatório nas relações comerciais firmadas pelo Brasil. 8. Demonstração de que: a) os elementos que compõem o pneu, dando-lhe durabilidade, é responsável pela demora na sua decomposição quando descartado em aterros; b) a dificuldade de seu armazenamento impele a sua queima, o que libera substâncias tóxicas e cancerígenas no ar; c) quando compactados inteiros, os pneus tendem a voltar à sua forma original e retornam à superfície, ocupando espaços que são escassos e de grande valia, em especial nas grandes cidades; d) pneus inservíveis e descartados a céu aberto são criadouros de insetos e outros transmissores de doenças; e) o alto índice calorífico dos pneus, interessante para as indústrias cimenteiras, quando queimados a céu aberto se tornam focos de

incêndio difíceis de extinguir, podendo durar dias, meses e até anos; f) o Brasil produz pneus usados em quantitativo suficiente para abastecer as fábricas de remoldagem de pneus, do que decorre não faltar matéria-prima a impedir a atividade econômica. Ponderação dos princípios constitucionais: demonstração de que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da Constituição do Brasil). 9. [...] 10. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada parcialmente procedente” (grifos nossos) (9).

Ora, das entrelinhas da ementa deste julgado, sobremodo da parte realçada, percebe-se que ora a importação é proibida, objetivando a defesa de direitos humanos fundamentais consagrados na ordem constitucional brasileira, ora é permitida, quando realizada via Mercosul, violando-se, portanto, esses mesmos direitos constitucionais reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal, defensor mor da Constituição brasileira, aliás, tudo em atenção a uma decisão do Tribunal Arbitral do Mercosul.

Cuida-se, portanto, de algo similar a uma “esquizofrenia sistêmica”.

Poderíamos aqui apontar outras situações vivenciadas para além da realidade da UE, destacando o caso do infanticídio praticado por alguns grupos de índios no Brasil ou o caso do respeito a decisões tribais na África.

Entretanto, considerando os limites deste estudo, partiremos logo, em nossa conclusão, de um esboço de uma saída possível deste labirinto de normas jurídicas possivelmente aplicadas.

3. Conclusão

Para fixar o azimute que poderá nos levar a solução, ou seja, o caminho da saída deste labirinto de constituições e ordenamentos jurídicos, estatais ou não, no qual nos embrenhamos, estabeleceremos uma premissa haurida da Jurisprudência de Valores e ainda comumente aceita por juristas ao redor da terra, qual seja, o juiz deve sempre procurar concretizar a Justiça e os direitos fundamentais quando da prolação das decisões.

Para tanto (concretização da justiça nas decisões judiciais) necessário se é ater-se às particularidades do caso concreto.

Em suma, faz-se necessário pensar em soluções tópicas, realizando, caso a caso, sempre uma ponderação entre as normas jurídicas (normas regras

⁹ ADPF 101-DF, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>, acesso em 02/02/2013.

ou normas princípios) eventualmente em conflito, ou tensão, no caso posto a julgamento.

Estabelecida tal premissa – o dever de o juiz buscar a realização da justiça no caso concreto e, por isso, tendo sempre em conta as particularidades do feito a ser decidido – podemos estabelecer a nossa conclusão e proposta, ei-la.

Quando no julgamento de um caso concreto específico um juiz se deparar com uma plêiade de ordenamentos jurídicos, estatais ou não, com pretensão normativa referente àquele feito, o critério de escolha deve ser referente a norma que mais proteja e concretize os direitos humanos fundamentais.

Aliás, este é o critério apontado no art. 53.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), segundo a doutrina da Professora MARIANA CANOTILHO, cuja lição, por pertinente, transcrevo:

“De facto, esta disposição normativa, que inicialmente visava apenas definir qual o nível mínimo de proteção dos direitos fundamentais no quadro da União Europeia, acabou por adquirir um significado que vai muito além disso, passando a desenhar-se como verdadeira *garantia do nível mais elevado de proteção possível*, em cada caso”⁽¹⁰⁾.

Todavia, é necessário aqui abrir-se um parêntese. Por vezes, o reconhecimento de direitos locais – reconhecidos aqui como o direito à diferença, direitos estes com igual essência e importância dos demais direitos humanos fundamentais de igualdade – pode levar a situações em que sacrossantos direitos humanos, na percepção da sociedade ocidental pelo menos, possam ser mitigados. Como no exemplo do caso do infanticídio cometido por índios ainda relativamente isolados no Brasil.

Ou seja, determinar o grau máximo de eficácia de proteção a direitos humanos fundamentais como critério de escolha da norma e do ordenamento jurídico a ser aplicado em um julgamento não significa dizer que é desnecessário o sopesamento das particularidades das questões culturais, nesta aplicação e concretização. Ao revés, o juiz deve conhecer a cultura dos jurisdicionados e, mais, deve se despir de qualquer pretensão de uma eventual “supremacia” cultural. Neste pormenor, o detalhe importante, imprescindível, é este: a cultura dos agentes envolvidos na pendenga judicial não pode ser olvidado pelo juiz, sob pena de cometimento de injustiça.

¹⁰ ALESSANDRA SILVEIRA/MARIANA CANOTILHO (Coords.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, 1.ª ed., Coimbra, Edições Almedina, 2013, p. 607.

MARCO JURÍDICO DA CORRUPÇÃO ESPANHOLA A REGULAÇÃO DOS CONFLITOS DE INTERESSES

Carlos Aymerich Cano⁽¹⁾

1. Introdução

A corrupção não é um fenómeno novo. Em cada etapa histórica, fruto das suas peculiares circunstâncias políticas e sociais, assume feitios e características diferentes, de forma que as suas novas expressões convivem, nem sempre pacificamente, sobrepostas a outras mais antigas. Deste ponto de vista, dizer que a corrupção é sistémica é apenas constatar a evidência de que cada sistema tem a sua própria e característica corrupção.

À primeira vista, o marco legal e institucional espanhol conta, na atualidade, com instrumentos adequados para combater a corrupção. O Reino de Espanha ratificou os principais instrumentos internacionais em matéria de prevenção e luta contra a corrupção. Como Estado-membro da União Europeia (UE), as previsões do Direito comunitário fazem parte do Direito interno. E, em princípio, não há dúvida de que o espanhol é um Estado de Direito, democrático, com poderes independentes, responsáveis e comprometidos com os direitos das pessoas. No entanto, algo deve estar a falhar porque, com ligeiras oscilações, os inquéritos sociológicos revelam que a cidadania situa a corrupção e os partidos políticos entre os cinco problemas mais graves, só depois do desemprego e da crise económica. E a grave crise económica que atravessamos desde 2007-2008 coincide com uma profunda crise social e política que parece pôr em questão, pela primeira vez em quarenta anos, o regime surgido da transição.

¹ Faculdade de Direito da Universidade da Corunha (Espanha).

O que preocupa é a denominada “corrupção política”, a que cresce nas interseções entre o poder político e o econômico. Corrupção unida a decisões adotadas por cargos políticos, eleitos ou designados, que beneficiam determinadas empresas e interesses e são diligentemente recompensadas. Porém, definir como política a corrupção espanhola não significa circunscrevê-la ao âmbito estritamente governamental. O alcance da designação política na Administração e a intervenção habitual de cargos políticos na seleção de pessoal e na adjudicação de contratos fazem que aquela corrupção política apresente importantes manifestações administrativas.

2. Um olhar mais atento

Como já foi dito, o ordenamento espanhol veio se adaptando às recomendações dos organismos internacionais e europeus em matéria de luta contra a corrupção. Mas o problema radica noutra lugar: além de alterações normativas, os governos espanhóis negam a independência e capacidade real de atuação ao Tribunal de Contas (e organismos autonômicos equivalentes) e ao Ministério Fiscal, acometer as reformas institucionais que permitam ao Parlamento exigir de forma eficaz a responsabilidade política do governo, regular os *lobbies* e, começando pela proteção dos denunciantes e informantes, possibilitar uma perseguição e sanção efetiva da corrupção, tanto no âmbito judicial como no disciplinar.

Há normas, mas não se cumprem (ou, pelo menos, não como seria de esperar). Há instituições e organismos de controle, mas não atuam (ou, pelo menos, não como deveriam). E há também um governo que assume, pela amanhã, compromissos de integridade e regeneração que suas decisões contradizem,

abertamente, pela tarde, agravando, de passagem, o triste panorama antes descrito ⁽²⁾.

3. “Bom governo e conflitos de interesses”

Na Lei 19/2013, de 9 de dezembro, de Transparência, Acesso à Informação Pública e Bom Governo (doravante, LT)

Para a LT, o “bom governo” concretiza-se em “princípios” que não tratam da questão principal: a responsabilidade política do governo. No Estado espanhol, a responsabilidade política é confundida, interessadamente, com a penal com funestas conseqüências para a saúde do sistema ⁽³⁾. BUSTOS GIBERT ⁽⁴⁾ dá conta das vias seguidas no Reino Unido para regular a obrigação governamental de responder ante o Parlamento ⁽⁵⁾. A garantia da responsabilidade política do governo realiza-se precisando umas obrigações – de transparência – e um processo – de informação, explicação, retificação e, se for o caso, correção – que não desemboca necessariamente na demissão ou cessação do responsável. Só

² Cessamento da cúpula da unidade policial de delitos económicos e fraude (UDEP, polícia judicial) por não informar o Ministro do Interior das investigações que, sob a direção da judicatura, desenvolvem sobre a trama “Gürtel” de financiamento irregular do PP (“Interior pretende mudar o segundo degrau que pesquisa a trama Gürtel”, in *El País*, 12 de noviembre de 2013, http://politica.elpais.com/politica/2013/11/12/actualidad/1384288800_398516.html). Destituição de uma inspetora tributária por desestimar o recurso formulado por uma grande empresa cimenteira mexicana contra uma sanção econômica de 450 M€ (“La inspección en CEMEX provoca una polvareda en la Agencia Tributaria”, in *El País*, 21 de noviembre de 2013, http://economia.elpais.com/economia/2013/11/20/actualidad/1384975505_404268.html). Atuação da Fiscalía como defesa de diretivos financeiros ligados ao PP (“La Fiscalía ha pedido la anulación de la causa contra Blesa”, in *El País*, 20 de mayo de 2013, http://economia.elpais.com/economia/2013/05/19/actualidad/1368981647_824843.html).

Longe de remeter, a interferência governamental intensifica-se, como testemunha o descabeçamento do grupo operativo de delinquência econômica da Policía Nacional de Baleares que investigava, sob a direção do juiz instrutor, o caso “Noos” no qual está envolvida a família real (“Descabezado el grupo policial anticorrupción del caso Noos”, in *El País*, 26 de noviembre de 2013, http://politica.elpais.com/politica/2013/11/26/actualidad/1385495522_631160.html).

³ Assim o reconhece a Memória do Ministério Fiscal de 2013: “*Ha calado, indebidamente, la idea de vincular el principio de responsabilidad política al principio de presunción de inocencia penal, con lo cual se está eludiendo la adopción inmediata de medidas políticas correctoras, las cuales quedan, artificialmente, ligadas y aplazadas a resultas del proceso penal*”.

⁴ Cfr. “Corrupción de los gobernantes, responsabilidad política y control parlamentario”, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 19, 2007.

⁵ Todos estes documentos podem ser consultados em www.gov.uk. Em concreto, o Código de Conduta para os ministros do gabinete em https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/61402/ministerial-code-may2010.pdf.

quando um membro do governo minta à câmara a cessação se faz obrigada (6). Muito longe do caso espanhol.

Curiosamente, no entanto, ficam sem sanção a infração das obrigações de transparência ou a violação dos princípios de “bom governo” que, de forma insuficiente, enumera o art. 26; a LT reprime durissimamente – inclusive com a destituição do cargo e a inabilitação para ocupar outro similar por um período entre 5 e 10 anos – as denominadas “*infrações em matéria de gestão econômico-orçamentária*” (art. 28) e as disciplinares (art. 29), por mais que o regime aplicável aos trabalhadores públicos seja bem mais rigoroso do que o disposto para os Altos Cargos.

A diferença maior, todavia, não reside nesse menor rigor mas na interferência que se produz, no caso dos altos cargos, entre confiança política e dependência hierárquica. Sendo o Conselho de Ministros o órgão competente para iniciar procedimento disciplinar contra os Secretários de Estado – que o preparam – e os Ministros – que dele fazem parte –, não são precisas especiais faculdades adivinhatórias para concluir que caso um alto cargo conjugue alguma das condutas típicas previstas no art. 29 LT a sua responsabilidade, desta vez sim, apurar-se-á por vias políticas – por meio da sua demissão ou do seu cessamento – e não disciplinares. Só no caso em que o escândalo público o tornasse inevitável, a responsabilidade em que incorra um destes altos cargos apurar-se-á pela via disciplinar prevista na LT – mais discreta e, para o atingido, muito mais conveniente, ao não envolver nenhuma das sanções previstas na lei referida.

Na Lei Reguladora do Exercício do Alto Cargo na Administração Geral do Estado

Semelha que esta ausência de sanções viria a ser solucionada pela Lei 3/2015, de 30 de março, Reguladora do Exercício do Alto Cargo na Administração Geral do Estado. Esta de lei, fruto de uma tramitação precipitada e pouco reflexiva (7), visa definir o conceito de alto cargo, regular – alegadamente com o intuito de o endurecer – o regime de incompatibilidades, prevenir os conflitos de interesses – reforçando os poderes atribuídos à oficina do mesmo nome –, tornar mais transparentes as retribuições e declarações de bens e atividades e interesses

⁶ Vid. BUSTOS GIBERT, “Corrupción de los gobernantes, responsabilidad política y control parlamentario”, *cit.*, pp. 151 e ss. O ponto 1.2.c) do código citado na nota anterior é explícito a respeito: “*It is of paramount importance that Ministers give accurate and truthful information to Parliament, correcting any inadvertent error at the earliest opportunity. Ministers who knowingly mislead Parliament will be expected to offer their resignation to the Prime Minister*”.

⁷ Vid. o parecer do Conselho de Estado sobre o anteprojeto (ditame 1435/2013, aprovado em 6 de fevereiro de 2013): “*llama la atención sobre la insuficiencia de la memoria abreviada, pues no puede deducirse de su contenido si ha acontecido algún trámite de consulta, informe o audiencia distintos de los referidos en antecedentes, así como cuáles son los preceptos que se dicen contenidos en otras normas y que el anteproyecto reúne en su seno*”.

bem como acrescentar o controle sobre os denominados gastos de representação e protocolo e o uso de veículos oficiais.

Com efeito, esta lei, que derroga a Lei 5/2006, de 10 de abril, de regulação dos Conflitos de Interesses dos Membros do Governo e dos Altos Cargos da Administração Geral do Estado, define em seu art. 1.2 o conceito de Alto Cargo, considerando como tal os membros do Governo, Secretários de Estado, Subsecretários, Secretários Gerais e, em geral, todos os postos de trabalho no setor público estatal cuja provisão seja efetuada pelo Conselho de Ministros, à exceção dos que tenham nível de Subdiretor-Geral ou inferior; os presidentes, vice-presidentes, diretores gerais, diretores executivos ou assimilados dos entes públicos dependentes da Administração Geral do Estado; os presidentes, vice-presidentes, membros do conselho, diretores, diretores executivos, secretários gerais ou equivalentes das comissões e organismos reguladores ou de supervisão. Definição exaustiva que o parecer do Conselho de Estado julga “*um tanto excessiva*” apesar de excluir do seu âmbito os chefes de gabinete da Presidência e da Vice-presidência do Governo assim como os diretores gerais dos gabinetes ministeriais ⁽⁸⁾.

O cerne da lei vem constituído pela regulação, preventiva e repressiva, do conflito de interesses – conceituado este no art. 11.1 como a influência indevida dos interesses pessoais, de natureza econômica ou profissional, no exercício das funções e responsabilidades inerentes ao cargo desempenhado ⁽⁹⁾ – e das incompatibilidades durante o exercício do cargo – estabelecendo o art. 13 o princípio de dedicação exclusiva ao cargo público, não obstante as numerosas exceções que o preceito enxerga na sua alínea 2 –, tanto no relativo a atividades públicas como no que diz respeito às privadas. Noção diferente e mais estreita

⁸ Repare-se que a Lei 5/2006 já incluíra aos chefes e diretores de gabinete no seu âmbito de aplicação depois de estes terem sido expressamente excluídos da Lei 12/1995, de 11 de maio, de Incompatibilidades de Altos Cargos pelo art. 38 da Lei 14/2000, de 29 de dezembro.

⁹ O referido art. 11 desenvolve, na sua alínea segunda, a noção de “*intereses privado propios, de familiares diretos o compartidos con terceras personas*” empregue pelo art. 4 da Lei 5/2006, especificando que “*Se consideran intereses personales: (a) Los intereses propios. (b) Los intereses familiares, incluyendo los de su cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad. (c) Los de las personas con quien tenga una cuestión litigiosa pendiente. (d) Los de las personas con quien tengan amistad íntima o enemistad manifiesta. (e) Los de personas jurídicas o entidades privadas a las que el alto cargo haya estado vinculado por una relación laboral o profesional de cualquier tipo en los dos años anteriores al nombramiento. (f) Los de personas jurídicas o entidades privadas a las que los familiares previstos en la letra b) estén vinculados por una relación laboral o profesional de cualquier tipo, siempre que la misma implique el ejercicio de funciones de dirección, asesoramiento o administración*”.

– por se limitar à tomada de decisões e se ligar à existência de um benefício ou prejuízo – que a empregue pela UE ⁽¹⁰⁾ e pela OCDE ⁽¹¹⁾.

Relativamente à incompatibilidade com atividades privadas, a proibição de os altos cargos deterem participação superior ao 10% em empresas contratantes ou subsidiadas pelo setor público já não se estende, à diferença da Lei 5/2006, ao cônjuge e filhos do alto cargo. Igualmente, onde a Lei 5/2006 aludia a contratos ou concertos de qualquer natureza com o setor público estatal, autonômico ou local, o projeto apenas se refere ao setor público estatal. Em relação aos subcontratos, o projeto limita o alcance da proibição, ao referi-la exclusivamente ao suposto em que a subcontratação se produzir “*con el adjudicatario del contrato con la Administración en la que el alto cargo preste servicios y en relación con el objeto de ese contrato*”, quando a Lei 5/2006, por enquanto ainda em vigor, refere-se a qualquer administração. Registe-se ainda que para os altos cargos incursos em incompatibilidade, por serem titulares de participações significativas em empresas ligadas com a Administração, o projeto de lei permite-lhes ceder a um terceiro independente os direitos correspondentes a essas participações – no entendimento, como aponta o Conselho de Estado, de que esta cessão exclui os direitos econômicos, “*en la medida en que no resulten contrarios a las restantes previsiones contenidas en la Ley proyectada*”. Por mais que o Conselho de Estado valore positivamente esta novidade, resulta difícil compreender em que medida esta cessão elimina a conflito de interesses, já que, por muita independência que adorne ao tal terceiro e mesmo admitindo que ele não receba instruções do alto cargo, este último seguirá a ser plenamente consciente de quais são as empresas em que participa e em que medida as suas decisões as podem beneficiar ou prejudicar ⁽¹²⁾.

¹⁰ Para o art. 24 da Diretiva 2014/24/UE, de Contratos Públicos, “*o conceito de conflito de interesses engloba, no mínimo, qualquer situação em que os membros do pessoal da autoridade adjudicante ou de um prestador de serviços que age em nome da autoridade adjudicante, que participem na condução do procedimento de contratação ou que possam influenciar os resultados do mesmo, têm direta ou indiretamente um interesse financeiro, económico ou outro interesse pessoal suscetível de comprometer a sua imparcialidade e independência no contexto do procedimento de adjudicação*”.

¹¹ “*Un conflicto de intereses representa un conflicto entre el deber público y los intereses privados de un empleado, cuando el empleado tiene a título particular intereses que podrían influir indebidamente en la forma correcta de ejercicio de sus funciones y responsabilidades oficiales*”, cfr. OCDE, *La gestión de los conflictos de intereses en el servicio público. Líneas directrices de la OCDE y experiencias nacionales*, INAP, Madrid, 2004, p. 4.

¹² Por outra parte, esta cessão é a solução que, com caráter geral, dispõe o art. 18 da Lei para a gestão e administração de ações ou qualquer outra classe de títulos negociáveis em “*mercados regulados o en sistemas multilaterales de negociación*”, bem como participações em instituições de negociação coletiva. Cessão que, neste caso, deve realizar-se a uma empresa “*autorizada a prestar servicios de inversión*” que administrará esses títulos “*con sujeción exclusivamente a las directrices generales de rentabilidad y riesgo establecido en el contrato*”.

O art. 15 da lei regula também a limitação de atividades privadas com posteridade ao cessamento no exercício do alto cargo, uma questão sensível por atingir as relações, nem sempre transparentes, entre poder político e poder econômico e social. A respeito do teor literal da norma proposta, mantém-se a duração da proibição – dois anos – mais limita-se o seu alcance objetivo, tal como adverte o parecer do Conselho de Estado. Com efeito, a Lei 5/2006 impedia “*desempeñar servicios en empresas o sociedades privadas relacionadas directamente con las competencias del cargo desempeñado*”, considerando-se que o tal relacionamento direto existe quando “*los altos cargos, sus superiores a propuesta de ellos o los titulares de sus órganos dependientes, por delegación o sustitución, hubieran dictado resoluciones en relación con dichas empresas o sociedades*” ou bem se “*hubieran intervenido en sesiones de órganos colegiados en las que se hubiera adoptado algún acuerdo o resolución en relación con dichas entidades*”. Porém, em coerência com a teoria defendida pelo atual primeiro-ministro espanhol ⁽¹³⁾ e a prática do seu partido, tanto no âmbito pessoal ⁽¹⁴⁾ como no institucional ⁽¹⁵⁾, o projeto proíbe aos altos cargos, mais limitadamente, prestarem “*servicios en entidades privadas que hayan resultado afectadas por decisiones en que hayan participado*”.

O Anteprojeto continha ainda outra restrição a destacar no que diz respeito aos altos cargos que antes da nomeação desenvolvessem a sua atividade profissional em empresas privadas e desejassem, após o cessamento, reincorporar-se às mesmas. Dispunha-se que não haveria incompatibilidade se a atividade a desenvolver se realizasse em postos de trabalho não diretamente relacionados com as decisões nas quais participara diretamente aquando do exercício do cargo, critério bem mais generoso que o empregue pela Lei 5/2006 – “*en puestos de trabajo que no estén directamente relacionados con las competencias del cargo público ocupado ni puedan adoptar decisiones que afecten a ésta*”. Finalmente,

¹³ Quando era Ministro de Administrações Públicas do governo presidido por Aznar, o hoje presidente do governo espanhol, Mariano Rajoy, defendeu a compatibilidade concedida ao recém-cessado Secretário de Estado para a Comunicação, Miguel Ángel Rodríguez, para presidir uma empresa dedicada à publicidade (cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 1998, VI Legislatura, n.º 590, pp. 17222 e ss.).

¹⁴ *Id.* “Aznar omitió ante el Consejo de Estado su contrato con el grupo de Murdoch. El ministro Jordi Sevilla asegura que el ex presidente no informó al Registro de Altos Cargos” (*El País*, 29 de junho de 2006, http://elpais.com/diario/2006/06/29/espana/1151532005_850215.html). Diga-se que, de qualquer modo, o ministro Sevilla não iniciou atuação nenhuma para o esclarecimento e sanção desta infração.

¹⁵ Enquanto logrou a maioria absoluta do Congresso após as eleições gerais de 2000, o governo de Aznar relaxou a normativa de incompatibilidades. O art. 38 da Lei 14/2000, de 29 de dezembro, de Medidas Fiscais, Administrativas e da Ordem Social, altera a Lei de Incompatibilidades para excluir do seu âmbito de aplicação os chefes dos gabinetes dos membros do governo (*vid.* “La Ley de Acompañamiento flexibiliza las incompatibilidades de los altos cargos”, in *El País*, 29 de setembro de 2000, http://elpais.com/diario/2000/09/29/espana/970178416_850215.html).

após as objeções exprimidas pelo Conselho de Estado no seu parecer, manteve-se integralmente o texto da referida Lei 5/2006.

A lei regula ainda outras medidas preventivas tais como a formação dos altos cargos ⁽¹⁶⁾ ou a exigência de duas declarações de atividades (art. 16) e de bens e direitos (art. 17) a serem formuladas “*en el plazo improrrogable de tres meses desde su toma de posesión o cese*”. Relativamente à primeira, o projeto introduz como novidade a obrigação de entrega ao Registo de Atividades de Altos Cargos de certificação das duas últimas declarações do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Físicas (IRPF, equivalente ao IRS português) anteriores à tomada de posse bem como a possibilidade de a Oficina de Conflitos de Interesses solicitar ao Registo Mercantil, ao Registo de Fundações e às entidades gestoras da Segurança Social quantos dados precisar para comprovar a exatidão das referidas declarações. Quanto à segunda, a Lei limita esta declaração a uma certificação da liquidação anual dos Impostos sobre o Patrimônio ou, se o alto cargo não estiver obrigado a tributar por este imposto, a apresentar “*un formulario equivalente que elaborará la Oficina de Conflictos de Intereses en colaboración con la Agencia Estatal de Administración Tributaria*”. Deste jeito, deslegaliza-se, como adverte o Conselho de Estado, o conteúdo da declaração de atividades.

Esta degradação do nível normativo chama ainda mais a atenção se o compararmos com o pormenor empregue pelo art. 12 da Lei 5/2006 ⁽¹⁷⁾ que, mesmo que só fosse a título voluntário, previa também que esta declaração pudesse ser apresentada pelo cônjuge do alto cargo ou pessoa com a qual este convivesse em análoga relação de afetividade ⁽¹⁸⁾. Em vez de converter a possibilidade numa obrigação e ainda de alargá-la a descendentes e pessoas submetidas a tutela, o que o projeto faz é, simplesmente, eliminar qualquer referência ao cônjuge e à família do alto cargo.

Indique-se, de resto, que, em contraste com o caráter público do Registo de Atividades, o de Bens e Direitos Patrimoniais mantém caráter reservado

¹⁶ Estabelecida pelo art. 10 como obrigação dos altos cargos de se formarem, como dever de informação a cargo da Oficina de Conflitos de Interesses e, por último, como oferta de iniciativas formativas na matéria.

¹⁷ Preceito que, além de exigir as certificações das correspondentes declarações tributárias, estabelecia que “*La declaración patrimonial comprenderá, al menos, los siguientes extremos: (a) Los bienes, derechos y obligaciones patrimoniales que posean. (b) Los valores o ativos financieros negociables. (c) Las participaciones societarias. (d) El objeto social de las sociedades de cualquier clase en las que tengan intereses el alto cargo, su cónyuge, sea cual sea el régimen económico matrimonial o persona que conviva en análoga relación de afectividad e hijos dependientes y personas tuteladas. (e) Las sociedades participadas por aquellas otras que sean objeto de declaración según el apartado c) con señalamiento de sus respectivos objetos sociales*”.

¹⁸ Lembre-se que o IV Relatório GRECO recomendava estender a obrigação de formular declarações de bens e atividades aos cônjuges de deputados e senadores. Semelha que, com mais razão, esta recomendação teria de ser seguida no caso dos altos cargos.

embora esteja prevista, em conformidade com o Real Decreto 432/2009, de 27 de março, uma publicidade limitada destas declarações através do Boletim Oficial do Estado (BOE), previsão que no projeto se mantém em termos idênticos aos estabelecidos na Lei 5/2006 na redação introduzida na Disposição Final 2ª da LT ⁽¹⁹⁾.

Contudo, o reforço da Oficina de Conflitos de Interesses seria, de acordo com os argumentos oficiais, razão bastante para defender a necessidade do projeto. Consoante a Exposição de Motivos, este reforço decorre da elevação do seu nível administrativo, do controlo parlamentar do candidato escolhido para a nomeação, da concretização das suas funções bem como do estabelecimento de vias de colaboração com a Agência Tributária, a Tesouraria Geral da Segurança Social e os Registos Mercantil e de Fundações. Mas a mudança é mais cosmética do que real porquanto a Oficina continua a depender organicamente do governo e o seu diretor é nomeado pelo Conselho de Ministros, tal como constata o Relatório Anticorrupção da UE ⁽²⁰⁾.

4. Cruzada ou reforma

A nível estatal – e também comunitário ⁽²¹⁾ – a aprovação de medidas contra a corrupção não costuma obedecer a um plano ou estratégia prévia, mas à reação, pelo comum mais artificiosa do que efetiva, provocada pelo alarme social que a corrupção produz ⁽²²⁾.

¹⁹ O art. 21.5 da Lei estabelece que “*El contenido de las declaraciones de bienes y derechos patrimoniales de los miembros del Gobierno y de los Secretarios de Estado y demás Altos Cargos se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado», en los términos previstos reglamentariamente. En relación con los bienes patrimoniales, se publicará una declaración comprensiva de la situación patrimonial de estos Altos Cargos, omitiéndose aquellos datos referentes a su localización y salvaguardando la privacidad y seguridad de sus titulares*”. Um exemplo desta publicação na Resolução de 3 de setembro de 2013 da Secretaria de Estado de Administrações Públicas, BOE n.º 216, de 9 de setembro de 2013 (<http://www.boe.es/boe/dias/2013/09/09/pdfs/BOE-A2013-9449.pdf>).

²⁰ Cfr. *Anexo España al Informe de lucha contra la corrupción de la UE*, COM(2014)38 final, p. 11.

²¹ Deve recordar-se que a criação do Organismo Europeu de Luta Antifraude (conhecida como OLAF), em 1999, foi resultado das pressões exercidas pelo Parlamento Europeu depois das graves acusações de corrupção dirigidas contra a comissária Edith Cresson, que conduziram, nesse mesmo ano, ao cessamento em bloco da Comissão presidida por Jacques Santer.

²² “*De ahí que la respuesta legislativa de la élite estará repleta de componentes simbólicos, pero tendrá los miembros subdesarrollados: maquinaria inadecuada para ponerla en vigor, falta de procedimientos y de personal, presupuesto insuficiente, el nombramiento de personas patentemente incompetentes (que también tienen un valor especial en los sistemas políticos), y cosas por el estilo. La ineficacia programada es distintiva de las cruzadas*” (W. M. REISMAN, ¿Remedios contra la corrupción?, FCE, México, 1981, p. 206).

Semelha assim que o “Plano de Regeneração Democrática” aprovado pelo Conselho de Ministros, em 20 de setembro de 2013, de que faz parte a Lei de Exercício do Alto Cargo *supra* comentada, é um bom exemplo cumprido do que W. M. REISMAN denomina “cruzadas” contra a corrupção: isto é, exercício de legislação simbólica, simulada e incompleta, propositadamente desenhada para ser ineficaz.

O DIREITO LUSÓFONO E O RISCO SOCIAL: NECESSÁRIA GLOBALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL?

Dulcilene Aparecida Mapelli Rodrigues ⁽¹⁾

1. Introdução

O Direito Constitucional é a norma máxima de consagração dos direitos e deveres de um Estado, insculpindo a defesa de toda a sociedade que abriga, e, neste sentido, é a regra lusitana, edificada na Constituição de 1976.

Contudo, a desenvolvida sociedade lusófona, vê-se cada vez mais imbricada numa era de riscos, onde tecnologias e novas tendências dinamizam o viver, sem que seja possível, dado ao conhecimento científico à época, detectar quais os perigos advindos de tamanho avanço. E aqui se consagra o risco social.

Ao que se apercebe não ser imperceptível que a ciência jurídica acabe, por vezes, sendo ultrapassada, sem que lhe seja possível prever todas as situações, de modo a garantir eficazmente a vida em sociedade.

Verifica-se, assim, que uma das tendências da contemporaneidade é a abertura do Direito Constitucional em nível globalizado, de forma a erigir os indivíduos para além de sua normatização inaugural.

Porém, como permitir a realização de um Direito além da órbita transfronteiriça de cada país, sem conceber as necessidades locais e seu abrigo pela norma fundamental representada pelo Direito Constitucional?

A partir destas inquietações, tem-se o propósito de apresentar a perquirição e análise da (des)necessária “Constituição Global”.

¹ Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Brasil).

2. Carta Constitucional e supedâneo estatal

Aliado ao desenvolvimento humano e incansável busca pelo melhor, a normatização, notadamente através da Carta Constitucional, cuida do indispensável ao ser humano, considerando-o como componente da sociedade, delimitando, a partir de então, uma pluralidade de direitos, concomitantemente, às complexas atividades a serem desenvolvidas pelo Estado e, aqui, refira-se a realização dos direitos fundamentais, notadamente, pelo Estado Democrático de Direito.

O Estado atua na vida das pessoas e o faz, dentre outras atividades, através da realização e elaboração de uma ação essencial de poder que se dá através da lei, que pode traduzir-se num “programar e promover, pelas suas prescrições, uma ordem político-social”, legitimando e normalizando, juridicamente, a política global do Estado (2).

Ao passo que a Constituição materializa-se para muito mais do que uma lei do Estado, configurando-se numa norma de, e para toda a sociedade, condensando princípios, regras, valores e diretrizes erigidos como fundamentais a uma dada sociedade política organizada; regendo as relações de poder e também as relações intersubjetivas.

A Constituição é a base, o ponto de característica de um Estado, é, pois, a “expressão jurídica do enlace entre poder e comunidade política ou entre governantes e governados” (3).

As normas precisam estar expressas, sendo a Constituição a mãe destas regras, eis que numa privilegiada e incomparável hierarquia normativa, da qual se ramificam as mais variadas leis, decretos, portarias e demais atos tendentes à regularização de práticas e atividades.

Necessária, desta feita, a previsão constitucional da solidariedade, da ponderação, da proteção dinâmica, como pontos basilares e paritários, a fim de que a garantia seja equânime e igualitária a toda natureza.

A validade das normas constitucionais escritas nunca pode deixar de envolver a conformidade do seu conteúdo com os postulados da justiça próprios de uma sociedade cuja ordenação se encontra, notadamente, nas sociedades lusófonas, fundada na dignidade da pessoa humana e ao serviço de cada pessoa, sob pena de inconstitucionalidade de tais normas integrantes da Constituição

² JORGE MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2007, p. 249.

³ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo II – Constituição*, 7.ª ed., revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 7.

escrita, pois, absoluta é a materialização normativa de uma ordem justa ao serviço da pessoa humana e da sua inalienável dignidade ⁽⁴⁾.

Nesta ambiência, urge a efetivação de uma recíproca complementariedade de garantias individuais e tutela de interesses individuais ⁽⁵⁾, que são o norte de um Estado de Direito Democrático, fulcrado na democracia e na constitucionalidade como parâmetro para efetivação da dignidade da pessoa humana, que radica nos dias atuais em um ambiente de progresso em que novas possibilidades e transformações da condição humana são dispostas, gerando alterações na natureza e no meio social, as quais precisam ser descritas, estudadas e gerenciadas, eis que, de inflexível importância a busca da garantia e dos direitos fundamentais ao homem, que se vê imbricado em uma sociedade repleta de riscos.

3. Sociedade do risco e desenvolvimento social

A sociedade convive com a imprescindibilidade de evolução, eis que é característica do ser humano a busca pela melhoria e desenvolvimento próprios e do meio em que vive, não obstante advenham daí riscos/probabilidades de perigo à humanidade como um todo, potencializados, hodiernamente.

Averbe-se que os riscos existem muito antes do fenômeno da globalização. Contudo, o risco que permeava os modelos sociais anteriores eram de natureza diversificada, à medida que era visto na sociedade do século XIX como um acontecimento exterior e imprevisível com uma conotação de acidente ou atuação do destino. Posteriormente, o risco ocorrido numa sociedade de bem-estar é delineado pela plausibilidade, podendo ser mensurado e calculado, o que delimitava uma proteção estatal ⁽⁶⁾.

A ameaça de (auto)destruição sob o qual vive a sociedade de nossos dias, deflagra um quadro de irresponsabilidade organizada, definição encartada por ULRICH BECK ⁽⁷⁾ para “descrever os meios pelos quais os sistemas político e judicial das sociedades de risco, intencional ou involuntariamente, tornam

⁴ PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2009, p. 22.

⁵ DÉLTON WINTER DE CARVALHO, “A Responsabilidade Administrativa no Estado Democrático Ambiental”, in *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, Ano 3, Vol. 10, abr./jun. 2007, p. 131.

⁶ FRANÇOIS OST, *A Natureza à Margem da Lei. A Ecologia à prova do Direito*, Lisboa, Instituto Piaget, 1995, pp. 136-138.

⁷ ULRICH BECK, *A sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*, Tradução de Sebastião Nascimento, São Paulo, Ed. 34, 2010, p. 64.

invisíveis as origens e consequências sociais dos perigos ecológicos em grande escala” (8).

Uma nova estrutura social desta era atual se denota, pois, produtora de riscos, o que demonstra a fragmentação da sociedade, e, assim, importa no deslocamento da centralidade do poder político do Estado para novos modelos organizacionais, tais como organizações não governamentais, organismos supranacionais, etc.

O risco possui como palco a sociedade contemporânea, ora globalizada, tecnológica e consumerista, caracterizando-se pela transtemporalidade, imprevisibilidade e irreversibilidade. E é nesse cenário que BECK descreve a sociedade de risco, advinda do processo de modernização que se dá em razão do “desenvolvimento tecnológico-econômico”, eis que, a produção social de riqueza vem sistematicamente “acompanhada pela produção social de riscos” (9).

“A estrutura da sociedade moderna é paradoxal, e [...] esta paradoxalidade pode ser indicada, na sociedade contemporânea, quando se verifica o reforço simultâneo de segurança e insegurança, determinação e indeterminação, estabilidade e instabilidade” (10) e aqui se visualiza um perfeito cenário para a eclosão de riscos.

Conceitua-se, pois, o risco como algo consistente de consequências indesejadas e danos futuros decorrentes dos processos de tomada de decisão, havendo certa possibilidade de controle, vinculando-se a decisões tomadas no presente, sendo que sua comunicação se dá nas incertezas a respeito do futuro produzidas pelas próprias decisões do sistema (11).

Quanto aos processos de produção de riscos, BECK (12) destaca o fato de coincidirem as sociedades de classe com a “satisfação visível de necessidades materiais”, sendo-lhes típica, deste modo, a “cultura da visibilidade” (fome, miséria, riqueza, poder), visão a partir da qual pode-se ter que as necessidades imediatas competem com o risco conhecido.

E sob este viés encontramos a sociedade atual, na qual a pessoa humana e seus direitos fundamentais são o móvel do sistema social e jurídico, e que se vê cada vez mais ameaçada ante os riscos que se desenvolvem diuturnamente. E que são traduzidos, inclusive, na ameaça generalizada nos campos da saúde pública

⁸ ULRICH BECK, *A sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*, cit., p. 22.

⁹ ULRICH BECK, *A sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*, cit., pp. 24-25.

¹⁰ RAFFAELE DI GIORGI, “O risco na sociedade contemporânea”, in *Revista Seqüência*, jun. 1994, n.º 28, Ano 15, p. 192.

¹¹ DÉLTON CARVALHO, *Dano Ambiental Futuro. A Responsabilização Civil pelo Risco Ambiental*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2008, pp. 61-65.

¹² ULRICH BECK, *A sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*, cit., p. 51.

e meio ambiente. Como, por exemplo, os riscos trazidos pelas novas descobertas advindas das pesquisas biotecnológicas com alimentos geneticamente modificados, os “novos medicamentos, os alimentos contaminados por venenos ou mesmos praguicidas” (13).

O risco da atualidade apresenta-se externamente ao Direito, porém é detonador de atuações do Poder Público que deve salvaguardar valores fundamentais tais como o meio ambiente, a saúde e a segurança pública, além de valores sociais, como a moradia digna.

De igual senda, a decisão sobre o risco é consubstanciada em gerir a incerteza da medida do possível. E num quadro de risco generalizado, a decisão deve vir com atuação relativa à permissão de minimalização de controle das condições de eventual eclosão do risco e que seriam estruturas para neutralizar os efeitos lesivos do mesmo (14).

E, para que atinjamos uma sociedade baseada na equidade e segurança, se faz necessária a avaliação do risco, através de fatores de incerteza e com a elaboração de um prognóstico sobre o possível acontecimento e evolução deste; ultimando-se, conseqüentemente, a gestão do risco, através de critérios e integração constitucionais capazes de equacioná-los.

Neste sentido, a análise e persecução dar-se-ão sob a égide do inculpimento de uma juridicidade contemporânea, perpetrada a partir da Constituição, como fonte máxima de normatização de direitos e deveres congregados em relações vivenciadas diária e globalmente.

4. Constituição globalizada ou integrada?

Contemporaneamente, apresenta-se impositivo o desafio no âmbito jurídico, acerca de uma juridicidade responsável; eis que a reponsabilidade é imprescindível para a elaboração de uma teoria inovadora e que pontue a realidade social de forma objetiva, ao mesmo tempo que deverá estabelecer a sua legitimação moral e jurídica (15).

¹³ TERESA LOPEZ, “Responsabilidade Civil na Sociedade de Risco”, in TERESA A. LOPEZ/PATRICIA F. I. LEMOS/ OTAVIO L. JUNIOR RODRIGUES (Coords.), *Sociedade de Risco e Direito Privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*, São Paulo, Atlas, 2013, p. 4.

¹⁴ CARLA AMADO GOMES, “Subsídios para um Quadro Principiológico dos Procedimentos de Avaliação e Gestão do Risco Ambiental”, in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 17, jun. 2002, pp. 47-49.

¹⁵ VICENTE DE PAULO BARRETO, “Teoria da Justiça e Responsabilidade”, in *O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas*, Rio de Janeiro, Editora Lúmen Júris, 2010, pp. 165-166.

O cuidado completa a justiça, sob uma perspectiva de ética, sendo, pois, contínuo o intercâmbio entre a ética e o saber, o que implica no reconhecimento e no desenvolvimento de uma “ética de cuidado” (16).

E falar em cuidado impende a análise do critério balizador do agir cuidadoso, ou seja, a responsabilidade da ação/omissão, que abarca a atitude humana global, compreendendo-se o ser humano “numa rede de interdependências bióticas, sociais” e jurídicas (17), das quais depende o crescimento e desenvolvimento normatizado da vida e relações sociais.

E neste sentido, insta referendar a doutrina constitucional contemporânea detentora de caráter compromissário com a eficácia dos direitos fundamentais, ao assegurar que a dignidade da pessoa humana é que confere uma unidade de sentido ao sistema de direitos fundamentais, fazendo da pessoa humana fundamento da Sociedade e do Estado (18).

Um modelo político de Estado Constitucional, consagrador de direitos humanos, fundamentado em parâmetros éticos e responsáveis, deve ser fulcrado na edificação de uma democracia humana, permitindo uma garantia jurídico-constitucional eficaz para os direitos fundamentais inerentes ao ser humano, num processo contínuo; enfrentando diuturnamente os desafios e ameaças aos direitos fundamentais da pessoa humana, estando sempre aberto ao serviço de atualização do homem enquanto pessoa humana, digno de direitos (19), na esfera mundial.

E, assim, justificando-lhes a participação como membros de uma associação de cidadãos mundiais, fator que é o principal aspecto do direito cosmopolita (20).

Inelutável o fenômeno de reconhecimento e congregação de uma normatividade para além das fontes formais geradas pelo aparelho estatal, especialmente em face ao fenômeno da globalização, que faz emergir um *jus cogens* internacional.

Desta feita, perfeitamente plausível asseverar um contexto em que haja um constitucionalismo transnacional, com integrações econômicas e políticas em espaços supranacionais, numa espécie de interconstitucionalidade, embora,

¹⁶ LEONARDO BOFF, *Saber Cuidar – Ética do Humano – Compaixão pela Terra*, 8.ª ed., Petrópolis, Vozes, 1999, p. 134.

¹⁷ JOSÉ ROQUE JUNGES, *(Bio) Ética Ambiental*, São Leopoldo, Editora Unisinos, 2010, p. 80.

¹⁸ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV – Direitos Fundamentais*, 5.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 128.

¹⁹ PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, cit., p. 25.

²⁰ JURGEN HABERMAS, *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*, Vol. I, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler-UGF, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, pp. 92-95.

reconheçamos, ainda encontre no Estado o seu referencial típico de elaboração jurídica e teórica.

A validade das normas constitucionais escritas nunca pode deixar de envolver a conformidade do seu conteúdo com os postulados da justiça próprios de uma sociedade cuja ordenação se encontra fundada na dignidade da pessoa humana e ao serviço de cada pessoa, sob pena de inconstitucionalidade de tais normas integrantes da Constituição escrita.

Neste sentido, absoluta é a materialização normativa de uma ordem justa ao serviço da pessoa humana e da sua inalienável dignidade⁽²¹⁾, e sob este aspecto deve o Poder Público agir.

A natureza consubstanciada como meio de vida no qual e a partir do qual o desenvolvimento é galgado, necessita para o gerenciamento deste “evoluir” e dos riscos daí advindos de uma forma integrada de atuação de seus entes e agentes. O que se dará através da integração de todas as vertentes estatais, cidadãos, terceiro setor, e em conjunto com a atuação dos variados ramos do Direito, inclusive através de “normas programáticas que transportam princípios conformadores e dinamizadores da Constituição”, o que as faz suscetíveis de serem “trazidas à colação no momento da concretização”⁽²²⁾.

Notadamente, “a racionalidade ditada pelo individualismo e pela lógica de apropriação representa um obstáculo para o reconhecimento do valor intrínseco daquilo que não tenha utilidade imediata para o homem”⁽²³⁾, fator que impediria a recuperação integral da degradação das características essenciais dos sistemas jurídicos.

Enveredam-se as garantias para uma evolução humana associada à sustentabilidade e à preservação humana e da natureza, as quais se encontram na efetivação do e pelo Estado, que assume seu papel norteador ao balizar princípios e normas constitucionais a partir dos quais se perfazem valores e formas de proteção social hodiernamente circundada e perpassada por riscos, aqui assinalados sob a caracterização social.

Nesta ambiência, para que haja equilíbrio no agir estatal ante tais situações, o gerenciamento dos riscos e a proporcionalidade, aliada à preservação do conteúdo do direito enquanto “faculdade ou feixe de faculdades destinadas

²¹ PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, cit., p. 22.

²² JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., 8.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 474-475.

²³ KÁTIA SILENE DE OLIVEIRA MAIA, “O Direito Ambiental: Um *pacta sunt servanda pós-moderno?*”, in *VII Jornada Luso-Brasileira de Direito do Ambiente*, 2010, Florianópolis, Anais da VII Jornada Luso-Brasileira de Direito do Ambiente, Florianópolis, Editora da UFSC, 2010, v. 1, p. 622.

à obtenção e à fruição do bem jurídico que a subjaz” (24), devem ser o móvel do Poder Público, inclusive na tomada de decisões, o que deve ser feito com base numa legislação propulsora e vanguardista, calcada nos ditames da dignidade da pessoa humana e na busca por um desenvolvimento intergeracional e sustentável.

Ideia motriz é o fato de ser a concepção de Constituição atrelada a Estado. A Constituição se revela incindível do Estado (25). Logo, impossível conceber-se que haja uma carta constitucional internacional ou uma Constituição civil global sem política (26).

Contudo, urge o pensamento acerca da integração do Estado em comunidades jurídicas supranacionais e sua vinculação a instituições internacionais de cariz intergovernamental, instituídas com o propósito de combater e dar resposta a alguns desafios da pós-modernidade, como, por exemplo, em áreas como a proteção do ambiente, dos direitos humanos ou mesmo da regulação econômica, fator que permite à esfera jurídica passar a coabitar com esferas sobrepostas de normatividade superestadual, disciplinadora das relações jurídicas no espaço nacional, criando um espaço de Direito com várias facetas e, conseqüentemente, mais abrangente (27).

O esforço deve empreender-se para a ponderação acerca da abertura do sistema constitucional, especialmente, em face ao fenômeno da globalização, o que demonstra perfeitamente factível falar de uma constitucionalização do Direito Internacional (28), a partir do que se enveredaria para a formação de uma *República Universal*, presente no jus-universalismo edificado na Constituição da República Portuguesa em seu art. 16.º, n.º 1 (29).

A partir de então, estaremos perante a possibilidade de construção de uma sociedade civil internacional, cosmopolita e global, amparada pelas organizações não governamentais; e no aprofundamento da efetivação do direito internacional, com a criação de “novos tribunais internacionais setoriais e regionais, alargando

²⁴ JORGE MIRANDA, “O Princípio da Eficácia Jurídica dos Direitos Fundamentais”, in JORGE MIRANDA/ANTÓNIO M. CORDEIRO/EDUARDO P. FERREIRA/JOSÉ D. NOGUEIRA (Coords.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 497.

²⁵ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional Constituição, Tomo IV – Direitos Fundamentais*, cit., p. 28.

²⁶ JORGE MIRANDA, “Democracia e Constituição para lá do Estado”, in LUÍS C. GONÇALVES/WLADIMIR BRITO/MÁRIO F. MONTE/FERNANDO MORAIS/CLARA CALHEIROS/CRISTINA A. DIAS (Coords.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 969.

²⁷ SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, pp. 130-131.

²⁸ JORGE MIRANDA, “Democracia e Constituição para lá do Estado”, cit., p. 969.

²⁹ JORGE MIRANDA, “Democracia e Constituição para lá do Estado”, cit., p. 967.

as vias de acesso dos indivíduos a instâncias internacionais [...]”⁽³⁰⁾. Mas sempre a partir da fundamentação primeira na Carta Magna de cada país, onde estão delineados direitos atinentes a seu povo e a partir do que se poderá visualizar numa ótica global, a realização do ser no mundo, perfectibilizando-se, dessa forma, um agir social e Estatal com magnitude universal.

5. Considerações finais

O Direito Lusófono, e sua impressão em cada Carta Constitucional, traduz, sem que haja predominância de interesses momentâneos, a atualização social e humana como preceitos fundamentais presentes em seu conteúdo, o qual se encontra de acordo com os elementos sociais, políticos e econômicos do Estado.

Reside aí a centralidade da Constituição: a pessoa humana, que é o princípio, o sujeito e o fim de todas as instituições sociais, e assim considerada em comunidade intergeracional, coligada às diversas acepções normativas em toda a estrutura jurídica internacional, na qual se vivencia a produção de cada vez mais riscos.

O móvel em nossa contemporaneidade perpassa pela demanda de um “diálogo jurídico, político, intercultural e ético”⁽³¹⁾, cujo prisma é uma juridicidade integrativa, regulamentada prioritariamente pela Carta Constitucional elevada em sua conjugação com a normatização internacional, que, aliada à ética e responsabilidade, consubstanciam a possibilidade para a formação de uma sociedade lusófona e mundial cada vez mais igualitária e plural.

³⁰ JORGE MIRANDA, “Democracia e Constituição para lá do Estado”, *cit.*, p. 966.

³¹ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional Constituição, Tomo IV – Direitos Fundamentais*, *cit.*, p. 118.

COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA EM MATÉRIA PENAL NA LUSOFONIA

Evandro de Carvalho ⁽¹⁾

Em primeiro lugar, permitam-nos saudar todos os congressistas, especialmente os lusófonos, fraternas saudações e morabeza de Cabo Verde.

Em segundo lugar, agradecer, sensibilizado, o honroso convite que o Ex.^{mo} Senhor Professor Doutor Mário Monte me endereçou para intervir neste Congresso com o tema “Cooperação judiciária em matéria penal na lusofonia”.

Começaríamos por confessar que não é a nossa pretensão apresentar uma análise dos três instrumentos de cooperação jurídica internacional em matéria penal (Convenção da Auxílio Judiciário em Matéria Penal entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa; Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa; Convenção de Extradicação entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa) assinados na cidade da Praia em 23 de Novembro de 2005, por ocasião da Conferência dos Ministros da Justiça dos Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, doravante, CPLP.

Caros conferencistas,

¹ Procurador da República de Cabo Verde.

A linha da nossa comunicação vai no sentido de suscitar debates e reflexões jurídicas a nível da CPLP, em torno dos três instrumentos de cooperação jurídica acima referenciados, para uma melhor e progressiva adequação da eficácia aos fins para os quais foram firmados, designadamente o combate à criminalidade organizada e transnacional no espaço geográfico da lusofonia, a defesa dos direitos fundamentais das pessoas, da democracia, do Estado de direito, do desenvolvimento e progresso dos povos.

Aproveitamos ainda a oportunidade que nos é oferecida (esperando que esta seja a primeira de uma série) para partilhar uma dúvida sobre a constitucionalidade das redacções das alíneas *b)* do n.º 1 do art. 3.º e *a)* do art. 4.º da Convenção de Extradicação.

O Espaço geográfico da lusofonia, como parte integrante do mundo globalizado, não está blindado aos fenómenos da criminalidade organizada transnacional (?). Pelo contrário: está muito permeável, vulnerável à instalação insidiosa de núcleos da organização e de criminosos. Os crimes cometidos, à escala global na CPLP, pelos membros da organização criminosa transnacional preocupam e instam a uma especial atenção dos Estados-Membros no sentido de se dotarem de meios jurídicos adequados, com vista a contrariar essas fenomenologias criminosas.

Convém sublinhar que o combate à criminalidade organizada transnacional no espaço geográfico da CPLP – em que se pontificam o tráfico de estupefaciente, de pessoas, de armas, lavagem de capitais, o financiamento de terrorismo, a corrupção, a pirataria, o sequestro, entre outros – requer dos Estados-Membros uma efectiva, pragmática e solidária cooperação jurídica, sob pena de desvirtuamento dos valores fundamentais da democracia e, conseqüentemente, o desmoronamento dos pilares do Estado de direito e fim da nossa civilização!

Cabo Verde, ciente da ameaça que a criminalidade organizada transnacional representa para o presente e o futuro da humanidade, considerando a sua inalienável responsabilidade, sempre se manifestou profundamente empenhado em cooperar com outros Estados-Membros na luta contra todas as formas de criminalidade organizada, em prol do respeito da dignidade e

² A Convenção da ONU sobre Crime Organizado Transnacional define, na alínea *a)* do art. 2.º, crime organizado transnacional como “grupo criminoso organizado”, como um “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existindo durante um período de tempo e actuando concertadamente com a finalidade de cometer um ou mais crimes graves ou infracções estabelecidas na presente Convenção, com a intenção de obter, directa ou indirectamente, um benefício económico ou outro benefício material”. A alínea *c)* deste artigo explicita que por “grupo estruturado” se entenderá “grupo não formado de maneira fortuita para a prática imediata de uma infracção e cujos membros não tenham necessariamente funções formalmente definidas, podendo não haver continuidade na sua composição nem dispor de uma estrutura desenvolvida”.

direitos da pessoa humana, dos valores da democracia, do Estado de direito, da segurança colectiva e paz universal. Cioso de alcançar esse desiderato por via de solidariedade com outros Estados, o legislador constitucional cabo-verdiano cuidou-se de constitucionalizar o instituto cooperação jurídica internacional, estabelecendo, no art. 11.º ⁽³⁾ (inseto no Título II da Constituição de 1992, denominado “Relações Internacionais e Direito Internacional”), os princípios gerais de Direito Internacional geral ou comum que regulam o Estado de Cabo Verde nas suas relações internacionais com outros Estados ou com organismos internacionais.

Enquanto membro das Nações Unidas, Cabo Verde aderiu à Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, de 19 de Dezembro de 1988, conhecida e designada por Convenção de Viena ⁽⁴⁾.

Com efeito, ratificou as seguintes Convenções:

- Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional e os respectivos protocolos ⁽⁵⁾ adicionais;

- Convenção da Nações Unidas contra a Corrupção ⁽⁶⁾.

³ Estatuindo nos n.ºs: 1. “O Estado de Cabo Verde rege-se, nas relações internacionais, pelos princípios da independência nacional, do respeito pelo direito internacional e pelos direitos humanos, da igualdade entre os Estados, da não ingerência nos assuntos internos dos outros estados, da reciprocidade de vantagens, da cooperação com todos os outros povos e da coexistência pacífica”; 2. “O Estado de Cabo Verde defende o direito dos povos à autodeterminação e independência, apoia a luta dos povos contra qualquer forma de denominação ou opressão política ou militar e participa no combate internacional contra o terrorismo e a criminalidade transnacional”; 5. “O Estado de Cabo Verde presta às Organizações internacionais nomeadamente à Organização das Nações Unidas e à União Africana, a colaboração necessária para a resolução pacífica dos conflitos e para assegurar a paz e a justiça internacionais, bem como o respeito pelos direitos humanos pelas liberdades fundamentais e apoia todos os esforços da comunidade internacional tendentes a garantir o respeito pelos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas”; 8. “O Estado de Cabo Verde pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma”.

⁴ Cabo Verde tornou-se parte da Convenção de Viena em 1994, data em que foi aprovada para adesão pela Resolução da Assembleia Nacional n.º 71/IV/94, de 19 de Outubro, publicada na I Série do Boletim Oficial n.º 34, de 10 de Outubro de 1994. Entrou em vigor em 8 de Maio de 1995, data do depósito legal da Carta de Adesão, no Secretariado das Nações Unidas.

⁵ Aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia Nacional n.º 92/VI/2004, de 31 de Maio, publicada na I Série do Boletim Oficial n.º 16, de 31 de Maio de 2004. Entrou em vigor em 15 de Julho de 2004.

⁶ Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia Nacional n.º 31/VII/2007, de 22 de Março, publicada na I Série do Boletim Oficial n.º 11, de 22 de Março de 2007. Entrou em vigor em 23 de Abril de 2008.

Cooperação judiciária em matéria penal na lusofonia

Cabo Verde sempre teve presente sentimento de pertença ao espaço geográfico dos países lusófonos com os quais, historicamente, vem estabelecendo relações de amizade e de cooperação especiais. No n.º 6 do art. 11.º da Constituição, estabelece-se que “O Estado de Cabo Verde mantém laços especiais de amizade e de cooperação com os países de língua oficial portuguesa e com os países de acolhimento de emigrantes cabo-verdianos”.

No quadro da cooperação jurídica internacional com os países do espaço geográfico da lusofonia, dos três instrumentos de cooperação internacional acima referidos, ocupar-nos-emos da Convenção de Extradicação aprovada pela Resolução da Assembleia Nacional n.º 98/VIII/2014, de 21 de Fevereiro, que tem por objecto acordo de extradicação ou entrega de suspeitos, arguidos, condenados foragidos da justiça penal que se encontram nos seus respectivos territórios e procurados pelas autoridades competentes do Estado requerente para fins de procedimento criminal por crimes praticados no espaço jurisdicional deste ou para cumprimento de pena privativa de liberdade em decorrência de sentença condenatória, transitada em julgado decretada pelo tribunal do Estado requerente.

Antes de adiantarmos mais, procuremos definir extradicação. JÚLIO MARTINS define extradicação como: “a transferência de um indivíduo que se encontra no território de um Estado para as autoridades de outro Estado, a solicitação deste, por aí se encontrar arguido ou condenado pela prática de um crime, sendo entre às autoridades desse Estado” (7). Em síntese, podemos dizer que a extradicação configura-se na entrega de uma pessoa, cidadã nacional ou não, pelo Estado requerido ao Estado requerente. Trata-se, efectivamente, de um dos importantes meios de cooperação judiciária internacional em matéria penal no combate eficaz ao crime organizado e transnacional.

Vamos deter-nos um pouco sobre a eventual inadequação das redacções das alíneas *b)* do n.º 1 do art. 3.º e *a)* do art. 4.º da Convenção de Extradicação às exigências constitucionais das alíneas *a)* do n.º 1 e *a) a c)* do n.º 3 do art. 38.º da Constituição.

Inadmissibilidade da extradicação

O legislador estatui e enumera taxativamente, nas alíneas *a)* a *f)* do n.º 1 do art. 3.º da Convenção, casos de inadmissibilidade absoluta da extradicação.

⁷ JÚLIO MARTINS, *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal em Cabo Verde*, Edição JD Editorial, 2014, p. 18.

De entre o longo catálogo dessas causas, releva a requerida por crime político ou com ele conexo. Preceitua, o legislador na alínea *b)* o seguinte: “Quando se trata de crime que o Estado requerido considere ser político ou com ele conexo. A mera alegação de um fim ou motivo político não implicará que o crime deva necessariamente ser qualificado como tal”.

O segmento ou acrescento “A mera alegação de um fim ou motivo político não implicará que o crime deva necessariamente ser qualificado como tal” parece-nos prestável a ambiguidade e de duvidosa constitucionalidade.

Senão vejamos, caros conferencistas:

Tendo presente e em devida conta que o processo de extradição requer o rigoroso respeito das garantias constitucionais, processuais dos direitos do arguido, suspeito ou condenado, nomeadamente o do contraditório, de defesa, aliás nos precisos termos do art. 8.º da Convenção que estabelece que “A pessoa reclamada gozará no Estado requerido de todos os direitos e garantias que concede a legislação desse Estado. Deverá ser assistida por um defensor e, se necessário, por um intérprete”, considerando a delicadeza e sensibilidade da matéria, parece-nos que seria de todo prudente que o legislador se coibisse de procurar esclarecer, por questão de rigor jurídico, qual o seu entendimento da “mera alegação”, pois, para que um facto ganhe relevância jurídica, não vale apenas alegação, mas sim a sua prova. Aliás, para nós, “a mera alegação de um fim ou motivo político” deveria relevar e travar a extradição, desde que indiciariamente comprovada. Por outras palavras, a existência de indícios de motivos ou fins políticos deveria obstar a extradição em nome dos direitos da pessoa reclamada constitucionalmente consagrados.

A redacção da alínea *b)* do n.º 1 do art. 3.º, para nós, além de obscura, equívoca, pode dar azo a interpretações e decisões jurídicas que destoam do imperativamente estabelecido na alínea *a)* do n.º 1 do art. 38.º da Constituição de 1992: n.º 1 que impõe o seguinte: “Em caso algum é admitida a extradição quando requerida: *a)* Por motivos políticos, étnicos ou religiosos ou por delito de opinião”. Ou seja, a redacção da referida alínea *b)* do n.º 1 do art. 3.º da Convenção pode permitir ao Estado requerido negar ou aceitar a extradição por motivos políticos, de acordo com suas conveniências políticas e circunstanciais. Pode alegar-se que esse risco poderá ser contrariado com impugnação e suscitar a intervenção do Tribunal Constitucional, certo? Mas não deixaria de ser relevante o argumento de que, em certas jurisdições do espaço da CPLP, o Supremo Tribunal de Justiça acumula as funções de Tribunal Constitucional. São os mesmos Conselheiros que decidem e conhecem dos recursos interpostos do processo da extradição.

Passemos à leitura do art. 4.º da Convenção:

No art. 4.º, sob epígrafe “Recusa facultativa de extradição”, vêm estabelecidas as situações em que a extradição poderá ser recusada. De entre as causas de recusa facultativa, salienta-se o vínculo da cidadania da pessoa reclamada com o Estado requerido. Efectivamente, prescreve-se aí que “A extradição poderá ser recusada se: *a*) A pessoa reclamada for nacional do Estado requerido [...]”.

A esse respeito, vejamos o estabelecido na Constituição:

No n.º 2 do art. 38.º, o legislador constitucional, após a enumeração de casos de inadmissibilidade absoluta de extradição, nomeadamente por motivos políticos, étnicos, religiosos, por crime a que corresponda no Estado requerente pena de morte, degradante, etc., prescreve da seguinte forma: “Também não é admitida a extradição de cidadãos cabo-verdianos por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requerente, pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, salvo quando o mesmo Estado ofereça garantias de que tal pena ou medida de segurança não serão executadas”. No n.º 3, determina-se “Não é ainda admitida a extradição de cidadãos cabo-verdianos do território nacional, salvo quando se verifiquem, cumulativamente, as seguintes circunstâncias: *a*) o Estado requerente admita a extradição de seus nacionais para o Estado de Cabo Verde e consagre garantias de um processo justo e equitativo; *b*) Nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada; *c*) Tenha o extraditando adquirido ou readquirido a nacionalidade cabo-verdiana após o cometimento do facto tipificado na lei penal como crime, que tenha dado causa ao pedido de extradição”.

Ora, confrontemos o estatuído na alínea *a*) do art. 4.º da Convenção acima transcrita com o determinado nas alíneas *a*) a *c*) do n.º 3 do art. 38.º da Constituição. A pergunta lógica que não se pode deixar de fazer é esta: verificando os requisitos jurídico-constitucionais, a extradição de um cidadão cabo-verdiano poderá ser recusada? A resposta é simplesmente não. Ou seja, desde que se verifiquem cumulativamente os requisitos elencados nas alíneas *a*) a *c*) do n.º 3 do art. 38.º da Constituição, a extradição não poderá ser negada. O nacional tem de ser extraditado. O preceituado na alínea *a*) do art. 4.º da Convenção parece discordante da obrigatoriedade jurídica de o Estado requerente proceder à extradição do nacional reclamado, caso estejam reunidos os requisitos legais e constitucionalmente exigidos, tal como acabámos de ver.

Resulta do *supra* exposto que a Constituição autoriza a extradição do nacional, em caso muito excepcional, sim, mas não facultativa. Contrariamente, a Convenção contém uma formulação facultativa da extradição.

Parece-nos prudente repensar, particularmente, sobre essa questão de facultabilidade da extradição do nacional do Estado requerido, para evitar que criminosos possam tirar benefício da situação. Estamos em crer que os

Estados-Membros da CPLP estão verdadeira e efectivamente determinados a combater a criminalidade internacional organizada, nomeadamente tráfico de estupefaciente, de pessoas, terrorismo, etc. Essa determinação exigirá esforço acrescido de convergência dos ordenamentos jurídico-constitucionais dos Estados da CPLP no domínio da extradição de nacionais nos casos de associação criminosa internacional.

Não deixa de ser incompreensível, chocante e injusto, o facto de um cidadão de um dos países da CPLP, membro de uma associação criminosa internacional e que, em acção concertada e conjugação de esforços com outros associados, cometa crime grave num dos países membros da Comunidade, não possa ser extraditado para, conjuntamente com todos os demais membros da associação ou organização, ser julgado e condenado no Estado requerente onde o delito tenha sido cometido.

A cooperação jurídica entre os Estados-Membros da CPLP contribuiria e muito para o reforço eficaz ao combate à criminalidade organizada internacional, a remoção dos obstáculos jurídicos que impedem a extradição de nacionais do Estado requerido e, desta forma, fazendo jus ao preâmbulo da Convenção, aonde se prenuncia um forte engajamento dos Estados-Membros da CPLP em combater de forma eficaz a criminalidade organizada transnacional.

A terminar:

Os Ministros da Justiça dos Estados-Membros da CPLP, reunidos em Conferência na Cidade da Praia, Cabo Verde, em 23 de Novembro de 2005, assinaram três Convenções para o reforço da cooperação jurídica internacional em matéria penal – Convenção de Auxílio Judiciário em Matéria Penal entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa; Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa; Convenção de Extradição entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa –, assinalando com esse acto solene o profundo empenho dos Estados-Membros em reforçar a eficácia da luta contra a criminalidade organizada transnacional tendente a alcançar um elevado padrão de segurança e nível de condições que assegurem a consolidação da democracia, do Estado de direito, do crescimento económico, do desenvolvimento social.

Esse desiderato reclama da parte dos Estados-Membros tomadas de decisões e medidas de política legislativa de convergência entre os ordenamentos jurídico-constitucionais dos Estados-Membros em matéria de combate à criminalidade organizada transnacional.

Além dessas decisões, outras se impõem em ordem à eficiência dessa luta, nomeadamente a criação de reais condições objectivas em termos de permitir o funcionamento de equipas de investigação conjunta, convalidação das provas produzidas pelas autoridades competentes dos Estados-Membros, criação de um fundo autónomo para suportar as despesas ocasionadas pela extradição.

Relativamente à extradição de nacionais, registam-se ainda muitos obstáculos legais e decorrentes na aplicação da Convenção. Considerando a gravidade do crime praticado pela organização criminosa transnacional, em nome do sofrimento e morte dos inocentes e indefesos, dos danos que esse delito provoca, atentando contra a humanidade, sugere-se como avisado que os Estados-Membros pugnem por uma concertação política em vista de remover os obstáculos jurídico-constitucionais, de modo a permitir a extradição de nacionais do Estado requerido e serem julgados no Estado-Membro requerente onde o crime tiver ocorrido.

Felicitações à Escola de Direito da Universidade do Minho pela feliz iniciativa de organizar esse congresso sobre o Direito na Lusofonia, por ocasião do seu 20.º aniversário.

Muito obrigado.

INTEGRAÇÃO, GLOBALIZAÇÃO E TRANSNACIONALIDADE

Felipe Probst Werner⁽¹⁾

1. Introdução

Em virtude do desenvolvimento extenuado do comércio exterior e da economia internacional, diversos mecanismos de integração entre Estados foram e estão sendo instituídos, objetivando o estabelecimento de parcerias sólidas e aprofundadas que possibilitem uma melhor inserção e posicionamento de uma nação no mercado mundial.

Estas parcerias, por sua vez, proporcionam o surgimento de uma integração progressiva, com o fim de atingir objetivos comuns de estímulo à paz, ao respeito aos direitos do homem, desenvolvimento mútuo e cooperação comercial.

Paralelamente a esta progressividade integrativa caminha o processo de globalização, com uma crescente interdependência entre os povos. Este processo, que é inerente à natureza humana, e se intensifica em virtude da integração entre os Estados, traz inúmeras vantagens e desvantagens para o globo e sociedade mundial.

É com o ideal de focalizar nas vantagens e atenuar as desvantagens que surge um novo tema a ser estudado. A transnacionalidade, que inicia um “novo mundo”, de solidariedade e cooperação entre todos os entes conviventes no planeta. Este artigo procura demonstrar os processos de integração e globalização que devem culminar com a transnacionalidade para, desta maneira, garantir a convivência pacífica e harmônica da sociedade mundial.

¹ Faculdade Avantis, Santa Catarina (Brasil).

2. Integração e cooperação

Em virtude do desenvolvimento extenuado do comércio exterior e da economia internacional, diversos mecanismos de integração entre Estados foram e estão sendo instituídos, com o objetivo de estabelecer parcerias sólidas e aprofundadas que possibilitem uma melhor inserção e posicionamento de uma nação no mercado mundial.

Ensina DAL RI JÚNIOR, que “O primeiro passo concreto voltado a constituir um mecanismo de integração econômica mundial ocorreu com a conferência intergovernamental realizada de 1.º a 22 de julho de 1944, na cidade de Bretton Woods (em New Hampshire, Estados Unidos). Nela, os representantes de 44 países aprovaram os documentos que se contextualizaram como base do movimento que culminou na regulamentação das relações econômicas internacionais” (2).

Nesta conjuntura, foram firmados os acordos que instituíram o Fundo Monetário Internacional (FMI) (3) e Banco Mundial (BM) (4) e, ainda, recomendaram a criação de outros organismos como a Organização Internacional do Comércio (ITO) (5) (6).

Estas parcerias, por sua vez, proporcionaram o surgimento de uma integração progressiva, com o fim de atingir objetivos comuns de estímulo à paz, ao respeito aos direitos do homem, desenvolvimento mútuo e cooperação comercial.

É evidente a caminhada da sociedade humana para uma integração planetária, no entanto, o que se denota é uma aceleração deste processo devido aos impulsos da tecnologia (7).

² ARNO DAL RI JR., *História do Direito Internacional. Comércio e Moeda. Cidadania e Nacionalidade*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2004, p. 118.

³ Tem como princípio básico o multilateralismo e abolição de práticas discriminatórias, foi instituído para organizar as grandes desordens monetárias causadas tanto pela quebra de 1929 como pela Segunda Guerra Mundial.

⁴ Instituído para otimizar a reconstrução e desenvolvimento dos países atingidos severamente pela Segunda Guerra Mundial.

⁵ Com o principal objetivo de abolir as restrições ao comércio internacional e instituir sólido sistema de normas jurídicas multilaterais voltadas à liberalização do comércio. No entanto, acabou por não ser totalmente aprovado pelos Estados, possuindo grande importância somente por servir como origem do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) e da atual Organização Mundial do Comércio (OMC).

⁶ ARNO DAL RI JR., *História do Direito Internacional...*, cit., p. 118.

⁷ RAMÓN TAMAMES, *Estructura Económica Internacional*, 20.ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 2003, p. 207.

O terreno econômico é o principal ator desta integração, haja vista que praticamente todos os países do mundo encontram-se dentro de algum sistema de integração econômica, seja ela caracterizada pela forma de acordos bilaterais, uniões aduaneiras, comunidade, entre outras.

No ponto de vista econômico, a integração é um processo e é através dela que mercados nacionais que se encontravam separados e voltados para o público interno unem-se para formar um só mercado de dimensão global e maximizada⁽⁸⁾.

O processo de integração é dotado de algumas características essenciais: seus sujeitos são os Estados soberanos, que empreendem o processo integracionista de forma voluntária, deliberada e gradual, com etapas progressivamente mais profundas que, portanto, são desenvolvidas com o passar do tempo e possuindo característica essencialmente convergente⁽⁹⁾.

Com o intuito de alcançar o propósito de um mercado integrado globalmente, é necessário realizar uma série de mudanças estruturais em uma nação que ora estava voltada somente para a economia interna. Estas mudanças exigem um período transitório, a fim de evitar transformações demasiadamente bruscas ou drásticas que possam interferir negativamente no processo de integração ou ainda no desenvolvimento da nação singular⁽¹⁰⁾.

Nas referidas mudanças estruturais, a partir de certo momento, se faz necessária a transferência de parcelas de soberania nacional para instituições comuns que passam a adquirir um caráter supranacional, após esta transferência, o processo de integração adquire e impõe uma coordenação mais estreita entre os países participantes, que num futuro pode desembocar ainda em uma união política⁽¹¹⁾.

Os processos integracionistas e a implantação das políticas de cunho neoliberal que enfatizam a viabilização de mercados livres elevaram a integração regional a um novo e importante patamar, passando a ser tratado como tema prioritário na agenda internacional⁽¹²⁾.

O aumento da interdependência econômica possibilitou a efetivação e o aprofundamento de diversos tipos de acordos entre grupos de países ou ainda entre países singulares. São múltiplos acordos de complementação, integração

⁸ RAMÓN TAMAMES, *Estructura Económica Internacional*, cit., pp. 207-208.

⁹ FERNANDO SERAZZI GAMBOA/MACARENA UNDURRAGA FERNÁNDEZ, *Tratado de Derecho Internacional Público y Derecho de Integración*, Santiago, LexisNexis, 2006, p. 697.

¹⁰ RAMÓN TAMAMES, *Estructura Económica Internacional*, cit., p. 208.

¹¹ RAMÓN TAMAMES, *Estructura Económica Internacional*, cit., p. 208.

¹² FELIPE P. WERNER/KARINE DE S. SILVA, "A Harmonização Tributária do MERCOSUL", in *Produção científica do CEJURPS*, v. 1, 2010.

econômica e de liberalização de comércio entre países ou entre um país e um grupo, além de acordos com países ou grupos extra-regionais.

A integração econômica não é um processo isolado ou fechado em torno de si. Tal fenômeno surge e sofre alterações, inserindo-se em um contexto mundial cada vez mais interligado e interdependente, ou seja, a análise dos distintos modelos de integração regional deve considerar os aspectos externos consonantemente aos eventos internos⁽¹³⁾.

A integração econômica apresenta distintas etapas evolutivas diferenciadas, de tipo ideal. Observa-se desde já que cada fase do processo integracionista compreende integralmente a fase anterior, acrescentando-lhe outras características peculiares que refletem o aprofundamento do modelo.

São as etapas:

- Áreas de preferência tarifária: caracterizada por ser a mais simples modalidade de integração econômica, neste regime, os Estados firmatários concedem a determinados setores econômicos regimes tarifários preferenciais, iniciando uma forma simplificada de cooperação comercial entre os países envolvidos⁽¹⁴⁾.

- Zonas de livre comércio⁽¹⁵⁾: são marcadas principalmente pela extinção de barreiras alfandegárias entre os países aderentes, sejam eles vizinhos ou não. Possuem como objetivo buscar maior competitividade interna e externamente de seus produtos e ainda suprir o mercado interno de uma forma menos onerosa para cada Estado pertencente a essas zonas específicas⁽¹⁶⁾.

- Uniões aduaneiras⁽¹⁷⁾: são um pouco mais evoluídas que as zonas de livre comércio, pois além de não possuírem barreiras alfandegárias entre os países integrantes, possui uma taxação comum em relação aos produtos e serviços importados de países terceiros. Esta taxa igual perante Estados terceiros é denominada tarifa externa comum e pode recair sobre todos os produtos e serviços ou, por decisão dos países integrantes da união aduaneira, há a possibilidade de haver listas de exceções sobre determinados produtos ou serviços⁽¹⁸⁾.

¹³ FELIPE P. WERNER/KARINE DE S. SILVA, "A Harmonização Tributária do MERCOSUL", *cit.*

¹⁴ HEE MOON JO, *Introdução ao direito internacional*, 2.^a ed, São Paulo, LTr, 2004, p. 273.

¹⁵ Como principais exemplos de Zona de Livre Comércio, há a Zona de Livre Comércio do Pacífico e o NAFTA, que reúne os países do Canadá, Estados Unidos e México.

¹⁶ FERNANDO SERAZZI GAMBOA/MACARENA UNDURRAGA FERNÁNDEZ, *Tratado de Derecho Internacional Público y Derecho de Integración*, *cit.*, pp. 698-699.

¹⁷ União Aduaneira é o estado atual do MERCOSUL.

¹⁸ FERNANDO SERAZZI GAMBOA/MACARENA UNDURRAGA FERNÁNDEZ, *Tratado de Derecho Internacional Público y Derecho de Integración*, *cit.*, p. 699.

- Mercado comum ⁽¹⁹⁾: supõe, além da etapa anterior, a adoção de uma tarifa exterior comum (TEC) sobre os produtos provenientes de países terceiros ⁽²⁰⁾.

- A última etapa até então conhecida nos processos de integração econômica é a união monetária ⁽²¹⁾, que se caracteriza pela adoção de um instrumento padrão de troca comum a todos os países-membros, ou seja, pela aplicação de uma moeda única comunitária e pela harmonização de suas políticas econômicas ⁽²²⁾. Esta fase de integração é considerada bastante avançada, no entanto, é tida como fundamental para atingir o almejado fim dos países que buscam uma parceria exitosa e consistente.

Dispõem GAMBOA e FERNÁNDEZ acerca de tais etapas de integração: “cada una de ellas sirve de soporte para la etapa posterior, pero sin significar que los bloques u organizaciones internacionales que participan de esos diversos procesos, se dispongan a alcanzar su fase máxima, que es la unión económica y monetaria” ⁽²³⁾.

Essa tipologia tem sido utilizada como categorias analíticas dos distintos processos de integração econômica existentes atualmente no mundo como, por exemplo, o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), Tratado de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA) e da União Européia. Ela serve para revelar de forma sucinta o nível de desenvolvimento atingido e também para compreender, definir e conceituar a definição de determinado processo de integração.

Os processos estudados contribuem de diversas maneiras para o desenvolvimento econômico e conseqüentemente social dos Estados, uma vez que causa transformações estruturais que culminam por facultar ou determinar uma evolução em toda a organização deste Estado ou associação de Estados pertencentes a um processo de integração.

Ensina LABRANO que “[...] la integración puede fortalecer a los Estados que si actuaran aisladamente no podrían encarar ningún plan de desarrollo. La posibilidad de unión voluntaria de lso Estados con este propósito constituye

¹⁹ Único exemplo de Mercado comum é a União Européia.

²⁰ FERNANDO SERAZZI GAMBOA/MACARENA UNDURRAGA FERNÁNDEZ, *Tratado de Derecho Internacional Público y Derecho de Integración*, cit., p. 699.

²¹ Como já especificado anteriormente, a União Européia é a única possuidora da experiência da união monetária.

²² FERNANDO SERAZZI GAMBOA/MACARENA UNDURRAGA FERNÁNDEZ, *Tratado de Derecho Internacional Público y Derecho de Integración*, cit., p. 700.

²³ FERNANDO SERAZZI GAMBOA/MACARENA UNDURRAGA FERNÁNDEZ, *Tratado de Derecho Internacional Público y Derecho de Integración*, cit., p. 697.

la opción que debemos impulsar y lograr asú un nuevo objetivo y modelo de diálogo internacional” (24).

Deve-se atentar ainda que um processo de integração obrigatoriamente deve afetar os setores sociais, econômicos, políticos e jurídicos, por esta maneira, deve ser estudado e encarado multidisciplinarmente. Sua evolução deve surgir de ações previamente programadas e sua instituição e desenvolvimento mediante livre acordo entre as partes pactuantes.

2.1. Vantagens da integração econômica e as transformações estruturais

Alguns são os argumentos empregados no apoio aos processos de integração econômica. Entre eles, selecionar-se-á os seguintes: economia de escala, intensificação da concorrência, atenuação nos problemas com o comércio internacional, possibilidade do desenvolvimento de atividades incompatíveis de empreender isoladamente e o aumento no poder de negociação.

De uma ótica industrial, as economias de escala possibilitam uma maior eficiência, permitindo, desta maneira, dimensionar a produção e diminuir sensivelmente seus custos. Desta feita, tal economia fica numa posição privilegiada diante da concorrência internacional.

As economias de escala somente se tornam possíveis quando a produção é extremamente alta, organizada e ainda apoiada num forte avanço tecnológico. Estes são os casos de grandes empresas voltadas a mercados amplos (nacionais ou internacionais), as quais são muito favorecidas na ocorrência de um processo de integração (25).

Uma integração econômica também favorece a intensificação da concorrência internacional, visto que na ocasião de um vasto mercado comum aumenta-se significativamente o número de empresas competindo entre si, que, por sua vez, favorecem diretamente o consumidor final com preços baixos, produtos de maior qualidade e ainda providos de tecnologia mais avançada.

Outra vantagem que ocorre após a integração e cooperação entre países é o aumento da agilidade do comércio internacional, uma vez que os problemas com a balança comercial e com as aduanas são diminuídos drasticamente (26). A recorrente agilização do comércio internacional também beneficia o consumidor final, uma vez que acaba por baixar os preços de desentranhamento e transporte da mercadoria entre as fronteiras.

²⁴ ROBERTO RUIZ DÍAZ LABRANO, *MERCOSUR: Integración y Derecho*, Buenos Aires, Editora Intercontinental, 1998, pp. 24-25.

²⁵ RAMÓN TAMAMES, *Estructura Económica Internacional*, cit., p. 214.

²⁶ RAMÓN TAMAMES, *Estructura Económica Internacional*, cit., p. 214.

A cooperação e integração econômica também viabilizam, segundo TAMAMES, “el desarrollo de nuevas actividades en el campo tecnológico e industrial, que en cambio resultan impensables en la escala nacional” (27). Como exemplos, citar-se-á grandes obras de infra-estrutura, indústrias de tecnologia de ponta e ainda o desenvolvimento da indústria petroquímica e suas ramificações, ou seja, grandes empreendimentos que normalmente os Estados não poderiam realizar de forma individual.

Mais uma entre várias vantagens que mencionar-se-á brevemente nesse estudo é a possibilidade de um aumento no poder de negociação de países integrados com terceiros, uma vez que, integrados os Estados, aumenta-se o poderio bélico, os índices sociais e econômicos bem como o volume de comércio e capacidade de financiamento exterior (28). Neste sentido, é evidente que o poder de negociação cresce exponencialmente.

Apesar de todas as expostas vantagens, o processo de integração global não pode ser considerado o demolidor de todas as diferenças sociais e econômicas já existentes, são inúmeros os problemas e paradigmas a serem superados para a obtenção do tão almejado desenvolvimento sustentável mundial.

Pesa ainda que no curso de um processo de integração existe a forte tendência de imposição do padrão mais evoluído presente em cada Estado membro/parte/cooperado, como, por exemplo, o sistema fiscal melhor estruturado, sistema educacional mais completo, assistência social mais avançada, o que contribui, sem sombra de dúvida, para a diminuição destas diferenças sociais e econômicas e incentive ainda sua completa abolição (29).

Desta maneira, tem-se que melhor prova do sucesso de um processo de integração econômica é a observação de uma aceleração, ou não, do desenvolvimento econômico dos entes integrados e, ainda, se este desenvolvimento contribui para o aumento dos índices sociais (30).

Todo este crescente processo de integração finda por gerar um sistema comercial regional, multilateral ou até global. Este sistema estabelece laços profundos com a globalização, deste modo, passar-se-á a expor alguns traços desta, bem como sua interligação com o processo de integração e cooperação econômica existente no cenário mundial.

27 RAMÓN TAMAMES, *Estructura Económica Internacional*, cit., p. 214.

28 RAMÓN TAMAMES, *Estructura Económica Internacional*, cit., p. 215.

29 RAMÓN TAMAMES, *Estructura Económica Internacional*, cit., p. 216.

30 RAMÓN TAMAMES, *Estructura Económica Internacional*, cit., p. 216.

3. Globalização

Num conceito generalizado, a globalização traduz-se nas crescentes interdependências das economias. Possui variadas causas, como a diminuição no custo dos transportes e das comunicações; os progressos livre-cambistas, onde são favorecidas as trocas/comércio entre as nações; uma maior liberdade para a circulação de capitais; e ainda a integração das regiões na economia mundial⁽³¹⁾.

A Globalização constitui-se também de um processo que se desenvolve desde o passado remoto da humanidade. Se compreendida num sentido amplo, ela inicia “com as migrações do *homo sapiens*, transita pelas conquistas dos antigos romanos, pela expansão do Cristianismo e do Islã, pelas grandes navegações da Era Moderna, pela difusão dos ideais da Revolução Francesa, pelo neocolonialismo do Século das Luzes e pelos embates ideológicos da centúria passada, culminando com a *aldeia global* que caracteriza o mundo de hoje”⁽³²⁾.

Para BECK, a globalização possui um significado somente presente na sociedade moderna, quando ensina que “a humanidade ultrapassou a era da política internacional; esta se caracterizava pelo predomínio e monopólio do cenário internacional por parte dos Estados nacionais. Agora se inicia uma era pós-política internacional, na qual os atores nacionais-estatais são obrigados a partilhar o cenário e o poder global com organizações internacionais, companhias transnacionais, além de movimentos políticos e sociais transnacionais”⁽³³⁾.

O aspecto transnacional tratar-se-á mais adiante, no entanto, denota-se que o processo atual da globalização é caracterizado por ser um fenômeno econômico, corresponde a uma intensa circulação de bens, capitais e tecnologias através das fronteiras dos Estados nacionais, com a conseqüente criação de um mercado mundial. Ele é possibilitado e incentivado basicamente pela descentralização da produção e pela diversificação e integração dos entes presentes na economia de mercado internacional.

Além do aspecto econômico, a globalização também decorre da universalização dos padrões culturais e da necessidade de equacionamento comum dos problemas que afetam a totalidade do planeta, como a explosão

³¹ LUIS PEDRO CUNHA, “A Integração Regional e o Sistema Comercial Multilateral face à Globalização: Convergência ou Rivalidade?”, in *Globalização e Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 257-258.

³² ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI, “Globalização e Soberania”, in P. CASELLA/U. CELLI JR./E. DE A. MEIRELLES/F. B. P. POLIDO/G. F. S. SOARES (Orgs.), *Direito Internacional, Humanismo e Globalidade*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 293.

³³ ULRICH BECK, *O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*, Tradução de André Carone, São Paulo, Paz e Terra, 1999, p. 71.

demográfica, degradação do meio ambiente, violação aos direitos humanos, disseminação de conflitos regionais, entre outros ⁽³⁴⁾.

Para LEWANDOSWSKI, “embora constitua um fenômeno com caráter planetário, a globalização tem levado à formação de blocos regionais ou sub-regionais de Estados, que buscam proteger-se contra os aspectos negativos que ela encerra” ⁽³⁵⁾.

No entanto, percebe-se que a razão para o agrupamento dos países em blocos não possui apenas o escopo de suprimir as diversidades econômicas ocasionadas pela globalização, visto que “associados, eles podem enfrentar melhor os desafios da globalização também em outros campos, como o ambiental e o cultural” ⁽³⁶⁾.

Neste ponto, percebe-se a existência de uma correlação direta entre a integração dos povos e o processo de globalização, onde a necessária formação de laços entre um Estado e outro, representada pela integração em blocos regionais, é causa e causadora do processo de globalização mundial.

Convém ainda demonstrar que as várias formas de associação entre países realizadas no plano internacional resultam em graus diferenciados de restrição à autonomia nas decisões econômicas e políticas ⁽³⁷⁾, desta maneira, inicia-se a questionar o surgimento de novos conceitos no direito, principalmente no aspecto da transferência ou limitação na soberania dos Estados.

Neste sentido, entende-se que o processo de globalização é responsável pela implicação de uma mudança radical no perfil do Estado moderno, particularmente em seu caráter soberano, refletindo na possibilidade de uma incapacidade de auto-organização estatal ⁽³⁸⁾.

Sem embargo a existência de diversas virtudes do processo de globalização, são evidentes os reveses disseminados, como ânsia pelo consumo, a extremada valorização das coisas em detrimento das pessoas, inversão de valores e principalmente o descaso com o meio-ambiente ⁽³⁹⁾.

Surge, então, a partir dos processos de integração regional e globalização da economia, conjuntamente com suas vantagens e desvantagens e, ainda, o

³⁴ ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI, “Globalização e Soberania”, *cit.*, p. 294.

³⁵ ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI, “Globalização e Soberania”, *cit.*, p. 294.

³⁶ ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI, “Globalização e Soberania”, *cit.*, p. 294.

³⁷ ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI, “Globalização e Soberania”, *cit.*, p. 295.

³⁸ *Estudos de direito internacional: anais do 6.º Congresso Brasileiro de Direito Internacional*, WAGNER MENEZES (Coord.), Curitiba, Juruá, 2008, p. 306.

³⁹ *Estudos de direito internacional: anais do 6.º Congresso Brasileiro de Direito Internacional*, *cit.*, p. 121.

acréscimo da agressividade do capitalismo, das ameaças ao meio-ambiente e ao bem estar social global, o conceito de transnacionalidade, o qual dar-se-á foco no capítulo que segue.

4. Direito transnacional e transnacionalidade

As tendências apontadas para uma globalização das relações sociais transladam a uma complexidade política e econômica que permite superar a enormidade dos Estados-nações que surgiram da consequência da liquidação da ordem feudal e dos imperativos da primeira Revolução Industrial ⁽⁴⁰⁾.

É com o ideal de focalizar nas vantagens e atenuar as desvantagens que surge este novo e moderno conceito denominado transnacionalidade, este que inicia um “novo mundo” e que prima pela solidariedade e cooperação entre todos os entes conviventes no planeta.

A sociedade mundial formada a partir da globalização remete a uma nova realidade, uma espécie de continente não investigado que se abre a uma terra de ninguém transnacional, um espaço intermediário entre o internacional, o nacional, e o local ⁽⁴¹⁾.

A partir destas premissas, percebe-se a constituição de novas estruturas relativamente atípicas, com novos sistemas progressivos de crescimento e consolidação, a transnacionalização. Estas novas estruturas originaram-se do seio das agora simplificadas associações econômicas e em meio a criação de entes políticos que agem de maneira inovadora e aspiram novos objetivos ⁽⁴²⁾.

Categoricamente, STELZER procura demonstrar a correlação existente entre a globalização e a transnacionalização, quando expõe que: “a transnacionalização não seria um fenômeno distinto da globalização (ou mundialização), pois nasce no seu contexto, com características que podem viabilizar o surgimento da categoria Direito Transnacional” ⁽⁴³⁾.

O termo Direito Transnacional, que até hoje não possui aceitação geral da doutrina, foi criado em 1956 por PHILIP JESSUP, com o intuito de regular estas novas estruturas surgidas, e contribui eficazmente para o presente estudo,

⁴⁰ RAMÓN MARTÍN MATEO, *El marco público de la Economía de Mercado*, Madrid, Trivium Editorial, 1999, p. 49.

⁴¹ PAULO MÁRCIO CRUZ, *A crise financeira mundial, o Estado e a Democracia*, 2009.

⁴² RAMÓN MARTÍN MATEO, *El marco público de la Economía de Mercado*, cit., p. 50.

⁴³ JOANA STELZER, “O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica”, in PAULO MÁRCIO CRUZ/JOANA STELZER (Orgs.), *Direito e Transnacionalidade*, Curitiba, Juruá, 2009, p. 19.

pois seu conceito “é empregado para caracterizar qualquer matéria jurídica que transcenda aos limites de um Estado” (44).

Neste passo, o Direito Transnacional abrangeria situações complexas da comunidade contemporânea, que transcenderiam as fronteiras dos Estados singulares, seria o fruto de uma crescente complexidade das relações comerciais e interpessoais estabelecidas entre uma variedade de sujeitos (45). Estas situações, no seu tempo, teriam surgido em virtude do exponencial aumento da integração entre as sociedades e da globalização da economia e adviriam da necessidade de relação, cooperação e integração inerentes ao ser humano e ao desenvolvimento da vida em sociedade, estaria assim caracterizada a transnacionalidade.

A transnacionalidade pode ser compreendida como um fenômeno reflexivo da globalização; é evidenciada pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais e liga-se fortemente à concepção do transpasse estatal, pois está articulada por um ordenamento jurídico de caráter mundial à margem das soberanias dos Estados (46).

Para BARBÉ, a transnacionalidade “aparece cuando relativizamos la premisa de que los estados son actores del sistema y centramos nuestra atención en los canales múltiples que conectan las sociedades a través o por encima de la fronteras estatales” (47).

Por sua natureza e também sua finalidade, as forças transnacionais são múltiplas e diversas. Abordam desde fenômenos duradouros e altamente organizados como as igrejas ou federações sindicais como aparições espontâneas, como movimentos contra guerras ou desastres naturais, agressões ao meio ambiente, entre outras que influenciam o comportamento dos Estados e Organizações Internacionais (48).

Outra forma de ocorrência do transnacionalismo são as empresas transnacionais, caracterizadas como aquelas que “actúan en vários países, según fórmulas diversas [...], pero tienen una lógica común de actuación” (49). São aquelas que possuem atividades em dois ou mais países e funcionam basilaramente com um sistema de adoção de decisões que permita uma política empresarial coerente e estratégica comum graças a um ou mais centros que emitem as decisões principais, diretrizes.

44 RECHSTEINER, *Direito Internacional Privado: teoria e prática*, 10.ª ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 39-40.

45 JOANA STELZER, “O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica”, *cit.*, p. 36.

46 JOANA STELZER, “O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica”, *cit.*, p. 21.

47 ESTHER BARBÉ, *Relaciones Internacionales*, 3.ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2008, pp. 209-210.

48 ESTHER BARBÉ, *Relaciones Internacionales*, *cit.*, p. 210.

49 ESTHER BARBÉ, *Relaciones Internacionales*, *cit.*, p. 229.

Tratando-se de Estado Transnacional, tem-se que este é um Estado forte, que possui como configuração política o fruto de respostas cooperativas e solidárias com a globalização⁽⁵⁰⁾.

Para BECK, o Estado Transnacional deve ser a reivindicação a uma reformulação e reforma do espaço político internacional, com uma nova arquitetura da soberania e identidade dos Estados. Deve ser baseado em uma solidariedade cosmopolita, colaboração solidária e superação recíproca dos interesses individuais⁽⁵¹⁾.

A transnacionalidade possui como princípio diferenciador a inclusão social. Deve ser procedida de uma colaboração obrigatoriamente interestatal e ser, ao mesmo tempo, global e local.

O transnacionalismo ou a transnacionalidade é uma etapa correlata, porém adiante da integração e da globalização, combate solidária e conjuntamente o esgotamento de recursos naturais não renováveis, a falta de distribuição equitativa dos bens econômicos e ambientais, o crescimento exponencial da população e da pobreza, dentre outras dificuldades que atingem a sociedade globalizada como um todo⁽⁵²⁾.

Por fim, para lograr esta transformação estrutural da integração regional e da globalização, surge a idéia da transnacionalidade, que é um jogo onde todos ganham através da colaboração e solidariedade. O globo com um pensamento único visando o bem estar social global e, paralelamente, o Estado, agindo localmente para o bem estar de sua população. Seria pensar global, mas agir localmente⁽⁵³⁾.

5. Considerações finais

O produto do presente estudo permite concluir que o processo de integração é inerente a raça humana, que desde seus primeiros tempos interagiu e buscava alianças com seus similares, a fim de lograr maior segurança e mais eficiência na subsistência de sua tribo ou povoado. Vê-se ainda que

⁵⁰ BECK, 2000: 183, in PAULO MÁRCIO CRUZ/ZENILDO BODNAR, "Pensar Globalmente y Actuar Localmente: El Estado Transnacional Ambiental en Ulrich Beck", in *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, Alicante, Espanha, n.º 1, 2008.

⁵¹ PAULO MÁRCIO CRUZ/ZENILDO BODNAR, "Pensar Globalmente y Actuar Localmente: El Estado Transnacional Ambiental en Ulrich Beck", *cit.*

⁵² PAULO MÁRCIO CRUZ/ZENILDO BODNAR, "Pensar Globalmente y Actuar Localmente: El Estado Transnacional Ambiental en Ulrich Beck", *cit.*

⁵³ PAULO MÁRCIO CRUZ/ZENILDO BODNAR, "Pensar Globalmente y Actuar Localmente: El Estado Transnacional Ambiental en Ulrich Beck", *cit.*

modernamente a integração é algo que ocorre através da necessidade de auto-afirmação dos povos perante um mundo globalizado e hostil.

Tal processo culminou, por ser extremamente benéfico, para uma conexão mais estreita e pacífica entre os cidadãos e também entre os Estados, o que acabou por contribuir para uma aceleração no processo de globalização mundial.

Com esta aceleração, o comércio entre os países aumentou de forma considerável e, conjuntamente com a majoração exponencial da população mundial, o consumo desenfreado e a exploração/agressão ao meio ambiente passaram a causar uma preocupação comum na sociedade internacional.

Com vistas a não permitir uma degradação ambiental e social global, surge como uma alternativa a passagem a uma nova era transnacional, onde os povos trabalhariam em conjunto e solidariamente para possibilitar o crescimento e desenvolvimento sustentável do globo. Esta medida somente seria possível com uma ação local, no entanto geral, ou seja, translada-se para um pensamento individual (de cada indivíduo) visando o bem comum, o que possibilitaria alcançar novamente e de maneira eficaz o bem individual.

Por fim, denota-se que, apesar da capacidade de uma enorme contribuição para a sociedade mundial, resta claro que os processos de integração, globalização e transnacionalização, solitariamente, não constituem o caminho necessário para a superação de todos os males da economia e da sociedade mundial. Estes processos ainda devem ser acompanhados de metas de desenvolvimento regionais e completados com uma série de medidas de transformação que tornem eficiente a integração da sociedade com o sistema que a sustenta.

A LEGÍTIMA DEFESA: CONSIDERAÇÕES A PARTIR DOS CÓDIGOS PENAIS DE PORTUGAL E TIMOR-LESTE

Fernando Conde Monteiro ⁽¹⁾

1. Introdução

A legítima defesa é uma instituição de carácter universal e intemporal, apesar de, naturalmente, ter sofrido alterações no seu regime, ao longo do tempo, e também apresentar um conteúdo não coincidente no âmbito diacrónico ⁽²⁾.

A razão de ser desta perenidade repousa, antes de mais, no seu significado axiológico. Todo o ser humano há-de possuir o direito inalienável de autodefesa face a condutas ilícitas providas de terceiros ⁽³⁾.

Como este instituto se plasmou nos códigos penais de Portugal e de Timor-Leste será a nossa tarefa.

¹ Escola de Direito da Universidade do Minho.
Este artigo segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

² Algo de resto inevitável no plano estritamente jurídico, onde a historicidade e a culturalidade sempre se fizeram e naturalmente se fazem sentir. Neste sentido, o nosso *Sobre a omissão impura em direito penal (Reflexão acerca do fundamento e do ilícito material-objectivo do crime de omissão impura)*, Braga, 2006, p. 117, n. 211.

³ Neste sentido, a fórmula o direito não deve ceder face ao ilícito de BERNER, “Die Notwehrtheorie”, in *Archiv des Criminalrechts*, 1848, pp. 547-98, ainda mantém muito da sua expressão simbólica.

2. O conteúdo da legítima defesa em termos jurídico-penais em Portugal e Timor-Leste

2.1. Considerações jurídico-positivas

2.1.1. Introdução

A legítima defesa encontra-se prevista no art. 32.º do Código Penal (CP) português e no art. 44.º do CP de Timor-Leste. O seu conteúdo linguístico é praticamente igual em ambos os artigos. A única diferença prende-se com o simples emprego do adjectivo *actual* no CP português, ao caracterizar a agressão, ao contrário do CP timorense que a este vocábulo acrescenta o adjectivo *iminente* (4).

2.1.2. Considerações jurídico-positivas

2.1.2.1. Pressupostos da agressão

2.1.2.1.1. A agressão em si mesma

Sem agressão não há legítima defesa. Esta constitui assim um comportamento reactivo a uma agressão de outrem. A maioria das vezes, o conteúdo agressivo será expresso através de condutas activas, no entanto, não se deverá excluir a possibilidade de uma defesa legítima relativamente a comportamentos omissivos puros ou impuros (5). Uma perspectiva teleológico-funcional isto mesmo determinará (6). Por outro lado, o conteúdo do agir (ou não agir) pode ir desde a coincidência parcial com tipos legais de crime ou mesmo total (pense-se nos crimes duradouros ou permanentes) (7) até à sua relevância meramente jurídica (8), por princípio, pois o fundamento desta justificante pode intervir em termos limitativos (9). Por outro lado, também a proveniência

⁴ *Infra* 2.1.2.1.2.

⁵ Neste sentido, o nosso *Direito Penal I*, AEDUM, 2013, p. 119.

⁶ *Infra* 2.1.3.

⁷ Sobre estes, o nosso *Direito Penal I*, *cit.*, p. 95.

⁸ Neste sentido, o nosso *Direito Penal I*, *cit.*, p. 120. De notar, de qualquer maneira, que o que seja relevante juridicamente é algo não necessariamente determinado *a priori*; sobre isto, o nosso artigo “A Aplicação das Normas no Âmbito Jurídico-Penal: Reflexões Epistemológicas”, in *Direitos de Personalidade e Sua Tutela*, Vol. I, Coord. de MANUEL DE COSTA ANDRADE, Rei dos Livros, 2013, pp. 151 e ss.

⁹ *Infra* 2.1.3.

da agressão poderá faticamente ter origem, quer em seres humanos, quer em animais ⁽¹⁰⁾ ou mesmo em entes inanimados; fundamental aqui é a imputação axiológico-normativa, noutros termos, a quebra de um dever de omitir ou agir juridicamente relevante ⁽¹¹⁾ (ilicitude) ⁽¹²⁾.

2.1.2.1.2. A actualidade da agressão

Nos termos do art. 32.º do CP português, a agressão deve ser actual. Esta redacção proveio do actual CP. O CP de 1855, no seu § 1.º, utilizava dois vocábulos (“em execução ou iminente”). Por outro lado, como já referimos, o CP timorense acrescenta à actualidade o requisito “iminente”. A quebra com a tradição provinda do anterior código bebeu a sua influência no CP alemão [§32, (2), “gegenwärtigen”]. Literalmente, *actual* significa “que está em acto” ⁽¹³⁾, ou seja, que está a decorrer. Portanto, se estiver prestes a acontecer (iminente), não está a acontecer mas prestes a ter lugar. Deste modo, há uma diferença de significado entre os diplomas em causa. Resta agora saber quais das expressões em causa traduz melhor o sentido desta figura. Ora, é óbvio que a legítima defesa poderá igualmente ter lugar em casos de iminência da agressão, particularmente quando o esperar pela concretização se afigure desastroso para o defendente. Assim, o CP timorense traduz melhor o conteúdo desta justificante. Já no caso português teremos de realizar uma interpretação teleológica que alargue o sentido literal em causa (analogia em favor do defendente). O que tudo expressa deste modo que por actualidade da agressão se deve entender não apenas as agressões em execução, aquelas que se mantenham, apesar da consumação da conduta (v.g., crimes duradouros ou permanentes) ⁽¹⁴⁾, mas igualmente as prestes a acontecer. Neste âmbito, discutíveis se tornam os casos em que, apesar de não existir sequer iminência da agressão, haverá, no entanto, a certeza da sua realização futura, sendo que o esperar por ela produzirá a ineficácia da actuação do defensor e a efectivação desta antes daquela já tornará eficaz a defesa (“legítima defesa preventiva”). Para nós, a partir do momento que se torne óbvio

¹⁰ Neste sentido, cf. o nosso *Direito Penal I, Anotações jurisprudenciais e casos práticos resolvidos*, ELSA, 2008, p. 53.

¹¹ Abrangendo também entes colectivos, assim, o nosso *Direito Penal I, cit.*, p. 120

¹² *Infra* 2.1.2.1.3.

¹³ *Dicionário da Língua Portuguesa*, Academia das Ciências de Lisboa, Verbo, 2001, *actual*.

¹⁴ Sobre estes, o nosso *Direito Penal I, cit.*, p. 95.

a certeza da sua efectivação (“para além de toda a dúvida razoável”), a aplicação analógica da legítima defesa não deve ser negada (15).

2.1.2.1.3. A ilicitude da agressão

A agressão em causa deve ser, por último, ilícita. Tal significará a violação de normas negativas ou positivas inerentes ao ordenamento jurídico, quer de forma directa, quer por remissão destas (v.g., de remissões através de cláusulas gerais (16) ou no caso de normas penais em branco) (17). Axiologicamente, tal expressará a colocação em causa de valores ou interesses juridicamente tutelados nos termos atrás referidos. Será assim, independente da culpa do agente agressor. A qualidade dos interesses ou valores em causa poderá naturalmente ser de âmbito pessoal. Também poderá revestir a dupla qualidade de individual e público (v.g., monumentos públicos). Da nossa perspectiva, o carácter essencialmente público destes não deverá excluir a legítima defesa por via deste pressuposto em causa (ilicitude). Efectivamente, não vemos nada em termos literais que os limite. Por outro lado, uma interpretação castradora do sentido em causa, independentemente das questões em sede do princípio da legalidade que daqui possam decorrer, não assenta em princípios de política criminal que sustentem tal entendimento (18). Outra coisa será a adequabilidade da defesa (19), ou seja, se, não obstante o carácter ilícito da agressão, o meio defensivo se mostre desadequado.

¹⁵ Sobre isto, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, Coimbra Editora, 2.ª ed., 2007, pp. 412-13; TAIPA DE CARVALHO, *A Legítima Defesa*, Coimbra Editora, 1995, pp. 276 e ss. No direito alemão, SUPPERT, “Studien sur Notwehr und “Notwehrähnlichen Lage”, in *Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, Bonn, Rohrsheid, 1973, pp. 371 e ss.

¹⁶ Sobre estas, KARL ENGLISH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, tradução de Baptista Machado, do original *Einführung in das Juristische Denken*, 1983, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, 10.ª ed., Cap. VI; a nossa anotação ao art. 31.º da Constituição da República Democrática de Timor-Leste, in *Constituição Anotada da República Democrática de Timor-Leste*, Coord. de PEDRO DE VASCONCELOS, Direitos Humanos-Centro de Investigação Interdisciplinar da Escola de Direito da Universidade do Minho, 2011, p. 127; o nosso artigo “A Aplicação das Normas no âmbito Jurídico-Penal: Reflexões Epistemológicas”, *cit.*, *passim*.

¹⁷ Sobre estas, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, *cit.*, pp. 412-13; TAIPA DE CARVALHO, *A Legítima Defesa*, *cit.*, pp. 184 e ss.; cf., ainda, como o nosso *Direito Penal I*, *cit.*, pp. 43 e ss. *passim*.

¹⁸ Sobre estes, *infra* 2.1.3.

¹⁹ *Infra* 2.1.2.2.

2.1.2.2. A defesa

2.1.2.2.1. A necessidade do meio

A actuação do defensor deverá ser, antes de mais, necessária. Tal expressa, portanto, a impossibilidade jurídica da pura autotutela privada, nomeadamente ⁽²⁰⁾. Assim, num Estado de direito democrático de feição humanista, a administração da justiça não cumpre aos particulares mas ao mesmo Estado, através dos seus órgãos próprios e de acordo com o ordenamento jurídico legítimo. Por outro lado, expressa ainda uma óbvia regra do senso comum. Se se puder neutralizar a agressão pelo menos, não se deverá utilizar o mais. Noutras palavras, se, de acordo com as regras da experiência comum (eventualmente de carácter científico), for de esperar a utilização de meios menos lesivos, a acção defensiva será naturalmente ilegítima. Trata-se assim de, a partir dos dados relevantes ao caso (*v.g.*, força física, instrumentos de defesa, local, etc.), subordinar este às regras, quase sempre não escritas, da experiência e/ou de pura ciência, incluindo aqui as autoridades públicas ⁽²¹⁾. Se é verdade que se trata fundamentalmente de normas de facto, também deveremos ter em consideração, naturalmente, a questão de fundo desta justificante (interpretação teleológica). Assim, por exemplo, a fuga do defensor, apesar de possível e ser menos lesiva para o agressor, não deve, por regra, ser exigível, por colidir inevitavelmente com o fundamento desta causa de exclusão da ilicitude ⁽²²⁾.

2.1.2.2.2. Limitações à defesa

Uma conduta poderá ser necessária em termos de facto mas colidir com a própria razão de ser desta justificante (redução teleológica) ⁽²³⁾. Agressões insignificantes em função de uma defesa altamente desproporcional, atitudes agressivas provenientes de inimputáveis e de pouco valor, comportamentos agressivos de carácter negligente e sem grande conteúdo danoso podem, entre outros exemplos, expressar limitações ao exercício desta justificante ⁽²⁴⁾.

2.1.2.2.3. O elemento subjectivo

Do mesmo modo que sucede no âmbito dos tipos penais de crime onde o agir é, por regra, doloso (*v.g.*, art. 16.º do CP português), também sucedeu

²⁰ Sobre o eventual enfraquecimento da defesa privada em face da hipertrofia do estado e a partir do célebre caso *Genovese*, DONALD BLACK, *Sociological Justice*, Oxford University Press, 1989.

²¹ Assim, o nosso *Direito Penal I, cit.*, p. 120.

²² Sobre este, *infra* 2.1.3.

²³ *Infra* 2.1.3.

²⁴ Neste sentido, o nosso *Direito Penal I, cit.*, p. 120

no plano das justificantes que se exigisse serem aqui as condutas justificadas apenas se realizadas ao menos com o conhecimento dos elementos objectivos das mesmas, sem que tal não significasse a exigência específica de especiais requisitos em particulares causas de justificação (v.g., no caso da prossecução de um interesse legítimo) (25). Assim, ao desvalor da acção correspondente ao dolo nos tipos de crime (26) corresponderia, nas causas de exclusão da ilicitude, o valor de acção proveniente do conhecimento dos pressupostos objectivos das mesmas (27). O que quer que se afirme neste plano, o certo é que, desde logo, na legítima defesa, a preposição *para* ao menos pode ser entendida no sentido de expressar um *animus defendendi* (28).

2.1.3. Do fundamento desta justificante

A legítima defesa encontra-se naturalmente inserida no ordenamento jurídico. Desempenha, por outro lado, uma óbvia função de protecção de valores, interesses juridicamente protegidos. Ao invés das sanções penais ou da reparação de danos que pressupõem a efectivação de tipos de crime ou de lesões, na legítima defesa, impede-se a concretização de crimes ou de danos. Daqui resulta inequivocamente um claro acréscimo no plano preventivo relativamente às referidas consequências jurídicas (sanções penais/reparação de danos). Este inequívoco acréscimo significa uma *defesa forte*, com as consequências a serem suportadas pelo agressor, por via de este se encontrar fora do direito. Finalidades de prevenção especial negativas são aqui óbvias mas não explicam tudo. Entrelaçam-se com finalidades de prevenção especial positivas, na medida em que se possa neste plano aceitar uma aprendizagem a partir das consequências produzidas pela defesa (e excluindo formas em que tal não tenha obviamente lugar, v.g., morte do agressor) (29). Por outro lado, se necessidades de prevenção geral negativas também aqui poderão ser invocadas, igualmente há neste âmbito o entrecruzar destas últimas finalidades com necessidades de prevenção geral positiva (30). Por fim, necessidades de prevenção especial da vítima não

²⁵ Assim, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, cit.*, p. 395

²⁶ Neste sentido, o nosso *Direito Penal I, cit.*, p. 116.

²⁷ Neste sentido, o nosso *Direito Penal I, cit.*, p. 116.

²⁸ Sobre este, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, cit.*, p. 433

²⁹ Para uma familiarização deste tipo de aprendizagem no âmbito das teorias comportamentalistas, LUÍS JOYCE-MONIZ, *A Modificação do Comportamento, Teoria e Prática da Psicoterapia e Psicopedagogia Comportamentais*, 2.^a ed., Livros Horizonte, 2002, pp. 87 e ss.; NIGEL C. BENSON, *Introducing Psychology: A Graphic Guide*, Icon Books, 2007, p. 80

³⁰ Nestes termos, o nosso *A Legítima Defesa: Um Contributo Para a Sua Fundamentação (Esboços de Uma Tese)*, 1994, Coimbra, pp. 116 e ss.

deixarão de naturalmente estar presentes ⁽³¹⁾. De tudo isto derivará o facto de nos encontramos perante uma causa de justificação em que o seu fundamento apresenta uma óbvia característica, que poderemos designar por elasticidade. Por um lado, implica um óbvio fenómeno de expansão, por outro, de contracção. Noutros termos, dir-se-á que os valores de prevenção inerentes a esta justificação também dirão uma última palavra em termos de contracção ⁽³²⁾.

2.1.4. A legítima defesa e o princípio da unidade da ordem jurídica

O conteúdo da legítima defesa deve ser o mesmo, independentemente do ramo jurídico em que intervenha (v.g., direito penal, direito civil, direito administrativo, etc.). De outra forma, encontrar-nos-íamos por intoleráveis contradições do sistema jurídico no seu todo, gerando conflitos de regimes pura a simplesmente irresolúveis. Efectivamente, se alguém interviesse a coberto de uma legítima defesa mais restritiva do que o previsto em outro sector (v.g., dos arts. 337.º, n.º 1, *in fine*, do Código Civil português e 328.º, n.º 1, *in fine*, do Código Civil timorense, onde se consagra um conteúdo da legítima defesa restrito em comparação com o conteúdo presente nos respectivos normativos dos códigos penais dos dois estados) ⁽³³⁾, imediatamente poderia acontecer que ambas as condutas em confronto se poderiam chocar, gerando consequências diferentes e possibilidades de legítima defesa de cada um dos pontos de vista ⁽³⁴⁾. Algo intolerável para nós ⁽³⁵⁾, o que nos leva a afirmar, neste âmbito, um regime idêntico, sob o ponto de vista da legítima defesa mais abrangente, porque em maior concordância com os seus fundamentos atrás expostos ⁽³⁶⁾.

3. Casos especiais de legítima defesa (?)

O art. 42.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro (Regime Jurídico das Armas e Munições), disciplina o uso da legítima defesa, através do uso

³¹ Neste sentido, o nosso artigo “O Uso de Armas de Fogo Pelas Autoridades Policiais e a Legítima Defesa: Considerações Crítico-Reflexivas”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. VI, Coimbra Editora, 2011, p. 715.

³² Cf. o nosso *A Legítima Defesa...*, *cit.*, pp. 116 e ss.

³³ Tal resulta da ausência, aparentemente, de qualquer limitação derivada imediatamente do teor literal dos códigos penais de Portugal e Timor-Leste, em contraste com a proibição da conduta defensiva de produzir danos manifestamente superiores aos que iriam advir da agressão derivados dos códigos civis destes dois estados.

³⁴ Neste sentido, o nosso *Direito Penal I*, *cit.*, p. 114.

³⁵ Neste sentido, o nosso *Direito Penal I*, *cit.*, p. 114.

³⁶ Sobre o caso português, o nosso *Direito Penal I*, *cit.*, pp. 112-14.

de armas de fogo em termos extremamente restritivos⁽³⁷⁾. Por exemplo, se alguém estiver a sofrer um ataque letal e o meio único de defesa consistir no uso igualmente letal de arma de fogo, não lhe será lícito tal uso (art. 42.º, n.º 1, *in fine*, da citada lei). Isto implica uma restrição arbitrária do direito de legítima defesa e, como tal, será inconstitucional⁽³⁸⁾. Daqui que a lei em causa não altere significativamente o disposto no art. 32.º do CP⁽³⁹⁾.

A mesma conclusão deve ser referida relativamente ao disposto no art. 3.º do Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro (Recurso a arma de fogo em acção policial). Também aqui, o recurso condicionado a arma de fogo por agentes policiais em caso, por exemplo, de defesa de bens, como a liberdade sexual ou mesmo a integridade física simples, deve ser considerado inconstitucional, por introduzir limitações arbitrárias neste âmbito⁽⁴⁰⁾.

4. O princípio *in dubio pro defensor* como elemento estruturante da legítima defesa

Do fundamento desta justificante, resulta que, em caso de dúvida sobre o sentido da interpretação dos seus elementos, se deverá escolher o que mais favoreça o defensor, por ser este que se encontra do lado do direito⁽⁴¹⁾.

³⁷ Sobre isto, o nosso artigo “O Uso de Armas de Fogo e a Legítima Defesa, Comentário ao artigo 42.º da Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro (Regime das Armas e Munições)”, in *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito, em comemoração do 70.º Aniversário, Estudos de Direito e Filosofia*, Almedina, 2009, pp. 793-4.

³⁸ Sobre as relações entre a legítima defesa e a Constituição portuguesa, o nosso artigo “Algumas considerações sobre a legítima defesa a partir da Constituição da República Portuguesa”, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno José Espinosa Gomes da Silva*, Vol. I, Universidade Católica Editora, 2013, pp. 327 e ss.

³⁹ Fundamental o nosso artigo “O Uso de Armas de Fogo e a Legítima Defesa, Comentário ao artigo 42.º...” , *cit.*, pp. 793 e ss.

⁴⁰ Assim, o nosso artigo “O Uso de Armas de Fogo Pelas Autoridades Policiais e a Legítima Defesa...” , *cit.*, pp. 709 e ss.

⁴¹ Neste sentido, já JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Walter de Gruyter/Berlin/New York, 1993, p. 393; também o nosso *Direito Penal I, Anotações jurisprudenciais e casos práticos resolvidos*, *cit.*, p. 67.

5. Conclusão

As legítimas defesas inerentes aos códigos penais de Portugal e de Timor-Leste contêm um conteúdo semântico praticamente idêntico e, portanto, são mais os pontos de contacto do que quaisquer outras diferenças, apesar de se tratar de dois países distintos. Algo que naturalmente exprime a confluência histórica e cultural dos dois povos e de que o recente encontro de lusofonia, onde participámos, isso mesmo exprime.

UM EXEMPLO DOS DESAFIOS POSTOS PELA ACEITAÇÃO DO PLURALISMO JURÍDICO: O DIREITO COSTUMEIRO EM VIGOR NA REPÚBLICA DA GUINÉ-BISSAU

Fernando Loureiro Bastos ⁽¹⁾

1. Nota sobre a aceitação do pluralismo jurídico e a relevância do direito costumeiro como fonte de direito na ordem jurídica da República da Guiné-Bissau

A ordem jurídica da República da Guiné-Bissau, não obstante as suas muitas fragilidades, é muito mais complexa do que seria expectável num Estado com o seu grau de desenvolvimento social e económico, em resultado da necessidade de deverem ser tidos em consideração e conjugados atos normativos escritos provenientes de origens diversificadas:

i) direito de produção estritamente nacional, divulgado através do *Boletim Oficial da República da Guiné-Bissau*, cujo primeiro número foi dado à estampa em 4 de janeiro de 1975;

ii) direito de origem portuguesa em vigor à data da Proclamação do Estado soberano da Guiné-Bissau, recebido na ordem jurídica da República da Guiné-Bissau pela Lei n.º 1/73, de 24 de setembro;

¹ Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

iii) direito internacional convencional, resultante dos compromissos internacionais, bilaterais e multilaterais, assumidos pela República da Guiné-Bissau após a independência;

iv) direito de integração regional gerado pela participação da República da Guiné-Bissau em três entidades de integração regional: OHADA (Organização para a Harmonização em África do Direito dos Negócios), UEMOA (União Económica e Monetária Oeste Africana) e CEDEAO (Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental).

O conteúdo da ordem jurídica da República da Guiné-Bissau não se circunscreve nem se esgota no direito escrito de matriz ocidental. Paralelamente ao direito escrito, existe ainda um sistema de direitos de natureza consuetudinária vigentes em cada um dos grupos étnicos existentes, cujos exatos contornos não são adequadamente conhecidos.

A vigência dos direitos de natureza consuetudinária foi-se mantendo ao longo dos tempos, independentemente da posição assumida em relação à questão pelo poder político centralizado, seja durante a colonização ocidental, seja posteriormente, após a proclamação da independência.

Importa salientar que os direitos consuetudinários vigentes não tratam de meras questões residuais para a vida da comunidade humana bissau-guineense, sendo antes centrais para a compreensão das especificidades políticas, sociais e civilizacionais da República da Guiné-Bissau.

A aceitação dos direitos consuetudinários como fonte de direito no Estado da Guiné-Bissau não pode corresponder, no entanto, a uma aceitação acrítica dos costumes jurídicos aplicáveis, nomeadamente quando estes possam colidir com o catálogo dos direitos fundamentais dos cidadãos da Guiné-Bissau, resultante da conjugação da Constituição e do direito internacional aplicável. Além disso, a aceitação da vigência e da aplicação de normas de direito consuetudinário não poderá ter lugar quando estas visem defraudar as garantias que podem ser dadas por um sistema jurisdicional eficaz de resolução de conflitos através dos tribunais do Estado da Guiné-Bissau.

O modelo de Estado de Direito democrático adotado na República da Guiné-Bissau nas duas últimas décadas tem, contudo, vindo a ser construído como se os atos legislativos internos, com particular destaque para as leis da Assembleia Nacional Popular, fossem a principal e exclusiva fonte de direito

vigente, quando o seu enquadramento é mais adequadamente feito através do recurso ao conceito de pluralismo jurídico (²).

Numa perspetiva ampla, o pluralismo jurídico está presente quando o âmbito de aplicação territorial e pessoal não tem o direito interno escrito do Estado como a única fonte de direito vigente no seu ordenamento jurídico.

Numa perspetiva estrita, contudo, o pluralismo jurídico tem vindo a traduzir-se fundamentalmente na aceitação do costume interno como fonte de direito do Estado, o que pode ser particularmente relevante quando, como no caso da República da Guiné-Bissau, a diversidade cultural tem como consequência a coexistência de distintos e diversificados direitos consuetudinários no território do Estado.

A Constituição vigente na República da Guiné-Bissau, resultante da conjugação de normas da Constituição de 1984 com aquelas que resultaram da transição constitucional de 1993 e das revisões constitucionais posteriores, não trata expressamente da questão do pluralismo jurídico.

O articulado da Constituição de 2001, votada por unanimidade, mas não promulgada, tratava adequadamente do problema, ao prever no seu art. 15.º (Direito Consuetudinário) que: “1. O Estado reconhece e respeita o valor das normas de direito costumeiro. 2. São reconhecidas e respeitadas as formas de poder tradicional. 3. O Estado articula os seus actos, bem como os do poder local, com os actos do poder tradicional, sempre que estes sejam conformes à Constituição e às leis”.

O articulado da Constituição de 2001 limitava-se, no entanto, a dar assento constitucional à anterior e expressa receção dos direitos consuetudinários vigentes no ordenamento jurídico bissau-guineense. Na verdade, no direito escrito da República da Guiné-Bissau podem ser encontrados vários exemplos dessa receção. São manifestações relevantes dessas remissões para o direito costumeiro: *i*) a Lei Orgânica dos Tribunais de Sector e os Estatutos dos seus Juízes, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 6/93, de 13 de outubro de 1993; *ii*) a Lei Florestal, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 4-A/91, de 29 de outubro de 1991; *iii*) o Regime Jurídico do Uso Privativo da Terra integrada no Domínio Público do Estado (Lei de Terras), aprovado pela Lei n.º 5/98, de 28 de abril de 1998; e *iv*)

² Sobre a questão, relativamente à República da Guiné-Bissau, o nosso estudo, “Algumas reflexões sobre o constitucionalismo, o pluralismo jurídico e a segurança jurídica na República da Guiné-Bissau”, in FERNANDO ALVES CORREIA/JÓNATAS E. M. MACHADO/JOÃO CARLOS LOUREIRO (Orgs.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Vol. II, Constituição e Estado: entre Teoria e Dogmática*, 2012, pp. 123 a 142; e, em termos mais gerais, GONÇALO ALMEIDA RIBEIRO, “Features of legal pluralism: lessons from Angola and Mozambique”, in ARMANDO MARQUES GUEDES/MARIA JOSÉ LOPES (Eds.), *State and Traditional Law in Angola and Mozambique*, Almedina, 2007, pp. 113 a 137.

o Regime Jurídico das Áreas Protegidas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 3/97, de 26 de maio de 1997.

A título de exemplo, a Lei Orgânica dos Tribunais de Sector e os Estatutos dos seus Juizes, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 6/93, de 13 de outubro de 1993, determina: *i*) na alínea *b*) do n.º 1 do art. 2.º (Consenso, equidade e costume), que os “usos e costumes que não contrariem lei expressa” serão privilegiados na administração da Justiça pelos Tribunais de Sector; *ii*) na alínea *a*) do n.º 2 do art. 12.º (Competência em razão da matéria), que compete ao Tribunal de Sector, independentemente do valor da causa, “conhecer das questões relativas às pequenas propriedades rurais, com base nos usos e costumes locais não contrários à lei, e em que não seja parte o Estado”; *iii*) na alínea *b*) do n.º 2 do art.º 12 (Competência em razão da matéria), que compete ao Tribunal de Sector, independentemente do valor da causa, “decidir das questões sucessórias por morte de pessoa cujos laços familiares sejam constituídos exclusivamente com fundamentos nos usos e costumes locais”; *iv*) na alínea *c*) do n.º 2 do art. 12.º (Competência em razão da matéria), que compete ao Tribunal de Sector, independentemente do valor da causa, “julgar pedidos de separação ou divórcio de casados apenas segundo os usos e costumes locais, e de indemnizações devidas por tais factos”; e *v*) na alínea *a*) do n.º 2 do art. 21.º (Suspensão da execução da pena de prisão), que “quaisquer usos e costumes que não ofendam a dignidade humana” podem ser usados como deveres impostos ao réu, para permitir a suspensão da execução da pena de prisão, desde que estes facilitem a ressocialização do réu e a reparação do mal do crime.

2. Considerações gerais sobre o *Projecto de Recolha e de Codificação do Direito Consuetudinário Vigente na República da Guiné-Bissau*

O conhecimento atual da parte mais significativa dos direitos costumeiros em vigor na República da Guiné-Bissau é resultado do *Projecto de Recolha e de Codificação do Direito Consuetudinário Vigente na República da Guiné-Bissau (Projecto)*, que se desenrolou ao longo de mais de três anos, entre 2008 e 2011, e abrangeu seis grupos étnicos.

A concretização da ideia de dar um suporte escrito aos usos e costumes vigentes nas seis etnias mais populosas da República da Guiné-Bissau (Balantas, Fulas, Mancanhas, Mandingas, Manjacos e Papeis), mesmo circunscrito a cerca de três dezenas de tabancas (aldeias), relevou-se uma tarefa muito mais árdua do que poderia ter sido inicialmente previsto. No entanto, apesar de não ter um modelo, anterior ou contemporâneo, com que se pudesse confrontar, a recolha e

a codificação acabou por ser muito mais bem-sucedida do que poderiam augurar os insucessos de projetos anteriores (³).

Trata-se de uma recolha e codificação de usos e costumes das mais representativas etnias guineenses, resultado da conjugação dos saberes e das competências da Faculdade de Direito de Bissau (FDB) e do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisa (INEP) nas áreas do direito, da antropologia e da sociologia. Em resultado de um frutífero diálogo entre as duas instituições, os trabalhos realizados foram concebidos e concretizados numa perspetiva primordialmente jurídica.

Assim, sendo um estudo de antropologia jurídica, o seu enquadramento é essencialmente normativo. É possível observar a prevalência da perspetiva jurídica a três níveis. Por um lado, os inquéritos utilizados nos trabalhos de campo foram elaborados tendo em vista o direito vigente na República da Guiné-Bissau. Por outro lado, as equipas de investigadores que recolheram os dados eram maioritariamente integradas por bissau-guineenses com formação jurídica obtida na Faculdade de Direito de Bissau. E, finalmente, o tratamento dos dados recolhidos nos trabalhos de campo foi levado a cabo por juristas, na sua maioria docentes da Faculdade de Direito de Bissau ou com participação anterior em trabalhos jurídicos relacionados com a Guiné-Bissau.

Embora tenha sido prosseguido por instituições académicas, o estudo teve, desde a sua conceção, três propósitos de natureza eminentemente prática. Em primeiro lugar, ajudar a esclarecer o efetivo conteúdo dos costumes para que remetem algumas leis do direito interno escrito vigente no ordenamento jurídico da Guiné-Bissau. Em segundo lugar, revelar as razões que levam as populações a preferir, em muitos casos, a utilização dos mecanismos tradicionais de resolução de conflitos em alternativa aos tribunais do Estado. E, em terceiro lugar, contribuir para apurar as zonas de compatibilidade e de incompatibilidade entre os vários direitos costumeiros vigentes na República da Guiné-Bissau e o direito escrito do Estado, nomeadamente ao nível dos direitos fundamentais consagrados na Constituição em vigor.

³ O presente trabalho de apuramento dos costumes vigentes na República da Guiné-Bissau foi particularmente árduo em razão da inexistência de um qualquer outro projeto equivalente que tivesse alcançado sucesso desde a independência da Guiné-Bissau. Assim, não obstante a existência das referências à matéria do direito consuetudinário que podem ser encontradas no *Boletim da Faculdade de Direito de Bissau* e na *Soronda*, o efetivo conhecimento das regras costumeiras nas décadas mais recentes foi sempre na prática um domínio reservado aos membros dos respetivos grupos étnicos. No período anterior à independência da República da Guiné-Bissau, foram ensaiadas, igualmente sem sucesso, quatro tentativas de recolha e de codificação dos usos e costumes do território da Guiné Portuguesa numa perspetiva de etnografia de matriz colonial: *i*) em 1918, com o “Questionário etnográfico”; *ii*) em 1927, com o “Questionário de Inquérito sobre as raças da Guiné e seus caracteres étnicos”; *iii*) em 1934, com o “Questionário Etnográfico”; e *iv*) em 1946, com o “Inquérito Etnográfico”.

Os resultados do *Projecto*, financiado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), através do Programa para o Fortalecimento do Estado de Direito e Segurança (FORTES), e pela União Europeia, através do Programa de Apoio aos Órgãos de Soberania e ao Estado de Direito (PAOSED), são relevantes a vários níveis: pelo objetivo da pesquisa, pela utilidade prática que a sua concretização poderá ter na República da Guiné-Bissau e pela colaboração que foi desenvolvida entre as diversas entidades envolvidas.

O primeiro objetivo da pesquisa foi, com efeito, ajudar a compreender os mecanismos tradicionais de resolução de conflitos e as regras que são aplicadas por estes. Importa sublinhar que uma parte considerável dos litígios na Guiné-Bissau continua a ser resolvida através das formas tradicionais que podem ser encontradas em cada uma das etnias, dado que as respetivas populações as sentem como mais justas e mais rápidas na reposição da paz social. Daqui resulta que a utilização da estrutura dos tribunais do Estado acaba por ser entendida por uma parte significativa das cidadãs e dos cidadãos bissau-guineenses como voluntária e residual, com o perigo da subalternização da legislação nacional e da fragilização da unidade nacional.

Em segundo lugar, importa sublinhar a utilidade prática que o apuramento do direito consuetudinário vigente pode ter na República da Guiné-Bissau, dado que os seus conteúdos são expressamente recebidos em vários diplomas da lei escrita. Com efeito, nos domínios apreciados por este *Projecto*, a legislação em vigor na Guiné-Bissau remete a solução material da maioria das situações para o direito costumeiro que esteja a ser efetivamente aplicado pelas populações. Além disso, o apuramento das normas costumeiras pode ter uma influência considerável nas reformas legislativas, ao permitir aproximar as soluções adotadas nos diplomas escritos das regras que os destinatários consideram mais adequadas ao seu modo de viver e de se relacionar, seja entre as pessoas com a mesma identidade cultural, seja com os restantes membros da comunidade nacional.

Em terceiro lugar, deve ser posta em destaque a colaboração que foi sendo desenvolvida entre as diversas entidades envolvidas ao longo do estudo, exemplar a vários títulos. Por um lado, ao permitir a adoção de uma perspetiva multidisciplinar numa pesquisa que era simultaneamente jurídica e antropológica. Por outro lado, ao demonstrar que era possível o diálogo entre instituições nacionais guineenses e organizações internacionais, quando se está a prosseguir uma atividade de investigação sobre a especificidade cultural bissau-guineense. E, finalmente, ao ter concretizado um objetivo muitas vezes anunciado e muito poucas vezes alcançado: a efetiva colaboração entre organizações internacionais na prossecução de atividades conjuntas de cooperação para o desenvolvimento.

O estudo realizado procurou partir de uma posição “neutra” relativamente aos conteúdos das regras costumeiras que foram sendo apurados nos trabalhos

de campo realizados. O essencial era apresentar um conjunto de “fotografias”, tão nítidas e ilustrativas quanto possível, das regras que regulam efetivamente a vida de uma parte significativa da população da República da Guiné-Bissau. Neste domínio, o contributo dos investigadores do INEP presentes nas visitas de trabalho às tabancas (aldeias) selecionadas foi muito importante para garantir a veracidade dos resultados. Com efeito, o estudo tentou evitar que as respostas dadas procurassem camuflar a realidade ou descrever regras que fossem próximas daquilo que os inquiridores poderiam pretender recolher.

A perspetiva de aceitação da diversidade cultural existente na República da Guiné-Bissau foi, ainda, reforçada pela escolha de juristas formados na FDB que tivessem um domínio efetivo da língua da etnia com que iriam trabalhar. Sendo condição de seleção o conhecimento do idioma respetivo como língua materna, tentaram evitar-se os perigos que poderiam resultar de inadequadas traduções das perguntas constantes dos inquéritos. O que se procurou permanentemente garantir foi a possibilidade dos conceitos subjacentes ao direito do Estado de matriz ocidental, que eram o pano de fundo das perguntas, poderem ser apresentados aos inquiridos através dos correspondentes conceitos existentes (ou inexistentes) em cada uma das conceções de vida que sustentam a identidade cultural das etnias estudadas.

A intenção de facilitar a leitura e de permitir uma futura utilização prática, com destaque para os juízes dos Tribunais de Sector, levou a que a sistematização do texto final das matrizes de comparação entre o direito consuetudinário e o direito do Estado vigente fosse elaborada tendo em consideração alguns dos diplomas centrais do ordenamento jurídico da República da Guiné-Bissau, com destaque para o Código Civil, o Código do Processo Civil, o Código Penal e o Código do Processo Penal⁽⁴⁾. Além destes diplomas, repetidamente citados, a compreensão das semelhanças e das incompatibilidades entre as várias fontes de direito vigentes no ordenamento jurídico bissau-guineense foi sendo ainda feita com recurso à Constituição da República da Guiné-Bissau vigente, à Lei Orgânica dos Tribunais de Sector, aos diplomas aplicáveis à regulação do uso da terra e à legislação que regula a atividade administrativa.

A redução a escrito das normas costumeiras e a sua sistematização de acordo com a organização das matérias que podem ser encontradas nos diplomas escritos não transforma a sua natureza, nem impede uma sua posterior modificação, em resultado da dinâmica da vida social. Os resultados deste

⁴ Foram utilizadas as versões dos diplomas constantes das coletâneas de legislação publicadas pela Faculdade de Direito de Bissau: i) *Código Civil (com anotações) e Legislação Complementar*, 2.^a ed., 2007, com 1099 páginas; ii) *Código de Processo Civil e Legislação Complementar*, 2007, com 875 páginas; iii) *Colectânea de Legislação Fundamental de Direito Penal*, 2007, com 303 páginas; e iv) *Colectânea de Legislação Fundamental de Direito Processual Penal*, 2007, com 322 páginas.

Projecto não são uma codificação legal, na medida em que não constam de uma fonte de direito escrita de produção estadual. O que o estudo pretendeu, assim, antes de mais, foi pôr à disposição de todos os operadores judiciais e dos potenciais interessados uma formulação de referência escrita das regras costumeiras que, na maior parte dos casos, só são conhecidas por aqueles que partilham a mesma identidade cultural.

3. Âmbito do *Projecto* e o método de trabalho utilizado

O *Projecto* foi dividido em duas fases. A primeira fase foi concluída com a preparação de um primeiro esboço de codificação das normas costumeiras vigentes. A segunda fase terminou com a elaboração de uma versão final reformulada dos elencos de normas costumeiras vigentes e com uma matriz de confronto das normas costumeiras com o direito interno escrito vigente na República da Guiné-Bissau.

O âmbito da recolha do direito consuetudinário aplicado em cada uma das etnias foi inicialmente o seguinte: *i*) normas costumeiras relacionadas com as relações familiares (correspondentes ao Direito da Família); normas costumeiras relacionadas com as relações sucessórias (correspondentes ao Direito das Sucessões); normas costumeiras relacionadas com a propriedade e o uso da terra (correspondentes aos Direitos Reais); normas costumeiras relacionadas com a qualificação dos comportamentos individuais considerados lesivos das relações sociais (correspondentes ao Direito Penal); *ii*) mecanismos de resolução de conflitos relativos ao exercício e à sucessão nas estruturas tradicionais de poder e de representação política e administrativa (correspondentes ao Contencioso Constitucional); mecanismos de resolução de conflitos (privados) entre os membros do grupo étnico considerado (correspondentes ao Direito Processual Civil); mecanismos de resolução de conflitos (privados) com indivíduos não pertencentes ao grupo étnico considerado (correspondentes ao Direito Processual Civil); e mecanismos de apuramento e de sanção dos comportamentos individuais considerados lesivos das relações sociais (correspondentes ao Direito Processual Penal); e *iii*) aspetos do estatuto jurídico da mulher: o acesso, a atuação e a sucessão nas estruturas tradicionais de poder e de representação política e administrativa; o acesso, a utilização e a participação nos mecanismos de resolução de conflitos (privados) entre os membros do grupo étnico considerado; e o apuramento de um tratamento específico para crimes cujas vítimas principais são mulheres, como sejam a violência doméstica, a violação, ou a mutilação genital.

O *Projecto* trabalhou com os grupos étnicos considerados mais relevantes e representativos para um estudo deste tipo na República da Guiné-Bissau: *i*) os

Balantas, cerca de trinta por cento da população; *ii*) os Fulas, cerca de vinte por cento da população; *iii*) os Mancanhas, cerca de três por cento da população; *iv*) os Mandingas, cerca de treze por cento da população; *v*) os Manjacos, cerca de catorze por cento da população; e *vi*) os Papeis, cerca de sete por cento da população.

A seleção das tabancas (aldeias) a visitar para a recolha de dados foi feita pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisa, tendo em consideração a sua experiência anterior de condução de trabalhos de investigação de natureza antropológica e sociológica. A escolha foi feita em função dos dados que poderiam ser obtidos e do nível de conhecimento que os titulares dos cargos da autoridade tradicional poderiam ter do respetivo direito consuetudinário. Nestes termos, não se visando obter uma amostragem estatisticamente fundamentada da vigência das normas costumeiras, as tabancas selecionadas foram aquelas que tinham maior potencialidade para fornecer dados fiáveis de natureza jurídica que pudessem vir a ser utilizados na elaboração de um elenco escrito do direito consuetudinário vigente em cada uma das etnias.

A recolha de dados foi sempre feita por equipas de docentes e de discentes da Faculdade de Direito de Bissau, em que predominavam os falantes das línguas locais de cada um dos grupos étnicos selecionados, com o apoio metodológico de um elemento do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisa. Nos trabalhos de campo, foram utilizados onze questionários, com um total de oitocentas e nove perguntas.

Tendo em consideração a extensão dos inquéritos, a recolha de dados foi feita com base em reuniões alargadas dos conhecedores das matérias jurídicas em cada uma das tabancas selecionadas, numa reprodução dos chamados “*djumbai*”, em conformidade com a proposta do INEP.

Partindo de uma tradição guineense de convívio, as perguntas foram sendo sucessivamente formuladas ao conjunto das pessoas presentes e respondidas por aquele ou aqueles que eram sabedores da matéria. Em razão da utilização deste método de pesquisa, cuja validade foi plenamente confirmada pelos resultados obtidos, foi possível prolongar as sessões de campo por duas e mais horas de trabalho e obter um conjunto muito significativo de dados em cada visita de campo.

4. Princípios estruturantes dos direitos consuetudinários vigentes nos Balantas, nos Fulas, nos Mancanhas, nos Mandingas, nos Manjacos e nos Papeis

Na versão final do *Projecto*, os elencos de normas costumeiras codificadas foram divididos em seis partes: *i*) poder tradicional; *ii*) propriedade e uso da terra; *iii*) família e sucessão (com subdivisões correspondentes à família e às sucessões); *iv*) crimes e penas; *v*) mecanismos de resolução de conflitos, com a distinção entre os mecanismos de resolução de conflitos de natureza privada e os mecanismos de resolução de conflitos de natureza penal; e *vi*) estatuto da mulher.

Sendo impossível fazer uma descrição ou uma síntese dos costumes vigentes por etnias e por matérias, vai-se seguidamente apresentar alguns dos princípios estruturantes dos direitos consuetudinários vigentes nos Balantas, nos Fulas, nos Mancanhas, nos Mandingas, nos Manjacos e nos Papeis.

Em relação às autoridades do poder tradicional, deve ser posto em destaque:

i) a existência de órgãos singulares de decisão e de resolução de conflitos (normalmente designados como *chefe de morança*, *chefe de tabanca* e *régulo*) e de órgãos consultivos de composição alargada (normalmente designados como *conselhos de anciãos*), com alguma especificidade nos balantas (em que os *conselhos de anciãos* podem funcionar como instância de recurso);

ii) as estruturas de poder tradicional serem normalmente hierarquizadas (com a distinção entre o poder exercido na tabanca e o poder exercido num espaço territorialmente mais amplo), com a exceção dos balantas (que mantêm uma estrutura descentralizada de organização);

iii) a concentração dos poderes de organização e gestão e de resolução de conflitos nos mesmos órgãos do poder tradicional, com alguma especificidade nos balantas;

iv) a generalizada aceitação da integração das estruturas do poder tradicional no espaço do poder político do Estado, através da previsão do recurso às autoridades do Estado em caso de conflitos não resolvidos através dos mecanismos tradicionais, com alguma especificidade nos balantas;

v) a relevância generalizada do apelo à intervenção do poder espiritual para a resolução de problemas de natureza civil, tanto nas comunidades animistas (balantas, mancanhas, manjacos e papeis), como nas comunidades islamizadas (fulas e mandingas);

vi) os modos diversificados na designação dos titulares do poder tradicional, com destaque para a hereditariedade;

vii) o exercício dos cargos normalmente vitalícios, com a previsão excepcional do afastamento do seu titular e da renúncia;

viii) a visão estritamente territorial do exercício do poder tradicional, com a exceção dos manjacos;

ix) o acesso absolutamente excepcional das mulheres aos cargos do poder tradicional nos balantas, fulas e manjacos, com a sua expressa exclusão nos mancanhas, nos mandingas e nos papeis.

Em relação à propriedade e uso da terra, deve ser posto em destaque:

i) a propriedade de bens móveis e imóveis ser normalmente individual, coexistindo com: a) balantas: a propriedade coletiva (do clã ou da tabanca) dos terrenos da tabanca e dos caminhos que lhe servem de acesso; b) fulas: a propriedade familiar dos terrenos de cultivo e com a propriedade coletiva dos caminhos que servem de acesso à tabanca e dos edifícios utilizados para o culto religioso; c) mancanhas: a reserva de parcelas de terra na tabanca para o Régulo (denominadas “B’dig”), a propriedade coletiva das fontes e dos poços de água potável e das florestas sagradas, e a gestão comunitária dos caminhos, das águas do mar, dos rios, dos lagos e das lagoas situadas ao redor da tabanca e das florestas e das pontes localizadas em *chão* mancanha; d) mandingas: a propriedade coletiva dos bens de uso coletivo, como as águas do mar, os rios, os lagos e lagoas, as fontes de água potável, as florestas, as pontes e as mesquitas, e da gestão pelo Régulo dos terrenos onde está instalada a tabanca; e) manjacos: a propriedade comunitária dos bens de uso coletivo, como os terrenos onde está instalada a tabanca, os caminhos que lhe dão acesso e os locais de culto e a propriedade familiar dos terrenos de cultivo; f) papeis: a propriedade do Régulo (terrenos onde está instalada a tabanca e os animais bravos que são caçados), a propriedade do clã (terrenos de cultivo, os lagos e as lagoas, os terrenos onde estão situadas as florestas, as florestas e os locais de culto), a propriedade coletiva (caminhos que dão acesso à tabanca, os rios e as fontes de água potável) e a propriedade comunitária (florestas sagradas);

ii) a utilização do conceito de propriedade sobre bens imateriais, com exceção dos balantas;

iii) o reconhecimento generalizado da existência de propriedade do Estado (domínio público do Estado), com variações em relação aos bens imóveis que merecem essa qualificação;

iv) a possibilidade de o direito à utilização da terra ser transmitido por acordo oral;

v) a generalizada rejeição do conceito de usucapião de bens móveis e imóveis;

vi) a generalizada utilização do conceito de compropriedade;

vii) a previsão de servidões de passagem para acesso a água para uso doméstico e uso agrícola e para acesso a locais de pastagem em todas as etnias, com a exceção dos mancanhas onde está prevista a existência de uma mera tolerância;

viii) a diversidade nos processos de decisão sobre a transformação de uma floresta num campo de cultivo.

Em relação ao Direito de Família, deve ser posto em destaque:

i) a existência de cerimónias rituais específicas para a celebração dos casamentos em todas as etnias;

ii) a rejeição quase generalizada do reconhecimento de efeitos ao casamento civil do Estado, com a exceção dos balantas;

iii) a aceitação da poligamia, na modalidade de poliginia, em todas as etnias, com o limite de casamento com quatro mulheres nos fulas e nos mandingas;

iv) a variação da idade mínima para a celebração dos casamentos nos homens e nas mulheres;

v) a existência de impedimentos matrimoniais de natureza familiar em todas as etnias, não sendo permitidos casamentos entre: *i)* pai e filha; *ii)* mãe e filho; *iii)* irmãos; e *iv)* padrasto e enteada;

vi) a generalizada liberdade na decisão de casar para homens, com algumas limitações relativamente às mulheres nos fulas e nos mandingas;

vii) a manutenção de manifestações de levirato e de sororato em algumas etnias: *a)* nos fulas, está previsto que a mulher possa decidir casar com alguém da família do falecido marido (irmão do falecido marido ou seu primo); *b)* nos mancanhas, está previsto o levirato, embora a mulher seja livre para não aceitar a situação, abandonando a casa de morada de família; *c)* nos mandingas, está previsto o levirato e o homem viúvo deve casar preferentemente com uma das familiares da mulher; *d)* nos manjacos, a mulher viúva pode casar com um familiar do marido; e *e)* nos papeis, a mulher pode passar a viver com o sobrinho do marido se este morrer;

viii) uma quase generalizada subordinação da mulher ao homem nas relações matrimoniais, com destaque para os casamentos celebrados em conformidade com as cerimónias rituais, através da previsão de regimes patrimoniais que favorecem os maridos;

ix) a generalizada previsão do divórcio e da separação entre mulher e homem casados através das cerimónias rituais, com a exceção dos mancanhas e dos papeis, onde só é possível a separação;

x) a generalizada aceitação em todas as etnias de que a separação e o divórcio (quando aceite) não exigem o mútuo acordo;

xi) a generalizada negação em todas as etnias da existência de uma obrigação de o homem prestar auxílio (alimentos) em caso de divórcio ou de separação;

xii) a generalizada atribuição em todas as etnias do poder paternal ao pai, só tendo as mulheres direito a conservarem os filhos em caso de divórcio ou de separação durante a infância;

xiii) uma variação na forma como são encarados os filhos nascidos fora do casamento;

xiv) uma diversidade do regime aplicável às crianças órfãs: *a)* nos balantas, ficam ao cuidado dos tios paternos; *b)* nos fulas, ficam ao cuidado da família do pai e/ou da mãe, sendo da responsabilidade do Régulo ou do Imame, caso não exista qualquer membro da família dos pais; *c)* nos mancanhas, ficam ao cuidado dos familiares; *d)* nos mandingas, ficam ao cuidado do chefe da tabanca; *e)* nos manjacos, ficam ao cuidado dos familiares e, no caso de estes não existirem, a cargo do Régulo, dos anciãos ou do comité da tabanca; e *f)* nos papeis, ficam ao cuidado dos avós maternos;

xv) não ser aceitável a adoção de crianças por estrangeiros nos balantas, nos mandingas, nos manjacos e nos papeis.

Em relação ao Direito das Sucessões, deve ser posto em destaque:

i) a utilização exclusiva de regras tradicionais em todas as etnias para a transmissão dos bens por herança, de tal modo que os membros de cada uma das etnias não recorrem ao Estado ou a qualquer tipo de apoio jurídico deste, nem aceitam o direito do Estado para determinar quem fica com os bens, apenas com a exceção dos mancanhas reconhecerem a possibilidade de os familiares poderem utilizar os tribunais do Estado para resolver conflitos em matéria sucessória;

ii) a diversidade das regras aplicáveis à repartição dos bens por herança: *a)* nos balantas, a casa de morada da família, as terras de cultivo e as restantes propriedades, os rebanhos e os animais domésticos são repartidos entre os filhos (privilegiando os mais novos relativamente aos mais velhos) ou os irmãos e os sobrinhos (filhos dos irmãos paternos) do falecido; *b)* nos fulas, os bens deixados pelo falecido são herdados pelos filhos e pelos irmãos do morto e, na repartição dos bens, os filhos do sexo masculino ficam com três quartos dos bens e as filhas com o quarto restante; *c)* nos mancanhas, os filhos são os primeiros sucessores de um falecido, sendo-lhes atribuídos os bens do falecido, incluindo a casa de morada da família, as terras de cultivo e as restantes propriedades, os rebanhos, os animais domésticos e os objetos que são usados em casa; *d)* nos mandingas, cabem aos filhos as terras de cultivo e as restantes propriedades, os rebanhos, os animais domésticos e os objetos que são usados em casa (a casa de morada da família não faz parte dos bens distribuídos por morte, mantendo-se

na morança); e) nos manjacos, a casa de morada da família é gerida pelo filho maior mais velho ou, quando este não existir, pelo irmão paterno (ou pelo primo do irmão paterno) mais velho que esteja vivo e os restantes bens são partilhados entre os herdeiros ao longo do tempo, na medida das suas necessidades; e f) nos papeis, o regime jurídico do direito sucessório é muito detalhado, sendo de destacar que o sobrinho materno mais velho do falecido é o principal herdeiro dos bens de um papel morto;

iii) uma generalizada posição de desigualdade da mulher na sucessão por morte do marido falecido, em resultado da qual, nos balantas, só tem direito aos bens de uso doméstico, nos mancanhas, só podem ser herdeiras caso não existam filhos (situação em que podem continuar a viver na casa de morada de família com o irmão do marido) e, nos manjacos, só herdaram bens de uso pessoal de familiares femininos e não ficam com os bens que pertenciam ao marido;

iv) uma variedade de posições relativamente à possibilidade de dispor de bens através de testamento e de doações, permitidas nos balantas, nos fulas (desde que a distribuição dos bens em vida pelos familiares não pretenda prejudicar uns em relação aos outros) e nos mancanhas (desde que o não faça para prejudicar os potenciais herdeiros), mas interditas nos mandingas e nos manjacos, e apenas consentidas relativamente a uma parte residual dos bens, nos papeis.

Em relação aos crimes e às penas, deve ser posto em destaque:

i) a previsão de uma variedade de penas, sem qualquer referência a penas privativas da liberdade em nenhuma das etnias e a manutenção de penas corporais: *a)* nos balantas: multas, torturas físicas (nomeadamente chicotadas), devolução de coisas que pertencem a outro, intimação para alterar comportamentos, reprovação social e afastamento do círculo social da tabanca, indemnização e pagamento de despesas, apreensão de bens e expulsão (para pessoa de fora da tabanca ou estrangeiro); *b)* nos fulas: repreensão verbal ou advertência para a cessação do comportamento, multa e estigmatização ou isolamento da pessoa que praticou o ato; *c)* nos mancanhas: multa, penas corporais (surra e chicotadas), devolução de coisa, admoestação, advertência para cessar o comportamento, impedir a pessoa de fazer negócios na tabanca e expulsão da tabanca; *d)* nos mandingas: chibatadas, admoestação, advertência para a cessação do comportamento, devolução de coisa e indemnização; *e)* nos manjacos: admoestação, advertência para a cessação do comportamento, multa, restituição da coisa roubada ou indemnização, tortura, condenação espiritual, exclusão da comunidade e a separação do casal quando o crime tem lugar entre marido e mulher; *e f)* nas papeis: chicotadas ou multa e, em casos específicos, a obrigação de casar com a jovem violada, a separação do casal, a impossibilidade de o homem se voltar a casar, a repreensão oral, o tratamento discriminatório na tabanca ou repúdio pela sociedade e a expulsão da tabanca;

ii) a relativa proximidade dos tipos de crimes entre o direito consuetudinário vigente em cada uma das etnias e o direito escrito do Estado previsto no Código Penal.

Em relação aos mecanismos de resolução de conflitos de natureza privada, deve ser posto em destaque:

i) os conflitos contratuais e os conflitos relativos à propriedade serem, regra geral, resolvidos no âmbito dos mecanismos institucionais existentes no grupo étnico, com a intervenção das autoridades tradicionais, através de decisões obrigatórias, passíveis de recurso, normalmente com a audição das partes e de testemunhas, e a pontual utilização de documentos e da prestação de juramentos nos fulas, e do apelo ao Irã nos manjacos;

ii) as regras processuais aplicáveis aos conflitos contratuais ou relativos à propriedade quando uma das pessoas não é da mesma etnia ou não vive na mesma tabanca serem relativamente semelhantes às previstas para os casos em que as duas partes são membros da mesma etnia ou vivem na mesma tabanca;

iii) os conflitos familiares e sucessórios serem primacialmente resolvidos no âmbito da família, através de decisões obrigatórias;

iv) a generalizada aceitação das pessoas com competência para resolver os conflitos e as testemunhas poderem ser parentes das partes;

v) a generalizada aceitação do recurso aos tribunais do Estado quando os conflitos de natureza privada não foram resolvidos através dos mecanismos tradicionais existentes em cada um dos grupos étnicos.

Em relação aos mecanismos de resolução de conflitos de natureza penal, deve ser posto em destaque:

i) os conflitos de natureza penal terem, em todas as etnias, regras próprias e específicas para serem apreciados e resolvidos com respeito pelas garantias processuais mínimas;

ii) os julgamentos dos crimes serem orais, com a possibilidade de os mais importantes serem reduzidos a escrito nos fulas;

iii) os crimes mais graves serem apreciados e decididos por mais de um julgador;

iv) alguns crimes considerados especialmente graves só poderem ser julgados pelos juízes do Estado: a) balantas: homicídio e ofensas corporais graves; b) fulas: atropelamentos graves em que participaram estrangeiros; c) mancanhas: homicídio e atropelamentos com consequências graves; d) mandingas: homicídios (crimes de sangue); e) manjacos: homicídio, ofensas corporais graves, roubo e furto; e f) papeis: homicídio e atropelamento de pessoas praticados por estrangeiros;

v) os julgadores poderem ser parentes da vítima ou do réu, com a expressa ressalva de não serem parciais nos fulas;

vi) as decisões tomadas serem normalmente passíveis de recurso, tanto pela vítima como pelo réu, com a exceção dos mandingas, onde o recurso não está previsto;

vii) o réu ser considerado inocente até à decisão do julgador ou dos julgadores;

viii) o réu ser obrigado a dizer a verdade sobre o crime de que é acusado, salvo nos fulas, em que se pode conservar em silêncio sobre a matéria em julgamento;

ix) a possibilidade de o réu poder recorrer à ajuda de alguém para o auxiliar a defender-se não existir nos mandingas, nos manjacos e nos papeis;

x) o julgamento ser público, salvo no caso dos mandingas, em que só pode ser presenciado pelos anciãos da tabanca;

xi) o julgamento efetuar-se normalmente com a presença da pessoa a quem é imputada a prática de um crime;

xii) o julgamento ser feito na língua da tabanca ou em crioulo, com a expressa previsão da possibilidade de ser traduzido para outras línguas;

xiii) as testemunhas poderem ser parentes da vítima;

xiv) a diversidade dos meios de prova utilizados no âmbito da resolução dos conflitos de natureza penal, nomeadamente com apelo à intervenção das entidades sobrenaturais: *a)* nos balantas, com a utilização de testes espirituais (como o derramar aguardente de cana no Irã e o sacrifício de animais); *b)* nos fulas, o juramento perante o Alcorão; *c)* nos mancanhas, os juramentos perante o Irã e o uso de locais sagrados; *d)* nos mandingas, a utilização de certos versículos do Alcorão; *e)* nos manjacos, os testes espirituais com recurso ao Irã; e *e)* nos papeis, os testes espirituais (como o sacrifício de animais e o juramento perante o *kansaré*).

Em relação ao estatuto da mulher, nas matérias que não são objeto de referência nos pontos anteriores, deve ser posto em destaque:

i) as mulheres poderem normalmente celebrar negócios e conservar o dinheiro ganho com essa atividade, salvo no caso dos fulas e dos mandingas, embora necessitem do consentimento do marido para dispor do dinheiro do casal em todos as etnias;

ii) as mulheres poderem normalmente exigir por si próprias o cumprimento de um negócio que tenha sido celebrado com outra pessoa ou entidade, com exceção dos fulas e dos mancanhas, da mesma forma que podem exigir por si próprias a desocupação de uma propriedade sua que tenha sido abusivamente ocupada, com exceção dos mancanhas;

iii) nos fulas e nos mandingas, a prática da excisão ser considerada obrigatória.

Apesar do trabalho efetuado corresponder a uma redução a escrito de normas costumeiras vigentes, a redação usada não afasta a possibilidade de existirem variações nas normas vigentes em regiões distintas dentro de cada grupo étnico. Em alguns casos, como o mostraram as sucessivas recolhas de dados efetuadas, as variações resultam fundamentalmente de diferentes formas de expressar o mesmo direito vigente. Em outros casos, contudo, podem representar variações regionais do direito costumeiro vigente dentro de cada um dos grupos étnicos que não foram intencionalmente objeto de autonomização pelo *Projecto*.

A inexistência de padrões de referência anteriores levou, ainda, a que a recolha dos dados ficasse centrada na visão que os aplicadores do direito têm do direito vigente. Nestes termos, a recolha dos dados foi feita junto das autoridades tradicionais, tendo em consideração a legitimidade que é generalizadamente reconhecida ao exercício dos seus cargos. Isso não impede, contudo, que, em alguns casos, sejam os próprios inquiridos a dar conta de uma disparidade entre o conteúdo tradicional das normas e aquele que é atualmente vigente. É exemplar, neste domínio, o crescente predomínio da vontade das raparigas na escolha do consorte nas relações matrimoniais, não obstante a persistência de uma posição de desigualdade no estatuto jurídico das mulheres.

5. Apresentação de situações em que os direitos consuetudinários vigentes na República da Guiné-Bissau podem estar em conflito com o Direito escrito do Estado

O confronto feito entre os direitos consuetudinários e o Direito escrito do Estado, que constitui um dos resultados finais do *Projecto*, permitiu constatar várias zonas de incompatibilidade entre as normas costumeiras e as fontes escritas. Podem ser apresentadas, a título de exemplo, algumas dessas zonas de incompatibilidade, sendo de destacar aquelas que se relacionam com o catálogo dos direitos fundamentais.

No que concerne às autoridades do poder tradicional, deve ser posto em destaque que:

i) a concentração dos poderes de organização e gestão e de resolução de conflitos nos mesmos órgãos do poder tradicional pode conflitar com a ideia de separação e de interdependência de poderes e de competências que está na base do modelo de Estado de Direito democrático, caso não seja garantida a imparcialidade da sua atuação;

ii) a relevância generalizada do apelo à intervenção do poder espiritual para a resolução de problemas de natureza civil, tanto nas comunidades animistas (balantas, mancanhas, manjacos e papeis), como nas comunidades islamizadas (fulas e mandingas), pode constituir uma distorção do modelo de Estado laico, se tiverem uma preponderância na organização da vida social;

iii) a designação dos titulares do poder tradicional através da hereditariedade pode constituir uma violação da renovação democrática dos órgãos do poder, se não existirem mecanismos de controlo da sua atividade;

iv) o exercício dos cargos normalmente vitalício pode constituir uma violação da renovação democrática dos órgãos do poder, se não existirem mecanismos de controlo da sua atividade;

v) o acesso absolutamente excecional das mulheres aos cargos do poder tradicional nos balanta, fulas e manjacos e a sua expressa exclusão nos mancanhas, nos mandingas e nos papeis conflitua com a consagração constitucional da igualdade entre os sexos.

No que concerne à propriedade e uso da terra, deve ser posto em destaque que alguns dos processos de decisão sobre a transformação de uma floresta num campo de cultivo podem conflitar com as políticas nacionais de ordenamento do território, caso não sejam tidas em consideração as políticas públicas existentes nesta matéria.

No que concerne ao Direito de Família, deve ser posto em destaque que:

i) a rejeição quase generalizada do reconhecimento de efeitos ao casamento civil do Estado, com a exceção dos balantas, pode conflitar com o regime constitucional de constituição da promoção da família, se tiver consequências discriminatórias ao nível da propriedade e do uso da terra, do regime sucessório e do acesso aos cargos do poder tradicional;

ii) a variação da idade mínima para a celebração do casamento nos homens e nas mulheres pode representar uma violação da igualdade entre os sexos consagrada constitucionalmente;

iii) as limitações à liberdade de decisão de casar das mulheres constatadas nos fulas e nos mandingas podem representar uma violação da igualdade entre os sexos consagrada constitucionalmente;

iv) a manutenção das situações de levirato e de sororato em algumas etnias pode conflitar com a liberdade na escolha do cônjuge consagrada constitucionalmente, caso resultem consequências negativas, em termos pessoais e patrimoniais, para as mulheres que o não aceitem;

v) a quase generalizada subordinação da mulher ao homem nas relações matrimoniais, com destaque para os casamentos celebrados em conformidade com as cerimónias rituais, através da previsão de regimes patrimoniais que

favorecem os maridos, conflitua com a consagração constitucional da igualdade entre os sexos;

vi) a inexistência de divórcio nos mancanhas e nos papeis pode conflitar com a liberdade constitucional da constituição de laços familiares, caso envolva consequências negativas em termos pessoais e patrimoniais;

vii) a generalizada atribuição do poder paternal ao pai representa uma violação da igualdade entre os sexos consagrada constitucionalmente;

viii) a forma como são encarados os filhos nascidos fora do casamento pode representar uma discriminação violadora do princípio da igualdade consagrado constitucionalmente;

ix) a impossibilidade de adoção de crianças por estrangeiros nos balantas, nos mandingas, nos manjacos e nos papeis pode representar uma discriminação contrária ao princípio da igualdade consagrado constitucionalmente.

No que concerne ao Direito das Sucessões, deve ser posto em destaque que a generalizada posição de desigualdade da mulher na sucessão por morte do marido e dos restantes familiares representa uma violação da igualdade entre os sexos consagrada constitucionalmente.

No que concerne aos crimes e às penas, deve ser posto em destaque que:

i) a manutenção de penas corporais na maioria das etnias [balantas: torturas físicas (nomeadamente chicotadas); mancanhas: surra e chicotadas; mandingas: chibatadas; manjacos: tortura; papeis: chicotadas] viola a proibição da previsão e da aplicação de penas desumanas e degradantes;

ii) a possibilidade de as sanções criminais poderem ser transmissíveis aos familiares do criminoso, nos balantas, configura uma violação de direitos fundamentais e de direitos humanos;

iii) alguns dos tipos de crimes que foram constatados nos balantas podem configurar uma violação de direitos fundamentais e de direitos humanos;

iv) o apelo ao sobrenatural para a concretização da penalização de alguns dos crimes contra as pessoas, nos papeis, pode configurar uma diminuição das garantias das vítimas, se não for acompanhada da sua criminalização pelo Estado.

No que concerne aos mecanismos de resolução de conflitos de natureza privada, deve ser posto em destaque que:

i) a generalizada aceitação das pessoas com competência para resolver os conflitos e as testemunhas poderem ser parentes das partes pode envolver uma violação das garantias processuais, caso não existam mecanismos de controlo;

ii) a previsão de sanções corporais nos balantas e nos manjacos viola a proibição da previsão e da aplicação de penas degradantes e desumanas.

No que concerne aos mecanismos de resolução de conflitos de natureza penal, deve ser posto em destaque que:

i) os julgamentos dos crimes serem generalizadamente orais pode representar uma violação das garantias processuais penais mínimas;

ii) os julgadores poderem ser parentes do vítima ou do réu pode envolver uma violação das garantias processuais penais, caso não existam mecanismos de controlo;

iii) a inexistência de recurso, tanto pela vítima como pelo réu, nos mandingas, configura uma violação das garantias processuais penais, caso não existam mecanismos de controlo;

iv) a impossibilidade de o réu poder recorrer à ajuda de alguém para o auxiliar a defender-se, nos mandingas, nos manjacos e nos papeis, envolve uma violação das garantias processuais penais;

v) o julgamento não ser público, nos mandingas, pode configurar uma violação das garantias processuais, caso não existam mecanismos de controlo;

vi) alguns dos meios de prova previstos podem configurar uma violação das garantias processuais penais.

No que concerne ao estatuto da mulher, nas matérias que não são objeto de referência nos pontos anteriores, deve ser posto em destaque que:

i) algumas das normas costumeiras dos fulas e dos mandingas que regulam a disposição de bens, a solicitação para o cumprimento de negócios e para a desocupação de propriedades que tenham sido abusivamente ocupadas e a prestação de testemunho nesses casos pode representar uma violação da igualdade entre os sexos consagrada constitucionalmente;

ii) a previsão da obrigatoriedade da excisão, nos fulas e nos mandingas, representa uma violação de direitos fundamentais e de direitos humanos.

6. Conclusões

As normas consuetudinárias dos Balantas, dos Fulas, dos Mancanhas, dos Mandingas, dos Manjacos e dos Papeis demonstram que os direitos consuetudinários vigentes na República da Guiné-Bissau são compostos de regras que têm na sua base princípios diferentes daqueles que estão subjacentes ao direito escrito do Estado.

Daqui resulta que os conteúdos dos direitos consuetudinários não coincidem com uma parte significativa do direito aplicável à totalidade da comunidade humana bissau-guineense. Do mesmo modo que os direitos

costumeiros não coincidem entre si nas soluções encontradas para regular uma parte muito relevante da vida das cidadãs e dos cidadãos que se auto-identificam como pertencendo a cada um dos grupos étnicos respetivos.

Nestes termos, a aceitação do pluralismo jurídico na República da Guiné-Bissau não pode ignorar que estes direitos costumeiros são uma das manifestações mais significativas da diversidade cultural existente na República da Guiné-Bissau. Com efeito, as normas vertidas a escrito correspondem a formas específicas e coerentes de *organizar a vida social*, em conformidade com racionalidades próprias e *visões do mundo* distintas do padrão cultural ocidental.

Os direitos consuetudinários não representam, contudo, na maioria das situações jurídicas reguladas, uma rutura com o direito escrito do Estado vigente. Em muitos casos, com efeito, existe antes uma linha de continuidade, reconhecida pelos próprios grupos étnicos, entre as duas fontes do ordenamento jurídico da Guiné-Bissau, nomeadamente quando as normas costumeiras remetem a penalização de determinados crimes diretamente para as autoridades do Estado e a estrutura de Tribunais da República ou quando, esgotados os mecanismos tradicionais de resolução de conflitos, as normas consuetudinárias expressamente estipulam a utilização dos órgãos de soberania jurisdicional do Estado como a última instância para a resolução final e definitiva dos litígios.

Da mesma forma que, em muitos outros casos, a compatibilidade entre a solução consuetudinária e o regime jurídico do Estado pode ser encontrada na utilização dos mecanismos jurídicos da legislação especial e da legislação excecional. Isto é, dito de outra forma, a regulamentação jurídica de uma determinada matéria pode ser diferente da aplicável em termos gerais, ou mesmo da aplicada em outras regiões, sem que seja incompatível com o direito que constitui o padrão geral do direito do Estado.

A justificação para esta abordagem, fundada na aceitação do multiculturalismo, pode ser encontrada em especificidades culturais regionais de cada um dos grupos humanos, desde que não sejam postos em causa os princípios estruturantes da ordem jurídica da República da Guiné-Bissau, com destaque para os que constam do catálogo dos direitos fundamentais.

Nestes termos, desde que a aplicação dos direitos consuetudinários não implique uma violação ou uma renúncia de direitos fundamentais, a aceitação da sua inserção na pluralidade das fontes do ordenamento jurídico bissau-guineense é o resultado da identidade cultural das comunidades humanas que lhe estão subjacentes. Assim, se é juridicamente indiscutível que as situações de casamento forçado, a existirem, são violadoras dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, a persistência da poligamia em todos os grupos étnicos estudados não pode deixar de ser tida como um dado fundamental na aplicação

da legislação relativa à família e às sucessões, mesmo quando se esteja a aplicar o direito escrito constante do Código Civil e da legislação complementar.

Das considerações anteriores, resulta que os elencos de normas costumeiras que foram apurados pelo *Projecto* devem ser lidos e interpretados tendo em consideração duas prevenções básicas. Por um lado, que as normas consuetudinárias vigoram porque são aceites pelos seus destinatários. Daqui resulta que, se forem rejeitadas pelos seus potenciais destinatários, deixarão de estar em vigor, na medida em que se está em presença de normas que surgiram de uma prática consensual e se consolidaram juridicamente através da sua aplicação continuada a grupos humanos que lhes reconhecem valor de normas jurídicas. E, por outro lado, que o *Projecto* teve na sua base algumas tabancas consideradas representativas, não tendo sido efetuados inquéritos na totalidade ou na grande maioria das tabancas de cada uma das etnias. Isso significa que os limites humanos e geográficos das recolhas de dados efetuados implicam que as normas escritas possam representar uma normalização de padrões de conduta que nem sempre serão representativos da diversidade cultural de todos aqueles que se integram num determinado grupo étnico.

Finalmente, não tendo os elencos de normas consuetudinárias a força de um ato legislativo, a sua potencial utilização deve ter ainda em consideração dois aspetos muito relevantes. Em primeiro lugar, que a leitura e a interpretação do seu conteúdo devem ser sempre feitas com a flexibilidade de que são dotadas as próprias normas costumeiras. E, em segundo lugar, que uma possível utilização prática das presentes normas costumeiras não poderá ignorar que se está em presença de um quadro de referência da regulamentação jurídica aplicada em cada um dos grupos étnicos que foram estudados.

Daqui resulta, por um lado, que os conteúdos das normas costumeiras possam vir a ser alterados pelos seus destinatários, quando estes entenderem que estas deixaram de corresponder à melhor forma de organizar a vida social. O que significa, por outro lado, que estudo efetuado poderá vir a ter uma consequência a média e a longo prazo: contribuir para uma *mudança de mentalidades* daqueles que estão envolvidos na aplicação das normas consuetudinárias. Uma *mudança de mentalidades* que não seja entendida como uma imposição exterior mas antes como uma atuação resultado da dinâmica da vida social e de uma evolução natural dos comportamentos que tenha como referência os padrões de proteção e de respeito dos direitos fundamentais e dos direitos humanos a que a Guiné-Bissau já se encontra atualmente vinculada enquanto Estado soberano e independente.

A CORRUPÇÃO NA ERA GLOBAL: REFLEXÃO BREVE SOBRE O ALCANCE E OS LIMITES DA INTERVENÇÃO PENAL

Flávia Novera Loureiro ⁽¹⁾

GIL VICENTE, no *Auto da Barca do Inferno*, faz o *Onzeneiro*, o *Corregedor* e o *Procurador* caminharem para o batel infernal por, respetivamente, cobrar juros indevidos, aceitar peitas e, parafraseando o *Parvo*, rapinar o povo. A denúncia de fenómenos corruptivos – existentes em todos os tempos e lugares – estava já bem presente na sátira da sociedade lisboeta do início do século XVI, que aquele Mestre apresentou, sublinhando-a como um dos fatores de degradação do tecido social de então ⁽²⁾. Muito antes dele, vários outros autores de diferentes origens geográficas e em diversos tons (de entre os quais destacamos apenas CÍCERO nas suas *Catilinárias* ⁽³⁾) se debruçaram igualmente sobre o problema da corrupção, chamando a atenção quer para o enriquecimento ilegítimo dela decorrente, quer para os seus efeitos na ética e na política do Estado.

A corrupção não é, pois, um destes *neofenómenos* que atormentam o direito dos nossos dias, diariamente confrontado com o surgimento de novas áreas de atuação humana que exigem a sua intervenção regulamentadora, como se pudesse o direito, por si só, impor um limite que a maior parte de nós não sabe exatamente onde traçar (pensemos em áreas como a genética ou a informática,

¹ Escola de Direito da Universidade do Minho.

² Como, aliás, decorre de toda a trilogia das Barcas (*Auto da Barca do Inferno* ou *Auto da Moralidade*, *Auto da Barca do Purgatório* e *Auto da Barca da Glória*).

³ CÍCERO, na sua obra *In Catilinam Orationes Quattuor*, investe contra Catilina e o seu plano para o derrubar, acusando-o, bem como aos seus apoiantes, de tentar corromper o Estado e beneficiar alguns em detrimento do bem comum.

por exemplo). Na verdade, a corrupção põe um problema que é, em muitos sentidos, ainda mais complexo, pois que se trata de um problema de sempre, que permanece por resolver e que apresenta hodiernamente, isso sim, roupagens muito distintas. Esta nova morfologia do facto corruptivo acaba, tantas vezes, por baralhar aquilo que até aqui se tinha por medianamente adquirido e recolocar questões tão nucleares como a da sua definição (⁴).

Devemos, pois, porventura, começar por aí. Por oposição a um conceito técnico-jurídico estrito, a corrupção deixou, de há algum tempo para cá, de ser entendida como o ato (jurídico-penalmente relevante) através do qual alguém paga uma quantia ou confere uma vantagem a um funcionário público para obter um determinado resultado (ativo ou omissivo) (⁵), para passar a abranger um conjunto de realidades tão distintas que não permitiu obter ainda consenso acerca

⁴ Veja-se, como exemplo, as reflexões que JOSÉ MOURAZ LOPES, *O Espectro da Corrupção*, Coimbra, Almedina, 2011, faz a propósito da corrupção no setor privado (pp. 49 e ss.), da corrupção urbanística (pp. 57 e ss.), da corrupção no fenómeno desportivo (pp. 67 e ss.) ou das parcerias público-privadas (pp. 85 e ss.), para lá, naturalmente, da mais clássica ligação entre a corrupção e o financiamento do sistema político (pp. 75 e ss.).

⁵ Este é o conceito que, ainda hoje, está vertido no tipo legal de corrupção, apesar das alterações que o legislador lhe foi introduzindo. No Código Penal português, o crime de corrupção passiva é aquele em que o funcionário, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicita ou aceita, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para a prática de um qualquer ato ou omissão contrários aos deveres do cargo, ainda que anteriores àquela solicitação ou aceitação, conforme descrito no n.º 1 do art. 373.º, sendo punido com pena de prisão de um a oito anos (se o ato ou omissão não forem contrários aos deveres do cargo e a vantagem não lhe for devida, o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos, de acordo com o n.º 2 do mesmo preceito); enquanto, por seu turno, a corrupção ativa, nos termos do art. 374.º, existirá quando alguém, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário ou a terceiro, por indicação ou com conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial com o fim indicado no n.º 1 do art. 373.º, sendo punido com pena de prisão de um a cinco anos (se o fim for o indicado no n.º 2 do art. 373.º, o agente é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias).

do seu conceito ⁽⁶⁾. Nas palavras de JOSÉ MOURAZ LOPES, a corrupção transvasou o discurso jurídico ⁽⁷⁾, apresentando-se hoje como objeto de estudos políticos, económicos, criminológicos e sociológicos, entendida, na verdade, como efetiva *patologia social*, como questão essencial de cidadania ⁽⁸⁾. Imanentemente ligada à ideia de *governance* – enquanto gestão adequada e eficiente da *coisa pública* –, a corrupção aparece-nos hoje com uma abrangência latíssima, que, muito embora não pretenda nem possa ser reconduzida à pertinência jurídico-penal, recorrentemente é com ela confundida.

Assistimos, pois, a um discurso altamente mediatizado, onde a um ritmo quase diário se apontam episódios de pretendida corrupção, sobretudo relacionados com a vida política e com a gestão pública, terminando-se sempre com a já costumada indignação a respeito do mau funcionamento da justiça. Não desconsiderando a questão da ineficácia do sistema penal para lidar com este tipo de realidades, afigura-se-nos essencial que tenhamos consciência desse ponto prévio: aquilo que hoje temos como fenómenos corruptivos vai muito para lá da realidade de corrupção em sentido jurídico-penal. Passa para além, na verdade, quer daquilo que a nossa legislação penal conhece como crime de corrupção (ativa ou passiva), quer daquilo a que se vulgarizou chamar *infrações*

⁶ Sublinhe-se o esforço que tem vindo a ser feito internacionalmente no sentido de obter uma delimitação, ao menos aproximada, do que possa entender-se por corrupção, sobretudo através da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 97/2007, ambos de 21 de setembro; da Convenção Penal contra a Corrupção do Conselho da Europa, assinada em Estrasburgo a 30 de abril de 1999; da Convenção Relativa à Luta Contra a Corrupção em que estejam implicados Funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-membros da União Europeia de 1997, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 72/2001 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 58/2001, ambos de 15 de novembro; ou da Convenção da OCDE contra a corrupção de agentes públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais de 1997, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/2000 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 19/2000, ambos de 31 de março, e transposta para o direito interno pela Lei n.º 13/2001, de 4 de junho. Não vinculando Portugal, mas igualmente importantes, cf., ainda, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada na Organização dos Estados Americanos em 29 de março de 1996, ou a Convenção da União Africana para a Prevenção e a Luta contra a Corrupção e Crimes Assimilados, de 11 de julho de 2003.

⁷ JOSÉ MOURAZ LOPES, *O Espectro da Corrupção*, cit., pp. 27 e ss.: “O amplo discurso social, político e jurídico do «combate» à corrupção ultrapassa a dimensão do «objecto» de investigação criminal, nomeadamente o número de casos que são investigados e julgados envolvendo crimes contra os interesses do Estado, onde se encontra a corrupção. Pode dizer-se, sem qualquer dúvida, que o discurso jurídico sobre a corrupção ultrapassa, actualmente, as barreiras do Código Penal. Consta-se um «transvase» da matéria da corrupção para domínios que vão muito para além do domínio jurídico-penal, que, como se sabe, assume sempre a forma de *ultima ratio* no âmbito das políticas de «repressão» dos fenómenos ou acções indevidas”.

⁸ Veja-se, a propósito, o trabalho de ROGÉRIO GESTA LEAL, *Patologias Corruptivas nas Relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos*, Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2013, refletindo sobre o problema a partir da perspetiva brasileira.

conexas ⁽⁹⁾: sejam eles o peculato, o recebimento indevido de vantagem, o tráfico de influências, a participação económica em negócio ou o branqueamento de capitais.

A corrupção é, hoje, antes de tudo o resto, uma questão de verdadeira política, na sua aceção primária: trata-se de transparência, correção e responsabilidade na gestão do bem público. E, aí, como é facilmente perceptível, estamos a falar de um grau de exigência quanto à atuação de um qualquer cidadão que está muito distante dos requisitos próprios do direito penal enquanto direito de *ultima ratio*.

Se esta é uma das características da corrupção de hoje – ou do entendimento que dela temos –, uma outra não menos importante e frequentemente sublinhada é a de estarmos perante fenómenos globalizados de corrupção. E com esta globalização da corrupção não queremos afirmar apenas que comportamentos dessa natureza se disseminaram um pouco por todo o mundo (pois que certamente sempre existiram), mas sobretudo que assistimos a um novo tipo de corrupção, a uma *macro* corrupção, se quisermos, intrinsecamente relacionada com a mundialização da economia ⁽¹⁰⁾.

Temos, pois, hoje, um outro tipo de corrupção a somar àquele (ou àqueles, dependerá do catálogo) que já conhecíamos ⁽¹¹⁾: a *grande corrupção*, própria dos grandes meios económicos, destinada a assegurar negócios vultuosíssimos e que se exerce de modo sofisticado e organizado, sem qualquer limitação de fronteira ou território. A este tipo de *corrupção de negócios* vai muitas vezes associada aquela que é, para alguns, um outro subtipo de corrupção: a *corrupção política*. Mas que se exerce agora de modo transnacional, colocando tantas vezes os

⁹ Em Portugal, o Conselho de Prevenção da Corrupção foi o responsável pela disseminação da expressão, uma vez que a própria Lei n.º 54/2008, de 4 de setembro, estipula lapidarmente no seu art. 1.º: “[a] presente lei cria o Conselho de Prevenção da Corrupção (CPC), entidade administrativa independente, a funcionar junto do Tribunal de Contas, que desenvolve uma atividade de âmbito nacional no domínio da prevenção da corrupção e infrações conexas”. Esclarecendo, por sua vez, a alínea *a*) do n.º 1 do art. 2.º que “a atividade do CPC está exclusivamente orientada à prevenção da corrupção, incumbindo-lhe designadamente: recolher e organizar informações relativas à prevenção da ocorrência de factos de corrupção ativa ou passiva, de criminalidade económica e financeira, de branqueamento de capitais, de tráfico de influência, de apropriação ilegítima de bens públicos, de administração danosa, de peculato, de participação económica em negócio, de abuso de poder ou violação de dever de segredo, bem como de aquisições de imóveis ou valores mobiliários em consequência da obtenção ou utilização ilícitas de informação privilegiada no exercício de função na Administração Pública ou no setor público empresarial”.

¹⁰ Cf. as reflexões que, a este propósito, são feitas por SUSAN ROSE-ACKERMAN, *Corrupção e Governo*, Lisboa, Prefácio, 1999, pp. 27 e ss.

¹¹ Cf., a este propósito, o estudo de RITA FARIA, “Corrupção: Descrições e Reflexões. Sobre a possibilidade de realização de uma abordagem criminológica ao fenómeno da corrupção em Portugal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 17, 2007, pp. 107-144, onde a Autora ensaia, com base numa larga análise doutrinária, um conjunto de classificações e definições de corrupção.

interesses dos cidadãos de um Estado à mercê de um grande grupo económico internacional ou de uma organização financeira de dimensão mundial.

Mas pode falar-se ainda, se bem vemos, de um outro tipo de globalização da corrupção, certamente decorrente do anterior: aquele que corresponde a uma preocupação global com o fenómeno e a uma certa harmonização ou mesmo unificação das respetivas formas de reação. Na verdade, a crescente centralidade da corrupção no discurso político-social internacional ocorre, como não podia deixar de ser, num momento de consciencialização coletiva quanto ao fenómeno, refletida necessariamente na multiplicação de ações tendentes a lidar com o problema ⁽¹²⁾. As diversas organizações internacionais, pré-existentes ou agora criadas para especificamente se debruçarem sobre o tema, começam a gizar grandes programas de ação, a delinear cartas éticas ou de princípios de atuação e gestão pública, a aprovar convenções internacionais a respeito da corrupção.

Estes novos marcos regulativos têm como característica nuclear a sua transnacionalidade, aplicando-se a um número de países cada vez maior e forçando, por isso, uma certa harmonização das respostas a dar face a fenómenos corruptivos. Tome-se como exemplo do que vamos dizendo as, já referidas, Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 1996; Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa, de 1999; Convenção da União Africana para a Prevenção e a Luta contra a Corrupção e Crimes Assimilados, de 2003; ou Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, igualmente assinada em 2003.

Em todos eles, ademais (com certa limitação para a Convenção Penal do Conselho da Europa), a corrupção é entendida num sentido muito abrangente, que ultrapassa largamente a realidade jurídico-penal e, muito embora esta não seja descurada, aposta-se antes na criação de um conjunto de medidas preventivas, na defesa de regras de funcionamento da administração que garantam a transparência e apelem à responsabilidade, na aprovação de códigos de conduta para a atuação pública. Mesmo, aliás, no seio do Conselho da Europa, cuja Convenção tem, por definição, um âmbito específica e restritamente criminal, tem-se compreendido a necessidade de concertar a atuação jurídico-penal com um conjunto de medidas de diferente natureza, como única forma de lidar com o problema. Assim, nos sucessivos ciclos de avaliação à implementação daqueles instrumentos nos diferentes países, tem-se vindo a alargar o âmbito de atuação muito para lá do direito penal, exigindo atuações cada vez com maior expressão

¹² Chamando também a atenção para este aspeto CLÁUDIA CRUZ SANTOS, “Considerações introdutórias (ou algumas reflexões suscitadas pela «expansão» das normas penais sobre corrupção)”, in *A Corrupção. Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 32 e ss.

na atividade administrativa, na formação de técnicos e magistrados ou ao nível das regras de financiamento partidário⁽¹³⁾.

Este alargamento significativo da dimensão não-penal da corrupção e das respetivas formas de reação não significa, todavia, que o grau de intervenção jurídico-criminal tenha perdido importância ou se haja retraído. Bem pelo contrário. De mãos dadas com esta diversificação de abordagens ao problema da corrupção anda, de modo que poderia julgar-se paradoxal, a própria expansão do direito penal. De facto, nas últimas duas décadas, temos assistido ao endurecimento do sistema repressivo da corrupção⁽¹⁴⁾, seja através de um conjunto de neocriminalizações em larga medida impostas por Convenções Internacionais, seja pela agravação das molduras penais, seja ainda através da adoção de técnicas de construção do tipo legal que alargam as margens da punibilidade. Veja-se, por exemplo, que ao lado da tradicional corrupção dos agentes públicos nacionais (funcionários e titulares de cargos políticos) – pensada, portanto, em função da preservação da autonomia intencional do Estado com vista à manutenção do Estado de Direito⁽¹⁵⁾ – foram-nos surgindo tipos incriminadores novos, como a corrupção de agente público estrangeiro⁽¹⁶⁾, a corrupção no setor privado⁽¹⁷⁾ ou a corrupção no fenómeno desportivo⁽¹⁸⁾.

¹³ Vejam-se, como exemplo, os relatórios de avaliação do GRECO – Grupo de Estados Contra a Corrupção – (disponíveis, com informação vária, em http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/index_en.asp). Está atualmente a decorrer a quarta ronda de avaliação, dedicada à prevenção da corrupção respeitante a membros do parlamento, juizes e procuradores.

¹⁴ Como salienta também CLÁUDIA CRUZ SANTOS, “Considerações introdutórias (ou algumas reflexões suscitadas pela «expansão» das normas penais sobre corrupção)”, *cit.*, p. 12.

¹⁵ Este é o bem jurídico usualmente reconhecido como estando na base das incriminações de corrupção. Cf., por todos, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *Sobre o Crime de Corrupção*, Coimbra, Almedina, 1987; e CLÁUDIA CRUZ SANTOS, “A corrupção [da luta contra o crime da intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador]”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 963-991; e “A corrupção dos agentes públicos em Portugal: reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência”, in *A Corrupção. Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 99-152.

¹⁶ Nos termos da, já referida, Convenção da OCDE contra a corrupção de agentes públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais de 1997, transposta para o direito interno pela Lei n.º 13/2001, de 4 de junho.

¹⁷ Estabelecida entre nós através da Lei n.º 20/2008, de 21 de abril, que cria o novo regime penal de corrupção no comércio internacional e no setor privado, dando cumprimento à Decisão Quadro n.º 2003/568/JAI, do Conselho, de 22 de julho.

¹⁸ A lei n.º 50/2007, de 31 de agosto, estabelece um novo regime de responsabilidade penal por comportamentos suscetíveis de afetar a verdade, a lealdade e a correção da competição e do seu resultado na atividade desportiva.

Como acentua CLÁUDIA SANTOS, esta evolução neocriminalizadora acabou por introduzir uma certa *desordem dogmática* na disciplina penal da corrupção, exigindo, desde logo, a reponderação do problema do bem jurídico tutelado através das incriminações de corrupção, “a adoção de técnicas legislativas que potenciem a eficácia da punição sem destruir o núcleo das garantias penais, a harmonização no espaço de legislações penais nacionais condicionadas por vários instrumentos internacionais ou a adoção de medidas processuais especiais justificadas quer pela opacidade da conduta quer pela necessidade de proteção dos denunciante¹⁹” (19).

Esta perturbação sistémica conheceu porventura o seu ponto mais alto, no que à legislação portuguesa respeita, aquando da discussão acerca da incriminação do enriquecimento ilícito, proposta, ou pelo menos equacionada, a nível internacional (e por muitos países efetivamente implementada) e que se considerou não ser sustentável à luz do quadro dogmático-normativo penal português, nomeadamente por referência aos princípios da presunção de inocência e da inexistência de ónus da prova (20).

De qualquer modo, mais do que a análise detalhada dos diferentes tipos incriminadores, o que importa compreender é que vivemos uma – ao menos aparente – inversão de paradigma quanto à perceção comunitária da corrupção. A sociedade vem tomando consciência da danosidade social das práticas corruptivas e, conseqüentemente, demanda meios mais eficazes para a sua repressão.

A corrupção deixou de ser encarada como prática própria de países subdesenvolvidos ou em vias de desenvolvimento, característica – como tantas vezes se sustentou – de democracias mais frágeis ou ainda em formação, que diminuiria, portanto, à medida que o sistema democrático se fosse implantando de modo mais duradouro e com raízes mais profundas. A constatação de que muitos dos chamados países desenvolvidos do mundo ocidental eram igualmente assolados por comportamentos corruptivos, feita através de um conjunto de escândalos de repercussão mundial, pôs definitivamente em causa esta argumentação, chamando a atenção para as imperfeições do sistema democrático e para a denominada *corrupção sistémica*.

¹⁹ CLÁUDIA CRUZ SANTOS, “Considerações introdutórias (ou algumas reflexões suscitadas pela «expansão» das normas penais sobre corrupção)”, *cit.*, pp. 8-9.

²⁰ Cf., a propósito, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 179/2012, de 4 de abril de 2012, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/acordaos/20120179.html>. Ver, igualmente, na doutrina, PEDRO CAEIRO, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento «ilícito»)”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 21, 2011, pp. 267-321.

Por outro lado, entrou igualmente em crise – o que muito contribuiu para o incremento da consciencialização da corrupção enquanto patologia do sistema – uma ideia comum até aos anos 80 de que a corrupção não seria necessariamente negativa ou desvantajosa do ponto de vista económico, pois que funcionaria como impulsionadora para os países menos desenvolvidos, permitindo *ultrapassar* modelos administrativos altamente burocráticos ou inertes, muitas vezes bloqueadores do crescimento económico.

A generalidade dos estudos aponta hoje para um grande desvalor económico da corrupção, falando-se em percentagens muito significativas do PIB de cada país *perdidas* na economia paralela – em Portugal, por exemplo, segundo o Observatório de Economia e Gestão da Fraude, a economia não registada representa hoje mais de 25% do PIB (enquanto, por exemplo, em 1970, correspondia a cerca de 12%) ⁽²¹⁾. Por outro lado, caiu simultaneamente por terra o mito de que países com elevados índices de corrupção apresentam um rápido crescimento económico, antes se compreendendo que a corrupção afeta negativamente o crescimento económico a médio e longo prazo.

Razões que, conduzindo todas ao aumento da perceção social da corrupção e das suas consequências, inevitavelmente conduziram – como quase sempre acontece – a que governados e governantes se voltassem, todos, para o direito penal, enquanto instrumento por excelência de repressão de comportamentos, não considerando, uns, e fazendo por não ver, outros, que o problema não pode encontrar a devida resposta no aparelho punitivo do Estado.

Em boa verdade, se a corrupção deixou de corresponder a uma estrita unidade de sentido jurídico-penal, com limites tipicamente definidos e elementos normativamente referenciados, antes ganhando significância enquanto pressuposto negativo de uma *good governance* que se vem impondo na compreensão do político – e que apela a critérios muito mais *finos* do que os que presidem à dimensão da responsabilização penal (como a transparência, a integridade ou a responsabilidade) – como pode, a jusante, esperar-se que seja o direito penal a (re)assegurar a vigência destes princípios?

Naturalmente, não se eximirá o direito penal de intervir sempre que estejam em causa comportamentos suscetíveis de preencher as exigências de dignidade e necessidades próprias de uma atuação em última linha, mas aí sempre limitado – e bem – quer pelas exigências substantivas de legalidade, quer pelas regras processuais de garantia. O que obviamente não bole, nem de modo distante, com a possibilidade de os comportamentos em causa se inscreverem

²¹ Cf. o estudo do OBEGEF, *Economia Não Registada em Portugal – Índice de 2013*, disponível em <http://www.gestaodefraude.eu/wordpress/wp-content/uploads/2014/12/ApresentacaoIndice2013.pdf>.

nesse conceito amplo, voraz (22), de corrupção, nem extingue a possibilidade de estarmos a mover-nos no campo da ilicitude – mas de outras ilicitudes (civil, disciplinar, administrativa, financeira,...). Ilicitudes essas que, porventura, terão de ser mais trabalhadas, sobretudo no sentido de se articularem entre si e com a ilicitude penal, de modo a permitirem uma cobertura não fragmentária da fenomenologia corruptiva.

Porque, se bem vemos, esta dissonância entre uma conceptualização da corrupção propositadamente ampla – que se emancipou, afinal, da sua origem jurídico-penal – e uma tentativa de reação, de pacificação social, feita ainda em moldes que remetem essencialmente para o aparelho punitivo penal acaba necessariamente por desaguar num sentimento de descrédito face à justiça, tida por inepta ou por, ela própria, corrupta. Coisa que, sucedendo certamente em alguns casos, não poderá sem mais generalizar-se.

E talvez este paradoxo ajude mesmo a compreender – ajude apenas, pois que muitos fatores sobre os quais não podemos aqui debruçar-nos contribuirão para tal – a razão pela qual Portugal apresenta um índice relativamente sério de perceção da corrupção, sem qualquer correspondência com o número real de casos investigados, acusados ou condenados por crimes de corrupção ou criminalidade similar.

De acordo com o Relatório de Perceção da Corrupção da *International Transparency* referente a 2014 (23), Portugal ocupa o 31.º lugar no *ranking*, ao lado do Porto Rico, do Botswana e do Chipre, ocupando um dos piores lugares dentro da União Europeia, revelando uma perceção da corrupção bastante elevada para o *standard* de um país europeu. E, todavia, a corrupção *processada* anda em torno dos 400 casos por ano, com taxas de acusação e de condenação bastante baixas, o que, aliás, tem vindo a ser repetidamente apontado pelas diferentes organizações internacionais que nos avaliam quanto a esta matéria.

É óbvio que estamos perante uma realidade onde as cifras negras são arrasadoras, seja pelo secretismo que naturalmente envolve estes comportamentos, seja pelas dificuldades técnicas e de prova que apresentam, seja pelo facto de estarmos perante denominados *crimes sem vítima*. Não pretendemos de modo nenhum escamoteá-lo. Parece-me que não podemos é fugir, todos, à reflexão sobre que corrupção temos e quais os meios adequados para a debelar na medida de possível. E afigura-se-nos que o resultado dessa ponderação, se bem que não negue a intervenção penal sem mais, nos conduzirá à imperatividade de equacionar outras formas de reação, que urge serem pensadas como parte

²² Pedindo, uma vez mais, de empréstimo as palavras de JOSÉ MOURAZ LOPES, *O Espectro da Corrupção*, *cit.*, pp. 39 e ss.

²³ Disponível em <http://www.transparency.org/cpi2014/results>.

de um sistema, criando articulações e comunicações que permitam a atuação a diferentes níveis e a sua complementaridade sempre que necessária.

DERECHO, LENGUA, CULTURA

Francisco Puy Muñoz⁽¹⁾

1. Preámbulo

La doctora Clara CALHEIROS, alma inspiradora y mano conductora de este congreso internacional, me preguntó por teléfono desde Braga, a primeros del pasado octubre, si podíamos tener una reunión de trabajo en Santiago. La petición no me sorprendió, pues eso ocurre de vez en cuando, ya que colaboramos con frecuencia en investigaciones y publicaciones colectivas desde hace diez años. A los pocos días, nos reunimos la doctora CALHEIROS, la doctora OTERO PARGA y yo, en el despacho de la Facultad de Derecho de esta última, como es costumbre. Y allí supe que su viaje a Santiago tenía por objeto convidarme de viva voz a participar en el evento que hoy nos reúne, y a disertar sobre derecho, lengua y cultura. Y entonces sí quedé sorprendido y callado.

Quedé sorprendido porque ya habíamos concertado otras veces invitaciones de este género por teléfono, o por mail, sin necesidad de desplazarnos. Días después caí en la cuenta de que la doctora CALHEIROS, que me conoce bien, debió captar en alguna conversación anterior alguna señal mía de abatimiento, e intuir que había la posibilidad de que por primera vez dijera no a una petición suya de colaboración. En efecto, había esa posibilidad y eso es lo que me dejó mudo. La causa de mi silencio era objetiva. A lo largo del año 2013 se acumularon algunos compromisos de trabajo imprevistos a otros ya programados con

¹ Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela (Espanha).

antelación, y esa acumulación me estaba obligando a realizar en aquellas fechas un esfuerzo extraordinario (²).

Mi mutismo duró poco, ya que aquel mismo día ocho de octubre acepté el convite. ¿Por qué? Por dos motivos con los que me disculpo ante mí mismo por haber cambiado tan deprisa de determinación.

El primer motivo fue que me resulta difícil negar colaboración intelectual a quien me la pide; y que esa dificultad se eleva a incapacidad, si quien pide es una persona que empezó siendo discípula, prosiguió siendo discípula y amiga, llegó al fin a ser discípula, amiga y colega... y además ruega mirando a la cara y sonriendo...

El segundo motivo fue la atracción que me causó el tema propuesto: *Derecho, lengua, cultura*. Esas tres palabras, expresan la síntesis de mi *curriculum vitae*. He dedicado mi vida a crear bienes culturales y a disfrutar de ellos, a conocer y manejar del mejor modo mi lengua materna, y a intentar comprender, practicar y enseñar el derecho lo mejor posible. Pero nunca se me ocurrió relacionar los tres tópicos. ¿Cómo podía desaprovechar esta ocasión de hacerlo? Por tanto, dije que sí; reflexioné sobre el asunto, escribí mis reflexiones y aquí me tenéis, para obsequiaroslas, rogándoos las aceptéis con benevolencia.

Derecho, lengua y cultura son a mi entender tres realidades axiológicas interrelacionadas de modo que *todo derecho nace, crece y se desarrolla en el seno de un grupo social definido por una lengua y una cultura, y arrancado de ese regazo nutricio, enferma, se corrompe y desaparece, dando paso a otro distinto*.

La fórmula que acabo de consignar no me satisface plenamente (³). La mantengo juzgando que puedo expresar así lo que quiero decir sin desfigurarlo excesivamente, ya que no se me ocurre otra más exacta. El parto de la palabra que comunica la idea es siempre duro, como ya lo enseñó SÓCRATES. Así lo comprobé yo una vez más en esta ocasión. Aunque por mis propias vivencias, y por la experiencia acumulada de momentos vitales emocionantes, guardados en la me-

² No exagero, pues realizado ya el balance final del año, veo que despaché la dirección de tres tesis doctorales y la redacción de un libro, seis monografías, dos prólogos y siete conferencias, u ocho si se incluye ésta... A primeros de octubre aún faltaban varios de esos trabajos por redactar, y me sentía agotado. Además, acababa de prometerme a mí mismo, a la vuelta de un viaje a México, que me tomaría un año sabático sin escribir ni conferenciar por encargo, para poder descansar un poco. ¿Cómo no había de quedar mudo ante la perspectiva de asumir un nuevo compromiso ya para febrero?

³ Al establecerla he hecho frente a una dificultad real, no imaginaria, que ni quiero esconder ni quizá podría hacerlo, pues responde a un proceso de la mente bien conocido. Ello es que la reflexión creadora del discurso, en cuanto éste tiene un mínimo de complejidad, es una especie de parto muy largo; una suerte de alumbramiento que comienza con las contracciones del soliloquio imaginario silencioso, prosigue con la dolorosa búsqueda de la palabra oral, y culmina en los desgarros del pulido de la lengua escrita.

moria, creía ver muy claro lo que quería decir a propósito de derecho, lenguaje y cultura, sin embargo llegado el momento no encontraba palabras satisfactorias...

Bien ahí queda la fórmula elegida, y entro sin más en su explicación y justificación.

2. Derecho

Sostengo que *todo derecho nace, crece y se desarrolla en el seno de un grupo social definido por una lengua y una cultura, y arrancado de ese regazo nutricio, enferma, se corrompe y desaparece, dando paso a otro distinto*. Pero ¿de qué derecho hablo? ¿Qué cosa nombro al decir derecho?

Cuando un jurista actual dice o escucha la palabra *derecho* suele pensar en la *ley*. Así es que imagino que quienes me escuchan han entendido que lo que he querido decir es que las leyes se expresan en una lengua y brotan de una cultura, de modo que trasplantadas a otra lengua u otra cultura distinta de aquellas en las que se expresaron carecen de oportunidad, de sentido, de función, y en fin de existencia o persistencia.

Bien, afirmo eso, pero no sólo eso. Si sólo dijera eso, no me quedaría nada más que decir aquí, salvo agradecer la asistencia y cantar el *ite, misa est*. Porque ¿quién duda de que un código alemán o francés no se pueden aplicar tal cual en España o Portugal? ¿A quién se le ocurriría tomar una ley del Estado de Virginia y publicarla en el Estado de São Paulo, aunque fuera traducida del inglés al portugués? ¿Quién intentaría disolver una sociedad mercantil mozambiqueña aplicando el código de comercio angolano? Es claro que los ordenamientos jurídicos no se pueden trasplantar de un país para otro.

Ahora bien, la tesis que intento justificar es mucho más amplia. Lo que digo es que todo el derecho, no sólo la legislación, tiene una dimensión y una estructura local que lo vincula a la cultura y a la lengua del grupo que lo necesita y lo crea, de modo que sólo tiene sentido en ese territorio o campo o ambiente. Lo que digo es que de la cultura y la lengua en que nacen dependen las cuatro manifestaciones básicas del derecho. Las enumero.

De la cultura y la lengua en que nace depende, en primer lugar, el derecho formado por cada uno de los derechos concretos consistentes en cosas o servicios personales que un individuo dice ser suyos; así como el derecho formado por cada asentimiento que recibe de otro individuo de su grupo; y así como el derecho formado por cada uno de los conflictos o litigios que un tercer individuo del grupo levante discutiendo el dominio inicialmente afirmado.

De la cultura y de la lengua en que nace, depende en segundo lugar, el derecho formado por cada una de las decisiones con las que un mediador, árbi-

tro, juez o magistrado decidan la pertenencia o dimensión de un derecho concreto debatido, y la serie de todas ellas formando jurisprudencia judicial.

De la cultura y la lengua en que nace depende, en tercer lugar, el derecho formado por cada una de las normas generales que un legislador va componiendo para regular conductas de posesión o litigio de derechos conforme a las anteriores experiencias acumuladas; y a su conjunto formando ordenamiento legal.

Y de la cultura y la lengua en que nace depende, en cuarto lugar, el derecho formado por cada uno de los estudios, monografías o tratados que intentan poner orden y claridad en el montón de opiniones jurídicas creado en los pasos anteriores, y en la suma total, o parcial por géneros, de toda esa jurisprudencia doctrinal.

Afirmo lo anterior porque de acuerdo con la concepción prudencial del derecho que profeso, no veo el derecho como un conjunto de leyes que van convirtiéndose en jurídicas, en derechos, las cosas, acciones, personas, instituciones o discursos que tocan, y que antes de ser tocadas por el legislador no eran derecho.

No. Eso no es así. Se trata de una ficción que en sus inicios resolvió algunos problemas de seguridad, claridad y orden, pero que después ha creado otros de desnaturalización y de injusticia ya intolerables. En todo caso, según la experiencia jurídica personal que he acumulado escrutando la realidad jurídica, concibo el derecho como un ente de razón que se materializa de diversas maneras, y en especial de las cuatro ya nombradas y que ahora repito.

Primero. El derecho se manifiesta ante todo como una suma ingente de cosas, servicios y actividades humanas concretas, que son derechos porque personas concretas las hacen suyas, o las usan por suyas, o las tienen por suyas, o las reclaman por suyas, cuando son apetecidas o violadas por otras personas, lo que origina conflictos que también son derecho porque versan sobre derechos concretos que dos o más individuos concretos proclaman suyos.

Segundo. El derecho se manifiesta a continuación en la larga serie de convenios, laudos o sentencias pronunciadas por mediadores, árbitros o tribunales de justicia, siendo éstos y sus resoluciones jurídicos porque debaten, cosas, servicios, derechos concretos, dándolos y quitándolos a individuos concretos.

Tercero. El derecho se manifiesta a continuación en la montaña de normas o leyes que son jurídicas porque regulan formas de prevenir conflictos concretos de posesión de cosas, servicios o derechos, o de resolverlos con economía de daños y perjuicios.

Cuarto. El derecho se manifiesta en fin en el océano de estudios doctrinales que intentan poner un poco de orden, de claridad y de seguridad en ese piélago de declaraciones de derechos, de demandas de derechos, de sentencias de derechos, de leyes sobre derechos y de doctrinas sobre derechos concretos, que

como es sabido no siempre aclaran como debieran, sino que enturbian aún más el goce de los derechos concretos...

En resumen, digo que los derechos, las sentencias, las normas y las doctrinas jurídicas plurales que integran el derecho de un pueblo singular están vinculados indisolublemente, para bien y para mal, a la lengua y la cultura del pueblo creador de tal derecho.

Ahora bien, el enlace de la lengua y la cultura no es homogéneo. Por tanto, conviene puntualizar por separado las relaciones del derecho con la lengua y con la cultura.

3. Lengua

Comienzo con la lengua, o sea, con el sistema de comunicación verbal y escrito propio de un grupo humano.

La lengua constituye la más alta creación de cada cultura y el motor que la impulsa en todas sus demás creaciones colectivas. El derecho es una de ellas, y no la menos valiosa.

La trascendencia que tiene la lengua que habla un grupo humano para su derecho deriva de varios hechos singulares, entre los que destacaré tres.

Primero. Ningún derecho existe hasta que un individuo dice “esto es mío” o “esto es nuestro”, y otro contesta “estoy de acuerdo”, o “no estoy de acuerdo, es mío”, o “es de otro”.

Segundo. Todas las apariciones del derecho usan dos lenguajes, el lenguaje usual o vulgar que emplean todos los operadores jurídicos, desde los analfabetos hasta los doctores; y el lenguaje técnico o elegante, que sólo emplean operadores jurídicos ilustrados o titulados. Con la particularidad de que ambos usan casi los mismos términos y las mismas estructuras sintácticas.

Tercero. Las palabras que significan derechos en lenguas romances proceden de otras que nacieron en lenguas indoeuropeas, en especial griego, latín y alemán, sin que puedan traducirse sus significados rigurosamente de un lenguaje jurídico a otro. P. e., los términos *idiótes*, *proprietas*, *propiedade*, *propiedad*, *propietà*, *propriété*, *property*, significando lo mismo en lenguaje vulgar, tienen sin embargo en lenguaje elegante referentes jurídicos reales muy diferentes, según el grupo social, según el idioma del país, y según la rama técnica del derecho en que se emplee.

Esos hechos y otros de semejante fuerza obligan a pensar que la lengua de un pueblo es el espíritu que anima y vivifica su derecho propio.

La fusión entre lenguaje y derecho es tan fuerte como la del alma y el cuerpo del ser humano. El cuerpo de los derechos está formado por cosas

naturales, transformadas culturalmente, o sea por la cultura creadora, que posee un ser humano o por servicios que un ser humano rinde a otro, transformando culturalmente de nuevo los servicios que rinden a los humanos los vientos y las lluvias, los montes y los ríos, los vegetales y los animales.

¿Cuándo se convierten en derechos esas simples cosas o eventos? Cuando las vivifica la lengua con sus palabras, proposiciones y razonamientos. Concretamente:

- a) Las palabras creadas anónimamente por el pueblo para nombrar cada derecho que descubre con distintos términos.
- b) La proposición de un ciudadano que ensambla las palabras en la declaración “este campo es mío”, u otras semejantes.
- c) El argumento de otro ciudadano que contesta hilvanando varias proposiciones como “ese campo no es tuyo, es mío, porque yo lo ocupé primero”, u otros parecidos.
- d) Los argumentos de ciertos juristas mediadores o jueces que acoplan en teorías llamadas sentencias, providencias o fallos, aquellos argumentos y pacifican ese litigio y otros equivalentes.
- e) Los argumentos de otros juristas legisladores que articulan en leyes las palabras que armonizan las diversas sentencias que ya forman acopio, y que se van juntando hasta constituir un sistema normativo llamado ordenamiento jurídico.
- f) Los argumentos de otros juristas jurisprudentes que critican, rechazan, justifican y armonizan todas las anteriores palabras, proposiciones, argumentos, teorías y sistemas construyendo muchos nuevos argumentos, teorías o sistemas llamados doctrina jurídica, ciencia jurídica o jurisprudencia doctrinal.

La importancia de la palabra en el derecho es tan crucial que la principal debilidad que puede tener cualquier derecho (sea contrato, sentencia, norma o doctrina) es que esté mal nombrado, mal expresado, mal explicado, mal argumentado...

4. Cultura

La cultura de un pueblo, o sea, todas las cosas en las que el grupo inventó o creó valores, es el cuerpo de su derecho, el suelo sobre el que edifica su derecho, el aire que respira su derecho, la sangre que alimenta su derecho, el medio que configura su derecho...

Prácticamente todos los teóricos del derecho convienen en que el derecho es un producto cultural, o sea una creación espiritual de un grupo humano que incide sobre todas las demás creaciones culturales y que a su vez es influido por ellas.

Los hechos prueban lo primero, o sea, que el derecho influye sobre los demás productos culturales. Tal influencia es constante e inevitable, desde el momento en que todo el que crea es consciente de que está produciendo algo suyo, un derecho subjetivo suyo, y de que le conviene tener en cuenta lo que dice el derecho para garantizarle su disfrute. Todas las creaciones humanas, materiales o espirituales, físicas o virtuales, se convierten, nada más producirse, en derechos subjetivos de sus artífices que éstos querrán poseer, exhibir, asegurar, negociar, transmitir, consumir, etc. Ahora bien, todas esas previsibles operaciones jurídicas condicionarán los planes del inventor o creador, y por tanto su creación cultural.

Además, todos esos derechos concretos son con frecuencia objeto de litigio, sentencia y ejecución judicial o mediadora; y todos los tribunales acumulan decisiones de este género en los campos civil, mercantil, administrativo, fiscal, etc., que los creadores tienen en cuenta, adaptando a ellas su inspiración y su obra.

Además, todos aquellos derechos subjetivos son objeto de normativa protectora de los objetos o servicios que los materializan o conservan, y de sus poseedores, propietarios, depositarios, etc.; y todos los ordenamientos jurídicos reconocen, definen y amparan los derechos culturales, con leyes de educación, de cultura, de investigación, de ciencia, de propiedad intelectual, de cinematografía, de museos, de galerías, de subastas de obras de arte... Todo lo cual teledirige a los creadores y sus producciones, no siempre de grado, por cierto.

Todos esos derechos, en fin, son dictaminados, analizados, criticados por los jurisprudentes; y no falta uno o varios capítulos dedicados a ellos en los tratados de derecho administrativo, civil, mercantil, fiscal y penal, además de los dedicados a estudiar la historia del derecho, la filosofía del derecho y la teología del derecho, instrucciones que de ningún modo olvidan los creadores técnicos, artesanales e industriales.

Veamos ahora la tesis alternativa, la de que el conjunto de los fenómenos culturales inciden en el derecho condicionándolo de alguna manera. También es un hecho, aunque un hecho menos evidente o menos palpable que el anterior. La razón de ello es simple.

Cuando el derecho de un grupo promueve o disuade una determinada producción cultural, los individuos o gremios que se dedican a esa actividad acusan el cambio y cambian en plazos brevísimos su producción. Análogamente, cuando un grupo social cambia el plexo de sus valores, un plexo que configura el ADN de cada cultura, cambia sus contenidos el derecho, o sea los derechos,

las sentencias, las leyes y las doctrinas jurídicas: pero ese cambio es mucho más lento, porque los operadores jurídicos tardan tiempo en enterarse y en promover las necesarias reformas; a veces, demasiado.

Pero vaya si cambia el derecho a consecuencia de los cambios culturales. Cada vez que un grupo social modifica sus valores se inicia o abandona una actividad cultural, tiene su derecho propio que suprimir y crear derechos, arbitrajes, reglamentos, doctrinas, o sea, tiene que auto corregirse. Derechos cotizados antes del cambio de valores, se tornan despreciados. Precedentes judiciales tenidos por sagrados antes de la mutación axiológica, quedan desautorizados. Bibliotecas legales vigentes antes de la inversión estimativa, se convierten en basura. Y tratados jurídicos estabilizados antes del terremoto valorativo, se ven abocados a reformar sus doctrinas o quedar obsoletos.

Cambia el derecho a consecuencia de los cambios culturales, que son siempre cambios de valores de todas clases, p. e., religiosos, literarios, musicales, arquitectónicos, decorativos, teatrales, cinematográficos, sanitarios, educativos, deportivos, alimenticios, turísticos, industriales, comerciales... Y ese cambio altera el derecho. El estudio de esos cambios corresponde a la sociología jurídica, económica, moral y política. No toca entrar ahora en ese campo.

Sí toca en cambio enfatizar que el hecho que acabo de describir es inevitable y da razón de por qué el conjunto de los fenómenos culturales, o sea la cultura, incide en el derecho condicionándolo de alguna manera. Ello es así: porque el derecho contiene su propio plexo axiológico, gobernado por la justicia y sus ministras libertad, igualdad, pluralismo, dignidad, legalidad y paz; porque el plexo axiológico jurídico es uno más de los que integran la cultura; y porque todos los plexos axiológicos son autónomos pero no independientes, de modo que todos se alimentan de todos y se potencian y limitan entre ellos. Esa es la razón por la que el derecho, siendo cultura, nace se desenvuelve y se transforma al ritmo que le marca el resto de la realidad cultural.

Este hecho tiene múltiples consecuencias de las cuales sólo puedo destacar aquí dos:

Primera. El derecho (derechos, sentencias, leyes, doctrinas) que no marcha al paso que le marca la cultura que lo produce y que lo nutre, es abandonado por sus cuidadores y beneficiarios; los cuales lo sustituirán por otro, si son avisados; o desaparecerán, si no lo son, porque los grupos humanos necesitan del derecho para sobrevivir, como del pan y la sal.

Y segunda. No pueden realizar bien su trabajo los operadores jurídicos que ignoran la cultura de los pueblos o grupos sociales en cuyo servicio operan.

Subrayo ambas inferencias porque he observado que la gente en general no es consciente de que el derecho es un producto cultural que incide sobre todos los demás y es influido por ellos. Y en consecuencia los operadores jurídicos

no suelen advertir esta relación. A veces, ni siquiera cuando informan, reclaman, demandan o fallan un bien cultural, un derecho cultural, una libertad cultural...

De lo cual infero que todo operador jurídico que se precie debe dedicar un tiempo de su vida espiritual a identificarse con la cultura de su pueblo. Todo jurista debe percatarse de que por bien que conozca el derecho de su municipio, su provincia, su región o su país, no puede interpretarlos, aplicarlos o explicarlos debidamente, si desconoce el medio cultural que los produce, modifica y mantiene o suprime.

No es un invento mío, ni de la moderna filosofía de la cultura. Lo enseñó el *Digesto* (1.1, 10.2) al definir la jurisprudencia como una ciencia que enseña a distinguir lo justo de lo injusto, sacando ese conocimiento *humanarum atque divinarum rerum notitiae*; de las *noticias de las cosas* divinas y humanas; de las *opiniones sobre las cosas* divinas y humanas; de las *valoraciones* divinas y humanas que revolotean por la sociedad... o sea, de la cultura matriz.

5. Conclusión

Estos son los argumentos que se me ocurren en favor de la tesis que prometí justificar: *todo derecho nace, crece y se desarrolla en el seno de un grupo social definido por una lengua y una cultura, y arrancado de ese regazo nutricio, enferma, se corrompe y desaparece, dando paso a otro distinto.*

Eso es desde luego lo que quise argumentar, pero no estoy seguro de que sea todo lo que deseaba sostener, pues tengo la impresión de que el lema derecho, lengua, cultura es bastante más grande que el traje argumental con que acabo de vestirlo. Dado que no lo haya logrado, les ruego que retengan estas diez ideas, que me gustaría no quedasen escondidas.

- 1) La cultura es el cuerpo del derecho, y la lengua su alma. Por eso, cultura, lengua y derecho son tres realidades inseparables.
- 2) Todo derecho refleja una lengua y una cultura, y ayuda a fortalecerlas y conservarlas.
- 3) No se puede conocer ni practicar bien un derecho sin conocer la lengua y la cultura que lo producen. Ni se pueden conocer ni practicar bien una lengua o una cultura sin conocer su derecho propio.
- 4) El valor del derecho, la lengua y la cultura de un pueblo son interdependientes. Es imposible que una cultura o una lengua pobres produzcan un derecho rico.

5) Las normativas jurídicas, lingüísticas y culturales no pueden contradecirse. Si se contradicen, la normativa jurídica será eliminada por la lingüística, y ésta por la cultural.

6) El derecho, la lengua y la cultura de un pueblo nacen *a simultaneo*, evolucionan *a simultaneo*, y mueren *a simultaneo*.

7) Los derechos de los pueblos son tan diferentes o tan afines entre sí, como los son sus respectivas lenguas y culturas entre sí.

8) Los trasplantes de instituciones particulares de unos derechos, lenguas o culturas a otras son tan necesarios, tan onerosos y tan peligrosos como los trasplantes de órganos de unas personas a otras.

9) Raramente pasará de ser un leguleyo el operador jurídico que no conozca bien la lengua viva (o las lenguas vivas) de su pueblo.

10) Difícilmente llegará a ser un jurisprudente el jurista ayuno de cultura clásica, o sea, de historia literaria de las lenguas madres (griego y latín) y romances principales (portugués, español, francés, italiano e inglés), y de las artes argumentales (gramática, tópica, retórica y dialéctica).

Muy estimados colegas: No divorciéis nunca vuestros derechos nacionales actuales de la cultura jurídica lusitana de la que proceden y de las otras con las que ella se haya marido. Ni tampoco de la lengua portuguesa que les da espíritu y futuro. Os lo ruego apelando a la autoridad que me pueda conceder el hecho de llevar medio siglo enseñando lo mismo a los operadores jurídicos de cultura hispánica y lengua española. Nuestras culturas, nuestras lenguas y nuestros derechos imperiales y transoceánicos merecen los sacrificios que tengamos que hacer por ellos.

He dicho.

Colofón

Las páginas que anteceden están escritas de memoria y de corazón. No intentan exponer doctrinas ajenas, sino solamente ideas propias, probablemente recibidas de otros o inspiradas por otros al correr de las lecturas, las conversaciones y las oraciones. De seguro que recogen inconscientemente ideas redactadas y publicadas por mí también al correr de los años (*).

-
- ⁴ Por ejemplo en los trabajos que enumero a continuación (ordenados de más recientes a más antiguos) para atender anticipadamente a quien pueda sentir deseos de ampliar conocimientos.
- "Sobre oralidad y argumentación jurídica", en *Dereito. Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 18/2 (2009), pp. 117-147.
 - "Pensamiento Jurídico y Cultura de la Trasgresión", en *El Pensamiento Jurídico. Pasado, Presente y Perspectiva. Libro Homenaje al Prof. Juan José Gil Cremades, María Elósegui Itxaso/Fernando Galindo Ayuda (Eds.), El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2008, pp. 835-851.
 - "Multiculturalismo. Un análisis tópico", en *Historia y Filosofía Política, Jurídica y Social. Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba. Volumen IV. Eusebio Fernández, Rafael de Asís/Javier Ansuátegui (Coords.)*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2008, pp. 791-812.
 - "Las lenguas de la jurisprudencia histórica gallega", en *Introducción a la Jurisprudencia Histórica de Galicia*, autoría compartida con Milagros Otero Parga, prólogo de Ramón Villares Paz, *Publicaciones da Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela*, 2006, pp. 93-105.
 - "Linguaxes esotéricas", en *A filosofía dos vascos ó remate do século XX*, Milagros Otero Parga (editora y presentadora), *Fundación Alfredo Brañas, Santiago de Compostela*, 2003, pp. 61-66.
 - "Desde a periferia cultural", en *A filosofía dos vascos ó remate do século XX*, Milagros Otero Parga (editora y presentadora), *Fundación Alfredo Brañas, Santiago de Compostela*, 2003, pp. 77-81.
 - "Ensaio de historia sucinta da linguaxe xurídica galega", en *El Museo de Pontevedra*, 52 (1998), pp. 287-295. O bien, *Homenaxe a Xosé Filgueira Valverde*, vol. 2, *Artes Gráficas Vicus, Vigo*, 1999, pp. 287-295.
 - "Ensayo de definición de los derechos culturales", en *Anuario de Derechos Humanos*, 5 (1988), pp. 203-229.
 - "Aínda acerca da Cultura Galega", en *Vamos. Revista del Colegio Alca*, 5 (Santiago de Compostela 1986), pp. 8-9, Reimpr. 1ª) F. Puy: *Ensaio acerca da nosa Autoidentificación (Presentación de Xosé Filgueira Valverde, Santiago de Compostela, Fundación Alfredo Brañas, 1990, 308 pp.)*, pp. 61-64.
 - "La invocación de Dios en el actual lenguaje jurídico", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 28 (1988), pp. 487-499.
 - "Aínda encol da cultura galega", en *Vamos. Revista del Colegio Alca*, 5 (Santiago 1985), pp. 8-9.
 - "La cultura gallega, parte esencial de la cultura española", en *Razón Española*, 7 (Madrid 1984), pp. 341-352.
 - "El derecho a la cultura", en *Derechos humanos. Vol. 1. §§ 0-34. Derechos económicos, sociales y culturales*, Paredes, Santiago de Compostela, 1983, pp. 219-228.
 - "El derecho a la lengua", en *Derechos humanos. Vol. 2. §§ 35-60. Derechos civiles*, Paredes, Santiago de Compostela, 1983, pp. 117-128.
 - "La cultura y otras músicas...", en *Actualidad Universitaria*, Granada, 15/03/1958, p. 3.
- Casi todas esas publicaciones tienen los repertorios bibliográficos utilizados en su confección. No añado más datos porque la literatura sobre el tema derecho y lengua, y derecho y cultura es oceánica, dada su constante presencia en la historia de las ideas jurídicas; y porque la información por internet facilita el hallazgo de publicaciones recientes o de reediciones de clásicos de esta materia.

DA ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO DIREITO ARBITRAL DOS PAÍSES LUSÓFONOS, EM BREVES TRAÇOS

**Em especial: da oportunidade da criação de um
Centro de Arbitragem dos Países Lusófonos
para a resolução de litígios emergentes de
operações de investimento estrangeiro**

*João Pacheco de Amorim ⁽¹⁾
Bárbara Soares ⁽²⁾*

1. A arbitragem de investimento internacional

A arbitragem tem-se revelado um importante meio de resolução de litígios, em alternativa aos tribunais estaduais, apresentando como vantagens genéricas a informalidade e a celeridade do processo, bem como a especialização dos julgadores (normalmente, árbitros escolhidos pelas próprias partes em função da matéria em causa), o que, em princípio, garante uma decisão mais correta e, sobretudo, mais justa.

¹ Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

² Advogada.

No caso dos conflitos internacionais, a arbitragem é mesmo o mecanismo de eleição, colmatando de forma bastante eficiente a ausência de entidades congêneres aos tribunais estaduais, decorrente, obviamente, da inexistência de uma ordem jurídica mundial. Ao que acresce o facto de a arbitragem internacional assegurar uma reduzida interferência dos Estados na resolução do dissídio.

A arbitragem internacional pode ser definida como um meio jurisdicional privado e voluntário de resolução de um litígio, “*de caráter contratual ou não, caracterizado pela existência de elementos de conexão envolvendo mais de um Estado, que é suscetível de ser resolvido pela via arbitral e relativa a interesses privados ou a interesses público-privados que não deva ser submetido, por disposição legal ou por convenção internacional, a tribunais específicos*” (3).

Sucede que, nos últimos anos, a arbitragem internacional tem ganho crescente relevância como forma de resolução de litígios que surgem no âmbito do investimento estrangeiro (4). Isto porque, do ponto de vista do investidor, a arbitragem constitui uma garantia essencial de que, em caso de diferendo com o Estado ou outro ente público com quem haja contratado as condições do investimento, o mesmo será decidido por um órgão imparcial. Para além de que, na arbitragem, as posições das partes têm tendência para se equiparar. Já na ótica do Estado alvo do investimento, o recurso à arbitragem é uma forma de incentivar o investimento estrangeiro (5).

A arbitragem de investimento internacional distingue-se da arbitragem comercial internacional pelo seu âmbito de aplicação. Com efeito, enquanto naquele tipo de arbitragem está sempre envolvido um Estado, na qualidade de recetor do investimento, na maioria dos casos a arbitragem de comércio internacional desenvolve-se apenas entre sujeitos de direito privado.

A arbitragem de investimento internacional pode, assim, ser definida como um meio de resolução de litígios “*entre um Estado (ou certas entidades por ele controladas) e entidades privadas que são investidoras no Estado litigante, desde que elas sejam consideradas nacionais de um outro Estado que com o Estado litigante tenha firmado um acordo bilateral ou uma convenção multilateral destinada a promover e proteger os investimentos ou certas transações equivalentes*”

³ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, Lisboa, 2010, p. 548.

⁴ Sobre a arbitragem de investimento estrangeiro em geral, ver por todos JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “A tramitação do processo nos litígios sobre investimento estrangeiro em direito arbitral comparado”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa. Intervenções*, Coimbra, 2008.

⁵ Cfr., neste exato sentido, DÁRIO MOURA VICENTE, “A Arbitragem de Investimento: A Convenção ICSID e os Tratados Bilaterais”, in *V Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria*, Coimbra, 2012, p. 80.

efetuadas pelos nacionais respetivos” (6). Destarte, este tipo de arbitragem caracteriza-se pela diversidade dos sujeitos jurídicos litigantes e dos interesses que estes representam: de um lado, o Estado, titular do interesse público, e, do outro, os investidores e os interesses privados que os movem.

2. Instrumentos de direito internacional aplicáveis à arbitragem de investimento – situação atual

Ao longo das últimas décadas, diversos instrumentos internacionais, bilaterais e multilaterais, têm-se debruçado sobre a arbitragem de investimento.

Entre os instrumentos multilaterais, merece destaque a *Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados*, celebrada em Washington, em 1965, que instituiu o único centro de arbitragem destinado a resolver litígios de investimento internacional de âmbito universal, o *Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos* (conhecido pela nomenclatura anglo-saxónica ICSID), que se encontra atualmente sob a gestão do Grupo Banco Mundial. No final do ano 2013, tinham já ratificado a referida Convenção 150 Estados, entre quais constam os seguintes países lusófonos: Cabo Verde, Moçambique, Portugal, S. Tomé e Príncipe e Timor-Leste. A Guiné-Bissau assinou a Convenção em 1991, mas nunca a ratificou. Já Angola e o Brasil nunca integraram formalmente a Convenção.

O art. 25.º, n.º 1, da *Convenção de Washington* faz assentar o seu âmbito objetivo de aplicação sobre dois polos: em primeiro lugar, é necessário que se trate de um *diferendo jurídico diretamente decorrente de um investimento*; e, em segundo lugar, é necessário que esse investimento que dá lugar à controvérsia coloque em relação *um Estado Contratante (ou qualquer pessoa coletiva de direito público ou organismo dele dependente designado pelo mesmo ao Centro) e um nacional de outro Estado Contratante*. A partir de 1978, através das *Regras sobre Facilidades Adicionais*, a Convenção foi estendida a litígios em que um dos Estados envolvidos não está vinculado a ela.

O art. 25.º, n.º 1, da Convenção exige, ainda, que as partes manifestem, por escrito, a sua vontade de submeter o litígio que venha a ocorrer a arbitragem e ao ICSID. A Convenção exige, portanto, um duplo consentimento do Estado parte: (1) o consentimento expresso através da assinatura e ratificação da Convenção e, posteriormente, em face do concreto litígio, (2) o consentimento escrito. Daí que alguns autores defendam que a Convenção é “*um «acordo-quadro»*”, que

⁶ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, cit., p. 725.

apenas possibilita um acordo posterior” (7) entre o investidor e o Estado recetor do investimento.

Ainda em relação aos instrumentos multilaterais que se têm ocupado da arbitragem, importa também fazer uma breve referência às regras da *Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional* (UNCITRAL). Com efeito, esta Comissão aprovou, em 1976, uma Lei Modelo sobre Arbitragem Internacional, tendo em vista uniformizar a lei sobre processos arbitrais e as necessidades específicas da prática da arbitragem internacional.

A arbitragem realizada segundo as regras da UNCITRAL é, normalmente, uma arbitragem *ad hoc*, porque não é administrada por centros institucionalizados de arbitragem, mas sim regulada por um corpo de normas organizadas por uma entidade pública que constitui uma agência especializada da Organização das Nações Unidas.

Já entre os instrumentos internacionais bilaterais que incentivam o recurso à arbitragem, destacam-se os tratados bilaterais de promoção e proteção recíproca do investimento estrangeiro, que passaram a ser celebrados, em maior escala, na década de 90. Estes tratados visam, de um modo geral, incentivar e defender os investimentos realizados pelos nacionais de cada um dos respetivos Estados parte no território do outro Estado parte (8), sendo que, para o efeito, se conferem aos investidores estrangeiros certas garantias fundamentais, entre as quais avultam tipicamente: “(a) O tratamento nacional e da nação mais favorecida; (b) A proibição de expropriações e nacionalizações com carácter discriminatório e sem indemnização; (c) A livre transferência do capital e dos rendimentos do investimento; e (d) A resolução dos diferendos entre as partes por negociações e, caso estas não bastem, por arbitragem” (9). Os tratados bilaterais tendem, portanto, a eleger a arbitragem como instrumento privilegiado de resolução dos diferendos que possam surgir, afastando, geralmente, a possibilidade de as partes recorrerem aos tribunais estaduais.

Este tipo de acordos de cooperação económica tem vindo a ser celebrado entre os países da Comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP), animados pelo desejo de aprofundarem as suas tradicionais relações. A título de exemplo, refira-se que, entre 1991 e 2003, Portugal celebrou tratados bilaterais com todos os países membros da CPLP, com o declarado objetivo de encorajar e criar condições mais favoráveis para a realização de investimentos pelos investidores

⁷ DÁRIO MOURA VICENTE, “A Arbitragem de Investimento: A Convenção ICSID e os Tratados Bilaterais”, *cit.*, p. 84.

⁸ Cfr. FAUSTO QUADROS, *A proteção da propriedade privada pelo Direito Internacional Público*, Coimbra, 1998, pp. 48 e ss.

⁹ DÁRIO MOURA VICENTE, “A Arbitragem de Investimento: A Convenção ICSID e os Tratados Bilaterais”, *cit.*, p. 86.

de qualquer uma das partes contratantes no território da outra parte, na base da igualdade e do benefício mútuo.

Em todos os referidos tratados em que Portugal é parte, existe, de facto, um artigo que regula o modo de resolução dos conflitos que possam ocorrer entre um dos Estados contratantes e um investidor do outro Estado contratante, verificando-se, antes de mais, que se privilegia a resolução dos diferendos de forma amigável, através de negociações entre as partes. Porém, para a hipótese de essas negociações não serem bem-sucedidas, são diversas as soluções preconizadas.

No caso dos tratados (bilaterais) celebrados por Portugal com Cabo Verde, Moçambique e S. Tomé e Príncipe, consagra-se o recurso à arbitragem, submetendo-se expressamente o diferendo ao *Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos*, nos termos da *Convenção de Washington*, da qual todos os Estados contratantes são parte.

Já no caso dos tratados celebrados por Portugal com o Brasil e Timor-Leste, para além da arbitragem internacional desenvolvida no ICSID, nos termos da *Convenção de Washington*, as partes admitem, ainda, em alternativa, a sujeição do diferendo a um tribunal (arbitral) *ad hoc*, estabelecido de acordo com as regras da UNCITRAL, bem como o recurso aos tribunais locais.

No tratado celebrado com Angola, prevê-se, no art. 9.º, a resolução do conflito no Centro criado pela *Convenção de Washington*, ou, então, nos tribunais estaduais, não se consagrando a alternativa da constituição de tribunais (arbitrais) *ad hoc* ⁽¹⁰⁾.

Finalmente, no acordo celebrado entre Portugal e a Guiné-Bissau, a resolução de um eventual conflito é submetida unicamente a um tribunal arbitral *ad hoc*.

3. Um centro de arbitragem dos países lusófonos destinado à resolução de litígios emergentes de operações de investimento estrangeiro

É neste contexto que se propõe a celebração de uma Convenção entre os países da CPLP, para a criação, no âmbito da respetiva Confederação Empresarial (convenção precedida de um acordo com o mesmo objeto a celebrar entre as associações e empresas que integram esta estrutura associativa), de um centro de

¹⁰ Recorde-se que nem o Brasil, nem Angola assinaram a *Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados*; contudo, isso não os impede de se vincularem às suas regras materiais.

arbitragem dos países lusófonos destinado à resolução de litígios emergentes de operações de investimento estrangeiro, centro cujas decisões fossem reconhecidas por todos os Estados parte, nos termos a definir na própria Convenção. Este Centro teria uma espécie de filial instalada em cada um dos Estados contratantes, numa cidade cujo volume de negócios e investimentos o justificassem (poderia ser na respetiva capital ou noutra cidade com importância reconhecida no mundo empresarial), criando-se assim uma rede institucionalizada de centros de arbitragem ⁽¹¹⁾.

Um tal centro de arbitragem da CPLP apresentaria uma série de vantagens específicas para a Comunidade, quando comparado com os outros centros de arbitragem internacional já existentes, entre as quais se destaca a criação de uma cultura arbitral na CPLP em matéria de investimento estrangeiro, graças à tendência para a uniformização de jurisprudência (arbitral), o que aumentaria a segurança e confiança dos parceiros económicos e, nessa medida, contribuiria para impulsionar o investimento estrangeiro nos países lusófonos.

Por outro lado, graças à criação de uma lista de árbitros composta por prestigiados professores universitários, das melhores faculdades de direito da CPLP, e de juristas de reconhecido mérito a exercerem atividade na Comunidade, o centro seria duplamente especializado: (1) especializado nas matérias em discussão; (2) e especializado também no conhecimento das idiossincrasias e da realidade socioeconómica dos países que compõem a Comunidade. Desta forma, garantir-se-ia um sistema arbitral mais eficiente, caracterizado por decisões mais justas e, sobretudo, mais adequadas aos casos concretos, com as quais as partes em litígio facilmente se conformariam, com claras vantagens em matéria de exequibilidade das sentenças. Com efeito, o sucesso de uma decisão é aferido pela sua exequibilidade e depende, naturalmente, do grau de compreensão e aceitação das partes.

Outra vantagem do centro – e aqui o contributo tecnológico de Portugal poderia ser muito relevante – seria a da desmaterialização dos processos arbitrais, através do recurso a modernos meios de comunicação à distância, reduzindo-se, assim, os custos do processo.

Após a institucionalização do Centro, e já em termos de operacionalização do projeto, cada Estado membro da CPLP poderia designar um representante, em articulação com a Confederação Empresarial, representante esse que ficaria responsável por assegurar a execução do projeto, assumindo também, nessa medida, a qualidade de presidente da filial do centro de arbitragem no seu

¹¹ Sobre os centros de arbitragem voluntária em geral, ver JOÃO PACHECO DE AMORIM/BÁRBARA M. SOARES, “Algumas considerações em torno dos Centros de Arbitragem Voluntária e dos respetivos regulamentos arbitrais”, in *A arbitragem administrativa e tributária*, ISABEL CELESTE M. FONSECA (Coord.), Coimbra, 2012.

respetivo país. Os representantes dos Estados teriam, desde logo, de escolher as entidades que os auxiliariam na gestão corrente da respetiva filial do centro de arbitragem da CPLP e propor alguns nomes para compor a lista de árbitros.

Em matéria de gestão corrente de cada uma das filiais do centro, os representantes dos Estados poderiam, mediante decisão fundamentada, optar pela criação de uma nova entidade ou escolher uma entidade pré-existente, desde que, neste último caso, se trate de uma entidade que exerça funções de câmara de comércio e indústria com inquestionáveis mérito e representatividade.

Quanto à lista de árbitros, o representante de cada Estado membro da CPLP ficaria incumbido de apresentar aos seus homólogos uma lista (com 5 a 10 nomes) de prestigiados professores universitários, das melhores faculdades de direito do respetivo Estado, e/ou de juristas de reconhecido mérito que exerçam a sua atividade no país em questão. Deste modo, garantir-se-ia a representatividade dos Estados na lista de árbitros. Sendo que, nos processos submetidos ao centro de arbitragem da CPLP, deveriam ser sempre nomeados, no mínimo, 3 árbitros, um pelo investidor, outro pelo Estado recetor do investimento e um terceiro árbitro (que seria o presidente no processo em questão) da nacionalidade de um Estado que não estivesse envolvido no litígio.

Os representantes dos países lusófonos, em conjunto, deveriam, ainda, sintetizar as regras (substantivas e processuais) a adotar pelo centro de arbitragem, de forma a garantir a aplicação das mesmas regras nas suas diferentes filiais. Para o efeito, deveriam basear-se nos instrumentos internacionais mais relevantes, a saber, a *Convenção de Washington* e as regras da UNCITRAL.

Para garantir o regular funcionamento do centro de arbitragem da CPLP, em primeiro lugar, os Estados membros da Comunidade teriam de alterar, desde logo, os tratados bilaterais que celebraram entre si, passando a prever expressamente este centro como uma alternativa ao *Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos* (ICSID) e excluindo a hipótese de os litigantes submeterem o caso a um tribunal arbitral *ad hoc*. Por outro lado, os Estados contratantes deveriam passar a prever nos contratos de investimento estrangeiro uma cláusula compromissória que atribuísse competência para a resolução de um eventual litígio ao centro de arbitragem da CPLP.

CONVENÇÕES SOBRE DUPLA TRIBUTAÇÃO ENTRE OS PAÍSES LUSÓFONOS ⁽¹⁾

João Sérgio Ribeiro ⁽²⁾

Introdução

Uma das matérias mais importantes de Direito Fiscal, no contexto atual de internacionalização das economias, é a dupla tributação e os mecanismos que os Estados usam para a atenuar, sendo a celebração de convenções sobre dupla tributação um dos recursos mais eficazes para atingir esse objetivo. Tendo em conta o desejo expresso reiteradamente pelos países de língua portuguesa, designadamente no contexto da Comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP), de aproximação dos seus povos nas várias esferas, incluindo a comercial e a do investimento, o problema da dupla tributação ganha uma importância acrescida. Devendo, por isso, ser visto como uma prioridade. Portugal tem convenções com quase todos os Estados de língua portuguesa, mas a celebração de tratados entre os restantes Estados é praticamente inexistente. Esta situação justifica certamente uma análise do tema, no sentido de sensibilizar a comunidade jurídica para a necessidade de avançar neste domínio, propondo soluções para uma implementação mais plena das convenções. Especialmente num contexto em que estas assumem cada vez mais funções, para além do estrito combate à dupla tributação.

¹ Estas breves notas correspondem ao texto que serviu de apoio à comunicação, com o título *Convenções sobre dupla tributação entre os países lusófonos*, feita no dia em 21 de fevereiro de 2014, no âmbito do Congresso Internacional “Direito na Lusofonia”, que teve lugar na Escola de Direito da Universidade do Minho, não tendo a pretensão de ser mais do que isso.

² Escola de Direito da Universidade do Minho.

A comunicação iniciará com uma introdução à temática das convenções para, num segundo momento, analisar algumas das disposições das convenções existentes entre os países lusófonos, nos seus aspetos essenciais. Importa salientar que a abordagem encetada constitui uma brevíssima incursão pela temática, limitada pelo que é possível fazer nos escassos 20 minutos de que dispomos.

1. Convenções sobre dupla tributação

A maior parte das convenções celebradas a nível mundial, independentemente de estarem ou não em causa países da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), segue o modelo de convenção desta organização, não sendo as que são celebradas entre os países lusófonos exceção, pelo que o contexto de análise das convenções entre eles será esse mesmo.

1.1. Conceito e evolução

A Convenção Modelo da OCDE (CMOCDE) sobre o Rendimento e Património (ou capital, como também é costume designá-la, representando uma tradução mais literal da designação em língua inglesa) representa, como o próprio nome indica, um modelo de tratado que pode servir de base à celebração de tratados bilaterais entre Estados, com vista à prossecução dos fins subjacentes a este modelo.

Fazendo um paralelo com as situações da vida corrente, pode dizer-se que a convenção modelo funciona como uma espécie de minuta a utilizar pelos Estados quando estes pretendem celebrar um acordo bilateral em matérias tributárias.

O que foi avançado revela-se, contudo, insuficiente para caracterizar a CMOCDE a que nos referimos, pois se constitui já um avanço a constatação de que se trata de um modelo de tratado a seguir em matérias fiscais, face à abrangência dessas temáticas, apresenta-se, ainda assim, como imperativo que dela se faça uma delimitação mais precisa.

A Convenção tem em vista essencialmente matérias fiscais que contendam com impostos sobre o rendimento e o património, tendo, além disso, como um dos objetivos principais o combate à dupla tributação.

Na verdade, foi a tentativa de obviar à dupla tributação jurídica internacional que esteve na base da criação da convenção modelo a que nos referimos, que se pretendia impor como um instrumento uniforme para lidar com esse problema.

Antes de prosseguirmos com a caracterização, convém, no entanto, deixar claro o conceito de dupla tributação internacional, pois só assim se compreenderá plenamente um dos principais objetivos dessa convenção.

De uma forma muito simples, pode sustentar-se que existe uma dupla tributação jurídica internacional quando o mesmo sujeito passivo é tributado no âmbito de impostos comparáveis, pelo mesmo elemento material ou situação de facto, em períodos de tempo idênticos. Esta forma de dupla tributação jurídica internacional distingue-se da dupla tributação económica, onde somente é tributado o mesmo elemento ou situação de facto.

É precisamente à primeira destas situações que a Convenção pretende obviar.

É importante dizer que o combate à dupla tributação foi o primeiro objetivo da CMOCDE, a ponto de, nas primeiras versões desta convenção, isto é, nas versões de 1963 e de 1977, haver uma referência expressa, na própria designação da convenção modelo, à eliminação da dupla tributação. De facto, inicialmente, o objetivo praticamente exclusivo era esse mesmo, mas, com o passar do tempo, começaram também a ser reconhecidos outros fins, designadamente a prevenção da evasão fiscal através da cooperação administrativa e, mais recentemente, a eliminação da discriminação dos não residentes ou estrangeiros e mesmo o evitar da dupla tributação.

A designação “sobre o rendimento” tem como significado que a Convenção se aplica aos impostos sobre o rendimento, independentemente de terem ou não essa designação.

O conceito de património ou capital apresenta-se mais fluido, não havendo uma delimitação acabada acerca daquilo a que se refere, sendo, no respeito a este ponto, muito útil a indicação, por parte dos Estados signatários da convenção, dos impostos a que aquela se aplica. Entende-se que os impostos sobre o património abrangem (i) os impostos sobre a fortuna, (ii) os impostos sobre os ganhos da alienação de móveis e imóveis que acresçam à tributação feita no âmbito dos impostos sobre o rendimento, (iii) os impostos de saída e (iii) os impostos sobre o volume de salários pagos pelas empresas (*payroll taxes*). Excluem-se os impostos sobre sucessões e doações, impostos indiretos e contribuições para a segurança social.

A origem histórica da CMOCDE reporta-se aos trabalhos desenvolvidos pelo Comité Fiscal da Organização Europeia de Cooperação Económica (OECE), no sentido de apresentar uma recomendação para eliminar a dupla tributação – o que aconteceu em 25 de fevereiro de 1955. Não obstante estar aqui a génese da CMOCDE, o trabalho final só foi concluído em 1963 pelo Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE que sucedeu, em 1961, ao Comité Fiscal da OECE.

Apesar de a CMOCDE ter surgido unicamente em 1963, já nessa altura, cerca de 70 convenções bilaterais tinham sido celebradas entre países que fazem hoje parte da OCDE. Esse facto deveu-se, em grande medida, à circunstância de já haver um importante trabalho prévio desenvolvido desde 1921 no seio da Sociedade das Nações que produziu, em 1928, o primeiro modelo de convenção. Seguiram-se outras experiências, designadamente as Convenções Modelo do México (1943) e a de Londres (1946), cujos princípios foram seguidos com algumas variações nos anos seguintes. Contudo, nenhuma destas convenções foi total e unanimemente aceite.

Só a CMOCDE viria a ter essa abrangência em termos de aceitação. Prova disso é o facto de ser usada como instrumento de referência nas negociações entre Estados membros da OCDE, como até entre Estados não membros. Chegando mesmo a servir de inspiração a outras Convenções Modelo como a das Nações Unidas, usada essencialmente como base de trabalho para a celebração de convenções entre países desenvolvidos e países em vias de desenvolvimento.

A CMOCDE, desde que foi criada, em 1963, já sofreu várias revisões, designadamente em 1977, 1992, 1994, 1995, 1997, 2000, 2003, 2008, 2010, 2012 e 2014, continuando a ter um papel dominante enquanto convenção tipo a nível mundial. Isso sem prejuízo de existirem instrumentos semelhantes, como a já referida Convenção Modelo das Nações Unidas (NU), o Modelo de Convenção Intra-asiático, assinado em 1987 pelos Membros da Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN), O Modelo dos Estados Unidos (*The 1966 US Model*) e o da Holanda (*The 1987 Netherlands Model*).

1.2. Relações com o direito nacional: o caso português

As convenções aplicam-se a todas as pessoas que sejam residentes de um ou de ambos os Estados contratantes (art. 1.º da CMOCDE). Dizem respeito, tal como já se salientou, a impostos sobre o rendimento e o património (ou capital), descritos em termos gerais no art. 2.º da CMOCDE. E têm como objetivo eliminar a dupla tributação, estabelecendo, nesse contexto, uma série de normas (arts. 6.º a 21.º da CMOCDE) que definem para as diferentes categorias de rendimentos as competências fiscais do Estado da fonte (ou do *situs*) e do Estado da residência.

Uma das questões inevitáveis é saber qual é a relevância dessas e de outras normas das convenções no direito interno.

A este respeito, há duas soluções clássicas que se reconduzem quer à tese dualista quer à tese monista.

De acordo com a tese dualista, partindo do pressuposto que existe uma diversidade absoluta entre o direito interno e o direito internacional quanto às fontes e quanto aos sujeitos, exige-se, para que a norma internacional vigore na ordem interna, que seja previamente transformada em lei.

Para o posicionamento monista, as convenções vigoram diretamente no plano interno, tendo aí uma vigência plena, não necessitando, portanto, de uma transformação em direito interno, como sustenta o posicionamento dualista.

O direito português opta pela visão monista, na medida em que consagra uma cláusula de receção automática plena do direito convencional internacional. Nesses termos, o direito convencional, depois de regularmente aprovado e ratificado, adquire relevância, independentemente de outra formalidade que não seja a mera publicação (art. 8.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa – CRP). Daqui decorre que os tratados são fonte imediata de direitos e obrigações para os seus destinatários, podendo, por isso, ser diretamente invocados perante os tribunais.

Os tratados são ainda superiores à lei ordinária. Esta superioridade decorre não só dos arts. 26.º e 27.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, mas igualmente do art. 8.º, n.ºs 1 e 2, da CRP. Pois, para que a convenção vigore na ordem interna, é necessário que a lei ordinária a não possa revogar. Consequentemente, o direito internacional convencional não pode ser afastado por uma lei interna ordinária posterior. Igual relação de superioridade verifica-se relativamente à lei ordinária anterior, dado que o Estado português tem de a suspender, se for conflituante com a convenção.

Conclui-se, portanto, que o direito internacional convencional é colocado na ordem jurídica interna num grau hierárquico ao da lei ordinária e que, por conseguinte, em caso de conflito, se sobrepõe a ela.

1.3. Métodos de eliminação da dupla tributação dirigidos ao Estado da residência

a) Método da isenção

Em rigor, a figura da isenção só ocorre quando há competência cumulativa, não nos casos em que a competência é atribuída em termos exclusivos. Podemos distinguir a isenção integral e a isenção com progressividade.

Na isenção integral, o rendimento não é tomado em consideração, seja para que efeito for.

Na isenção com progressividade, apesar de o rendimento não ser tributado, é tomado em consideração juntamente com o rendimento de produção interna para efeitos de determinação da taxa progressiva aplicável. Este tipo de isenção visa evitar discriminar os sujeitos passivos que tenham unicamente rendimentos de fonte interna.

b) Método da imputação (tax credit)

A imputação diz-se integral quando o Estado da residência deduz o montante total do imposto efetivamente pago no país da fonte.

Quando se fixa um limite máximo para essa dedução que corresponderá à fração de imposto a pagar no país da residência pelos rendimentos provenientes do país da fonte, estamos perante a imputação ordinária. Consta-se que, neste caso, apenas haverá uma dedução parcial do imposto estrangeiro, se este for superior ao do Estado da residência, pois quando for inferior a dedução continuará a ser integral.

O método da imputação assume duas outras variantes que são especialmente adotadas quando um dos Estados contratantes é um país em vias de desenvolvimento. Referimo-nos ao crédito presumido e ao crédito fictício.

- Crédito presumido (*matching credit*)

Consiste na atribuição de um crédito mais elevado do que aquele que resultaria da aplicação da taxa convencional do país da fonte. Exemplo disso seria, por hipótese, a situação em que, apesar de a taxa convencional ser de 25%, se permitiria uma dedução à taxa de 30%.

- Crédito fictício (*tax sparing*)

Consiste na atribuição de um crédito correspondente ao imposto que teria sido pago no país de origem, se não fosse a isenção com que neste se pretendeu incentivar o investimento estrangeiro. Este método evita que o contribuinte deixe de tirar partido dos benefícios do país da fonte, cujo sacrifício financeiro poderia, se não existisse este crédito, traduzir-se num benefício exclusivo do país da residência.

c) *Método da dedução*

Em abstrato, pois não é normalmente acolhido nem resulta da CMOCDE, pode ainda falar-se do método da dedução. Este método consiste na dedução do imposto pago no estrangeiro ao rendimento com essa origem.

2. Convenções entre os países lusófonos

Com a exceção de Portugal, que celebrou convenções com quase todos os Estados de língua portuguesa (faltando a celebração com São Tomé e Príncipe e Angola), os demais celebraram apenas com Portugal. Tal como já foi indiciado, todas essas convenções, apesar de só Portugal ser membro, seguem de uma forma muito próxima o modelo da OCDE, divergindo dele apenas em alguns pontos.

A ordem de celebração foi a seguinte: Moçambique 1992 (protocolo adicional 2009); Macau 1999; Cabo Verde 2000; Brasil 2001; Guiné-Bissau 2009 e Timor-Leste 2012.

2.1. Análise de algumas disposições das convenções entre Portugal e outros países lusófonos

As convenções em análise têm como referência a CMOCDE. Isso sem prejuízo de a numeração dos artigos poder não corresponder em cada uma delas à numeração da convenção modelo. Por uma questão de simplicidade, nas alíneas seguintes, teremos como referência a numeração da CMOCDE, devendo entender-se que temos em vista o artigo com conteúdo equivalente em cada uma das convenções referidas.

a) Art. 5.º da CMOCDE – estabelecimento estável

No que respeita ao teste do estabelecimento estável projeto de construção, todas divergem da CMOCDE. Cabo Verde e Timor-Leste fixam um período de 183 dias. Os demais países estabelecem um período mínimo de 6 meses ou mais (9 meses, no caso do Brasil).

b) Art. 12.º da CMOCDE – royalties

Na CMOCDE, as *royalties* só são tributadas no Estado da residência. Nas convenções de que tratamos, podem ser igualmente tributadas no Estado da fonte – até ao limite de 10% na maior parte delas e 15% no Brasil

c) Art. 20.º da CMOCDE – estudantes

É uma inovação e uma característica distintiva das convenções lusófonas. Os Professores que se desloquem a convite de uma instituição de ensino do outro Estado para ensinar ou investigar estão isentos de tributação quer no Estado da residência quer no Estado da fonte, desde que não permaneçam naquele Estado mais de dois anos. O objetivo desta solução é certamente promover a cooperação no domínio da Educação, o que é algo de muito positivo.

d) Art. 23.º da CMOCDE – métodos de eliminação da dupla tributação

De salientar que, na convenção com Moçambique, aos impostos pagos em Moçambique, Portugal aplica o método do crédito fictício (solução confirmada pelo protocolo adicional de 2009) e Moçambique o método da imputação ordinária aos impostos pagos em Portugal.

O mesmo se passa na convenção com Cabo Verde (apesar de já ter expirado a disposição relativa à eliminação da dupla tributação, não se tem conhecimento de que tenha havido consultas entre as autoridades para prorrogar ou suspender este regime).

Na convenção com o Brasil, o método aplicado é o da imputação ordinária, com um regime excecional para os dividendos.

Nas convenções com a Guiné-Bissau e Timor, aplica-se a imputação ordinária.

Finalmente, no caso de Macau, os rendimentos obtidos por residentes beneficiam da imputação ordinária como método de eliminação da dupla tributação, estando previsto um regime especial para os dividendos que, se forem obtidos por residentes em Macau, beneficiam do mecanismo da isenção.

e) Art. 26.º da CMOCDE – troca de informações

Todas as convenções preveem troca de informações, o que, para além das vantagens imediatas, no que respeita quer à aplicação das convenções quer ao combate à evasão fiscal, permite ainda que as empresas que invistam em Portugal beneficiem de isenção dos dividendos distribuídos no contexto do art. 14.º, n.º 3, alínea *a*), do Código dos Impostos sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas – IRC.

Relativamente ao Brasil, Moçambique e Cabo Verde, para além da informação a pedido, estão igualmente previstas trocas espontâneas e automáticas que decorrem dos seguintes protocolos de assistência mútua administrativa: (i) Protocolo ⁽³⁾ entre Portugal e Brasil em matéria de troca de informações tributárias, de dezembro de 2010; (ii) Protocolo entre Portugal e a República de Cabo Verde em matéria de impostos sobre o rendimento, de junho de 2010, e (iii) Protocolo entre Portugal e Moçambique em matéria de Assistência Mútua Administrativa, de 20 de maio de 2011.

f) Art. 27.º da CMOCDE – assistência em matéria de cobrança de impostos

Este artigo foi introduzido na CMOCDE apenas em 2003, pelo que as convenções celebradas até essa data não incluem um artigo com esse teor.

A única convenção que tem uma disposição equivalente a esse artigo é celebrada com Moçambique, que foi alterada em 2009 por um protocolo adicional para incluir essa disposição.

As demais convenções com países lusófonos ou não têm o equivalente a esse artigo (Brasil, Timor e Macau) ou incluem apenas uma provisão de cooperação fiscal a nível de troca de formação e troca de experiências, mais no domínio da organização e funcionamento da administração fiscal ⁽⁴⁾ (Cabo Verde e Guiné-Bissau).

2.2. Ideias breves relativas a desenvolvimentos futuros

Num plano menos ambicioso, é urgente aumentar o número de convenções entre os vários países de expressão portuguesa. Não se compreendendo, aliás,

³ Certamente influenciados pela proposta que antecedeu a Diretiva 2011/16/UE do Conselho, de 15 de fevereiro de 2011, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade e que revoga a Diretiva 77/799/ CEE.

⁴ O Brasil inclui uma referência a este tipo de cooperação no n.º 6 do art. 26.º referente à troca de informações.

que Portugal seja o único a ter uma rede de convenções com vários países lusófonos. Outra circunstância que causa alguma estupefação é a ausência de uma convenção entre Portugal e Angola, dado o fluxo de atividades económicas envolvendo os dois países.

Num plano mais ousado, poder-se-ia pensar na criação de um modelo de convenção sobre dupla tributação para os países lusófonos ou, inclusive, criar uma convenção multilateral. Tratar-se-ia de um enorme avanço que, apesar de ter de lidar com grandes dificuldades práticas, designadamente os diferentes graus de desenvolvimento das economias dos vários países envolvidos e uma sintonia em termos de políticas fiscais, poderia ter na CPLP o contexto indicado para se materializar.

Conclusões

Como já se antevia, constatou-se que a CMOCDE serviu de base às convenções celebradas entre os países de língua portuguesa que, não obstante pequenos desvios, alguns deles evidenciados, a seguem no essencial.

Surpreendentemente, verifica-se que só Portugal tem convenções com outros países lusófonos, havendo, mesmo assim, ausências difíceis de justificar. Entre os outros países lusófonos, a situação ainda é mais inquietante, na medida em que não existem quaisquer convenções.

Há, por conseguinte, muito a fazer neste domínio, o que é premente face às óbvias vantagens que daí adviriam para o fortalecimento das relações entre os países de que cuidámos.

O PAPEL DO DIREITO NO LEGADO PORTUGUÊS EM MACAU

José Eduardo Figueiredo Dias ⁽¹⁾

1. A passagem de soberania e a criação da Região Administrativa Especial de Macau

Em 20 de Dezembro de 1999, deu-se a passagem de soberania de Macau de Portugal para a China, pondo-se termo ao “território de Macau sob administração portuguesa” e criando-se a Região Administrativa Especial de Macau (RAEM). Tal aconteceu dois anos após idêntico processo, relativo a Hong Kong, entre a Inglaterra e a China, com a instituição da Região Administrativa Especial de Hong Kong (RAEHK).

As bases do estabelecimento destas regiões administrativas especiais, que constituem um modelo de organização político-administrativa único em todo o mundo, assentam no pensamento de DIANG XIAOPING e no princípio “um país, dois sistemas”, por ele proposto.

Na sequência das bases dogmáticas e políticas avançadas por DIANG XIAOPING, o art. 31.º da Constituição da República Popular da China passou a autorizar a Assembleia Popular Nacional a criar regiões administrativas especiais. De acordo com esta norma, “O Estado pode estabelecer regiões administrativas especiais quando necessário. O sistema a ser instituído nas regiões administrativas especiais será determinado por lei emitida pela Assembleia Popular Nacional em função das suas condições específicas” ⁽²⁾. Por esta razão,

¹ Faculdade de Direito da Universidade de Macau.

Este artigo segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

² Norma que deve ser articulada com o n.º 13 do art. 61.º da mesma Constituição, nos termos do qual a Assembleia Popular Nacional tem o poder de decidir sobre o estabelecimento de regiões administrativas especiais e os sistemas a serem aí instituídos.

as bases da fundação de cada uma das regiões administrativas especiais assentam numa Lei Básica (relativa a cada uma delas) adoptada pela Assembleia Popular Nacional da República Popular da China, a qual fornece a estas regiões um alto nível de autonomia, um sistema político separado e uma economia capitalista, sob o mencionado princípio de “um país, dois sistemas”.

As Regiões Administrativas Especiais de Hong Kong e de Macau são responsáveis por todas as questões locais, com excepção de actos políticos considerados de importância fundamental para a República Popular da China (RPC): concretamente, assuntos do Estado central como a política externa e a defesa nacional.

Desta forma, a RAEM e a RAEHK possuem poderes legislativo, administrativo ou executivo e judiciário próprios, designadamente o poder para julgar em última instância. Dispõem igualmente de políticas específicas de imigração, moeda e processo de extradição.

A Lei Básica da RAEM (à imagem do que aconteceu em Hong Kong) preservou expressamente os sistemas legais pré-existentes, em particular os relativos às leis portuguesas em vigor. O art. 8.º da Lei Básica da RAEM não deixa dúvidas quando prevê que “As leis, os decretos-leis, os regulamentos administrativos e demais actos normativos previamente vigentes em Macau mantêm-se, salvo no que contrariar esta Lei ou no que for sujeito a emendas em conformidade com os procedimentos legais, pelo órgão legislativo ou por outros órgãos competentes da Região Administrativa Especial de Macau”.

Com algumas excepções, as leis nacionais chinesas vigentes na RPC não se aplicam nas RAE, estando excluídas as questões diplomáticas, de defesa nacional ou qualquer outra que esteja para além do alcance da autonomia de uma região administrativa especial.

2. A Lei Básica da RAEM

A Lei Básica da RAEM ⁽³⁾ constitui o diploma fundamental que criou esta Região e no qual o seu sistema político-jurídico se encontra definido. A Lei Básica pode ser considerada a “mini-constituição” da RAEM, uma vez que não

³ Adoptada em 31 de Março de 1993 pela Primeira Sessão da Oitava Legislatura da Assembleia Popular Nacional da RPC e promulgada pelo Decreto n.º 3 do Presidente da RPC para entrar em vigor no dia 20 de Dezembro de 1999.

estamos a falar de um Estado soberano mas apenas de uma região administrativa especial ⁽⁴⁾.

À promulgação da Lei Básica antecedeu-se um longo processo de trabalho político-jurídico entre os Governos da RPC e de Portugal, no contexto do qual se destaca a assinatura, por estes dois governos, em 13 de Abril de 1987 ⁽⁵⁾, da *Declaração Conjunta sobre a Questão de Macau*, na qual se acordou que o Governo da RPC voltaria a assumir o exercício da soberania sobre Macau a partir de 20 de Dezembro de 1999.

Entre os aspectos consagrados nesta Declaração Conjunta, sublinhem-se os seguintes:

- a futura execução, em Macau, do princípio “um país, dois sistemas”;
- a subordinação da RAEM ao Governo Popular Central da RPC mas o gozo de um *alto grau de autonomia*, excepto nas relações externas e de defesa;
- a atribuição à RAEM de poderes executivo, legislativo e judicial independente, incluindo o de julgamento em última instância;
- a manutenção sem alterações dos sistemas social e económico de Macau, bem como “a respectiva maneira de viver”, preservando-se igualmente as leis vigentes inalteradas; a este nível, é ainda significativa a garantia de uma série de direitos e liberdades, incluindo os de expressão, imprensa, reunião, greve, religião e crença e, também, o direito à propriedade privada;
- a nomeação do Chefe do Executivo pelo Governo Popular Central “com base nos resultados de eleições ou consultas realizadas em Macau” e a subsequente indigitação dos titulares dos principais cargos públicos pelo Chefe do Executivo para nomeação pelo Governo Popular Central;
- a possibilidade de nomeação ou contratação de nacionais portugueses e de outros países para desempenhar funções públicas na RAEM;
- a possibilidade de ser usada a língua portuguesa nos organismos do Governo, no órgão legislativo e nos Tribunais da RAEM;

⁴ Criticamente sobre esta qualificação – ainda que admitindo que a Lei Básica seja considerada como possuindo natureza, valor e estatuto de Constituição e apelada de “mini-constituição, para-constituição, quasi-constituição, proto-constituição, constituição local, constituição *lato sensu*, etc.” – cf. JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *O Sistema de Direitos Fundamentais na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Macau, 2013, pp. 50 e ss.

⁵ Concretamente por CAVACO SILVA e por ZHAO ZIYANG, ao tempo primeiros-ministros dos respectivos países.

- a continuação em circulação da Pataca de Macau, mantendo a RAEM a sua independência financeira, não arrecadando o Governo Popular Central quaisquer impostos em Macau;
- a possibilidade de a RAEM usar bandeira e emblema regionais próprios;
- a promulgação de uma Lei Básica da RAEM, pela Assembleia Popular Nacional da RPC, onde constem estas políticas e a sua permanência inalterada durante 50 anos.

A Lei Básica da RAEM em nada se afastou dos princípios estabelecidos na “Declaração Conjunta”, sendo logo afirmado no seu Preâmbulo o facto de estar subjacente à criação da RAEM o princípio “um país, dois sistemas”, pelo que não se aplica a Macau o sistema e as políticas socialistas.

Sendo uma “mini-constituição”, naturalmente que a estrutura e o conteúdo da Lei Básica reflectem isso mesmo, isto é, a regulação dos direitos fundamentais, do “estatuto jurídico do político” e ainda os princípios fundamentais sobre a economia, cultura e assuntos sociais, assuntos externos (com as limitações já mencionadas), entre outras matérias.

Para além do Preâmbulo, a Lei Básica contém um Capítulo I com os “Princípios gerais”; o Capítulo II é dedicado ao “Relacionamento entre as Autoridades Centrais e a Região Administrativa Especial de Macau”; o Capítulo III debruça-se sobre os “Direitos e deveres fundamentais dos residentes”⁽⁶⁾; o Capítulo IV é um capítulo muito extenso (arts. 45.º a 102.º), com a disciplina da *estrutura política* da RAEM e secções dedicadas ao Chefe do Executivo, ao órgão executivo, ao órgão legislativo, aos órgãos judiciais, aos órgãos municipais, aos funcionários e agentes públicos e, por último, ao juramento de fidelidade. O Capítulo V da Lei Básica ocupa-se do regime da economia; o Capítulo VI da cultura e dos assuntos sociais; o Capítulo VII dos assuntos externos; o Capítulo VIII contém disposições sobre a interpretação e revisão da Lei Básica; e o Capítulo IX integra as disposições complementares.

Algumas disposições da Lei Básica, integradas no seu Capítulo I (“Princípios gerais”), merecem atenção particular. Desde logo o art. 2.º, dispondo que “A Assembleia Popular Nacional da República Popular da China autoriza a Região Administrativa Especial de Macau a exercer um *alto grau de autonomia* e a gozar de *poderes executivo, legislativo e judicial independente*, incluindo o de julgamento em última instância, de acordo com as disposições desta Lei” (itálicos nossos). O art. 5.º reafirma a máxima “um país, dois sistemas”, ao estabelecer:

⁶ Não se tratando de um Estado soberano, os residentes de Macau não têm o estatuto de cidadania mas de residentes desta Região Administrativa Especial, com cidadania chinesa ou de qualquer outro país, sendo considerados residentes (permanentes ou não permanentes) de Macau se satisfizerem os requisitos previstos no art. 24.º da Lei Básica e densificados na lei.

“Na Região Administrativa Especial de Macau não se aplicam o sistema e as políticas socialistas, mantendo-se inalterados durante cinquenta anos o sistema capitalista e a maneira de viver anteriormente existentes”.

O art. 8.º, por seu turno, determina que “As leis, os decretos-leis, os regulamentos administrativos e demais actos normativos previamente vigentes em Macau mantêm-se, salvo no que contrariar esta Lei ou no que for sujeito a emendas em conformidade com os procedimentos legais [...]”. A intenção de manter a língua portuguesa como língua oficial é afirmada no art. 9.º, segundo o qual, “Além da língua chinesa, pode usar-se também a língua portuguesa nos órgãos executivo, legislativo e judiciais da Região Administrativa Especial de Macau, sendo também o português língua oficial” (7). Ao nível do direito ordinário, o Código do Procedimento Administrativo consagrou no seu art. 6.º o *princípio da utilização das línguas oficiais*, nos termos do qual “As línguas oficiais de Macau serão utilizadas pelos órgãos da Administração Pública, no exercício da sua actividade”.

O art. 11.º ocupa-se do lugar da Lei Básica na organização política da RAEM e no seu sistema das fontes do Direito: “De acordo com o art. 31.º da Constituição da República Popular da China, os sistemas e políticas aplicados na Região Administrativa Especial de Macau, incluindo os sistemas social e económico, o sistema de garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos seus residentes, os sistemas executivo, legislativo e judicial, bem como as políticas com eles relacionadas, baseiam-se nas disposições desta Lei”.

3. O sistema dos direitos fundamentais em Macau

Um aspecto destacado da ordem jurídica de Macau a merecer a nossa atenção é o que resulta do papel de enorme relevo que, pelo menos ao nível da Lei Básica, é assumido pelos direitos fundamentais.

Em todo o caso, há uma série de *singularidades dos direitos fundamentais reconhecidos em Macau* (8) que não pode ser ignorado. Segundo JOSÉ MELO ALEXANDRINO, que seguimos agora no texto, “é quase tudo singular no sistema de direitos fundamentais de Macau”, o que se justifica, ainda segundo o Autor, pelo facto de as experiências de Macau (e de Hong Kong) serem únicas no

⁷ Não sendo de ignorar que, na parte final do artigo seguinte, o 10.º, sobre a bandeira e o emblema regionais, se prevê que “O emblema regional da Região Administrativa Especial de Macau tem ao centro o desenho de cinco estrelas, flor de lótus, ponte e água do mar, circundado pela inscrição «Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China» em chinês, e a palavra «Macau», em português” (itálico nosso).

⁸ Cf. JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *O Sistema de Direitos Fundamentais na Lei Básica...*, cit., pp. 56-61.

Mundo, pois nunca antes foi formulado o princípio “um país, dois sistemas” ⁽⁹⁾. Para este Autor, as especificidades dos direitos fundamentais reconhecidos em Macau traduzem-se na sua *gênese única* (o seu “nascimento” no termo de um processo de transição, do retorno do território de Macau à soberania chinesa), nos *fundamentos híbridos* dos direitos fundamentais em Macau (os valores e fins que presidiram à elaboração da Lei Básica e que têm subjacentes, antes de mais, uma ideia de compromisso), no seu *reconhecimento* ou previsão numa lei ordinária, do ponto de vista formal (embora este argumento ceda parcialmente, devido ao facto de a Lei Básica dever ser vista como uma Constituição em sentido funcional), ao facto de a Lei Básica ser bastante sintética na formulação dos direitos fundamentais, à circunstância de os direitos fundamentais previstos na Lei Básica terem por titulares *residentes* (ou outras pessoas que se encontrem na RAEM) e não cidadãos (devido à inexistência do *status* de cidadania na RAEM) e à configuração destes direitos como direitos fundamentais *especiais*, por serem reconhecidos numa lei especial em relação à Constituição da RPC, sendo também diferentes dos reconhecidos na China aos demais cidadãos chineses.

Centrando-nos apenas no articulado da Lei Básica, assinala-se, de início, a disposição contida no seu art. 4.º: “A Região Administrativa Especial de Macau assegura, nos termos da lei, os direitos e liberdades dos residentes da Região Administrativa Especial de Macau e de outras pessoas na Região”.

Em termos estruturais, o capítulo onde se contém os “direitos e deveres fundamentais dos residentes” precede aqueles relativos à estrutura política e à economia, o que não pode deixar de revelar algum significado. Ademais, ainda em sede de “princípios gerais”, a Lei Básica garante, no seu art. 6.º, a protecção do direito à propriedade privada por lei na RAEM, o que se revela significativo.

Quanto ao *elenco dos direitos fundamentais* previstos e garantidos na Lei Básica, sem qualquer separação entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais, garante-se, sucessivamente, o *direito de igualdade* (art. 25.º), o *direito de eleger e ser eleito* (art. 26.º), a *liberdade de expressão, de imprensa, de associação, de desfile e de manifestação*, bem como o direito de organizar e participar em *associações sindicais* e em *greves* (tudo no art. 27.º), a *liberdade pessoal*, acompanhada de garantias fundamentais ao nível do processo penal, com destaque para o pedido de *habeas corpus* e para a presunção de inocência até ao trânsito em julgado da sentença de condenação (arts. 28.º e 29.º), a *inviolabilidade da dignidade humana*, o direito ao *bom nome e reputação* e à *reserva da intimidade da vida privada e familiar* (art. 30.º), a *inviolabilidade do domicílio* (art. 31.º), a *protecção da liberdade e do sigilo dos meios de comunicação* (art. 32.º), a *liberdade de circulação, estabelecimento, emigração e de viajar* (art. 33.º), as liberdades de *consciência* e de *crença religiosa*

⁹ *O Sistema de Direitos Fundamentais na Lei Básica...*, cit., p. 56.

(art. 34.º), a liberdade de *escolha de profissão e de emprego* (art. 35.º), o *direito à tutela jurisdicional efectiva* (art. 36.º), a liberdade de exercer actividades de educação, investigação, criação literária e artística e outras actividades culturais (art. 37.º), a liberdade de *contrair casamento*, o *direito de constituir família e de livre procriação*, bem como a protecção dos *direitos das mulheres, dos menores dos idosos e dos deficientes* (art. 38.º), o *direito a benefícios sociais* e o bem-estar e garantia de aposentação dos *trabalhadores* (art. 39.º).

Em suma, um catálogo bastante abrangente, onde são consagrados os mais relevantes direitos fundamentais, num elenco que se pode considerar com suficiente amplitude e diversificação para garantir a *dignidade da pessoa humana* de todos os residentes da RAEM. Em termos que se justificam, grande parte destes direitos e liberdades são protegidos e garantidos “nos termos da lei”, numa remissão para a disciplina e protecção do seu regime pelo legislador ordinário.

A protecção dos direitos fundamentais na RAEM vê-se ainda enriquecida pelas restantes disposições contidas no Capítulo III da Lei Básica, em especial pela aplicabilidade a Macau das disposições pertinentes do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, bem como das *convenções internacionais de trabalho*.

4. As principais leis de Macau

Uma disposição fundamental para o desenho da ordem jurídica e para o papel que o Direito tem vindo a assumir no “legado português” em Macau encontra-se plasmada no citado art. 8.º da Lei Básica, o qual determina que os diplomas normativos anteriormente vigentes em Macau se mantêm em vigor, salvo no que contrariar esta Lei ou no que for sujeito a emendas em conformidade com as novas regras legais então instituídas ⁽¹⁰⁾.

Dez anos passados sobre a entrada em vigor da Lei Básica, é aprovada uma lei da máxima importância, contendo o “Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas” (Lei n.º 13/2009), a qual visa pôr ordem e legitimar práticas reinantes na RAEM, decorrentes de uma certa confusão gerada pelo facto de o Chefe do Executivo e o Governo não disporem de poder legislativo

¹⁰ Deve-se também chamar a atenção para a última disposição da Lei Básica, o art. 145.º. Segundo este preceito, “Ao estabelecer-se a Região Administrativa Especial de Macau, as leis anteriormente vigentes em Macau são adoptadas como leis da Região, salvo no que seja declarado pelo Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional como contrário a esta Lei. [...]. Os documentos, certidões e contratos, válidos ao abrigo das leis anteriormente vigentes em Macau, bem como os direitos e obrigações neles compreendidos, continuam a ser válidos e são reconhecidos e protegidos pela Região Administrativa Especial de Macau, desde que não contrariem esta Lei. [...]”.

(terem-no perdido após a passagem de soberania). Logo no art. 2.º se enuncia, como uma das finalidades desta lei, “Clarificar e disciplinar o regime de alteração, suspensão e revogação dos decretos-lei” (n.º 6). Na sua sequência, o art. 8.º é dedicado à problemática dos decretos-lei e à sua alteração, suspensão ou revogação, a qual pode ser feita por lei, por regulamento administrativo independente ou por regulamento administrativo complementar (em função do tipo de matéria em causa). Este diploma e os preceitos citados são um bom reflexo do papel que, dez anos depois da passagem de soberania, diplomas legais anteriormente vigentes continuam a assumir – traduzindo de modo inequívoco a incontornável importância que o direito português mantém em Macau.

Nesta linha, não surpreende que *praticamente todos* os códigos em vigor na RAEM tenham sido publicados no ano de 1999 e dois deles nos quatro anos anteriores, cristalizando-se como um *formidável registo* do papel do Direito no legado português em Macau:

- o *Código Penal*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 58/95/M e publicado em 14 de Novembro de 1995;
- o *Código de Processo Penal*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48/96/M e publicado em 2 de Setembro de 1996;
- o *Código Civil*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 39/99/M e publicado em 3 de Agosto de 1999;
- o *Código Comercial*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 40/99/M e publicado em 3 de Agosto de 1999;
- o *Código do Registo Predial*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 46/99/M e publicado em 20 de Setembro de 1999;
- o *Código de Processo Civil*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 55/99/M e publicado em 8 de Outubro de 1999;
- o *Código de Registo Comercial*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 56/99/M e publicado em 11 de Outubro de 1999;
- o *Código de Procedimento Administrativo*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 57/99/M e publicado em 11 de Outubro de 1999;
- o *Código de Registo Civil*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 59/99/M e publicado em 18 de Outubro de 1999;
- o *Código do Notariado*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 62/99/M e publicado em 25 de Outubro de 1999;
- o Regime Jurídico da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 97/99/M e publicado em 13 de Dezembro de 1999;

- o *Código de Processo Administrativo Contencioso*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 110/99/M e publicado em 13 de Dezembro de 1999.

E o mais notável reside no facto de, catorze anos depois da passagem de soberania, a redacção da esmagadora maioria destes diplomas legais se manter no essencial, com algumas excepções (caso do Código Comercial, com modificações importantes entretanto levadas a cabo).

Se olharmos para os diplomas legais em causa, as parecências com os homónimos portugueses são por de mais evidentes.

O Código Penal, talvez o exemplo mais relevante em face das profundas diferenças com o regime chinês, é decalcado do português tanto no que se refere à sua estrutura, como no que toca às penas aplicáveis, à possibilidade de suspensão da execução da pena de prisão, à liberdade condicional, à previsão de medidas de segurança para inimputáveis, entre muitos outros aspectos ⁽¹⁾.

Outras homologias muito significativas, por representarem uma enorme proximidade cultural e histórica com o direito português e um afastamento claro dos princípios ainda vigentes no direito penal chinês, prendem-se com os *limites das penas e medidas de segurança* (de acordo com o art. 39.º do *Código Penal de Macau, não pode haver pena de morte nem penas ou medidas de segurança privativas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida*), com o facto de a pena não poder nunca ultrapassar a medida da culpa (art. 40.º) e com a *duração da pena de prisão*, cujo limite máximo é de 25 anos podendo, excepcionalmente, atingir os 30 anos (art. 41.º). Isto é, num espaço geográfico e político apartado do português, o limite máximo (excepcional!) da pena de prisão excede em 5 anos – apenas! – o vigente em Portugal.

Em conclusão, as traves mestras do direito da RAEM, ao nível dos diplomas legais fundamentais, apresentam fortes semelhanças com as do direito português – pelo menos do direito português no momento da passagem de soberania, porquanto muitas das subsequentes evoluções do direito luso não conheceram correlativo acolhimento em Macau.

5. O sistema administrativo da RAEM

Apesar da proximidade geográfica e, em certos termos, histórica com a RAEHK, existe uma profunda dissemelhança entre o sistema de administração vigente em Hong Kong e em Macau. Em Macau, é indisputada a vigência de um sistema de administração executiva, muito próximo do português nas suas diversas características.

¹¹ Sendo de registar, em sentido contrário, a manutenção em Macau da figura das *contravenções*, entretanto extinta no direito português.

Na verdade, a ideia de uma Administração Pública subordinada a um ramo especial de Direito que lhe atribui poderes de autoridade e estabelece deveres especiais não é comum a todos os ordenamentos jurídicos, variando a configuração da Administração Pública em função do espaço. A diferença porventura mais significativa ao nível da temática dos sistemas administrativos é a que se estabelece entre as Administrações Públicas de países integrados no sistema da *common law* (em particular, Inglaterra e Estados Unidos da América e, no contexto geográfico específico desta abordagem, a RAEHK) e as de outros países mais próximos do modelo francês, como a generalidade dos países da Europa continental. É a este último sistema que deve ser reconduzido, por força da influência do direito português, o sistema jurídico-administrativo vigente na RAEM.

As notas que tradicionalmente caracterizam o sistema de administração francês (continental) ou de *administração executiva* ⁽¹²⁾ estão presentes de forma notória na estruturação do modelo administrativo da RAEM. De forma tópica, mencionamos os seguintes elementos caracterizadores de tal sistema e a sua presença na RAEM:

- a) Do ponto de vista da *estrutura administrativa*, estamos perante um aparelho fortemente *centralizado*, com um modelo de relações de *supra-infra* ordenação, localizando-se os poderes hierárquicos mais elevados no governo e nos ministérios ou secretarias que o compõem.

Esta marca é evidente na RAEM cuja constituição levou mesmo à extinção dos municípios provisórios, não existindo administração autónoma territorial em Macau e gozando o Chefe do Executivo, o Governo e os seus Secretários de fortíssimos poderes hierárquicos sobre a Administração Pública.

- b) A Administração Pública encontra-se subordinada a um ramo do direito próprio, o *direito administrativo*, que desde as revoluções liberais se autonomizou no seio do direito público. As regras deste direito aplicam-se sempre que a Administração actua no uso dos seus poderes de supremacia ou prioridade em relação aos particulares, uma vez que esta está proposta à satisfação do interesse público. A juntar aos *poderes de autoridade* sobre os cidadãos, em nome da satisfação do interesse público, a Administração está igualmente submetida a um conjunto de *deveres e restrições especiais* que não vigoram entre os particulares.

¹² Sendo importante notar que as diferenças existentes entre o sistema de administração executiva, continental ou francês e o sistema de administração judiciária ou britânica se tendem hoje a esbater, com “cedências” de ambos os lados. Sobre esta matéria, cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA/JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2013.

Não pode haver, também aqui, qualquer espécie de dúvidas sobre a verificação desta nota na RAEM, onde a Administração Pública está subordinada ao direito administrativo sempre que actua no uso dos seus poderes de autoridade, estando igualmente submetida às limitações e condicionamentos impostos por este ramo do Direito.

- c) Uma vez que a Administração se encontra submetida a um ramo próprio de Direito, autonomizou-se um grupo de tribunais próprios, uma *jurisdição específica* para julgar a Administração sempre que a sua actuação se submete ao direito administrativo: os tribunais administrativos que, em regra, formam uma ordem jurisdicional própria e autónoma em relação aos tribunais judiciais ou comuns.

A RAEM dispõe de um tribunal administrativo, o qual, de acordo com o art. 86.º da Lei Básica, “[...] tem jurisdição sobre as acções administrativas e fiscais”. Ao que se soma o facto de Macau possuir um Código de Processo Administrativo Contencioso, aprovado antes da passagem de soberania pelo Decreto-Lei n.º 110/99/M, o qual apresenta grande similitude com o Código de Processo nos Tribunais Administrativos portugueses.

- d) Outra característica deste sistema traduz-se na faculdade que a Administração tem de executar as suas decisões por autoridade própria, isto é, sem dependência de qualquer pronúncia judicial (nota que, no direito mais antigo, tinha a designação de “privilégio de execução prévia”). Esta faculdade implica que, quando um órgão administrativo pratica uma decisão desfavorável em relação a um administrado, ela impõe-se ao seu destinatário e, no caso de este não a acatar voluntariamente, a Administração poderá mesmo, pelo menos em determinados casos, empregar meios coactivos para impor o respeito pela sua decisão.

É indiscutível a vigência desta nota no direito administrativo da RAEM cujos órgãos administrativos seguem a via executiva na aplicação das suas decisões.

- e) Por último, no sistema de administração executiva, o Estado e os demais entes públicos são responsáveis pelos actos dos seus funcionários, aspecto que é conhecido por “garantia administrativa”: sempre que tais actos impliquem violação dos direitos de outrem e façam nascer o direito de indemnização, os entes públicos assumem a obrigação de ressarcir as vítimas.

Também esta nota se verifica na RAEM, onde a Região e os demais entes públicos estão sujeitos à garantia administrativa, continuando a valer o Decreto-Lei n.º 28/91/M, de 22 de Abril, que “Estabelece o regime da *responsabilidade civil extracontratual da Administração* do Território [hoje, da RAEM], pessoas

colectivas públicas, seus titulares e agentes por actos de gestão pública” (itálico nosso).

6. Conclusão – o Direito como uma das principais marcas da “portugalidade” em Macau

A conclusão retirada do percurso efectuado releva do próprio título: o papel do Direito no legado português em Macau é incontornável, uma vez que continua a ser um Direito de matriz portuguesa ou, se preferirmos, lusófona, conformando uma das principais marcas da presença lusa durante cinco séculos nesta parte do Mundo. Como tal, o Direito perfila-se e assume-se como uma marca ou um símbolo da portugalidade, suportado numa matriz de identidade mutante, revelando a sua flexibilidade e as possibilidades oferecidas pelos institutos e instrumentos jurídicos num contexto geográfico, político e cultural radicalmente diferente do português.

Não existe outro modo de entender a “portugalidade” que não assente numa sua concepção dinâmica e, neste contexto, o Direito permite garantir esse dinamismo na vida quotidiana dos residentes, dos governantes, dos operadores jurídicos e dos servidores da Administração Pública da RAEM. Com este pano de fundo, se a manutenção de um sistema jurídico de matriz portuguesa na RAEM constitui uma marca de continuidade, a sua adaptação às novas dinâmicas económicas, sociais, cívicas e ambientais que se fazem sentir em Macau constitui um desafio maior ao papel do Direito na construção dessa portugalidade. Desafio vivido no dia-a-dia dos operadores jurídicos em Macau, nos quais se contam os docentes e investigadores universitários, e que emerge como um repto constante ao trabalho e à experiência daqueles que, como nós, têm o privilégio de trabalhar com o Direito neste lugar.

O art. 5.º da Lei Básica determina que “Na Região Administrativa Especial de Macau não se aplicam o sistema e as políticas socialistas, *mantendo-se inalterados durante cinquenta anos* o sistema capitalista e a maneira de viver anteriormente existentes” (itálico nosso). Há, pois, a garantia de que, pelo menos durante 50 anos, *a maneira de viver anteriormente existente* vigorará em Macau. Vamos esperar que a manutenção de um sistema jurídico de matriz portuguesa, aliado ao facto de a língua portuguesa ser língua oficial até 2049 contribuam para que a “cidade do Santo nome de Deus de Macau” preserve traços característicos do mundo da Lusofonia e que as marcas da portugalidade não sejam aqui apagadas, imprimindo a Macau uma singularidade civilizacional, cultural, étnica, religiosa, jurídica e política muito peculiar.

Tudo para que, no fundo, possamos continuar a acompanhar JOÃO AGUIAR na resposta à pergunta “O que ficará, afinal, da presença portuguesa?”. Resposta aparentemente pessimista mas, no fundo, cheia da esperança um pouco envergonhada ou melancólica, bem típica do universo da portugalidade: “Não sei. É bem possível que fique muito pouco. A maior esperança está em que Macau é o nosso retrato fiel. Ou, pelo menos, um retrato fiel – o dessa portugalidade tão difícil de definir mas que é impossível de ignorar porque entra pelas traseiras quando lhe fecham a porta da frente”.

O CONSELHO DE PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO E A PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO

José Tavares ⁽¹⁾

1. Introdução

1.1. *O fenómeno da corrupção e os seus efeitos*

Nos últimos anos, tem vindo a assistir-se a uma preocupação crescente com o fenómeno da corrupção, por parte dos Governos, dos agentes dos setores da justiça e da investigação, de todos aqueles que operam na área das finanças públicas, quer decisores e gestores quer os que se encontram envolvidos em atividades de fiscalização e controlo, bem como de organizações internacionais – a Organização das Nações Unidas (ONU), o Banco Mundial, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) e o Fundo Monetário Internacional (FMI) –, e de organizações internacionais de Tribunais de Contas e instituições congéneres, como a Organização Internacional dos Tribunais de Contas (INTOSAI), a Organização Europeia dos Tribunais de Contas (EUROSAI), a Organização dos Tribunais de Contas da Ásia (ASOSAI) e a Organização Latino-Americana de Tribunais de Contas (OLACEFS).

Os efeitos da corrupção são conhecidos:

- a) Põe em causa a confiança nas instituições, designadamente as instituições políticas e judiciais, conduzindo ao menosprezo pelo primado da lei;
- b) Distorce a afetação de recursos;

¹ Secretário-Geral do Conselho de Prevenção da Corrupção (www.cpc.tcontas.pt).

- c) Desvirtua o funcionamento do mercado;
- d) Tem efeitos gravíssimos sobre o investimento, interno e externo, o crescimento e o desenvolvimento;
- e) Favorece ainda a subsistência e o fortalecimento do crime organizado, que recorre sistematicamente a diversas formas de fraude e corrupção, que constituem afinal as condições essenciais da sua existência e proliferação.

1.2. O tratamento do fenómeno da corrupção

O fenómeno da corrupção tem uma dimensão universal, exigindo pois respostas adequadas por parte dos Estados e das suas organizações internacionais.

A cooperação no plano internacional tem-se traduzido, nomeadamente, na aprovação de diversas convenções e outros instrumentos, em que se recomenda às instituições nacionais a adoção de um conjunto de normas, políticas e procedimentos capazes de assegurar uma maior eficácia no combate à corrupção.

Considerando ser imperioso deter o alastramento da corrupção, e tendo em conta igualmente as especiais dificuldades na deteção de atos de corrupção, pela sua própria natureza, e muito embora a investigação não deva em caso algum ser descuidada, antes se tornando necessário o reforço e aperfeiçoamento dos meios ao dispor dos departamentos de investigação, considera-se hoje que a *prevenção* é a arma mais poderosa no combate à corrupção.

1.3. A prevenção da corrupção e a criação do Conselho de Prevenção da Corrupção

Foi, pois, feliz a criação, em Portugal, do Conselho de Prevenção da Corrupção, pela Lei n.º 54/2008, de 4 de setembro.

Em seguida, dar-se-á conta das suas atribuições e competência, bem como das linhas gerais da respetiva organização, funcionamento e atividade.

2. O Conselho de Prevenção da Corrupção – seu enquadramento

2.1. Missão do Conselho de Prevenção da Corrupção

O Conselho de Prevenção da Corrupção (CPC) é uma entidade administrativa independente que funciona junto do Tribunal de Contas, tendo

como missão, nos termos da lei, uma atividade de âmbito nacional no domínio da prevenção da corrupção e infrações conexas (art. 1.º da Lei n.º 54/2008).

Nesta medida, o CPC não é um órgão com funções de investigação criminal, a qual compete a outros órgãos e instituições do Estado, designadamente ao Ministério Público, coadjuvado pelos órgãos de polícia criminal.

2.2. Enquadramento legal das atividades do CPC

De acordo com o art. 2.º da Lei n.º 54/2008, a atividade do CPC está exclusivamente orientada para a prevenção da corrupção, incumbindo-lhe designadamente:

- a) Recolher e organizar informações relativas à prevenção de corrupção ativa ou passiva; de criminalidade económica e financeira, de branqueamento de capitais, de tráfico de influência, de apropriação ilegítima de bens públicos, de administração danosa, de peculato, de participação económica em negócios, de abuso de poder ou violação de dever de segredo, bem como de aquisição de imóveis ou valores mobiliários em consequência da obtenção ou utilização ilícitas de informação privilegiada no exercício de funções na Administração Pública ou no setor público empresarial;
- b) Acompanhar a aplicação dos instrumentos jurídicos e das medidas administrativas adotadas pela Administração Pública e setor público empresarial para a prevenção da corrupção e avaliar a respetiva eficácia;
- c) Dar parecer, a solicitação da Assembleia da República, do Governo ou dos órgãos do governo próprio das Regiões Autónomas, sobre a elaboração ou aprovação de instrumentos normativos, internos ou internacionais, de prevenção ou repressão dos factos referidos na alínea a).

Por outro lado, o CPC colabora, a solicitação das entidades públicas interessadas, na adoção de medidas internas suscetíveis de prevenir a corrupção, designadamente:

- a) Na elaboração de códigos de conduta que, entre outros objetivos, facilitem aos órgãos e agentes a comunicação às autoridades competentes de tais factos ou situações conhecidas no desempenho das suas funções e estabeleçam o dever de participação de atividades externas, investimentos, ativos ou benefícios substanciais havidos ou a haver, suscetíveis de criar conflitos de interesses no exercício das suas funções;
- b) Na promoção de ações de formação inicial ou permanente dos respetivos agentes para a prevenção e combate daqueles factos ou situações.

O CPC coopera com os organismos internacionais em atividades orientadas para os mesmos objetivos (art. 2.º da Lei n.º 54/2008).

Saliente-se que, no exercício da sua atividade, as entidades públicas devem prestar colaboração ao CPC, facultando-lhe, oralmente ou por escrito, as informações que lhes forem por este solicitadas, no domínio das suas atribuições e competência.

É o que resulta do art. 9.º da mesma Lei n.º 54/2008.

Merece também ser destacado que, quando tenha conhecimento de factos suscetíveis de constituir infração penal ou disciplinar, o CPC remeterá participação ao Ministério Público ou à autoridade disciplinar competente, conforme os casos (art. 8.º, n.º 1, da Lei n.º 54/2008).

Por último, sublinha-se a competência do CPC para, nos relatórios a remeter à Assembleia da República ou ao Governo, formular recomendações de medidas legislativas ou administrativas adequadas à prevenção da corrupção e infrações conexas (art. 7.º, n.º 4, da Lei n.º 54/2008).

3. Visão e objetivos definidos pelo CPC

3.1. Visão

Tendo em atenção a sua natureza e o seu enquadramento legal, o CPC definiu no início da sua atividade a seguinte visão: *promover a difusão dos valores da integridade, probidade, transparência e responsabilidade.*

3.2. Objetivos

Por outro lado, desde o início em 2008, os dois objetivos principais a prosseguir em consonância com a sua missão são os seguintes:

Objetivo 1. Manter o CPC como uma instituição sólida, não burocratizada, apetrechada com os meios adequados à sua ação, em conjugação com as instituições representadas no CPC.

Objetivo 2. Recomendar medidas de prevenção da corrupção, disseminando os valores que lhes estão subjacentes, nomeadamente através dos meios de comunicação social.

4. Atividades desenvolvidas

Para cumprimento da sua missão, o CPC desenvolve ações de natureza diversa, destacando-se no passado recente as seguintes:

4.1. Recomendações

- Recomendações n.ºs 1/2009, de 1 de julho, e 1/2010, de 7 de abril, sobre a elaboração de Planos de Prevenção de Riscos de Corrupção e infrações conexas e a sua publicitação através dos sítios na *internet*;
- Recomendação de 7 de novembro de 2012, sobre a gestão de conflitos de interesses;
- Recomendação sobre a prevenção de riscos nos processos de privatizações.

4.2. Visitas pedagógicas – acompanhamento da Recomendação n.º 1/2009, de 1 de julho

O Conselho de Prevenção da Corrupção deu continuidade à ação de acompanhamento pelas entidades com funções de natureza pública da aplicação das Recomendações n.ºs 1/2009, de 1 de julho, e 1/2010, de 7 de abril, através da realização de visitas pedagógicas.

Para esse efeito, o CPC procede aleatoriamente à escolha das entidades a visitar, de modo a garantir a representatividade dos vários níveis do setor público, das diversas tipologias de entidades, segundo a sua natureza e atribuições, bem como dos índices qualitativos evidenciados pelos planos recebidos.

Dada a natureza e o objetivo destas visitas pedagógicas, foi mantida a seguinte metodologia:

- Contacto prévio com o responsável pela aplicação e acompanhamento do respetivo Plano, no sentido de se colher informação mais concreta sobre a forma como o plano está efetivamente a ser aplicado e acompanhado;
- Na sequência deste contacto, procede ao agendamento e concretização da visita, no sentido de apurar *in loco*, com os responsáveis máximos e também com os responsáveis dos diversos departamentos da estrutura orgânica, os principais efeitos que têm sido proporcionados pela respetiva aplicação.

Em cada visita procura-se esclarecer determinados aspetos, tais como o processo de elaboração do plano na entidade visitada, quem interveio e quais os critérios que presidiram a essa elaboração, se houve a eventual participação de consultores, que matérias abrange e se estas são suficientemente abrangentes relativamente a potenciais áreas de risco.

O Conselho procura também determinar como foram identificados os riscos, as medidas de prevenção propostas, os procedimentos da respetiva adequação, a existência ou não de segregação de funções, como se processa o acompanhamento da aplicação do plano e a elaboração do correspondente

relatório, como estão definidas as atualizações periódicas e quais os primeiros impactos (internos e externos) da aplicação do plano elaborado pela entidade, solicitando os relatórios de execução e acompanhamento, caso existam.

As visitas pedagógicas são realizadas na presença de todos os dirigentes e responsáveis pelos diversos departamentos da entidade visitada, no sentido de conhecer as dificuldades na elaboração e acompanhamento do plano e também com o propósito de incrementar na cultura das organizações a importância da existência e utilização destes planos de prevenção de riscos de corrupção.

Após cada visita, é elaborado um relatório no qual são ponderados todos estes pontos, o qual é depois apresentado e analisado pelo Conselho.

Durante o ano de 2013, o Conselho de Prevenção da Corrupção realizou visitas pedagógicas às seguintes entidades:

- Autoridade Nacional de Proteção Civil;
- Centro Distrital da Segurança Social de Setúbal;
- Guarda Nacional Republicana;
- Instituto da Segurança Social;
- Instituto Financeiro para o Desenvolvimento Regional;
- Instituto Português do Desporto e Juventude, I.P.;
- Município de Torres Vedras;
- Parque Escolar, E.P.E.;
- Polícia de Segurança Pública;
- Serviço de Estrangeiros e Fronteiras.

Até à presente data, estas ações envolveram a participação de cerca de 1500 dirigentes das entidades visitadas.

4.3. Áreas específicas

No ano de 2013, o CPC continuou a dar especial atenção à aplicação pelas entidades da Recomendação de 7 de novembro de 2012 relativa aos conflitos de interesses, designadamente nas entidades do setor público, numa ação concordante com as estratégias e metodologias propostas por entidades como a ONU, a OCDE e o Grupo de Estados Contra a Corrupção (GRECO).

Outra área que mereceu atenção especial por parte do CPC foi a do acompanhamento dos processos de privatizações, designadamente da prevenção dos riscos de corrupção no seu desenvolvimento, tendo sido ouvidas as Comissões Especiais de Acompanhamento dos processos de privatização, nomeadamente, da ANA, dos CTT e da TAP.

4.4. Tratamento de informações recebidas

Durante o ano de 2013, o CPC tratou e analisou um total de 156 comunicações que foram remetidas no âmbito do n.º 3 do art. 9.º da Lei n.º 54/2008, de 4 de setembro. Destas comunicações, 129 correspondem a decisões provenientes do Ministério Público e dos tribunais e 27 correspondem a relatórios de auditoria, inspeção e decisões disciplinares, provenientes da Autoridade Tributária e Aduaneira e da Inspeção-Geral das Atividades em Saúde.

Estas comunicações são objeto de uma análise de conteúdo realizada pelos Técnicos do Serviço de Apoio do CPC, segundo indicadores adequados, no sentido de identificar as grandes áreas de risco nos serviços públicos. Depois de ultimado, o relatório de análise correspondente é publicitado através do sítio da *internet* do CPC.

4.5. Encaminhamento de denúncias

As denúncias que são apresentadas ao CPC, relativas à ocorrência de alegados casos de corrupção, são sempre remetidas à Procuradoria-Geral da República.

4.6. Audições

No âmbito da sua ação, o CPC procede à audição de especialistas em determinadas áreas, tendo em vista obter dados que permitam formular recomendações de medidas preventivas do fenómeno de corrupção. No ano de 2013, foram realizadas as seguintes audições:

- a) Audição das Comissões Especiais de Acompanhamento dos Processos de privatizações;
- b) Audição do Inspetor-geral do Ministério da Solidariedade e da Segurança Social, relativamente às áreas de risco associadas às entidades que desenvolvem funções nas áreas da Solidariedade e Segurança Social;
- c) Audição do Presidente do Instituto Português de Corporate Governance, relativamente aos propósitos, à estratégia e metodologia adotadas e aos resultados obtidos no âmbito da corporate governance em Portugal;
- d) Audição do Diretor do Departamento Central de Investigação e Ação Penal, relativamente às estratégias e metodologias adotadas para a investigação e controlo da corrupção;
- e) Audição do Consultor de Ética do Banco de Portugal, relativamente à estratégia e metodologia adotada e à experiência colhida neste projeto de consultoria na vertente da ética nas organizações;

- f) Audição do Conselho Diretivo do Instituto da Mobilidade e dos Transportes, relativamente à questão da prevenção da corrupção nos centros de exame para obtenção de licença de condução e dos centros de inspeção automóvel;
- g) Audição do coordenador da representação portuguesa junto do Grupo de Ação Financeira (GAFI), relativamente às áreas de risco associadas aos processos e circuitos internacionais de branqueamento de capitais.

4.7. Organização de ações de formação e participação em seminários e eventos similares

Com vista a prevenir o fenómeno de corrupção, através da formação, o CPC ministra ações de formação e participa regularmente em seminários e eventos similares.

4.8. Relações institucionais nos planos nacional e internacional

O CPC desenvolve também várias ações institucionais nos planos nacional e internacional, de que se destaca a ONU, a OCDE e o GRECO.

4.9. Outras atividades

O CPC lançou a 1.^a edição do concurso Imagens Contra a Corrupção, em paralelo com o ano letivo 20012/2013, em parceria com a Escola Superior de Comunicação Social e o Plano Nacional de Leitura.

Dado o sucesso desta iniciativa, o CPC decidiu lançar uma 2.^a edição do concurso, em moldes semelhantes, alargando a participação aos alunos do 4.^o ano do 1.^o ciclo.

5. Nota final

São estes, em linhas gerais, os principais projetos e ações que o CPC tem procurado levar a cabo para corresponder ao desafio da prevenção do fenómeno da corrupção, estando certo de que é através do investimento na formação cívica que, a médio e longo prazos, os resultados serão mais sólidos.

Em certa medida, a sociedade atual é uma sociedade de risco, caracterizada pela insegurança, a incerteza e a imprevisibilidade...

Tal significa que a confiança e o perigo estão presentes na sociedade em que vivemos!

Nesta medida, a recomendação do CPC sobre prevenção de riscos de gestão, incluindo os de corrupção, é uma medida ajustada e adequada, pois ajuda-nos a cimentar a confiança e a prevenir, reduzir ou eliminar o perigo.

Fevereiro de 2014

A ORDEM JURÍDICA CABO- -VERDIANA E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: O CONFLITO ENTRE O DEVER DE COOPERAR PLENAMENTE COM O TRIBUNAL E O DEVER DE CUMPRIR O ACORDO DE NÃO-ENTREGA DE PESSOAS AOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS COM OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA ⁽¹⁾

Júlio César Martins Tavares ⁽²⁾

¹ O presente texto corresponde, no essencial, à nossa intervenção no Congresso “Direito na Lusofonia”, organizado pela Escola de Direito da Universidade do Minho, que decorreu naquela Escola, de 19 a 22 de Fevereiro de 2014.

Uma vez mais, agradecemos a Escola de Direito da Universidade do Minho, na pessoa do seu Director, Professor Doutor MÁRIO FERREIRA MONTE, pelo honroso convite que nos formulou para participar, como conferencista, no “Congresso Direito na Lusofonia”. O Convite regozija-nos duplamente.

Primeiro, porque deu-nos o ensejo de regressar à Universidade com a qual a Procuradoria-Geral da República de Cabo Verde assinou um Protocolo de Cooperação no domínio da formação dos seus magistrados nos Cursos Pós-Graduados ministrados pela sua Escola de Direito. É, pois, motivo de satisfação institucional e pessoal.

Segundo, porque constitui uma boa ocasião para traçarmos a situação de um pequeno Estado insular e Membro da Comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP) em relação ao Tribunal Penal Internacional (TPI).

² Procurador-Geral da República de Cabo Verde.

I. Introdução

1. O tema que nos propomos abordar – “A ordem jurídica cabo-verdiana e o Tribunal Penal Internacional: o conflito entre o dever de cooperar plenamente com o tribunal e o dever de cumprir o Acordo de Não-Entrega de Pessoas aos Tribunais Internacionais com os Estados Unidos da América” – pertence ao domínio da cooperação judiciária internacional em matéria penal.

A grande mobilidade de pessoas e bens a nível internacional e a globalização da sociedade e da economia conduziram ao fenómeno social que podemos designar por globalização do crime.

Mesmo que no momento da prática de um facto com relevância criminal não lhe sejam conhecidos elementos de conexão com a ordem jurídica de um outro Estado soberano, pode suceder que, no decorrer do correspondente processo criminal, se venha a saber que algumas pessoas que tenham presenciado aquele facto ou mesmo alguns objectos relevantes para a prova do crime se encontrem fora do território do Estado onde o mesmo crime foi praticado. Numa situação como essa, a eficácia do exercício da acção penal do Estado onde o crime tenha sido praticado dependerá da cooperação judiciária internacional em matéria penal, já que terá necessidade de obter depoimentos de testemunhas importantes para a descoberta da verdade material e, por conseguinte, para a prova do crime, fora do seu próprio território. Ora, essa dificuldade de obtenção de prova será ultrapassada através da cooperação judiciária internacional em matéria penal.

A cooperação judiciária internacional em matéria penal, através dos seus diversos mecanismos, ocorre entre Estados soberanos ou entre um Estado soberano e os tribunais internacionais, designadamente com o Tribunal Penal Internacional.

Em Cabo Verde, a função de Autoridade Central em matéria de cooperação judiciária internacional em matéria penal é cometida, por lei, à Procuradoria-Geral da República.

Dito isto, está justificada a escolha do tema.

2. Cabo Verde assinou o Estatuto de Roma em 28 de Dezembro de 2000. Depois desse acto, para que aquele instrumento do Direito Internacional Público pudesse entrar em vigor na ordem jurídica cabo-verdiana, seria necessário a sua posterior aprovação e ratificação, pelos órgãos de soberania constitucionalmente competentes, de acordo com o Direito Cabo-verdiano.

Antes de se vincular ao Estatuto de Roma, em 16 de Abril de 2004, Cabo Verde assinou, com os Estados Unidos da América, em Washington, o Acordo Relativo à Entrega de Pessoas aos Tribunais Internacionais. Nos termos desse acordo, que entrou em vigor na ordem jurídica cabo-verdiana desde 19 de Novembro de 2004, os Estados Partes comprometem-se a não entregar aos

tribunais internacionais cidadãos da outra Parte, sem o seu consentimento prévio.

Entretanto, depois de concluir o respectivo procedimento imposto pelo seu Direito interno, Cabo Verde depositou o instrumento de ratificação do Estatuto de Roma junto do Secretário-Geral da Nações Unidas, determinando, em consequência, a sua entrada em vigor na ordem jurídica cabo-verdiana em 1 de Janeiro de 2012.

Expostos assim os factos, é legítimo perguntar-se:

- a) Ao vincular-se ao mencionado Acordo com os Estados Unidos da América, depois de ter assinado o Estatuto de Roma – mas antes de o ratificar e se tornar parte – o Estado de Cabo Verde praticou acto que priva aquele Estatuto do seu objecto e do seu fim, violando, assim, o disposto no art. 18.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT)?
- b) Como resolver este conflito de deveres, à luz do Direito Internacional Público, sem implicar a responsabilidade internacional do Estado de Cabo Verde?

Ao longo do texto, procuraremos responder às questões acima formuladas, interpretando e aplicando as disposições do Direito Internacional Público.

Na verdade, no âmbito da cooperação judiciária internacional em matéria penal com o TPI, as autoridades judiciárias cabo-verdianas, em especial a Procuradoria-Geral da República, devem ter presente a situação de conflito de deveres em que Cabo Verde poderá encontrar-se face à obrigação de, por um lado, cumprir os deveres resultantes do Estatuto de Roma, por ser Estado Parte no mesmo – o de detenção e entrega –, e, por outro lado, cumprir o dever resultante do Acordo Bilateral com os Estados Unidos da América.

3. A nossa comunicação divide-se em quatro partes. A primeira é dedicada à introdução. Na segunda parte, faremos um breve enquadramento constitucional e legal da cooperação judiciária internacional em matéria penal e analisaremos a situação de Cabo Verde perante o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (ERTPI).

Na terceira parte, analisaremos os obstáculos à cooperação judiciária internacional em matéria penal com o Tribunal Penal Internacional. Neste contexto, debruçaremos sobre a questão de saber se o Acordo de Não-Entrega de Pessoas aos Tribunais Internacionais existente entre Cabo Verde e os Estados Unidos da América é compatível com o Direito Internacional Público e sobre o conflito de deveres em que Cabo Verde poderá situar-se, caso o TPI lhe solicite a detenção e entrega de um cidadão americano arguido ou suspeito de crimes da sua competência que vier a ser encontrado no território cabo-verdiano.

Na quarta e última parte, apresentaremos as considerações finais e conclusivas.

II. O ordenamento jurídico cabo-verdiano e a cooperação judiciária internacional em matéria penal com o Tribunal Penal Internacional

1. Consagração constitucional: a ordem jurídica cabo-verdiana e o Tribunal Penal Internacional

1.1. A segunda revisão ordinária da Constituição da República de Cabo Verde de 1992 (CRCV⁽³⁾), operada pela Lei Constitucional n.º 1/VII/2010, de 3 de Maio, além de tocar em outras matérias, constitucionalizou a jurisdição do Tribunal Penal Internacional e autorizou o Estado de Cabo Verde a vincular-se ao Estatuto de Roma, ratificando-o.

Cabo Verde não podia deixar de se alinhar com a comunidade internacional na edificação de uma jurisdição universal permanente e de poder servir-se de “um instrumento necessário e adequado para melhor defender a paz e os direitos humanos”⁽⁴⁾.

Cabo Verde iniciou o procedimento conducente à sua vinculação ao Estatuto de Roma, assinando-o, em 28 de Dezembro de 2000, para posterior aprovação e ratificação.

O despoletar deste procedimento suscitou, tal como em muitos outros países⁽⁵⁾, a questão da compatibilização de algumas disposições daquele instrumento formal de Direito Internacional Público com a CRCV, oscilando

³ Aprovada pela Lei Constitucional n.º 1/IV/92, de 25 de Setembro, e alterada pelas Leis Constitucionais n.ºs 1/IV/95, de 13 de Novembro, 1/V/99, de 23 de Novembro, e 1/VII/2010, de 3 de Maio. A primeira revisão ordinária da Lei Fundamental Cabo-verdiana ocorreu em 1999, sendo a de 1995 revisão extra-ordinária.

⁴ Neste sentido, relativamente a Portugal, veja-se, por todos, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O Tribunal Penal Internacional e a prisão perpétua – que futuro?», in *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Vol. XV, Tomo 1, Separata, 2001, pp. 13.

⁵ Em Portugal, sobre a problemática da compatibilidade do ERTPI com a Constituição da República Portuguesa, pode ver-se, por todos, VITAL MOREIRA/LEONOR ASSUNÇÃO/PEDRO CAEIRO/ANA LUISA RIQUITO, in AA.VV, *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004.

a discussão entre a tese ou método da interpretação constitucional e a tese ou método da revisão constitucional ⁽⁶⁾.

A tese ou método da interpretação constitucional sustentava que a incompatibilidade entre algumas disposições do mencionado Estatuto e algumas disposições da Lei Fundamental cabo-verdiana podia ser superada por via de uma correcta interpretação da própria Constituição, pelo que era desnecessário proceder-se à revisão da Constituição para que se pudesse operar a incorporação do ERTPI na ordem jurídica nacional.

Por sua vez, a tese ou método da revisão constitucional considerava que a incompatibilidade entre algumas disposições do ERTPI e da CRCV só podia ser superada com a alteração das disposições constitucionais que obstavam a incorporação daquele instrumento formal de Direito Internacional Público na ordem jurídica cabo-verdiana.

Na verdade, uma vez que “as normas e os princípios do direito internacional geral ou comum e do direito internacional convencional validamente aprovados ou ratificados têm prevalência, após a sua entrada em vigor na ordem jurídica internacional e interna, sob todos os actos legislativos e normativos internos de valor infraconstitucional” – art. 12.º, n.º 4, da CRCV –, são vários os pontos de divergências entre o ERTPI e a Lei Fundamental cabo-verdiana.

A primeira questão que se colocava à incorporação do Estatuto de Roma no ordenamento jurídico cabo-verdiano reportava-se à soberania jurisdicional do Estado de Cabo Verde. A CRCV não admitia restrição à soberania do Estado de Cabo Verde e, por isso, não contemplava nenhuma situação de excepção à soberania jurisdicional dos tribunais cabo-verdianos.

A segunda divergência entre o ERTPI e a CRCV referia-se à previsão da pena de prisão perpétua. Enquanto aquele consagra a prisão perpétua para certos crimes internacionais, a Lei Fundamental Cabo-verdiana proíbe a sua aplicação

⁶ Veja-se a discussão desta problemática em Cabo Verde em JOSÉ MANUEL A. DE PINA DELGADO, “Obstáculos constitucionais à ratificação do Estatuto de Roma e (outros) problemas de consolidação do Tribunal Penal Internacional: desenvolvimentos recentes, principalmente relativos a Cabo Verde”, in *Revista Direito e Cidadania*, Ano VI, n.º 19, Jan./Abr. de 2004, pp. 143-194; “O dogma da não-extradição de nacional: o debate constitucional cabo-verdiano”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 30, Jul./Set. de 2009, n.º 19, Separata, p. 90; “Extradição e o Tribunal Penal Internacional no contexto da revisão constitucional”, in *Aspectos polémicos da extradição em Cabo Verde e no espaço lusófono – nacionalidade, pena aplicável e institutos afins*, Praia, Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais/Fundação Direito & Justiça, 2009, p. 35; JOSÉ LUÍS JESUS, “Extradição de cidadãos cabo-verdianos na Constituição da República de Cabo Verde: como evitar que a disposição constitucional da não-extradição de nacionais não se transforme numa inaceitável fuga à justiça?”, *Aspectos polémicos da extradição em Cabo Verde e no espaço lusófono – nacionalidade, pena aplicável e institutos afins*, Praia, Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais/Fundação Direito & Justiça, 2009, p. 135.

e a extradição de estrangeiro ou apátrida por crimes a que corresponda na lei do Estado requisitante pena de prisão perpétua.

A extradição e a entrega de nacionais para julgamento fora do território cabo-verdiano era um outro ponto de divergência entre o ERTPI e a CRCV. A Lei Fundamental Cabo-verdiana proíbia, em absoluto, a extradição de cidadãos cabo-verdianos.

A atribuição de imunidades e outras prerrogativas penais a certos titulares de cargos políticos, como o Presidente da República, os Deputados e membros do Governo constituía outro ponto de divergência entre o ERTPI e a CRCV.

1.2. Assim, e pretendendo superar os obstáculos constitucionais à incorporação do ERTPI no ordenamento jurídico cabo-verdiano, a Lei Constitucional n.º 1/VII/2010, de 3 de Maio, operou a segunda revisão ordinária da CRCV.

1.2.1. Com relevância específica para o assunto em apreço, destacam-se as seguintes alterações ao texto da CRCV, introduzidas pela referida Lei Constitucional:

- a) A alteração ao n.º 1 do art. 1.º da Constituição, que passou a ter a seguinte redacção:

*“Artigo 1.º
(República de Cabo Verde)*

1. Cabo Verde é uma República soberana, unitária e democrática, que garante o respeito pela dignidade da pessoa humana e reconhece a inviolabilidade e inalienabilidade dos direitos humanos como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça”.

- b) A alteração às alíneas b) e l) do art. 7.º da Constituição, que passaram a ter a seguinte redacção:

*“Artigo 7.º
(Tarefas do Estado)
[...]*

*b) Garantir o respeito pelos direitos humanos e assegurar o pleno exercício dos direitos e liberdades fundamentais a todos os cidadãos;
[...]*

l) Garantir aos estrangeiros que habitem permanentemente ou transitariamente em Cabo Verde, ou que estejam em trânsito pelo território nacional, um tratamento compatível com as normas relativas aos direitos humanos e o exercício dos direitos que não estejam constitucional ou legalmente reservados aos cidadãos cabo-verdianos”.

c) A alteração aos n.ºs 1, 2, 5 e 7 do art. 11.º da Constituição (⁷), que passaram a ter a seguinte redacção:

*“Artigo 11.º
(Relações internacionais)*

1. O Estado de Cabo Verde rege-se, nas relações internacionais, pelos princípios da independência nacional, do respeito pelo Direito Internacional e pelos direitos humanos, da igualdade entre os estados, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados, da reciprocidade de vantagens, da cooperação com todos os outros povos e da coexistência pacífica.

2. O Estado de Cabo Verde defende o direito dos povos à autodeterminação e independência, apoia a luta dos povos contra qualquer forma de dominação ou opressão política ou militar e participa no combate internacional contra o

⁷ Esta disposição constitucional tinha a seguinte redacção:

“Artigo 11.º

(Relações internacionais)

- 1. O Estado de Cabo Verde rege-se, nas relações internacionais, pelos princípios da independência nacional, do respeito pelos Direitos do Homem, da igualdade entre os Estados, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados, da reciprocidade de vantagens, da cooperação com todos os outros povos e da coexistência pacífica.*
- 2. O Estado de Cabo Verde defende o direito dos povos à autodeterminação e independência e apoia a luta dos povos contra o colonialismo ou qualquer outra forma de dominação ou opressão política ou militar.*
- 3. O Estado de Cabo Verde preconiza a abolição de todas as formas de dominação, posseção e agressão, o desarmamento e solução pacífica de conflitos, bem como a criação de uma ordem internacional justa e capaz de assegurar a paz e a amizade entre os povos.*
- 4. O Estado de Cabo Verde recusa a instalação de bases militares estrangeiras no seu território.*
- 5. O Estado de Cabo Verde presta às Organizações Internacionais, nomeadamente a ONU e a OUA, toda a colaboração necessária para a resolução pacífica dos conflitos e para assegurar a paz e a justiça internacionais, bem como o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais e apoia todos os esforços da comunidade internacional tendentes a garantir o respeito pelos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas.*
- 6. O Estado de Cabo Verde mantém laços especiais de amizade e de cooperação com os países de língua oficial portuguesa e com os países de acolhimento de emigrantes cabo-verdianos.*
- 7. O Estado de Cabo Verde empenha-se no reforço da identidade, da unidade e da integração africanas e no fortalecimento das acções de cooperação a favor do desenvolvimento, da democracia, do progresso e bem-estar dos povos, do respeito pelos direitos do homem, da paz e da justiça”.*

terrorismo e a criminalidade organizada transnacional.

[...]

5. O Estado de Cabo Verde presta às Organizações Internacionais, nomeadamente à Organização das Nações Unidas e à União Africana, a colaboração necessária para a resolução pacífica dos conflitos e para assegurar a paz e a justiça internacionais, bem como o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais e apoia todos os esforços da comunidade internacional tendentes a garantir o respeito pelos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas.

[...]

7. O Estado de Cabo Verde empenha-se no esforço da identidade, da unidade e da integração africanas e no fortalecimento das acções de cooperação a favor do desenvolvimento, da democracia, do progresso e bem-estar dos povos, do respeito pelos direitos humanos, da paz e da justiça”.

d) O aditamento do n.º 8 ao art. 11.º da Constituição, com a seguinte redacção: “O Estado de Cabo Verde pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma”.

e) A alteração ao n.º 1 do art. 12.º da Constituição (8), que passou a ter a seguinte redacção:

“Artigo 12.º

(Recepção dos tratados e acordos na ordem jurídica interna)

1. O direito internacional geral ou comum faz parte integrante da ordem jurídica cabo-verdiana”.

f) A alteração ao art. 37.º da Constituição (), que passou a ter a seguinte redacção: “Artigo 37.º

(Extradição ())

⁸ Esta disposição constitucional tinha a seguinte redacção:

“Artigo 12.º

(Recepção dos tratados e acordos na ordem jurídica interna)

1. O Direito Internacional geral ou comum faz parte integrante da ordem jurídica cabo-verdiana, enquanto vigorar na ordem jurídica internacional”.

1. *Em caso algum é admitida a extradição quando requerida:*

a) *Por motivos políticos, étnicos ou religiosos ou por delito de opinião;*

b) *Por crime a que corresponda no Estado requerente pena de morte;*

c) *Sempre que, fundadamente, se admita que o extraditando possa vir a ser sujeito a tortura, tratamento desumano, degradante ou cruel.*

2. *Também não é admitida a extradição de cidadãos cabo-verdianos por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requerente, pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, salvo quando o mesmo Estado ofereça garantias de que tal pena ou medida de segurança não serão executadas.*

3. *Não é ainda admitida a extradição de cidadãos cabo-verdianos do território nacional, salvo quando se verifiquem, cumulativamente, as seguintes circunstâncias:*

a) *O Estado requerente admita a extradição de seus nacionais para o Estado de Cabo Verde e consagre garantias de um processo justo e equitativo;*

b) *Nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada;*

c) *Tenha o extraditando adquirido ou readquirido a nacionalidade cabo-verdiana após o cometimento do facto tipificado na lei penal como crime e que tenha dado causa ao pedido de extradição.*

4. *Caso a extradição seja recusada, o extraditando responde perante os tribunais cabo-verdianos pelos crimes cometidos no estrangeiro, podendo ser convalidados os actos praticados no processo transmitido, como se tivessem sido praticados pelas ou perante as autoridades cabo-verdianas, desde que tenham sido asseguradas garantias de defesa similares às previstas na ordem jurídica cabo-verdiana.*

5. *O disposto neste artigo não impede o exercício da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma.*

6. *A extradição só pode ser decretada por decisão judicial, nos termos da lei”.*

1.2.2. Com relevância para a incorporação do ERTPI na ordem jurídica cabo-verdiana, vejamos, em traços gerais, as alterações mais relevantes introduzidas na CRCV.

A alteração constitucional introduzida nos arts. 1.º, n.º 1, e 7.º, alíneas *b)* e *l)*, consistiu na substituição da expressão “Direitos do Homem” pela expressão “direitos humanos”.

O legislador da revisão constitucional adoptou a solução da cláusula geral de aceitação da jurisdição do TPI, introduzindo o n.º 8 ao art. 11.º da Lei Fundamental, com o seguinte teor: “O Estado de Cabo Verde pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma”.

Com a introdução desta norma, constitucionalizou-se o TPI e, implicitamente, procedeu-se à alteração de um conjunto de normas da CRCV, nomeadamente as referentes à “constituição judicial” e à “constituição penal”⁹⁾.

A revisão constitucional introduziu ainda pequenas alterações em outras disposições constitucionais que pudessem suscitar dúvidas sobre a constitucionalidade do ERTPI, de que se destacam a flexibilização da cláusula da proibição de extradição de cidadãos nacionais – (art. 38.º da CRCV) passando a admiti-la em certos casos, como nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada – e a introdução do n.º 5 ao preceito constitucional referente à extradição, explicitando que a proibição constitucional de extradição estabelecida não impede o exercício da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma.

2. Incorporado o ERTPI no ordenamento jurídico cabo-verdiano, retomou-se o procedimento interno tendente à ratificação do ERTPI, que não havia conhecido avanços desde 2000.

Neste contexto, em 27 de Julho de 2011, foi publicada, no Boletim Oficial, a Resolução n.º 18/VIII/2011, de 27 de Julho, que aprovou, para ratificação, o Estatuto de Roma.

Em 10 de Outubro de 2011, depois de o Presidente da República ter ratificado a Resolução da Assembleia Nacional que aprovou o Estatuto de

⁹⁾ Em sentido idêntico, relativamente à Constituição Portuguesa, VITAL MOREIRA, “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição”, in AA.VV, *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004, p. 45.

Roma, Cabo Verde fez o depósito do instrumento da sua ratificação ⁽¹⁰⁾ junto do Secretário-Geral das Nações Unidas, como se preceitua no n.º 2 do art. 125.º daquele Estatuto.

O depósito do instrumento de ratificação nos termos acima referidos determinou a entrada em vigor do ERTPI no ordenamento jurídico cabo-verdiano, em 1 de Janeiro de 2012. O que faz com que Cabo Verde seja, até ao momento, no âmbito dos Países Africanos de Língua Portuguesa, o primeiro e único Estado Parte daquele Estatuto.

Em virtude da incorporação do Estatuto de Roma no seu ordenamento jurídico, Cabo Verde enfrenta o desafio de cumprir integralmente o propósito que anunciou na ratificação. Para tanto, além de aperfeiçoar a legislação ordinária que disciplina o procedimento das várias formas de cooperação judiciária internacional em matéria penal com o TPI, terá de rever a sua lei penal, no sentido de incorporar os crimes definidos no Estatuto de Roma, ou, como sugere VITAL MOREIRA ⁽¹¹⁾, fazer uma remissão para aquele.

3. O regime legal

3.1. A cooperação judiciária internacional em matéria penal acha-se regulada, a nível da legislação ordinária, em termos gerais, na Lei que define a Organização, a Competência e o Funcionamento dos Tribunais Judiciais (LOCFTJ ⁽¹²⁾), na Lei Orgânica do Ministério Público (LOMP ⁽¹³⁾) e, em especial, na Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal (LCJIMP ⁽¹⁴⁾)

¹⁰ Com o depósito do instrumento de ratificação do ERTPI junto do Secretário-Geral das Nações Unidas, Cabo Verde formulou, em conformidade com o Estatuto, a seguinte declaração: “1. Relativamente aos crimes previstos no n.º 1 do artigo 5.º do Estatuto, a República de Cabo Verde manifesta sua intenção de exercer seu poder de jurisdição sobre as pessoas encontradas no seu território, em conformidade com as normas constitucionais e penais internas. 2. Concernente ao n.º 2 do artigo 87.º do Estatuto de Roma, Cabo Verde manifesta sua vontade em que os pedidos de cooperação e os documentos que os instruem lhe sejam transmitidos, de preferência, pela via diplomática, através da sua Embaixada em Bruxelas, em língua portuguesa ou acompanhado de tradução para essa língua”.

¹¹ “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição”, *cit.*, p. 40.

¹² Lei n.º 88/VII/2011, de 14 de Fevereiro.

¹³ Aprovada pela Lei n.º 89/VII/2011, de 14 de Fevereiro, na sequência da segunda revisão ordinária da Constituição da República de Cabo Verde de 1992, operada pela Lei Constitucional n.º 1/VII/2010, de 3 de Maio.

¹⁴ Lei n.º 6/VIII/2011, de 29 de Agosto.

A LOMP estatui, na alínea *i*) do art. 20.º, que compete à Procuradoria-Geral da República “Exercer as funções de autoridade central em matéria da cooperação jurídica e judiciária, nos termos dos tratados e acordos internacionais de que Cabo Verde seja parte”.

A LCJIMP, que regula o procedimento relativo às diversas formas de cooperação judiciária internacional em matéria penal, tem 169 artigos e está dividida em oito títulos. Prevê e regula as seguintes formas de cooperação judiciária internacional em matéria penal:

- Extradicação;
- Transmissão de processos penais;
- Execução de sentenças penais;
- Transferência de pessoas condenadas a penas e medidas de segurança privativas da liberdade;
- Vigilância de pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente;
- Auxílio judiciário mútuo em matéria penal.

O n.º 2 do art. 1.º da LCJIMP, sob epígrafe “Objecto”, manda aplicar, com as necessárias adaptações, o procedimento das formas de cooperação judiciária internacional em matéria penal nele previsto à cooperação judiciária de Cabo Verde com as entidades internacionais estabelecidas no âmbito de tratados ou convenções internacionais que vinculem o Estado cabo-verdiano.

A LCJIMP, no art. 3.º, consagra, no n.º 1, o princípio da reciprocidade como requisito indispensável no âmbito da cooperação judiciária em matéria penal. Determina, no n.º 2, que a garantia da reciprocidade pode ser solicitada e prestada a outros Estados pelo Ministro da Justiça, se as circunstâncias a exigirem. Estatui, no n.º 3, que a falta de reciprocidade não impede a satisfação de um pedido de cooperação, desde que a mesma:

- Se mostre aconselhável em razão da natureza do facto ou da necessidade de lutar contra certas formas graves de criminalidade;
- Possa contribuir para melhorar a situação do arguido ou para a sua reinserção social;
- Sirva para esclarecer factos imputados a um cidadão cabo-verdiano.

No seu art. 4.º, a LCJIMP reafirma o princípio estabelecido no art. 12.º da Constituição da República de Cabo Verde, nos termos do qual as disposições dos tratados, convenções e acordos internacionais de que Cabo Verde seja parte prevalecem sobre as disposições da legislação interna infraconstitucional.

O mesmo diploma preceitua, no n.º 5 do art. 31.º, referente à extradição passiva, que “O disposto nos números anteriores é aplicável, com as necessárias adaptações, à cooperação que implique a extradição ou a entrega de pessoas às entidades judiciárias internacionais a que se refere o n.º 2 do art. 1.º”.

A competência para julgar os processos judiciais de cooperação judiciária internacional em matéria penal, como a execução de sentenças penais, a transferência de pessoas condenadas, a vigilância de pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente pertence, transitoriamente, ao Supremo Tribunal de Justiça (arts. 99.º, 107.º, 116.º, n.º 2, 127.º, n.º 3, da LCJIMP e art. 39.º, alínea e), da LOCFTJ).

A lei que regula a aplicação de medidas para protecção de testemunhas em processo penal (Lei n.º 81/VI/2005, de 12 de Setembro) e o respectivo regulamento (Decreto Regulamentar n.º 2/2006, de 13 de Fevereiro) completam o quadro de instrumentos legais que potenciam uma resposta satisfatória das autoridades competentes de Cabo Verde a todas as formas de cooperação especificadas no Estatuto de Roma com o TPI.

Contudo, a realização efectiva da cooperação judiciária internacional em matéria penal entre as autoridades competentes do Estado de Cabo Verde e o TPI poderá enfrentar alguns obstáculos.

III. Obstáculos à cooperação judiciária internacional em matéria penal com o TPI

A realização efectiva da cooperação judiciária internacional em matéria penal entre as autoridades competentes de Cabo Verde e o TPI poderá conhecer dois tipos de obstáculos.

Em primeiro lugar, o obstáculo decorrente da dificuldade de adaptação e aplicação do procedimento de extradição passiva previsto na legislação ordinária interna à detenção e entrega de pessoas ao TPI.

Em segundo lugar, o obstáculo resultante da incompatibilidade da execução do pedido de detenção e entrega de pessoas ao TPI com o cumprimento de outras obrigações internacionais do Estado de Cabo Verde.

Vejamos, então, cada um desses obstáculos.

1. Obstáculo decorrente da dificuldade de adaptação e aplicação do procedimento de extradição passiva previsto na legislação ordinária interna à detenção e entrega de pessoas ao TPI

1. As disposições relativas ao procedimento de extradição passiva, cuja adaptação e aplicação à entrega de pessoas ao TPI é determinada pela LCJIMP, dificilmente se harmonizam com esta forma de cooperação judiciária internacional em matéria penal prevista especificamente no ERTPI.

No procedimento de extradição, tributário do “modelo horizontal” de cooperação, tendo como sujeitos Estados, existe uma fase administrativa, da competência do Governo, que decide, sem possibilidade de recurso, sobre a sua admissibilidade – com critérios políticos. O que significa que, se o Governo, na fase administrativa, considerar inadmissível uma extradição requerida, o Ministério Público, através do Procurador-Geral da República, não pode requerer a extradição junto do Supremo Tribunal de Justiça.

Note-se, aliás, que a LCJIMP prevê uma intervenção obrigatória do Governo, através do Ministro da Justiça, nos procedimentos de cooperação judiciária internacional em matéria penal, a menos que se trate de pedidos de cooperação englobados no auxílio judiciário mútuo, que admitem contactos directos entre autoridades judiciárias (art. 141.º, n.º 4).

O regime de entrega de pessoas ao TPI previsto no ERTPI, tributário de um “modelo vertical” de cooperação, vincula o Estado Parte requerido à execução imediata do pedido, salvo nos seguintes casos:

- a) O pedido enfermar de vícios formais, por exemplo, por não incluir a narração dos factos ou a qualificação jurídica do crime (art. 58.º, n.º 3, alíneas b) e c), do ERTPI);
- b) O pedido enfermar de vícios procedimentais, por exemplo, por não ter sido transmitido pela forma apropriada; ou
- c) Quando o dever cessa por força do direito internacional ⁽¹⁵⁾.

PEDRO CAEIRO escreve, a propósito do regime de entrega de pessoas ao TPI, que “[...] se atentarmos no regime previsto no estatuto, verificamos que a margem de apreciação concedida aos Estados nos n.ºs 6 e 7, al. b), não comporta opções de natureza política [...]” ⁽¹⁶⁾, e que “[...] seria incompatível com o Estatuto atribuir ao Governo um poder de decidir liminarmente, em sentido

¹⁵ A seguir, trataremos desta questão, em especial, como um verdadeiro e próprio obstáculo à cooperação judiciária internacional com o TPI.

¹⁶ PEDRO CAEIRO, “O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito português”, in AA.VV, *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004, p. 130.

negativo, um pedido de entrega por razões de oportunidade política [...], ou para defender os símbolos da soberania nacional” (17).

Efectivamente, contrariamente ao que ocorre nos procedimentos de cooperação judiciária internacional em matéria penal, no procedimento de entrega de pessoas ao TPI, a eventual intervenção do Governo não pode guiar-se pelos critérios fixados na actual legislação interna cabo-verdiana sobre a cooperação judiciária internacional em matéria penal.

Em conclusão, a dificuldade de adaptação e aplicação do procedimento de extradição à detenção e entrega de pessoas ao TPI constitui um empecilho à cooperação judiciária internacional em matéria penal entre o Estado de Cabo Verde e o referido tribunal, que convém remover, por via legislativa, regulando específica e autonomamente tal procedimento.

Passemos à incompatibilidade da execução do pedido de detenção e entrega de pessoas ao TPI com o cumprimento de outras obrigações internacionais do Estado de Cabo Verde.

2. A incompatibilidade da execução do pedido de detenção e entrega de pessoas ao TPI com o cumprimento de outras obrigações internacionais do Estado de Cabo Verde: o conflito entre o dever de cooperar plenamente com o TPI com a obrigação resultante do Acordo Relativo à Entrega de Pessoas aos Tribunais Internacionais com os Estados Unidos da América

2.1. Delimitemos o objecto da nossa análise através da seguinte hipótese. Imaginemos que um cidadão americano, suspeito ou acusado por um dos crimes no âmbito de um processo penal que corre termos no TPI, é encontrado em Cabo Verde, onde fixou a sua residência permanente. O crime cuja prática se imputa ao referido cidadão americano ocorreu fora do território cabo-verdiano.

Tendo tomado conhecimento do novo paradeiro daquele cidadão americano, o TPI solicita às autoridades competentes da República de Cabo Verde a sua detenção e entrega.

Sendo Cabo Verde Estado Parte no Estatuto de Roma, este exemplo coloca as competentes autoridades cabo-verdianas perante um conflito de deveres. De um lado, o dever de cooperar plenamente com o TPI. Do outro lado, a obrigação de não proceder à detenção e entrega do cidadão americano ao TPI, sem prévio consentimento dos Estados Unidos da América, nos termos do Acordo de Não-

¹⁷ “O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito português”, *cit.*, pp. 69-157.

-Entrega de Pessoas aos Tribunais Internacionais existente entre os dois Estados, que entrou em vigor na ordem jurídica cabo-verdiana antes de o Estado de Cabo Verde se tornar parte no Estatuto de Roma.

Trata-se, como iremos demonstrar, de uma situação que obsta a cooperação judiciária internacional em matéria penal com o TPI, na sua forma mais relevante, a detenção e entrega de pessoas.

Com relevância, devemos ter em consideração os seguintes dados de facto:

Depois de ter assinado o Estatuto de Roma – mas antes de o ratificar –, o Estado de Cabo Verde vinculou-se ao Acordo Relativo à Entrega de Pessoas aos Tribunais Internacionais com o Governo dos Estados Unidos da América.

Este Acordo foi assinado em Washington, em 16 de Abril de 2004, e aprovado para ratificação pela Assembleia Nacional, através da Resolução n.º 111/VI/2004, de 15 de Novembro. Foi ratificado e entrou em vigor na ordem jurídica cabo-verdiana desde 19 de Novembro de 2004, portanto, antes de o ERTPI também entrar em vigor em Cabo Verde.

O referido Acordo dispõe, no essencial, o seguinte:

“1. [...]

2. *As pessoas de uma Parte presentes no território da outra não serão, salvo consentimento expresso da primeira Parte:*

a) Entregues ou transferidos por quaisquer meios a qualquer tribunal internacional para qualquer propósito, a não ser que o tribunal tenha sido estabelecido pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas; ou

b) Entregues ou transferidos por qualquer meio a qualquer outra entidade ou terceiro país ou expulsas para um terceiro país para fins de entrega ou transferência a qualquer tribunal internacional, a não ser que este tribunal tenha sido estabelecido pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas.

[...]”.

O Estado de Cabo Verde assumiu uma obrigação internacional que o impede de entregar o cidadão americano aos tribunais internacionais, neste caso, o TPI, sem o consentimento expresso dos Estados Unidos da América.

Em 10 de Outubro de 2011, o Estado de Cabo Verde fez o depósito do instrumento de ratificação do Estatuto de Roma junto do Secretário-Geral das Nações Unidas.

Em 1 de Janeiro de 2012, o Estatuto de Roma entrou em vigor no ordenamento jurídico cabo-verdiano.

Os Estados Unidos da América participaram nas negociações do ERTPI e assinaram-no. Desempenharam “um papel relevante na elaboração dos importantes documentos «elementos dos crimes» e «regras processuais e de prova»” (18). Todavia, não o ratificaram e, conseqüentemente, não se tornaram Parte no ERTPI.

Há, claramente, incompatibilidade da execução do pedido de detenção e entrega de pessoas ao TPI com o cumprimento de outra obrigação internacional do Estado de Cabo Verde. Tal incompatibilidade traduz-se no conflito entre o dever de cooperar plenamente com o TPI com a obrigação resultante do Acordo Relativo à Entrega de Pessoas aos Tribunais Internacionais com os Estados Unidos da América.

2.2. Recortado assim o problema, para efeitos do presente texto, pergunta-se:

- a) Ao vincular-se ao mencionado Acordo com os Estados Unidos da América, depois de ter assinado o Estatuto de Roma – mas antes de o ratificar e se tornar parte – o Estado de Cabo Verde praticou acto que priva aquele Estatuto do seu objecto e do seu fim, violando, assim, o disposto no art. 18.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT)?
- b) Como resolver este conflito de deveres, à luz do Direito Internacional Público, sem implicar a responsabilidade internacional do Estado de Cabo Verde?

2.2.1. Começemos pela primeira questão.

A resposta à primeira questão passa, fundamentalmente, pela interpretação do art. 18.º da CVDT e do art. 98.º, n.º 2, do ERTPI. É que, a adesão ao ERTPI, que é um tratado celebrado entre Estados soberanos, e a celebração do acordo entre Cabo Verde e os Estados Unidos da América “não se furtam à aplicação das regras e princípios internacionais aplicáveis (19), em particular o disposto na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 23 de Maio de 1969”.

¹⁸ PAULA ESCARAMEIA, *O Direito Internacional Público nos princípios do século XXI*, Almedina, 2009, p. 238.

¹⁹ MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Justiça Internacional – Lições – Parte I – Introdução*, Lisboa, 2010, p. 125.

O art. 18.º da CVDT, por epígrafe (“Obrigação de não privar um tratado do seu objecto e do seu fim antes da sua entrada em vigor”), dispõe o seguinte:

“Um Estado deve abster-se de actos que privem um tratado do seu objecto ou do seu fim:

a) Quando assinou o tratado ou trocou os instrumentos constitutivos do tratado sob reserva de ratificação, aceitação ou aprovação, enquanto não manifestar a sua intenção de não se tornar Parte do mesmo; ou

b) Quando manifestou o seu consentimento em ficar vinculado pelo tratado, no período que precede a entrada em vigor do tratado e com a condição de esta não ser indevidamente adiada”.

A propósito da execução das convenções internacionais, ALBINO DE AZEVEDO SOARES escreve que “Uma convenção internacional deve ser executada de acordo com o princípio da boa-fé, abstenendo-se o Estado de reduzir a nada o seu objecto ou o seu fim, e, salvo disposição em contrário, não se aplica retroactivamente, nem apenas a uma ou algumas partes do território de um Estado”⁽²⁰⁾.

Nos termos da CVDT, a assinatura do ERTPI em 2000 criou, para Cabo Verde, dois deveres: em primeiro lugar, um dever de se abster de privar aquele Estatuto do seu objecto ou do seu fim (art. 18.º acima transcrito); em segundo lugar, um dever geral de boa-fé (art. 26.º).

Assim sendo, devemos averiguar se, ao vincular-se ao Acordo de Não-Entrega de Pessoas aos Tribunais Internacionais com os Estados Unidos da América, o Estado de Cabo Verde reduziu a nada o Estatuto de Roma do seu objecto ou do seu fim.

Ora, um acto priva um tratado do seu objecto ou do seu fim quanto reduz a nada o seu objecto ou o seu fim.

Como decorre do respectivo preâmbulo⁽²¹⁾, o Estatuto de Roma tem por objecto “criar um tribunal penal internacional com carácter permanente e independente no âmbito do sistema das Nações Unidas, e com jurisdição sobre crimes de maior gravidade que afectem a comunidade internacional no seu conjunto”, sendo seu fim pôr termo à impunidade dos autores de crimes graves contra crianças, homens e mulheres, como o crime de genocídio, os crimes contra a Humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão.

²⁰ *Lições de Direito Internacional Público*, 3.ª ed. actualizada, Coimbra, 1986, p. 174.

²¹ Sobre o valor do preâmbulo na interpretação das convenções internacionais, veja-se, por todos, ALBINO DE AZEVEDO SOARES, *Lições de Direito Internacional Público*, cit., pp. 177 e 178.

Respondendo à primeira questão, diremos, em conclusão, que o Acordo Bilateral existente entre o Estado de Cabo Verde e os Estados Unidos da América não priva o Estatuto de Roma do seu objecto ou do seu fim e, em consequência, não viola qualquer disposição da CVDT.

2.2.2. Passemos à segunda questão.

Antes de mais, convém dizer que haverá incompatibilidade do pedido de detenção e entrega de pessoas ao TPI com o cumprimento de outras obrigações internacionais dos Estados Partes no Estatuto de Roma, quando a sua execução forçar o Estado requerido a uma actuação incompatível: *a*) com as obrigações que lhe cabem à luz do direito internacional em matéria de imunidade dos Estados ou de imunidade diplomática de pessoa ou bens de Estado terceiro (art. 98.º, n.º 1, do Estatuto de Roma); ou *b*) com uma obrigação internacional que o impeça de entregar a pessoa sem o consentimento do Estado terceiro (art. 98.º, n.º 2, do Estatuto de Roma).

No presente texto, como reportámos *supra*, cuidaremos apenas da incompatibilidade do pedido de detenção e entrega de pessoas ao TPI com o cumprimento de outras obrigações internacionais dos Estados Partes no Estatuto de Roma, quando a sua execução forçar o Estado requerido – no caso, o Estado de Cabo Verde – a uma actuação incompatível com uma obrigação internacional que o impede de entregar a pessoa sem o consentimento do Estado terceiro (art. 98.º, n.º 2, do Estatuto de Roma).

O art. 86.º do Estatuto de Roma, integrado no Capítulo IX, sob epígrafe “Cooperação internacional e auxílio judiciário”, consagra a cooperação plena com o TPI como um dos deveres fundamentais dos Estados Partes no Estatuto de Roma. Este dever está consagrado. Tal dever abrange especificamente as seguintes formas de cooperação judiciária internacional em matéria penal: a detenção e entrega de uma pessoa (arts. 89.º, 90.º e 91.º); o pedido de prisão preventiva da pessoa procurada pelo TPI (art. 92.º); o auxílio judiciário (art. 93.º, n.ºs 1 a 6); a transferência temporária de uma pessoa detida para fins de identificação ou para obter um depoimento ou outra forma de auxílio (art. 93.º, n.º 7, alínea *a*), do ERTPI).

No entanto, como nota PEDRO CAEIRO, o Estatuto de Roma, no n.º 2 do art. 98.º, “[...] prevê a possibilidade de a execução de um pedido de entrega, a ser levada a cabo, forçar o Estado requerido a uma actuação incompatível com [...] uma obrigação internacional que o impeça de entregar a pessoa sem o consentimento de um Estado terceiro” (22). O que vale dizer, “neste caso, o

²² PEDRO CAEIRO, “O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito português”, *cit.*, p. 99.

Tribunal não pode formular o pedido de entrega, salvo se o Estado terceiro [...] consentir na entrega”⁽²³⁾.

JORGE BACELAR GOUVEIA refere, a este propósito, que o “dever de cooperação para com o TPI, prestando-lhe auxílio no exercício das suas atribuições e competências, não é absoluto e compreende alguns condicionalismos: a) Por razões de segurança nacional, os Estados podem denegar informação ou documentação cuja revelação ponha em causa aquele valor [art. 72.º do ERTPI]; b) Por razões de imunidade internacional ou de impedimento internacional, estatutária ou convencionalmente assumidos [art. 98.º do ERTPI]”⁽²⁴⁾.

Efectivamente, as normas constantes do art. 98.º, n.ºs 1 e 2, do ERTPI têm como destinatário único o próprio TPI.

Aliás, o disposto no n.º 2 do art. 98.º do Estatuto de Roma impõe ao TPI a responsabilidade de iniciar consultas com Estados terceiros, neste caso, com os Estados Unidos da América, no sentido de obter destes a cooperação necessária, ou seja, o consentimento na entrega.

Entretanto, se o pedido de entrega vier a ser apresentado sem que se tenha obtido o consentimento de entrega por parte dos Estados Unidos da América, nos termos do art. 97.º do ERTPI, o Estado de Cabo Verde deve iniciar consultas com o TPI e alertá-lo para o conflito de deveres, ficando o procedimento de entrega a aguardar a resolução do problema⁽²⁵⁾.

O Estado de Cabo Verde, face a um pedido de entrega de um cidadão americano que vier a ser encontrado no seu território, apenas está obrigado a procurar obter o consentimento de entrega dos Estados Unidos da América ao abrigo do citado Acordo Bilateral que vincula os dois Estados, não perante o ERTPI.

Com a resposta à segunda questão, fica também resolvida a hipótese que formulámos para delimitarmos a incompatibilidade da execução do pedido de detenção e entrega de pessoas ao TPI com o cumprimento de outras obrigações internacionais do Estado de Cabo Verde.

Antes das conclusões, permitimo-nos duas notas finais.

A primeira nota, para referir que os Estados Unidos da América firmaram Acordo de Não-Entrega de Pessoas aos Tribunais Internacionais com outros países da CPLP, como sejam, Angola, Guiné-Bissau, Moçambique, São Tomé e

²³ PEDRO CAEIRO, “O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito português”, *cit.*, pp. 82 e 99.

²⁴ JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito Internacional Penal – Uma Perspectiva Dogmático-Crítica*, Lisboa, 2008, p. 365.

²⁵ Neste sentido, veja-se, por todos, PEDRO CAEIRO, “O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito português”, *cit.*, p. 108.

Príncipe e Timor-Leste. No âmbito da CPLP, os Estados Unidos da América não celebraram Acordo de Não-Entrega de Pessoas aos Tribunais Internacionais com Brasil e Portugal.

A segunda nota, para concluir que o Acordo Bilateral que os demais Estados Africanos de Língua Portuguesa firmaram com os Estados Unidos da América, cujo conteúdo é idêntico ao referido Acordo Bilateral entre os Estados Unidos da América e a República de Cabo Verde, não os impede de se tornarem Partes do Estatuto de Roma.

IV. Conclusões

Concluindo e em resumo:

1. A revisão constitucional adoptou a solução da cláusula geral de aceitação da jurisdição do TPI, introduzindo o n.º 8 ao art. 11.º da Lei Fundamental, o qual dispõe: “O Estado de Cabo Verde pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma”;

2. Com a introdução de tal norma, constitucionalizou-se o TPI e, implicitamente, procedeu-se à alteração de um conjunto de normas da CRCV, nomeadamente as referentes à “constituição judicial” e à “constituição penal”;

3. O art. 98.º do Estatuto de Roma dá guarida às obrigações internacionais dos Estados surgidas antes de se tornarem Partes no Estatuto;

4. O dever de cooperação com o TPI não se sobrepõe a outras obrigações internacionais que já incumbiam aos Estados no plano internacional;

5. O art. 98.º, n.º 2, do ERTPI admite expressamente que um Estado que esteja vinculado a um Acordo de Não-Entrega de Pessoas aos Tribunais Internacionais com um outro Estado que não seja Parte no Estatuto (Estado terceiro) venha a tornar-se Parte no mesmo (Estatuto);

6. O TPI é o único destinatário das normas contidas nos n.ºs 1 e 2 do art. 98.º do Estatuto de Roma;

7. Cabe ao TPI a responsabilidade de iniciar consultas com Estados terceiros, neste caso concreto, com os Estados Unidos da América, no sentido de obter destes a cooperação necessária, ou seja, o consentimento na entrega;

8. Ao vincular-se ao Acordo de Não-Entrega de Pessoas aos Tribunais Internacionais com o Governo dos Estados Unidos da América, nos termos assinalados no presente texto, o Estado de Cabo Verde não privou o Estatuto de Roma do seu objecto ou do fim, não violando, com tal acto, qualquer disposição da CVDT;

9. As dificuldades de adaptação do procedimento de extradição passiva à entrega de pessoas ao TPI justificam uma intervenção legislativa para regular, autonomamente, o procedimento de entrega de pessoas aos tribunais internacionais;

10. Em virtude da incorporação do Estatuto de Roma no seu ordenamento jurídico, Cabo Verde enfrenta o desafio de cumprir integralmente o propósito que anunciou na ratificação. Para tanto, além de aperfeiçoar a legislação ordinária que disciplina o procedimento das várias formas de cooperação judiciária internacional em matéria penal com o TPI, terá de rever a sua lei penal, no sentido de incorporar os crimes definidos no Estatuto de Roma, ou fazer uma remissão para aquele.

PROPRIEDADE INDUSTRIAL, GLOBALIZAÇÃO E LUSOFONIA

Luís Couto Gonçalves ⁽¹⁾

Introdução

Actualmente, estamos a viver um período de propalada crise do Estado Social. O Estado Social, conforme o conhecemos, nas últimas décadas, não é, dizem, sustentável. O mundo mudou. É um facto incontestável. Nos últimos 25 anos, em especial, houve uma série de acontecimentos marcantes, alguns para além do imaginável.

Vivemos a queda do muro de Berlim, em 1989, e a subsequente “implosão” da União Soviética. O mundo tornou-se, aparentemente, unipolar. Nada se fez, entretanto, de relevante, para pensar a nova realidade e antecipar um novo equilíbrio mundial. O desenvolvimento económico “encandeou” a Europa. A Europa dos valores começou a ceder à tentação dos interesses mais egoísticos e materiais. O humanismo e a cultura vão sendo relegados para segundo plano em detrimento da economia e da tecnocracia.

Na década de 90, começa a afirmar-se, em definitivo, a desconcertante e vertiginosa sociedade da informação. Com o salto tecnológico da *World Wide Web*, em 1990, a *Internet* massifica-se e os computadores pessoais tornam-se um equipamento tecnológico de utilização corrente e indispensável à escala mundial.

Em 11 de Setembro de 2001, assistimos, em directo, no momento mais mediático do terrorismo sanguinário internacional, ao ataque e destruição, de horror inenarrável, às torres gémeas de Nova Iorque.

¹ Escola de Direito da Universidade do Minho. Este trabalho encontra-se actualizado até Fevereiro de 2014 e segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

Em 1 de Janeiro de 2002, surgiu o Euro, como moeda oficial, adoptada por 18 dos 28 países que compõem, presentemente, a União Europeia (UE).

Em 2004, a União Europeia passa, de uma só vez, de 15 para 25 países, sem estar, política e institucionalmente, preparada.

Em Setembro de 2008, o “terrorismo” financeiro especulativo mundial eclodiu, de modo chocante e abrupto, com a falência do Lehman Brothers, nos Estados Unidos da América.

Mas, centrando-nos mais no tema deste trabalho, em 1994, foi constituída a Organização Mundial do Comércio (OMC), que criou as bases da globalização económica e permitiu o acesso ao mercado europeu de mercadorias provenientes de outros países não europeus, em condições concorrenciais manifestamente desiguais.

Permitimo-nos chamar a atenção de que entre a queda do Muro de Berlim e a criação da OMC só decorreram cinco anos!

Antes da OMC, o que havia era o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT, no acrónimo inglês).

O Acordo de Bretton Woods, celebrado em Julho de 1944, num momento, pois, ainda anterior ao final da Segunda Guerra Mundial (1939/1945), procurou solidificar a cooperação e regulamentar o comércio internacional pela institucionalização das relações económicas transnacionais, procurando controlar a tendência proteccionista económica e transferir poderes soberanos para instituições supranacionais.

Em consequência desse Acordo, surgiram o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (que integra o chamado Banco Mundial) e o Fundo Monetário Internacional.

A Organização das Nações Unidas (ONU), criada em 1945, procurou, em vão, no seio do Conselho Económico e Social, a criação da Organização Internacional do Comércio (OIT).

A experiência fracassada da OIT esteve na origem do *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), em 1947, ao abrigo de um protocolo de aplicação provisória. O GATT manteve-se, “provisoriamente”, até final de 1994, altura em que foi integrado, como um Acordo, na OMC.

O GATT era desprovido de personalidade jurídica e aplicável apenas quando não contrariasse as legislações internas das partes contratantes.

Pese embora as suas insuficiências, incluindo o corpo normativo débil em resultado da carência de aplicabilidade e efeito directos das suas normas sem força obrigatória, o GATT foi o único instrumento multilateral a disciplinar, embora modestamente, o comércio mundial, até à criação da OMC.

A vontade dinâmica das partes contratantes esteve na base de sucessivos aperfeiçoamentos deste acordo, intitulados por *Rondas (Rounds)*, das quais se destaca a do *Uruguay Round* (1986/1994), a mais marcante, que culminou com a criação da OMC, em 1994.

Em rigor, não se pode dizer que este desenlace tenha sido uma surpresa. De facto, na última década do século passado, começa a emergir um fenómeno novo, crescente, relevante e determinante: a globalização.

O GATT, pensado para um mercado internacional com uma estrutura muito diferente, assente, essencialmente, no comércio internacional de mercadorias, já não podia responder aos novos desafios e necessidades.

A globalização traduz-se, na esfera económica, numa ideia de circulação e de liberalização dos factores de produção à escala mundial. A globalização, para além de abranger um novo processo de investimento, produção e consumo, impõe um reforçado processo de integração de mercados e de aproximação e harmonização das respectivas regras de enquadramento e de funcionamento.

A OMC, que conta actualmente com 159 membros (incluindo a UE e os seus 28 Estados, individualmente considerados), abrange um conjunto relevante de acordos, que inclui uma grande revisão do GATT, que passa a integrar o quadro legal da OMC para o comércio de mercadorias.

Os acordos da OMC abrangem ainda novas regras para o sector de serviços, os aspectos de propriedade intelectual relacionados com o comércio, a resolução de litígios e a política comercial.

As funções da OMC são essencialmente: *i)* administrar os acordos; *ii)* ser um fórum de negociações comerciais; *iii)* resolver disputas comerciais; *iv)* acompanhar políticas nacionais de comércio; *v)* dar assistência técnica aos países em desenvolvimento; *vi)* cooperar com outras organizações internacionais.

A OMC tem personalidade jurídica e um significativo aparelho institucional que a habilita a coordenar, coercivamente, se necessário, as relações comerciais mundiais.

A inserção da matéria da propriedade intelectual no âmbito da OMC não foi consensual e representou uma significativa querela entre os países mais industrializados e os países em desenvolvimento.

O Acordo Sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio de 1994 (TRIPS) ⁽²⁾, apesar de se juntar a convenções internacionais emblemáticas existentes em matéria de propriedade intelectual – a Convenção da União de Paris para a protecção da propriedade

² Anexo I-C ao Acordo que instituiu a OMC, ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 82-B/94, de 27 de Dezembro. Vamos adoptar, neste trabalho, o acrónimo inglês TRIPS (mundialmente conhecido) e não ADPIC (acrónimo português).

industrial de 1883 (CUP) e a Convenção de Berna para a protecção das obras literárias e artísticas de 1886, ambas várias vezes revistas –, apresenta um carácter inovador, por ser a primeira vez que a propriedade intelectual é objecto de um acordo no âmbito de uma organização de natureza comercial a nível multilateral.

O acordo reconhecia a grande disparidade de protecção dos direitos de propriedade intelectual e a falta de um quadro multilateral de princípios, normas e disciplinas relacionados com o comércio internacional de mercadorias falsificadas e contrafeitas que era fonte, cada vez maior, de tensões nas relações económicas internacionais.

O Acordo TRIPS, administrado pela OMC, traduz a vontade multilateral da comunidade internacional na adopção de um regime eficaz no combate à distorção e aos obstáculos ao comércio internacional a partir da protecção dos direitos de propriedade intelectual.

Assente nos princípios do tratamento nacional e do tratamento da nação mais favorecida, estabelece um regime substancial ao nível do direito de autor e direitos conexos, das marcas, das indicações geográficas, dos desenhos e modelos industriais, das patentes, das configurações (topografias) de circuitos integrados e da protecção de informações não divulgadas, impondo a adopção interna de procedimentos administrativos e judiciais que os protejam. Além disso, apoia-se num sistema autónomo de resolução de litígios, de vocação preventiva e sancionatória.

A propriedade intelectual, em sentido amplo, protege resultados do espírito humano e engloba dois institutos jurídicos: o direito de autor e a propriedade industrial.

O direito de autor, que inclui a tutela dos direitos conexos, protege as criações intelectuais dos domínios literário e artístico, por qualquer modo exteriorizadas e qualquer que seja o seu género, mérito ou forma de expressão, incluindo: obras literárias; obras audiovisuais; obras de multimédia; programas de computador (*software*); obras de arte aplicadas, desenhos ou modelos e obras de *design* que constituam criação artística; ilustrações e cartas geográficas; projectos, esboços e obras plásticas respeitantes à arquitectura, ao urbanismo, à geografia ou às outras ciências. No âmbito do direito de autor, são também reconhecidos direitos exclusivos conexos sobre as prestações dos artistas, intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e videogramas e dos organismos de radiodifusão.

A propriedade industrial protege os direitos sobre bens incorpóreos, mais directamente ligados a interesses económicos, os quais podem agrupar-se em duas grandes espécies: as criações industriais e os sinais distintivos. Os direitos sobre criações industriais abrangem, essencialmente, as patentes de invenção, os modelos de utilidade, as topografias dos produtos semicondutores, as obtenções

vegetais e os desenhos ou modelos. Os sinais distintivos do comércio abrangem, designadamente, as marcas, os nomes comerciais e insígnias, os logótipos ⁽³⁾ e as denominações de origem e indicações geográficas.

A propriedade intelectual, no seu conjunto, tem, assim, por objecto a protecção legal de um conjunto específico de direitos sobre coisas incorpóreas: as criações autorais, industriais e os sinais distintivos.

Coisas incorpóreas, para citarmos Orlando de Carvalho, são “ideações que uma vez saídas da mente e, por conseguinte, discerníveis, ganham autonomia em face dos meios que as sensibilizam ou exteriorizam e em face da própria personalidade criadora, justificando um tutela independente da tutela da personalidade como da tutela dos meios ou objectos corpóreos que são o suporte sensível dessas mesmas ideias” ⁽⁴⁾.

O direito de autor tem por finalidade garantir um incentivo económico adequado aos criadores intelectuais e às entidades que investem na criação e na divulgação de bens intelectuais através da reserva aos titulares de direitos de um exclusivo de exploração económica das obras. À protecção destes interesses individuais de carácter patrimonial alia-se, nos sistemas jurídicos da União Europeia, a tutela de direitos de carácter pessoal (normalmente designados como “direitos morais”).

Em todo o caso, o direito de autor é um direito dominado por considerações finalistas, pelo que, como sucede com os demais direitos subjectivos, a liberdade atribuída ao autor não pode ser entendida em termos puramente individualistas. Entenda-se ou não que o direito de autor tem a natureza jurídica de um direito de propriedade (direito de propriedade intelectual) ⁽⁵⁾, a verdade é que, a par com o direito de propriedade e os outros direitos patrimoniais, o direito autoral tem uma função social. É da consideração desta última que decorre a sujeição do direito exclusivo a limites ou excepções, que permitem compatibilizar o seu exercício com interesses sociais ou outros interesses individuais tidos como relevantes.

Por sua vez, a propriedade industrial visa garantir, essencialmente, a afirmação da identidade da empresa em mercado de livre concorrência e com produção em massa.

³ Em Portugal, com a alteração ao Código da Propriedade Industrial de 2003, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 143/2008, de 25 de Julho, foram suprimidos o nome e a insígnia, sendo integrados no logótipo.

⁴ *Direito das Coisas*, Coimbra, 1977, p. 191, nota.

⁵ ANTÓNIO DE MACEDO VITORINO, “Esboço de uma concepção sobre a natureza jurídica do Direito de Autor”, in *RFDUL*, XXXIII, 1992, pp. 463-514.

Dito de outra forma, o direito da propriedade industrial surgiu para resolver um problema que se começou a manifestar, com particular especificidade e intensidade, a partir da chamada revolução industrial: a necessidade de proteger a identidade da empresa e respectivos modos de afirmação concorrencial. Essa protecção concretizou-se e concretiza-se pela atribuição de direitos privativos em relação a concretas formas de afirmação de identidade: a afirmação técnica (patentes de invenção e modelos de utilidade, de um modo especial), estética (desenhos ou modelos) e distintiva (marca, nome comercial, logótipo, denominações de origem e indicações geográficas) (6).

I. Acordo TRIPS

Não obstante a sua força enquanto instrumento legal internacional, o TRIPS confiou aos seus membros a liberdade quanto aos meios de execução dos princípios e regras que define, vinculando-os quanto ao fim a alcançar (7). O princípio é a vontade multilateral no consenso prático das ideias, bem implícita no espírito do Acordo.

O Acordo não pretende ser um “Código” que regula total e completamente o sector da propriedade intelectual. Também não pretende harmonizar as normas nacionais ou regionais das partes e organizações membros. Tem por objectivo principal estabelecer um conjunto de regras e de princípios que, como mínimo, devem ser respeitados pelos países que aderirem à OMC.

O art. 7.º estabelece os seguintes objectivos: “a protecção e a aplicação efectiva dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e divulgação de tecnologia, em benefício mútuo dos geradores e utilizadores dos conhecimentos tecnológicos e de um modo conducente ao bem-estar social e económico, bem como para um equilíbrio entre direitos e obrigações”.

O TRIPS aborda a aplicabilidade dos princípios básicos deste acordo e dos acordos internacionais pertinentes sobre propriedade intelectual, o reconhecimento de direitos de propriedade intelectual adequados, a previsão de medidas eficazes para fazer respeitar esses direitos, a solução multilateral de diferendos e as disposições transitórias.

⁶ Para mais desenvolvimentos, cfr. LUÍS COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 15 e ss.

⁷ Tal como resulta do disposto no n.º 1 do art. 1.º onde se lê (parte final) que “Os Membros determinarão livremente o método adequado para a execução das disposições deste Acordo, no quadro dos respectivos sistemas e práticas jurídicas”.

Apresenta-se, em seguida, uma apreciação sucinta deste acordo supranacional, em relação, especificamente, à regulação dos direitos de propriedade intelectual.

1. Direitos de propriedade intelectual regulados no TRIPS

a) Direitos de autor e direitos conexos (arts. 9.º a 14.º)

O TRIPS remete para a Convenção de Berna sobre propriedade intelectual de 1886 (versão de 1971), tal como resulta do disposto no art. 9.º. Isto significa que, nos casos litigiosos, envolvendo direitos de autor, haverá uma aplicação material dos arts. 1.º a 21.º e do anexo desta Convenção, interpretados ao abrigo dos arts. 7.º e 8.º do TRIPS. Contudo, o papel do TRIPS não é meramente remissivo, uma vez que abrange ainda disposições relativas aos programas de computador e compilação de dados (art. 10.º, n.ºs 1 e 2), ao direito de locação e à protecção de artistas intérpretes, produtores de fonogramas (gravações sonoras) e organismos de radiodifusão, que antes se encontravam dispersas por ordenamentos internos e, conseqüentemente, com uma aplicação geográfica restrita.

A duração da protecção da obra autoral, com excepção de uma obra fotográfica ou de uma obra de artes aplicadas, está contemplada no art. 12.º.

Ao abrigo do art. 13.º, os Membros podem restringir as limitações ou excepções aos direitos exclusivos a certos casos especiais, que não obstem à exploração normal da obra e não prejudiquem de forma injustificável os legítimos interesses do titular do direito.

A protecção dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores de fonogramas terá uma duração mínima de 50 anos; a protecção dos organismos de radiodifusão não será inferior a 20 anos (art. 14.º, n.º 5).

b) Marcas (arts. 15.º a 20.º)

O TRIPS define marca considerando-a como “qualquer sinal, ou qualquer combinação de sinais, susceptível de distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas [...]”.

Depois enumera, a título exemplificativo, alguns desses sinais, admitindo a possibilidade de os Membros exigirem, como condição do registo, que os sinais sejam visualmente perceptíveis.

Esta condição, diga-se, não é aplicável aos Estados da União Europeia. Na verdade, por força da solução injuntiva do art. 2.º da Directiva Comunitária

sobre marcas ⁽⁸⁾ e o Regulamento da Marca Comunitária ⁽⁹⁾, a limitação não é a susceptibilidade visual do sinal, mas a sua susceptibilidade de representação gráfica ⁽¹⁰⁾.

Sobre este requisito, a propósito de uma marca olfactiva, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) considerou que “um sinal que não é, em si mesmo, susceptível de ser visualmente perceptível pode constituir uma marca, desde que possa ser objecto de representação gráfica, nomeadamente através de figuras, de linhas ou de caracteres, que seja clara, precisa, completa por si própria, facilmente acessível, inteligível, duradoura e objectiva” ⁽¹¹⁾.

c) Indicações geográficas (arts. 22.º a 24.º)

Entende-se por indicações geográficas, de acordo com o disposto no art. 22.º, n.º 1, “as indicações que identifiquem um produto como sendo originário do território de um Membro, ou de uma região ou localidade desse território, caso determinada qualidade, reputação ou outra característica do produto seja essencialmente atribuível à sua origem geográfica”.

⁸ Primeira Directiva sobre marcas n.º 89/104/CEE, JO-L 40/1 de 11/02/1989, que aproxima as legislações dos Estados-membros em matéria de marcas, já revogada pela Directiva n.º 2008/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22/10/2008, JO-L 299/25 de 08/11/2008 (versão codificada).

⁹ Regulamento n.º 207/209, de 26/02/2009, JO-L 78 de 24/03/2009 (versão codificada), que revogou o Regulamento n.º 40/94, de 20/12/1993, JO-L 11 de 14/01/1994, que instituiu a marca comunitária.

¹⁰ De acordo com o art. 222.º, n.º 1, do Código da Propriedade Industrial (CPI), “a marca pode ser constituída por um sinal ou conjunto de sinais susceptíveis de representação gráfica, nomeadamente palavras, incluindo nomes de pessoas, desenhos, letras, números, sons, a forma do produto ou da respectiva embalagem, desde que sejam adequados a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas”.

¹¹ Acórdão de 12/12/02, C-273/00 (*Sieckmann v. Deutsches Patent und Markenamt*), <http://curia.europa.eu/>. *Sieckmann* apresentou no Instituto Alemão de Patentes e Marcas um pedido de registo de uma marca olfactiva de cinamato de metilo destinada a produtos e serviços das classes 35, 41 e 42 do Acordo de Nice de 1957, que descreveu através de uma fórmula química e de uma amostra, acrescentando que o aroma é habitualmente descrito como “balsâmico-frutado com ligeiras notas de canela”. O TJ considerou que “os requisitos da representação gráfica não são cumpridos através de uma fórmula química, de uma descrição por palavras escritas, da apresentação de uma amostra de um odor ou da conjugação destes elementos”. Sobre esta decisão, *vide* a nossa anotação, “A marca e o requisito da susceptibilidade de representação gráfica”, *Cadernos de Direito Privado*, 2005, n.º 1, pp. 23 e ss.

O TRIPS não regula, pois, a denominação de origem ⁽¹²⁾. Nesta, há uma função qualitativa que, na indicação geográfica, pode falhar. A indicação geográfica pode englobar a denominação de origem, mas não se identifica com ela. A indicação geográfica tem três alternativas de conexão: qualidade, reputação ou outra característica que se devam essencial, mas não exclusivamente, à origem geográfica.

Como assinala ALBERTO RIBEIRO DE ALMEIDA ⁽¹³⁾ “na indicação geográfica o elo que une o produto à região determinada é mais débil que na denominação de origem”, pois naquela “a reputação do produto (ou uma sua qualidade ou outra característica) pode (basta que possa) ser atribuída à região sem influência directa dos factores naturais e humanos. Por outro lado, aquela menor ligação, na indicação geográfica, do produto à região determinada resulta, igualmente, da não exigência de que todas as operações de produção, transformação e elaboração ocorram na área determinada (como se estabelece para a denominação de origem), bastando que uma delas ocorra na área delimitada”.

d) Desenhos e modelos industriais (arts. 25.º e 26.º)

Os desenhos ou modelos são protegidos se forem novos ou originais. Estes requisitos não coincidem inteiramente com os consagrados na Directiva Comunitária relativa aos desenhos ou modelos nem com o Regulamento Comunitário que criou o desenho ou modelo comunitário ⁽¹⁴⁾.

O Acordo também reflecte a preocupação de salvaguarda da especificidade de sectores de actividade com um ciclo económico de curta duração (produtos de estação), como o da indústria têxtil (art. 25.º, n.º 2) ⁽¹⁵⁾.

¹² O conceito de denominação de origem, de acordo com o Acordo de Lisboa Relativo à Protecção das Denominações de Origem e ao seu Registo Internacional, de 31/10/1958, e com o Regulamento (CE) n.º 510/2006 do Conselho, de 20/03/2006, relativo à protecção de indicações geográficas e denominações de origem dos produtos agrícolas e dos géneros alimentícios, corresponde ao nome de uma região, de um local determinado ou, em casos excepcionais, de um país que serve para designar ou identificar um produto: a) originário dessa região, desse local determinado ou desse país; b) cuja qualidade ou características se devem, essencial ou exclusivamente, ao meio geográfico, incluindo os factores naturais e humanos; c) cuja produção, transformação e elaboração ocorrem na área geográfica delimitada.

¹³ “Indicações de proveniência, denominações de origem e indicações geográficas”, in *Direito Industrial* (AA.VV.), Vol. V, Almedina, 2008, p. 13. Ver, também, do mesmo autor, *A autonomia jurídica da denominação de origem. Uma perspectiva transnacional. Uma garantia de qualidade*, Coimbra Editora, 2010, pp. 751 e ss.

¹⁴ Directiva n.º 98/71/CE do Conselho, de 13/10/1998, JO-L 289, de 28/10/1998, e Regulamento (CE) n.º 6/2002 do Conselho, de 12/12/2001, JO-L 3, de 05/01/2002, que estabelecem os requisitos da novidade e do carácter singular.

¹⁵ Esta preocupação está bem presente no Regulamento Comunitário, referido na nota anterior, que contempla a protecção do desenho ou modelo comunitário não registado divulgado, pelo período de três anos (art. 11.º), desde que novo e singular.

e) Patentes (arts. 27.º a 34.º)

O TRIPS estabelece o importante princípio de que podem ser obtidas patentes para quaisquer invenções, quer se trate de produtos ou processos, em todos os domínios de tecnologia, desde que essas invenções sejam novas, envolvam uma actividade inventiva e sejam susceptíveis de aplicação industrial (art. 27.º, n.º 1).

Esta norma influenciou a Convenção de Patente Europeia (CPE), originária de 1973, com a revisão de 2000 (art. 52.º, n.º 1). A CPE é administrada pela Organização Europeia de Patentes, que é uma estrutura autónoma da União Europeia.

No entanto, a noção de invenção patenteável e os requisitos do objecto e de patenteabilidade são hoje, aliás, praticamente comuns às legislações nacionais dos diferentes países europeus, incluindo os Estados da UE, situação explicada pela fortíssima influência uniformizadora da CPE que, por sua vez, desde a referida revisão de 2000, incorpora as soluções plasmadas no TRIPS (arts. 27.º e 28.º, de um modo especial). Isto significa que as principais legislações nacionais europeias de patentes, a nível dos grandes princípios, se encontram muito próximas, para não dizer coincidentes. Esse tem sido o indiscutível mérito da CPE (directa e indirectamente, pela razão indicada) que tem funcionado, na realidade, como um texto *supra-legal* do direito nacional de patentes.

O Acordo impõe ainda o período de 20 anos de duração da protecção da patente a partir do pedido (art. 33.º) e a inversão do ónus da prova nos casos (cumulativos ou alternativos) previstos no art. 34.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*).

f) Configurações (topografias) de circuitos integrados (arts. 35.º a 38.º)

As topografias de produtos semicondutores revestem, desde meados do século passado, uma enorme e crescente importância económica na indústria electrónica. A dificuldade de enquadramento jurídico levou a que os Estados Unidos da América aprovassem uma lei específica de protecção (*Semiconductor Chip Protection Act*), em 1984.

A (então) Comunidade Económica Europeia elaborou a Directiva n.º 87/54/CEE do Conselho, de 16/12/1986 (JO-L 24 de 27/01/1987), sobre a protecção jurídica de topografias de produtos semicondutores. Portugal transpôs esta Directiva pela Lei n.º 16/1989, de 30 de Junho. O CPI de 2003 integrou esta lei avulsa.

A nível internacional, a OMPI começou a preparar um tratado, em 1983, assinado, em 1989, em Washington. Este tratado (designado como Tratado sobre a Protecção da Propriedade Intelectual Relativa aos Circuitos Integrados) não se encontra em vigor, mas foi incluído parcialmente no Acordo TRIPS. O art. 35.º do TRIPS aplica, por remissão, os arts. 2.º a 7.º (excepto o n.º 3 do art. 6.º), o art. 12.º e o n.º 3 do art. 16.º, todos do referido Tratado.

O TRIPS (art. 35.º) exige que as partes concedam protecção com base no Tratado de Washington, mas introduz soluções adicionais.

Entre essas soluções, destacamos a extensão do direito no caso de o circuito integrado fazer parte de um artigo (art. 36.º, *in fine*), o direito de pré-uso (art. 37.º, n.º 1), a concessão de licenças obrigatórias (art. 37.º, n.º 2) e a duração mínima de protecção de 10 anos (art. 38.º, n.º 1) ⁽¹⁶⁾.

II. Propriedade industrial na União Europeia

O equilíbrio frágil entre o princípio da livre circulação de mercadorias e os direitos de propriedade industrial resulta do disposto no art. 36.º do Tratado do Funcionamento da União Europeia (TFUE). A solução europeia admite que a protecção da propriedade industrial constitua uma excepção ao referido princípio, previsto no art. 28.º do Tratado. No entanto, prevê-se uma *excepção à excepção*. A protecção da propriedade industrial (extensiva à da tutela do direito de autor) não pode representar um meio de discriminação arbitrária nem qualquer restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-membros. A opção legal é compreensível, mas a sua aplicação concreta não se afigura tarefa fácil.

O legislador começou por atribuir ao Tribunal de Justiça (TJ) o papel principal e mais difícil. Em síntese, a jurisprudência do TJ foi gradualmente elaborando regras de coexistência dos direitos nacionais de marcas com o direito da UE. No essencial, o TJ respeita a *existência* do direito de origem nacional (o chamado “objecto específico” de cada direito), mas arrega-se o direito de controlar o respectivo *exercício*. Foi assim que, por exemplo, surgiu o chamado princípio do esgotamento dos direitos de propriedade industrial (que abrange também os direitos autorais), segundo o qual, logo que o titular do direito, directa ou indirectamente, através de terceiros a quem dá o seu consentimento, coloca no mercado da União Europeia os produtos protegidos, esgota-se o direito de controlar o respectivo circuito comercial.

Em relação à propriedade industrial, as necessidades crescentes de construção de um mercado integrado tornaram mais insuficiente a via jurisprudencial de resolução do problema. Era necessária uma via mais eficaz que não expusesse o funcionamento do mercado ao risco de qualquer orientação judicial menos previsível ou razoável de ajustamento da observância do princípio da

¹⁶ O TRIPS regula ainda a protecção de informações não divulgadas (art. 39.º), mas que, em rigor, não representam uma modalidade de propriedade intelectual, mas um bem protegido pelas normas repressivas da concorrência desleal. As informações são protegidas desde que sejam secretas, tenham valor comercial e tenham sido objecto de diligências consideráveis, atendendo às circunstâncias, por parte da pessoa que detém legalmente o controlo das informações, no sentido de as manter secretas.

liberdade de circulação com o respeito pelos direitos intelectuais conferidos pelas diferentes e díspares ordens jurídicas nacionais. Estavam criadas as condições para a aprovação de Directivas de aproximação de legislações nacionais. É um segundo estágio de evolução. Salientamos as Directivas sobre marcas ⁽¹⁷⁾, desenhos ou modelos ⁽¹⁸⁾ e invenções biotecnológicas ⁽¹⁹⁾.

Num terceiro momento (após o Tratado da União Europeia, em 1992), de consolidação e aperfeiçoamento do mercado único, o caminho da integração jurídica passou, e ainda passa, preferencialmente, pela atribuição de um título de propriedade europeu e pela adopção de um outro instrumento legislativo comunitário: o Regulamento.

Do que se trata agora é de atribuir um título único e unitário supranacional que confira segurança ao seu titular e não suscite a mesma conflitualidade com o princípio estruturante da livre circulação de mercadorias.

Podemos, neste momento, destacar alguns direitos industriais europeus: para além da marca comunitária ⁽²⁰⁾ e do desenho ou modelo comunitário ⁽²¹⁾, podemos acrescentar, ainda, o direito comunitário de variedades vegetais ⁽²²⁾, o direito comunitário de denominações de origem e indicações geográficas sobre produtos agrícolas e géneros alimentícios ⁽²³⁾, as denominações de origem e indicações geográficas de vinhos ⁽²⁴⁾, as indicações geográficas das bebidas

¹⁷ Directiva n.º 89/104/CEE, JO-L 40/1 de 11/02/1989, entretanto revogada pela Directiva n.º 2008/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22/10/2008, JO-L 299/25 de 08/11/2008 (versão codificada).

¹⁸ Directiva n.º 98/71/CE de 13/10/1998, JO-L 289 de 28/10/1998.

¹⁹ Directiva n.º 98/44/CEE de 06/10/1998, JO-L 213 de 30/07/1998.

²⁰ Regulamento (CE) n.º 207/2009 do Conselho, de 26/02/2009, JO-L 78, de 24/03/2009 (versão codificada), que revogou o Regulamento n.º 40/94 de 20/12/1993, JO-L 11 de 14/01/1994.

²¹ Regulamento (CE) n.º 6/2002 do Conselho, de 12/12/2001, JO-L 3 de 05/01/2002.

²² Regulamento (CE) n.º 2100/94 do Conselho, de 27/07/1994, JO-L 227 de 01/09/1994.

²³ Regulamento (CE) n.º 510/2006 de 20/03/2006, JO-L 93 de 31/03/2006, relativo a produtos agrícolas e géneros alimentícios e domínio das denominações de origem e das indicações geográficas.

²⁴ Regulamento (CE) n.º 479/2008 do Conselho, de 29/04/2008, JO-L 148 de 06/06/2008, que estabelece a organização comum de mercado vitivinícola. A protecção das denominações de origem e indicações geográficas de vinhos vem regulada nos arts. 33.º e ss.

espirituosas ⁽²⁵⁾, o certificado complementar de protecção para os medicamentos ⁽²⁶⁾ e, mais recentemente, a patente europeia com efeito unitário ⁽²⁷⁾.

III. Propriedade industrial na lusofonia (síntese)

Não iremos abordar a Guiné Bissau (que faz parte da OMC desde 31/05/1995), São Tomé e Príncipe (que é um Estado Observador da OMC) e Timor-Leste (que ainda não faz parte da OMC).

1. Angola

Lei da Propriedade Industrial n.º 3/92, de 28/02/1992, alterada em 08/05/2007.

Faz parte da OMC desde 23/11/1996.

a) Patente (arts. 2.º a 14.º)

Protege a invenção (art. 2.º). A protecção é de 15 anos contados da data de depósito (art. 6.º). Esta duração é contrária ao estipulado no TRIPS (art. 33.º).

b) Modelo de utilidade (arts. 15.º a 28.º)

²⁵ Regulamento (CE) n.º 110/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15/01/2008, JO-L 39 de 13/2/2008, relativo à definição, designação, apresentação, rotulagem e protecção das indicações geográficas das bebidas espirituosas.

²⁶ Regulamento (CE) n.º 469/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 06/05/2009, JO-L 152 de 16/06/2009 (versão codificada), que revogou o Regulamento (CEE) n.º 1768/92, de 18/06/1992, JO-L 182 de 02/07/1992.

²⁷ O Regulamento (UE) n.º 1257/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17/12/2012, JO-L 361 de 31/12/2012, aprovou o regime jurídico da patente europeia com efeito unitário, aplicável em 25 Estados-membros (com excepção da Itália e Espanha, que não aderiram por razões linguísticas, e da Croácia, por ter aderido à UE em momento posterior) e foi criado o Tribunal Unificado de Patentes (TUP), por Acordo subscrito em 19/02/2013, JO-L 175 de 20/06/2013, por 25 Estados-membros (menos Espanha, Polónia e Croácia). Sobre este tema, cfr., para uma visão aprofundada, GARCIA VIDAL, *El sistema de la patente europea com efecto unitário*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2014. Em abono da verdade, deve dizer-se que as legislações nacionais de patentes dos países da União Europeia são, hoje, praticamente comuns em domínios relevantes como o da definição do objecto da patente e o da regulação dos requisitos de patenteabilidade. Esta situação é explicada pela fortíssima influência uniformizadora da Convenção da Patente Europeia (CPE) de 05/10/1973 (arts. 52.º a 57.º), que não é uma organização da União Europeia, mas à qual pertencem todos os Estados-membros. Não é, assim, de estranhar que a patente europeia com efeito unitário (válida, simultaneamente, nos Estados da União Europeia participantes) venha a ser concedida pelo Instituto Europeu de Patentes.

Protege a forma de um objecto que melhore ou aumente as suas condições de aproveitamento e utilidade (art. 15.º). Nada se diz quanto ao prazo de protecção. Deve ser aplicado o prazo de protecção da patente (art. 6.º).

O modelo de utilidade aparece no mesmo capítulo dos desenhos ou modelos industriais, o que não é, técnica e sistematicamente, correcto. Não há que estranhar! Também era assim no direito português, antes do CPI de 1995.

c) Desenhos ou modelos industriais (arts. 15.º a 28.º)

Modelo industrial é toda a forma plástica, associada ou não a linha ou cores que possam servir de tipo na fabricação de um produto industrial ou artesanal (art. 16.º, n.º 1).

Desenho industrial é toda a disposição ou conjunto novo de linhas ou cores que, com fim industrial ou comercial, possa ser aplicado na ornamentação de um produto por qualquer processo manual, mecânico, químico, simples ou combinado (art. 16.º, n.º 2).

Os requisitos de protecção é a novidade (art. 19.º).

A protecção é de 5 anos contados da data do depósito, renovável por 2 períodos consecutivos de 5 anos, o que perfaz um total de 15 anos (art. 21.º, n.º 1).

d) Marca (arts. 29.º a 40.º)

A marca pode ser constituída por sinais ou conjunto de sinais visíveis, nominativos, figurativos ou emblemáticos, que permitam distinguir os produtos ou serviços de uma empresa de outros idênticos ou semelhantes (art. 31.º, n.º 1). Não se admite a marca tridimensional. Também não se consagra a protecção da marca de prestígio.

O registo de marca vigora pelo prazo de 10 anos, contados da data do pedido de registo, renovável por períodos iguais e sucessivos (art. 38.º, n.ºs 1 e 2).

e) Nome e insígnia do estabelecimento (arts. 48.º a 60.º)

O nome de estabelecimento é o sinal emblemático ou figurativo, utilizado para designar ou tornar conhecidos os estabelecimentos onde se exerce uma actividade comercial, industrial ou de serviços (art. 48.º).

A insígnia de um estabelecimento pode ser formada por qualquer sinal externo figurativo ou emblemático, simples ou combinado com outros elementos, como palavras ou divisas, desde que, no seu todo, apresente uma configuração própria e específica (art. 50.º).

O registo dura pelo prazo de 20 anos, podendo ser sucessivamente prorrogável.

f) *Indicação de proveniência (arts. 61.º a 67.º)* A indicação de proveniência, definida no art. 61.º, é muito similar à noção de indicação geográfica prevista no art. 22.º do TRIPS.

g) *Concorrência desleal (art. 73.º)*

O acto desleal de concorrência é considerado um ilícito penal (art. 73.º n.º 2).

2. Brasil

Lei de Propriedade Industrial n.º 9.279 de 14/05/1996.

Faz parte da OMC desde 1/01/1995.

a) *Patente (arts. 6.º a 93.º)*

Protege a invenção (art. 6.º). A protecção é de 20 anos contados da data de depósito (art. 40.º).

b) *Modelo de utilidade (arts. 6.º a 93.º)*

Protege a melhoria funcional no uso ou fabricação de um produto (art. 9.º). A protecção é de 15 anos contados da data de depósito (art. 40.º).

c) *Desenho industrial (arts. 94.º a 121.º)*

Protege a forma ornamental de um objecto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto (art. 95.º). O desenho pode, pois, ser bidimensional ou tridimensional.

Os requisitos de protecção são a novidade (art. 96.º) e a originalidade (art. 97.º).

A protecção é de 10 anos contados da data do depósito, prorrogável por 3 períodos sucessivos de 5 anos, o que perfaz um total de 25 anos (art. 108.º).

d) *Marca (arts. 122.º a 175.º)*

São susceptíveis de registo os sinais distintivos *visualmente* perceptíveis (art. 122.º). Todavia, este requisito não afasta a possibilidade de protecção de marcas tridimensionais (art. 124.º n.ºs XXI e XXII). A marca tridimensional significa, literalmente, uma marca de forma de produto ou da respectiva embalagem em três dimensões (comprimento, largura e altura). A noção de marca tridimensional deve ser restritiva, isto é, limitar-se à forma e não incluir quaisquer outros elementos. A forma deve ser apreciada autonomamente e não com os eventuais elementos (nominativos, gráficos, cores, etc.) que lhe sejam apostos, porque só assim se garante o princípio da igualdade dos concorrentes e se evita a sobreposição ou igualização do essencial pelo acessório. A apreciação da capacidade distintiva da marca deve, pois, limitar-se exclusivamente à forma tridimensional. A marca de forma está sujeita às seguintes proibições: *i*) forma necessária, comum ou vulgar do produto ou acondicionamento; *ii*) forma

necessária à obtenção de um efeito técnico; *iii*) forma que esteja protegida por desenho industrial de terceiro.

A lei protege a categoria de marca de alto renome (art. 125.º) e a de marca notoriamente conhecida (art. 126.º).

O direito de marca adquire-se pelo registo (art. 129.º). O titular de uma marca de facto há mais de 6 meses tem direito de prioridade para efectuar o registo (art. 129.º, § 1.º).

O registo de marca vigora pelo prazo de 10 anos, contados da data da concessão do registo, prorrogável por períodos iguais e sucessivos (art. 133.º).

e) Indicação geográfica (arts. 176.º a 182.º)

A indicação geográfica constitui a indicação de procedência ou a denominação de origem (art. 176.º).

A indicação de procedência é uma mera indicação de origem. A denominação de origem é o nome geográfico que designa um produto ou serviço cujas qualidades ou características se devam exclusiva ou essencialmente ao meio geográfico, incluídos factores naturais e humanos (art. 178.º).

f) Concorrência desleal (art. 195.º)

Trata-se de um ilícito criminal, punido com detenção ou multa (art. 195.º, n.º XIV).

3. Cabo Verde

Decreto-Legislativo n.º 4/2007, de 20/08/2007.

Faz parte da OMC desde 23/07/2008.

Dos países lusófonos é aquele que, indiscutivelmente, tem a legislação mais próxima da portuguesa e, conseqüentemente, também a mais influenciada pela legislação da União Europeia.

a) Patente e modelo de utilidade (arts. 11.º a 81.º)

A invenção pode ser protegida, em alternativa, por patente ou modelo de utilidade por opção do requerente (art. 18.º, n.º 1). Trata-se de uma importante inovação do CPI português de 2003, que também foi acolhida pelo legislador em Cabo Verde.

De acordo com o disposto no art. 65.º, “os modelos de utilidade visam a protecção das invenções por um procedimento administrativo mais simplificado e acelerado do que o das patentes”.

A patente tem a duração de 20 anos contados a partir do pedido (art. 44.º).

O modelo de utilidade tem a duração de 6 anos a contar da data da apresentação do pedido, podendo ter duas prorrogações de 2 anos cada uma (art. 76.º).

b) Topografia dos produtos semicondutores (arts. 82.º a 93.º)

Topografia de um produto semicondutor é o conjunto de imagens relacionadas, quer fixas, quer codificadas, que representem a disposição tridimensional das camadas de que o produto se compõe, em que cada imagem possua a disposição, ou parte da disposição, de uma superfície do mesmo produto, em qualquer fase do seu fabrico (art. 83.º). O direito privativo, *sui generis*, protege apenas a topografia (desenho ou aspecto físico) de produtos semicondutores.

c) Desenhos ou modelos (arts. 94.º a 138.º)

O desenho ou modelo designa o ornamento ou aspecto estético de um artigo, incluindo a aparência da totalidade ou de parte, de um produto resultante das características de, nomeadamente, linhas, contornos, cores, forma, textura ou materiais do próprio produto e da sua ornamentação (art. 94.º).

Os requisitos de protecção são a novidade e o carácter singular do desenho ou modelo (art. 97.º, n.º 1).

A duração do registo é de 5 anos a contar da data do pedido, podendo ser renovada, por períodos iguais, até ao limite de 25 anos (art. 119.º, n.º 1).

d) Marca (arts. 139.º a 179.º)

“A marca pode ser constituída por um sinal ou conjunto de sinais susceptíveis de representação gráfica, nomeadamente palavras, incluindo nomes de pessoas, desenhos, letras, números, sons, a forma do produto ou da respectiva embalagem, desde que sejam adequados a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas” (art. 139.º, n.º 1). Esta disposição legal é, exactamente, igual à do art. 222.º, n.º 1, do CPI.

A marca tridimensional é admissível, desde que a forma não seja constituída, exclusivamente, pela forma imposta pela própria natureza do produto, pela forma do produto necessária à obtenção de um resultado técnico ou pela forma que confira um valor substancial ao produto (art. 140.º, n.º 1, alínea b)).

O direito de marca adquire-se pelo registo (art. 142.º). O titular de uma marca de facto há menos de 6 meses tem direito de prioridade para efectuar o registo (art. 145.º). É também esta a solução portuguesa (art. 227.º, n.º 1, do CPI).

A lei consagra a categoria de marca notória (art. 159.º) e a de marca de prestígio (art. 160.º).

O registo de marca vigora pelo prazo de 10 anos, contados da data da concessão do registo, podendo ser indefinidamente renovado por iguais períodos iguais (art. 164.º).

e) Nome e insígnia de estabelecimento (arts. 191.º a 209.º)

O nome e a insígnia servem para designar ou tornar conhecido o estabelecimento (art. 191.º). O nome é composto, essencialmente, por sinais nominativos (art. 192.º). A insígnia é composta por qualquer sinal externo composto de figuras ou desenhos, simples ou combinados com elementos nominativos, desde que o conjunto seja adequado a distinguir o estabelecimento (art. 193.º, n.º 1).

O registo dura pelo prazo de 10 anos, podendo ser indefinidamente renovado por iguais períodos (art. 202.º).

f) Logótipo (arts. 210.º a 213.º)

O logótipo pode ser constituído por um sinal ou conjunto de sinais susceptíveis de representação gráfica, que possam servir para referenciar qualquer entidade que preste serviços ou comercialize produtos (art. 210.º). É também o significado que tem no direito português (art. 304.º-A).

São aplicáveis aos logótipos, com as necessárias adaptações, as disposições relativas aos nomes e insígnias de estabelecimento (art. 213.º).

g) Denominação de origem e indicação geográfica (arts. 214.º a 223.º)

Entende-se por denominação de origem, de acordo com o disposto no art. 214.º, n.ºs 1 e 2, o nome de uma ilha, de uma região, de um local determinado ou, em casos excepcionais, de um país que serve para designar ou identificar um produto: *i*) originário dessa região, desse local determinado ou desse país; *ii*) cuja qualidade ou características se devem, essencial ou exclusivamente, ao meio geográfico, incluindo os factores naturais e humanos, e cuja produção, transformação e elaboração ocorrem na área geográfica delimitada. São igualmente consideradas denominações de origem certas denominações tradicionais, geográficas ou não, que designem um produto originário de uma região, ou local determinado, e que satisfaçam as condições previstas na alínea *b*) do número anterior.

Entende-se por indicação geográfica, de acordo com o disposto no n.º 3 do mesmo artigo, o nome de uma ilha ou de uma região e de um local determinado ou, em casos excepcionais, de um país que serve para designar ou identificar um produto: *i*) originário dessa região, desse local determinado ou desse país; *ii*) cuja reputação, determinada qualidade ou outra característica podem ser atribuídas essencialmente a essa origem geográfica e cuja produção, transformação ou elaboração ocorrem na área geográfica delimitada.

h) Concorrência desleal (art. 270.º)

Trata-se de um ilícito contra-ordenacional (art. 270.º, n.º1).

4. Moçambique

Decreto n.º 4/2006, de 12/04/2006.

Faz parte da OMC desde 26/08/1995.

a) Patente (arts. 24.º a 88.º)

Protege a invenção (art. 6.º). A protecção é de 20 anos contados da data do depósito (art. 66.º).

Há três vias de protecção: patente nacional; patente regional na Organização Regional Africana da Propriedade Intelectual, designada ARIPO (arts. 72.º a 76.º); patente internacional (arts. 77.º a 82.º).

A via internacional é estabelecida pelo Tratado de Cooperação em matéria de Patentes (PCT), administrado pela OMPI, concluído em Washington a 19/06/1970, em vigor em Portugal desde 24/11/1992. O PCT constituiu o primeiro instrumento jurídico internacional com a finalidade de centralizar o sistema de formulação e controlo de validade dos pedidos de patente nos Estados contratantes.

b) Modelo de utilidade (arts. 89.º a 97.º)

Protege uma invenção que constitua uma melhoria funcional no uso ou fabricação de um objecto (art. 90.º). A protecção é de 15 anos contados da data do depósito (art. 95.º).

c) Desenhos industriais (arts. 98.º a 109.º)

Protege qualquer conjunto de linhas, cores ou forma em três dimensões que dê um aspecto visual novo e original a um produto ou parte do mesmo (art. 1.º, alínea e)). O desenho pode, pois, ser bidimensional ou tridimensional. Os requisitos de protecção são a novidade e a originalidade.

A protecção é de 5 anos contados da data do depósito, renováveis por igual período até ao máximo de 25 anos (art. 107.º, n.º 1).

d) Marca (arts. 110.º a 137.º)

A marca de produto ou serviço é o sinal distintivo manifestamente visível e/ou audível, susceptível de representação gráfica, permitindo distinguir produtos ou serviços de uma empresa, dos produtos e serviços de outra empresa, composto nomeadamente por palavras, incluindo nomes de pessoas, desenhos, letras, números, forma do produto ou da respectiva embalagem (art. 1.º, alínea f)).

Admite-se, pois, a protecção de marcas tridimensionais (ver, ainda, art. 119.º, alínea d)).

A lei protege a categoria de marca notoriamente conhecida e a de marca de prestígio (arts. 110.º, alínea f), 125.º e 126.º).

O direito de marca adquire-se pelo registo (art. 124.º, n.º 1). O titular de uma marca de facto anterior tem direito de prioridade para efectuar o registo

(art. 124.º, n.º 2), precludindo o seu direito se não se opuser ao registo de terceiro (art. 124.º, n.º 4).

O registo de marca vigora pelo prazo de 10 anos, contados da data do depósito do pedido, renovável por períodos iguais e sucessivos (art. 120.º).

Há duas vias de protecção nacional e internacional (arts. 128.º e ss). O sistema de registo internacional de marcas é regulado por dois tratados: o Acordo de Madrid relativo ao Registo Internacional de Marcas de 11/04/1891 (AM) e o Protocolo Referente ao Acordo de Madrid de 27/06/1989 (PAM). As partes contratantes de ambos os tratados constituem a União de Madrid, que é uma União Especial, constituída de acordo com o previsto no art. 19.º da CUP. O sistema é administrado pela Secretaria Internacional da OMPI.

e) Nome comercial e insígnia de estabelecimento (arts. 138.º a 154.º)

São direitos que têm por objectivo a designação e individualidade exclusiva do estabelecimento (art. 138.º). De interesse ainda as definições do art. 1.º, alíneas *i*) e *j*).

A protecção é de 10 anos indefinidamente renovável (art. 152.º)

f) Denominação de origem e indicação geográfica (arts. 155.º a 163.º)

A denominação de origem é o nome geográfico que designa um produto cujas qualidades, características ou reputação são devidas exclusiva ou essencialmente ao lugar geográfico, compreendendo factores naturais e/ou humanos (art. 1.º, alínea *m*)).

A indicação geográfica é uma indicação de origem conhecida de um produto ou serviço (art. 1.º, alínea *l*)).

g) Logótipo (arts. 164.º e 165.º)

É o sinal ou conjunto de sinais susceptíveis de representação gráfica que possam servir para referenciar qualquer entidade que presta serviços ou comercialize produtos (art. 1.º, alínea *k*)).

Aplicam-se aos logótipos as disposições aplicáveis às insígnias de estabelecimento, com as necessárias adaptações (art. 164.º).

h) Concorrência desleal (art. 174.º)

Trata-se de um ilícito contra-ordenacional (art. 174.º, n.º 4).

PROLEGÔMENOS A UMA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO NA LUSOFONIA⁽¹⁾

Luiz Fernando Coelho ⁽²⁾

Definida a lusofonia como a comunidade dos povos de idioma português, e circunscrito o tema desta palestra à Filosofia do Direito, este envolve um questionamento inicial acerca da caracterização de uma filosofia lusófona, em sentido análogo ao que se alude às filosofias nacionais, por exemplo, alemã, brasileira ou anglo-americana.

Excluindo o significado puramente linguístico da expressão, que diz respeito às publicações filosóficas de autores nacionais, ainda que desconexos quanto ao conteúdo, uma filosofia pode ser considerada nacional, quando existem características que conotam certa forma de pensar peculiar a um povo ou nação. Neste sentido, é possível falar numa filosofia portuguesa, como enfatizado por diversos autores, desde o surgimento em 1931, do Grupo da Filosofia Portuguesa, criado por ÁLVARO RIBEIRO e JOSÉ MARINHO, movimento cujas raízes já se acham na Escola Portuense.

A alusão a uma filosofia nacional não significa originalidade, no sentido de inovação ideológica, ainda que racional, pois a criação filosófica, se nos ativermos ao mundo ocidental, de berço europeu, responde a uma tradição comum, cujas raízes estão na Grécia clássica e, depois das vicissitudes em que a filosofia se afirmou como helenístico-romana, cristã-medieval e moderna, ela se mantém como pós-moderna ou contemporânea. Ou seja, o passado filosófico

¹ Conferência proferida na sessão inaugural do Congresso Internacional “Direito na Lusofonia”, no dia 20 de fevereiro de 2014, em comemoração aos 20 anos de fundação da Escola de Direito da Universidade do Minho, na cidade de Braga, Portugal.

² Faculdade de Direito de Francisco Beltrão, PR, e Grupo Universitário Internacional UNINTER, Curitiba, PR (Brasil).

é patrimônio da humanidade, o que não exclui suas repercussões circunscritas aos diferentes campos das ciências humanas, as quais, estas sim, podem abrir caminho para a criatividade política, jurídica e social, tendo em vista a percepção de um destino comum.

Ainda que os pensadores de determinada época e lugar, jungidos à herança cultural específica, consigam produzir ideias e ideais aptos a ser tidos por originais, não podem eles desvincular-se das influências do passado, as quais convergem para sua própria criatividade.

É o que se comprova na história da filosofia e da jurisprudência. Se, no mundo atual, podemos jactar-nos de pertencer a uma geração, que já vivenciou a plenitude dos valores pelos quais tanto sangue foi derramado, definidos como democracia, liberdade, igualdade e direitos humanos, é porque estamos todos irmanados num trabalho de construção e autoafirmação de uma sociedade que conseguiu superar a barbárie e que continua a lutar pelo aperfeiçoamento do ser humano, como indivíduo e sociedade.

É preciso agora lembrar que, até a consolidação da ideia da comunidade lusófona, o desenvolvimento de uma cultura filosófica no Brasil revestiu-se dos contornos de uma filosofia luso-brasileira, até meados do século XIX, quando o país abriu-se para outras influências europeias, especialmente o positivismo.

Na medida em que a pesquisa histórica revela a ocorrência de antecedentes análogos em outros países, colônias portuguesas de outrora, *ipso facto* herdeiros da cultura portuguesa – eis aqui um desafio historiográfico a ser enfrentado pelos estudiosos reunidos neste encontro – será possível falar numa filosofia lusófona? Se desejarmos manter certa unidade espiritual entre as nações lusófonas, que diretrizes de pensamento podem ser sugeridas? Como desvincular-se do monopólio filosófico e jurídico-filosófico das nações mais ricas da atualidade, as quais tendem a exercer, além de um neocolonialismo econômico, um neocolonialismo cultural? Como evitar que sejamos meros porta-vozes de autores estrangeiros?

O que proponho tem a ver com uma campanha que lancei em diversas conferências e escritos, no sentido de resgatar as filosofias nacionais no mundo ibero-americano, o que envolve a filosofia brasileira, a espanhola e a latino-americana. A partir deste congresso internacional, espero trazer, para maior êxito desta luta intelectual e cultural, os países da lusofonia. E assim, evita-se uma interpretação equivocada, semelhante à de CABRAL DE MONCADA, que viu no movimento português de valorização da filosofia portuguesa, sinais de nacionalismo e xenofobia³).

³ Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/filosofia_portuguesa#cite_note-3.

Entretanto, além do resgate histórico das expressões mais eloquentes das filosofias nacionais no passado, haveria ensejo para um direcionamento do pensamento filosófico lusófono num sentido material de conteúdo e relativa originalidade?

Para responder a esta questão, é preciso indagar qual o papel da filosofia no mundo atual, caracterizado pela globalização, pelo domínio avassalador da informática e pela ideologia do “fim da história”. Quanto a esta, envolve ela a convicção de que nada mais resta a inventar no campo da filosofia, da política e das ciências humanas, além das ideias de democracia e direitos humanos, e dos valores da liberdade, da igualdade e da justiça, sustentados pela forma capitalista de produção da riqueza.

A função da filosofia na história, do ponto de vista de sua repercussão nas instituições jurídicas e políticas, pode ser interpretada em dois sentidos: como legitimação do instituído ou como revolução do instituinte. Este segundo aspecto desvela o papel crítico da filosofia, a produção de um pensamento voltado para a crítica social. E esta função estende-se à filosofia do direito.

A observação histórica nos oferece os exemplos de movimentos revolucionários que se opõem aos grupos hegemônicos da sociedade, os quais pretendem a manutenção do *statu quo* garantidor de seus privilégios. É inegável que a consolidação das instituições político-jurídicas através da história tem sido influenciada por essas duas tendências opostas, cujo resultado tem sido um pacto social de ordem e segurança, legitimado pelo consenso dos indivíduos e grupos envolvidos.

É claro que tal consenso depende muito mais da sujeição da maioria marginalizada aos imperativos justificados pelo imaginário coletivo, campo privilegiado da manipulação ideológica, do que de uma aceitação autêntica de sua condição social.

Esta é a dialética da dominação *versus* libertação, que revela igualmente a dialeticidade histórica da jurisfilosofia enquanto legitimação do instituído a opor-se à sua função, que deveria prevalecer, de criadora de ideias que instrumentalizam a ingente tarefa de superar o estatuto da opressão, o qual se manifesta sob as formas as mais diversas. Entretanto, entre essas duas possíveis leituras do pensamento filosófico, político e jurisfilosófico, é difícil aceitar que não haja prevalecido o papel legitimador. Ainda que a história esteja repleta de exemplos de levantes populares contra os despotismos, as ideias originariamente transformadoras acabam cooptadas pelo novo instituído e acabam utilizadas pela doutrina oficial, comprometida com a legitimação da nova ordem em nome de valores multilaterais, tais como, a ordem e o progresso, o desenvolvimento, o *welfare state*, etc. O nascente instituinte, que enfrentara as estruturas do velho instituído, transforma-se em novo instituinte e passa a enfrentar o antigo

conservadorismo, o qual assume o caráter de alternativo em relação ao que antes era revolucionário.

É um fenômeno da observação sociológica, o qual reflete a alternância de grupos no poder, cujos ideais tendem a transformar-se em ideologia dominante, subsidiada por doutrinas que se tornam oficiais. O que tem sido demonstrado na história contemporânea do direito, seja manifesto na ideologia dos partidos políticos, seja no compromisso mais amplo entre ideologias socialistas que agora se dizem neossocialistas, e ideologias liberais que se apresentam como neoliberais.

A história das ideias tem se articulado com a da opressão. É claro que a visão histórica da humanidade sempre foi a dos vencedores, jamais a dos vencidos; o duplípensar da visão histórica sempre funcionou às mil maravilhas para banir da memória da humanidade o que ela teve de mais execrável, principalmente a crueldade para com o outro, para com os pobres, os vencidos, os excluídos e os humildes; e, assim, a história está recheada de nobres, santos, heróis e guerreiros, raramente um Espartacus ou um Zumbi dos Palmares, jamais um simples operário ou trabalhador rural.

Do mesmo modo, a história da filosofia do direito é apresentada como a história do bem comum, da democracia, da liberdade e da igualdade, jamais a história da sede de poder, do egoísmo, da tirania, da intolerância, do obscurantismo e da destruição dos valores autênticos das pessoas e dos povos.

Essas duas faces precedem o advento de uma nova filosofia do direito, adequada aos tempos que correm, pois é justamente a revelação desse aspecto legitimador em relação às estruturas sociais que indica uma direção a seguir. Parece evidente que o papel agora reservado à jurisprudência transcende em muito as tarefas ainda consideradas adequadas, que propõem o resgate da *philosophiaperemnis*, ainda que alimentada pelos indiscutíveis avanços científicos.

O caminho indicado é o da crítica social, cujo conceito deve se aninhar, ainda mais incisivamente, na pluridimensionalidade evocativa de uma epistemologia dessacralizadora dos saberes que absorvem e reproduzem a ideologia, naquilo em que ela se cristaliza não mais como fenômeno, mas na conformidade da dialética dominação/libertação, nos espaços que correspondem aos potenciais de socialidade e compreensão.

No sentido filosófico, o conceito de “crítica” significa a busca do que é verdadeiro, concomitante com a denúncia do que é falso. A palavra “crítica” advém do grego κριτεριωη, que alude à capacidade humana de distinguir entre o verdadeiro e o falso, isto é, de chegar ao conhecimento da αληθεια (verdade). Mas o conceito também se relaciona com a noção de “crise”, do grego κριση, que

se refere a uma situação de mudança, uma expectativa, estado anterior prestes a mudar para algo que ainda não aconteceu, mas que já retroage em seus efeitos.

Com estas duas noções, “crítica” e “crise”, pode-se definir a crítica do direito. Primeiramente, trata-se de descobrir e revelar a realidade social, a verdade dos fatos, muitas vezes oculta ou dissimulada, pelo que se pressupõe que seja a verdade jurídica, ou seja, a realidade existencial que se esconde sob os conceitos e categorias jurídicas. Pode-se adiantar que o saber jurídico alimenta-se de uma série de mitos, um conjunto de avatares formando um mundo imaginário tido por real, hipostasiado, que substituiu na teoria e na prática o que verdadeiramente acontece no mundo dos fatos. E a crítica do direito também se refere à situação de crise, que no mundo jurídico é permanente, em todos os setores em que se manifestam os fenômenos do direito, na elaboração, interpretação e aplicação das leis e na atividade jurisdicional. A crise do direito advém do anacronismo da legislação, sempre atrasada em relação às necessidades emergentes da vida social. Esta é dinâmica, o direito é estático. A sociedade é prospectiva e progressista, constrói o presente e o futuro, o direito é retrospectivo e conservador, apega-se ao passado e resiste à sua própria transformação.

A crítica filosófica, social, política e jurídica, sempre se fez presente na história do pensamento. As ideias filosóficas sempre alimentaram a crítica, seja voltada ao passado, quando a filosofia é utilizada para legitimar uma ordem social, seja mirando o presente e o futuro, quando as ideias se convertem em ideais e são utilizadas para responder aos anseios por transformações, e, em tal sentido, a filosofia justifica as revoluções e até mesmo as guerras.

O entendimento desse duplo papel leva à melhor compreensão das transformações ocorridas em nossas sociedades, diferentes países, desde o início da colonização portuguesa até os dias atuais, transformações sociais profundas, que se traduzem em mudanças políticas e jurídicas.

Entretanto, ainda que a crítica do direito tenha constituído o núcleo da jurisprudência, os contextos históricos em que ocorreu foram diferentes. Não se pode falar em crítica social, política e jurídica nos dias atuais, sem levantar as peculiaridades que a diferenciam da crítica de outrora.

Pode-se situar o início de uma teorização filosófica, sociológica, política e jurídica, que se adeque às categorias do pensamento crítico, nos anos 60, a década marcada pela guerra fria, pela luta pelos direitos civis e pela emancipação feminina. No Brasil, como de resto em toda a Ibero-América, pela implantação de ditaduras militares que duraram cerca de vinte anos.

Nesse período, era praticamente impossível falar em crítica social sem ter como referencial a filosofia marxiana. A Guerra Fria estabeleceu a divisão do mundo em dois blocos em maniqueísta oposição: de um lado, o Ocidente, o lado do bem; do outro, os comunistas, ameaçadores, perigosos e cruéis.

A influência americana, e o temor de que um governo esquerdista tentasse implantar o comunismo no Brasil, seguindo os exemplos de Cuba e Chile, levou ao golpe de 1964.

Durante o período ditatorial, a crítica emudeceu, ou recolheu-se numa espécie de clandestinidade intelectual, pois muitos de seus porta-vozes foram obrigados a refugiar-se no exterior ou entregar-se a atividades intelectuais consideradas subversivas.

Com o retorno à democracia, no ano de 1985, e antes mesmo, com nossa *glasnost* operada pelo último governo militar, começa nova fase da crítica do direito brasileiro. Esta foi marcada pela restauração dos velhos ideais socialistas e pelos planos econômicos, apesar de que seu objetivo declarado fosse o combate à inflação e a promoção do desenvolvimento industrial, o objetivo ideológico oculto era consolidar o capitalismo, a esta altura já vitorioso no mundo, com a derrocada do socialismo no leste europeu, simbolizada pela queda do muro de Berlim, no ano de 1989.

Os diversos planos econômicos foram se implantando e fracassando, implantando e fracassando e, à medida que fracassavam, quem levava a pior era o povo, os trabalhadores subordinados, a população rural, os miseráveis que migravam para as cidades e formavam cinturões de favelas.

Nesse cenário bem pouco favorável à autoestima dos brasileiros é que despontou o pensamento crítico, tendo por núcleo inicial a Universidade Federal de Santa Catarina, com as aulas de LUIS ALBERTO WARAT e deste que lhes fala: nasceu a teoria crítica do direito.

Esta canalizou para uma sistematização unitária, como teoria geral do direito, a crítica que já ocorrera em vários setores das ciências humanas: a Epistemologia crítica de POPPER e BACHELARD, a Sociologia Crítica de MAX WEBER, a Psicologia Crítica de SIGMUND FREUD, que convergiu para a Psicanálise, a Teoria Crítica da Sociedade da Escola de Frankfurt, a Linguística de SAUSSURE, e outras. Foi a partir destas vertentes que a Teoria Crítica do Direito forjou suas categorias e hauriu seus princípios.

É claro que a influência mais marcante continuou sendo a da filosofia marxiana, não o MARX da economia política e d'O *Capital*, mas o MARX d'A *Ideologia Alemã*, o pensador que ousou corrigir a geringonça metafísica de HEGEL, dando-lhe conteúdo histórico e alicerçando-a na realidade social.

Mas... e agora? É possível falar em crítica do direito no cenário contemporâneo, marcado pela globalização, pela informatização avassaladora da existência individual e coletiva e também pela indiscutível vitória do capitalismo?

Para as Alices tardias, que ainda sonham com um país das maravilhas, com um reino da fantasia, o que agora digo pode soar como heresia filosófica, política, epistemológica e jurídica: insurgir-se contra o capitalismo no mundo de

hoje é o mesmo que dar murro em ponta de faca. Que o digam a abertura chinesa para a economia de mercado e a presença de nossa Presidente, sabidamente socialista, no Fórum Econômico Mundial de Davos, bem como seu discurso para atrair investidores privados para o Brasil, necessitadíssimo de capital. Todos os países lusófonos estão necessitadíssimos de capital.

Disto poder-se-ia concluir que a história filosófica, política e jurídica, teria chegado ao seu final, um *happy end* atestado pelo triunfo das ideias ocidentais de democracia, isonomia econômica, política e jurídica, tudo coroado com um novo “eterno retorno ao direito natural”, consubstanciado na teoria dos direitos humanos.

O que restaria então à crítica do direito, salvo as campanhas pontuais para o aperfeiçoamento do que já é bom, mas que pode melhorar, com mais investimento em educação e infraestrutura, bem assim, o aperfeiçoamento das políticas públicas voltadas para a erradicação total da miséria? E quanto à filosofia, restaria a ela, e à jurisfilosofia, algum papel revolucionário?

A resposta é uma só: se a crise do direito é permanente, a crítica do direito é permanente. Sendo obra da doutrina, da elaboração intelectual dos juristas, ela deve ter um caráter epistemológico prevaiente, tornando-a apta a subsidiar a crítica sociológica, política, econômica e social. Mas, sobretudo, a crítica praxeológica, na medida em que os operadores do direito se deem conta de que sua missão é corrigir e transformar. Esta crítica é mais do que necessária na contemporaneidade brasileira, lusófona e mundial.

O fato incontestável é que os grandes problemas sociais persistem, cresce a miséria do mundo, só que agora testemunhada por bilhões de pessoas através das redes mundiais de comunicação.

É claro que a crítica do direito tem respostas teóricas para todos esses pressupostos que considera míticos, produzidos pela ideologia do direito, que nos é inculcada através da tradição dogmática e, principalmente, da educação jurídica, que hoje está, como jamais, voltada para o utilitarismo do mercado e da economia.

A teoria crítica não nega a importância teleológica e axiológica dos princípios dogmáticos, mas denuncia-lhes o caráter retórico, na medida em que são utilizados para legitimar a ordem jurídica, torná-la aceitável, e não propriamente para resolver os magnos problemas da sociedade. E, assim, *têm alcance muito mais abrangente, pois não se trata somente de diretrizes, mas de princípios construídos pela ideologia com o intuito, declarado ou não, de ocultar a realidade social, substituindo-a por uma mitologia jurídico-política apresentada sob a aparência de verdades racionais ou de valores perenes conquistados pela civilização, evidentemente a civilização dos que sempre fizeram a história; e a história do direito é a história dos vencedores, que acaba*

por transformar-se numa retórica de legitimação das estruturas sociais impostas por esses vencedores, que se transmutam em opressores.

A consideração desses pressupostos, a partir de uma visão crítica da realidade social, representa uma tentativa inicial de reconstrução do saber jurídico, que, em se dando conta do caráter mítico e falacioso de seus fundamentos, estruturados sob a forma de seus princípios gerais, possa contribuir para a desalienação do jurista.

O papel do direito na contemporaneidade deve ser reorientado para a libertação e não para a alienação.

A situação atual de nossos países, e me refiro a toda a lusofonia, deve assim ser submetida a uma crítica pública, que não fique restrita aos espaços acadêmicos, mas que seja nutrida por contra-discursos que não apenas se coloquem a ela como recurso à diferença, mas como propostas que não permitam a perda da possibilidade de vislumbrar a diferença.

O que se constata no panorama mundial, afetado pela expansão do capitalismo no mundo, é que as decisões, as quais afetam as coletividades que devem ser protegidas pelo direito, estão cada vez mais subordinadas ao utilitarismo da economia e da dominação mercadológica, em função dos interesses de conglomerados transnacionais. Estes, numa ação conjunta, ainda que dissimulada pela aparente e inexpressiva vigilância dos bancos centrais, tem sua visão social obnubilada pela necessidade de acumulação de capital, o que os leva a descartar os antigos compromissos com as populações excluídas, que muitas vezes se albergavam nas constituições liberais. Este cenário afeta particularmente os países lusófonos, ainda situados na periferia do capitalismo.

É difícil admitir esta verdade: somos todos pobres, dominados econômica e culturalmente, e nosso desenvolvimento, para diminuir a miséria de nossas populações, exige uma vigilância constante. Se nossa trincheira é o saber jurídico, nossa postura deve ser crítica, não só como juristas que se defrontam diuturnamente com os recorrentes conflitos inerentes à vida social, mas, sobretudo, como intelectuais do direito, professores e fazedores de opinião. Daí que a crítica do direito assume um caráter epistemológico, uma teoria *crítica* do direito.

Através dela, o pensamento crítico filosófico, que alimenta a jurisfilosofia e inspira a atuação dos operadores do direito, ainda que dentro de uma postura dogmática, propõe-se a denunciar os atentados à dignidade humana e cobrar responsabilidades, seja nos foros internos do Estado, seja perante os organismos internacionais, seja perante os foros espontâneos da comunidade, mas, principalmente, ao nível da consciência de todos e de cada um.

E as redes de comunicação virtual, que já constituem um foro privilegiado porque não submetidas totalmente ao controle dos Estados, podem servir para

despertar uma consciência crítica mundial voltada para a preservação dos valores e direitos humanos e fundamentais.

O que então compete à crítica do direito é estreitar os laços do saber jurídico tradicional, não somente com a teoria geral, como também com as outras disciplinas voltadas para o social, de forma a ampliar seus horizontes omnicompreensivos. Essa dimensão holística, dialética e interdisciplinar, exige não só o redeslocamento da tríade lei-norma-direito, como também a busca de suas especificidades onde elas aparecem desconectadas, como nos países da periferia, dependentes, ou dos chamados terceiro e quarto mundos, onde o Estado de Direito se apresenta como arcabouço jurídico e político, cada vez menos adequado para assegurar uma ordem social que compatibilize as imposições da modernidade atual com a proteção dos eternos excluídos, eis que a consciência jurídica já não tolera o retrocesso na concretização dos valores construídos à custa de muita luta e sacrifício.

Essa ética já não se materializa a contento no exaurido plano dogmático de um modelo ultrapassado de direito calcado nos códigos. Tampouco resgata a ideia de equidade, se estruturada na complexidade da imediatez que responde aos *inputs* da emergência econômica globalizada. Mas pode e deve impregnar os novos espaços de normatividade, fazendo-os absorver as questões dimanadas da realização histórica dos valores do direito, os quais se nucleiam na justiça, e que se traduzem historicamente como humanos e fundamentais, direitos humanos e respeito à dignidade da pessoa humana. E também como radicalização da democracia e da defesa da natureza, valores que se articulam com os primeiros, pois o maior atentado à natureza é o desrespeito ao ser humano.

A teoria crítica do direito vale-se de um conceito oriundo da metafísica de HEGEL, o conceito de alienação. HEGEL tinha por alienado o espírito universal que não houvera alcançado a plenitude de sua autoconsciência. Se o espírito universal não passa de ficção hipostasiada, os espíritos individuais que manifestam consciências individuais são tão reais quanto o estado de alienação em que se encontram; isso não obstante, esses espíritos são potencialmente vocacionados para a desalienação absoluta que se identifica com a libertação. E o espírito que almeja a libertação não pode assumir a condição de alienado, pois deve permanecer vigilante para que o processo que se esconde sob os significantes que identificam os fatores da atual modernidade não atue contra as exigências de justiça, contra os valores que convergem para os direitos humanos, para a democracia, para o respeito ao meio ambiente e, sobretudo, para o respeito ao ser humano em sua dignidade essencial.

Quanto a estes problemas, a crítica deve resgatar o sentido transcendental dos direitos albergados sob esses conceitos e utilizá-los como categorias aptas a impor limites às atuações políticas que dizem respeito tanto à pessoa humana, quanto às comunidades menores, principalmente a dos excluídos.

No que se refere aos direitos humanos, embora seja ele o denominador comum da filosofia jurídica atual, o trabalho de conscientização deve voltar-se para uma atitude de permanente vigilância, para que a supervalorização da economia e o predomínio da ética aética do capital não impliquem sua anulação como conquista da humanidade. Existem, atualmente, nos foros universitários de maior relevância, teses sedutoras, designadas como desregulamentação, flexibilização, deslegalização, desconstitucionalização e desjuridificação, e, recentemente, austeridade. Podem até visar resultados desejáveis, mas trazem nas entrelinhas um retrocesso no *welfare state* conquistado a duras penas. É a receita neoliberal para consolidar a vitória do capitalismo no mundo. Daí a necessidade de vigilância e denúncia, para que haja progresso e não regresso no que já foi construído em termos de qualidade de vida, para que não haja esmorecimento nas lutas em prol da revitalização dos ideais iluministas da liberdade e da igualdade, mas sobretudo da solidariedade.

Daí as reflexões finais sobre o papel conscientizador da filosofia do direito, já definido como crítica social, no sentido de uma crescente tomada de consciência sobre o alcance dessa crítica.

Trata-se, em primeiro lugar, de mudar a atitude do sujeito em face do próprio conhecimento: à velha postura conservadora, retrospectiva e descritiva, que constata um final feliz para a filosofia do ocidente, opõe-se o conhecimento revolucionário, criativo, prospectivo, inserido numa práxis voltada para o futuro.

Como será isso possível nas ciências sociais, em especial no direito?

Pela conscientização de que o homem não está situado fora de seu objeto de estudo, mas de que é parte dele; se o positivismo pressupunha a separação entre o cientista e seu objeto, se a primeira regra do conhecimento seria a neutralidade ideológica, essa conscientização levará em conta não ser possível separar o homem da sociedade, o pensador da filosofia, o jurista do direito.

A consciência jurídica é levada então a conceber a história humana como a realidade onde o jurista tem uma tarefa concreta a executar, a qual é dada pelas necessidades da época atual: o jurista é parte de um mundo onde a miséria e o desprezo pela dignidade da pessoa convivem com o desperdício da riqueza produzida pelo trabalho social.

A participação pressupõe um ponto de vista transcendente, que dá ao mundo o significado que une as consciências. E a consciência jurídica, que se revela através da filosofia do direito, precisa identificar-se com este significado: a libertação dos indivíduos excluídos dos potenciais benefícios do progresso científico e tecnológico e a emancipação das sociedades mantidas à margem do mundo civilizado.

O que se impõe, portanto, é a transformação do próprio direito, que de instrumento de dominação possa erigir-se em espaço de libertação. E a filosofia

do direito na lusofonia pode constituir um começo que deve espraçar-se pelo mundo.

Ao findar estas reflexões, reporto-me às palavras do maior jurisfilósofo brasileiro, MIGUEL REALE, proferidas em João Pessoa, no dia 3 de outubro de 1980, no discurso de encerramento do I Congresso Brasileiro de Filosofia do Direito: *tenho saudade do futuro*.

Braga, 19 de fevereiro de 2014

O DISCURSO JURÍDICO DE LIBERDADE, JUSTIÇA E SEGURANÇA LUSÓFONO: CONTRIBUTO PARA UMA HARMONIZAÇÃO POSSÍVEL

Manuel Monteiro Guedes Valente ⁽¹⁾

1. Enquadramento

Este nosso texto tem como desiderato a construção, em um futuro próximo, de um espaço jurídico de liberdade, justiça e segurança lusófono. Mas, e como podem aferir do título da nossa intervenção, este pensamento de espaço jurídico de aproximação judiciária e policial implica, em primeiro lugar, um discurso construtivo base do discurso político possível de um espaço lusófono de liberdade, de justiça e de segurança. Impõe-se, desta feita, um discurso científico e um discurso fundante de uma lusofonia que anseia por ultrapassar o espectro político e encrustar-se em uma práxis de intervenção diária.

O teorema matemático que defendemos assenta em um discurso de um espaço lusófono democrático. Afasta-se do espaço lusófono securitário ou pró-securitário expresso no teorema matemático do Tratado da União Europeia (1992 e 1997) que se manteve no Tratado de Lisboa – Tratado de Funcionamento da União Europeia (2007). Devemos pugnar por um discurso jurídico assente no ideário democrático em detrimento de um discurso fácil e populista de um ideário pró-securitário ou securitário. Devem ser a liberdade e a justiça a produzir segurança e não a liberdade e a segurança a produzir justiça, nem a segurança e

¹ Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna.
Este artigo segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

a justiça a produzir liberdade (2). Podemos ter justiça em Estados securitários, autoritários, totalitários e ditatoriais, mas jamais podemos ter democracia ou um Estado democrático sem justiça. A justiça, que, como escrevera TOCQUEVILLE (3), surge para substituir a violência humana, é um dos pilares nucleares e mestres da democracia e da liberdade.

Acresce, desde já, frisar a necessidade de entroncar o nosso pensamento na linha deste painel – *transnacionalidade, governança e segurança* – e apresentar uma linha racional construtiva de um caminho que afirme e materialize um sonho de muitos cidadãos lusófonos ou um sonho de cidadania lusófona. A *transnacionalidade* dos fenómenos educativos, económicos, bancários, migratórios, sociais, culturais, políticos e criminógenos exige uma nova *governança* capaz de nos premiar com um espaço de *segurança*, em que *a liberdade se afirme como a primeira de todas as seguranças*. Este nosso painel ganha densidade filosófica e jurídica mais profunda se optarmos por avocar em primeira linha o *princípio e direito liberdade* e, em fase posterior, o direito-garantia de bens vitais humanos: a *segurança*.

A *transnacionalidade* dos fenómenos nefastos à vida harmoniosa comunitária, geradores de insegurança real, cognitiva e amplificada, tem também elevada expressão no espaço lusófono e assume maior dimensão no Atlântico: *v. g.*, tráfico de droga, tráfico de seres humanos, criminalidade económico-financeira, bandos organizados de recrutamento de operários de crimes em espaços de Estados estrangeiros. A *governança* de prevenção e de repressão desses fenómenos nefastos, cujas condutas encontram-se previstas nos respectivos códigos penais, ou nas leis penais avulsas, deve ser assumida como forma concreta de redução de espaços de ninguém, *terras do nunca* ou *santuários*.

Essa *governança* da *transnacionalidade* é um ponto que deve ser assumido pelo discurso legítimo, normativa e sociologicamente, e deve ser apresentado como agenda de aproximação dos povos lusófonos, de modo a criar-se um *espaço de liberdade e de justiça comum* e, por esse meio, implementar um espaço de *segurança*. Consideramos que esta direcção filosófico-política e jurídica é o

² Mantemos a posição que defendemos em 2006, no âmbito da nossa dissertação de mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, cujo desenvolvimento no quadro da política criminal aprofundámos e ampliamos na nossa tese de doutoramento, apresentada e defendida na Universidade Católica, em 2012. Cf. MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Do Mandado de Detenção Europeu*, Coimbra, Almedina, pp. 103-108 (108), 2013; *Do Ministério Público e da Polícia. Prevenção Criminal e Acção penal como Execução de uma Política Criminal do Ser Humano*, Lisboa, UCE, 2006, pp. 101-123 (117).

³ ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *Da Democracia na América*, tradução do francês *De la Démocratie en Amérique* de Carlos Coreia Monteiro de Oliveira, Cascais, Principia, Publicações Universitárias e Científicas, 2002, pp. 179-182 (180).

caminho mais seguro para evitar que “a hegemonia dos conceitos neoliberais das relações económicas”, assentes numa lógica empresarial do lucro máximo, elimine “as proteções constitucionais e o acesso ao Direito” (4).

Este caminho, a percorrer, tem de avocar para a construção do discurso jurídico o *pensar cultural de um povo* – pensar e cultura lusófona –, um *pensar conceptual de ser humano* – não podemos abandonar a nossa linha genética conceptual de ser humano mesmo sabendo que há dissemelhanças no olhar sobre cada ser humano, mas há uma genética própria da lusofonia, que deve ser assumida como *vontade geral* dos povos, como “deriva de todos” os povos, reflexo dos “problemas de todos” os povos, expressão de uma “igualdade e liberdade entre todos” os cidadãos dos povos lusófonos, e prossecução do “interesse de todos” os povos (5), e deve ser ampliada e aprofundada como se pode aferir de um dos pilares constitucionais dos nossos Estados: a *dignidade da pessoa humana* – e um *pensar conceptual de Estado* – a evolução histórica dos sistemas políticos de Portugal, posteriormente do Brasil, Cabo Verde, Moçambique, Angola, São Tomé e Timor Leste, é exemplificativo da linha de orientação conceptual implementadora do Estado democrático.

A par desta trilogia cognitiva, epistemológica e axiológica, existe uma medula comum: a *língua portuguesa, pátria* de todos nós (6) e *pátria* deste nosso discurso jurídico comum de liberdade, de justiça e de segurança.

2. Princípios regentes deste discurso jurídico

Este nosso discurso assenta na ideia de que só é possível avançar com uma construção sólida se a mesma for precedida de uma teorização científica que seja alicerce firme de um edifício jurídico lusófono de liberdade, de justiça e de segurança para o espaço da lusofonia. Precisamos da ciência para podermos materializar o discurso jurídico lusófono.

Esta teorização deve ter em conta a teoria da *oikonomia* de GIORGIO AGAMBEN no sentido de desenvolver um “conjunto de práxis, de saberes, de medidas, de instituições cujo objectivo é gerir, governar, controlar e orientar, [...]”

⁴ Este nosso pensamento procura contribuir para apontar caminhos de neutralização dos fenómenos jurídicos transnacionais económicos, detractores de um Direito justo e garantista do cidadão, de que nos falam UGO MATEI/LAURA NADER, *Pilhagem. Quando o Estado de Direito é Ilegal*, tradução do inglês *Plunder: When the rule of law is illegal* de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo, Martins Fontes, 2013, p. 137.

⁵ Quanto a este teorema construtor de uma lei geral, ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um Milénio*, 3.ª ed., Lisboa, Publicações Europa América, 2003, pp. 222-227.

⁶ Chamando aqui FERNANDO PESSOA: “A minha pátria é a língua portuguesa”.

os gestos e os pensamentos dos homens” (7), ou seja, um conjunto de princípios perceptivos gerentes, governantes e controladores do pensar, do decidir e do agir político-jurídico. Avocamos, por razões racionais e históricas, os princípios que procuraram implementar o espaço de liberdade, de justiça e de segurança na União Europeia, por considerarmos serem os mais adequados à construção do discurso jurídico lusófono.

Mas alertamos que não devemos construir o discurso pelo telhado, mas pelos caboucos e alicerces do edifício jurídico. O pragmatismo de WILLIAM JAMES ou de C. S. PEIRCE pode dar-nos a ilusão de uma verdade funcional, mas de elevada efemeridade funcional. O princípio do *reconhecimento mútuo* do múnus civil e do múnus criminal, apontado como a pedra angular do espaço jurídico europeu, em especial o espaço penal, não pode funcionar como a alavanca para toda a cooperação com a ideia de que funciona e, como tal, é uma verdade que é funcional e que deve ser adoptada. Não advogamos o afastamento do princípio do reconhecimento mútuo, mas antes o devemos enquadrar dentro de um discurso e espaço jurídico que deve ser assimilado e edificado sob a égide de princípios germinadores de *confiança mútua* entre os povos e entre os operadores judiciários. Como já escrevera ANABELA MIRANDA RODRIGUES, a “confiança não se decreta”. Pois, consideramos que a confiança constrói-se na e pela *vontade geral* dos povos – legiferação *de, para e pelos* cidadãos lusófonos – e na e pela *afirmação* de uma liberdade e justiça democráticas. A confiança tem de ser o reflexo de um pensar cultural, de um pensar de ser humano e de um pensar de Estado comum, sob pena de ser tão-só uma confiança volátil, ou mesmo invisível e inexistente.

Para construção de um discurso jurídico de liberdade, de justiça e de segurança lusófonos, sem abandonar de todo o reconhecimento mútuo e confiança mútua (pois, são dois axiomas importantes neste labor jurídico-político), reclamamos como alicerces e pilares fundacionais o princípio da solidariedade, o princípio da subsidiariedade, o princípio da harmonização e o princípio da cooperação judiciária e policial horizontal (ou seja, a implementação de um discurso judiciário e policial em detrimento do discurso biodinâmico judiciário-político). Em espaços democráticos, devemos priorizar a justiça e, por conseguinte, os operadores judiciários em detrimento dos actores políticos. Falamos em justiça e não em direito positivo, por considerarmos que este, a estabelecer-se, deve ser o reflexo e a refração da justiça material. O discurso jurídico lusófono deve assentar em um Direito legítimo, válido, vigente e efectivo, que seja o rosto de justiça e de liberdade dos povos e dos cidadãos de cada povo lusófono.

⁷ GIORGIO AGAMBEN, *O que é o Contemporâneo? E os outros ensaios*, tradução do italiano *Che cos'è il contemporaneo?*, Chapecó, Argos Editora da UnoChapecó, 2013, p. 39.

O princípio da *solidariedade* dos povos é um catalisador de boa-fé e de interesse comum na edificação do discurso jurídico-político. Só é possível construir esse discurso e espaço se existir um sentimento comum e mútuo de afinidades e de disponibilidade de apoio e de ajuda recíproca. O solidarismo, como corrente alternativa ao liberalismo e ao próprio socialismo, pode, nestes tempos conturbados e incertos, ser a base de restabelecimento da social-democracia que conjugue e concilie os direitos inalienáveis dos cidadãos de cada povo e as necessidades e imposições da sociedade lusófona. Reclamando o pensamento de J. HABERMAS, restaurador do princípio da solidariedade (2002 ⁽⁸⁾), podemos invocar os princípios da universalidade do Direito – que impõe a visão imutável, inalienável de valores humanos, independentemente do espaço e do tempo em que lhe seja desferida qualquer lesão –, da igualdade e da reciprocidade moral.

Os povos agem e comunicam-se por necessidades e valores comuns – *in casu*, os lusófonos. Como já frisámos, esses valores comuns têm a mesma dinâmica e unidos têm maior densidade. Os povos sofrem de criminogenia idêntica e precisam de criar um espaço de liberdade e justiça comum entroncado no princípio da *solidariedade da intervenção a montante* e a *jusante* de cada fenómeno e de cada acção humana reflexiva desse fenómeno.

O princípio da subsidiariedade da intervenção legiferante, hermenêutica e operativa da *oikonomia* jurídica – em especial, a criminal –, implica o respeito da *soberania* estatal e legiferante, ou seja, só é admissível a intervenção *supra* estatal caso o Estado, individualmente considerado, se manifeste impossibilitado ou incapaz de concretizar uma acção preventiva e repressiva das condutas negativas transnacionais ou de efeitos negativos transnacionais. Pretende-se, com esta posição, evitar a tendência natural de se germinar “uma autoafirmação do poder” por meio do Direito e, desse modo, criar-se hegemónias jurídicas como se um dos actores estatais se autoproclamasse como o mediador global da lusofonia, em especial nos casos das lesões de direitos naturais individuais, e evitar-se que um dos Estados, melhor, os tribunais de um dos Estados lusófonos, se afirmasse como o foro de todas as reclamações jurídicas de qualquer cidadão no espaço da lusofonia ⁽⁹⁾.

A subsidiariedade permite evitar que se criem imperialismos jurídicos ou discursos jurídicos imperialistas e promove a soberania de cada povo. Aproximar os povos na prevenção e na repressão de condutas lesivas de bens jurídicos

⁸ JÜRGEN HABERMAS, *A Inclusão do Outro*, com o título original *The Inclusion of the Other* de 1998. Citado por THOMAS MAUTNER (Dir.), *Dicionário de Filosofia*, tradução do inglês *The Penguin Dictionary of Philosophy* de Desidério Murcho, Sérgio Miranda e Vítor Guerreiro, Lisboa, Edições 70, 2010, p. 702.

⁹ Veja-se em sentido igual quanto à tentativa de hegemonia dos Estados-Unidos e o perigo de se promover essa hegemonia, UGO MATEI/LAURA NADER, *Pilhagem. Quando o Estado de Direito é Ilegal*, cit., pp. 281-292.

individuais, colectivos e difusos é um desafio de reforço das soberanias e nunca pode ser uma estratégia de delação ou de diminuição da soberania jurídica e da cultura jurídica de cada povo.

Estes dois pilares – solidariedade e subsidiariedade – são fundamentais para a implementação de um princípio basilar, ou seja, devem implementar a “pedra angular” da construção do discurso e do espaço de liberdade, justiça e segurança lusófono: o princípio da *harmonização*. Harmonizar não significa unificar ou solidificar, mas antes aproximar o discurso jurídico no respeito pelas diferenças culturais e conceptuais filosófico-políticas e jurídicas.

Harmonizar ⁽¹⁰⁾ implica que se implemente um caminho de aproximação com base no princípio da *tolerância* e da soberania de cada povo e implica a existência de valores comuns a tutelar pela juridicidade e de outros valores, dignos de tutela penal, a reintegrar sempre que sejam lesados por condutas humanas. Esses valores comuns podem ser aferidos nas Constituições de cada um dos Estados da lusofonia e a perseguição das lesões desses valores deve ter a sua espinha dorsal nas Constituições de cada Estado lusófono. Não se pode construir um discurso jurídico de costas voltadas para as Constituições de cada Estado da lusofonia, mas dentro do espírito de cada Constituição.

As tipologias criminais a serem tratadas no plano da lusofonia com maior celeridade processual devem ter uma teleologia aproximada – um catálogo tipológico-criminal –, uma construção sistémico-jurídica de base aproximada ou comum, uma teoria geral do crime aproximada ou comum no que concerne ao catálogo tipológico, assim como se impõe que os meios de perseguição criminal, as medidas cautelares e de polícia, os meios de obtenção de prova sejam harmonizados e tenham uma aproximada legitimidade normativa – atribuições e competências judiciais e policiais aproximadas – e, ainda, a aproximação dos direitos, liberdades e garantias processuais, sob pena de violação de direitos e liberdades fundamentais pessoais e do princípio constitucional da igualdade.

Esta harmonização é imprescindível para que o princípio da cooperação horizontal judiciária e policial seja eficaz na resolução das questões de perseguição criminal e seja eficiente nos resultados de prevenção geral positiva

¹⁰ Mais do que uma “unificação do mercado jurídico”, sob pena de uma totalização do jurídico positivo, se impõe a “constituição de um interesse universal”, que, no caso em discussão, seria a *constituição de um interesse lusófono*. Quanto àquelas construções jusfilosófico-políticas, PIERRE BOURDIEU, *Sobre o Estado. Curso no Collège de France (1989-1992)*, tradução do francês *Sur l'État. Cours au Collège de France (1989-1992)* de Marcelino Amaral, Lisboa, Edições 70, Lda., 2014, pp. 306-314.

e de prevenção especial positiva ⁽¹¹⁾. A harmonização, promovida pelo poder político-legislativo, abre porta ao discurso directo judiciário e policial, e afasta o interlocutor político dos casos concretos, ou seja, recoloca-se o poder político no seu papel de legislador e deixa-se a hermenêutica jurídico-positiva aos actores judiciários e policiais.

3. Discurso jurídico e a construção de uma diplomacia jurídica, judiciária e policial

Este nosso pensamento sistémico-jurídico, valorativo das Constituições democráticas dos povos lusófonos, pretende apresentar-se como um *fragmento do progresso científico* ⁽¹²⁾ no desenho de um discurso e espaço livre, justo e seguro que deve ter como base uma diplomacia jurídica, uma diplomacia judiciária e uma diplomacia policial.

Os princípios desenvolvidos no ponto anterior são axiomas do discurso jurídico de liberdade, justiça e segurança e apresentam-se, em regra, como marcas intocáveis da diplomacia política que deve, na nossa opinião, estender-se e ser a base de uma diplomacia jurídica, judiciária e policial.

Podemos entroncar na diplomacia política, académica e científica o discurso jurídico de prevenção e de repressão das atividades criminais e abandonar o discurso de “combate”, de “luta” e de “guerra” ao crime X ou Y, próprio de um direito bélico, muito próximo do discurso do Direito penal do inimigo e da coisificação do ser humano. Pretende-se, assim, fomentar um espaço cujo discurso legitimante seja o discurso jurídico científico.

A harmonização jurídica, que deve, em primeiro lugar, afirmar-se nos direitos internos no quadro sistemático normativo, impõe um debate entre os actores políticos, judiciários e policiais, de modo a promover um discurso jurídico harmonizado. Harmonizado e não unificado. As diferenças devem ser respeitadas e a tolerância deve assumir-se como princípio baluarte da aproximação dos povos. Do mesmo modo, o discurso jurídico de liberdade, de justiça e de segurança a construir implica a participação dos seus actores no respectivo processo edificativo. Esta exigência aumenta quando falamos de um discurso a implementar em um *espaço extenso, descontínuo, plurilocalizado* e

¹¹ Aqui relembramos o ensinamento de ALBERT EINSTEIN, quando se debruçou sobre a Lei Seca americana: “Nada é mais prejudicial, para o prestígio da lei e do Estado, do que promulgar leis sem ter os meios para fazê-la respeitar”. Cf. ALBERT EINSTEIN, *Como Vejo o Mundo*, tradução do alemão *Mein Weltbild* de H. P. de Andrade, São Paulo, Saraiva, coleção Saraiva de Bolso, 2011, p. 55.

¹² MAX WEBER, *Ciência e Política. Duas Vocações*, tradução do alemão de *Wissenschaft Als Beruf* e *Politik Als Beruf* de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota, Curitiba, Cultrix, 2011, p. 34.

pluricontinental que continua a cimentar os princípios de um Estado de direito democrático, cujo movimento se afirma na construção de “uma igualdade cada vez maior de condições” (13) humanas e de cada povo, soberano da legitimidade político-jurídica.

Este caminho que tem de ser trilhado para a afirmação dos direitos humanos no espaço da lusofonia só é possível se for precedido por um discurso jurídico científico, germinado pela diplomacia que não desnude a soberania de cada Estado e possa assumir-se no respeito do princípio *pacta sunt servanda* pelos Estados. Esta obrigação internacional dos Estados só é legítima se for assumida por um Estado de direito material social democrático: soberano de uma legitimidade normativa e sociológica, ou seja, soberano em democracia.

Os tempos de hoje pedem um pensar *contemporâneo*. Pedem um pensar de *coragem* que veja uma *luz* no espaço de espinhos e de *trevas* que vivemos, um pensar *fracturante*, cujo lugar da *fractura* se assuma como “o lugar de compromisso e de encontro entre os tempos e as gerações” (14), que faça a viagem à origem e nela desenhe o devir histórico. Essa *fractura* só é possível se a origem e o ponto de enlace entre os tempos e as gerações atuais e futuras assumirem a diferença como uma qualidade cultural e jurídica a preservar e as semelhanças culturais, conceptuais do ser humano e de Estado servirem de lastro a uma harmonização jurídico-sistemática material e processual.

Só este caminho pode restituir ao Direito internacional a força jurídica de um sistema político legitimado pelo povo, tutelado por órgãos decisórios com legitimidade política, obrigado a prestar contas à comunidade que servem e destinado a evitar órgãos de direito internacional que só conseguem “ser fortes com os fracos, e fracos com os fortes” (15). Para esta edificação, e na linha de BECK (16) para a nova Europa, impõe-se que se coloque a “democracia a partir da perspectiva do indivíduo, *de baixo*, por assim dizer, a partir do bulício de integração horizontal”, ou seja, todo e qualquer processo de ampliação de acção do Estado e ampliação e aprofundamento de cidadania (lusófona) só é possível vingar se o ser humano – o indivíduo –, se o cidadão de um Estado, estiver em “condições de assumir a perspectiva dos cidadãos” de outros Estados e, assim,

¹³ PIERRE MANENT, *A Razão das Nações. Reflexões sobre a Democracia na Europa*, tradução do francês *La Raison des Nations – Réflexions sur la démocratie en Europa* de Jorge Costa, Lisboa, Edições 70, 2008, pp. 19 e 21.

¹⁴ GIORGIO AGAMBEN, *O que é o Contemporâneo? E os outros ensaios*, cit., pp. 65, 69 e 71.

¹⁵ UGO MATEI/LAURA NADER, *Pilhagem. Quando o Estado de Direito é Ilegal*, cit., p. 273.

¹⁶ ULRICH BECK, *A Europa Alemã. De Maquiavel a Markievel*, tradução do alemão *Das Deutsche Europa. Neue Matchtlandschaften in Zeiten der Krise* de Pedro Bernardo, Lisboa, Edições 70, 2013, p. 99.

poder falar-se e implementar a “integração vertical e a democracia” no espaço lusófono.

É tempo de terminar. Como há dias escrevi em um projeto científico, consideramos que se deve partir para este desafio com o princípio de que o caminho não se faz caminhando, como escrevera o poeta. *O caminho faz-se trabalhando*. É tempo de arregaçar as mangas e de trabalhar.

Muito obrigado.

Braga, 21 de fevereiro de 2014

A PROPOSTA DE REGULAMENTO DA PROCURADORIA EUROPEIA – UM PRIMEIRO OLHAR

Margarida Santos ⁽¹⁾

Considerações iniciais

Em 17 de julho de 2013, a Comissão Europeia apresentou uma Proposta de Regulamento do Conselho que institui a Procuradoria Europeia – COM(2013) 534 final ⁽²⁾. Esta Proposta representa uma etapa decisiva na criação da Procuradoria Europeia, permitindo antever alguns dos possíveis

¹ Escola de Direito da Universidade do Minho e Instituto Superior da Maia.

² *Vd.*, também, documento de trabalho dos serviços da Comissão – resumo da avaliação de impacto que acompanha a Proposta de Regulamento do Conselho que institui a Procuradoria Europeia – SWD(2013) 275 final. Refira-se já que, nos termos do art. 3.º do Protocolo (n.º 21), relativo à posição do Reino Unido e da Irlanda em relação ao Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, anexo ao Tratado da União Europeia (TUE) e ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), estes Estados-Membros notificaram a sua intenção de não participar na adoção e na aplicação do presente regulamento. Nos termos dos arts. 1.º e 2.º do Protocolo (n.º 22), relativo à posição da Dinamarca, anexo ao TUE e ao TFUE, este Estado-Membro não participa na adoção do presente regulamento, não ficando por ele vinculado nem sujeito à sua aplicação. Esclareça-se que esta proposta da Comissão Europeia deverá ser lida e enquadrada no contexto de outras propostas legislativas, em especial: (i) a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal – COM(2012) 363 final (que pretende harmonizar a definição das ofensas contra os interesses financeiros da União Europeia e as sanções, constituindo a base substantiva para a atuação da Procuradoria Europeia); (ii) a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que cria a Agência Europeia para a Cooperação Judiciária Penal (Eurojust) – COM(2013) 535 final; e (iii) a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – aperfeiçoar a governação da Organização Europeia de Luta Antifraude (OLAF) e reforçar as salvaguardas processuais nos inquéritos – uma abordagem faseada para o acompanhamento da instituição da Procuradoria Europeia – COM(2013) 533 final.

contornos daquele que poderá vir a ser o resultado final. Nesta medida, a Proposta revitaliza a problemática da concretização da Procuradoria Europeia, “ressuscita”⁽³⁾, de certa forma, esta ideia, constituindo mais um motivo, que poderia estar camuflado, para refletir sobre a necessidade do desenvolvimento da aproximação normativa (harmonização/unificação).

O escopo deste artigo consiste em tecer algumas considerações breves sobre a referida Proposta, sobretudo na sua versão inicial, destacando algumas das opções tomadas pela Comissão Europeia e alguns dos seus nós problemáticos. Concluir-se-á com alguns apontamentos sobre o curso da Procuradoria Europeia.

Algumas reflexões (provisórias) acerca da Proposta de Regulamento

A Proposta de Regulamento do Conselho que institui a Procuradoria Europeia – COM(2013) 534 final – parece adotar, em alguns momentos, uma lógica “federativa”, “supranacional”. Neste sentido, a Procuradoria Europeia seria, por exemplo, a única entidade – indivisível mas descentralizada – com competência para investigar e exercer a ação penal relativamente às infrações que lesem os interesses financeiros da União Europeia (UE). Com este apontamento, a Comissão pretende, claramente, afastar-se do paradigma intergovernamental trilhado até ao Tratado de Lisboa.

Aliás, como se assume no título de um comunicado da Comissão, são utilizados os termos “proteção federal” para um “orçamento federal”⁽⁴⁾. Na verdade, a utilização destes conceitos revela, quer em termos políticos, quer, naturalmente, em termos de substância, o caráter “impulsionador” e “inovador” da Proposta, atendendo ao curso “tradicional” do direito penal da UE, sobretudo face à tradicional “cooperação” horizontal e vertical existente.

Noutros aspetos, contudo, se bem apreendemos, o desenho da Procuradoria Europeia já não segue os contornos de uma “Procuradoria federal”, com características de supranacionalidade, antes parecendo seguir um modelo híbrido ou mesmo o tradicional modelo de “cooperação”. Na verdade, esta Proposta da Comissão assenta, de forma marcada, nos processos penais nacionais. Por exemplo, embora a Proposta se refira aos poderes de investigação

³ ASSIM ROSARIA SICURELLA, “Setting up a European Criminal policy for the Protection of EU Financial interests: guidelines for a coherent definition of the Material Scope of the European Public Prosecutor’s Office”, in KATALIN LIGETI (Ed.), *Toward a Prosecutor for the European Union. Volume 1: A Comparative Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2013 pp. 871 e ss.

⁴ VIVIANE REDING, “Establishing a European Public Prosecutor’s Office. A federal budget needs federal protection”, Press conference, Brussels, 17 July 2013, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-644_en.htm (última consulta a 04/11/2013).

e exercício da ação penal (art. 26.º), não os determina de forma detalhada, pelo que, inevitavelmente, será necessário recorrer às regras processuais nacionais.

Muitas questões poderão levantar-se, desde logo, no que toca à matéria da prova, na medida em que as provas obtidas legalmente num Estado-Membro serão admissíveis nos tribunais de todos os Estados-Membros, contanto que tenham sido obtidas com o respeito dos direitos processuais consagrados nos art.ºs 47.º (direito à ação) e 48.º (presunção de inocência e direitos de defesa) da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).

Uma leitura do capítulo relativo às garantias processuais (art.ºs 32.º a 35.º) leva a concluir que correspondem, de certa forma, às garantias descritas na CDFUE, em alguns instrumentos (diretivas) ⁽⁵⁾ já existentes ou em curso, ou no direito nacional dos Estados-Membros ⁽⁶⁾. Nesta medida, a Procuradoria Europeia deparar-se-á com o mesmo “*minimum level as other EU institutions and the Member States in ‘all situations governed by European Union law’*” ⁽⁷⁾.

⁵ Existem já e estão em curso uma série de Propostas neste âmbito. Para uma análise atual destes instrumentos, v. a recente seleção de ANDRÉ KLIP, *Materials on European Criminal Law*, 2.ª ed., Intersentia, 2014.

⁶ V. o disposto no art. 32.º, sob a epígrafe, “Esfera dos direitos dos suspeitos, arguidos e outras pessoas envolvidas”: “1. As atividades da Procuradoria Europeia são exercidas no pleno respeito dos direitos dos suspeitos consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, incluindo o direito a um julgamento equitativo e os direitos de defesa. 2. Todos os suspeitos e arguidos envolvidos nas ações da Procuradoria Europeia têm, no mínimo, os direitos processuais que se seguem, previstos na legislação da União e no direito nacional do Estado-Membro”.

⁷ Cf. VANESSA FRANSSEN, “Proposed regulation on the european public prosecutor – thinking federal?”, publicado a 8 de agosto de 2013, disponível em <http://europeanlawblog.eu/?p=1887> (última consulta a 04/11/2013). Neste sentido, v. o Acórdão do TJUE, de 26 de fevereiro de 2013, *Aklagaren contra Hans Akerberg Fransson*, Proc. n.º C617/10, considerando n.º 19, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>: “[c]om efeito, resulta, no essencial, da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que os direitos fundamentais garantidos pela ordem jurídica da União são aplicáveis em todas as situações reguladas pelo direito da União, mas não fora dessas situações. É nesta medida que o Tribunal de Justiça já recordou que não pode apreciar, à luz da Carta, uma regulamentação nacional que não se enquadra no âmbito do direito da União. Em contrapartida, quando uma regulamentação nacional se enquadra no âmbito de aplicação desse direito, o Tribunal de Justiça, chamado a pronunciarse sobre uma questão prejudicial, deve fornecer todos os elementos de interpretação necessários à apreciação, pelo órgão jurisdicional nacional, da conformidade desta regulamentação com os direitos fundamentais cujo respeito assegura”. Neste sentido, v. a jurisprudência citada neste Acórdão, *inter alia*, Acórdão do TJCE, de 18 de junho de 1991, ERT, Proc. n.º C260/89, considerando n.º 42; Acórdão do TJCE, de 29 de maio de 1997, *Kremzow*, Proc. n.º C299/95, considerando n.º 15; Acórdão do TJCE, de 18 de dezembro de 1997, *Annibaldi*, Proc. n.º C309/96, considerando n.º 13; Acórdão do TJCE, de 22 de outubro de 2002, *Roquette Frères*, Proc. n.º C94/00, considerando n.º 25; Acórdão do TJCE, de 18 de dezembro de 2008, *Sopropé*, Proc. n.º C349/07, considerando n.º 34; Acórdão do TJUE, de 15 de novembro de 2011, *Dereci* e o., Proc. n.º C256/11, considerando n.º 72; Acórdão do TJUE, de 7 de junho de 2012, *Vinkov*, Proc. n.º C27/11, considerando n.º 58, todos disponíveis em <http://eur-lex.europa.eu/>.

No que diz respeito ao sistema jurisdicional associado à Procuradoria Europeia, aqui claramente não se pretende instituir um sistema de tribunal(ais) federal(ais). Na verdade, o exercício das funções jurisdicionais ao longo do processo conduzido e dirigido através da Procuradoria Europeia está a cargo do tribunal nacional competente (art. 36.º, n.º 1).

Quanto ao âmbito material de atuação da Procuradoria Europeia, a Comissão “opta definitivamente por uma remissão para o direito nacional”⁽⁸⁾, que determine os tipos legais de crime através da transposição da diretiva em curso, sendo que, de acordo com a Proposta, estende-se a competência da Procuradoria Europeia a ofensas que “tecnicamente não são consideradas como ofensas PIF, mas que, por causa dos seus factos constitutivos, são idênticas e intrinsecamente ligadas às ofensas PIF [...]”⁽⁹⁾.

Levanta-se, desde logo, a questão de saber se este instrumento (a diretiva) está de acordo com o postulado no art. 86.º, n.º 1, do TFUE. Noutras palavras, importa analisar se a fórmula utilizada na Proposta de Regulamento que institui a Procuradoria Europeia, onde se remete para uma diretiva a definição do âmbito material de atuação da Procuradoria Europeia, será “compatível” com o texto (ambíguo) do art. 86.º do TFUE⁽¹⁰⁾.

Além do mais, segundo cremos, esta opção poderá suscitar uma série de problemáticas, nomeadamente no que diz respeito ao princípio da legalidade da intervenção penal.

Refira-se que, não obstante a importância e complexidade da temática, a competência material da Procuradoria Europeia não tem assumido um papel central neste debate em torno da criação da Procuradoria⁽¹¹⁾.

⁸ Cf. JOHN A. E. VERVAELE, “The material scope of competence of the European Public Prosecutor’s Office: *Lex incerta and unpraevia?*”, *ERA Forum*, Vol. 15, Issue 1, Jun. 2014, p. 92.

⁹ JOHN A. E. VERVAELE, “The material scope of competence of the European Public Prosecutor’s Office: *Lex incerta and unpraevia?*”, *cit.*

¹⁰ Sobre as questões relativas ao âmbito material de atuação da Procuradoria Europeia, não iremos, nesta sede, dedicar-lhes especial atenção, na medida em que o assunto carece de um estudo aprofundado. Sobre esta temática, v., entre outra literatura, JOHN A. E. VERVAELE, “The material scope of competence of the European Public Prosecutor’s Office: *Lex incerta and unpraevia?*”, *cit.*; LORENZO PICOTTI, “Le basi giuridiche per l’introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura Europea”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Nov. 2013, disponível em <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1384347976PICOTTI%202013a.pdf> (última consulta a 01/08/2014); ROSARIA SICURELLA, “Setting up a European Criminal policy for the Protection of EU Financial interests...”, *cit.*; KATALIN LIGETI, “Approximation of substantive criminal and the establishment of the European Public Prosecutor’s Office”, in FRANCESCA GALLI/ANNE WEYEMBERG (Ed.), *Approximation of substantive criminal law in the EU – The way forward*, Belgium, Éditions de l’Université de Bruxelles, 2013.

¹¹ Assim, KATALIN LIGETI, “Approximation of substantive criminal and the establishment of the European Public Prosecutor’s Office”, *cit.*, p. 76.

Independentemente do desfecho desta Proposta, o certo é que o *locus* de atuação da Procuradoria Europeia poderá (muito provavelmente) não corresponder ao espaço “integral” da UE, colocando em causa, desde logo, uma (eventual) lógica “federativa”, que se pretendesse, pelo menos em alguns momentos, imprimir. Esta realidade poderá, tal como foi observado por alguns Parlamentos nacionais ou alguma Câmara desses Parlamentos (12), fazer sobressair alguns constrangimentos, podendo inclusivamente colocar em causa um dos grandes desideratos do passo de gigante que se perspetiva: a criação de uma Procuradoria transnacional, num “território único”.

Nesta medida, poderá minimizar-se a capacidade de resposta na proteção dos “eurocrimes”, por parte desta entidade, desde logo, pelo facto de os Estados-Membros que optarem por não fazer parte da Procuradoria Europeia poderem ser encarados como “portos de abrigo” para a prática daqueles crimes.

Impõe-se, ainda, uma última consideração, a partir da análise cruzada dos Pareceres dos legisladores nacionais, a propósito da subsidiariedade, e das leituras “indiretas” que se poderão colher dos inquéritos realizados a práticos de vários Estados-Membros (13).

Se bem interpretámos, vários dos argumentos utilizados no âmbito dos pareceres fundamentados desembocam, numa perspetiva mais geral – e, de certa forma, “indireta” –, em argumentos de cariz “nacionalista”. Este tipo de argumento é a marca de que alguns Estados-Membros encaram, ainda, “o espaço penal” numa ótica relativamente “blindada”, “interna”, onde se adequariam porventura soluções pensadas no âmbito da intergovernamentalidade e da mera cooperação. Nesta medida, ressalta da leitura dos pareceres fundamentados

¹² Refira-se, ainda, no âmbito desta incursão pela Proposta, que foi acionado o mecanismo do controlo da subsidiariedade previsto no art. 7.º, n.º 2, do Protocolo n.º 2, anexo ao TUE e ao TFUE. No que diz respeito especificamente à Proposta aqui em estudo, 14 Parlamentos nacionais enviaram pareceres fundamentados à Comissão, impulsionando o mecanismo de controlo da subsidiariedade previsto no n.º 2 do art. 7.º do Protocolo n.º 2. Uma leitura dos vários pareceres dos Parlamentos nacionais pode realizar-se em <http://www.ipexl.eu/IPEXL-WEB/dossier/document/COM20130534.do>. Adiante-se que a Comissão confirmou o acionamento do mecanismo de controlo da subsidiariedade previsto no art. 7.º, n.º 2, do Protocolo n.º 2, em 6 de novembro de 2013, tendo decidido manter a Proposta, por entender que a mesma está em conformidade com o princípio da subsidiariedade consagrado no art. 5.º, n.º 3, do TUE, esclarecendo que teria em conta, durante o processo legislativo, os pareceres fundamentados dos Parlamentos nacionais.

¹³ V., por exemplo, MARIANNE WADE (Coord.), *EuroNEEDs, Evaluating the need for and the needs of a European Criminal Justice System, Preliminary report*, Max-Planck-Institute für ausländisches und internationales Strafrecht, 2011, disponível em http://www.mpicc.de/shared/data/pdf/euroneeds_report_jan_2011.pdf (última consulta a 01/03/2014). V., também, sobre este estudo, MARIANNE WADE, “A European public prosecutor: potential and pitfalls”, in *Crime Law Soc Change*, Mar. 2013, disponível em http://download.springer.com/static/pdf/940/art%253A10.1007%252Fs10611-012-9406-x.pdf?auth66=1382393008_5cf47e301d19135857c7d662fc76fc0d&ext=.pdf (última consulta a 01/03/2014).

emitidos pelos Parlamentos nacionais ou por uma Câmara desses Parlamentos que impera esta visão, mesmo no que diz respeito ao exercício da ação penal quanto às infrações relativas aos interesses financeiros da União ⁽¹⁴⁾. Nesta medida, é visível, *grosso modo*, que não foi ultrapassada a visão estreita acerca do *ius puniendi*, aqui entendido em sentido amplo, de forma a abranger o exercício da ação penal.

Estes argumentos acabam por desconsiderar, desde logo, a existência de interesses que não estão a ser tutelados de forma adequada (e de modo coerente e igual) pelos Estados-Membros, nomeadamente no âmbito dos mecanismos “tradicionais” de cooperação e no âmbito da aproximação normativa (aqui sobretudo através da harmonização através de diretivas). Ainda assim, temos de concordar com alguns dos argumentos que desembocam naquele de maximizar o trabalho realizado até agora, no âmbito desta construção de uma “Europa de justiça”, *e.g.*, da Eurojust e da Europol, e no de esperar que sejam aperfeiçoados ou entrem em vigor alterações legislativas neste âmbito. Nesta medida, desde que a necessidade de eficácia e a proteção dos interesses em causa não se compadeçam com a *espera* necessária para que brote uma solução adequada e ponderada, talvez tivesse sido mais prudente e adequado dar um segundo passo, depois de o anterior se encontrar solidamente concluído.

De uma forma geral, importa, sobretudo, perscrutar se esta Proposta vai ao encontro das principais preocupações sentidas no “espaço penal da UE” e se, noutra perspetiva, garante o cumprimento dos princípios estruturantes de Estado de direito e, especialmente, daqueles que têm sido considerados os princípios

¹⁴ Assim, *e.g.*, a Segunda Câmara Neerlandesa encara que, “normalmente, a fraude ocorre a nível nacional ou local, razão pela qual considera que a eficácia da luta contra este fenómeno depende de uma atuação enérgica a esse nível” – cf. Comunicação aos Membros (90/2013) – Parecer Fundamentado da Segunda Câmara Neerlandesa sobre a Proposta de Regulamento do Conselho que institui a Procuradoria Europeia, p. 2; ou na Suécia, o (*Riksdag*) analisa que “Ao avaliar a necessidade de uma Procuradoria Europeia, também se deve referir que o desempenho dos EstadosMembros em matéria de investigação e repressão de crimes lesivos dos interesses financeiros da UE se afigura muito divergente. Para o *Riksdag*, é exagerado tentar resolver um problema que, basicamente, só atinge alguns EstadosMembros, criando uma estrutura que afeta todos os EstadosMembros de forma tão intrusiva” – *vd.* Comunicação aos Membros (101/2013) – Parecer Fundamentado do Parlamento da Suécia (*Riksdag*) sobre a Proposta de Regulamento do Conselho que institui a Procuradoria Europeia, pp. 2 e 3. Também na Eslovénia (pp. 2 e 3) se destaca que a afirmação da Comissão de que as medidas tomadas pelos Estados-Membros no combate às infrações penais lesivas dos interesses financeiros são ineficazes não é verdadeira no que concerne em particular à Eslovénia (bem como relativamente a outros Estados-Membros), “uma vez que as autoridades eslovenas competentes nestas matérias têm conduzido, com sucesso, investigações e processos judiciais relativos a esse tipo de infrações”, defendendo a comissão que “as questões relativas a apenas certos EstadosMembros não podem ser resolvidas por meio de uma medida tão significativa a nível da União, aplicável todos os EstadosMembros”.

fundamentais de uma política criminal da EU¹⁵). Muito especialmente, interessa refletir, *v.g.*, sobre o âmbito e a forma de definição das infrações em causa, quanto às garantias processuais e quanto à organização e princípios estruturantes de atuação da Procuradoria.

O caminho (futuro) da Procuradoria Europeia – Considerações finais

A Proposta elaborada pela Comissão Europeia encontra-se em negociações, tendo sido alvo de diversas alterações¹⁶). As negociações, nesta

¹⁵ Com muito interesse, PETER ASP, *ET. AL.*, *Manifesto sobre la política criminal europea*, 2009, disponível em http://www.crimpol.eu/wp-content/Spainisch_Manifest_gesetzt-korr.pdf (última consulta a 10/10/2013), que sublinha os princípios que devem informar e constituir os princípios de política criminal europeia.

¹⁶ Neste âmbito, em sede do acompanhamento dos procedimentos inter-institucionais, refira-se, nomeadamente, que foi emitido o parecer do Comité Económico e Social Europeu, enviado no dia 11 de dezembro de 2013 (cf. *Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Proposta de regulamento do Conselho relativo à instituição da Procuradoria Europeia – COM(2013) 534 final, publicado no JO-C 170*, de 5 de junho de 2014, disponível em http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:52013AE6311#ntr1-C_2014170PT.01008501-E0001, e o Parecer do Comité das Regiões, no dia 30 de janeiro de 2014 (cf. *Parecer do Comité das Regiões – Proposta de Regulamento do Conselho que institui a Procuradoria Europeia – 2014/C 126/10*, publicado no JO-C 126/37, de 26 de abril de 2014, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:52013AR6520> . V., com muito interesse, as recomendações de alteração aí propostas. O Parlamento Europeu, em 12 de março de 2014, emitiu uma resolução (cf. *Resolução do Parlamento Europeu, de 12 de março de 2014, sobre a Proposta de Regulamento do Conselho que institui a Procuradoria Europeia [COM(2013)0534 – 2013/0255(APP)]*), disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0234+0+DOC+XML+V0//PT#BKMD-43>), dando conta de que se revela favorável relativamente ao disposto na Proposta, embora tenha proposto várias modificações à Proposta de Regulamento (v. Anexo à Resolução do Parlamento Europeu, de 12 de março de 2014, sobre a Proposta de Regulamento do Conselho que institui a Procuradoria Europeia). Em 3 e 4 de março de 2014, o Conselho realizou um debate sobre a Proposta de Criação de uma Procuradoria Europeia, onde os Ministros expressaram as suas opiniões sobre a estrutura da Procuradoria Europeia, a delimitação das suas funções e competências e o regime de direitos processuais aplicável aos suspeitos e às vítimas (cf. http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/jha/141295.pdf). Em 6 de junho de 2014, o Conselho elaborou uma primeira alteração à Proposta, reformulando 19 artigos (disponível em <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%209834%202014%20REV%201>). Em especial, procedeu-se à introdução de uma estrutura colegial para a Procuradoria Europeia e de uma competência concorrente entre a Procuradoria Europeia e as autoridades judiciárias nacionais para investigar e perseguir as infrações lesivas dos interesses financeiros da União. Destacou-se também, nomeadamente, a necessidade de se assegurar a independência e a eficiência no seu funcionamento. Em 11 de julho de 2014, a Proposta foi alvo de novas alterações, analisando-se, designadamente, o encerramento do inquérito, os poderes no âmbito da Procuradoria Europeia, a admissibilidade das provas e a revisão judicial. Seguidamente, tem-se examinado, entre outras, as matérias referentes às garantias processuais (doc. 12825/14), bem como o conceito do espaço judiciário único (doc. 13509/14). Para uma análise da discussão atual, *v.*, ainda, *Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office – Report on the State of Play* (doc. 16993/14), de 18 de dezembro de 2014, disponível em <http://db.eurocrim.org/db/en/doc/2273.pdf>).

temática sensível, de um ponto de vista técnico e político, ainda estão longe de atingirem o seu término, observando-se um claro esforço de discussão no sentido da adaptação da Procuradoria Europeia à arquitetura dos Estados-Membros.

Independentemente dos desenvolvimentos que poderão seguir-se, esta Proposta “renova” com maior vigor a ideia, por muitos inconcebível no cenário económico-financeiro atual, da concretização de uma Procuradoria Europeia. Tem, sobretudo, o mérito de promover o aprofundamento do debate sobre uma temática que já há muito se estudava, mas estava ainda circunscrita a um núcleo muito restrito, normalmente ancorada em estudos solicitados no âmbito do quadro institucional da UE.

Muito especialmente, esta Proposta apresenta-se como uma oportunidade para apurar as sensibilidades e posições dos vários intervenientes, designadamente dos Estados-Membros, acerca da criação da Procuradoria Europeia. Na verdade, o futuro da (eventual) concretização da Procuradoria Europeia e os contornos dos seus traços dependem, antes de mais, do modelo de integração política que se ambicionar desenvolver e da evolução que se pretender imprimir, desde logo atendendo ao núcleo da soberania que os Estados projetarem preservar.

Importa, por isso, neste estágio de “transição”, de edificação de um verdadeiro “mundo novo”, de um (eventual) modelo distinto de intervenção penal, refletir até onde se pretende ir.

Neste momento de viragem, exige-se, sobremaneira, cautela e ponderação no desenvolvimento de uma das temáticas mais complexas no âmbito do direito penal da UE, que poderá configurar, se assim se desejar, uma verdadeira revolução neste domínio. Segundo cremos, importa dar um passo à frente, que envolva não permanecer no insuficiente domínio da cooperação e da aproximação apenas através da harmonização, no que toca a determinados domínios do direito penal material, muito especialmente quanto à proteção dos “interesses financeiros da União”.

O IMPACTO DO USO BÉLICO DOS DRONES NOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Maria de Assunção do Vale Pereira ⁽¹⁾

1. Noção de *drones*

Atualmente, deparamo-nos com um uso bélico crescente de *drones* ⁽²⁾ – mormente por parte dos Estados Unidos da América (EUA) –, havendo paralelamente uma divulgação escassa acerca desse uso e, sobretudo, uma sistemática falta de transparência acerca do seu impacto nos direitos humanos fundamentais. Este problema tem sido tratado fundamentalmente a propósito dos ataques de *drones* dos EUA no Paquistão – concretamente, na província do Waziristão, uma província com administração tribal, junto à fronteira com o Afeganistão, muitas vezes referida como FATA (Pakistan’s Federally Administered Tribal Areas) –, embora a isso não se limite.

Drones é a designação genericamente dada aos Veículos Aéreos não-Tripulados. Em termos bélicos, são usados para disparar mísseis ou lançar bombas capazes de infligir danos muito graves (portanto, armas de guerra), cuja utilização – no contexto de conflitos armados ou fora dele – tem suscitado

¹ Escola de Direito da Universidade do Minho.

² Em 2001, a frota de *drones* Predator (um dos mais usados pelos EUA, com 8,23 metros e com capacidade de voo de 24 horas a cerca de 8.000 metros) dos Estados Unidos contava apenas com 10 unidades cujo uso, quando existiu, foi relegado para missões de reconhecimento. Em 2007, essa frota contava já com 180 Predators e havia planos para a duplicar nos anos seguintes. Além disso, o Pentágono fez da produção e desenvolvimento de todos os aspetos da sua frota de *drones* uma prioridade orçamental e estratégica de topo para os próximos anos (cf. RYAN J. VOGEL, “Drone Warfare and the Law of Armed Conflict”, in *DenvJILP*, Vol. 39, n.º 1, 2010, pp. 104-105).

problemas diversos, nomeadamente quanto à compatibilidade com os princípios de Direito Internacional relevantes.

2. O impacto do uso bélico dos *drones*

A utilização destes novos meios de combate (para já, por um número muito reduzido de atores internacionais) tem um impacto relevante em vários domínios, de que iremos, em traços largos, abordar alguns.

2.1. Na forma de combater

A utilização dos *drones* traz alterações absolutamente radicais à forma de combater, tornando possível, pela primeira vez na história, conduzir um “guerra à distância”, ou seja, sem ter de enviar pessoas para o teatro das operações. Torna-se possível que indivíduos lancem ataques bélicos ou travem conflitos armados, cumprindo o seu ritual diário: levantam-se, preparam-se e vão para o seu local de trabalho, onde cumprem o horário de trabalho num sofisticado centro de operações, matam inimigos a milhares de quilómetros de distância. Depois vão buscar as crianças à escola, jantam em família, veem televisão ou vão cinema, dormem e, no dia seguinte, voltam ao seu trabalho.

No Relatório Alston (do Relator Especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, PHILIP ALSTON) afirmava-se: “porque os operadores estão sedeados a milhares de milhas de distância do campo de batalha, e realizam operações inteiramente através de monitores de computador e são remotamente *audiofeed*, há um risco de desenvolver uma mentalidade de «Playstation» para matar”, afirmando-se a obrigação de os Estados assegurarem que os programas de treino desses operadores lhes incute o respeito pelo direito internacional humanitário (DIH) e salvaguardas adequadas para o seu cumprimento ⁽³⁾.

Portanto, temos um conflito que, para um dos lados – aquele que tem acesso a estes meios sofisticados –, pode até ser travado de fato e gravata e em que os intervenientes não se sujam, muito menos correm riscos, pelo que não há baixas, não há traumatismos, não há funerais ⁽⁴⁾. A outra parte vive uma situação bem diferente, apesar das dificuldades que se verificam no apuramento da totalidade das consequências sofridas.

³ Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, PHILIP ALSTON, A/HRC/14/24/Add.6, 28 May 2010, par. 84.

⁴ Sem prejuízos de se verificarem casos em que operadores deste tipo de *drones* necessitam de acompanhamento psicológico, em consequência de uma consciencialização que vai ocorrendo das consequências da sua atuação.

Numa outra perspectiva, diga-se que são muitos os militares que não se reveem neste tipo de atuação. ANDREW EXUM, um antigo Ranger, afirma: “Como militar, coloco-me na posição de alguém na FATA e há qualquer coisa acerca destes *drones* não pilotados que não parece traduzir uma maneira honrada de fazer a guerra [...]. Como um major clássico, tenho um sentido clássico do que significa ser um guerreiro”. E ainda: “Há algo importante acerca de pormos os nossos próprios filhos e filhas em risco quando se opta por fazer a guerra como uma nação. Corremos o risco de perder o investimento de carne e sangue, se formos demasiado longe nesse caminho”. Identicamente, Sir BRIAN BURRIDGE considerou estarmos face a “uma guerra sem virtude, que não requer nem coragem, nem heroísmo” (5).

Por outro lado ainda, o recurso aos *drones* afeta as relações entre o exército do país que os usa e a população desse país; ou seja, “os *drones* são um passo tecnológico que isola mais o povo americano da ação militar, minando os freios políticos numa... guerra sem fim” (6). A verdade é que retirar o fator humano dos combates leva a que, em lugar de famílias unindo-se em apoio ao marido, pai, filho,... em combate, fique apenas um centro tecnológico com quem ninguém se preocupa, o que não é fator de união de uma nação.

2.2. Sobre os que sofrem ataques dos drones

Os ataques com *drones* têm conduzido a numerosas mortes e feridos graves de pessoas inocentes nas zonas onde se têm verificado (com destaque para o Paquistão e o Iémen ou, ainda, o Afeganistão). Atenta a propalada precisão destes meios, esses mortos e feridos traduzir-se-ão, uma vez mais, em alegados *danos colaterais*, que são aqueles que largamente predominam (7). Havendo a perceção destas ocorrências, continua a verificar-se substancial divergência nos

⁵ Estes e outros testemunhos em JANE MAYER, “The Predator War”, in *The New Yorker*, Oct. 26, 2009.

⁶ MARY DUDZIAK, *cit. apud* JANE MAYER, “The Predator War”, *cit.*

⁷ SAFIRULLAH KHAN, um professor de 32 anos da cidade de Mir Ali, afirmava: “Ainda estou para saber de um terrorista morto nestes ataques com *drones*. Se alguém souber de algum, deve dizer-me e deve também informar o mundo” (*cit. apud* REHAN KHAN, “Secrecy of U.S. strikes in Pakistan criticized”, http://www.nbcnews.com/id/35149384/ns/world_news-south_and_central_asia/t/secrecy-us-strikes-pakistan-criticized/). Também no *The New Yorker*, podia ler-se: “Os dois primeiros ataques aéreos da CIA na Administração Obama tiveram lugar na manhã de 23 de janeiro – o seu terceiro dia como Presidente. Em poucas horas, ficou claro que os bombardeamentos da manhã, no Paquistão, tinham morto cerca de vinte pessoas. Num ataque, quatro árabes, todos provavelmente afiliados à Al Qaeda, morreram. Mas, no segundo ataque, um *drone* alvejou a casa errada, atingindo a residência de um chefe tribal pró-governo seis milhas fora da cidade de Wana, no Waziristão do Sul. A explosão matou toda a família do chefe tribal, incluindo três crianças, uma delas de cinco anos. De acordo com a política dos EUA, não houve nenhuma confirmação oficial de qualquer ataque” (JANE MAYER, “The Predator War”, *cit.*).

números a elas associados. Segundo BEN EMMERSON, Relator Especial para a promoção e proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais no combate ao terrorismo, “[o] maior obstáculo a uma avaliação do impacto de ataques de *drones* em civis é a falta de transparência, o que torna extremamente difícil avaliar objetivamente reivindicações de precisão dos alvos. [...] a atual falta de transparência cria um vazio de responsabilidade e afeta a capacidade das vítimas de procurar reparação” (8).

Apesar da dificuldade no apuramento dos dados, em artigo de março de 2013 com o esclarecedor título *A List of Children Killed by Drone Strikes in Pakistan and Yemen*, eram identificadas 96 crianças mortas no Paquistão e 24 no Iémen (algumas com apenas 1 ano de idade) por ataques feitos por *drones* (9).

Portanto, sendo os números exatos desconhecidos, podemos sempre concluir que, dos ataques realizados com *drones*, tem resultado um elevado número de mortos, feridos e incapacitados entre pessoas que não revelaram qualquer ligação a redes terroristas e que têm a fatalidade de viver naquela zona.

Para além de mortos e feridos em número desconhecido, mas elevado, no caso do Paquistão pode ainda dizer-se que os ataques dos *drones* têm tido o pernicioso efeito de radicalizar boa parte da sociedade. Sendo certo que os ataques se concentram sobretudo no Waziristão, alegadamente no contexto da luta contra o terrorismo e visando destruir células terroristas aí existentes, são muitos os analistas que os veem como alimentando o terrorismo, em lugar de o eliminar. A verdade é que há uma ampla convicção de que “a vantagem militar de muitos dos ataques de *drones* é mínima, senão nula, quer porque a importância do alvo é muitas vezes exagerada ou, mais importante, porque as perdas civis geram hostilidade crescente entre a população civil, alimentando e prolongando assim as hostilidades” (10).

Segundo afirmou DAVID KILCULLEN, um especialista em contra-terrorismo, perante o Congresso, os ataques dos *drones* no Paquistão estavam a “originar um sentimento de raiva que aglutina a população em torno de

⁸ Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, doc. A/68/389, 18 Sept. 2013, par. 41. Este Relatório termina com um apelo dirigido aos Estados Unidos para que clarifiquem a sua posição, tanto do ponto de vista jurídico como das questões de facto suscitadas; para que permitam o acesso, na máxima extensão possível, a informação relevante quanto às suas operações letais de contra-terrorismo; e para que libertem seus próprios dados sobre o nível de baixas civis infligidas por meio do uso de aeronaves remotamente pilotadas, juntamente com informações sobre a metodologia de avaliação usada (*idem*, par. 80).

⁹ Cf. CHRIS MILES, “A List of Children Killed by Drone Strikes in Pakistan and Yemen”, March 7, 2013, <http://www.policymic.com/articles/24164/a-list-of-children-killed-by-drone-strikes-in-pakistan-and-yemen>.

¹⁰ RYAN J. VOGEL, “Drone Warfare and the Law of Armed Conflict”, *cit.*, p. 126.

extremistas e conduz a picos de extremismo bem longe das partes do país em que estamos a realizar esses ataques” (11).

2.3. Sobre os que vivem nas regiões sobrevoadas assiduamente por drones

A questão dos efeitos dos *drones* em quem não foi por eles atingido diretamente, mas testemunhou ataques ou vive nas zonas que eles frequentemente sobrevoam tem sido um aspeto menos falado, mas que deve merecer a nossa atenção.

No Relatório *Living Under Drones*, pode ler-se: “um trabalhador humanitário que trabalhou em áreas afetadas por *drones* declarou que, apesar de muito mais seguro do que outros no Waziristão, ele sentia medo constante. [...] Para além do sentimento de medo, aqueles que vivem sob *drones* – e particularmente os entrevistados que sobreviveram a, ou testemunharam, ataques – descrevem sintomas comuns de ansiedade antecipatória e de *stress* pós-traumático. Os entrevistados descreveram colapsos emocionais, correndo para dentro de casa ou escondendo-se quando *drones* sobrevoavam, desmaios, pesadelos, outros pensamentos intrusivos, reações de híper-surpresa a ruídos fortes, explosões de raiva ou irritabilidade, perda de apetite e outros sintomas físicos. Também reportaram sofrer de insónia e outros distúrbios do sono que os profissionais de saúde no Paquistão declararam ser predominantes” (12). Além disso, “a prática dos EUA de atingir uma área várias vezes, e as provas de que foram mortas equipas de resgate, faz com que tanto os membros da comunidade como os trabalhadores humanitários temam ou não queiram assistir as vítimas feridas” (13).

Também CLIVER SMITH refere como factos inquestionáveis: “primeiro, os EUA têm agora mais de 10.000 *drones* armados no seu arsenal; segundo, até seis *drones* Predator circulam sobre um local, em dado momento, muitas vezes 24 horas por dia, com câmaras de alta resolução, espiando os movimentos de todos os que estão abaixo; terceiro, os Predators emitem um som assustador, o que lhes ganhou nome *bangana* (zumbido de vespa) em pashtu; quarto, todos na área podem vê-los, 5.000 pés acima, todos os dias – e ouvi-los durante toda a noite; quinto, ninguém sabe quando o míssil virá, e transformará cada membro da família no que a CIA chama de *bugsplat*. O operador do Predator, a milhares

¹¹ MARY ELLEN O’CONNELL, “Lawful Use of Combat Drones”, in *Rise of the Drones II: Examining the Legality of Unmanned Targeting*, 111th Cong. 2 (Apr. 28, 2010), p. 25.

¹² *Living Under Drones: death, injury and trauma to civilians from US drone practices in Pakistan*, Stanford/NYU report, livingunderdrones.org/report, 2012.

¹³ *Living Under Drones...*, cit.

de quilómetros de distância, no Nevada, muitas vezes aperta o botão enquanto toma um café nas horas mais escuras da noite do Waziristão, entre a meia-noite e cinco horas da manhã. Assim, um pai que coloca as crianças na cama não pode ter certeza que eles vão acordar em segurança” (14).

2.4. Na comunicação social e opinião pública

Sendo certo que a opinião pública é um poder fundamental das sociedades democráticas como mecanismo de controlo, no caso do uso bélico dos *drones*, não tem desenvolvido esse seu papel. Além do secretismo que tem envolvido as operações, a informação trazida à opinião pública quase não gera reação, nomeadamente nos Estados Unidos. A verdade é que noutros combates, de que chegavam soldados americanos em caixões ou com deficiências graves, essa reação verificou-se, tanto mais que não se tratava de combates para defender fronteiras, mas de combates que ocorriam a milhares de quilómetros de distância e, por vezes, sem se perceber muito bem por que se combatia, o que levava a que a opinião pública se interessasse por todas as notícias que viessem do teatro do conflito e se manifestasse em relação ao mesmo. Agora, não há marido ou mulher, pai ou mãe, filho ou filha a correr um particular risco, pelo que a informação revelada não surte grande impacto. E essa falta de interesse leva a que seja pouco rentável enviar repórteres para o terreno para conseguirem mais notícias (15).

Esse desinteresse explica que Obama seja visto como um homem que não se envolve em belicismos de maior, apesar de, no *Global Research* de março de 2013, se referir que autorizara, nos últimos quatro anos, 193 ataques por *drones* no Paquistão – ou seja, quatro vezes o autorizado por George W. Bush – de que resultou a morte de mais de 800 civis inocentes e apenas 22 membros da Al-Qaeda; ou seja, em média pelo menos 36 civis por ataque (16).

Para esta falta de impacto na opinião pública contribuiu também a opacidade com que os referidos ataques se vêm desenvolvendo, pelo que, “até que a área seja aberta à inspeção dos *media*, ou a CIA liberte as gravações de cada ataque de *hellfire missile*, a controvérsia continuará a grassar” (17). A opinião pública deixa assim de constituir, nesta matéria, o mecanismo de controlo que deveria ser.

¹⁴ CLIVE STAFFORD SMITH, “Drones: the west’s new terror campaign”, in *The Guardian*, 25 Sept.2012.

¹⁵ Como referia um ex-jurista da CIA, “[a]s pessoas sentem-se muito mais confortáveis com um ataque de um Predator que mata muitas pessoas do que com um corte na garganta, que mata uma”, mas “a matança mecanizada continua a ser matança” (*cit. apud* JANE MAYER, “The Predator War”, *cit.*).

¹⁶ CHRIS MILES, “A List of Children Killed by Drone Strikes in Pakistan and Yemen”, *cit.*

¹⁷ CLIVE STAFFORD SMITH, “Drones: the west’s new terror campaign”, *cit.*

Apesar de tudo, louve-se a persistência de alguns jornalistas que insistem em tratar do tema e, em particular, do *The Bureau of Investigative Journalism* que não tem abandonado a questão.

2.5. Na decisão de recurso à força

O impacto do uso bélico dos *drones* na decisão de recorrer à força é certamente a mais funesta das consequências da sua utilização, pelo potencial que revela de violação grave dos direitos do homem. Esse uso permite encarar o recurso à força com ligeireza, mesmo para resolver conflitos menores que, com algum esforço, poderiam ser resolvidos por meios pacíficos, fazendo os Estados esquecer a obrigação que assumiram, ao subscrever a Carta das Nações Unidas (CNU), de resolver as suas controvérsias internacionais por essas vias. Como se refere no Relatório Alston, “a maior preocupação com os *drones* deve-se ao facto de eles tornarem mais fácil matar sem risco para as forças do Estado, para os políticos e os comandantes, que serão tentados a interpretar as limitações jurídicas acerca de quem pode ser morto e em que circunstâncias, de uma forma excessivamente expansiva”⁽¹⁸⁾. Portanto, o recurso à guerra torna-se mais fácil, mais provável, aparentemente sem custos humanos, pelo que haverá mais mercado para a guerra, fazendo esquecer que o recurso à guerra está juridicamente regulado.

3. Regulação jurídica do uso bélico dos *drones*

3.1. Fora do contexto de conflitos armados

Se, como dissemos, o *drone* destinado a uso bélico é uma arma, não parece que possa admitir-se juridicamente o seu uso fora do contexto de conflitos armados. Fora desse âmbito, o uso da força deve ser apreciado à luz do direito internacional dos direitos humanos (DIDH), do direito internacional penal e do direito penal nacional. Nessas situações, é à polícia que cabe usar os meios de fazer cumprir o direito, a quem é normalmente exigido um aviso antes de usar a força letal, o que não é compatível com recurso a *drones*⁽¹⁹⁾. Portanto, cremos que o assassinato de alguém por um *drone* configura, em princípio, uma execução

¹⁸ Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, *cit.*, par. 80.

¹⁹ Assim, no Relatório Alston, afirma-se que, fora do contexto de conflitos armados, o uso de *drones* para assassinatos seletivos dificilmente poderá ser lícito: se ocorre no território do Estado, seria muito difícil que respeitasse as limitações dos direitos humanos relativas ao uso da força letal; se fora desse território, esvaziaria a proibição de privação arbitrária da vida consagrada nesse ramo do direito (cf. pars. 85 e 86).

extrajudicial, violando o direito, a todos reconhecido, de não ser arbitrariamente privado da vida, consagrado nos principais documentos do DIDH.

Além disso, atento o que ficou dito acerca do impacto dos *drones* sobre as pessoas que vivem nas zonas que eles sobrevoam assiduamente, podemos considerar que o seu uso pode conduzir a um tratamento degradante, pois degrada efetivamente a qualidade de vida das pessoas e a sua saúde psíquica.

Qualquer uso da força em território alheio configura uma violação do princípio da proibição do uso da força consagrado no art. 2.º, n.º 4, da CNU, dado não caber em nenhuma das exceções que o documento prevê.

Está-se, por isso, em nossa opinião, a minar o caminho que, na civilização ocidental, foi feito, pelo menos desde o século V (com referência a Santo Agostinho), para limitar o recurso à força armada ⁽²⁰⁾, que culminou com o regime definido na CNU – a que só se chegou volvidos quinze séculos –, contra o qual agora se atenta.

Além disso, esta atuação viola seriamente o DIDH, uma vez que os ditos “assassinatos seletivos” como tipicamente entendidos (assassinatos intencionais e premeditados) não podem ser compatíveis com este ramo do direito internacional, que apenas permite o uso de força letal quando necessário para proteger ameaças à vida, e se não existirem “quaisquer outros meios, como a captura ou incapacitação não letal, de evitar essa ameaça à vida” ⁽²¹⁾. E, efetivamente, “muitos ataques e práticas concretos sugerem violações desse teste, incluindo: *signature strikes* ⁽²²⁾; ataques aos socorristas; a aparente definição de ‘militante’ feita pela administração; a falta de prova de ameaça iminente; e a prática de uma extensiva vigilância e a inclusão numa lista antes do assassinato” ⁽²³⁾.

3.2. *No contexto de conflitos armados*

Sendo a utilização dos *drones* em conflitos armados um realidade recente, não existe qualquer documento internacional especificamente regulador do seu uso. No entanto, recorde-se que o Tribunal Internacional de Justiça considerou que a cláusula Martens “provou ser um meio efetivo para encarar a rápida

²⁰ Reportando-nos à teoria da Guerra justa.

²¹ Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, *cit.*, par. 33.

²² *Signature strikes* é uma designação usada para casos em que “os operadores dos *drones* disparam sobre pessoas cuja identidade desconhecem, com base em indícios de comportamento suspeito ou outros ‘sinais’” (CORA CURRIER/JUSTIN ELLIOTT, “The Drone War Doctrine We Still Know Nothing About”, in *ProPublica*, Feb. 26, 2013).

²³ *Living Under Drones...*, *cit.*

evolução da tecnologia militar”²⁴ e que, à luz desta cláusula, estes casos não especificamente regulados “ficarão sob a proteção e autoridade dos princípios do direito internacional, tal como resulta do costume estabelecido, dos princípios humanitários e das exigências da consciência pública” (art. 1.º, n.º 2, do I Protocolo Adicional). Portanto, a sua utilização deverá respeitar os princípios da humanidade, da distinção, da necessidade e da proporcionalidade (25).

Os defensores da utilização dos *drones* argumentam com a sua maior capacidade de vigilância e a sua maior precisão face a outras armas, o que se traduziria numa redução das vítimas civis colaterais e das lesões. “Isto pode ser verdade em certa medida, mas é um retrato incompleto. A precisão, a exatidão e a legalidade de um ataque de *drone* depende da *intelligence* humana em que se baseia a decisão de ataque”. E a verdade é que a equipa que opera o *drone*, sentada a milhares de quilómetros de distância do ambiente em que um alvo potencial está localizado, pode muito bem-estar em desvantagem ainda maior na recolha de informação do que as forças terrestres, que, por si, são muitas vezes incapazes de recolher informação confiável” (26).

Admitamos enquadrar os ataques que os Estados Unidos têm levado a cabo no Paquistão num conflito armado (27) – o que apenas faremos para efeito de discussão académica –, igualando o uso de *drones* no Paquistão àquele que se verificou no Afeganistão (aí num efetivo contexto de conflitos armados), em que se colocam alguns problemas, nomeadamente o do respeito pelo princípio da distinção.

Como se afirma em *Living unger drones*, verificaram-se ataques a mesquitas, funerais, escolas ou encontros de anciãos que se reúnem para resolver disputas na comunidade, em que estava presente um grande número de civis (“[m]esmo quando tais ataques visam um ou mais indivíduos que possam ser considerados alvos militares legítimos, a presença de grande número de civis em tais espaços pode tornar o ataque desproporcional. Os ataques que resultam num

²⁴ Tribunal Internacional de Justiça Rep., 1996, parecer sobre a *Licitude do Uso ou da Ameaça de Armas Nucleares*, par. 78.

²⁵ Nesse sentido, RYAN J. VOGEL, “Drone Warfare and the Law of Armed Conflict”, *cit.*, p. 103.

²⁶ Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, *cit.*, pars. 81 e 82.

²⁷ A propósito, veja-se nas nossas *Noções Fundamentais de Direito Internacional Humanitário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 113-118, as referências aos ditos “conflitos transnacionais”.

grande número de mortes de civis também levantam questões sobre se foram tomadas as devidas precauções no ataque” (28)) (29).

Além disso, as práticas referidas de *signature strikes* não garantem o respeito pelo princípio da distinção, assim como o facto de a Administração Obama optar por classificar todos os homens em idade militar como combatentes. O DIH define quem é combatente e quem não tem estatuto de combatente é considerado civil. Ora, aqui, a situação parece inverter-se, ao presumirem-se combatentes aqueles que são do sexo masculino e com “idade militar”.

A verdade é que tudo aponta para que a larga maioria das vítimas sejam civis, sendo “o número de alvos de “alto-nível” mortos uma percentagem do total de mortos extremamente baixa (estimada em apenas 2%)” (30), o que diz muito quanto ao respeito pelos princípios da distinção, da proporcionalidade e mesmo da precaução.

4. Algumas conclusões

- O uso dos *drones* só deve ser admitido no contexto de conflitos armados e, nesse contexto, apenas se respeitar os princípios do DIH que regem a condução dos conflitos.
- Como as demais conquistas da tecnologia, os *drones* vão democratizar-se, no sentido de que vão tornar-se acessíveis à generalidade dos Estados e também de outros grupos. Aliás, já em 2006, Israel foi o primeiro Estado a ser atacado por *drones* comandados por entidades não estaduais – no caso, o Hezbollah –, pelo que já se pode afirmar que o recurso a estes meios não é exclusivo de Estados. Quando essa “democratização” se verificar, talvez se torne mais difícil encontrar uma parte sem vítimas, como atualmente ocorre. Portanto, ainda que seja apenas porque “o feitiço pode virar-se contra o feiticeiro”, os EUA deveriam ser mais cuidadosos no uso destas novas armas.

²⁸ *Living Under Drones...*, cit.

²⁹ Também o Bureau of Investigative Journalism refere, como resultado de uma investigação de três meses que incluiu relatos de testemunhas oculares, que encontrou provas de que pelo menos 50 civis que foram mortos em ataques que se seguiam a anteriores ataques, quando foram socorrer as vítimas. Mais de 20 civis foram também atacados em ataques deliberados em funerais (cf. CHRIS WOODS/CHRISTINA LAMB, “Drone strikes in Pakistan. CIA tactics in Pakistan include targeting rescuers and funerals”, <http://www.thebureauinvestigates.com/2012/02/04/obama-terror-drones-cia-tactics-in-pakistan-include-targeting-rescuers-and-funerals/>).

³⁰ *Living Under Drones...*, cit.

- De qualquer modo, em nosso entender, tudo o que torne mais fácil o recurso à guerra não é certamente positivo, quer do ponto de vista jurídico, quer ético e moral.

Janeiro de 2014

A EXIGÊNCIA DE SUSCEPTIBILIDADE DE REPRESENTAÇÃO GRÁFICA E/OU VISIBILIDADE DA MARCA NA LUSOFONIA – APROXIMAÇÕES E AFASTAMENTOS ⁽¹⁾

Maria Miguel Carvalho ⁽²⁾

I. A cooperação lusófona no âmbito do direito de marcas

O crescente relevo da propriedade industrial, e das marcas em especial, é conhecido. Limito-me a sublinhar a importância que deve ser votada a este tema, no mundo lusófono, atendendo sobretudo às oportunidades que espreitam num mercado de cerca de 260 milhões de falantes da língua portuguesa e que tornam compreensível que o reforço da cooperação entre os membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP) seja uma estratégia prioritária para todos eles.

É nesta linha que se integra a disponibilização de um fórum virtual sobre propriedade industrial em língua portuguesa – o Portal da Lusofonia ⁽³⁾ (que reúne os países lusófonos, bem como as principais organizações internacionais nesta área e que permite aceder a um Centro de Documentação e à maior base de

¹ O presente texto corresponde a uma parte da nossa intervenção no Congresso Internacional “Direito na Lusofonia”, realizado na Escola de Direito da Universidade do Minho, em 21 de Fevereiro de 2014.

² Escola de Direito da Universidade do Minho.
Este artigo segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

³ V. www.portal-lusofonia.org.

dados de patentes em português, a LUSOPAT) e ainda um projecto, actualmente em curso ⁽⁴⁾, de criação de um sistema lusófono de registo de marcas.

Com efeito, na reunião realizada em Lisboa, em 25 e 26 de Fevereiro de 2013 ⁽⁵⁾, os representantes das instituições nacionais com competência para o registo de marcas dos membros da CPLP (exceptuados os da Guiné-Bissau) reafirmaram o compromisso de criarem a “Marca Lusófona”, que visa fomentar o registo de marcas nos países de expressão portuguesa, através da apresentação de um único pedido em vários desses países em simultâneo. Está previsto que o referido sistema lusófono seja administrado por uma organização internacional – OML (Organização da Marca Lusófona) – da qual qualquer país que integre a CPLP pode ser membro ⁽⁶⁾.

Tendo presente que “a língua não é [...] apenas um mero meio de entendimento, mas antes a expressão do espírito e da visão do Mundo dos falantes [...]” ⁽⁷⁾, bem como as limitações inerentes à nossa brevíssima intervenção, optamos por encetar um estudo muito sucinto sobre o conceito de marca, abarcando alguns dos principais ordenamentos jurídicos do sistema lusófono ⁽⁸⁾ – mais concretamente, dos oito membros da CPLP ⁽⁹⁾: Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal, S. Tomé e Príncipe e Timor Leste –, com o objectivo de apreender os seus pontos de proximidade e de afastamento.

A essa proximidade (nalguns casos até um certo “mimetismo”) não serão completamente alheias a influência da legislação internacional [como é o caso da Convenção da União de Paris para a Protecção da Propriedade

⁴ V. http://www.marcaspatentes.pt/files/collections/pt_PT/88/Declara%C3%A7%C3%A3o%20Final%20-%20ML.pdf.

⁵ Cfr. a declaração final da reunião sobre a criação da “Marca Lusófona”, realizada em Lisboa, em 25 e 26 de Fevereiro de 2013, citada na nota anterior, p. 1.

⁶ V. declaração final, *cit.*, p. 2.

⁷ WILHELM VON HUMBOLDT, *Schriften zur Sprache*, publ. Michael Bohler, 2007, pp. 21-29 (21), *apud* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “O sistema lusófono de Direito”, in *ROA*, ano 70, Vol. I/IV, 2010, disponível no sítio: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=39750&ids-c=112471&ida=112722 (consultado em 20 de Fevereiro de 2014), que inclusivamente acrescenta (na senda de TONY WEIR, “Die Sprachen des europäischen Rechts/Eine skytische Betrachtung”, in *ZEuP*, 1995, pp. 368-374 (369)), que “a língua não é, apenas, a expressão da visão do Mundo dos falantes: ela conformou, também, essa visão do Mundo”.

⁸ Sobre o sistema lusófono de Direito, cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, “O lugar dos sistemas jurídicos lusófonos entre as famílias jurídicas”, <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=Hok25hMXaWk%3D&tabid=341>, consultado em 21 de Fevereiro de 2013, e ainda ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “O sistema lusófono de Direito”, *cit.*

⁹ Não nos referimos, portanto, a outros ordenamentos em que existem falantes da língua portuguesa como é o caso de Macau, Goa, Damão e Diu.

Industrial (CUP) ⁽¹⁰⁾ e do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (ADPIC) ⁽¹¹⁾], nem, especialmente no que respeita aos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (PALOP), a assistência legislativa ⁽¹²⁾ que o Instituto Nacional da Propriedade Industrial português (INPI) lhes tem proporcionado.

Por outro lado e por diversas razões (v.g., como DÁRIO MOURA VICENTE refere, os “estádios muito diferentes de desenvolvimento económico e de institucionalização da democracia e do Estado de Direito” ⁽¹³⁾ e a integração em diferentes organizações regionais ⁽¹⁴⁾), também se verificam alguns distanciamentos nas soluções normativas adoptadas.

Efectivamente, apesar de, num passado mais ou menos longínquo, a legislação vigente ter sido idêntica à aprovada em Portugal, hoje os membros da CPLP dispõem de corpos legislativos específicos, ressaltando-se, por diferentes razões, a situação do Brasil e de Timor-Leste.

A primeira lei portuguesa sobre marcas foi a Lei de 4 de Junho de 1883 ⁽¹⁵⁾. Seguiram-se-lhe o Decreto de 15 de dezembro de 1894 ⁽¹⁶⁾, a Lei da Propriedade Industrial de 21 de Maio de 1896 ⁽¹⁷⁾, o Código da Propriedade Industrial de 1940 ⁽¹⁸⁾, de 1995 ⁽¹⁹⁾ e de 2003 ⁽²⁰⁾.

¹⁰ Convenção da União de Paris para a protecção da propriedade industrial, de 20 de Março de 1883.

¹¹ Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio.

¹² V. *Marcas & patentes*, ano XXI, n.º 1, 2006 (http://www.marcaspatentes.pt/files/collections/pt_PT/1/8/66/173/mep_1_2006.pdf).

¹³ DÁRIO MOURA VICENTE, “O lugar dos sistemas jurídicos lusófonos entre as famílias jurídicas”, *cit.*

¹⁴ Destacando-se, em especial, a integração, no que respeita a Portugal, na União Europeia; ao Brasil, no Mercosul; a alguns países africanos de língua oficial portuguesa, na Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental, na Organização para a Unificação do Direito dos Negócios em África, na União Económica e Monetária Oeste-Africana e na Comunidade de Desenvolvimento do África Austral, e, quanto a Timor-Leste, a projectada adesão à Associação de Nações do Sudeste Asiático, na qual já possui o estatuto de observador.

Não podemos também deixar de referir a existência da Organização da Propriedade Intelectual da Região Africana, de que são membros Moçambique e S. Tomé e Príncipe e observador Angola.

¹⁵ Carta de Lei, de 4 de Junho de 1883, sobre marcas de fábricas ou de comércio, in *Collecção Official da Legislação Portuguesa*, Anno de 1883, Lisboa, Imprensa Nacional, 1884, pp. 138 e ss.

¹⁶ Decreto n.º 6, de 15 de Dezembro de 1894, sobre a Propriedade Industrial, in *Diário do Governo* n.º 286, de 17 de Dezembro de 1894, pp 1048 e ss.

¹⁷ *Diário do Governo* n.º 119, de 28 de Maio de 1896, pp. 402 e ss.

¹⁸ Aprovado pelo Decreto n.º 30679, de 24 de Agosto de 1940.

¹⁹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 16/95, de 24 de Janeiro.

²⁰ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março.

O Brasil tornou-se independente em 1822. Nessa altura, como referimos, ainda não existia legislação especial aplicável às marcas em Portugal. Todavia, o art. 1.º da Lei de 20 de Outubro de 1823 ⁽²¹⁾ estabeleceu que “as Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quais o Brasil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelíssima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Corte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcântara, como regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional delle, desde que se erigiu em Império, ficam em inteiro vigor na parte em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Império, emquanto se não organizar um novo Código, ou não forem especialmente alteradas”. Tal veio a suceder, no que respeita às marcas, em 1875, com a aprovação da Lei n.º 2682 ⁽²²⁾. Actualmente, esta matéria está regulada na Lei da Propriedade Industrial n.º 9279, de 14 de maio de 1996 ⁽²³⁾.

O caso de Timor-Leste é diferente. Como é sabido, este território, colonizado por Portugal durante séculos, foi ocupado pela Indonésia de 1975 a 1999 e, hoje, mesmo sendo independente, vigora naquele país a legislação indonésia até à aprovação de legislação específica, o que se espera poder vir a suceder a curto prazo ⁽²⁴⁾.

Quanto aos PALOP, após a independência de Portugal, continuou a ser aplicado, pelo menos formalmente, o CPI '40, tornado extensível a estes territórios pela Portaria n.º 17043, de 20 de Fevereiro de 1959, até à aprovação de legislação nesses ordenamentos jurídicos, o que entretanto se verificou.

Assim, em Angola, a Lei n.º 3/92, de 28 de Fevereiro ⁽²⁵⁾ (LPIA), revogou a legislação anterior, regendo até hoje a propriedade industrial naquele país. Seguiram-se a Guiné-Bissau, que aprovou o Código da Propriedade Industrial

²¹ Coleção de Leis do Império do Brasil, 20 de Outubro 1823, página 4, Vol. 1, pt. 1.

²² Esta lei foi alterada, aquando da ratificação da CUP pelo Brasil, em 1887 (Decreto n.º 9.828) e revogada pela Lei n.º 1.236 de 1904 que, por sua vez, foi substituída pelo Código da Propriedade Industrial de 1945. Em 1971, a Lei n.º 5772 aprovou um novo Código da Propriedade Industrial que esteve em vigor até 1996.

²³ Cfr. MAITÉ CECÍLIA FABBRI MORO, “Os direitos de propriedade industrial no Brasil”, in *Questões de Direito Comercial no Brasil e em Portugal*, FÁBIO ULHOA COELHO/MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO (Coords.), Editora Saraiva, São Paulo, 2014, pp. 171 e ss., esp. 193 e ss.

²⁴ Segundo informações obtidas no sítio <http://www.timorleste-trademark-patent.com/>, essa legislação está em preparação.

A lei de marcas indonésia actualmente em vigor é a Lei n.º 15/2001.

²⁵ Publicada no *Diário da República*, I Série, n.º 9, pp. 93 e ss.

pelo Decreto-Lei n.º 6/96, de 3 de Março ⁽²⁶⁾ (CPIGB); Moçambique, que revogou o CPI '40 pelo Decreto do Conselho de Ministros n.º 18/99, de 4 de Maio, por sua vez, revogado pelo Código da Propriedade Industrial actualmente em vigor, aprovado pelo Decreto n.º 4/2006, de 14 de Abril (CPIM); São Tomé e Príncipe, onde vigora a Lei n.º 4/2001, de 31 de Dezembro, relativa à Propriedade Industrial ⁽²⁷⁾ (LPISTP); e, finalmente, Cabo-Verde, que aprovou o Código da Propriedade Industrial, revogando o CPI '40 ⁽²⁸⁾ pelo Decreto Legislativo n.º 4/2007, de 20 de Agosto ⁽²⁹⁾ (CPICV).

Estas legislações – e deixando de lado a que, como referimos, actualmente ainda está em vigor em Timor-Leste – são diferentes entre si, reflectindo as influências diversas que sofreram.

Dado que, por razões de economia, não podemos proceder a uma análise comparada completa desses regimes jurídicos, optamos por focar-nos na exigência de susceptibilidade de representação gráfica e/ou visibilidade do sinal para a concessão do registo de marca.

II. A exigência de susceptibilidade de representação gráfica e/ou visibilidade do sinal para a concessão do registo de marca

A marca é um sinal que permite a diferenciação de produtos ou serviços de uma empresa dos de outras e, nos ordenamentos jurídicos em análise, como de resto sucede na maior parte das legislações, a protecção desse sinal distintivo é feita através do seu registo.

Por razões de ordem técnica e de segurança jurídica, para que esse registo possa ser concedido, temse exigido, nalgumas legislações, que o sinal seja susceptível de representação gráfica. É designadamente o caso da Directiva de Marcas ⁽³⁰⁾ e da legislação portuguesa (v. arts. 222.º e 238.º, n.º 1, alínea *a*), do CPI).

²⁶ Publicado no *Boletim Oficial*, n.º 19, de 3 de Março de 1997, pp. 6 e ss.

²⁷ Publicada no *Diário da República*, n.º 8, de 31 de Dezembro de 2001.

²⁸ Anteriormente, o Decreto-Lei n.º 7/2003, de 7 de Abril (publicado no *Boletim Oficial*, n.º 14, I Série, de 5 de Maio de 2003) actualizara as taxas que constavam da tabela anexa ao CPI '40.

²⁹ Publicado no *Boletim Oficial*, I Série, n.º 31, pp. 1 e ss.

³⁰ V. arts. 2.º e 3.º da Directiva 2008/95/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Outubro de 2008, que codificou a Primeira Directiva do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, que harmoniza as legislações dos Estados-membros em matéria de marcas, n.º 89/104/CE.

Porém, o facto de tal requisito derivar do sistema constitutivo do registo e não propriamente do conceito de marca⁽³¹⁾, bem como o de ter sido estabelecido num momento em que não existiam meios tecnológicos que possibilitassem a divulgação de registo de sinais diferentes (o que hoje é já uma realidade e sê-lo-á, cada vez mais, no futuro...⁽³²⁾), permite que alguma doutrina critique a sua inclusão no âmbito de uma norma que respeita à noção de marca, suscitando dificuldades ao registo de alguns sinais – as marcas ditas “não-tradicionais” (v.g., sinais tácteis, gustativos, olfactivos...) – que, nalguns casos, se traduz mesmo na impossibilidade prática de os registar.

Acresce que, no plano internacional, tem-se registado uma evolução nesta matéria. Assim, e não obstante o art. 15.º, n.º 1, do ADPIC permitir que os membros da Organização Mundial de Comércio exijam que os sinais sejam *perceptíveis visualmente* para poderem ser registados como marcas, em tratados mais recentes já não existem limitações desta índole (v. o disposto no art. 2.º do Tratado de Singapura sobre o Direito de Marcas⁽³³⁾ e na regra 3 do Regulamento do Tratado de Singapura).

Vemos, pois, com naturalidade uma alteração da Directiva de Marcas, na senda da proposta apresentada pela Comissão Europeia, em 27 de Março de 2013, com base no Estudo sobre o funcionamento geral do sistema europeu de marcas, preparado pelo Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law⁽³⁴⁾⁽³⁵⁾.

³¹ BLANCA TORRUBIA CHALMETA refere a este propósito que “são os consumidores quem identifica e distingue no mercado as percepções em que consistem as marcas [...] [e] os consumidores, que não consultam os registos nem os boletins oficiais através dos quais as oficinas publicam os actos registrais relativos às marcas, conhecem as marcas na sua dimensão real, enquanto tais, identificando um produto ou um serviço no mercado. Esta é a dimensão à qual o registo deveria adaptar a sua estrutura burocrática, de modo a que as marcas não visuais possam ser examinadas e comparadas umas com as outras”, (“El requisito de la representación gráfica: un límite de acceso al registo para las marcas no visuales”, *in ADI*, 32, 2011-2012, pp. 394 e ss.

³² Nesse sentido, cfr. SERGIO BALANA (“El entorno digital, segunda oportunidad para la marca olfativa? Estudio acerca de la capacidad del signo olfativo para funcionar como marca en el mercado”, *in ADI*, 26, 2005-2006, pp. 25 e ss.) que se refere, em especial, às redes telemáticas. Cfr., ainda, o estudo sobre *virtual reality environment* de CAROLINE WILSON, “Trade mark law in an online future – coming to its senses?”, de 19 de Setembro de 2007, consultado no sítio: <http://www2.law.ed.ac.uk/ahrc/gikii/docs2/wilson.pdf>.

³³ Este Tratado foi celebrado em 27 de Março de 2006, sob a égide da OMPI. Portugal assinou-o em 28 de Março de 2006, mas ainda não houve ratificação.

³⁴ V. Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Março de 2013, que aproxima as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (Reformulação) [SWD(2013) 96 final], COM(2013) 162 final (disponível no sítio: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0162:FIN:PT:PDF>).

³⁵ Sobre este estudo, cfr. MARIA MIGUEL CARVALHO, “O estudo sobre o funcionamento geral do sistema europeu de marcas”, *in ADI*, 31, 2010-2011, pp. 509-526.

Nessa proposta, refere-se expressamente que o requisito da susceptibilidade de representação gráfica é excluído da definição de marca, sem que tal signifique, porém, uma “extensão sem limites das formas admissíveis de representar um sinal”. A concretizar-se esta alteração da Directiva, os arts. 222.º e 238.º, n.º 1, alínea *a*), do CPI português, que se referem a este requisito, terão também de ser modificados.

O CPI Cabo-verdiano reproduz, *ipsis verbis*, no art. 139.º, n.º 1, o disposto no, já referido, art. 222.º, n.º 1, do CPI português.

Aparentemente ainda mais restritivas no que respeita à possibilidade de registo de marcas não tradicionais – já que entendemos que há sinais que, não sendo visualmente perceptíveis (p. ex., marcas gustativas, sonoras, etc.), podem, eventualmente, ser representados graficamente – são as legislações brasileira (cujo art. 122.º estabelece que “são suscetíveis de registo como marca os sinais distintivos *visualmente perceptíveis*, não compreendidos nas proibições legais”), angolana e guineense [que dispõem, respectivamente, que “a marca pode ser constituída por um sinal ou conjunto de sinais *visíveis*, nominativos, figurativos ou emblemáticos, que permitam distinguir os produtos ou serviços de uma empresa de outros idênticos ou semelhantes” (no n.º 1 do art. 31.º da LPIA) e que “entende-se por “marca” qualquer sinal *visível* que permita distinguir os produtos (“marca de produto”) ou os serviços (“marca de serviço”) de uma empresa dos de outras empresas” (alínea *a*) do art. 24.º da LPIGB) (itálicos nossos)].

Conjugando a visibilidade com a exigência de representação gráfica, temos ainda as legislações moçambicana e são-tomense. A primeira refere, na alínea *f*) do art. 1.º do CPIM, que a marca de produtos e de serviços é o “sinal distintivo *manifestamente visível e/ou audível, susceptível de representação gráfica*, permitindo distinguir produtos ou serviços de uma empresa, dos produtos ou serviços de outra empresa [...]” (itálicos nossos). A última estabelece, no art. 16.º da LPISTP, que “entende-se por “marca” qualquer sinal *visível susceptível de representação gráfica* permitindo distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas” (itálicos nossos).

Do exposto, parece que podem existir diferenças significativas, no que respeita aos sinais que podem ser registados como marcas em cada um destes ordenamentos jurídicos, que deverão ser eliminadas, com vista à criação da marca lusófona a que aludimos no início desta breve intervenção.

PARCERIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM AS ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS E A QUESTÃO DA UNIVOCIDADE CONCEITUAL DO “TERCEIRO SETOR”

Maria Tereza Fonseca Dias ⁽¹⁾

Juliana de Souza Bechara ⁽²⁾

1. Introdução

O paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito requer a revisão da relação entre o direito, o Estado e a sociedade. Esta revisão reflete-se na forma de alguns institutos jurídicos serem reconfigurados neste novo cenário. O direito administrativo contemporâneo e seus instrumentos de atuação, influenciados pela democratização, devem ser renovados e processualizados, valorizando a participação e a consensualidade. O objeto deste estudo, representativo deste insurgente contexto, diz respeito aos instrumentos de parceria estabelecidos entre o Estado e as entidades sem fins lucrativos para a consecução de atividades de interesse público.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1998, em diversos dispositivos, notadamente no Título VIII, que trata “Da ordem social”, prevê a parceria entre a Administração Pública e as entidades sem fins lucrativos para

¹ Faculdade de Direito da Universidade Fundação Mineira de Educação e Cultura (Brasil).

² Faculdade de Direito da Universidade Fundação Mineira de Educação e Cultura (Brasil).

o desempenho mútuo de atividades de saúde, educação, assistência social, entre diversas outras.

O crescimento do terceiro setor representa mudança na forma de participação do cidadão na esfera pública. Nesta perspectiva, as entidades sem finalidade lucrativa surgem como parceiras do Estado, a fim de atender as demandas sociais.

Tais estudos levantaram diversos problemas das parcerias entre a Administração Pública e o setor privado sem fins lucrativos, entre os quais se destacam: a ausência de univocidade conceitual que abarque todas as espécies de entidades integrantes do terceiro setor; a ausência de norma geral sobre as parcerias, de cunho nacional, que alcance todos os entes federativos; a indefinição do regime jurídico das parcerias (público x privado); a falta de uniformidade das distintas qualificações conferidas às entidades sem fins lucrativos (tais como “declaração de utilidade pública”, “organização social”, “organização da sociedade civil de interesse público”, “entidade beneficente de assistência social”; “organização da sociedade civil”); exigência de requisitos inadequados e inconsistentes de qualificação; as atividades de interesse público que podem ser desenvolvidas pelas entidades em parceria com o Estado; a indeterminação dos requisitos para o repasse de recursos públicos às entidades e a imprecisão da gestão orçamentária das transferências ao setor sem fins lucrativos (regidos, anualmente, por Leis de Diretrizes Orçamentárias); dispersão dos mecanismos de controle; ausência de políticas públicas para o setor, entre diversos outros.

A legislação brasileira esparsa e a edição de regulamentos e instruções de duvidosa legalidade (notadamente em âmbito federal), sempre dificultaram o estudo sistematizado do tema e, conseqüentemente, a gestão das parcerias entre o setor público e o setor privado sem fins lucrativos. No último dia 31 de julho de 2014 foi publicada a Lei n.º 13.019, que entrou em vigor 90 dias após sua publicação.

Considerando os estudos já produzidos sobre a reforma do marco jurídico das parcerias entre as entidades do terceiro setor e o Estado e as recentes propostas institucionais sobre o tema, o objeto deste trabalho é refletir sobre a questão da univocidade conceitual do “terceiro setor”.

Uma das questões que orientaram a proposta desta reflexão foi a mudança de terminologia utilizada pelo grupo de trabalho constituído pela Presidência da República para designar as entidades sem fins lucrativos. Enquanto a literatura sobre o tema e os projetos de lei em tramitação utilizavam-se da expressão comumente aceita “terceiro setor”, na minuta apresentada pelo citado Grupo ficou consignada a expressão “organização da sociedade civil”.

O trabalho foi desenvolvido a partir de revisão bibliográfica (dados secundários) e levantamento documental (dados primários), com a análise de conteúdo do material coletado (3).

2. O problema da univocidade conceitual do “terceiro setor”

Não é tarefa fácil conceituar o terceiro setor. E isto se deve a vários fatores, entre os quais a própria dificuldade de depreendê-lo – por se tratar de conceito residual a Estado, mercado e sociedade civil --; a diversidade de entidades que o compõe, bem como da insuficiência das normas jurídicas que tratam da questão.

Outro aspecto que interfere nesta análise é o próprio processo de complexificação socioestatal e da busca da definição das fronteiras que separam o público e o privado e a composição do “setor público não-estatal” ou “terceiro setor”.

A partir da sua concepção de sociedade civil (4), HABERMAS defende que a participação de novos atores no processo democrático será uma contraposição a forma elitista da democracia (5). Assim, na teoria discursiva do direito e da democracia, valorizados pela participação e pluralismo, as práticas sociais despertam o poder deliberativo e legitimador da sociedade civil, que atua no espaço público como agente do discurso (6). Neste contexto, “[...] o princípio da solidariedade social, promovida pelo agir comunicativo das pessoas em busca de um consenso verdadeiro (racional)” (7) contribuem para a plurificação dos canais de participação. Além disto, HABERMAS, diversamente de outros teóricos que trabalharam historicamente a noção de sociedade civil (notadamente MARX

³ MIRACY BARBOSA DE SOUSA GUSTIN, *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*, 4.^a ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2013, p. 21.

⁴ Para o autor, a “A sociedade civil compreende as conexões não-governamentais e não-econômicas e as associações voluntárias que buscam acesso ‘comunicativo’ da esfera privada à esfera pública. As entidades que a compõe absorvem e condensam a ressonância que as situações problema emergentes na sociedade encontram nos domínios da vida privada, canalizando tal resposta de forma amplificada para a esfera pública política.” (JURGEN HABERMAS, *Direito e Democracia entre a faticidade e validade*, tradução de Flávio Bento Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, v. 1 e 2, 2003).

⁵ ANA CAROLINA SIQUEIRA LARA, “A organização do terceiro setor e a renovação da relação do estado com a sociedade civil”, disponível em http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_Lara-AC_1.pdf, acesso em agosto 2013.

⁶ ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ, *Habermas e o Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, Ed. Lúmen Júris, 2006, p. 89.

⁷ ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ, *Habermas e o Direito Brasileiro*, cit., p. 89

e HEGEL) ⁽⁸⁾, desenvolve os elementos positivos de atuação desta esfera social no centro da esfera pública política.

A partir desta perspectiva, a sociedade civil assume não só o papel de agente do discurso, mas também se organiza para assumir funções de interesse público, geralmente atreladas às funções do Estado. Neste contexto, o Estado complementa a sociedade, tendo condições de assumir um papel de regulador, fomentar e fiscalizar as atividades que podem ser prestadas pela sociedade civil ⁽⁹⁾.

Do ponto de vista sociológico, o terceiro setor é composto por entidades privadas sem fins lucrativos dos mais diversos segmentos e áreas de atuação, tais como entidades beneficentes, filantrópicas, partidos políticos, sindicatos, cooperativas, entre outros. A partir da noção de sociedade civil, o terceiro setor pode ser descrito como seu subconjunto, vez que toda entidade do terceiro setor integra a sociedade civil, mas nem todo organismo da sociedade civil integra o terceiro setor.

A discussão conceitual do terceiro setor, não ocorre apenas no âmbito nacional. Há estudos que procuram definir o conceito de terceiro setor, tais como o desenvolvido pela tradição angloamericana – bem representada pelos estudos desenvolvidos pelo Center for Civil Society Studies do John Hopkins Institute for Health and Social Policy ⁽¹⁰⁾ – como o desenvolvido pela tradição europeia-canadense.

Como demonstram JIMÉNEZ ESCOBAR e MORALES GUTIÉRREZ, na tradição anglo-saxã, o elemento fundamental do terceiro setor é o fato de as organizações privadas serem sem fins lucrativos a partir da análise de suas regras constitutivas. Assim, para integrar o terceiro setor “[...] não podem distribuir benefícios às pessoas que as controlam, devendo ser destinados à realização de seus objetivos ou a ajuda de pessoas que não exerçam nenhum controle sobre a organização” ⁽¹¹⁾. Este enfoque, portanto, exclui do terceiro setor as organizações que distribuem qualquer tipo de benefícios a seus membros, tais como as cooperativas.

⁸ A revisão das noções clássicas de sociedade civil foi promovida por NORBERTO BOBBIO, *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*, 15.ª ed., São Paulo, Paz e Terra, 2009.

⁹ ANA CAROLINA SIQUEIRA LARA, “A organização do terceiro setor e a renovação da relação do estado com a sociedade civil”, *cit.*

¹⁰ Cf. <http://ccss.jhu.edu/>.

¹¹ JULIO JIMÉNEZ ESCOBAR/ALFONSO CARLOS MORALES GUTIÉRREZ, “Tercer sector y univocidad conceptual: necesidad y elementos configuradores”, in *Revista Katálisis*, Florianópolis, v. 11, n.º 1, jan./jun. 2008, pp. 84-95, disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802008000100008, acesso em março 2013.

Na tradição europeia-canadense, entretanto, revelam os citados autores, que outros fatores são levados em consideração para que determinada entidade possa ser considerada do terceiro setor, tal como sua finalidade (caráter mutual, altruísta ou de prestação de serviços à coletividade); autonomia e independência de poderes públicos ou privados; gestão democrática; primazia das pessoas e do trabalho sobre o capital na repartição de suas receitas.

Além disto, a denominação terceiro setor não é a única que vem sendo utilizada para se referir as entidades objeto deste estudo, podendo ainda ser citadas, conforme DIAS⁽¹²⁾ (2008, p. 100): entidades sem fins lucrativos, públicas não-estatais, organizações não governamentais e organizações da sociedade civil, tendo sido esta última encontrada em projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional Brasileiro (PLS n.º 649/2011e PL n.º 7.168/2014), bem como nos estudos elaborados por Grupo de Trabalho sobre o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil constituído, em 2011, pela Presidência da República Federativa do Brasil.

O conceito de terceiro setor é recente, passou a ser muito utilizado a partir da década de 90 do século passado, época em que foram descritos os fatores de “recrudescimento” das entidades sem finalidade lucrativa. A expressão foi herdada dos Estados Unidos, traduzida da expressão em inglês *third sector*, no qual este cenário é bem consolidado, como demonstra MÂNICA⁽¹³⁾.

Pode-se citar, ainda, como problema pontual para definir o conceito de terceiro setor a sua origem histórica no país. As primeiras entidades de terceiro setor de que se têm notícia no Brasil foram as Casas de Misericórdia – que são instituições existentes até os dias atuais como parceiras do Sistema Único de Saúde-SUS brasileiro – e foram herança da coroa portuguesa quando de sua chegada ao Brasil, no Século XIX. Foram também uma das primeiras a receberem a declaração de utilidade pública para firmarem “parcerias” com o setor público. Mais recentemente, no final da década de 1990 do Século passado, foi criada na Reforma Gerencial (New Public Management), a qualificação de Organização Social-OS (Lei n.º 9.637/1998). E a qualificação como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Lei n.º 9.790/1999) foi idealizada para o aperfeiçoamento do modelo das entidades declaradas de utilidade pública e teve como idealizadores o Conselho da Comunidade Solidária e movimentos sociais.

¹² TEREZA FONSECA DIAS MARIA, *Terceiro Setor e Estado: Legitimidade e Regulação – Por um novo marco jurídico*, Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 91.

¹³ FERNANDO BORGES MÂNICA, “Panorama histórico-legislativo do Terceiro Setor no Brasil: do conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP”, in GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA (Coord.), *Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*, Belo Horizonte, Fórum, 2007, p. 163.

Em que pese muitos autores defenderem que o que caracteriza o terceiro setor é justamente a diversidade de sua composição, a necessidade de algum nível de univocidade conceitual é importante. Isto porque não só é necessário para delimitar adequadamente a realidade que deve ser objeto de estudo, por parte da comunidade científica, mas, sobretudo, para “[...] identificar os problemas que se colocam, tanto no âmbito desta realidade socioeconômica como em suas interações com os demais setores sociais e estatais” (14).

A expressão terceiro setor geralmente é tratada como aquilo que não faz parte do primeiro setor e nem do segundo. O Estado, por se tratar de ente com personalidade jurídica de direito público, encarregando de funções públicas essenciais e indelegáveis ao particular (justiça, segurança, fiscalização, políticas públicas, etc.), é comumente denominado primeiro setor. Já o segundo setor é compreendido pelas organizações do mercado, que produzem bens e serviços, objetivando o lucro. Assim, o terceiro setor preocupa-se com as atividades coletivas que não são tratadas nem pelo primeiro e nem pelo segundo setor (15).

Nesta linha de entendimento é o pensamento de JOSÉ EDUARDO SABO PAES, para quem: “[...] ao lado dos dois setores clássicos surgiu e começa a se firmar outro, cada vez mais conhecido como Terceiro Setor. A idéia é que nele se situem organizações privadas com adjetivos públicos, ocupando pelo menos em tese uma posição intermediária que lhes permita prestar serviços de interesse social sem as limitações do Estado, nem sempre evitáveis, e as ambições do Mercado, muitas vezes inaceitáveis” (16).

GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA, por sua vez, diz que terceiro setor: “É o conjunto de atividades voluntárias desenvolvidas por organizações privadas não governamentais e sem ânimo de lucro (associações e fundações), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora deles possa firmar parcerias e receber investimentos (públicos e privados)” (17).

MARIA SYLVIA DI PIETRO, ao analisar o conceito de terceiro setor, entende que as “organizações sem fins lucrativos existem para alcançar interesses de diferentes fins, com o intuito de atender expectativas da sociedade, indivíduos,

¹⁴ JULIO JIMÉNEZ ESCOBAR/ALFONSO CARLOS MORALES GUTIÉRREZ, “Tercer sector y univocidad conceptual: necesidad y elementos configuradores”, *cit.*

¹⁵ JOSENIER TEIXEIRA, *O terceiro setor em perspectiva: da estrutura à função social*, Belo Horizonte, Fórum, 2011, p. 65.

¹⁶ JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundação e Entidades de Interesse Social*, Brasília, Brasília Jurídica, 2003, p. 89.

¹⁷ GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA, “Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP”, in GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA (Coord.), *Terceiro Setor; Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*, Belo Horizonte, Fórum, 2007, p. 217.

grupos e outras organizações. São formadas por idéias e pessoas que querem fazer coisas capazes de interferir na realidade que as interessam, visando não a substituição do Estado, mas a consecução conjunta do bem comum” (18).

O conceito de terceiro setor, apesar de não ter uma definição única, traz a ideia de ajuda, solidariedade, assim, privilegia, segundo SABO PAES, valores ligados ao sentimento de ajuda mútua (19) e, que, em diversos casos, têm aspectos religiosos. Contudo, não é apenas estes sentimentos que deverão ser levados em conta para conceituar o terceiro setor.

Os estudos da John Hopkins University trazem o conceito de um terceiro setor formal, aquele formado por pessoas jurídicas devidamente constituídas (20). O conceito de terceiro setor desenvolvido por LESTER SALAMON, no âmbito da citada Universidade norte-americana e adotado, no Brasil, por FERNANDO MÂNICA (21), explicita os requisitos para que determinada entidade privada faça parte do terceiro setor: (i) ter natureza privada; (ii) não ter fins lucrativos; (iii) ser institucionalizadas; (iv) autoadministradas; (v) voluntárias. Estes requisitos precisam ser preenchidos cumulativamente.

O terceiro setor, assim, é aquele que congrega as organizações que, embora desenvolvam atividades de interesse público, produzam e comercializem bens e serviços, não são estatais, não visam ao lucro financeiro com os empreendimentos efetivados, neste estando incluídas, portanto, as associações, as sociedades sem fins lucrativos e as fundações (22).

3. Conclusões

A variedade fenomênica, terminológica e de regime jurídico destas entidades tem sido tratada em todo o mundo sob a denominação “terceiro setor”. Contudo, a diversidade entre elas evidencia o problema da univocidade conceitual do “terceiro setor”, notadamente quando contrastado com os também plurissignificativos conceitos de sociedade civil, associativismo e de movimento social. Tendo em vista a relevância das atividades exercidas pelas entidades que integram a sociedade civil organizada no Brasil e as parcerias que firmam com a Administração Pública, observaram-se inúmeras mudanças no direito administrativo, no tocante a estas parcerias, revelando as interfaces

¹⁸ MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 2002, pp. 413 e 414.

¹⁹ JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundação e Entidades de Interesse Social*, cit., p. 94.

²⁰ TEREZA FONSECA DIAS MARIA, *Terceiro Setor e Estado...*, cit., p. 110.

²¹ FERNANDO BORGES MÂNICA, “Panorama histórico-legislativo do Terceiro Setor no Brasil: do conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP”, cit., p. 165.

²² TEREZA FONSECA DIAS MARIA, *Terceiro Setor e Estado...*, cit., p. 179.

entre transnacionalidade e governança. Assim, algumas justificativas levantadas na literatura para a univocidade conceitual do terceiro setor – construção de um mesmo objeto de conhecimento, aproximação de comunidades científicas e construção de políticas públicas comuns – são elementos importantes para a busca da sua univocidade conceitual, sem que isto signifique o desconhecimento da sua diversidade fenomenológica.

Sob o aspecto jurídico, mesmo após o advento da Lei n.º 13.019/2014, no Brasil, não há na legislação brasileira vigente conceito único do que venha a ser considerado terceiro setor. Cada legislação que trata do assunto apresenta definição distinta para o setor privado não lucrativo. Em que pese não alinhar-se de maneira absoluta, esta legislação parece mais afinada com a tradição anglo-americana, privilegiando os elementos formais da entidade bem mais do que seu caráter finalístico ou da gestão democrática da entidade.

A proposta legislativa aprovada pouco inovou na questão do conceito de setor sem fins lucrativos e isto se deu, entre outras razões, por não ser o objeto central do projeto de lei. Assim, as qualificações de utilidade pública, entidade beneficente de assistência social, organizações sociais e organizações da sociedade civil continuam existindo no ordenamento jurídico pátrio. Logo, os problemas existentes nestas entidades qualificadas devem permanecer os mesmos, a despeito de ter sido aprimorada a parte de controle das parcerias entre as entidades.

A ADEQUAÇÃO FORMAL EM PROL DO PRAZO RAZOÁVEL DE DURAÇÃO DO PROCESSO

Noeli Fernandes ⁽¹⁾

1. Introdução

Vivendo a humanidade na sociedade da urgência, em um mundo que se modifica rapidamente, assentada se verifica a pressa como pressuposto de todas as conexões, mais precisamente das relações obrigacionais. Considerada a obrigação jurisdicional do poder judiciário de prestar uma tutela adequada, tempestiva e efetiva a quem dela se socorre, no campo do direito processual, a ligação do tempo com o direito assume considerável importância. Vê-se que a Lei Maior elevou ao *status* constitucional a garantia do tempo razoável de duração do processo, afigurando-se necessário que a tutela jurisdicional se adapte ou se desenvolva de acordo com a realidade cultural.

O direito assegurado a todos, no âmbito judicial, da razoável duração do processo (inciso quarto do art. 20.º da Constituição da República Portuguesa e artigo 2.º, n.º 1, do Código de Processo Civil) se configura em garantia fundamental ⁽²⁾, sendo assim reconhecido, após a segunda metade do século XX, em várias Constituições democráticas, decorrente da insatisfação da sociedade com a prestação do serviço jurisdicional e com a administração da justiça pelo

¹ Doutoranda em Ciências Jurídico-Processuais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo-RS, Brasil.

² JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 393.

Estado moderno. Isso porque os paradigmas que informaram a sociedade industrial clássica já não são mais suficientes, pois, em razão do surgimento de novos direitos a gerarem mais demandas, bem como do estabelecimento generalizado de relações decorrentes da mundialização, são exigidos novos institutos processuais a adaptar-se aos novos tempos ⁽³⁾.

O novo Código de Processo Civil (CPC) consigna que ao juiz cabe a adequação formal do processo, nos termos do art. 547.º, princípio já inserido no anterior Código, no art. 265.º-A.

Esse dispositivo surge com o fim de tornar mais célere o processo judicial e assim ver concretizada a garantia constitucional e processual da solução do processo em tempo razoável ou traz riscos de abusos ou arbitrariedade por parte do julgador? Nos termos dos objetivos constantes da Recomendação n.º R (84)5, a jurisdição deve assegurar uma justiça eficaz e o processo civil ser mais flexível e rápido ⁽⁴⁾, afigurando-se necessário identificar a forma como pode ser conseguido este intento. Será a adequação formal uma resposta a necessidade de tutela diferenciada? Entretanto, não estará a segurança jurídica sofrendo abalos em razão de possível ativismo judicial, com um juiz a desenvolver um papel mais ativo?

2. Garantia constitucional do tempo razoável de duração do processo

O processo judicial vem consolidado através do direito processual, que, no decorrer dos séculos, sofreu modificações até conquistar sua autonomia em relação ao direito material ⁽⁵⁾. Configura-se em uma garantia que o Estado outorga aos habitantes, em razão da proibição imposta referente ao uso da força privada ⁽⁶⁾.

Com relação as reformas implementadas, conforme preconizado por REMO CAPONI ⁽⁷⁾, essas decorrem de ter o Estado moderno assumido para si a tarefa de administrar a justiça civil, já desde os séculos XVII e XVIII. Mas, apenas

³ ZIGUNT BAUMAN, *Modernidade líquida*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2000.

⁴ <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=603496&SecMode=1&DocId=682030&Usage=2>.

⁵ JUAN MONTERO AROCA, *El Derecho Procesal en el siglo XX*, Valência, Tirant lo Banch, 2000, p. 32.

⁶ ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, Valência, Tirant lo Banch, 2005, pp. 51-52.

⁷ REMO CAPONI, “Modelli e riforme del processo di cognizione in Europa”, in https://www.academia.edu/205261/R._Caponi_Modelli_e_riforme_del_processo_di_cognizione_in_Europa_2005, 2005.

a partir da segunda metade do século XX, os resultados dessa administração passam a ser questionados. Nesse momento, determinadas garantias decorrentes da função jurisdicional e do processo começam a ser entendidas como direitos fundamentais, o mesmo acontecendo com o direito ao julgamento do processo em prazo razoável.

A Constituição é a lei maior de um país, criada em prol da sociedade, da comunidade política⁽⁸⁾ que dela se serve para ver concretizado o direito, através do processo, quando não obtido seu reconhecimento sem a intervenção da jurisdição.

2.1. A importância da concretização do prazo razoável

No que diz com a instrumentalidade, o processo tem por fim a realização dos direitos, resolvendo os conflitos e possibilitando que a jurisdição leve a efeito seu objetivo. Entretanto, como enfocado por MARINONI, o processo somente exercitará seu verdadeiro valor quando servir ao direito material de forma adequada e unicamente assim cumprirá os fins da jurisdição⁽⁹⁾. E essa função estatal é de ser vista como um complexo de poderes e deveres, com o fim de aplicar a lei ao caso concreto, substituindo a vontade das partes, sendo o processo⁽¹⁰⁾ o elemento essencial à atividade jurisdicional, um instrumento finalizado à decisão⁽¹¹⁾.

Contudo, para ser mantida a credibilidade na jurisdição, é preciso que sejam concretizadas as promessas inseridas na Constituição. Considerada sua força normativa, assim entendida por CANOTILHO, “quer porque ela é fonte da produção normativa (*norma normarum*) quer porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior (*superlegalidade material*) que faz dela um parâmetro obrigatório de todos os actos estaduais”⁽¹²⁾.

O tempo razoável de duração do processo deve ser entendido como o tempo suficiente para que o direito material da parte seja consagrado, sem sacrifício ao direito substancial⁽¹³⁾. Para isso, é necessário serem observados

⁸ JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 88.

⁹ LUIZ GUILHERME MARINONI, *Novas linhas de processo civil*, 3.ª ed. rev. e ampl., São Paulo, Malheiros, 1999, pp. 64-65.

¹⁰ FRANCESCO CARNELUTTI, *Cómo se hace un proceso*, 3.ª ed., Bogotá-Colombia, Temis S.A., 2007, pp. 23 e 24.

¹¹ MICHELE TARUFFO, “Giudizio: processo, decisione”, in *I metodi della giustizia civile*, MARIO BESSONE/ELISABETTA SILVESTRI/MICHELE TARUFFO, CEDAM, Padova, 2000, pp. 267-290.

¹² JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 89.

¹³ HUGO ALSINA, *Las nulidades en el proceso civil. Concepto y función de las formas procesales*, Peru, Ara, 2006, p. 18.

os outros princípios fundamentais (igualdade, ampla defesa, contraditório). O processo, quando utilizado apenas para resolver com rapidez o “fluxo” de demandas, sem a preocupação com a apuração da verdade e com a justa composição do litígio, é realizado como um fim em si mesmo e não como deve ser: como um meio através do qual o cidadão possa exigir a efetividade de seus direitos ⁽¹⁴⁾.

A Constituição se afigura em um conjunto de promessas e a norma que determina a todos o direito de ver resolvido seu processo em um tempo razoável assim se apresenta como uma promessa, mas que precisa de mecanismos para se tornar realidade, preocupação de todo o ordenamento europeu ⁽¹⁵⁾.

2.2. A norma programática

Então se a disposição acerca do direito ao tempo razoável de duração do processo consta da Lei Maior do país e, no entanto, não se vê concretizada, pode-se afirmar que se trata de uma norma programática. Explica CANOTILHO, que a “Constituição da República Portuguesa de 1976 é uma Constituição programática porque contém numerosas *normas-tarefa* e *normas-fim* definidoras de programas de acção e linhas de orientação dirigidas ao Estado” ⁽¹⁶⁾. As normas programáticas se caracterizam por vincularem programas para atuação de algum órgão do Estado, estabelecendo o caminho que deve ser trilhado para que se concretize a vontade do legislador.

Contudo, o mestre CANOTILHO ⁽¹⁷⁾ afirma não serem as normas programáticas simples programas, exortações morais ou sentenças políticas, como defendia a doutrina. Possuem valor jurídico constitucional, como as demais normas contidas na Constituição, que, entretanto, sozinhas não se materializariam, necessitando de órgãos concretizadores dos textos constitucionais.

Ao comentar o art. 6.º da Convenção Européia dos Direitos do Homem, IRINEU CABRAL BARRETO ⁽¹⁸⁾ refere a necessidade da distinção entre a matéria civil e a penal. Salienta que os critérios para se avaliar o prazo razoável não podem

¹⁴ JUAN MONTERO AROCA, *El Derecho Procesal en el siglo XX*, cit., pp. 37-38.

¹⁵ PAOLO BIAVATI, “I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e I riflessi italiani”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre 2002, Anno LVI – n.º 3, pp. 751-775.

¹⁶ JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 217.

¹⁷ JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

¹⁸ IRINEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 142-187.

ser estáticos, mas sim variando em cada caso concreto, devendo ser ponderadas certas circunstâncias como a natureza do processo, o comportamento das partes e das autoridades envolvidas.

Neste contexto, certo que “incumbe aos Estados organizar o seu sistema judiciário de modo a que as suas jurisdições possam garantir a cada um o direito de obter uma decisão definitiva sobre as contestações relativas a direitos e obrigações de carácter civil, e sobre a acusação penal em prazo razoável”⁽¹⁹⁾, de modo a ver cumprida a promessa consignada nos dispositivos legais elencados.

Questiona-se, então, se a lentidão ou a demora no julgamento dos processos é atribuída à jurisdição, teria a adequação formal surgido para concretizar o direito constitucional, apresentando melhores resultados quanto ao tempo razoável do processo?

3. Adequação formal: uma resposta à necessidade de tutela diferenciada?

Certo que não serviria a uma tutela jurisdicional efetiva qualquer rito positivado, abstratamente considerado, já que o procedimento padrão se mostrou ineficaz⁽²⁰⁾. A adequação formal aparece no cenário jurídico como um meio de adaptar o procedimento, de modo a melhor aperfeiçoá-lo às peculiaridades da causa específica e em razão da necessidade de emprestar maior efetividade possível ao direito processual⁽²¹⁾.

As alterações ocorridas com a liberalização do comércio internacional, com os progressos nas ciências, na medicina e nas pesquisas científicas, caracterizam-se em transformações dos novos tempos. Época com enorme crescimento de processos civis⁽²²⁾ nos quais respostas são buscadas visando solucionar problemas cada vez mais complexos, a exigir permanente aperfeiçoamento com o fim de acompanhar estas transformações.

3.1. A tramitação unitária no novo Código de Processo Civil

Observa-se a transformação que a Exposição de Motivos do novo CPC anuncia a indicar a necessidade de racionalizar, simplificar e tornar célere a

¹⁹ IRINEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, cit. p. 186.

²⁰ LUIZ GUILHERME MARINONI, *Novas Linhas do Processo Civil*, 4.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

²¹ FREDIE DIDIER JR., “Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento”, in http://www.direitopublico.com.br/pdf_7/DIALOGO-JURIDICO-07-OUTUBRO-2001-FRED-DIDIER-JR.pdf, 2001.

²² JOSÉ IGREJA MATOS, “O Juiz e o Processo Civil (contributo para um debate necessário)”, in *Revista Julgar*, n.º 2, 2007, pp. 93-94.

realização da atividade jurisdicional. Vem estabelecida uma tramitação unitária com maiores poderes ao juiz na direção do processo, valorizando “o princípio da prevalência do mérito sobre meras questões de forma”.

O Código de 2013 consigna a figura da adequação formal e, já no anterior CPC, o art. 265.º-A (LGL/1973/5) trazia a denominação como princípio, com redação original dada pelo Decreto-Lei português n.º 329-A/1995, de 12 de dezembro, referindo que “quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente e com o acordo das partes, adaptar o processado”.

Observa-se as mudanças com o abandono das expressões “acordo das partes” e “ouvidas as partes”, de modo a consagrar o papel mais ativo ao juiz, semelhante ao sistema inglês⁽²³⁾, adequando o procedimento, sem qualquer vinculação às partes. O objetivo dominante é permitir que o juiz trate a causa segundo a justiça⁽²⁴⁾ e, para tanto, o primeiro princípio enunciado por LORD WOOLF foi no sentido de que a garantia da justiça se vislumbra a partir do êxito com o qual é conduzido o processo⁽²⁵⁾.

É visando um processo equitativo que surge “a adequação do instrumento ao objeto a que servirá de conduto, de modo a melhor e mais facilmente alcançar os fins para os quais foi criado”⁽²⁶⁾, com a determinação de que o juiz, como gestor do processo, conformará o procedimento às peculiaridades do caso concreto.

3.2. A adequação formal e as garantias do processo equitativo

O art. 547.º do novo CPC visa assegurar um processo equitativo, que se configura em um processo justo a exigir reformas estruturais e uma “nova profissionalidade do juiz”⁽²⁷⁾ que vai gerir o processo, evitando abusos das

²³ ROMOLO DONZELLI, “La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l’attività di case management giudiziale”, in https://www.academia.edu/1214782/Donzelli_R_La_fase_preliminare_del_nuovo_processo_civile_inglese_e_lattivita_di_case_management_giudiziale, 2008.

²⁴ ROMOLO DONZELLI, “La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l’attività di case management giudiziale”, *cit.*, p. 19.

²⁵ ROMOLO DONZELLI, “La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l’attività di case management giudiziale”, *cit.*, p. 9.

²⁶ FREDIE DIDIER JR., “Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento”, *cit.*

²⁷ VIDIRI refere ser preciso reconhecer que esse processo justo exige uma nova profissionalidade dos advogados e dos juízes, adequada aos novos tempos que não são mais de rigidez dogmática. GUIDO VIDIRI, “Giusto processo, accertamento della verita materiale e ‘imparzialità’ del giudice”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Novembre-Dicembre 2012, pp. 1547 a 1566.

partes e delongas sem justificação, não se podendo mais conviver com a rigidez dogmática.

Como refere DIDIER⁽²⁸⁾, “não basta a simples garantia formal do dever do Estado de prestar a Justiça; é necessário adjetivar esta prestação estatal, que há de ser rápida, efetiva e adequada”.

Embora certo que as modificações surgem com o fim de acompanhar as exigências decorrentes da multiplicação e complexidade de litígios, sempre buscando a equidade, a doutrina tem enfocado o risco de vir a adequação formal a causar abalos à segurança jurídica, rompendo com o regime da legalidade das formas⁽²⁹⁾ e apresentando ameaças às garantias de quem exerce seu direito à jurisdição⁽³⁰⁾.

Questionamentos como “será legítima a dispensa de actos/fases processuais que estão previstos na lei, não se circunscrevendo o juiz a alterar a ordem ou sequência? Que actos estão na esfera da indisponibilidade por contenderem com princípios da ordem pública processual?”⁽³¹⁾, além de tantos outros, são feitos pelos doutrinadores com a clara preocupação acerca da incerteza do momento em que o juiz deverá proceder na tramitação alternativa e dos fatores que devem ser ponderados para a efetivação da adequação formal.

Há quem sustente o surgimento de um vírus autoritário a infetar o processo civil⁽³²⁾, que, segundo LUIS CORREA DE MENDONÇA, teria esse se propagado sobre toda a Europa atingindo também o Brasil, com as reformas nos Códigos de Processo Civil, e que Portugal teria optado pelo paradigma autoritário. Sustenta a importância de se observar as formas processuais e que estas respondem a uma necessidade de ordem que, se não respeitada, ofuscada resta a garantia processual das partes.

Assim, embora se enalteça a posição da legislação portuguesa no que diz respeito à evolução do direito no sentido de impedir a conservação e dar ênfase às mudanças com a ampliação dos poderes do juiz, impingindo maior

²⁸ FREDIE DIDIER JR., “Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento”, *cit.*

²⁹ FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, “O princípio da adequação formal do direito processual civil português”, in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Ano 1, n.º 11, 2012, p. 6674, http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_11_6665_6685.pdf.

³⁰ PEDRO MADEIRA DE BRITO, “O novo princípio da adequação formal”, in *Aspectos do novo processo Civil*, MIGUEL TEIXEIRA SOUSA (Coord.), Lisboa, Lex, 1997, p. 31.

³¹ MARIA JOSÉ CAPELO, “A tipicidade legal das formas de processo: fim à vista?”, in *I Jornadas de Processo Civil “Olhares Transmontanos”*, Valpaços, Câmara Municipal, 2013, p. 122.

³² LUIS CORREIA DE MENDONÇA, “Vírus autoritário e processo civil”, in *Revista Julgar*, n.º 1, 2007, <https://sites.google.com/site/julgaronline/Home>.

efetividade na atividade jurisdicional, é preciso dizer que essa amplitude não estabeleceu limites⁽³³⁾, circunstância a gerar possíveis conseqüências.

A garantia da segurança jurídica nas relações travadas perante a jurisdição se consubstancia em um conjunto de regras que asseguram uma estabilização de determinadas situações estabelecidas pelo poder judiciário, de modo que as pessoas, ao procurem a solução de seus conflitos, já devem estar cientes destas regras. As normas são consagradas para vigorarem, para incidirem sobre os fatos que se apresentam, sendo certo também que, em determinados momentos, o valor segurança poderá ceder, em prol do princípio da supremacia do Direito, quando ocorrerem pressupostos relevantes⁽³⁴⁾. Assim acontece quando existir uma situação a exigir mutação e a justificar esta temporização do princípio da segurança jurídica, mas essa, de modo algum, pode restar abalada. MARINONI⁽³⁵⁾ refere não existir risco à segurança jurídica se presente a necessidade de adequar o procedimento ao caso concreto, visando a busca por uma fundamentação justa e a viabilização de uma tutela efetiva, oportuna e adequada.

SALVATORE PATTI argumenta que a decisão justa da lide, que se busca no processo equitativo, pressupõe um correto acerto dos fatos e da procura da verdade, não se podendo falar em justo processo excluído do juiz o poder/dever na reconstrução dos fatos que sejam imprescindíveis para a decisão⁽³⁶⁾. Assim deve ser entendida a amplitude de poderes do julgador na adequação formal, como um modo de fortalecimento do órgão judicial, ultrapassando o julgador a posição de mero observador, com um papel de fiscalizador das regras do jogo, nos termos preconizados por OLIVEIRA⁽³⁷⁾, assegurando o contraditório⁽³⁸⁾ e a igualdade entre as partes no decorrer de todo o processo⁽³⁹⁾.

³³ JORGE NUNO DE LEMOS, “Os poderes instrutórios do Juiz: alguns problemas”, in *Revista Julgar*, n.º 3, 2007, <https://sites.google.com/site/julgaronline>, p. 64.

³⁴ JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 264.

³⁵ LUIZ GUILHERME MARINONI, *Teoria Geral do Processo*, 3.ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 133.

³⁶ SALVATORE PATTI, “La disponibilità delle prove”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Marzo 2011, p. 80.

³⁷ CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”, in *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, 2003, p. 183.

³⁸ AURÉLIO GENTILE, “Contraditório e giusta decisione nel processo civile”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LXIII, Giuffrè Editore, 2009, p.745.

³⁹ “In primo luogo va però sottolineato che il compito di gestire e controllare lo svolgimento del processo è una nota che tendenzialmente caratterizza il ruolo del giudice durante tutta la durata e lo sviluppo dello stesso”, ROMOLO DONZELLI, “La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l’attività di case management giudiziale”, cit., pp. 19- 22.

4. Considerações finais

Incontestável que a adequação formal amplia os poderes do juiz e, embora não mencionado no art. 547.º do CPC, necessário o respeito ao contraditório e a ampla defesa, circunstância que parte da doutrina se apóia para enfocar os riscos que esta ampliação possa representar. Contudo, conforme bem enfocado por TARUFFO⁽⁴⁰⁾, a questão de saber se os poderes do juiz podem ser considerados como um problema político ou se implicam em assunção de uma ideologia política antiliberal e substancialmente autoritária não é nova, vindo sempre enfocada em cada reforma nos ordenamentos dos países que adotam o sistema do *civil law*. Analisando os poderes das partes e do juiz na Europa, TARUFFO afirma que um processo em que o juiz dispõe de poderes instrutórios não implica em autoritarismo processual. Ainda, lembra que os ordenamentos que atribuem ao juiz um papel mais ativo têm observado que os relativos poderes vieram conferidos a juízes capazes de resolver de modo correto e racional a sua função de controle, sem que isso colocasse em perigo o valor fundamental do processo civil.

A doutrina posiciona-se no sentido de que a adequação determinada pelo juiz haverá de sempre “respeitar outros princípios do processo civil, designadamente os princípios da igualdade das partes e do contraditório em particular”, pois, apesar de se tratar de função essencial da qualidade do produto judiciário, as outras garantias processuais não podem ser sacrificadas⁽⁴¹⁾.

O juiz intervém como “autoridade reguladora, assegurando a igualdade de armas e o contraditório, mas fiscalizando substantivamente a lide, condicionando-a”⁽⁴²⁾. O processo equitativo exige um juiz ativo que não seja indiferente ao comportamento processual das partes⁽⁴³⁾, pois o processo justo, além de qualificar-se pela sua razoável duração, deve afirmar os princípios do contraditório e da igualdade das partes.

Considerando superada a concepção apenas instrumentalista do direito processual, mas ingressando no pensamento de um direito processual

⁴⁰ MICHELE TARUFFO, “Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa”, in *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giungo 2006, pp. 451-482.

⁴¹ MARCO CRISTOFARO, “Case Management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Marzo-Aprile 2010, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2010, p. 287.

⁴² JOSÉ IGREJA MATOS, *Um modelo de Juiz para o processo Civil actual*, Coimbra Editora, 2010, p. 158.

⁴³ GUIDO VIDIRI, “Giusto processo, accertamento della verita materiale e ‘imparzialità’ del giudice”, *cit.*, p. 1558.

constitucional⁽⁴⁴⁾, a adequação formal com o juiz a delinear o *iter procedurale*, a fim de assegurar um rápido desenvolvimento do processo, deve respeitar sempre o princípio do contraditório, da igualdade das partes e da imparcialidade do julgador⁽⁴⁵⁾. Percebe-se, diante dos intensos chamados à jurisdição, a grande litigiosidade que se apresenta atualmente, caracterizando o que NICOLA PICARDI chama de “estado de ânimo tendente a revalorizar o momento jurisprudencial do direito”⁽⁴⁶⁾. O momento exige a implementação de medidas a reduzir a longa duração do processo com o distanciamento do modelo tradicional⁽⁴⁷⁾, conferindo-se ao juiz novos poderes de direção do processo.

E, como a jurisdição atua através do direito processual, diante do atual contexto, conclui-se que ambos (juiz e jurisdição) estão a amoldar-se aos novos tempos, a fim de darem conta das demandas do século XXI. Possível, a partir da Constituição da República, da legislação e da doutrina vigente uma nova perspectiva, através da adequação do processo à situação substancial, com a prestação de um serviço que melhor atenderá as partes na solução para seu conflito⁽⁴⁸⁾.

Assim, com base na experiência inglesa, vê-se a adequação formal e um juiz com postura reguladora e condutora do processo como uma luz a indicar aos novos rumos do processo civil⁽⁴⁹⁾. E, apesar dos questionamentos acerca das exigências e dificuldades a serem enfrentadas, certo que estarão as partes protegidas de eventual abuso, pois terão à sua disposição recurso de decisão proferida em caso de não conformidade com os ditames constitucionais⁽⁵⁰⁾, de modo que assegurada estará a ampla defesa.

Por fim, conclui-se que a adequação formal se apresenta como uma possibilidade de ver realmente satisfeito o tempo razoável de duração do processo,

⁴⁴ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “Direito Processual Constitucional”, in *Estação Científica (Ed. Especial Direito) Juiz de Fora*, V. 1, n.º 4, outubro e novembro 2009, <http://portal.estacio.br/media/2654365/artigo%202%20revisado.pdf>.

⁴⁵ MARCO CRISTOFARO, “Case Management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo”, *cit.*, p. 286.

⁴⁶ NICOLA PICARDI, *Jurisdição e Processo*, Rio de Janeiro, Forense, 2008, pp. 1-32.

⁴⁷ GUIDO VIDIRI, “Giusto processo, accertamento della verita materiale e ‘imparzialità’ del giudice”, *cit.*, p. 1558.

⁴⁸ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “Os poderes do juiz civil na ação declarativa”, in *Revista Julgar*, n.º 1, 2007, p. 64.

⁴⁹ MÁRCIO LOUZADA CARPENA, “Os poderes do juiz no common law”, in *Revista de Processo*, n.º 180, ano 35, fevereiro 2010, Editora Revista dos Tribunais, disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Os%20Poderes%20do%20juiz%20na%20Common%20Law%20%20pronto.pdf>.

⁵⁰ FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, “O princípio da adequação formal do direito processual civil português”, in *RIDB*, Ano 1, 2012, n.º 11, http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/11/2012_11_6665_6685.pdf.

lembrando que a morosidade da justiça é uma conseqüência do tempo ⁽⁵¹⁾ e que somente se pode pensar em materialização dos direitos fundamentais quando presentes leis comprometidas com os fins do Estado, capazes de concretizar as garantias emanadas do texto constitucional. E, no que diz com o tempo razoável de duração do processo, este somente pode ser concretizado se adotadas medidas judiciais com o fim à sua observância.

Diante das significativas inovações legislativas ocorridas nas últimas décadas, vê-se que o processo civil não se encontra estagnado ou conformado, mas, ao contrário, são evidenciadas forças atuando sobre a legislação e sobre a doutrina, de modo a determinar novos rumos, apontando para uma evolução possível e já introduzida no ordenamento vigente com a figura da adequação formal.

⁵¹ JÂNIA MARIA LOPES SALDANHA, *Substancialização e efetividade do Direito Processual Civil a sumariade material da Jurisdição*, Curitiba, Juruá Editora, 2011, pp. 242-243.

VELHOS MÉTODOS DE RESPOSTA FACE A NOVOS DESAFIOS CRIMINAIS: A COMPATIBILIDADE DO REGIME JURÍDICO DAS ACÇÕES ENCOBERTAS COM A LEI DO CIBERCRIME

Nuno Filipe de Sousa Gonçalves ⁽¹⁾

O advento mundial da criminalidade informático-digital

Os ataques terroristas praticados no início do século XXI nos Estados Unidos e, em seguida, na Europa, para além de terem realçado a presença de novos *riscos* produzidos pela sociedade contemporânea ⁽²⁾, tornaram, ainda, perfeitamente visível a transição ocorrida na segunda metade do século passado de uma sociedade baseada na produção de bens materiais para uma outra sociedade fortemente apoiada na informação (electrónico-digital) e no ciberespaço – a sociedade da informação.

A utilização generalizada de sistemas e redes informáticos, inserida no fenómeno mundial de interacção e integração entre pessoas, empresas e governos (globalização), potenciada pelos crescentes avanços no campo da tecnologia, em especial das tecnologias da informação e da comunicação, permitiu não

¹ Advogado-Estagiário.

Este artigo segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

² A que ULRICH BECK, na obra *Risk Society: Towards a New Modernity*, tradução inglesa de Mark Ritter, London, SAGE Publications, 2011, denominou por “sociedade de risco” (“*Risikogesellschaft*”).

só o advento de uma sociedade contemporânea profundamente marcada pela produção de informação electrónico-digital, como também permitiu o rápido crescimento e mutação das práticas criminais *tradicionais* em termos globais e o surgimento de novas formas de criminalidade.

Como bem observa LUIZ CARLOS C. OLIVO, “[e]sta é a época do computador, do celular, do conhecimento, da informação, da realidade virtual, do ciberespaço, do silício, dos chips e microchips, da inteligência artificial, das conexões via cabo, satélite ou rádio, da internet e da intranet, enfim, da *arquitectura em rede*” (3). As tecnologias que eliminam as barreiras de tempo e espaço, que possibilitam a aproximação global de pessoas, serviços e bens, que permitem a transmissão e o acesso a informação ilimitada e instantânea, bem como a convergência global da economia, da política, da sociedade e da cultura, são as mesmas tecnologias que dão advento a um admirável novo fenómeno criminoso nunca antes visto, usualmente caracterizado pela transnacionalidade, redundância e automatismo das condutas e dos efeitos produzidos, pelo anonimato e sofisticação, elevada danosidade e complexidade da investigação criminal (4) – o Cibercrime.

A definição do que é o Cibercrime ainda permanece algo instável, podendo ser apresentadas várias definições consoante os objectivos propostos. De qualquer modo, é frequente identificar como pertencendo a esta criminalidade todas aquelas condutas “*em que o computador serve de meio para atingir um objectivo criminoso ou em que o computador é o alvo simbólico desse acto ou em que o computador é «objecto» do crime*” (5). Assim, o Cibercrime constitui uma infracção penal cuja prática pressupõe, necessariamente, o uso ou o aproveitamento de um computador, ou seja, a conduta típica penalmente ilícita é executada através da informática.

Em termos gerais, dependendo da forma como são praticados e os bens jurídicos protegidos, podemos separar e distinguir aqueles (ciber)crimes em que a informática é apenas um meio para a sua prática dos outros em que a informática aparece como elemento do tipo legal criminalmente punido. Sobressai, desta forma, no âmbito deste fenómeno criminal, duas formas distintas de actuação entre: i) todas aquelas condutas em que os crimes são praticados através de meios

³ *Apud* ANTÓNIO CARLOS WOLKMER, “Novos Pressupostos da Temática dos Direitos Humanos”, in *Direitos Humanos e Globalização – Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*, 2.ª ed., DAVID SANCHEZ RÚBIO/JOAQUÍN HERRERA FLORES/SALO DE CARVALHO (Orgs.), Porto Alegre, Edipucrs, 2010, p. 22.

⁴ Sobre algumas destas características, veja-se BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *Direito Penal, Parte Especial, Tomo I – Direito Penal Informático-Digital*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 156-168 e 228-258.

⁵ Neste sentido, veja-se GARCIA MARQUES/LOURENÇO MARTINS, *Direito da Informática*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, pp. 641-642.

informáticos sem que o tipo legal o preveja expressamente, bastando para o seu preenchimento a execução por qualquer meio informático idóneo a lesar o bem jurídico por ela protegido – *cibercriminalidade em sentido amplo*; e *ii*) todas as outras condutas em que a informática surge como parte integradora do tipo legal ou mesmo como objecto de protecção – *cibercriminalidade em sentido estrito* ⁽⁶⁾.

Perante este cenário, a ideia da vulnerabilidade das redes e sistemas informáticos que sustentam a sociedade contemporânea rapidamente se tornou insustentável a nível mundial. O Cibercrime não só põe em causa o advento de novos bens jurídicos colectivos relacionados com a integridade, disponibilidade e confidencialidade de redes e sistemas informáticos ⁽⁷⁾ – ou a segurança de sistemas informáticos em geral –, como também de bens jurídicos *tradicionais*.

Todavia, a impotência das formas clássicas de combate à criminalidade, baseadas nos poderes do Estado e de fronteiras nacionais, face ao fenómeno global da *Internet*, do ciberespaço e dos crimes praticados com o aproveitamento de redes e sistemas informáticos, tornou necessário levar a cabo um esforço concertado a nível internacional, para que, deste modo, se pudesse actuar conjuntamente e criar um novo espaço global de acção policial.

Foi precisamente com estes objectivos que, a nível internacional, no âmbito de organizações de natureza supranacional ⁽⁸⁾, foram criados e desenvolvidos alguns dos mais importantes instrumentos de combate e prevenção ao Cibercrime, quer através de mecanismos de cooperação, quer através de medidas de harmonização ou aproximação de procedimentos e legislações. Dos vários instrumentos internacionais dedicados ao Cibercrime, destacamos, pela sua influência no ordenamento jurídico português: *i*) a Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa, celebrada em 23 de Novembro de 2001, na cidade de Budapeste – similarmente conhecida como a Convenção de Budapeste ⁽⁹⁾; *ii*) a Decisão-Quadro n.º 2005/222/JAI do Conselho da União Europeia, de 24 de Fevereiro de 2005, relativa a ataques contra os sistemas de informação; e *iii*) a Decisão-Quadro n.º 2004/68/JAI do Conselho da União Europeia, de 22

⁶ Neste sentido, veja-se PEDRO DIAS VENÂNCIO, *Lei do Cibercrime – Anotada e Comentada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 17.

⁷ A estes três atributos é usualmente acrescentado o atributo de autenticidade, no sentido em que a informação que percorre pelos sistemas e redes informáticos é genuína.

⁸ Entre estas, a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), a Organização das Nações Unidas (ONU), o Grupo dos oito países mais industrializados do mundo (G8), o Conselho da Europa e a própria União Europeia.

⁹ Incluindo o seu protocolo adicional relativo à Incriminação de Atos de Natureza Racista e Xenófoba Praticados através de Sistemas Informáticos, adoptado mais tarde, em 28 de Janeiro de 2003.

de Dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil⁽¹⁰⁾.

A estes instrumentos cabe prever, dentro do possível, quer questões de direito material e processual, quer todas as temáticas estritamente relacionadas com o fenómeno do Cibercrime, abrindo, desta forma, o caminho para a edificação de um Direito Penal Informático internacionalmente comum, susceptível de proteger bens jurídicos igualmente colectivos relacionados com o bom e regular uso e funcionamento das redes e sistemas informáticos.

A introdução de novos métodos de obtenção de prova (digital) no ordenamento jurídico português

No contexto do Cibercrime, para identificar e condenar os suspeitos, é necessário, na maior parte dos casos, antes de mais, aceder e recolher a prova digital que se encontra armazenada em diversos equipamentos informático-digitais. Pelo que, todos os dados electrónico-digitais arquivados ou produzidos num determinado sistema informático, estejam eles representados em forma de texto, banco de dados, ou qualquer outra linguagem de programação, podem ser utilizados como prova para demonstrar a existência de factos jurídico-criminais.

Em todo o caso, importa salientar que a prova digital e a sua respectiva obtenção não ocorrem nos mesmos modos em que ocorre a prova física de qualquer outro crime, por exemplo, nem sempre a deslocação ao local do crime se torna necessária para a obtenção de tal prova digital, podendo ter-se acesso à mesma de forma remota. Certo se torna, no entanto, que o processo de recolha probatório se assume como um processo legalmente admitido e apropriado, de acordo com as regras de produção de prova do local onde será valorada. Para o efeito, a investigação criminal em ambiente electrónico-digital impõe novas exigências e adaptações ao processo penal português, já que se afigura imprescindível tomar em linha de conta as específicas características da prova digital, que em muitos casos se pode revelar de natureza especialmente complexa.

A prova digital pode ser definida como qualquer tipo de informação com valor probatório, armazenada ou transmitida em sistemas e redes informáticas ou rede de comunicações electrónicas, privadas ou publicamente acessíveis, sob

¹⁰ Mais recentemente, impulsionada pela necessidade de se adoptar uma nova estratégia sobre cibersegurança derivada do alargamento das competências da União Europeia em matéria de Direito Penal e das visíveis limitações ocorridas no âmbito da aprovação e implementação de Decisões-Quadro, foi aprovada a Directiva n.º 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, que substitui a Decisão-Quadro n.º 2004/68/JAI do Conselho; bem como a Directiva n.º 2013/40/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Agosto de 2013, relativa a ataques contra os sistemas de informação, que substitui a Decisão-Quadro n.º 2005/222/JAI.

a forma binária ou digital ⁽¹¹⁾. Por seu lado, enquanto prova sobretudo complexa, a prova digital apresenta-se, maioritariamente, por natureza, fragmentária, dispersa, frágil, volátil, alterável, instável, apagável e manipulável, invisível e espacialmente dispersa, na qual se torna essencial proceder com extremo cuidado à sua recolha e análise, porquanto são inúmeros os elementos que podem interferir no seu tratamento em termos gerais e pôr em causa a sua validade em julgamento.

Após a reforma de 2007 do Código do Processo Penal, o legislador nacional, por força da necessária transposição das obrigações internacionais do Estado português, veio introduzir no ordenamento jurídico português dois diplomas importantes que, entre outras matérias, consagram, em especial, um conjunto de normas dedicadas à obtenção da prova digital em ambiente electrónico-digital. O primeiro diploma, a Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho, visou transpor para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2006/24/CE do Conselho e do Parlamento Europeu, de 15 de Março, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou redes públicas de comunicações. Já o segundo, a Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro (Lei do Cibercrime), visou transpor para a ordem jurídica interna a Decisão Quadro n.º 2005/222/JAI do Conselho, de 24 de Fevereiro, relativa a ataques contra sistemas de informação, e adaptar o direito interno à Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa.

Com efeito, no plano processual penal, a evolução tecnológico-digital e a proliferação dos mediadores e dos sistemas de transmissão, da captação e registo de som e imagens implicou questões novas em relação a velhos modelos probatórios: o acesso para recolha e o registo da prova digital. Esta actividade probatória pode envolver as duas cumulativamente, subsidiariamente ou apenas uma desligada da outra.

A ideia principal a reter da Directiva que deu origem à Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho, é que o sucesso das investigações da criminalidade associada à informática e às redes de comunicações electrónico-digitais exige, na maior parte dos casos, que as autoridades judiciais e policiais tenham acesso aos elementos que compõem essas comunicações. Só na posse dos elementos gerados pelas comunicações electrónico-digitais será então possível determinar e comprovar a autoria de determinados crimes, nomeadamente, através da obtenção de uma listagem das comunicações efectuadas com a identificação do terminal do emissor e do receptor, a data e a duração da comunicação, o número de IP, o tipo de equipamento utilizado, etc. Assim é, mesmo que para o efeito seja necessário *sacrificar* os direitos fundamentais dos cidadãos ao nível dos seus

¹¹ Neste sentido, veja-se BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *Da Prova Penal, Tomo IV – Da Prova Electrónico-Digital e da Criminalidade Informático-Digital*, Lisboa, Rei dos Livros, 2011, p. 39.

dados pessoais, gerados e tratados no âmbito das comunicações electrónico-digitais, restringindo-os ao limiar de protecção.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro (Lei do Cibercrime), o ordenamento jurídico português passou a contar com uma nova regulamentação jurídica exclusivamente dedicada ao Cibercrime, à recolha da prova digital e à cooperação internacional. Do ponto de vista sistemático, esta lei condensou num só diploma normas de direito penal material, normas processuais e ainda normas respeitantes à cooperação penal internacional.

Apesar de a Lei do Cibercrime, no Capítulo II, manter no essencial as normas de direito material até então consagradas na Lei da Criminalidade Informática, procedendo à adaptação e à criação de novos tipos legais de acordo com a Convenção sobre o Cibercrime e a Decisão-Quadro n.º 2005/222/JAI do Conselho, de 24 de Fevereiro, veio, no Capítulo III, estabelecer e regular um importante conjunto de medidas processuais de acesso e recolha da prova digital que ajudam, de uma forma determinante, no sucesso das investigações criminais relacionadas com o fenómeno do Cibercrime ou sobre as quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte informático-digital, a saber: *preservação expedita de dados* (art. 12.º); *revelação expedita de dados de tráfego* (art. 13.º); *injunção para a apresentação ou concessão do acesso a dados* (art. 14.º); *pesquisa de dados informáticos* (art. 15.º); *apreensão de dados informáticos* (art. 16.º); *apreensão de correio electrónico e registos de comunicação de natureza semelhante* (art. 17.º); e *intercepção de comunicações* (art. 18.º).

Em suma, a realização de intercepções de comunicações electrónicas e, sobretudo, a obtenção de dados de base e de tráfego são ferramentas processuais essenciais nos processos criminais onde esteja em causa a investigação da prática de crimes cometidos por via das redes informáticas de comunicação¹², da mesma forma que é essencial a realização de buscas e apreensões de outros dados informáticos, quer por via dessas redes, quer por acesso a componentes electrónico-digitais.

As medidas processuais de obtenção de prova (digital) previstas nos arts. 12.º a 17.º da Lei do Cibercrime são aplicáveis à investigação de um leque muito abrangente de crimes, que excedem largamente o âmbito da cibercriminalidade ou que em nada estão relacionados com o fenómeno do cibercrime, mas que, no

¹² Podem distinguir-se, fundamentalmente, três espécies ou tipologias de dados informáticos – ou digitais – a que as investigações criminais frequentemente necessitam de ter acesso por parte dos fornecedores de serviços de comunicações electrónicas: os dados de base, os dados de tráfego e os dados de conteúdo. Os dados de base são relativos à conexão à rede; os dados de tráfego são os dados funcionais necessários ao estabelecimento de uma ligação ou comunicação e dados gerados pela utilização da rede; os dados de conteúdo são os dados relativos ao conteúdo da comunicação ou da mensagem.

geral, estão relacionados com a obtenção da prova digital⁽¹³⁾. Todavia, o legislador português não ficou apenas por aí, pois, indo bem mais longe do que o previsto no texto da Convenção sobre o Cibercrime que visava adaptar, através do art. 19.º, n.º 1, da Lei do Cibercrime, de forma inovadora, alargou substancialmente a aplicação de uma das medidas processuais de obtenção de prova mais *sensíveis* previstas no ordenamento processual penal português, admitindo, por esta forma, o recurso às acções encobertas aos crimes expressamente previstos na Lei do Cibercrime, como também a todos aqueles “*cometidos por meio de um sistema informático, quando lhes corresponda, em abstracto, pena de prisão de máximo superior a 5 anos ou, ainda que a pena seja inferior, e sendo dolosos, os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual nos casos em que os ofendidos sejam menores ou incapazes, a burla qualificada, a burla informática e nas comunicações, a discriminação racial, religiosa ou sexual, as infracções económico financeiras, bem como os crimes consagrados no título IV do Código do Direito de Autor e Direitos Conexos*”.

O legislador, ao alargar, desta forma, a aplicabilidade do regime previsto para as acções encobertas a um catálogo muito vasto de crimes, ao ponto de, aparentemente, até incluir casos de pequena criminalidade, deixa o intérprete e o aplicador do direito numa difícil encruzilhada, obrigando que aquele procure um sentido lógico para esta norma, dentro das especificidades próprias dos crimes praticados em ambiente electrónico-digital, mas especialmente dentro dos fundamentos e finalidades que levaram à criação do Regime Jurídico das Acções Encobertas (RJAE), previsto e regulado pela Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto. Tudo isto sob o “caldeirão” jurídico-constitucional.

A adaptação do Regime Jurídico das Acções Encobertas com a Lei do Cibercrime

A figura do agente infiltrado sempre gerou algumas complexidades dogmáticas, tendo contribuído, no passado, para o avolumar destas dificuldades a inexistência de um regime específico para as acções encobertas e da consagração legal do conceito. Por esta razão, a introdução no ordenamento jurídico português da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, veio, de certa forma, dar um importante contributo para a delimitação da figura do agente infiltrado, ao regular os contornos de actuação e da responsabilidade penal do agente infiltrado, bem como expondo os requisitos (apertados) de admissibilidade das acções encobertas.

¹³ Cfr. art. 11.º, n.º 1, da Lei do Cibercrime. Este alargamento também é visível no art. 18.º da mesma lei para as intercepções de comunicações, ainda que de forma mais restrita, por se ter delimitado um conjunto concreto de crimes catálogo.

Dispõe, assim, o n.º 2 do art. 1.º do RJAЕ que se consideram acções encobertas, “*aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob o controlo da Policia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com a ocultação da sua qualidade e identidade*”. Por seu lado, prevê o n.º 1 do art. 6.º daquele diploma que “*não é punível a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma acção encoberta, consubstancie a prática de actos preparatórios ou de execução de uma infracção em qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma*”.

Neste contexto, podem ser identificadas várias personagens no âmbito de uma actuação encoberta com ocultação da sua qualidade e identidade, que vão desde os agentes provocadores aos agentes infiltrados, ou, numa concepção ampla do conceito, os chamados “homens de confiança”⁽¹⁴⁾.

Reconhecendo que a distinção entre a figura do agente infiltrado e do agente provocador nem sempre é facilmente encontrada, pode, no entanto, considerar-se sedimentado o entendimento (dominante) de que o agente provocador é definido como o agente da autoridade policial ou terceiro por esta controlado, que dolosamente determina outrem à comissão de um crime, o qual não seria cometido sem a sua intervenção, movido pelo desejo de obter provas da prática desse crime ou de submeter o autor do facto a um processo penal e à condenação. Já o agente infiltrado será o polícia ou terceiro por si comandado que se insinua nos meios em que se praticam crimes, com ocultação da sua qualidade, de modo a ganhar a confiança dos criminosos, com vista a obter informações e provas contra eles, mas sem os determinar à prática de infracções⁽¹⁵⁾.

O art. 3.º do RJAЕ estabelece, em termos concretos, o princípio geral de que a admissibilidade do recurso ao agente infiltrado no âmbito das acções encobertas depende na verificação dos seguintes requisitos: (i) a acção deve ser adequada a fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto e proporcional quer àquelas finalidades, quer à gravidade do crime em investigação (n.º 1) – requisito material; e (ii) depender de autorização e controlo jurisdicional (n.ºs 3 a 5) – requisito formal.

¹⁴ Veja-se MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 220.

¹⁵ Neste sentido, veja-se ANTÓNIO HENRIQUE GASPAS, “As Acções Encobertas e o Processo Penal: Questões Sobre a Prova e o Processo Equitativo”, in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 46.

Traduzindo este princípio da proporcionalidade *em sentido amplo* em “miúdos”, para o RJAÉ significa que somente será de se admitir o recurso à figura do agente infiltrado no âmbito das acções encobertas, quando a acção encoberta se revelar adequada à prossecução dos fins visados de prevenção e/ou investigação criminal (cfr. art. 1.º, n.º 1, do RJAÉ), ou seja, a acção encoberta deve ser adequada aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto, nomeadamente à descoberta de material probatório; se revelar necessária para a prevenção e/ou investigação criminal do caso concreto, porque é o meio de obtenção de prova e de prevenção mais eficaz e menos oneroso para os restantes direitos, liberdades e garantias em conflito⁽¹⁶⁾; e se revelar proporcional (*em sentido estrito*), no sentido em que, como meio legal restritivo de direitos, liberdades e garantias, a acção encoberta e os fins visados devem estar situados numa justa e proporcional medida, isto é, terá de haver uma proporcionalidade quer àquelas finalidades – de prevenção e repressão criminais –, quer à gravidade do crime em investigação⁽¹⁷⁾. Basta não se verificar cumulativamente algum destes requisitos materiais em concreto para inviabilizar o recurso a uma acção encoberta.

A possibilidade do recurso a agentes infiltrados no âmbito das acções encobertas, como meio (excepcional) de prevenção e repressão de fenómenos criminais considerados objectivamente graves e de investigação criminal complexa, tem sido, nos tempos mais recentes, uma exigência das jurisdições a nível mundial como condição indispensável para a obtenção de resultados positivos. Sendo desaprovadas na generalidade dos países as acções onde os “homens de confiança”, ou alguém a seu mando, ultrapassam os limites de uma conduta aceitável, tendo em conta as exigências de um processo equitativo (*fair trial*) e o respeito da personalidade humana do aguido/suspeito.

A utilização de agentes infiltrados deve ser circunscrita e revestida de garantias, mesmo quando está em causa a repressão da criminalidade grave, que desta forma limitarão os riscos de uma apressada ou injustificada intervenção do agente infiltrado. Com efeito, se a expansão moderna da criminalidade de natureza transnacional e objectivamente grave, de complexa investigação, impõe a adopção de medidas apropriadas, também numa sociedade democrática o direito a uma boa administração de justiça ocupa um lugar eminente que não se pode sacrificar por razões de oportunidade, especialmente quando os meios são desproporcionais relativamente às condutas criminais praticadas e aos fins visados pela perseguição penal.

¹⁶ Conjuntamente com este deve ser atendido ainda o princípio da subsidiariedade, segundo o qual não pode a autoridade judiciária autorizar a realização de uma acção encoberta sempre que uma outra técnica de investigação e prevenção menos gravosa possa atingir os mesmos fins.

¹⁷ Neste sentido, veja-se MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo Penal – Tomo I*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, pp. 546-547.

Concedendo especial atenção ao princípio da proporcionalidade *em sentido estrito*, as acções encobertas “electrónico-digitais” e os fins por elas visados devem estar situados numa justa e proporcional medida, ou seja, terá de haver um justo equilíbrio entre as finalidades de prevenção e repressão criminal com a gravidade dos (ciber)crimes em causa ⁽¹⁸⁾.

Nestes termos, podemos traçar um caminho delimitador de aplicabilidade das acções encobertas “electrónico-digitais” previstas na Lei do Cibercrime, no sentido que deve ser limitado o alargamento do âmbito material do RJAE, operado pelo art. 19.º, n.º 1, da Lei do Cibercrime, apenas aos (ciber)crimes inseridos abstrata e objectivamente no conceito de criminalidade grave, quando cometidos de forma dolosa. Expurga-se do seu âmbito a pequena e média criminalidade, ou quando cometidos de forma negligente, por estas formas de criminalidade não se inserirem dentro das finalidades e requisitos definidos pelo RJAE que justifiquem a forte compressão ou lesividade de vários direitos, liberdades e garantias.

¹⁸ Apesar da gravidade do crime se refletir em diversos fatores relacionados com a prática do mesmo, não deixa de ser considerado, em termos gerais e abstratos, que a moldura penal definida pelo legislador é o primeiro indiciador da sua gravidade. Sendo pacificamente aceite que um tipo criminal definido com pena abstrata superior a cinco anos de prisão se insira naquele limiar mínimo para o efeito do conceito de criminalidade grave.

NORMATIVIDADES LINGUÍSTICAS LUSO-BRASILEIRAS. NORMAS DE TRATO SOCIAL: DO(S) SEU(S) SENTIDO(S) ⁽¹⁾

Paulo Ferreira da Cunha ⁽²⁾

0. Saudações

O saudoso Professor SEBASTIÃO CRUZ escreveu um dos livros que mais me fizeram gostar de Direito enquanto cursava Direito na Universidade de Coimbra: *Ius Derectum (Directum)*. O outro – é mais que justo que o recorde – foi *Direito Público e Sociedade Técnica* do meu saudoso Mestre Rogério Ehrhardt SOARES.

Ora *Ius Derectum Directum* dedicou-o SEBASTIÃO CRUZ à Universidade de Santiago (a Universidade do Prof. PUY e da Prof.^a MILAGROS, aqui presentes), com palavras que me ficaram gravadas: *A la que más quiero despues de la mía*.

Pois eu não saúdo a Universidade do Minho dessa forma, porque a tenho no coração como minha também.

Embora sentindo-me sempre da casa e em casa, sinceramente agradeço a todos os colegas que, mais uma vez, o não tenham esquecido e, especialmente,

¹ Mantivemos a oralidade deste diálogo académico e, por isso, consideramos desnecessário, e até contraproducente, adensá-lo com bibliografias e notas. O presente texto dialoga com alguns outros, sobre o mesmo tema ou afim, que publicámos, no Brasil, na revista *Lingua Portuguesa* e, em Portugal, na nossa antiga coluna do jornal *O Primeiro de Janeiro* e da publicação cultural *As Artes entre as Letras*.

² Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

ao Prof. MÁRIO MONTE e à Prof.^a CLARA CALHEIROS por mais uma vez me propiciarem este regresso a casa. *Wohin gehen wir? Immer nach Hause...* – como dizia NOVALIS. Na pessoa de ambos, cumprimento os Velhos e novos Colegas desta Academia e os seus estudantes. Recordo com saudade os tempos, verdadeiramente épicos, da fundação deste Curso e desta Escola. Saga para que tenho muito orgulho de ter dar o meu contributo.

Last but not the least, cumprimento também muito cordialmente a senhora Presidente da Mesa, Prof.^a MARIA ÂNGELA CARRASCALÃO, dessa Timor-Lorosae de que se poderá dizer talvez ser a vera *última flor do Lácio...*, e os Caros Profs. FRANCISCO PUY e LUIZ FERNANDO COELHO, que me precederam nesta mesa, tão brilhantemente...

As minhas palavras de hoje não serão muito habituais. Destinam-se elas especialmente a chamar a atenção (ainda que de forma ego-histórica, recordando uma corrente e um belo livro de LE GOFF, DUBY, CHAUNU e NORA) para os traços de normatividade e poder inscritos na linguagem quotidiana e especialmente nas formas de tratamento académicas, ensaiando alguma comparação luso-brasileira, na esperança de que um dia o estudo se possa alargar a outros países da Lusofonia, que, infelizmente, à exceção de Cabo Verde, não tenho ainda o gosto de conhecer.

É um convite a novos estudos interdisciplinares e nos vários países unidos pela Língua que nos é pátria comum, e esperemos que também mátria e frátria. E sendo o ensejo deste colóquio uma comemoração, talvez o método e o estilo memorialistas não fiquem assim muito deslocados...

I. Se o meu nascimento...

A normatividade começa com a linguagem. E CONFÚCIO recomendava que, antes de qualquer norma nova ou mesmo reforma do Estado, se retificasse a linguagem, se cuidasse da palavra. É por aí que começamos, e pelo posicionamento das pessoas no mundo e umas em relação às outras, ou seja, a malha expressiva da sociedade, a cartografia linguística das classes e dos grupos, as normas e formas de tratamento. Caminhemos, pois, ao encontro dessas regras elementares da juridicidade (e da política) que são já não o “meu” e o “teu” do direito tradicionalmente ensinado, mas o “eu”, o “tu”, o “você” e o “vós” da normatividade linguística, ao mesmo tempo subliminar e imperante.

Começemos por coisas antigas. Memórias de empréstimo, para depois passarmos a memórias mais pessoais.

Entranhada ideia de *decorum* e estética não me permitem ler integralmente uma carta setecentista guardada na Biblioteca Nacional de Lisboa. Leio-a com reticências, nos lugares respetivos:

“Exmo. Sr. Duque de Cadaval:

Se o meu nascimento, embora humilde, mas tão digno e honrado como o da mais alta nobreza, me coloca em circunstância de V. Excia. me tratar por TU – C... para mim que nada valho.

Se o alto cargo que exerço, de Corregedor da Justiça do Reino em Santarém, permite a V. Excia., Corregedor Mor da Justiça do Reino, tratar-me acintosamente por TU, – C... para o cargo.

Mas, se nem uma nem outra coisa consentem semelhante linguagem, peço a V. Excia. que me informe com brevidade sobre estas particularidades, pois quero saber ao certo se devo ou não C... para V. Excia.

Santarém, 22 de outubro de 1795

Pina Manique, Corregedor de Santarém”.

Esta carta revela muitas coisas interessantes. De entre elas, de não pequena monta, é a desenvoltura de um funcionário para com um titular, alto funcionário do reino de Portugal, seu superior hierárquico. É preciso ter certamente, mais que coragem, uma certa temeridade para assim se ripostar ao que se tem como afronta. E não se pode deixar de perguntar-se, ainda que apenas hipoteticamente, quantos, hoje, em regimes republicanos, democráticos, e Estados de Direito (o que não ocorria na época), se sentiriam à vontade para darem uma resposta deste jaez. Não vai aqui – assinale-se – nenhuma crítica ao presente *statu quo*, situação muito melhor, a nosso ver, que a da época; mas não deixa de ponderar-se que alguma coluna vertebral alguns terão perdido, no entretanto...

O que mais interessa, porém, é, no caso, a forma de tratamento. No séc. XVIII, pelos vistos, um Duque e Corregedor-Mor da Justiça tratar por “tu” um Corregedor da Justiça *simpliciter* (isto é, de quem era superior hierárquico, recorde-se), poderia ser agravo de monta.

Curiosamente, as coisas não serão assim sempre, nem em toda a lusofonia, nem em todos os socioletos de grupos e classe.

II. O “tu” nas guerras liberais

Durante a guerra civil que opôs, já no séc. XIX, o liberal D. Pedro IV de Portugal (que seria o Imperador D. Pedro I do Brasil – diferenças de fuso horário, como se sabe...) a seu irmão absolutista D. Miguel, uma das formas de as forças mais reacionárias irem pela província colhendo apoios era a de os altos

dignitários do absolutismo passarem a tratar pequenos fidalgos sem títulos por “tu”. Isso, ao invés de os agastar, de tal forma os lisonjeava (serem assim tratados pela grande nobreza era privilégio, era promoção), que se bandeavam logo para a causa do direito divino do rei. Há quem diga que coisa semelhante, ou simétrica, teria ocorrido da banda dos liberais...

III. O “você” de uma avó

Vamos então à minha história pessoal do “você”, que desde já admito poder ser muito diferente de histórias de outros, com diferentes vivências.

Desde menino que, na granítica e brumosa cidade do Porto, minha avó paterna, que era quem mais em casa curava dessas coisas, me havia solenemente prevenido contra essa curiosa palavra.

Vale dizer que ela casara muito nova ainda com um brasileiro não muito mais velho, que aqui se estabelecera, vindo com os pais, que viviam no Rio de Janeiro, sendo contudo ele, por acidente, Mineiro, da cidade de Itajubá. Será que a prevenção dela contra o “você” derivaria de alguma experiência familiar, a partir do contacto com meu avô, com o sogro ou a sogra, ou as cunhadas? Não o creio... Deveria ser mesmo a absorção de um socioleto local, pelo menos, em que a expressão era de conotação pouco elevada ou simpática.

Recordo, por exemplo, que minhas tias-avós, tal como aliás meu avô, não tinham qualquer entoação (“sotaque”) que revelasse a sua origem. A única coisa – e muito significativa, creio – que traía essa proveniência era que se referiam sempre aos pais como “papai” e “mamãe”... com o “jeitinho linguístico” próprio do Brasil que em Portugal dizemos, de forma carinhosa (como sempre aqui os brasileiros são tratados) ser “português com açúcar”.

Não me lembro de meu avô utilizar o “você”. Era dos raríssimos brasileiros que, uma vez radicado em Portugal, por completo perdeu o *accent* brasílico e também a forma de construção verbal. Ensinou-me sem me ensinar o hino brasileiro e fazia uma divertida brincadeira luso-brasileira, colocando na sua música a letra das primeiras estrofes d’*Os Lusíadas*. Entoava ambos os hinos ao piano, com acompanhamentos algo barrocos da mão esquerda.

Seja como for, minha avó decididamente não gostava do “você”. E tinha uma frase lapidar para estigmatizar o seu uso. Dizia ela, perentória e severa: “Você é estrebaria”.

IV. “Litania não rima com ‘tu’”

Mas se o “você” era “estrebária”, o uso do “tu”, como é óbvio, estava reservado a grandes intimidades, a pessoas mesmo chegadas, sobretudo os familiares mais próximos.

Recordo que, do lado materno, uma tia-avó contava do respeito enorme pelo meu bisavô, que comandava, à mesa, intermináveis ladainhas a Nossa Senhora. E ela insistia na jaculatória do *Ora pro nobis* – eram ladainhas obviamente em Latim. Não resisto a recordar um pedacinho da litania, que me parece um mantra muito bonito, mas que matava de tédio os meus tios-avós:

[...] Sancta Maria, ora pro nobis. Sancta Dei Genitrix, ora pro nobis. Sancta Virgo virginum, ora pro nobis. Mater Christi, ora pro nobis. Mater divinae gratiae, ora pro nobis. Mater purissima, ora pro nobis. Mater castissima, ora pro nobis. Mater inviolata, ora pro nobis. Mater intemerata, ora pro nobis. Mater amabilis, ora pro nobis. Mater admirabilis, ora pro nobis. Mater boni consilii, ora pro nobis. Mater Creatoris, ora pro nobis. Mater Salvatoris, ora pro nobis. Virgo prudentissima, ora pro nobis. Virgo veneranda, ora pro nobis. Virgo praedicanda, ora pro nobis. Virgo potens, ora pro nobis. Virgo clemens, ora pro nobis. Virgo fidelis, ora pro nobis. Speculum justitiae, ora pro nobis. Sedes sapientiae, ora pro nobis. Causa nostrae laetitiae, ora pro nobis. Vas spirituale, ora pro nobis. Vas honorabile, ora pro nobis. Vas insigne devotionis, ora pro nobis. Rosa mystica, ora pro nobis. Turris Davidica, ora pro nobis. Turris eburnea, ora pro nobis. Domus aurea, ora pro nobis. Foederis arca, ora pro nobis. Janua caeli, ora pro nobis. Stella matutina, ora pro nobis. Salus infirmorum, ora pro nobis. Refugium peccatorum, ora pro nobis. Consolatrix afflictionem, ora pro nobis. Auxilium Christianorum, ora pro nobis. Regina angelorum, ora pro nobis. Regina patriarcharum, ora pro nobis. Regina prophetarum, ora pro nobis. Regina apostolorum, ora pro nobis. Regina martyrum, ora pro nobis. Regina confessorum, ora pro nobis. Regina virginum, ora pro nobis. Regina sanctorum omnium, ora pro nobis. Regina sine labe originali concepta, ora pro nobis. Regina sacratissimi Rosarii, ora pro nobis. Regina pacis, ora pro nobis. [...]

Toda a gente sabia o recitativo de cor, então.

Era desta parte que ela mais reclamava. Pois bem. Um bisavô que todos os dias recitava esta ladainha não poderia jamais ser tratado nem por “você” (sendo que “você” é já corruptela de uma forma de tratamento polida: “vossa mercê”), nem, muito menos, por “tu”. O meu bisavô materno, como muitos outros bisavós, avós, pais... eram tratados pelos filhos por “o Senhor meu Pai”. Ainda hoje, *há quem assim o faça, mas em círculos mais limitados.*

Contudo, ao contrário das famílias que se consideravam mais *snobs* (a minha família – na casa onde nasci – era republicana, meu avô brasileiro e artista tinha estado preso pela polícia política por propaganda subversiva... por

música!), o “tu” (mas um “tu” respeitoso) era permitido para todas as pessoas da família e mesmo para as empregadas domésticas. Que (tenho pena) não me lembro como me tratavam.

No Liceu que frequentei, como tivera no primeiro ano muito boas classificações, fui “promovido” a passar da turma “T”, por onde entrara, para a turma “A”, onde estava a fina flor do Porto. Notei que os poucos colegas que deixavam entrever as famílias tratavam os pais na terceira pessoa e acho que eles os tratavam igualmente, chamando-os por “o menino” ou o “Fulaninho” (com o nome). Claro que a amostra é pequena...

Seja como for, o “tu” era perigoso para intimidades, e ainda o é. Na Universidade portuguesa (e refiro-me a todas as academias) só trato por “tu” meia dúzia de colegas muito amigos, meia dúzia muito mal contada. Um dia, um empresário muito meu amigo, que assistiu mesmo ao meu doutoramento coimbrão, explicou-me que proibira que os empregados se tratassem por “tu” para haver mais ordem, mais respeito, e para que a familiaridade não prejudicasse a liderança quando ele promovesse algum a gerente. E era, ao que creio, socialista.

Não tenho nada contra o “tu”. É uma liberdade na face (como uma “frescura na face”) poder tratar alguém por “tu” em certos ambientes. Mas só se podem tratar alguns... Porém, isto só é válido para Portugal. Em Espanha ou na Bélgica, o uso do “tu” é tão imoderado, que faço volutas verbais infindáveis para não o usar com colegas muito mais velhos, que talvez de mim o esperem. Mas, confesso, não tenho coragem.

Nem na Europa uso jamais o “você”. Só com brasileiros me permito usar essa palavra. Porque, com eles, tem ela, evidentemente, toda uma outra conotação.

V. Uma lição paterna sobre formas de tratamento

Recordo-me com nitidez que dos pouquíssimos conselhos que meu Pai me deu, ao entrar no então chamado “ciclo preparatório do ensino secundário”, foi sobre formas de tratamento. Numa noite enluarada, ainda de férias, deambulando nós pela brisa dos momentos suspensos, meu Pai, com pachorrento ar pedagógico, explicou:

“ – No Liceu, há vários tipos de professores. Como eles são licenciados, em geral, ou seja, têm um grau obtido na Universidade, o uso é chamar-lhes doutores. Mas sempre com ‘Senhor’ antes. O correto é dizer e escrever ‘Senhor Doutor’, ‘Senhora Doutora’ ”.

Explicou que, verdadeiramente, doutores só eram as então mais que raríssimas pessoas que obtinham um grau praticamente de deuses do Olimpo,

chamado Doutoramento (e esses tinham direito, em Coimbra, a esses chapéus cilíndricos de turco, bordados com cores, segundo as especialidades – mas eu então já sabia bem a que cursos correspondiam todas as cores então existentes, que não eram o arco-íris berrante de hoje).

Contudo, o meu Pai advertiu que, para o comum dos mortais, a licenciatura já era um caso muito sério (também havia pouquíssimos licenciados então) e que, por deferência, toda a gente chamava “doutor” ao simples licenciado.

Desenvolveu, porém, que havia licenciados como que “especiais” (não fiquei a entender bem se mais bizarros, se mais *chics*), os quais, tendo cursos “diferentes”, gostavam de se diferenciar com tratamentos privativos.

Assim, comentaria que um biólogo, ou químico, um historiador (não havia então nem sociólogos nem psicólogos: disciplinas subversivas, claro...), um licenciado em Literatura ou em Filosofia (não sei se foi então que percebi que, em Portugal, *não se chama “filósofo” a um licenciado, nem a um doutor, nem mesmo a um Lente de Filosofia: para se ser “filósofo” é preciso muito mais...*) são todos tratados por “doutores”. Mas advertiu que, no caso (mais corrente) de alguém não possuir o tal grau de “doutoramento”, então, no tratamento por escrito, só teria direito à abreviatura “Dr.”. Até um médico e um advogado, que são, em geral, licenciados, são tratados por “Dr.” e pronto. Já um licenciado em engenharia teria de ser tratado por “Senhor Engenheiro” e não por “Senhor Dr.”, assim como um licenciado em Arquitetura teria que ser tratado por “Senhor Arquiteto”. Não me explicou, contudo, que isto até pode não ser bem assim, porque, em muitos casos, é necessário a inscrição em Ordem profissional. Mas, na altura, nem sei se havia Ordens para todos estes. Dos Médicos e dos Advogados, sim. Mas esses eram Doutores, digo, por escrito, “Drs.”.

Nesta diferença entre “Doutor” e “Dr.” está a chave para o entendimento do “Prof. Doutor” para o doutorado português que dá aulas, enquanto quando, em Portugal, se escreve de alguém “Prof. Dr.” não é sequer certo que não seja um mero licenciado (com direito ao “Dr.”) com funções docentes (e daí o “Prof.”). Pode ser, porém, um doutorado modesto ou com trânsito internacional. Não parece haver outro lugar do mundo, além de Portugal, em que haja diferença entre “Doutor” e “Dr.”... Sendo que um é e outro nem sempre será...

A lição não ficou por aqui. Preveniu-me ainda meu Pai que podia eventualmente “apanhar” engenheiros como professores de Matemática, por exemplo, ou Arquitetos como professores de Desenho ou, ainda, sabe-se lá quem como professores de Ginástica (na altura era uma formação mais rara e havia muitos estudantes das mais diversas matérias a quem era confiada tal lecionação) e mesmo podiam aparecer não licenciados nas aulas de Trabalhos Manuais (desde logo, mestres de carpintaria, por exemplo; mas a par de diplomados das Belas Artes). Estas foram, por sinal, as que mais detestei, não

porque não tivesse habilidade (viria a ter boa nota ao equivalente à Escultura, mais tarde, quando resolvi estudar Desenho no Ensino Superior), mas porque nunca entendi a mentalidade desses docentes, que me pareceram, na altura, apostados em compensar com as suas más classificações as excelentes notas que ia tendo a Desenho, com licenciados em Pintura, a quem, quando queríamos distinguir, chamávamos um nome ainda diferente: “Mestres”. Dito com um ar de veneração, e quem sabe se com uma ligeira vénia. Ao menos uma vénia interior. E, nessa altura, nem se sonhava com o grau de Mestre obtido por curso e tese de Mestrado...

VI. Cada terra com seu uso... Usos da Capital

Mas não está olvidada a questão do “tu” e do *marketing* político dos absolutistas...

Os grandes choques linguísticos acontecem quando mudamos de terra ou de círculo social. Eu mudei de terra.

Em Lisboa, onde passei uns meses, sem os meus pais, mas sempre com minha avó paterna (contudo aí mais flexível e moderna, porque também sabia ser romana em Roma), no bulício já (para a época) agitado da capital e da sociedade (na sua versão moderna, não da bafienta), fui-me apercebendo que a regra de ouro da minha avó se não aplicava a todo o território português. Muita gente se tratava, parecia-me a mim com snobismo, por “o menino” ou “a menina”. A fórmula usava-se em várias situações: de mais velhos para mais novos, entre mais novos e entre não assim tão novos. Mas localizei isso num grupo social.

Contudo, o “você” propriamente dito pareceu-me relativamente corrente. E não me lembro que nesse uso mais geral houvesse particular afetação. Não creio mesmo que houvesse. O “tu”, tal como no Norte, era entretanto reservado aos mais íntimos, embora houvesse mais íntimos (ou supostos como tais) que, em certos casos, eram tratados por “o menino” ou “a menina” – pelos pais, pelos tios, pelas empregadas domésticas (embora estas, obviamente “de casa” mas não íntimas, ou não tidas como tais, usassem mais o nome: “o Tiaguinho”, “o Dioguinho”, “o Gonçalinho”, “a Marianinha” – com diminutivo, pois, em muitos casos).

Havia ainda situações de um “você” ostensivamente social, para afetar um pouco mais de intimidade (mas a mim, mais tarde, quase intimidando): em vez de dizer “o senhor”, etc. Em geral, apercebi-me de que, com o crescimento das possibilidades de emprego do “você”, o “tu” aí perdia terreno, e perdia um pouco o pé também porque nem sequer conseguindo manter-se com o monopólio da forma de tratamento familiar ou íntimo. Acredito que muitos namorados e

afins se tratassem por “você” (até pelo jogo da sedução da ambiguidade e da distância?). Mas obviamente não sei; tinha uns nove anos...

VII. Coimbra dos Doutores e a reabilitação do “você” aí e no Brasil

Voltei ao Porto e nunca mais me lembraria do “você”. Até que lá fui para a Lusa Atenas, a bela Coimbra, do Choupal até à Lapa, capital de amores e doutores. E fui cursar Direito, esse curso que é, como disse um velho mestre, “uma dolorosa cruz até o calvário”.

Na escola primária no Porto, os professores sabiam os nossos nomes de cor e tratavam-nos por “tu”. Não me lembro como em Lisboa nos tratavam. Não me lembro mesmo. Recordo que apanhei reguadas porque não sabia que telefonia era o nome que lá davam ao rádio. Mas não fiquei traumatizado...

No Ciclo Preparatório, creio que a maioria, pelo menos, continuava a tratar-nos assim, sendo exceção quem não o fizesse: um ou outro professor mais siso ou mais tímido, admito. E o mesmo se passava no Liceu.

Se ao todo tive meia dúzia de professores que nos tratavam, não por “você” (e isso é o curioso), mas pelo nome com a concordância com a terceira pessoa, foi muito. Estou a lembrar-me quase de um, homem bom e desmemoriado, de vastos interesses e grande biblioteca (que um dia me convidou para jantar em sua casa, já eu era licenciado), a dizer-me com ar compenetrado:

“ – Olhe, Paulo: deve ir para Direito. Isso é um curso a sério”...

Ele não cursara Direito, claro. Sempre idealizamos a relva verde do vizinho como sendo, essa sim, *green as green*.

Mas quando desembarquei do comboio em Coimbra, com os meus esperançosos 18 anos, as coisas foram diferentes. Num ritual familiar, tal como ocorrera com meu Pai, já falecido então, meu Padrasto, que, ao invés dele, *não estudara nas margens do Mondego, mas se quedara em estudos pela terra Natal – e no edifício em que agora é a minha (a Faculdade de Direito era então a de Engenharia) – prevenira-me:*

“ – Em Coimbra, são todos doutores. Quando um estudante desce do comboio, o “bagageiro” (ele usava esta expressão que creio dever-se a ter vivido muitos anos em Moçambique ou a ter estado ligado ao Gabinete de Estudo dos Caminhos de Ferro...) imediatamente lhe tira uma chapelada e o trata por ‘Senhor Dr.’”.

Na verdade, nenhum bagageiro veio ajudar-me com a pesada mala, nem obviamente ninguém nunca me tratou por “Dr.” antes do devido tempo. A

mim, como a muitos outros, ocorreria antes o inverso: de já serem licenciados e por muito novos obviamente não terem direito a tal tratamento, que também decorre, em sociedade, de um reconhecimento extra-acadêmico e que tem que ver com alguma *gravitas*. Era já catedrático há mais de uma dúzia de anos e um desmemoriado comerciante, que frequento desde que me conheço, ainda me perguntou se eu era licenciado em Direito... Fiquei a desconfiar que ele julgasse que eu era médico, ou arquiteto...

Em geral, porém, não me posso queixar, já que, usando desde cedo barba, e um pouco depois também bigode, tais adereços me forneceram um suplemento de respeitabilidade social... E a tal ajudou muito também o ter-me afeiçoado ainda estudante ao apêndice da gravata, igualmente muito útil para jovens profissionais (masculinos, pelo menos). Há uma vera metafísica da gravata, como uma metafísica da barba.

Na Faculdade, as aulas, os professores, alguns um tanto solenes (só tive um único que, e foi no 5.º ano, tratava os estudantes por “tu”), costumavam tratar os alunos por “Senhor Fulano de Tal”, e as alunas por “Senhora Dona Fulana de Tal”, sendo para eles o “Fulano de Tal”, normalmente, os dois últimos nomes de família (no meu caso, “Senhor Ferreira da Cunha”) e para elas (embora não me lembre tão bem) creio que esses dois nomes precedidos do nome próprio (por exemplo: “Senhora Dona Paula Silva e Costa” – nome agora suposto, ficcionado, como é óbvio).

Contudo, pareceu-me que, com o tempo, e já no Mestrado, certamente (quando o Mestrado não era bolonhês), um ou outro professor talvez tivessem passado a tratar um ou outro aluno (quicá algum já seu Assistente) por... “você”. E eis o “você” reabilitadíssimo, como uma espécie de distinção, agora acadêmica, informalmente outorgada pela nobreza grande a uma ainda muito pequena nobreza. Tal e qual como na velha história das guerras liberais.

Mas obviamente que a maior e definitiva reabilitação do “você” vim a tê-la no Brasil. Aí, embora em alguns lugares, especialmente no Rio Grande do Sul, quanto me apercebi, se use o “tu” (mas nem sempre com a concordância que se usa em Portugal), a dicotomia “tu”/“você” não tem o sentido que na Europa adquiriu. E, assim, o “você” acaba por ser uma espécie de “*you*” inglês em Língua Portuguesa.

VIII. Todos Professores e alguns novos “Doutores”

Quando comecei a dar aulas, pois, já se encontravam completamente instaladas em Portugal duas práticas de tratamento de docentes, completamente ao arrepio das instruções de meu Pai. E também a prática coimbrã do “doutor”

para toda a vida, a que se referira meu Padrasto se encontrava em desuso, até mesmo para formados em Coimbra, mas depois idos para outras academias.

Muito provavelmente pelo impacto da tradição lisboeta, no mundo académico, passou-se a chamar “Professores” aos doutorados e “Doutores” (embora mantendo o “Dr.”) aos não doutorados. Porém, como é complicado aos estudantes (a não ser por uma adivinhação baseada em critérios quiçá de idade: mas tende a haver doutores imberbes) saberem se um docente é doutorado ou não, a prática passou a ser que a breve trecho todos os docentes universitários passaram a ser tratados por “Professor”. E retirou-se-lhes o “Senhor”, creio que pela lei do menor esforço, que é consabida lei linguística.

Criou-se uma palavra nova, que os novos falantes desconhecem por completo derivar da velha expressão que me pai me recomendara:

“ – Sempre tratar por ‘Senhor Dr.’, ‘Senhora Dr.’”.

Pois é: agora os jovens tratam os seus professores naquela faixa académica do antigo Liceu por “Setôr” e “Setôra”.

IX. *Captain, my Captain* e os seus sucedâneos

Quando comecei a dar aulas na Universidade, já muita gente me tratava por “Professor”, o que, confesso, me arrepiava, tal como sucedia a muitos colegas formados em Coimbra e “exportados” para outras academias. Habituei-me depois... Mas secretamente o que gostaria era que me tratassem por “*Captain, my Captain*”, como no filme *Dead poets society*.

E quer parecer que agora haverá quem fique mais chocado (eu dificilmente me choco com coisas académicas, nem me indigno... estou já quase a aprender a não corar) quando vê um imberbe assistente estagiário ser assim tratado, promovido não se sabe como nem porquê à forma de tratamento que, segundo a tradição lisboeta, só poderia ser tributada a doutores, e até, num ou noutro caso mais rigorista, apenas a catedráticos. O problema é que, entretanto, *já não há dinheiro nem lei para haver sequer assistentes...*

Mas, como docente (não gosto desta expressão, que serve, em alguns casos, para confundir e, em outros, para camuflar ou sofismar que se é “assistente” quando se gostaria ou se pensa que se deveria já ser mais... posto que ela tenha um sentido prático e democrático que se não deveria perder, englobando, sem distinções, todos os que dão aulas), confesso, acabei por ter também algumas pequenas dificuldades quanto à forma de tratar os estudantes.

Comecei, como seria de esperar, por reproduzir o que haviam feito comigo: tratar da forma cerimonial coimbrã. Mas fui-me apercebendo, porém, que os

estudantes ficavam a partir de certo momento incomodados (ou divertidos) quando simplesmente se começava uma aula com o proverbial “Minhas Senhoras e meus Senhores”, ou “Senhoras e Senhores” (julgo recordar que, em Coimbra, nos tempos em que lá andei, se resumia normalmente tudo com “Os Senhores...”, não no início de aula, mas a meio, para interpelar o anfiteatro).

A situação mais curiosa foi quando, não há muitos anos, comecei a dar aulas, simultaneamente, a alunos de duas variantes distintas do Mestrado. Na vertente com alunos mais virados para o foro, era impossível não os tratar por “Senhor Dr.,” “Senhora Dr.^a”... Já na outra, pelo contrário, mais votada tematicamente a questões críticas e filosóficas, embora os estudantes tivessem exatamente a mesma preparação académica, era pelo contrário impossível não os tratar pelos nomes.

X. Linguagens não verbais

Alguns colegas de outras casas já me relataram casos complicados de linguagens não verbais: designadamente de indumentária. E uma Universidade, ao que se noticiou, terá pensado, pelo menos, em introduzir algumas regras nesse sentido. Mas parece que abandonaria a ideia.

Recordo um primo por afinidade (que viria depois a ter uma bela carreira na Administração Pública) que, num exame com um grande professor, ficou sempre convencido de haver reprovado por se ter esquecido da gravata. Isto em tempos que já lá vão. Cheguei a ter um aluno, aqui na Universidade do Minho, mas creio que vindo das Ilhas, pessoa muito formal e simpática, que se veio previamente aconselhar comigo sobre como deveria ir vestido para uma prova oral... Mas o mais normal é precisamente o contrário, ou seja, um total desconhecimento de que há roupas para diferentes ocasiões da vida...

Mesmo saber quem passa nas portas das nossas universidades é um problema, já que a etiqueta normal, que manda passar quem se quer considerar, é contrária a uma velha regra académica consuetudinária pelo qual deve passar primeiro o menos categorizado academicamente – e no fim de todos o Reitor, que é como o Bispo da Academia (o qual também entra no fim e sai antes dos demais). Com a vinda massiva (e até maioritária) de Senhoras para a Universidade, estas regras, já de si conflituantes, complicar-se-iam significativamente.

O Intendente da Polícia de Pina Manique está vingado: diz-se hoje que, em Bruxelas, nas instituições da União Europeia, quando se veem duas pessoas paradas diante de uma porta, fazendo vénias e gestos largos com a mão, dando passagem uma à outra – sem que nenhuma se atreva porém a fazê-lo –, *são dois portugueses que têm medo de cometer gafes da linguagem da simpatia ou infrações ao código (meio secreto) das normas de distribuição de honras.*

A COOPERAÇÃO TÉCNICO-POLICIAL NO ESPAÇO DA LUSOFONIA E IBERO- -AMERICANO: O ATLÂNTICO COMO ESPAÇO PRIVILEGIADO DA AÇÃO EXTERNA PORTUGUESA?

Paulo Valente Gomes⁽¹⁾

1. Introdução e razão de ordem

Gostaria de começar por agradecer, na pessoa do ilustríssimo Presidente da Escola de Direito da Universidade do Minho, Professor Doutor MÁRIO MONTE, o amável convite que me foi dirigido para participar neste importante congresso internacional sobre o Direito na Lusofonia.

Quero também aproveitar o ensejo para felicitar, por um lado, a Universidade do Minho pela celebração dos seus 40 anos e, por outro, a sua Escola de Direito pela comemoração dos seus 20 anos de existência e pela qualidade do seu trabalho, fazendo votos para que continue a prestigiar o Direito e a Universidade portuguesa, no plano nacional e internacional.

O tema sobre o qual que me proponho refletir convosco é o da importância da cooperação técnico-policial na política externa portuguesa, do impacto dessa vertente no espaço da lusofonia, bem como das vantagens do seu alargamento a outros palcos, concretamente, o espaço ibero-americano.

¹ Superintendente da Polícia de Segurança Pública. Oficial de Ligação do Ministério da Administração Interna na Embaixada de Portugal em Paris.

Começarei por me referir às grandes linhas programáticas da nossa política externa, que enquadram naturalmente as prioridades da nossa cooperação policial internacional. Falarei depois da importância do espaço da lusofonia, pela sua dispersão geográfica e peso relativo no contexto internacional, enfatizando o papel de Portugal na União Europeia e o protagonismo crescente do Brasil e da África lusófona no plano internacional.

Destacarei, neste quadro, o papel que a Polícia de Segurança Pública (PSP) e, em particular, o seu Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna (ISCPSI) têm vindo a desempenhar na projeção da nossa Polícia e do nosso País. Neste particular, acentuarei a importância da exportação da segurança para outras regiões e países, como forma de promover a estabilidade, o desenvolvimento humano e o crescimento económico.

Em seguida, e no mesmo registo, elaborarei sobre as vantagens da projeção da nossa cooperação policial para um espaço mais alargado, o do mundo ibero-americano.

2. A cooperação policial como vetor da nossa política externa

Julgo essencial começar por enunciar as grandes linhas da nossa política externa, que balizam e orientam toda a nossa atividade de cooperação policial internacional, como aliás toda a ação desenvolvida ao nível internacional pelos diversos setores da nossa Administração Pública.

As grandes linhas programáticas da nossa política externa constam do Programa do XIX Governo Constitucional. Refere este documento que a política externa assenta em três grandes pilares: as opções europeias, atlânticas e lusófonas, que reúnem largo consenso político e social.

Sobretudo durante a presente legislatura, o acento tónico da nossa política externa tem sido colocado na diplomacia económica, visando a recuperação do nosso prestígio internacional e o fomento da atividade económica.

Um dos objetivos estratégicos desta política é o reforço da importância do relacionamento com os países de expressão oficial portuguesa, promovendo a língua portuguesa como fator estratégica e economicamente relevante.

No plano das relações bilaterais e multilaterais, sublinha-se a importância geoestratégica de Portugal como um país europeu com especial vocação para reforçar a cooperação europeia com outros espaços e “como pivô de alianças privilegiadas com países e comunidades regionais com forte presença da língua portuguesa”.

Neste particular, o nosso país desempenha um papel fulcral como interface entre a Europa e a Comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP). O espaço da lusofonia é, e será sempre, um vetor fundamental da nossa ação externa e é com ele, e através dele, que Portugal ganhará mais protagonismo na Europa e nas várias organizações internacionais de que faz parte.

Portugal, obreiro da primeira aldeia global, tem vantagens comparativas ímpares que deve saber gerir, fruto da sua História e conhecimento secular dos povos e das culturas dos cinco continentes.

Apenas uma nota ilustrativa da importância que Portugal e a língua portuguesa ainda têm em paragens remotas e que são relativamente desconhecidas: na Tailândia, o Português ainda é a língua usada para a celebração de acordos e tratados internacionais.

O património comum à CPLP, sobretudo na sua dimensão linguística e cultural, é determinante para o aprofundamento das relações comerciais, de serviços e de investimentos, tendo em vista, no futuro, a construção de um grande espaço económico lusófono. A segurança e a confiança nas instituições políticas e administrativas são condição *sine qua non* para o sucesso desse espaço económico alargado.

A língua portuguesa é um ativo importantíssimo para a afirmação de Portugal e da CPLP na arena internacional. O Português é uma das línguas oficiais da União Europeia, do Mercosul, da União de Nações Sul-Americanas, da Organização dos Estados Americanos, da Organização dos Estados Ibero-Americanos, da União Africana e dos Países Lusófonos. Com aproximadamente 280 milhões de falantes, o Português é a quinta língua mais falada no mundo, a terceira mais falada no hemisfério ocidental e a mais falada no hemisfério sul da Terra. Além disso, o Português constitui a base de cerca de vinte línguas crioulas.

Mas, para que haja desenvolvimento e crescimento económico, não basta contarmos com este património comum que é a língua, a história e a cultura. Torna-se necessário que estejam criadas, à partida, as condições de paz, de segurança e de estabilidade política e social. E é neste ponto que a cooperação técnico-policial assume um papel que merece ser reconhecido e reforçado.

3. O triângulo atlântico

Portugal tem sido historicamente um ator central nas relações entre a Europa, a África subsaariana e a América do Sul. O chamado “triângulo atlântico” continuará a ser, em nossa opinião, o espaço natural de afirmação do nosso país. Sobretudo num período em que a Europa procura redefinir o seu papel histórico num mundo globalizado, Portugal retirará todas as vantagens em reforçar a sua

cooperação com os dois continentes nos quais se depositam mais esperanças de crescimento e desenvolvimento nas próximas décadas.

Desde logo, o continente africano, que integra cinco (em breve, juntar-se-á a Guiné Equatorial) países de expressão oficial portuguesa e outros sete onde o Português é ensinado nas escolas – Zâmbia, República do Congo, Senegal, Namíbia, Suazilândia, Costa do Marfim e África do Sul –, é a parte do globo com maior potencial de crescimento ao longo deste século. Vários países africanos apresentam, ao longo da última década, taxas de crescimento do PIB impressionantes. Uma vez criadas as condições básicas de desenvolvimento humano e reforçadas as instituições de governação, a confiança dos povos africanos na sua capacidade de vencer será a alavanca decisiva para que este continente recupere o protagonismo que perdeu há vários séculos. Angola e Moçambique são, do ponto de vista económico, dois notáveis exemplos de crescimento económico acelerado e do potencial deste continente riquíssimo em recursos naturais.

Mas também a América Latina, porque apresenta uma assinalável capacidade de crescimento económico, de consolidação das suas instituições políticas e de robustecimento das suas classes médias, e porque tem uma forte presença das comunidades portuguesas, deve constituir uma prioridade da nossa política externa e de cooperação policial.

O Brasil, um dos BRICS, tem registado, sobretudo ao longo da última década, um processo muito acelerado de crescimento e de modernização, sendo já a sexta potência económica mundial (estimando-se que, em 2014, passará para o quinto lugar). As necessidades de formação e de modernização das muitas instituições académicas e policiais brasileiras têm aumentado exponencialmente a procura junto das nossas Polícias, sobretudo da PSP. Além disso, o Brasil vai ser, nesta década, o organizador dos maiores eventos desportivos internacionais: o Mundial de Futebol, em 2014, e os Jogos Olímpicos de Verão, no Rio de Janeiro, em 2016. Daí que a formação de quadros intermédios e superiores e a assistência técnico-policia sejam áreas a privilegiar no domínio da cooperação luso-brasileira, nos próximos anos, investimento que trará um retorno importante para o nosso país, em termos de prestígio e de visibilidade regional e internacional.

A Europa, apesar de tudo, continua a ser, para o resto do Mundo, um referencial de valores democráticos, de cultura, de conhecimento e de criatividade, que importa capitalizar na relação com o resto do Mundo. Os modelos europeus de governação, de segurança, de cultura democrática e de respeito dos direitos humanos são um fator de competitividade não negligenciável. As administrações, as polícias, as universidades, os centros de investigação são exportadores desses valores e dessa cultura europeia que, ao longo dos últimos cinco séculos, tem moldado os restantes continentes.

Portugal, aliando a sua vocação europeia, atlântica e global, posiciona-se num lugar privilegiado para continuar a partilhar com os outros povos uma visão muito particular do Mundo, que resulta do cruzamento secular da cultura lusófona com o modelo europeu de civilização.

4. A cooperação policial na lusofonia

O facto de Portugal ter sido um Império à escala global durante vários séculos levou a que houvesse uma uniformidade da sua ordem jurídica e das suas instituições político-administrativas na metrópole e nas províncias ultramarinas. Com a independência das colónias, todo esse património jurídico e institucional foi em grande medida preservado, mantendo-se ainda hoje fortes traços do nosso Direito e, por exemplo, da nossa matriz policial.

A Polícia de Segurança Pública foi a única Polícia da metrópole que, durante décadas, esteve presente em todas as províncias africanas, indianas, asiáticas e da Oceânia, deixando uma marca indelével da sua cultura, organização e administração nas atuais Polícias nacionais de Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique e São Tomé e Príncipe, bem como em Macau e Timor-Leste.

Depositária desse património histórico, a PSP, desde o início de funcionamento da sua Escola Superior de Polícia (ESP), em outubro de 1984, privilegiou a cooperação com vários desses países, dispensando formação profissional e superior universitária a cadetes e oficiais de várias Polícias do mundo lusófono. Neste momento, já ultrapassa a centena o número de oficiais desses países que concluíram os seus cursos de formação superior nesta escola, que entretanto passou a denominar-se ISCPSI.

Além disso, várias centenas de oficiais frequentaram estágios, seminários ou ações de curta duração. Alguns dos oficiais formados pela ESP/ISCPSI já ocuparam ou ocupam cargos de grande destaque nas suas Polícias nacionais ou nas estruturas de coordenação da segurança interna, como foi o caso de Cabo Verde, de São Tomé e Príncipe ou de Macau.

Mais recentemente, e sobretudo desde 2008, o ISCPSI desenvolveu uma intensa cooperação com várias academias de polícia, escolas de magistrados e universidades de Norte a Sul do Brasil, numa parceria que já começa a dar os seus frutos. O formato desta parceria é singular, pois associa sempre uma escola de polícia ou de magistrados e uma reconhecida universidade federal ou estadual brasileira, de modo a reforçar a qualidade da formação e facilitar o reconhecimento dos graus académicos. Outro aspeto importante nesta matriz de cooperação é o respeito pelo princípio da reciprocidade: há intercâmbio de alunos mas também de professores e investigadores e o quadro docente é cada

vez mais alargado, também, a docentes hispânicos. O conhecimento mútuo dos sistemas jurídicos, dos modelos policiais e das realidades sociais tem ajudado ambos os países a pensar em conjunto os fenómenos da segurança e a encontrar novas soluções. Esta linha de cooperação policial com o Brasil é, em meu entender, a que terá um maior potencial de desenvolvimento nos próximos anos, assim do nosso lado haja capacidade para dar resposta a um tão grande volume de solicitações da parte dos nossos congêneres brasileiros.

Também desde 2008, o ISCPSI tem vindo, através do seu mestrado em ciências policiais e das suas pós-graduações em diversas especialidades, a alargar a sua oferta a licenciados e quadros civis desses países.

O curso de doutoramento em ciências policiais, a iniciar em breve, o primeiro em todo o mundo, será a cúpula de um edifício académico policial que se pretende uma referência a nível europeu e do mundo lusófono e latino.

Muitos destes alunos africanos e brasileiros mantêm contactos regulares com Portugal, com a PSP ou com o ISCPSI, sinal de que ficaram positivamente marcados pela sua formação e pela cultura do nosso país. Estes oficiais, quadros superiores e civis constituem uma verdadeira rede social de difusão dos valores, dos princípios e da cultura de Portugal e da Polícia Portuguesa. São também por isso embaixadores da lusofonia. Este é um valor intangível que deveremos saber rentabilizar melhor, no futuro. Designadamente, deveremos ter consciência da importância que esta rede de oficiais tem para uma melhor integração e relacionamento das suas Polícias com os nossos cidadãos e empresas que se instalam nesses países.

Este domínio da partilha de conhecimento e de saber no âmbito do Direito e da Polícia na CPLP é, sem dúvida, um daqueles em que Portugal está a trabalhar adequadamente e onde deve investir mais no futuro, pois reforça significativamente o seu *soft power* no contexto internacional. O valor acrescentado de cada cêntimo investido neste setor é imenso e dificilmente mensurável.

5. A cooperação policial no espaço ibero-americano

A língua espanhola é falada em 135 países ou territórios, ainda que fundamentalmente em 55 deles, sendo o idioma mais falado em 27. Há 500 milhões de hispanófonos no Mundo. Se a estes somarmos os lusófonos, temos uma comunidade de cerca de 800 milhões de falantes das duas línguas ibéricas. Este é o terceiro maior grupo linguístico e cultural a nível planetário, logo a seguir ao mandarim e ao inglês.

Dada a proximidade linguística, histórica e cultural entre os espaços lusófono e hispânico, vemos toda a utilidade em que, do ponto de vista geopolítico

e geoestratégico, se aposte cada vez mais neste tabuleiro luso-hispânico, retirando vantagens políticas, no contexto das organizações internacionais, mas também ao nível económico, pelo fato de sermos a terceira maior comunidade a nível mundial.

Esse caminho já começou a ser trilhado, estando em funcionamento ou em fase de instalação várias estruturas de cooperação policial no espaço ibero-americano. Desde logo, a AMERIPOL, uma organização pan-americana de Polícias, que já integra, como observadores, a Espanha e Portugal (neste caso, através da PSP). Também começou a funcionar, em finais de 2012, um Fórum de Diretores de Polícia Ibero-Americanos, no contexto da Reunião de Ministros do Interior da Ibero-América. Este fórum já decidiu a criação de uma Rede de Escolas de Polícia Ibero-Americanas (IBERPOL), cujo secretariado ficará sediado em Ávila, na Escola de Polícia espanhola, bem como a criação de uma rede ibero-americana de troca de informações policiais, que será coordenada pela Polícia Federal do Brasil.

No âmbito da CPLP, também existem, há vários anos, estruturas similares: funciona com regularidade a Reunião de Diretores de Polícia da CPLP, com resultados tangíveis no plano da formação e da assistência técnica e operacional. O objetivo, no curto-médio prazo, será integrar a Região Administrativa Especial de Macau neste grupo, com o estatuto de observador, dado que o seu Direito e as suas instituições de segurança mantêm uma forte identidade e proximidade com a matriz portuguesa, que importa preservar, dada a importância crucial da China na área do Pacífico e no Mundo.

Também ao nível europeu, é patente o crescente interesse pela cooperação policial internacional, como fator de sucesso da política externa nacional e europeia. Por exemplo, o Grupo Fontanot, criado por iniciativa do Ministério do Interior francês, e que reúne vários países europeus e integra os Estados Unidos da América como observador, tem assegurado uma eficaz articulação entre as várias iniciativas e projetos nacionais de cooperação técnico-policial com os países do Magrebe e da África Ocidental, permitindo ganhar sinergias e evitar duplicação de esforços. Portugal tem aqui um papel de relevo enquanto elo de ligação, quer com os países do Magrebe, quer com os países lusófonos do Golfo da Guiné, área geográfica que tem ganho crescente importância no plano estratégico e de segurança, na relação triangular entre Europa, África e América Latina.

6. Conclusão

À guisa de conclusão, diria que a cooperação técnico-policial ou, se quisermos, num âmbito mais alargado, a cooperação entre as universidades,

as escolas de magistrados e as Polícias, em matérias de direito, de justiça e segurança, é uma área com um forte potencial de crescimento, com importantes vantagens em termos de custo-benefício.

O grande recurso de Portugal e a sua grande vantagem comparativa, no concerto das nações, é a sua rica História, o seu património linguístico e cultural, a sua criatividade, o seu conhecimento e saber e, não menos importante, a sua atitude universalista e humanista.

Portugal só ganhará em fazer valer esta sua riqueza imaterial, estabelecendo e reforçando relações no contexto da CPLP e ibero-americano, pois, numa lógica de escala, estas duas grandes comunidades terão muito mais facilidade em se afirmarem no contexto da Organização das Nações Unidas e das demais organizações internacionais e intergovernamentais, seja à escala global, seja à escala continental ou regional.

Portugal, através das suas escolas de direito, de magistratura e de polícia e das suas instituições policiais e judiciárias, deverá continuar a apostar na partilha da sua experiência e conhecimento nos domínios do direito, da justiça e segurança, sobretudo na CPLP e no espaço ibero-americano, dando o seu contributo para a melhoria da qualidade da governança, da democracia, do Estado de Direito e do respeito dos direitos humanos.

Desse modo, o nosso país e os seus aliados naturais lusófonos e hispânicos estarão também a contribuir decisivamente para melhorar as condições que propiciam o crescimento económico e a melhoria dos indicadores de desenvolvimento humano, em suma, para o bem-estar dos povos desta grande comunidade.

Daí que, e concluo com esta reflexão, o investimento na cooperação técnico-policial, ou, em sentido mais lato, a partilha de experiência e saber entre instituições e academias portuguesas e do espaço luso-hispânico, nas áreas do direito, da justiça e segurança, é, nos dias de hoje e seguramente no futuro, um dos vetores mais importantes para, de forma direta e indireta, reforçar a afirmação do prestígio, da credibilidade e da visibilidade de Portugal, a nível regional e global.

A vocação de Portugal e dos Portugueses foi e será sempre a de criar pontes sólidas entre a Europa e os outros continentes, partilhando com outros povos os valores, a História, o conhecimento e a cultura europeia, na construção de um Mundo mais justo, pacífico e solidário.

Paris, 20 de fevereiro de 2014

A TUTELA DAS BASES DE DADOS E O PRINCÍPIO DE (NÃO) RECIPROCIDADE COM PAÍSES NÃO PERTENCENTES À UNIÃO EUROPEIA

Pedro Dias Venâncio ⁽¹⁾

1. Introdução

No âmbito do Direito de Autor, alicerçado na Convenção de Berna, sempre foi reconhecida dignidade jus-autoral às *compilações* em que a selecção e disposição do seu conteúdo informativo revistam carácter original.

Modernamente, a exponencial importância social, cultural e económica de *bases de dados* assentes no desenvolvimento das Tecnologias da Informação e Comunicação colocou ao Direito a questão da necessidade da sua tutela jurídica, em particular, quando lhes falte a originalidade na selecção e disposição de dados que caracteriza as compilações e que se apresenta como requisito essencial à referida dignidade jus-autoral.

A União Europeia reconheceu a essencialidade dessa regulação para o seu desenvolvimento económica na Directiva n.º 96/9/CE, de 11 de Março de 1996, transposta por Portugal pelo Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de Julho, no uso da Lei de Autorização n.º 1/2000, de 16 de Março, não tendo entretanto sofrido qualquer alteração legal.

Esta directiva, além de trazer um conceito de *base de dados* com algumas notas distintivas face à tradicional *compilação*, consagra dois direitos distintos

¹ Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave. Este artigo segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

sobre as mesmas: o “Direito de Autor” e o “Direito *Sui Generis*” (designado no diploma português de “Direito Especial do Fabricante”).

Para o tema da nossa exposição assume particular interesse o dito “Direito *Sui Generis*”, não só pela originalidade do seu regime jurídico, como pela especificidade do seu objecto, porquanto irão cair no âmbito da sua tutela bases de dados desprovidas de qualquer carácter original e, logo, insusceptíveis de tutela pelo Direito de Autor/*Copyright*.

Acresce que a Directiva n.º 96/9/CE veio não só uniformizar a legislação interna dos países comunitários nesta matéria, mas também consagrar quanto à sua tutela transfronteiriça um *princípio de reciprocidade* relativamente às bases de dados originárias de países terceiros, que visa, precisamente, garantir igualdade de tratamento aos fabricantes de bases de dados europeus.

É o relevo deste princípio de reciprocidade com países não pertencentes à União Europeia quanto à tutela de bases de dados não criativas que abordaremos na nossa comunicação.

2. Das compilações às bases de dados

Nos termos da alínea *b*) do n.º 1 do art. 3.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC), são equiparadas a obras originais “*as compilações de obras protegidas ou não, tais como selectas, enciclopédias e antologias que, pela escolha ou disposição das matérias, constituam criações*”. Temos então que aqui o objecto de direito são as *compilações*, sendo que o legislador considerara subtipos deste objecto as *selectas*, as *enciclopédias* e as *antologias*.

A “escolha ou disposição das matérias” representa o elemento pelo qual se afere o requisito de originalidade que torna a compilação digna de protecção autoral⁽²⁾. Este elemento de originalidade, além de requisito de protecção, representa aqui também o factor determinante da própria existência do objecto, de facto, como nos diz OLIVEIRA ASCENSÃO, “é necessário que haja uma selecção e ordenação criativa que permita concluir que há obra nova. Só nesse caso, de facto, a compilação, como obra de conjunto, se distingue por um elemento criador do conjunto das obras compiladas”⁽³⁾.

Não se englobam assim na protecção autoral das compilações quer as obras incluídas no seu acervo (independentemente de estas poderem ou não ser protegidas como obras originais por si), quer a reunião de obras,

² Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 95.

³ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Direito de Autor e Direito Conexos*, Coimbra Editora, 1992, pp. 84 e 85.

independentemente da sua quantidade, originalidade ou mesmo serem obras inéditas, se essa reunião, enquanto conjunto, não cumprir esse requisito de originalidade na selecção ou disposição das matérias reunidas.

Da conjugação das diversas alíneas deste artigo, podemos concluir que uma *compilação*, enquanto objecto de protecção do Direito de Autor, será a criação intelectual resultante da “selecção ou disposição” original de um conjunto de “*obras protegidas ou não*” ou de “*textos de convenções, de leis, de regulamentos e de relatórios ou de decisões administrativas, judiciais ou de quaisquer órgãos ou autoridades do Estado ou da Administração*”, considerado como um todo ideal.

O termo Base de Dados (BD) surge associado ao desenvolvimento da informática para indicar colecções organizadas de dados armazenados na unidade de memória do *hardware* e geridas por um programa designado “Sistema de Gestão de Base de Dados”. Assim, em *sentido técnico*, “*uma base de dados é uma colecção de registos guardados na unidade de memória de um computador de um modo sistemático*” (4), de forma que um programa de computador possa consultá-la para realização das operações matemáticas, estatísticas ou de pesquisa para as quais foi idealizado.

A Directiva n.º 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica de bases de dados, define bases de dados como “*uma colectânea de obras, dados ou outros elementos independentes, dispostos de modo sistemático ou metódico e susceptíveis de acesso individual por meios electrónicos ou outros*”. O diploma português não acrescenta qualquer especificidade à definição trazida pela Directiva n.º 96/9/CE, pelo que é pela análise desta, e em particular do n.º 2 do seu art. 1.º e do seu considerando (17), que procuraremos aprofundar o conceito jurídico de BD.

Da análise destes diplomas, podemos concluir que o conceito jurídico de BD define-se pela conjugação de quatro características positivas essenciais (5): um *acervo* (6) de dados e metadados (definidos nos considerandos da Directiva por “*thesaurus*” e “*sistemas de indexação*”) (7); estes dados estarem *acessíveis*

⁴ Fonte: <http://www.wikipedia.org/>, Março de 2007.

⁵ Cf. MIGUEL ANGEL BOUZA LÓPEZ, *El Derecho “Sui Generis” del Fabricante de Bases de Datos*, Reus [etc.], Madrid, 2001, pp. 28 a 34.

⁶ Cf. PAOLO GALLI, “Museos y Bases de Datos”, in *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 24, 2003, pp. 249-270 (p. 252).

⁷ MIGUEL ANGEL BOUZA LÓPEZ, *El Derecho “Sui Generis” del Fabricante de Bases de Datos*, cit., pp. 33 e 34, nota 35.

de forma independente⁽⁸⁾; ordenados de forma sistemática ou metódica⁽⁹⁾; e independentemente da forma (analógica ou digital) assumida pela base de dados. E às quais acrescenta-se um elemento de caracterização negativa essencial à delimitação do objecto das bases de dados face aos programas de computador e aos direitos que possam incidir sobre os dados que constam do seu acervo individualmente.

3. A dupla protecção legal das bases de dados

A Directiva n.º 96/9/CE consagra dois direitos distintos, tendo por objecto as bases de dados. No capítulo II, consagra o “Direito de Autor” e, no capítulo III, consagra o “Direito *Sui Generis*”. Na sua transposição para o direito interno português, o Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de Julho, manteve a mesma dualidade de direitos, tendo no entanto alterado a designação do segundo para “Direito especial do fabricante de bases de dados”. No essencial, o diploma português manteve as características essenciais da protecção proposta pela Directiva.

A primeira característica relevante a reter é que este diploma comunitário admite que sobre uma mesma BD possam incidir simultaneamente um *direito de autor* e um *direito sui generis*⁽¹⁰⁾. Desde logo, porque o n.º 4 do art. 7.º da Directiva n.º 96/97/CE diz expressamente que este direito *sui generis* “é aplicável

⁸ Cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, *Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 178; PAOLO GALLI, “Museos y Bases de Datos”, *cit.* (p. 251); e HELMUT HABERSTUMPF, “Der Schutz Elektronischer Datenbanken nach dem Urheberrechtsgesetz”, in *GRUR – Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1, 2003, pp. 14-31 (pp. 18 a 20); e ALAIN STROWEL/ESTELLE DERCLAYE, *Droit d’Auteur et Numérique: Logiciels, Bases de Données, Multimédia: Droit Belge, Européen et Comparé*, Bruylant, 2001, pp. 312 e 313.

⁹ THOMAS DREIER e GERNOT SCHULZE definem “sistematicamente” como uma ordem de acordo com critérios lógicos ou técnicos predefinidos e “metodicamente” como uma estruturação planeada para a realização de um determinado objectivo (THOMAS DREIER/GERNOT SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz Urheberrechtsgesetzwahrnehmungsgesetz Kunsturhebergesetz*, Beck Verlag, München, 2004, p. 1012).

¹⁰ Este entendido tem sido maioritariamente defendido, interna e internacionalmente. Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito de Autor e Informática Jurídica”, in *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Almedina, 2001, pp. 7-21 (pp. 11 e 12); MARIA VICTÓRIA ROCHA, “Recentes Desenvolvimentos do Direito de Autor em Portugal”, in *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 19, 1998, pp. 1197 a 1204 (p. 1201); GARCIA MARQUES/LOURENÇO MARTINS, *Direito da Informática*, 1.ª ed., Almedina, 2000, p. 366; J. P. REMÉDIO MARQUES, *Biotecnologias e Propriedade Intelectual – Volume II*, Almedina, 2007, pp. 847 a 849; MIGUEL ANGEL BOUZA LÓPEZ, *El Derecho “Sui Generis” del Fabricante de Bases de Datos*, *cit.*, pp. 54 e ss.; JESÚS ALBERTO MESSIA DE LA CERDA BALLESTEROS, *La Protección Jurídica del Fabricante de Bases de Datos: Derecho “Sui Generis” y Competencia Desleal*, Dykinson, 2005, p. 82; JOSÉ MASSAGUER FUENTES, “El Derecho de Autor en la Informática”, in *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 20, 1999 (p. 253); entre outros.

independentemente de a base de dados poder ser protegida pelo direito de autor ou por outros direitos”.

São vários os argumentos que pesaram na decisão do legislador comunitário para entender que a protecção das bases de dados exclusivamente pelo Direito de Autor não era suficiente e viesse criar este direito *sui generis*. E que, além disso, os mantivesse como direitos potencialmente cumulativos. Não nos alongaremos na análise destes fundamentos, pois a Directiva n.º 96/9/CE é exaustiva na fundamentação da sua opção, sendo possível extrair dos seus “considerandos” os argumentos essenciais da consagração deste direito *sui generis* a favor do fabricante da base de dados, a par do tradicional Direito de Autor. No essencial, o fim da consagração desta tutela é a promoção do investimento na criação de bases de dados (informação) através da concessão de um exclusivo da sua exploração económica [conforme resulta dos considerandos (7), (8) e (41)].

Conforme resulta do regime do Direito de Autor, esta Directiva dispõe que “As bases de dados que, devido à selecção ou disposição das matérias, constituam criação intelectual específica do respectivo autor, serão protegidas por direitos de autor quanto a esta especificidade”. A originalidade será, assim, o requisito determinante de tutela das BD ditas “criativas”.

São protegidas pelo Direito Especial do Fabricante, independentemente de sobre elas existir Direito de Autor ou não, aquelas que tiverem resultado de um “investimento substancial” “na obtenção, verificação ou apresentação do conteúdo” da BD.

Por um lado, o “investimento substancial” é o requisito necessário para o reconhecimento deste direito exclusivo sobre a base de dados. Acresce que a substancialidade do investimento tanto pode resultar da elevada natureza “qualitativa” desse investimento (p. e., pelos conhecimentos científicos necessários) como pela sua grandeza “quantitativa” (p. e., pelo tempo ou dinheiro investido). Por outro, podemos também concluir que a protecção deste “investimento substancial” (ou a sua promoção) é também o *fim* da consagração deste direito *sui generis*.

4. A tutela internacional das bases de dados (fora da União Europeia)

A tutela das BD criativas por Direito de Autor não levanta problema quanto à sua eficácia internacional (fora da União Europeia), pois as obras tuteladas por Direito de Autor veem a sua protecção internacionalmente reconhecida por força do princípio universal de reconhecimento recíproco que vigora internacionalmente, decorrente do art. 3.º da Convenção de Berna de 1886, relativa à protecção de obras literárias e artísticas.

Na verdade, face à cláusula de salvaguarda consagrada na Convenção Universal do Direito de Autor de 1952 (princípio que se manteve no Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Direito de Autor de 1996), a Convenção de Berna assume internacionalmente um carácter de quase *União coerciva* ⁽¹¹⁾.

Já no caso das BD protegidas apenas pelo Direito Especial do Fabricante, atento à natureza *sui generis* deste direito, desgarrado dos ramos do Direito de Autor e da Propriedade Industrial, não encontra em tratados internacionais vigentes um princípio que garanta o seu reconhecimento fora a União Europeia.

A consagração deste Direito Especial do Fabricante (*direito sui generis*, na terminologia da Directiva) suscitou assim à União Europeia um problema de reconhecimento internacional das BD protegidas fabricadas dentro União Europeia e de reciprocidade face a base de dados fabricadas fora da União Europeia.

É neste aspecto que se revela o interesse do tema da nossa exposição e que a Directiva comunitária aborda na forma como delimita o conceito de “sujeito” do Direito Especial do Fabricante de BD.

5. Sujeito do Direito Especial do Fabricante de bases de dados

Dos considerandos da Directiva comunitária, é possível concluir que o sujeito titular do direito *sui generis* é o “fabricante”, enquanto aquela entidade, singular ou colectiva, que toma a iniciativa e assume o risco de efectuar os investimentos inerentes ao trabalho de compilação e organização da base de dados ⁽¹²⁾.

Esta noção resulta bem clara da própria definição que fizemos do conteúdo do direito *sui generis* e do considerando (41) da Directiva que exclui da noção de fabricante, nomeadamente, os subempreiteiros.

Significa isto que não se consideram fabricantes os subempreiteiros ou aqueles que trabalhem por encomenda ou por conta de outrem. Ou seja, aqueles que, participando do esforço de construção da base de dados, não assumem a sua

¹¹ Nesse sentido, cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Direito de Autor e Direito Conexos*, cit., p. 39.

¹² Nesse sentido, cfr. JESÚS ALBERTO MESSIA DE LA CERDA BALLESTEROS, *La Protección Jurídica del Fabricante de Bases de Datos...*, cit., pp. 62 a 65; LIONEL BENTLY/BRAD SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2004, p. 301; MIGUEL ANGEL BOUZA LÓPEZ, *El Derecho “Sui Generis” del Fabricante de Bases de Datos*, cit., p. 62.

iniciativa, pois executam por ordem ou instrução de terceiro; nem o risco, pois são remunerados pelos serviços prestado por quem os contratou.

Por outro lado, parece-nos também relevante realçar na caracterização do sujeito do direito *sui generis* o sentido inicial da União Europeia no seu objectivo de salvaguardar, antes dos demais, os investidores comunitários. Só assim se compreende que o art. 11.º da Directiva estabeleça, quanto à “imputação subjectiva” deste direito, a regra de que apenas são beneficiários do direito *sui generis* o fabricante ou o titular do direito que seja nacional de um Estado-membro ou que tenha residência habitual no território da Comunidade.

De facto, quanto à imputação subjectiva, o art. 11.º da Directiva apenas confere este direito às pessoas singulares que “*sejam nacionais dos Estados-membros ou tenham residência habitual no território da Comunidade*” e, quanto às pessoas colectivas, “*às sociedades ou empresas (1) constituídas nos termos do direito de um Estado-membro e que (2) tenham a sua sede social, administração centrou ou estabelecimento principal na Comunidade*” e a sua (3) actividade tenha uma ligação real e permanente com a economia de um dos Estado-membros”.

6. O princípio da reciprocidade

Por fim, o n.º 3 de art. 11.º da Directiva n.º 96/9/CE abre a possibilidade de o Conselho, sob proposta da Comissão, celebrar acordos que tornem o direito *sui generis* extensivo às BD fabricadas em países terceiros e que não sejam abrangidas pelos referidos no parágrafo anterior.

Deste dispositivo, podemos concluir que não só se reconhece no âmbito do Direito *Sui Generis* sobre BD o princípio geral de reciprocidade “automático”, **típico do regime do Direito de Autor**, por força do art. 3.º da Convenção de Berna, desde logo porque esta não se aplica a este direito, como também não se reconhece sequer aos Estados-membros o poder para, por via legislativa ou por via executiva, reconhecer esse direito a fabricantes não comunitários que não preencham os requisitos do art. 11.º.

A União Europeia reserva para os seus órgãos – “*Conselho, sob proposta da Comissão*” – o poder de estabelecer acordos com países terceiros onde se reconheça tal direito reciprocamente aos respectivos fabricantes.

Na transposição para o direito português, verificamos que a Lei de Autorização n.º 1/2000, de 16 de Março, definia como princípio a seguir pelo decreto-lei de transposição que “*a tutela internacional das bases de dados fica subordinada à aplicação dos princípios da reciprocidade e do tratamento nacional*”, mas, depois, o Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de Julho, transcreve, no seu art. 3.º, os requisitos de delimitação do fabricante previstos nos n.ºs 1 e 2 do art. 11.º da

Directiva e abstém-se de se pronunciar quanto aos fabricantes não comunitários e aos acordos previstos no n.º 3 desse artigo.

Certo é então que, de acordo com este regime, a reciprocidade de tratamento face a BD fabricadas em países não comunitários que possam preencher os requisitos de protecção do *direito sui generis* não é automática, pressupondo um acordo formal de reconhecimento mútuo entre Estados. Processo esse cuja competência fica na esfera dos órgãos da própria União Europeia, fora da alçada dos Estado-membros.

7. Conclusão

Em boa verdade, passados quase 14 anos sobre a publicação da Directiva n.º 96/9/CE, encontramos apenas um acordo internacional celebrado pela União Europeia para extensão do Direito *Sui Generis* a “fabricantes” não comunitários.

O único acordo firmado até à data, ao abrigo do citado n.º 3 de art. 11.º da Directiva n.º 96/9/CE, foi o acordo sob a forma de troca de cartas entre o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, em nome da Ilha de Man, e a Comunidade Europeia destinado a tornar extensiva a protecção jurídica das BD prevista no capítulo III da Directiva 96/9/CE à Ilha de Man ⁽¹³⁾.

Este facto, por si só, é bem ilustrativo da pouca receptividade que este novel regime de tutela de BD “não criativas” teve no seio da comunidade internacional.

Se com a aprovação da Directiva n.º 96/9/CE a União Europeia pretendia colocar-se na vanguarda da tutela das BD, porventura estabelecendo um regime inovador que pudesse servir de modelo para a evolução internacional da propriedade intelectual no que tange à tutela das BD, a quase inaplicabilidade do proclamado princípio de reciprocidade ilustra bem que este propósito não foi conseguido.

O regime do “Direito *Sui Generis*” da Directiva n.º 96/9/CE da União Europeia continua a ser não só um corpo estranho aos ramos tradicionais da propriedade intelectual (Direito de Autor e Propriedade Industrial), como também um “regime” desconhecido da generalidade dos países não comunitários.

¹³ JO-L 89 de 05/04/2003, pp. 12-15.

BUSCAS E APREENSÕES DIGITAIS; BUSCAS *ONLINE* E ACESSO TRANSFRONTEIRIÇO A DADOS

Pedro Verdelho ⁽¹⁾

1. A Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro) prevê a realização de buscas digitais (a que chama *pesquisa de dados informáticos* – art. 15.º) e de apreensão de dados informáticos (art. 16.º). A intervenção pretendeu descrever estas medidas de processo penal e problematizar alguns dos aspetos do respetivo regime legal.

2. Antes de mais, sublinhou-se que a *ratio* destas diligências processuais penais é similar à das tradicionais buscas e apreensões, previstas no Código de Processo Penal. Porém, em relação àquelas, os seus regimes apresentam particularidades, que resultam da necessidade de adaptação das mesmas ao mundo digital, ao qual se dirigem e onde se desenrolam.

Por outro lado, salientou-se que estes mesmos regimes legais consagram soluções particulares, especificamente desenhadas para o ambiente digital, de difícil enquadramento no mundo *offline* que, de alguma forma, contrariam (ou revolucionam mesmo) os conceitos tradicionais das buscas e apreensões e, bem assim, da respetiva realização fora do território nacional.

A este propósito, focaram-se as possibilidades legais de extensões das buscas, para além do sistema informático buscado – incluindo a sua realização em computadores fisicamente localizados fora do território nacional –, a obtenção

¹ Magistrado do Ministério Público – Gabinete do Cibercrime da Procuradoria-Geral da República.

de dados informáticos no estrangeiro, quer dados detidos por fornecedores de serviço *Internet* – ISP –, quer dados alojados num sistema de acesso reservado, mas cujas credenciais de acesso foram legitimamente obtidas.

Referiram-se ainda, quanto às apreensões, as formas atípicas de apreensão de dados descritas no art. 16.º, n.º 7, da Lei do Cibercrime e ainda a apreensão de correio eletrónico e comunicações de natureza análoga, prevista no art. 17.º da mesma lei.

3. É conclusão óbvia, para um homem médio, que os dispositivos digitais se expandiram de forma incomensurável, tomando crescente importância na vida do dia-a-dia. É também evidente, para o jurista, que esta expansão de equipamentos trouxe com ela um fértil campo de prática de atividades criminosas. Este novo mundo trouxe também a novidade, inerente aos suportes digitais, de tudo registarem e tudo conservarem: à expansão dos equipamentos digitais correspondeu um brutal aumento das fontes de prova digital. Além dos óbvios suportes (computadores, CDs, discos portáteis), há ainda prova digital no telemóvel que é apreendido a um detido ou na máquina fotográfica de uma vítima ou ainda no GPS instalado no veículo de um suspeito.

4. Os dias modernos vieram ainda permitir a todos que guardemos os nossos dados (textos, imagens, vídeos, músicas) em locais, fora de casa ou do escritório – e mesmo fora do país. Isto é: tornou-se possível guardar informação (potencial prova digital), que fica permanente acessível, em local muito distante e, porventura, no estrangeiro. Assim se passa com os chamados serviços na “*cloud*” ou “*nuvem*”.

Esta novidade trouxe grandes mudanças à forma como gerimos e usamos a informação: deixámos de ter connosco todos os nossos dados e documentos e passámos a poder guardá-los, para os gerir e eventualmente partilhar com outros, à distância, sem saber (nem querer saber) onde os mesmos estão alojados e quem zela pela respetiva segurança. Embora este tipo de alojamento comporte riscos (sobretudo de disponibilidade, confidencialidade e segurança), assegura todavia uma enorme vantagem: a de poder aceder aos dados armazenados a partir de qualquer lugar, desde que se disponha de uma ligação à *Internet*.

Aliás, tornaram-se famosos alguns *sites* especializados no alojamento de conteúdos ditos ilegais, usados especificamente para alojar dados ou ficheiros que violem a lei (pornografia infantil ou cópias ilegais de música ou filmes, por exemplo).

No que respeita à investigação criminal, este salto evolutivo traduziu uma completa alteração de paradigma. De facto, no passado, a obtenção de prova digital respeitante a um suspeito fazia-se, sobretudo, por via da busca ao seu domicílio ou escritório, onde presumivelmente se encontrariam o seu

computador e outros suportes de dados informáticos. Atualmente, não pode desprezar-se a informação guardada na “cloud”, de muito mais tortuoso acesso.

5. Além dos obstáculos operacionais, nada despidiendo no caso concreto, a obtenção de dados da “nuvem” suscita ainda relevantes questões jurídicas práticas. Desde logo, importa liminarmente conhecer a localização física do servidor onde está alojada a informação. É que, se a informação em si mesma traduzir um crime – acontecerá assim, por exemplo, com ficheiros de pornografia infantil –, diferentes localizações geográficas determinarão, ou não, essa qualificação como crime. Ou seja, se possuir ou transacionar certos ficheiros, de pornografia infantil ou em violação de direito de autor, por exemplo, numa certa jurisdição pode traduzir a prática de crime, o mesmo poderá não acontecer noutras. O “*locus dati*”, se assim é possível chamar-lhe, é portanto uma questão prévia a esclarecer.

Além da relevância, em sede de aplicabilidade, ou não, do direito penal português, da localização dos dados depende ainda a solução para uma importante questão colateral a esta: a da aplicabilidade ao caso concreto do direito processual português e a competência dos tribunais portugueses para conhecer e julgar o caso concreto.

Por último, a investigação na “nuvem” e a efetiva obtenção de dados ali armazenados suscita problemas jurídicos e concretos, de natureza operacional.

6. O art. 15.º da Lei do Cibercrime contém normas jurídicas de referência a este propósito, já que regula aquilo a que chama *pesquisa de dados informáticos*. Esta *pesquisa de dados* é, operacionalmente, em termos processuais penais, uma verdadeira busca, sendo-lhe aliás aplicáveis, subsidiariamente, as regras previstas para as buscas em processo penal (cfr. art. 15.º, n.º 6). Aliás, várias outras normas contidas no art. 15.º recordam claramente o regime geral das buscas: assim acontece com a previsão de um prazo (n.º 2) ou com os casos de permissão de realização de buscas por órgão de polícia criminal (n.º 3 e n.º 4).

Em contraponto, o regime do art. 15.º inclui também uma norma específica para o ambiente digital, no n.º 5. Nela se permitem as buscas, ou pesquisas, à distância. Esta será, porventura, a norma mais arrojada da lei, ao permitir que se acedam, por via da busca informática, computadores remotos, desde que este acesso se faça a partir de um computador que, legitimamente, possa aceder ao outro.

7. Esta previsão do art. 15.º, n.º 5, tem uma enorme amplitude, cobrindo, por exemplo, o acesso a servidores de uma empresa, a partir de terminais colocados em dependências dessa mesma empresa, geograficamente distantes. Ou o acesso a conta de *webmail*, desde que o computador de onde se acede tenha

legitimamente acesso ao mesmo – assim ocorrerá, por exemplo, se, no decurso de uma busca a um escritório ou residência, se encontrar um computador com aquela conta aberta.

Esta norma é bastante aberta, deixando por prever muitos dos seus detalhes operacionais. Desde logo, por exemplo, não limita o acesso a computadores em território nacional. Isto é, legitima o acesso “virtual” a computadores fisicamente localizados em qualquer parte do mundo. Depois, não especifica quando deve entender-se que os dados remotos “são legitimamente acessíveis a partir do sistema inicial”, sendo certo que várias hipóteses podem equacionar-se. É legítimo o acesso se o local remoto for administrado a partir do computador inicial? É legítimo o acesso se a *password* de autenticação estiver memorizada no sistema? É legítimo o acesso se a *password* for encontrada, por exemplo, numa anotação escrita? O acesso é legítimo apenas durante a busca/pesquisa (uma vez que este acesso remoto está desenhado para um contexto de busca) ou ainda o será em altura ulterior, se tecnicamente o acesso for possível?

A lei deixou todas estas questões à jurisprudência, para que as solucione. Não terá a jurisprudência tarefa fácil, sobretudo pela fragilidade da elaboração sobre a temática. Todavia, neste contexto, não podem perder-se de vista algumas referências. Por um lado, é claro que a possibilidade conferida pela lei está desenhada para o contexto de buscas/pesquisas. Portanto, não parece poder prefigurar-se fora desse contexto. Por outro lado, o que se prevê é o acesso a informação – e não a possibilidade de a apagar, por exemplo, usando a faculdade conferida pelo art. 16.º, n.º 7, da Lei do Cibercrime. Na verdade, a lei permite o acesso remoto a informação (sendo inerente a este acesso a possibilidade de fazer uma cópia da mesma), mas não a sua apreensão, nos moldes previstos na Lei do Cibercrime – que podem traduzir uma ingerência mais intrusiva nos dados (por exemplo, por remoção dos dados). Este acesso remoto a informação, eventualmente alojada em servidores fisicamente alojados no estrangeiro, pretende resolver um problema prático de acesso a informação/prova. Mas é duvidoso que legitime atos coercivos mais agressivos, como, por exemplo, a remoção de dados ou o bloqueio do acesso aos dados que, ultrapassando eventuais exigências probatórias, traduzam já manifestações de autoridade e soberania.

8. Nestas normas reguladoras do acesso remoto a dados aflora claramente um princípio que vai surgindo na cena internacional a propósito do acesso a dados na “*nuvem*” e que pretende resolver as diversas dificuldades práticas e operacionais que a este respeito se colocam, o qual a doutrina tem vindo a designar por *princípio da disponibilidade*. Segundo ele, em função da deslocalização da informação armazenada na “*nuvem*” – que torna irrelevante a localização física do servidor onde se aloja aquela informação –, aquilo que

releva é a localização de quem tem o poder e disponibilidade sobre os dados em causa (o chamado “*data controller*”).

9. Este regime legal, que permite às autoridades portuguesas aceder a informação alojada no estrangeiro, tem uma contrapartida importante no art. 25.º da Lei do Cibercrime, que permite a autoridades estrangeiras que procedam de igual forma, quanto a dados fisicamente alojados em Portugal, se os mesmos estiverem publicamente disponíveis ou em caso de “*haver consentimento legal e voluntário de pessoa legalmente autorizada a divulgá-los*” (alínea *b*) do art. 25.º).

Esta norma do art. 25.º da Lei do Cibercrime pretende ser a transposição, para o direito português, do art. 32.º da Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa, ou Convenção de Budapeste, que é uma norma muito aberta, que não prevê os detalhes operacionais do respetivo regime. Por exemplo, não especifica se o regime legal aplicável ao ato do consentimento é o da lei da localização física dos dados ou, pelo contrário, o da lei do Estado que procede à investigação criminal. Por outro lado, nada prevê quanto à localização da pessoa que presta o consentimento (que pode ser o local da localização dos dados ou o da autoridade estrangeira que investiga).

Da mesma forma, o art. 25.º da Lei do Cibercrime nada prevê a propósito das questões enunciadas, que ficam assim abertas, deixadas à interpretação jurisprudencial.

10. Já acima se aludiu ao art. 16.º da Lei do Cibercrime, que prevê o regime da apreensão de dados informáticos. Também este conjunto normativo pretende adaptar à realidade digital o clássico instituto processual penal da apreensão. Aliás, são visíveis e expressos os afloramentos do regime geral das apreensões do Código de Processo Penal. É o caso das normas dos n.ºs 2 e 4 (respeitantes à efetivação de apreensões por órgão de polícia criminal), ou do n.º 5 (em que se limita a possibilidade de apreensão, quanto a sistemas informáticos utilizados para o exercício da advocacia e das atividades médica e bancária, bem como a sistemas informáticos utilizados para o exercício da profissão de jornalista).

Porém, também no regime das apreensões do art. 16.º existem detalhes que revelam a intenção legislativa de adaptar ao ambiente digital este meio clássico de obtenção de prova. Merecem destaque, a este propósito, as previsões do art. 16.º, n.º 3, onde se prevê a apreensão de dados suscetíveis de informação pessoal ou íntima, e do art. 16.º, n.º 7, onde se descrevem as variadas formas de concretizar a assim chamada apreensão.

11. Como já acima se disse, a norma do n.º 3 do art. 16.º pretende regular a apreensão de dados ou documentos informáticos suscetíveis de pôr em causa a privacidade. Este trecho legal, por um lado, reconhece que a pesquisa e apreensão de dados informáticos podem ser potencialmente agressivas dos direitos fundamentais à privacidade e intimidade; por outro, assume a importância da existência da medida, na descoberta da verdade, regulando assim o confronto entre os dois interesses fundamentais.

Sublinhe-se: este dispositivo supõe a relevância das apreensões de dados – e também de dados com eventualmente conteúdo privado e íntimo. Dados desta natureza podem, portanto, ser apreendidos.

O regime geral da apreensão em processo penal, aplicável a qualquer tipo de objetos, e também o regime da apreensão de dados, regulado pelo art. 16.º da Lei do Cibercrime, apenas requer a verificação ulterior dessa mesma apreensão por razões formais. Assim acontecerá se a apreensão não foi determinada por autoridade judiciária – e, nesse caso, a apreensão tem de ser validada (art. 178.º, n.º 3, do Código de Processo Penal e art. 16.º, n.º 4, da Lei do Cibercrime).

Contrariamente, se os dados apreendidos forem suscetíveis *de revelar dados pessoais ou íntimos* e se essa circunstância puder *pôr em causa a privacidade*, do respetivo titular ou de terceiro, então o procedimento deve ser outro. Anote-se que as duas variáveis descritas são cumulativas: é necessário, para que se verifique esta situação, que os dados em causa sejam *pessoais ou íntimos* e que possam *pôr em causa a privacidade*.

Se assim for, então, como determina o n.º 3 do art. 16.º, requer-se a intervenção de juiz que, após a apreensão dos dados, por despacho, ponderará a junção ao processo dos dados em causa, tendo em conta os interesses do caso concreto. Ou seja, o juiz ratificará a apreensão realizada. Em alternativa, caso entenda que na situação em concreto os interesses da investigação não justificam a potencial lesão do direito à privacidade, ordena a devolução dos dados (ou a sua destruição, se se tratar de cópia).

12. Em breve nota refere-se ainda o n.º 7 do art. 16.º da Lei do Cibercrime, onde são elencadas as várias possibilidades técnicas daquilo a que a lei chama *apreensão de dados*. Ali se prevê que a apreensão de dados pode ser física, como em geral ocorrerá em processo penal. É a apreensão *hoc sensu*, do suporte onde se guardam os dados (alínea *a*) do n.º 7). Mas a apreensão pode também ser realizada por cópia dos dados – ficando os dados originais, intactos, no respetivo suporte (alínea *b*) do n.º 7). Além destas formas, mais comuns, a lei prevê ainda (nas alíneas *c*) e *d*) do n.º 7) a possibilidade de a apreensão se traduzir na mera *preservação, por meios tecnológicos, da integridade dos dados*, na sua *eliminação não reversível* ou, ainda, igualmente por meios tecnológicos, no *bloqueio do*

acesso aos dados. Esta última possibilidade inclui a ordem dada a um ISP no sentido de impedir o acesso a um determinado conteúdo na *Internet*.

A opção, dentro destas modalidades, nos termos do n.º 7 do art. 16.º, deve ser feita *consoante seja mais adequado e proporcional, tendo em conta os interesses do caso concreto*.

13. A última referência vai para o art. 17.º da Lei do Cibercrime que, ainda no contexto das apreensões, contém uma previsão específica reguladora da apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante. Esta norma estabelece procedimentos a observar quando se suscitar a apreensão de mensagens daquela natureza, especificando que, naquilo que não se preveja especificamente de outra forma, deve aplicar-se subsidiariamente o regime definido no Código de Processo Penal para a apreensão do chamado correio físico ou tradicional (que se regula sobretudo no respetivo art. 179.º).

A primeira especificidade que se anota é a da não exigência de autorização judicial prévia à apreensão – é o que resulta do segmento do art. 17.º que permite que se efetue a apreensão, desse logo, se no decurso de uma pesquisa legitimamente ordenada se encontrarem mensagens daquele tipo. Por outro lado, também não se limita a apreensão de mensagens a certo tipo de crimes, como sucede com a apreensão de correio regulada no art. 179.º do Código de Processo Penal. Pelo contrário, o art. 17.º não impõe qualquer limitação resultante de um catálogo de crimes, antes permite a apreensão de mensagens no decurso de investigações de qualquer tipo de criminalidade.

Aliás, quanto aos requisitos alinhados pelo n.º 1 do art. 179.º do Código de Processo Penal, apenas será aplicável à apreensão de correio eletrónico, por constar do art. 17.º da Lei do Cibercrime, aquele que consta da alínea *d*) do art. 179.º: a diligência ser *de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova*.

Este é, aliás, o critério que deve nortear o juiz na decisão sobre o destino a dar às mensagens que, porventura, forem apreendidas e lhe forem apresentadas. Em relação às que forem relevantes para a prova (que se afigurem *ser de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova*), deverá o juiz autorizar que fiquem no processo; quanto às restantes, deverá determinar que se devolvam (ou se destrua, se tiverem sido apreendidas em cópia).

Esta intervenção judicial é necessária, caso pretenda usar-se prova deste tipo numa investigação, mas é, de acordo com o art. 17.º, ulterior ao momento material da apreensão.

PATOLOGIAS CORRUPATIVAS E RELEVÂNCIA PARA A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS: ENFOQUE LUSO-BRASILEIRO ⁽¹⁾

Rogério Gesta Leal⁽²⁾

I. Notas introdutórias

Pretendo tratar neste texto, ao menos a título exemplificativo, dos efeitos nefastos que a corrupção causa aos Direitos Humanos e Fundamentais, no Brasil e no exterior.

Vários órgãos e pesquisas internacionais têm desde há muito evidenciado que aqueles Direitos são letalmente impactados pelos atos corruptivos, na medida em que, por exemplo, *the ability to promote and protect civil and political rights rests upon effectively combating political and judicial corruption (and vice versa). Transparency and access to information empower individuals to make informed*

¹ Este artigo é o resultado de pesquisas feitas junto ao Centro de Direitos Sociais e Políticas Públicas, do Programa de Doutorado e Mestrado da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC, e vinculado ao Diretório de Grupo do CNPQ intitulado *Estado, Administração Pública e Sociedade*, coordenado pelo Prof. Titular Dr. Rogério Gesta Leal, bem como decorrência de projeto de pesquisa intitulado *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos*, especialmente preparado à apresentação no Congresso Internacional “Direito na Lusofania”, realizado nos dias 19 a 22 de fevereiro de 2014, junto à Escola de Direito da Universidade do Minho, Portugal.

² Faculdade de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil) e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

decisions – from exercising their voting rights, to monitoring how state expenditures are spent (3).

Quando a corrupção encontra-se dispersa em todo o corpo político e mesmo tolerada pela comunidade, as pessoas mais necessitadas sofrem de forma mais direta com os efeitos disto, haja vista que as estruturas dos poderes instituídos se ocupam, por vezes, com os temas que lhes rendem vantagens seja de grupos, seja de indivíduos, do que com os interesses públicos vitais existentes: hospitais públicos deixam de atender pacientes na forma devida porque são desviados recursos da saúde para outras rubricas orçamentárias mais fáceis de serem manipuladas e desviadas como prática de suborno e defraudação; famílias em situação de pobreza e hipoficiência material não podem se alimentar porque os recursos de programas sociais são desviados para setores corruptos do Estado e da Sociedade Civil; as escolas públicas não têm recursos orçamentários à aquisição de material escolar em face dos desvios de recursos para outros fins, e os alunos ficam sem condições de formação minimamente adequadas.

Eis o tema a desenvolver.

II. Não há limites para os impactos negativos da corrupção: os Direitos Humanos e Fundamentais como alvos

Em matéria publicada no *New York Times*, em 9 de outubro de 2012, o jornalista SIMON ROMERO não mede palavras para dizer que: *Brazilians are so used to impunity, especially when it comes to the legendary corruption in their political system, that they often employ a fatalistic maxim to describe it: The police arrest; the courts set free* (4), referindo-se exageradamente (como é próprio de algumas linguagens jornalísticas), por óbvio, às tendências históricas do país em acostumar-se com a corrupção enquanto elemento intrínseco da política e das instituições, o que não se pode aceitar em hipótese alguma.

A questão é que fenômenos multifacetais como a corrupção não podem ser tratados como passíveis de soluções mágicas, imediatas e midiáticas, como parece desejar o articulista sob comento, quando assevera que: *A political hero of sorts is even emerging in the case: Mr. Barbosa, 58, the court's only black justice, who is overseeing the trial. Masks of his face are already being sold in advance of*

³ FRANK ANECHIARICO/JAMES B. JACOBS, *The Pursuit of Absolute Integrity: How Corruption Control Makes Government Ineffective*, Chicago, University of Chicago Press, 1998, p. 71. E acrescentam os autores: *At the same time, creating such openness limits opportunities for abuses by politicians, police and judges. When accountability mechanisms are weak or non-existent, it becomes too easy for violations to occur.*

⁴ In <http://www.nytimes.com/2012/10/10/world/americas/brazilian-corruption-case-raises-hopes-for-judicial-system.html>, acessado em 15/01/2013.

the annual Carnival celebration, and computer-manipulated images of him clad in superhero outfits have been circulating on the social media ⁽⁵⁾, deixando de perceber que tais questões reclamam mudanças profundas em hábitos e costumes culturais, políticos e institucionais.

HELOISA STARLING, em instigante texto, lembra que: *Na sua origem grega, a palavra corrupção aponta para dois movimentos: algo que se quebra em um vínculo; algo se degrada no momento dessa ruptura. As consequências são consideráveis. De um lado, quebra-se o princípio da confiança, o elo que permite ao cidadão associar-se para interferir na vida de seu país. De outro, degrada-se o sentido do público. Por conta disso, nas ditaduras, a corrupção tem funcionalidade: serve para garantir a dissipação da vida pública. Nas democracias – e diante da República – seu efeito é outro: serve para dissolver os princípios políticos que sustentam as condições para o exercício da virtude do cidadão* ⁽⁶⁾.

É claro que, por outro lado, a corrupção também pode atingir estes Direitos Fundamentais pela via dos comportamentos corruptivos de alguns cidadãos – evidenciando, por certo, a falha estatal de evitar isto –, como quando alguém paga suborno para obter determinado tratamento médico-hospitalar, ou paga suborno para conseguir vaga escolar, condutas estas que estão a violar os sistemas de ensino e de saúde existentes. E até indiretamente, como quando autoridades estatais permitem, pela via do suborno, que sejam comercializados resíduos tóxicos e depositados sem as cautelas devidas em áreas de densidade demográfica significativa, gerando às pessoas destas localidades danos a sua saúde ao longo do tempo.

Veja-se que, aqui, há da mesma sorte explícita violação do direito de igualdade que as Constituições contemporâneas garantem modo geral, pois se dá tratamento diferenciado a pessoas em face de serviços e atividades que deveriam atender de forma isonômica a todos ⁽⁷⁾.

Por tais razões é que ROSE-ACKERMAN tem insistido na tese de que as sociedades contemporâneas não podem funcionar sem altos níveis de confiança, chegando ao ponto de sustentar que *trust and a strong civil society are taken*

⁵ *Idem* (grifo meu).

⁶ HELOISA MARIA MURTEL STARLING, “Ditadura Militar”, in LEONARDO AVRITZER (Org.), *Corrupção: ensaios e críticas*, Belo Horizonte, UFMG, 2008, p. 259. Tratei do tema em meu livro, ROGÉRIO GESTA LEAL, *Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, conseqüências e tratamentos*, Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2014.

⁷ Como diz NOEL PRESTON/CHARLES SAMPFORD (Eds.), *Encouraging Ethics and Challenging Corruption*, Sydney, Federation Press, 2002, p. 54: *When a person obtains privileged treatment by means of a bribe (when applying for an official document such as a passport or visa, for example, or clearing goods from customs without paying duties and taxes), no other human right is necessarily directly affected except the right to equality, i.e. the right to be treated equally when obtaining the visa or when clearing goods from customs.*

to be synonymous⁽⁸⁾, exatamente porque representa esta confiança um valor cívico, ético e moral que aumenta consideravelmente a qualidade democrática das relações interpessoais, interinstitucionais e políticas em geral, o que faz com que o Estado ganhe altos índices de legitimidade social, gerando anticorpos eficientes às patologias corruptivas cotidianas.

Como diz LAMBSDORFF, tais demandas envolvem Direitos Fundamentais Cívicos, Políticos, Sociais, Econômicos e Culturais, sem distinção, implicando altos custos de investimento e proteção, profundamente atingidos por atos corruptivos que esvaziam os recursos públicos: *The obligation to fulfill requires the state to take measures to ensure that people under its jurisdiction can satisfy basic needs (as recognized in human rights instruments) that they cannot secure by their own efforts. Although this is the key state obligation in relation to economic, social and cultural rights, the duty to fulfill also arises in respect to civil and political rights. It is clear, for instance, that enforcing the prohibition of torture (which requires states to investigate and prosecute perpetrators, pass laws to punish them and take preventive measures such as police training), or providing the rights to a fair trial (which requires investment in courts and judges), to free and fair elections, and to legal assistance, all require considerable costs and investments*⁽⁹⁾.

Por outro lado, todos os indivíduos são dotados de Direitos Humanos e todos os Estados estão obrigados a garantir que sua população usufrua destes Direitos. Por sua vez, cada Direito Humano tem a favor de si específicas obrigações por parte dos Estados e mesmo por parte dos indivíduos entre si⁽¹⁰⁾; ocorre

⁸ SUSAN ROSE-ACKERMAN, "Trust, Honesty, and Corruption: Reflection on the State-Building Process", publicado no *Archives of European Sociology*, 2001, in <http://papers.ssrn.com/abstract=283429>, acessado em 19/11/2012. Ver o texto de ROBERT D. PUTNAM, *Bowling Alone: the Collapse and Revival of American Community*, New York, Simon and Schuster, 2000, e sua interessante tese de que: *When social capital is high, citizens express confidence and trust not only in each other but also in public institutions*. (p. 35), o que se evidencia no comportamento da cidadania que se importa com os negócios públicos, fazendo melhorar os indicadores de confiabilidade no sistema institucional político e representativo.

⁹ JOHANN GRAF LAMBSDORFF, *The Institutional Economics of Corruption and Reform: Theory, Evidence and Reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 88. Ver igualmente o texto de PIOTR SZTOMPKA, *Trust: A Sociological Theory*, Cambridge-UK, Cambridge University Press, 1999, p. 146, quando afirma que: *Democracy requires people to accept some basic rules of interaction. Trust in others makes people more willing to play by the rules since they anticipate that others will do so as well. People need to trust both public institutions and other people in order to be willing to participate in politics*.

¹⁰ Na expressão de CARL J. FRIEDRICH, *The Pathology of Politics: violence, betrayal, corruption, secrecy, and propaganda*, New York, Harper and Row Publishers, 2000, p. 55: *It is widely accepted that states have a duty to protect individuals not just against violations of their human rights by state agents, but also against acts committed by private persons or entities. Indeed, in certain cases states have to take positive measures to ensure that private persons or entities do not impinge on human rights of individuals*.

que, para as pessoas efetivamente usufruírem de seus Direitos Fundamentais, o Estado precisa cuidar para que haja condições favoráveis para tanto, assim é que se diz que os Estados precisam respeitar, proteger e fazer cumprir todos estes Direitos, sendo que: *The obligation to respect requires states to refrain from interfering directly or indirectly with the enjoyment of human rights. The obligation to protect requires states to prevent third parties from interfering in any way with the enjoyment of human rights. States must also fulfill human rights, thus have to take positive measures to assist individuals and communities in enjoying those rights* (11).

Há clara violação de Direitos Humanos quando um ato ou omissão do Estado não se encontra conforme suas obrigações de respeito, proteção e efetivação daqueles Direitos sob sua jurisdição. Todavia, para que se tenha mais clareza em tais questões, é importante determinar que condutas são perquiridas por parte dos Estados relacionadas a cada Direito e isto depende, no mínimo, dos precisos termos e condições das responsabilidades destes Estados em face dos Direitos Humanos e Fundamentais – até em face do argumento normativo-positivista de obrigatoriedade legal das instituições estatais que impera no país, com reflexos na dificuldade dogmática do reconhecimento de vinculatividade daqueles Direitos vigentes nos Tratados e Pactos internacionais ainda não plenamente incorporados na legislação nacional.

Uma primeira dificuldade hermenêutica que se coloca aqui é saber quais os sentidos que se pode atribuir à expressão *violação* (de Direitos Humanos e Fundamentais) no particular? Só há violação quando se rompe a ordem legal escrita – aqui compreendida em toda a sua extensão principiológica e regratória? Parece que sim, a uma, porque se estendeu em muito os significados e sentidos das normas jurídicas com o fenômeno – por vezes exagerado e distorcido – da abertura signíca dos conteúdos normativos, a ponto de ampliar as possibilidades configurativas de Direitos; a duas, é preciso parâmetros também objetivos de expansão dos sentidos das normas, sob pena de se instituir, com incontável subjetividade, *locus* autoritários de poder decisional sobre o que significam (12).

Para os fins de determinar se práticas individuais corruptivas violam Direitos Humanos, é indispensável, por primeiro, identificar quais ações ou omissões são exigidas do Estado para proteger, respeitar e efetivar estes Direitos,

¹¹ JOHN GARDNER, “Defining Corruption”, in ARNOLD J. HEIDENHEIMER/MICHAEL JOHNSTON (Eds.), *Political Corruption: Concepts & Contexts*, New Brunswick, Transaction Publishers, 2002, p. 29.

¹² Aprofundi estes temas em dois outros trabalhos: ROGÉRIO GESTA LEAL, *A Decisão Judicial: elementos teórico-constitutivos à efetivação pragmática dos Direitos Fundamentais*, Chapecó, Unoesc, 2012, e ROGÉRIO GESTA LEAL (Org.), *Ativismo Judicial e Déficits Democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2011.

razão pela qual o claro entendimento dos objetos e conteúdos destes Direitos é necessário à delimitação das responsabilidades estatais.

Em segundo lugar, a prática corruptiva precisa ser analisada no contexto dos objetivos e conteúdos dos Direitos Humanos ou Fundamentais envolvidos, verificando se ela afeta tais conteúdos de forma direta ou indireta, e se o Estado falha em dar conta de sua obrigação de protegê-los, respeitá-los e efetivá-los.

Não há dúvidas de que a corrupção encontra-se diretamente conectada à violação dos Direitos Humanos e Fundamentais, notadamente quando os atos corruptivos são utilizados como formas de violação do sistema jurídico como um todo (o caso de suborno de servidores públicos para agilizarem procedimentos burocráticos), o que afeta, por si só, a ordem jurídica posta, além de provocar impactos localizados na rede de direitos e garantias vigente (eis que, neste exemplo, outros expedientes podem ser atrasados ou deixados de lado). Como diz MICHAEL JOHNSTON: *When an individual in order to have access to health or education needs to bribe a doctor to obtain medical treatment or a teacher to be allowed to attend a class his right to health and education is infringed by corruption* (¹³).

Em termos de comércio mundial, parece não ser difícil encontrar situações que envolvem o pagamento de propinas para que resíduos tóxicos sejam importados ilicitamente entre determinados países, o que configura ato corruptivo de profundo impacto aos Direitos Fundamentais difusos envolvendo o meio ambiente e até de forma mais direta, em face dos riscos à saúde que pode provocar. Veja-se que, no caso, o Direito à Saúde ou o Direito ao Meio Ambiente não foram diretamente violados pelo pagamento de propina ou suborno, mas este comportamento corruptivo foi determinante para que, reflexamente, se potencializassem os riscos dos danos referidos em face da geração de cadeias contaminantes.

Para PAOLO MAURO, algumas diretrizes importantes já foram constituídas à indagação sobre as tipologias de violações de direitos envolvendo atos corruptivos, a partir das quais, com mais segurança e clareza, se pode precisar o ocorrido, a saber: (a) identificar bem a prática corruptiva em jogo, estabelecendo de forma objetiva quais os comportamentos que se enquadram como tais, identificando os perpetradores, vítimas e violações praticadas; (b) delimitar se as violações praticadas afetam efetivamente Direitos Fundamentais, demarcando bem os escopos e conteúdos destes Direitos atacados, bem como estabelecendo quais as obrigações estatais firmadas no que tange aos Direitos em questão; (c) identificar quais os âmbitos e limites de responsabilidades estatais nos casos específicos de violações daqueles Direitos, e se há providências institucionais a serem toma-

¹³ MICHAEL JOHNSTON, "Right and Wrong in American Politics: Popular Conceptions of Corruption", in *Polity Review*, vol. 18 (3):367-391, 2001, p. 44.

das em face das vítimas e suas reparações, evidenciando ainda se os prejuízos sofridos decorreram por conta exclusiva ou concorrente da falha do Estado em respeitar, proteger e dar efetividade aos Direitos (ou seja, *establish how direct is the connection between the corrupt act and harm suffered by the victim on the one hand, and the content of the human right and the obligation required from the state on the other hand*)⁽¹⁴⁾.

Tal raciocínio se aplica de igual sorte para o tema do direito a um processo justo, estabelecido, por exemplo, pelo art. 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ICCPR) da Organização das Nações Unidas (ONU), garantindo a toda pessoa humana uma justa, efetiva e eficiente administração do sistema de justiça (envolvendo todos os seus operadores), eis que ela é titular do direito de ter um tratamento equânime e ser ouvida perante qualquer competente, independente e imparcial tribunal ou corte⁽¹⁵⁾.

Em termos de Cartórios Judiciais, por exemplo, pode-se dizer que os maiores problemas verificados no Brasil, em regra, se referem às dificuldades na gestão dos serviços burocráticos⁽¹⁶⁾ e, quando descontrolados pela ausência de correição judicante, abrem espaços para privilégios e escolhas privadas de serventários da justiça – por conta de empatias pessoais ou mesmo por decorrência de subornos e propinas –, o que evidencia inconfundível prática corruptiva.

Veja-se que há também problemas por vezes envolvendo a não realização de audiências, intimações, citações, atos de mero expediente, atos que impliquem restrição de liberdade ou patrimonial, próprias de Oficiais de Justiça ou outros serventários, cujas causas podem estar vinculadas a comportamentos corruptivos destes agentes em conluio com interessados, ou mesmo em face do

¹⁴ PAOLO MAURO, “Corruption and Growth”, in *Quarterly Journal of Economics*, 110-3, August, pp. 681-712, 1998. Pergunta-se o autor: *Does the corrupt act lead to other actions by other actors that eventually affect a human right? In this case, is the corrupt act an essential factor in the chain of events that lead to the infringement of a human right?* (p. 700).

¹⁵ Estes são verdadeiros parâmetros de garantias processuais na Democracia Contemporânea, como diz ROBERT D. PUTNAM, *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*, New Jersey, Princeton University Press, 2001, p. 41: *parameters of equality of parties, fairness of the hearing, and competence, independence and impartiality of the tribunal. These are basic rights to procedural guarantees to which all human beings are entitled to when they face the administration of justice.* Tais parâmetros tomam especificidades maiores quando materializados no devido processo legal, tais como: *to be informed about the charge against them promptly, in detail and in a language they understand; to have adequate time and facilities to prepare their defense; to communicate with counsel of their own choosing; to be tried without undue delay; to be tried in their presence; to defend themselves in person or through legal assistance; to examine witnesses against them and to make use of their own witnesses; to have the free assistance of an interpreter if they cannot understand the language used in court; and not to be compelled to testify against themselves or to confess guilt.*

¹⁶ Conforme texto de MARCOS ALAOR DINIZ GRANGEIA, *Administração judiciária: gestão cartorária*, Brasília, ENFAM, 2011, pp. 84 e ss.

desconhecimento das normas processuais e ausência de rotinas cartorárias que permitam a agilização necessária, ocasionando morosidade processual e cumprimento errado ou inadequado dos despachos e sentenças.

Por outro lado, o grande número de processos a despachar demonstra o emperramento processual tanto do sistema de justiça como, por vezes, no gabinete do juiz, fazendo com que o exercício da subjetividade do magistrado pese na eleição do que fazer primeiro – a despeito das diretrizes normativas cogentes que estabelecem prioridade material e processual dos interesses em litígio.

O exercício destas escolhas pelo magistrado tem de ter monitoramento gerencial e institucional, sob pena de deixar espaços sem controle passíveis de serem ocupados por atos corruptivos, principalmente quando opta o juiz pela descentralização e delegação de atribuições à Secretaria de Cartórios para expedir despachos padronizados e realizar atos de ofício – criando nova instância decisional e de poder.

Já no que diz com as sentenças, muitas vezes, o acúmulo de processos prontos para julgamento demonstra, de um lado, a falta de otimização (do uso) do tempo pelo juiz (que provavelmente o desperdiça resolvendo situações que podem ser delegadas à Secretaria), mas, por outro, vai gestando cenários de descontrole institucional que fomentam comportamentos corruptivos, porque oportunizam aos interessados lançar mão do que for necessário à obtenção da prestação da tutela jurisdicional⁽¹⁷⁾.

Na medida em que a administração do sistema de justiça se vê contaminada com estas situações corruptivas, por certo que restam violados aqueles direitos internacional e nacionalmente assegurados à pessoa humana, mesmo que não decorra daí danos materiais específicos a ela, mas o sistema foi violado, e com ele a presunção de veracidade, imparcialidade, independência e confiança nas instituições.

Outra interessante questão envolvendo este tema é o que diz com o fato de que, não raro, as Constituições contemporâneas no Ocidente têm previsto o Direito Fundamental ao Trabalho à cidadania – aliás, como já faz há tempo as normativas internacionais⁽¹⁸⁾, e tal direito entendido não somente como possibilidade de escolher livremente o trabalho, mas o de ter acesso a oportunidades

¹⁷ Lembro da adequada advertência que faz SUSAN ROSE-ACKERMAN, “Trust, Honesty, and Corruption: Reflection on the State-Building Process”, *cit.*, no sentido de que: *Honesty is an important substantive value with a close connection to trust. Honesty implies both truth-telling and responsible behavior that seeks to abide by the rules. One may trust another person to behave honestly, but honesty is not identical to trustworthiness. A person may be honest but incompetent and so not worthy of trust* (grifo meu).

¹⁸ Ver o United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), “General Comment No. 18: The Right to Work, Article 6”, U.N. Doc. E/C.12/GC/18, 6 February 2006, §6 and §7.

de trabalho digno. Neste sentido, *the right to work is complemented by the prohibition of slavery, servitude and forced and compulsory labor (ICCPR Art. 8)* ⁽¹⁹⁾.

A ausência de vigilância nas relações de trabalho – principalmente privadas – por parte do Estado e seus fiscais ou mesmo a existência de conivência entre estes e empregadores ilícitos (atos corruptivos omissivos e comissivos) vão gerando redes de submissão de trabalhadores a condições indignas de labor, quase sob o regime da escravidão, com maus tratos e violências assíduas. Direta ou indiretamente o desvio de ativos financeiros de setores produtivos de forma ilícita vai fragilizando – dentre outras coisas – as condições de trabalho e os direitos sociais consecutórios, o que evidencia como ações corruptivas no setor privado também impactam Direitos Fundamentais ⁽²⁰⁾.

Em outras palavras, *the states' human right obligation to fulfill the right to work implies that states must adopt measures to ensure the full realization of the right. Insufficient expenditure or misallocation of public funds, resulting in the non-enjoyment of the right to work, has been identified as a violation of the obligation to fulfill* ⁽²¹⁾. É este comportamento ativo do Estado que deve ser exigido em face de todas as circunstâncias e causas de potencialização dos atos corruptivos, sob pena de estar o ente público conivente com eles.

Mesmo no campo da tradicional representação política que caracteriza a Democracia Representativa, a corrupção pode trazer profundos impactos aos Direitos Fundamentais Políticos, considerando-se exatamente que esta tradição opera com a lógica de constituir um direito de cada cidadão se envolver na condução dos negócios públicos através do exercício do voto, ou de ser candidato,

¹⁹ FRANK ANECHARICO/JAMES B. JACOBS, *The Pursuit of Absolute Integrity: How Corruption Control Makes Government Ineffective*, cit., p. 66. Lembram os autores que: *There are however, many cases of forced labor and in several of those cases corruption is somehow involved. Corruption can be linked to the restriction of the right to work if a labor inspector is bribed by an employer so laws prohibiting forced labor are not enforced. As stated above, freely chosen work is an essential element of the right to work. Hence, in this example, corruption as a necessary tool to sustain forced labor also violates the right to work.*

²⁰ Várias situações como estas estão reportadas em agências internacionais envolvendo a proteção dos direitos sociais, podendo-se aqui fazer referência ao caso da Sérvia e Montenegro, onde trabalhadores da iniciativa privada fizeram movimentos paredistas e de protestos contra os níveis de corrupção da iniciativa privada que estariam afetando diretamente os postos e condições de trabalho, resultando daí inclusive ameaças às vidas de alguns líderes operários. In U.N. Econ. & Soc. Council, "Report submitted by the Special Reporter on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, Ambeyi Ligabo, Addendum: Mission to the State Union of Serbia and Montenegro", U.N. Doc. E/CN.4/2005/64/Add.4, 8 February 2005, §62. Neste documento, está expresso claramente que: *When labor inspectors, acting as public officials, accept bribes to overlook violations of workers rights, the state itself is not respecting the rights of those workers.* (p. 55).

²¹ *Idem.*

em eleições justas e livres, fundadas na idéia de sufrágio universal através do voto secreto – aliás, disposição expressa do art. 25 do ICCPR (22).

Comportamentos corruptivos como a compra de votos, transformando-os em mercadorias de trocas ou vendas, visando à persuasão de outrem para a escolha de candidatos ou mesmo para abster-se de votar, constitui histórica intervenção ilícita à integridade do processo eleitoral, sem falar nas questões de abuso do poder econômico relacionado ao financiamento privado de campanhas, falseamento da contagem de votos (cada vez mais rara em face dos processos eletrônicos do sufrágio), devendo o Estado instituir mecanismos efetivos de garantia ao processo eleitoral tanto para quem vota como para quem é votado.

Esta cadeia de negócios eleitorais espúrios vai gerando conexões perigosas e desestruturantes da gestão dos interesses comunitários, porque cria desdobramentos corruptivos imensos, como obrigações por vezes ilícitas dos eleitos para com seus financiadores ou comerciantes de votos, envolvendo privilégios públicos, favorecimentos financeiros, acesso diferenciado às instâncias governamentais e mesmo a cargos e funções institucionais, o que pode interferir até na racionalidade e eficiência da Administração. BACKER adverte que: *Corruption in the health sector can take many forms, such as bribery of regulators and medical professionals, manipulation of information on drug trials, his diversion of medicines and supplies, and corruption in procurement. Of the many ways that corruption can take place in the health sector, probably the most noticeable is corruption in hospitals. Money escapes from hospitals through opaque procurement of equipment and supplies, ghost employees, absenteeism, exaggerated construction costs, inflated hospital price tags, and requiring patients to pay bribes for treatment that should be without charge. In general terms, corruption in the health sector can be structured in three levels: corrupt practices taking place at the level of financial resources management, at the level of management of medical supplies, or at the level of the health worker and patient relationship* (23).

²² Diz MICHAEL PINTO-DUCHINSKY, *Financing politics. A global view*, *Journal of Democracy*, Volume 13, Number 4 October 2002, p. 3: *With regards to the right to vote, the state has the duty to ensure that individuals eligible to vote can exercise this right freely. Persons entitled to vote must be free to vote for any candidate without undue influence or coercion of any kind which may distort or inhibit the free expression of the elector's will. Voters should be able to form opinions independently, free of violence or threat of violence, compulsion, inducement or manipulative interference of any kind. States must protect voters from any form of coercion or compulsion and from any unlawful or arbitrary interference with the voting process.*

²³ RAYMOND BAKER, *Capitalism's Achilles Heel: Dirty Money and How to Renew the Free-Market System*, Indianapolis, Wiley, 2005, p. 31. Lembra o autor ainda que: *A common corrupt practice in hospitals is the payment of bribes or so-called "informal payments," where patients are forced to offer bribes at hospitals in order to be treated, x-rayed, allocated a bed in the ward or operated upon. The U.N. Special Reporter on the Right to Health has stated that the accessibility to health care is hindered by corruption, particularly by the request of informal payments.*

Estes são problemas internacionais, basta ver a crítica generalizada que se constituiu nos Estados Unidos da América sobre o fato de o governo norte-americano investir milhões de dólares dos contribuintes para fomento de sistemas produtivos de grãos e alimentos transgênicos (que geram a conhecida *junk food*), o que os torna muito mais baratos em face dos chamados produtos mais saudáveis (*healthy food*) (24).

Em pesquisa realizada na Índia, das pessoas que admitiram terem pagado algum tipo de propina para obter serviço público de saúde, 23% declararam que foram forçados a fazê-lo sob pena de não obter o atendimento buscado, enquanto 73% admitiram tê-lo feito para obter melhores serviços (25).

Os recursos perdidos com a corrupção na área de saúde poderiam ser usados para comprar medicamentos, equipar hospitais, contratar equipes médicas, enfim, ampliar qualitativamente o serviço público propriamente dito, pois a ausência de infra-estrutura adequada neste campo implica a negativa de acesso ao sistema de saúde pública, o que representa violação direta a Direito Fundamental. Lembrando sempre que: *Al perpetuar la marginalización y la exclusión, la corrupción impide la no discriminación y fomenta la desigualdad. Según ha mostrado el Barómetro Global de la Corrupción, los pobres se ven afectados de manera desproporcionada por la corrupción y con frecuencia son ellos quienes sufren sus peores consecuencias. Estudios llevados a cabo por los capítulos de TI en Bangladesh y en México demuestran que los pagos de sobornos pueden absorber hasta una cuarta parte de los ingresos de un hogar* (26).

Pesquisas recentes do Fundo Monetário Internacional envolvendo 71 países ocidentais têm revelado que os que possuem os maiores indicadores de corrupção sistemática também têm as maiores taxas de mortalidade infantil,

²⁴ ETHAN A. HUFF, “The corruption of the Farm Bill, and why clean, organic food remains more expensive than conventional”, publicado no site http://www.naturalnews.com/036394_Farm_Bill_organic_food_corruption.html#ixzz2C0Uka16, veiculada em 06/07/2012, acessada em 16/11/2012. Adverte o texto, todavia, que: *Every five years, Congress reviews the guidelines of the existing Farm Bill, and comes up with new ways to allocate the nearly-trillion dollar sum typically apportioned for American agriculture programs. And since existing Farm Bill provisions are set to expire on September 30, 2012, the Obama administration is currently pushing Congress to pass a revised Farm Bill known as the Agriculture Reform, Food and Jobs Act of 2012... These and other inequities in the federal agriculture policy are what keeps America’s food system both unhealthy and dominated by corporate, agricultural interests with no regard for human health.*

²⁵ <http://www.livemint.com/2007/05/02221904/Corruption-Catalogue-governme.html>, acessado em 07/11/2012. Na mesma direção, o trabalho de KARL GOPAKUMAR, *Transparency International Working Paper, Citizen Feedback Surveys to Highlight Corruption in Public Services: The Experience of Public Affairs Centre, Bangalore*, 1998.

²⁶ *In* International Transparency, “Los Derechos Humanos y la Corrupción”, publicado como Documento de Trabajo 05/2008, conforme sitio eletrônico www.transparencency.org, acesso em 12/02/2014.

evidenciando políticas públicas baixíssimas de tratamento preventivo e curativo de gestantes e crianças (27). De igual sorte, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da União Européia tem identificado a omissão e falhas de regulação nas atividades individuais, de grupos ou corporações, bem como falhas na proteção dos consumidores em face de práticas detrimen-tosas de saúde (28).

O mesmo ocorre no setor da educação, já que várias experiências dão conta de que há práticas de exigir o pagamento por parte de pais de crianças para garantia de vagas em escolas públicas, para obter certos privilégios de professores nestas mesmas escolas (aulas extras, acompanhamento especial e diferenciação dos demais alunos que não pagam, etc.) (29).

Por certo que tais práticas igualmente trazem violações ao sistema de ensino como um todo, porque rompem com os critérios de justiça social que se procura instalar com a garantia gratuita do ensino fundamental e médio igual para todos, gerando com isto não só ilicitudes no âmbito da prestação do serviço público envolvido, mas também fortes impactos nas políticas públicas de inclusão social dos estudantes e suas desenvolturas nos processos de formação e de inserção no mercado de trabalho. MILLER dá o exemplo de que: *If parents are required to pay bribes in order to transfer a child from one school to another or simply to keep their child in school. When parents need economic resources in order to bribe the school they would prefer for their children, or when parents simply do*

²⁷ Ver no texto de S. GUPTA/H. R. DAVOODI/E. TIONGSON, *Corruption and the Provision of Health Care and Education Services, Governance, Corruption and Economic Performance*, Washington, D.C., International Monetary Fund, 2002.

²⁸ PAUL HUNT, “Report of the Special Reporter on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health”, U.N. Doc. E/CN.4/2006/48, 3, March 2006, p. 40. Ainda refere o texto que: *There are numerous direct ways by which corruption can violate the right to health. The most prevalent acts of corruption violating the right to health are bribery in hospitals and embezzlement of funds and assets destined to health services. Most of those practices affect the availability, accessibility, and quality of health services. As described in this section, when the state does not come to prevent and combat such practices, corruption thus leads to a clear and direct violation of the right to health.*

²⁹ Ver o texto de MICHAEL J. SANDEL, *What money can't buy*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2012. Ver igualmente os relatos de CDESCR, “General Comment No.13: The Right to Education (Article 13 of the Covenant)”, U.N. Doc. E/C.12/1999/10, 8 December 1999, para 6; U.N. Econ. & Soc. Council, “Preliminary Report of the Special Rapporteur on the Right to Education, Katarina Tomaševski”, U.N. Doc. E/CN.4/1999/49, 13 January 1999, e subsequentes relatórios.

not want to partake in corrupt practices, they are not free to choose the education institutions for their children as required by the right to education (30).

Exemplos como este dão a dimensão da estreita relação que há entre setor público e setor privado no processo fenomênico das ações corruptivas, pois há envolvimento de múltiplos níveis e provocações causais na espécie, gerando verdadeira cadeia de retroalimentação de ilícitos que reclamam medidas preventivas e curativas.

Recentemente, a Siemens, empresa alemã considerada uma das gigantes em engenharia, foi envolvida em escândalos de corrupção em licitações no setor de transportes no Brasil. Segundo o Jornal *Folha de São Paulo*, a multinacional admite ter atuado em *cartéis* ao lado de outras empresas multinacionais no Brasil e teria assinado um acordo de leniência que poderia garantir a companhia e aos seus executivos imunidade administrativa e criminal e poderia se livrar a outros problemas e dores de cabeça com as leis antitruste dos EUA e Europa. Imagine-se a quantidade de dinheiro envolvido nisto e os prejuízos indiretos e diretos causados ao cidadão que consome transporte público (31).

No setor da gestão urbanística, por exemplo, há muitas causas de corrupção que atingem diretamente os Direitos Humanos e Fundamentais de imensos contingentes. Regra geral, em termos de constitucionalismo contemporâneo, entre os Direitos e Deveres Sociais definidos nas principais cartas políticas europeias e latino-americanas, o direito à Habitação e ao Urbanismo estão no mesmo plano que o direito à Saúde, à Educação, à Segurança Social e ao Ambiente e qualidade de vida – aqui se incluem de forma explícita o Brasil e Portugal.

No contexto da União Européia, não existe uma política comum de habitação. Existem países que adotaram políticas de natureza mais liberal e outros em que a intervenção reguladora do Estado permitiu melhorar as respostas às

³⁰ SEUMAS MILLER, *The Moral Foundations of Social Institutions: A Philosophical Study*, New York, Cambridge University Press, 2010. A Suprema Corte dos Estados Unidos da América já teve oportunidade de afirmar, desde o caso envolvendo altos executivos da Enron Corporation, em 2010, que falhas do serviço público ocasionadas por corrupção violam o Direito Fundamental do cidadão pelo fato de que *deprive another of the intangible right of honest services*. Ver o editorial “Supreme Court just says no to political bribery”, in www.articles.latimes.com/2012/jun/10/opinion, publicado no dia 10/06/2012 e acessado em 16/11/2012.

³¹ <http://www.cidadefutura.net.br/index.php/artigos/blog-geral/entry/mobilidade-urbana-movimenta-us-trilhoes-e-e-territorio-fertil-para-corrupcao-no-mundo-todo.html>, acesso em 12/02/2014. Ainda veicula a notícia que ex-funcionários da Siemens foram acusados de pagarem cerca de US \$ 100 milhões em subornos a funcionários argentinos, incluindo o ex-presidente Carlos Menem, para obter negócios para a Siemens, cujos títulos sejam negociados nos Estados Unidos. A Siemens passou a divulgar que adotaria regras de “Compliance” mais rígidas e passou a demitir executivos de alto escalão no mundo todo. Em 2011, o presidente da Siemens do Brasil foi demitido, como se tratava de uma medida interna de uma empresa privada, o assunto não foi devidamente esclarecido e pouco se sabe sobre o ocorrido.

necessidades dos diferentes grupos sociais. Portugal integra o primeiro grupo, situando-se no conjunto dos países que gastam menos do que 1% do produto interno bruto (PIB) na sua política de habitação (enquanto que Suécia gasta 4,1% e Holanda 3,2%)⁽³²⁾. Tais políticas, todavia, não têm diminuído os casos de corrupção envolvendo a especulação imobiliária.

O mesmo ocorre com o Meio Ambiente, em face da expansão urbana desenfreada e irracional, basta ver os chamados projetos da indústria extrativa que podem causar o desalojamento de muitas pessoas, violando-se não só o Direito Fundamental ao Meio Ambiente Sustentável, mas também a garantia de uma habitação adequada e equilibrada com o ecossistema. Muitos destes projetos são desenvolvidos com desrespeito às regras urbanísticas e dos Planos Diretores (estes também violados desde suas origens por setores da construção civil e imobiliários, pela via do suborno, propina, formatação de leis de ocasião, etc.).

Na Espanha, a situação não é diferente: *La corrupción urbanística está vinculada al hecho de que las decisiones de la Administración en esa materia generan inmensas plusvalías. Como por arte de magia, o cual milagro multiplicador de panes y peces, un acuerdo municipal que recalifique unos terrenos, supone instantáneamente un aumento de su valor que desborda los márgenes de beneficio de cualquiera otra actividad o negocio. No hace falta invertir, ni producir nada, una simple decisión Administrativa milagrosamente multiplica el precio del suelo. Y entonces, ¿por qué estas plusvalías que “asombrosamente” crea la Administración no son incorporadas a su patrimonio, máxime si estamos hablando de una Administración democrática que, como nos recuerda Hacienda cuando de cobrar se trata, somos todos?, ¿por qué se regalan a unos particulares que nada han hecho para apropiárselas? Ésta es la clave de la corrupción urbanística, su última ratio: una decisión de un organismo público hace que el precio de suelo multiplique su valor instantáneamente*⁽³³⁾.

Isto tudo mostra o grau de complexidade que toma os impactos perniciosos da corrupção aos Direitos Humanos e Fundamentais.

III. Considerações finais

É preciso reconhecer, ao fim e ao cabo, as múltiplas redes de relações que estão imbricadas ao tema da corrupção, pois quando ela se dá enquanto causa de emendas orçamentárias supressivas, aditivas, realocativas, em tese lícitas, es-

³² In “La politique du logement dans les États membres de L’Union Européenne”, Union Européenne, Direction Générale des Études (Document de Travail), Série Affaires sociales, http://europa.eu.it/comm/regional_policy, acesso em 12/02/2014.

³³ FERNANDO GAJA I. DÍAZ, “¿Corrupción urbanística o corrupción del Urbanismo?”, in <http://personales.upv.es/fgaja/publicaciones/corruptcion.pdf>, acesso em 12/02/2014.

tes atos administrativo-legislativos afetam intensamente todos os bens e interesses públicos que sofreram alguma restrição neste particular: no caso da educação (quando tem créditos reduzidos), é a qualidade do ensino que cai ou se vê prejudicada; o que se dá também na saúde, segurança pública (veja-se o sistema carcerário e prisional brasileiro ⁽³⁴⁾), transporte, etc.

Interessante notar que, inclusive em termos de discriminação, os comportamentos corruptivos podem ser enquadrados, ao menos no que diz com a percepção deste tema por parte do Comitê de Direitos Humanos da Comunidade Européia, que definiu aquela como qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada em qualquer nível ou grau racial, de cor, sexo, linguagem, crença religiosa, política ou de opinião, de origem nacional ou social, de propriedade ou nascimento, e que tenha ainda a intenção de nulificar ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício por todas as pessoas de direitos humanos e fundamentais ⁽³⁵⁾. Quer dizer, a existência de corrupção em qualquer segmento – público ou privado – inexoravelmente causa algum tipo de discriminação individual e social.

Por tais razões é que as convenções internacionais contra a corrupção – dentre elas a Convenção Interamericana, de 1996, incorporada ao direito interno brasileiro em 7 de novembro de 2002, pelo Decreto 4.410, e a das Nações Unidas, de 2003, também promulgada no país – põem toda sua ênfase na adoção, pelos países signatários, de medidas preventivas, reconhecidas, cada vez mais, como o caminho adequado para atacar as raízes desta verdadeira patologia ⁽³⁶⁾.

Pode-se dizer que os movimentos internacionais anticorrupção estão atentos tanto à corrupção política/governamental (de todos os Poderes de Estado), em especial com alguns casos mais impactantes em termos de práticas corruptivas aos Direitos Humanos e Fundamentais, tais como os que envolvem o Poder Judiciário, visto anteriormente, já que afetam a própria confiança nas instituições democráticas que deveriam dar efetividade e eficácia a tais Direitos.

³⁴ *Idem.* Aduz o autor que: *Likewise, corruption by way of embezzlement of funds that are destined to finance prison services may result in fewer resources and deteriorating detention conditions. Everyone deprived of their liberty in prisons, hospitals, detention camps, correctional institutions, or elsewhere have the right to be treated with humanity and dignity (ICCPR Art.10). For example, in the treatment of prisoners, humanity and dignity means: minimum floor space and cubic content of air for each prisoner, adequate sanitary facilities, clothing which in no manner should be degrading or humiliating, a separated bed, and food of adequate nutritional value.*

³⁵ United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), “General Comment No. 18”, *cit.*

³⁶ Ver o texto de RONALD DA SILVA BALB, “Uma longa história de corrupção: dos anões às sanguessugas”, in *Revista da CGU, Presidência da República, Controladoria-Geral da União*, Ano 1, n.º 1, 2006, Brasília, CGU, 2006.

Em pesquisa tópica sobre o tema, o Barômetro Global da Corrupção referiu que um de cada quatro cidadãos que teve contato com a polícia – nos países pesquisados – teve de pagar suborno para ver atendida sua demanda³⁷. Veja-se que uma corrupção neste nível pode provocar reações em cadeia de violações de Direitos Humanos envolvendo o cumprimento da lei por órgãos de segurança pública oficial e a prerrogativa cidadã de liberdade e segurança³⁸. Indo ainda mais longe, as prisões e segregações que ocorrem diuturnamente na esfera penal – no Brasil e no exterior –, quando injustificadas e para as quais se buscam formas ilícitas e corruptas de solução, estão a violar o Direito Fundamental de não ser detido de maneira arbitrária ou ilegal (e mantido assim). Ainda:

*Si un caso es llevado a los tribunales, la presencia de jueces corruptos viola el derecho del acusado a un juicio justo e imparcial. La corrupción distorsiona las decisiones judiciales y puede traer como resultado veredictos injustos o absoluciones inmerecidas – lo cual afecta los derechos del individuo a un juicio justo e imparcial y el derecho a un resarcimiento eficaz para la víctima*³⁹.

Mais que isto, os ciclos de corrupção conduzem a carências imensas de legitimidade e voz política, autorizando perigosamente a redução de prestação de contas dos governos e mesmo de altos funcionários públicos em face dos grupos menos favorecidos que sofrem com os seus efeitos deletérios, o que pode, inclusive, induzir comportamentos massivos de adesão social à corrupção, seja para conseguir com as regras hegemônicas do jogo político sobreviver as violações perpetradas; seja para gerar indiferença/anomia social reativa diante da perda da confiança.

³⁷ Conforme trabalho de LUCY KOEHLIN, *An Evaluation of National Integrity Systems for a Human Rights Perspective*, Genebra, International Council on Human Rights Policy, 2007.

³⁸ International Transparency, “Los Derechos Humanos y la Corrupción”, *cit.*, p. 4. Adverte o texto que: *El movimiento anticorrupción ha estado combatiendo la corrupción política y judicial para lograr una mejor participación y representación de los ciudadanos en una democracia. Se ha centrado en obtener información y promover la transparencia con vistas a facilitar a los individuos la toma de decisiones bien fundamentadas al participar en los procesos democráticos de sus países. El espacio para que la sociedad civil pueda actuar en los ámbitos de la lucha por los derechos humanos y contra la corrupción lo crean los gobiernos, al respetar y garantizar las libertades civiles y los derechos, tales como la libertad de acceso y divulgación de la información y la libertad de reunión y asociación pacíficas. Sin estas condiciones, la labor de los activistas anticorrupción y de derechos humanos se ve amenazada y se vuelve imposible conseguir transparencia y rendición de cuentas en el sector público.*

³⁹ *Idem*, p. 9. Diz o documento que: *A nivel sistémico, la corrupción desvía fondos originalmente destinados a servicios sociales que constituyen una asistencia vital para los más necesitados. El Informe Global de la Corrupción de 2006 sobre el Sector de la Salud mostró que la corrupción en ese sector encarece los servicios de atención sanitaria o los hace inaccesibles o inexistentes, para amplios grupos de la sociedad. Cuando no hay acceso a servicios sanitarios, el Estado fracasa en asegurar de manera gradual y plena el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud (Art. 12, PIDESC).*

A MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO NOVO PARADIGMA DE JUSTIÇA – DESAFIOS PARA O FUTURO

Rossana Martingo Cruz ⁽¹⁾

I. Notas iniciais

Foi com grande satisfação que integrei um encontro tão interessante, com tão nobres painéis, como o *Congresso Internacional Direito na Lusofonia*. É um privilégio poder tecer algumas considerações sobre a mediação familiar perante um empenhado público e são de salutar iniciativas que dão aos meios de resolução alternativa de litígios um espaço de discussão. É especialmente importante apostar na divulgação destes meios para que sejam susceptíveis de contemplação como uma (outra) via no trilho da Justiça. Não se trata, por isso, de alienar ou diminuir os meios tradicionais de Justiça, mas sim discutir as mais-valias e as fragilidades de outras soluções.

Mais do que uma exposição sobre a mediação familiar, ou considerações teóricas sobre a mesma, o que se pretende é dar o mote para a reflexão sobre o seu futuro, quais os desafios que terá de enfrentar para que se possa afirmar como uma verdadeira alternativa ⁽²⁾. Foi com a audácia de lançar um repto aos presentes e encetar uma conversa desataviada sobre esta temática que se encarou este encontro.

¹ Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave. Este artigo segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

² Não com o pendor positivo ou adversativo relativamente aos tribunais, mas sim complementar àqueles, mais apropriado para alguns dissídios.

Os conflitos de índole familiar possuem características próprias, fruto da proximidade dos envolvidos e do teor emocional a eles associados. Como tal, não raras vezes, os meios tradicionais de Justiça não são capazes de dar uma resposta adequada às necessidades das partes ⁽³⁾. Ousa-se até referir que esse cenário ocorrerá na maioria dos casos. Assim surge a mediação familiar, como um meio privilegiado de resolução destes dissídios.

Podem atribuir-se responsabilidades a vários factores que, em conjunto, não têm favorecido a credibilização desta figura. Far-se-á uma singela enumeração ⁽⁴⁾ do que poderá contribuir para um maior alcance da mediação familiar, num futuro que se espera próximo, em Portugal. Pretende-se dar uma visão pragmática dos desafios que este meio de resolução de conflitos deverá enfrentar. Como tal, não se enveredará por uma abordagem teórica da mediação familiar, por se entender que este não será o ensejo para isso ⁽⁵⁾. Atendendo às limitações inerentes a esta exposição, opta-se por apresentar a figura da mediação familiar de forma sumária para, depois, alvitrar algumas ideias.

II. Mediação Familiar – breve caracterização e enquadramento legislativo

A mediação familiar é um meio de resolução alternativa de litígios (RAL) onde um terceiro promove (ou restaura) o diálogo entre as partes, favorecendo a comunicação e possibilitando um acordo que corresponda às necessidades e interesses daquelas.

Atendendo à especificidade do conflito familiar, opondo pessoas que estão intimamente ligadas e que, frequentemente, terão de continuar a relacionar-se ⁽⁶⁾ – ainda que a morfologia dessa mesma convivência seja distinta da anterior –, é primordial alcançar um ponto de equilíbrio na comunicação das mesmas. É esta a função do mediador, auxiliar as partes na busca do consenso, enquanto terceiro, sem qualquer poder de decisão, neutro, imparcial e independente, não tendo qualquer interesse no desfecho do conflito e tratando as partes de forma equitativa.

O mediador não pode impor uma solução às partes, devendo somente criar o ambiente propício a que estas cheguem a um desenlace que lhes sirva e que

³ “No family lawyer would claim that the law provides the solutions to all problems that families might face”. JONATHAN HERRING, *Family Law*, Pearson, Harlow, 2013, p. 30

⁴ Que não pretende ser exaustiva.

⁵ Embora não seja necessariamente excludente, muitas vezes, não se coaduna esta informalidade com concepções doutrinárias que, por isso, se deixam para outra oportunidade.

⁶ Desde logo, e a título de exemplo mais comum, o caso de ex-cônjuges com filhos menores.

permita uma solução de ganhos mútuos (*win/win situation*)⁽⁷⁾. Ao mesmo tempo, se ambas as partes despendem esforços para alcançar um determinado consenso, é expectável que o respeitem, uma vez que se empenharam no seu sucesso. Como tal, o risco de incumprimento será menor quando comparado com uma solução que é imposta por um terceiro que pouco ou nada conhece da realidade empírica daquela família. O simples facto de reduzir o risco de incumprimento é, por si só, motivo bastante para enaltecer e promover a mediação familiar. A quantidade de processos que pululam nos nossos tribunais decorrentes de incumprimentos, principalmente no âmbito das responsabilidades parentais, é demonstrativa o suficiente de quanto a justiça tradicional tem falhado neste entorno. Daí que seja necessário efectivar outras realidades no que à administração da justiça diz respeito.

O primeiro diploma normativo sobre a mediação familiar em Portugal surge 1997, através do Despacho n.º 12368/97 do Ministro da Justiça. Com este despacho, foi criado o Gabinete de Mediação Familiar cujo desiderato era o de facultar, pela primeira vez, um serviço público de mediação familiar. No entanto, esta primeira expressão legislativa surge essencialmente com um cunho experimental, na medida em que este Gabinete apenas se destinava aos conflitos decorrentes da regulação do exercício das responsabilidades parentais⁽⁸⁾ e seus incumprimentos. Ademais, inicialmente, a sua competência territorial era limitada, uma vez que se dirigia somente à comarca de Lisboa⁽⁹⁾. Alguns anos depois, foi alargada a actividade do Gabinete de Mediação Familiar a outras zonas do país⁽¹⁰⁾, mantendo-se a competência material prevista no diploma de 1997. Atendendo à manifesta incipiência do Despacho de 1997 e à Recomendação de 98⁽¹¹⁾, já se esperava que o legislador nacional revisitasse o instituto da mediação. Tal veio a suceder em 2007, com o Despacho n.º 18778/2007 do Gabinete do Secretário de Estado da Justiça. Embora tenha ficado aquém das expectativas, atendendo à já ampla existência da Recomendação n.º R (98), não deixa de ser um salto qualitativo considerável quando comparado

⁷ Ultrapassando-se o paradigma vencedor/vencido decorrente de um meio opositivo, como o meio judicial.

⁸ Na altura, ainda designadas de “poder paternal”. A mudança terminológica só veio a ocorrer com a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro.

⁹ Art. 2.º do Despacho n.º 12368/97.

¹⁰ Em 2002 e 2005, surgiram, respectivamente, os Despachos n.ºs 1091/2002, de 16 de Janeiro, e 5524/2005, de 15 de Março. O primeiro veio estabelecer que o Gabinete de Mediação Familiar passaria a desenvolver a sua actividade nas comarcas de Lisboa, Amadora, Sintra, Cascais, Oeiras, Loures, Mafra, Seixal, Barreiro e Almada. Já o despacho de 2005 veio alargar a competência territorial a Coimbra.

¹¹ Recomendação n.º R (98) 1 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados-Membros sobre a Mediação Familiar (adoptada pelo Comité de Ministros, em 21 de Janeiro de 1998).

com o despacho predecessor. Com este diploma, o legislador decide ampliar o contorno material e territorial da mediação familiar em Portugal. Não só estende a existência de um serviço público de mediação familiar à generalidade do país, como também alarga a competência material do mesmo ⁽¹²⁾.

No ano seguinte, a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, ao alterar a configuração do regime de divórcio em Portugal, faz constar, no art. 1774.º do Código Civil, uma obrigatoriedade de informação por parte dos tribunais e das conservatórias do registo civil sobre os serviços de mediação familiar, nos processos de divórcio. Pela primeira vez, a mediação familiar tem um acolhimento jurídico que vai para além dos despachos referidos *supra*. Deste modo, tornou-se também uma realidade tangível para vários juristas que, até então, ignoravam a existência deste meio de RAL.

Mais recentemente ⁽¹³⁾, a Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril, atinente à mediação em geral, veio sistematizar e densificar muitas questões que os diplomas específicos da mediação familiar falharam em concretizar. Assim, tornou-se também um instrumento indispensável na prática da mediação familiar ⁽¹⁴⁾.

As vantagens inerentes a este meio de RAL são de tal forma evidentes que não se percebe por que ainda não é uma técnica comumente utilizada nos dissídios familiares ⁽¹⁵⁾. A busca do consenso favorece as partes, permitindo que estas desenhem a solução que mais lhes convém. Ao mesmo tempo, evitam-se incumprimentos e outros expedientes judiciais, o que torna a justiça mais eficiente. Apesar de se rejeitar a promoção da mediação familiar apenas porque é mais célere e mais barata, não se ignoram estas características, ainda que devam ser olhadas como meras consequências e não como elementos caracterizadores da mesma.

O propósito da mediação familiar é o de superar o dissídio, permitindo que as partes (com o auxílio do mediador) tentem lograr um acordo, ao invés de viverem resignadas e frustradas com um desfecho heterocompositivo. Para tanto, é necessário focar nos interesses e não nas posições. Esta é uma ideia

¹² Art. 4.º do Despacho n.º 18778/2007.

¹³ O legislador nacional fez também referências isoladas à mediação familiar noutros diplomas, como na Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro, que funda o regime jurídico do Apadrinhamento Civil; e na Lei n.º 23/2013, de 5 de Março, que redesenha o processo de inventário. Adiante criticar-se-á a natureza e morfologia dúbias destas referências avulsas.

¹⁴ Não obstante de não se aplicar, na íntegra, à mediação familiar. Consultar art. 10.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril.

¹⁵ Apesar da sua ampla aplicabilidade, não será adequada a todos os pleitos familiares. Reitera-se que, em nenhum momento, se ignora ou diminui a premência dos tribunais. Apenas se defende que, para muitos dos conflitos familiares, existirá uma sede mais apropriada que deverá ser tida em conta.

sobejamente utilizada no âmbito da mediação. Muitas vezes, as posições são controvertidas e os interesses conciliáveis. No entanto, o sistema tradicional de justiça, opositivo por natureza, não permite que as partes exponham os seus interesses, apenas que apresentem as suas posições (16).

Pese embora o referido *supra*, a mediação familiar não é, nem deve pretender ser, terapia familiar. Não deve existir qualquer tentação de tratar os mediados ou de os reconciliar. Aliás, para que a mediação possa ser bem-sucedida é, desde logo, necessário que as partes reconheçam o conflito que as opõe. Por seu lado, o mediador aceita aquele dissídio e trabalha com as partes no sentido da solução do seu desentendimento.

III. Dificuldades prático-processuais e desafios para o futuro

Não raras vezes, são apontadas algumas responsabilidades aos operadores judiciários pelo estado incipiente em que a mediação familiar se encontra, não obstante os esforços do legislador. Apesar de se entender que a desconfiança sobre este meio de resolução alternativa de litígios é real (e afecta uma larga faixa de práticos do Direito), não podemos deixar de atentar nas fragilidades que a figura aporta na sua aplicabilidade, o que muito contribui para um cepticismo sobre o seu funcionamento e sucesso. O legislador tem também contribuído para esta situação. Vejamos, desde logo, o art. 1774.º do Código Civil e a dificuldade no seu efectivo cumprimento. Estabelece este artigo que “antes do início do processo de divórcio, a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objectivos dos serviços de mediação familiar”. Ora, atendendo à tramitação dos processos de divórcio, quer no tribunal, quer na conservatória, percebe-se a impossibilidade de cumprir aquele desígnio “antes do início do processo de divórcio”. Pois, quando o divórcio se desenrola no tribunal, as partes só têm contacto com o mesmo quando já deram início ao processo (17). Não se alcança como seria possível que as partes fossem informadas

¹⁶ Um exemplo que ilustra esta dicotomia interesse/posição é a já conhecida imagem da *laranja*: duas partes discutem a propriedade da laranja, cada uma delas entendendo que tem direito à mesma. No sistema tradicional de justiça, atentar-se-ia na questão controvertida – a propriedade da laranja. Porém, se cada uma das partes quiser a laranja com diferentes propósitos – um pretende o seu sumo e o outro a sua casca – estes interesses podem ser perfeitamente conciliáveis, ainda que as posições não o sejam. A mediação familiar permite que os interesses sejam revelados. Outra imagem comumente usada é a do *iceberg*, em que os interesses sobre os quais a mediação deve incidir são a parte que se encontra submersa e as posições a parte visível do *iceberg*.

¹⁷ “O processamento electrónico dos actos processuais torna praticamente impossível a possibilidade de cumprir o dever antes do início do processo. O texto do art. 1774.º devia ter acrescentado uma fórmula que permitisse cumprir o dever de informar na primeira intervenção processual do conservador ou do juiz”. GUILHERME DE OLIVEIRA, “A Nova Lei do Divórcio”, in *Revista Lex Familiae*, Ano 7, n.º 13, 2010, Coimbra, Coimbra Editora, p. 7.

dos serviços de mediação familiar *antes* do processo sequer começar. Do mesmo modo, quando o divórcio corre nas conservatórias do registo civil, também não existe uma forma de informar as partes antes do processo se iniciar, pois quando as partes tomam contacto com a conservatória já o processo foi encetado. Mas a fragilidade na redacção da norma não se limita ao Código Civil. A Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, também alterou o Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro (diploma que estabelece os processos da competência do Ministério Público e das Conservatórias do Registo Civil) e, no n.º 3 do art. 14.º, dispõe que “*Recebido o requerimento, o conservador informa os cônjuges da existência dos serviços de mediação familiar [...]*”. Também aqui não existe uma perspectiva realista por parte do legislador pois, na prática, a conservatória aceita o requerimento de divórcio juntamente com os acordos, pelo que se pressupõe que as partes já tenham chegado a um consenso.

Também se questiona por que o legislador, aquando a inclusão da mediação familiar no Código Civil, não a tornou mais efectiva, consagrando, como noutros ordenamentos jurídicos, uma sessão de pré-mediação obrigatória⁽¹⁸⁾. Tal deveu-se ao receio de que o serviço público de mediação familiar não estivesse em condições de suportar um uso intensivo por parte dos cidadãos, pretendendo, numa primeira fase, apenas dar a conhecer o sistema de mediação familiar até que este pudesse estar em condições de ser imperativo⁽¹⁹⁾. Há quem entenda que esta sessão de pré-mediação possa colidir com o princípio da voluntariedade inerente à mediação. Não se concorda com tal visão. Desde logo, trata-se de uma mera sessão informativa, que pretende esclarecer as partes sobre o processo e permitir-lhes que tomem uma decisão consciente. Talvez tenha chegado a altura de revisitar esta questão⁽²⁰⁾.

Para que a mediação familiar seja uma realidade, em Portugal, é indispensável que a mesma seja divulgada e que algumas das suas arestas possam ser polidas. Ousa-se fazer algumas propostas nesse sentido. Serão singelas sugestões que se espera que possam levar a uma discussão mais ampla e a um estudo mais profundo sobre o tema.

Entende-se que um primeiro passo a tomar seria o de desenhar um diploma mais completo para a mediação familiar, revogando-se o Despacho de 2007. Deveria ser mais clara a sua aplicabilidade a todos os tipos de conflitos familiares (o actual âmbito material, presente no art. 4.º do Despacho n.º

¹⁸ Em Portugal, a sessão de pré-mediação é apenas usada no âmbito dos Julgados de Paz. Cfr. arts. 49.º e ss. da Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho.

¹⁹ Neste sentido, GUILHERME DE OLIVEIRA, “A Nova Lei do Divórcio”, *cit.*, p. 7.

²⁰ Sobre esta possibilidade de *Mandatory Pre-action Mediation*, consultar KLAUS J. HOPT, *Mediation*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2013, pp. 24 a 26; e DAVID SPENCER, *Mediation law and practice*, Cambridge Univ. Press, Cambridge 2006, pp. 266 e ss.

18778/2007, embora seja meramente exemplificativo ⁽²¹⁾, pela sua amostra, evidencia um conceito pouco abrangente de família). Também este novo diploma não deveria ser um mero despacho, como os anteriores, o que pode levar a concluir que o poder legislativo encara a mediação familiar como uma questão menor no âmbito da justiça.

Outra sugestão vai no sentido de incluir uma referência à mediação familiar no Código de Processo Civil ⁽²²⁾, no capítulo dos processos de família, norma que fosse abrangente o suficiente, seguindo o exemplo do art. 147.º-D da Organização Tutelar de Menores (OTM) ⁽²³⁾. Também no Código Civil a alusão à mediação familiar não se deveria limitar aos processos de divórcio, como agora ⁽²⁴⁾, mas deveria ser ampla o suficiente para se enquadrar em qualquer conflito familiar.

Na mesma esteira, sugere-se incluir no Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro, uma referência à mediação familiar para todos os processos e não só para o divórcio. Aliás, esta será mesmo uma das sedes mais adequadas para esta menção, uma vez que a conservatória só pode resolver litígios por acordo, tendo competência para diversos conflitos passíveis de mediação familiar: como alimentos a filhos maiores, autorização do uso de apelidos do ex-cônjuge; privação do direito ao uso dos apelidos dos ex-cônjuges; e atribuição da casa de morada de família ⁽²⁵⁾.

Também se propugna a existência de uma menção à mediação familiar na Lei da União de Facto, Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, uma vez que várias questões inerentes à mesma podem ser resolvidas através deste meio de resolução alternativa de litígios. Do mesmo modo, as normas referentes à mediação familiar quer no regime de inventário, quer no regime de apadrinhamento civil devem ser reformuladas. É certo que já existe uma referência à mediação familiar nestes diplomas, mas sem a expressão necessária. A Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro, que instituiu o regime jurídico do Apadrinhamento Civil, prevê, no

²¹ Também a sua redacção não é o melhor exemplo de uma técnica legislativa refinada. Critica-se, a título de exemplo, a alínea *d*), referindo-se a reconciliação de cônjuges separados. Um leitor mais desatento (e com menor formação jurídica) poderá entender que a mediação também possa servir como terapia ao tentar reconciliar os cônjuges. Ora, o que estará em causa nesta alínea é o instituto presente no art. 1795.º-D do Código Civil, quando, após a separação e pessoas e bens, os cônjuges possam reconciliar-se juridicamente, sendo para isso necessária uma homologação (cfr. n.ºs 2 e 3 do art. 1795.º Código Civil).

²² Não se olvida o já existente art. 273.º do Código de Processo Civil.

²³ Referência esta que já vem da Lei n.º 133/99, de 28 de Agosto, na sequência da Recomendação de 98.

²⁴ Em que está sistematicamente integrada no Capítulo XII, Secção I, referente ao “Divórcio”.

²⁵ Quando não se cumulem ou não dependam de outra acção ou não constituam incidente de acção pendente. Cfr. o disposto no n.º 2 do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro.

n.º 6 do art. 25.º, a possibilidade de, em qualquer estado da causa e sempre que se afigurar conveniente, o juiz, oficiosamente, a requerimento dos interessados, ou com o consentimento destes, determinar a intervenção dos serviços de mediação familiar. No entanto, o art. 25.º refere-se somente à revogação do apadrinhamento civil. Embora se louve a inserção da mediação familiar num diploma como o do apadrinhamento civil ⁽²⁶⁾, esta deveria ser feita num único artigo, referente a qualquer conflito emergente daquele instituto. Principalmente, atendendo à utilidade que esta figura teria noutros aspectos prementes do apadrinhamento, designadamente no que concerne aos direitos dos pais e essa harmonização com os padrinhos.

Também a Lei n.º 23/2013, de 5 de Março, que determina o novo regime jurídico do processo de inventário, tem uma referência isolada à mediação. Dispõe o art. 79.º, cuja epígrafe é “*Inventário em consequência de separação, divórcio, declaração de nulidade ou anulação de casamento*”, no seu n.º 3, que o notário, em qualquer estado da causa, pode remeter o processo para mediação, relativamente à partilha de bens garantidos por hipoteca, salvo quando alguma das partes expressamente se opuser a tal remessa. Também aqui não se alcança por que o legislador fez uma referência incidental sobre a mediação numa norma tão específica e não optou por inserir um artigo aplicável a qualquer desacordo ocorrente num inventário.

Outra mudança que se considera necessária será a alteração do art. 1774.º do Código Civil. Talvez seja de contemplar uma redacção semelhante ao art. 147.º-D da OTM, uma vez que a redacção actual é de difícil aplicabilidade e não tem surtido os efeitos desejáveis. Também se considera que seria mais adequado que a norma inserida no Código Civil não se limitasse só à Mediação Familiar em sentido restrito (aquela decorrente do divórcio).

Compreende-se que possa parecer excessivo defender um diploma novo com um elenco abrangente e, ainda, uma referência em todos os diplomas *supra* enumerados. Não obstante se compreender tal crítica, considera-se que, neste momento, a mediação familiar necessita de todos os impulsos que possa ter para se tornar efectiva. Sendo preferível pecar por excesso do que por defeito.

Ao mesmo tempo, será necessário apostar na formação sobre os meios de RAL a todos os operadores judiciais, bem como incluí-los na lista de temas leccionados nas instituições de ensino superior.

²⁶ O que, aliás, faz todo o sentido e demonstra a utilidade de um meio como este na resolução extrajudicial de litígios (para)familiares.

IV. Nota final

Estas são algumas das propostas que se pensa que poderiam beneficiar a mediação familiar em Portugal. É certo que cada uma das sugestões apresentadas carece ainda de um maior estudo e reflexão, mas o que se pretende é lançar o mote para uma ampla discussão sobre este tema. Para conseguirmos reconhecer algumas das fragilidades do sistema é necessário abrir o debate a todos os práticos do Direito e prosseguir a partir daí. A mediação familiar não é adequada a todos os conflitos ⁽²⁷⁾ nem resolverá todos os problemas da justiça, mas pode contribuir para um melhor funcionamento da mesma e, principalmente, permitir uma solução mais adequada para o cidadão que vive atormentado com um litígio desta natureza.

São apenas algumas notas que se espera que possam, pelo menos, despoletar a discussão, ainda que a mesma comece com a crítica pela incipiência das sugestões apresentadas.

²⁷ “*Mediation ist weder für jeden Konflikt noch für jede Streitpartei die geeignete Methode eine Konfliktlösung herbeizuführen*”, KARIN SCHWARZ, *Mediation – collaborative law – collaborative practice*, Trauner, Linz, 2010, p. 54. A este propósito, consultar, também, MARIAN ROBERTS, *Mediation in family disputes*, Ashgate, Aldershot, 2008, pp. 178 a 80; e DAVID SPENCER, *Mediation law and practice*, cit., pp. 118-119.

JUSTIÇA TRADICIONAL E JUSTIÇA FORMAL: AS RESPOSTAS DO PLURALISMO JURÍDICO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM TIMOR- LESTE

Rute Baptista ⁽¹⁾

1. Os elevados índices de violência doméstica em Timor-Leste

O fenómeno da violência doméstica perpassa fronteiras geográficas, culturas e religiões. Timor-Leste não é exceção. Os elevados índices de violência doméstica em Timor-Leste têm figurado, ano após ano, nos relatórios de violações de direitos humanos apresentados por organizações internacionais ⁽²⁾.

¹ Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, Escola de Direito da Universidade do Minho.

² Amnesty International, *Amnesty Internacional Report 2010 – The State of the World's Human Rights*, Amnesty International Publications, Londres, 2010, p. 323; Amnesty International, *Amnesty Internacional Report 2011, The State of the World's Human Rights*, Londres, Amnesty International Publications, 2011, p. 322; Amnesty International, *Amnesty Internacional Report 2012, The State of the World's Human Rights*, Londres, Amnesty International Publications, 2012, p. 335; Amnesty International, *Amnesty Internacional Report 2013, The State of the World's Human Rights*, Londres, Amnesty International Publications, 2013, p. 268. Human Rights Watch, *Começos Tortuosos. Violência Policial e o Início da Impunidade em Timor-Leste*, Vol. 18, n.º 2(C), abril de 2006, p. 38.

A violência doméstica é, segundo um inquérito oficial conduzido nos 13 distritos daquele país, entre agosto de 2009 e janeiro de 2010, “a mais comum forma de violência de género em Timor-Leste”, atingindo cerca de metade das mulheres timorenses inquiridas, sendo contudo mais prevalente na faixa etária dos 25 aos 29 anos ⁽³⁾. Dados mais recentes publicados por uma organização não governamental (ONG) timorense revelam que cerca de 37% dos casos judiciais, monitorizados por esta organização em 2012, diziam respeito a casos de violência doméstica ⁽⁴⁾.

Ainda de acordo com os dados oficiais recolhidos em 2009 e 2010, apenas 24% das mulheres vítimas de violência doméstica procuraram ajuda. Destas, 82% fizeram-no recorrendo a familiares e apenas 4% a autoridades policiais ⁽⁵⁾.

2. A violência doméstica em Timor-Leste: crime público

Em 2010, lançando-se no combate a este flagelo social, Timor-Leste legislou esta matéria, criminalizando a violência doméstica, atribuindo-lhe a natureza de crime público e prevendo mecanismos de combate a este fenómeno e de assistência às suas vítimas.

Antes deste esforço legislativo, resultado, em parte, de alguma pressão concertada da Secretaria de Estado da Promoção da Igualdade de Timor-Leste, com várias agências especializadas das Nações Unidas de direitos humanos e direitos das mulheres, e ONG locais e internacionais ⁽⁶⁾, a violência doméstica estava prevista e punida no art. 154.º do Código Penal timorense com a epígrafe “Maus-tratos a cônjuge” ⁽⁷⁾. Apesar de qualificado como crime público, ficava, pelo seu alcance, aquém do necessário para um eficaz combate ao fenómeno da violência doméstica.

A partir de julho de 2010, data em que entrou em vigor, a lei contra a violência doméstica veio conferir uma proteção mais alargada às vítimas, uma vez que se destina não só aos cônjuges e quem viva em condições análogas, mas também aos ex-cônjuges, ascendentes, descendentes e outras pessoas que

³ National Statistics Directorate, *Timor-Leste Demographic and Health Survey 2009-10*, Ministério das Finanças, República Democrática de Timor-Leste, dezembro 2010, p. 229.

⁴ JSMP, *2012 Overview of the Justice Sector JSMP Annual Report*, 2013, p. 19.

⁵ National Statistics Directorate, *Timor-Leste Demographic and Health Survey 2009-10*, cit., p. 245.

⁶ National Statistics Directorate, *Timor-Leste Demographic and Health Survey 2009-10*, cit., p. 225.

⁷ Art. 154.º: “Maus-tratos a cônjuge”, Decreto-Lei n.º 19/2009, de 8 de abril, que aprova o Código Penal.

vivam no mesmo contexto de dependência e economia familiar⁽⁸⁾. O âmbito de aplicação da lei é também mais amplo, uma vez que no conceito de violência doméstica cabe a violência física, sexual, psicológica e económica⁽⁹⁾. A lei contra a violência doméstica prevê ainda apoio médico, legal e psicossocial à vítima, o seu acolhimento em casas de abrigo, sempre que tal se revele necessário, definindo ainda como obrigações do Estado, entre outras, o apoio à reinserção social da vítima.

A Secção de Direitos Humanos e Justiça de Transição da UNMIT (United Nations Integrated Mission in Timor-Leste), que já monitorizava os casos de violência de género em Timor-Leste, continuou a fazê-lo após a entrada em vigor da lei contra a violência doméstica, reportando que o número de casos denunciados aumentou cerca de 35% quando comparado com o ano de 2010⁽¹⁰⁾. Apesar deste aumento, apenas metade das denúncias terão chegado, efetivamente, aos tribunais⁽¹¹⁾.

3. As fragilidades do sistema de justiça formal e o frequente recurso à justiça tradicional no âmbito da violência doméstica

A promulgação da lei contra a violência doméstica em Timor-Leste foi acolhida com grande entusiasmo pela comunidade internacional que advertia, há já alguns anos, para a necessidade de trazer o tratamento de tais crimes para o âmbito da justiça formal⁽¹²⁾.

Todavia, e apesar de tal esforço legislativo, o recurso aos mecanismos de justiça tradicional para a resolução destes casos, ainda que o ordenamento jurídico timorense não reconheça a sua validade no âmbito da violência

⁸ Art. 3º da Lei n.º 7/2010, de 7 de julho, “Lei Contra a Violência Doméstica”.

⁹ Art. 2º da Lei n.º 7/2010, de 7 de julho, “Lei Contra a Violência Doméstica”.

¹⁰ United Nations, Office of the High Commissioner for Human Rights, *OHCHR Report 2011*, 2012, p. 87.

¹¹ Human Rights Council, *Summary prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights in accordance with paragraph 15 (c) of the annex to Human Rights Council resolution 5/1 – Timor-Leste*, Working Group on the Universal Periodic Review Twelfth session, 3 a 14 de outubro de 2011, pp. 3-4.

¹² Human Rights Council, *Compilation prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights in accordance with paragraph 15 (b) of the annex to Human Rights Council resolution 5/1 – Timor-Leste*, cit., p. 8. Ainda, Human Rights Council, *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review – Timor-Leste*, Working Group on the Universal Periodic Review, Nineteenth session Agenda item 6, 3 de janeiro de 2012, pp. 11, 15, 17.

doméstica, continua a ser muito comum, significando muitas das vezes uma clara desproteção das vítimas ⁽¹³⁾.

São várias as razões que levam as mulheres a recorrerem aos mecanismos de justiça tradicional para a resolução dos crimes de violência doméstica, todavia, parecem subsumir-se em duas grandes questões: a justiça formal apresenta fragilidades, dificuldades e ineficiências; a justiça tradicional representa um meio mais acessível, conhecido e culturalmente aceite pelas vítimas e pelos seus familiares.

A justiça formal apresenta, de facto, algumas dificuldades às vítimas de violência doméstica. A falta de acesso a informações sobre o sistema de justiça timorense apresenta-se como um dos primeiros grandes obstáculos, sendo muitas das vezes confuso para os timorenses qual o papel dos atores judiciais ou quais são os procedimentos a observar na denúncia de um crime. Este desconhecimento gera algum receio, acabando por conduzir os timorenses ao seu familiar sistema de justiça tradicional ⁽¹⁴⁾.

A demora do processo judicial ⁽¹⁵⁾ parece também desmotivar as vítimas, fazendo-as preferir os processos tradicionais de resolução de conflitos que, mais céleres, permitem que a vítima prossiga rapidamente com a sua vida ⁽¹⁶⁾.

A dependência económica do agressor é também um obstáculo para o recurso aos mecanismos de justiça formal, uma vez que a condenação do agressor a uma pena de prisão deixa a vítima, em muitos casos, sem forma de subsistência ⁽¹⁷⁾. Muito embora a lei contra a violência doméstica preveja a possibilidade de atribuição de uma pensão de alimentos ⁽¹⁸⁾ às vítimas, parece que muito raros são os casos em que tal ajuda tem sido atribuída ⁽¹⁹⁾.

¹³ UNDP Timor-Leste, *Breaking the Cycle of Domestic Violence in Timor-Leste – Access To Justice Options, Barriers and Decision Making Processes in the Context of Legal Pluralism*, outubro 2013, pp. viii, 1.

¹⁴ JSMP, *Legal Protection for Victims of Gender Based Violence: Laws Do Not Yet Deliver Justice*, março de 2011, p. 18. Ver, ainda, ANNIKA KOVAR, “Approaches to Domestic Violence Against Women in Timor-Leste: A Review and Critique”, in *Human Rights Education in Asia-Pacific – Volume Three*, Asia-Pacific Human Rights Information Center, 2012, p. 237.

¹⁵ JSMP, *Legal Protection for Victims of Gender Based Violence...*, cit., pp. 21-22. Ver, ainda, ANNIKA KOVAR, “Approaches to Domestic Violence Against Women in Timor-Leste...”, cit., p. 236.

¹⁶ JSMP, *Legal Protection for Victims of Gender Based Violence...*, cit., pp. 18-19.

¹⁷ JSMP, *Legal Protection for Victims of Gender Based Violence...*, cit., pp. 19-20. Ver, ainda, ANNIKA KOVAR, “Approaches to Domestic Violence Against Women in Timor-Leste...”, cit., pp. 229-230.

¹⁸ Arts. 29.º a 32.º da Lei n.º 7/2010, de 7 de Julho, “Lei Contra a Violência Doméstica”

¹⁹ JSMP, *Legal Protection for Victims of Gender Based Violence...*, cit., p. 20.

A pena de prisão também não é vista, por muitas mulheres, como um remédio apropriado para o crime praticado, uma vez que o perpetrador, ao contrário da esposa que poderá ser abandonada à sua própria sorte, terá direito a uma cama, comida e não trabalhará durante o cumprimento da pena de prisão (20).

O isolamento geográfico em que vivem muitas aldeias timorenses é também um fator que impede o recurso à justiça formal, uma vez que o seu acesso se torna difícil e dispendioso (21).

A atuação das forças policiais também tem sido apontada como um obstáculo à justiça formal. Existem relatos de que as forças policiais frequentemente desvalorizam os casos de violência doméstica, considerando-os crimes menores, encaminhando-os para os mecanismos de justiça tradicional ou culpando as mulheres pelo crime de que são vítimas, não providenciando um ambiente seguro para que estas apresentem os seus depoimentos (22).

A língua é também uma barreira no acesso à justiça formal. O português, língua mais comumente usada nos tribunais, apresenta-se como um desafio aos timorenses que têm, na sua maioria, um fraco conhecimento desta língua, sendo os intérpretes nos tribunais insuficientes para todos os pedidos (23).

A justiça tradicional, por seu lado, apresenta-se como um recurso comumente usado face aos casos de violência doméstica, por múltiplas razões. A primeira delas prende-se com o facto de as vítimas considerarem que estas questões pertencem ao foro familiar, pelo que se sentem desconfortáveis em revelar tais casos a estranhos (24). O casamento, para a grande maioria da sociedade timorense, parece ter uma mais ampla dimensão, ultrapassando a esfera do casal que, através da ligação entre as duas famílias, cria uma rede de apoio que sustenta e contribui para a sobrevivência, entreajuda e paz. Assim, problemas entre o casal significarão problemas na comunidade, sendo no seio desta que se procurará a solução. Por outro lado, uma rutura entre o casal significa uma rutura na comunidade, sendo indesejável o divórcio do casal. Os conflitos devem ser resolvidos com harmonia, procurando a reconciliação, de

²⁰ ANNIKA KOVAR, “Approaches to Domestic Violence Against Women in Timor-Leste...”, *cit.*, p. 230.

²¹ JSMP, *Legal Protection for Victims of Gender Based Violence...*, *cit.*, p. 20. Ver ainda, ANNIKA KOVAR, “Approaches to Domestic Violence Against Women in Timor-Leste...”, *cit.*, p. 236.

²² JSMP, *Legal Protection for Victims of Gender Based Violence...*, *cit.*, pp. 20-21. Ver, ainda, ANNIKA KOVAR, “Approaches to Domestic Violence Against Women in Timor-Leste...”, *cit.*, pp. 227-228.

²³ JSMP, *Legal Protection for Victims of Gender Based Violence...*, *cit.*, p. 24.

²⁴ ANNIKA KOVAR, “Approaches to Domestic Violence Against Women in Timor-Leste...”, *cit.*, pp. 231-232.

forma a repor o equilíbrio e a ordem ancestral da comunidade, afastando, assim, o risco de sanções sobrenaturais ⁽²⁵⁾.

Muitas das vezes, os casos de violência doméstica são percecionados como um problema menor e, por isso, as vítimas são pressionadas para resolverem a questão através da justiça tradicional ou para esgotarem, primeiro, as vias da justiça tradicional ⁽²⁶⁾. Não raras vezes são as vítimas que consideram que os seus casos não têm dignidade suficiente para serem apresentados à justiça formal ⁽²⁷⁾.

4. A necessidade de regulação do âmbito de aplicação dos mecanismos de justiça tradicional

Nos casos de violência doméstica, os procedimentos tradicionais de justiça têm, na sua maioria, início no seio familiar e são despoletados pela família da mulher. A mulher e o agressor são ouvidos, contando as suas versões dos factos, podendo ainda serem ouvidas testemunhas ⁽²⁸⁾. Quando a mediação familiar falha, o caso é levado à autoridade da comunidade ⁽²⁹⁾. Após a audição do caso, a autoridade tradicional determina a sanção a ser aplicada ao perpetrador, que poderá ser, entre outras, uma reprimenda moral pelos anciãos da comunidade, o pagamento de uma “multa” – entrega de uma soma de dinheiro ou de um animal à família da noiva – ou a obrigação de efetuar determinado ato público que traga alguma vergonha ao agressor. Frequentemente, os agressores prestam juramento perante a autoridade espiritual da comunidade, ou assinam uma declaração, comprometendo-se a não repetir a ofensa ⁽³⁰⁾. Em muitos casos, as decisões passam a fazer parte da lei local para serem referidas na resolução de conflitos semelhantes ⁽³¹⁾.

²⁵ ANNIKA KOVAR, “Approaches to Domestic Violence Against Women in Timor-Leste...”, *cit.*, pp. 231-232.

²⁶ ANNIKA KOVAR, “Approaches to Domestic Violence Against Women in Timor-Leste...”, *cit.*, pp. 229, 232-233.

²⁷ ANNIKA KOVAR, “Approaches to Domestic Violence Against Women in Timor-Leste...”, *cit.*, pp. 228 e 234.

²⁸ ANNIKA KOVAR, “Approaches to Domestic Violence Against Women in Timor-Leste...”, *cit.*, p. 219.

²⁹ ANNIKA KOVAR, “Approaches to Domestic Violence Against Women in Timor-Leste...”, *cit.*, p. 220.

³⁰ ANNIKA KOVAR, “Approaches to Domestic Violence Against Women in Timor-Leste...”, *cit.*, p. 221.

³¹ ANNIKA KOVAR, “Approaches to Domestic Violence Against Women in Timor-Leste...”, *cit.*, p. 214.

Os procedimentos tradicionais adotados na resolução de conflitos, apesar de variarem de região para região ⁽³²⁾, encerram, geralmente, algumas desvantagens para as vítimas de violência doméstica.

A falta de participação e poder da mulher nas decisões tomadas nos procedimentos de justiça tradicional, a dificuldade na aplicação e execução das decisões tomadas e a tendência para culpar as mulheres pela violência cometida contra elas são algumas das desvantagens apontadas aos procedimentos de justiça tradicional ⁽³³⁾.

As mulheres raramente detêm posições de chefia na comunidade, mesmo em clãs matrilineares ⁽³⁴⁾. Nos Conselhos de Suco, que segundo a legislação timorense deverão ser compostos também por mulheres, raras são as vezes em que estas participam ou assistem ⁽³⁵⁾. Por outro lado, nos procedimentos em que se apresentam como vítimas, as mulheres não são, muitas das vezes, ouvidas ⁽³⁶⁾ ou, quando o são, sentem que os seus depoimentos não são tidos em atenção ⁽³⁷⁾.

A dificuldade na aplicação e execução das decisões tomadas é também uma das desvantagens da justiça tradicional. O caráter vinculativo das decisões tomadas depende, em larga medida, da autoridade moral de quem decide a sanção e da pressão social sobre o agressor, em resultado da publicidade do caso no seio da comunidade ⁽³⁸⁾. Não existem, assim, garantias do cumprimento da sanção.

Os princípios de justiça, que norteiam as decisões tomadas no âmbito da justiça tradicional, são também apontados como desvantagens. Em muitos casos, a mulher é frequentemente culpada pela ofensa de que foi vítima, uma vez que nos procedimentos de justiça tradicional é dada uma grande ênfase aos eventos que se desenrolaram antes do crime, como por exemplo, a mulher não

³² ANNIKA KOVAR, “Approaches to Domestic Violence Against Women in Timor-Leste...”, *cit.*, p. 213.

³³ ANNIKA KOVAR, “Approaches to Domestic Violence Against Women in Timor-Leste...”, *cit.*, p. 208.

³⁴ ANNIKA KOVAR, “Approaches to Domestic Violence Against Women in Timor-Leste...”, *cit.*, pp. 215-216.

³⁵ ANNIKA KOVAR, “Approaches to Domestic Violence Against Women in Timor-Leste...”, *cit.*, p. 223.

³⁶ Human Rights Council, *Compilation prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights...*, *cit.*, p. 7.

³⁷ ANNIKA KOVAR, “Approaches to Domestic Violence Against Women in Timor-Leste...”, *cit.*, pp. 222-223.

³⁸ ANNIKA KOVAR, “Approaches to Domestic Violence Against Women in Timor-Leste...”, *cit.*, p. 224.

ter cozinhado a refeição ⁽³⁹⁾. Por outro lado, e como já referido, o bem-estar do coletivo é superior ao bem-estar do indivíduo, razão pela qual, muitas das vezes, a reconciliação entre o casal é privilegiada em detrimento da sua separação ⁽⁴⁰⁾.

5. As vantagens da articulação dos sistemas de justiça formal e tradicional no combate à violência doméstica

Várias são as desvantagens apontadas aos procedimentos de justiça tradicional no que toca à proteção dos direitos das mulheres.

O facto de o recurso a este meio de justiça ser comum nos casos de violência doméstica, havendo mesmo relatos da articulação informal entre os sistemas de justiça tradicional e formal ⁽⁴¹⁾, torna, para muitos autores, premente o diálogo entre a justiça tradicional e a justiça formal.

Muitas vezes a polícia tem assumido o papel de mediador, ou detém o agressor pelo máximo de tempo permitido para que a vítima tenha tempo de decidir se quer prosseguir com a queixa, ou faz o casal assinar uma declaração em que o marido promete não repetir as suas ações ⁽⁴²⁾. Existem relatos de que a polícia, ante uma queixa de violência doméstica, encaminha as vítimas para os meios de justiça tradicional ⁽⁴³⁾ ou arquiva a queixa mediante a apresentação pela vítima, no prazo de 3 dias, de um acordo firmado no âmbito da justiça tradicional ⁽⁴⁴⁾.

A população parece reconhecer e conviver bem com a existência destes dois sistemas de justiça, não vendo desvantagens em recorrer a ambos ao mesmo tempo. A possibilidade de “fórum shopping” agrada às mulheres, pois veem ampliadas as hipóteses de sucesso na demanda. Ainda, a possibilidade de recorrer ao “outro” sistema de justiça quando a decisão emanada no âmbito do primeiro

³⁹ ANNIKA KOVAR, “Approaches to Domestic Violence Against Women in Timor-Leste...”, *cit.*, p. 225.

⁴⁰ ANNIKA KOVAR, “Approaches to Domestic Violence Against Women in Timor-Leste...”, *cit.*, p. 225.

⁴¹ ANNIKA KOVAR, “Approaches to Domestic Violence Against Women in Timor-Leste...”, *cit.*, p. 209.

⁴² ANNIKA KOVAR, “Approaches to Domestic Violence Against Women in Timor-Leste...”, *cit.*, p. 229.

⁴³ Human Rights Council, *Compilation prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights...*, *cit.*, *cit.*, p. 7.

⁴⁴ ANNIKA KOVAR, “Approaches to Domestic Violence Against Women in Timor-Leste...”, *cit.*, p. 238.

não for satisfatória é algo que lhes agrada⁽⁴⁵⁾. No entanto, esta articulação *ad hoc* cria, na opinião de alguns autores, o risco de dupla penalização⁽⁴⁶⁾.

Será então desejável, necessária, e inevitável a regulação da articulação dos dois sistemas de justiça, não só porque se tratará de legitimar uma realidade existente, diminuindo os perigos de uma articulação que se desenrola informalmente, mas porque existem vantagens inequívocas na chamada dos mecanismos de justiça tradicional aos casos de violência doméstica. Desde logo, o fácil acesso à justiça e a celeridade dos procedimentos são vantagens que a justiça formal timorense ainda não pode combater⁽⁴⁷⁾. Com este diálogo ganharia o sistema de justiça formal, que beneficiaria do espírito conciliador que guia os procedimentos de justiça tradicional⁽⁴⁸⁾, da desobstrução dos tribunais estaduais em razão do potencial da justiça tradicional para a mediação extrajudicial e na sua mais fácil aceitação pelos timorenses, que não abdicariam do que lhes é familiar para a resolução dos seus conflitos⁽⁴⁹⁾.

Mas a circunscrição da aplicação da justiça tradicional e a clarificação das suas regras não têm sido uma tarefa fácil. Desde 2009⁽⁵⁰⁾, é esperada a intenção do legislador timorense em circunscrever a sua aplicação de forma a poder iniciar, finalmente, um legítimo diálogo com a justiça formal.

O reconhecimento da justiça tradicional, ainda que limitada à resolução de questões menores, tem enfrentado sérias dificuldades. Para além do desafio da recolha das normas costumeiras timorenses para a sua redução a escrito e regulação da sua aplicação⁽⁵¹⁾, existe o receio de que a legitimação de práticas, que possam não respeitar princípios basilares da democracia e direitos humanos, abale um sistema jurídico formal ainda em consolidação naquele país⁽⁵²⁾.

⁴⁵ ANNIKA KOVAR, “Approaches to Domestic Violence Against Women in Timor-Leste...”, *cit.*, p. 238.

⁴⁶ ANNIKA KOVAR, “Approaches to Domestic Violence Against Women in Timor-Leste...”, *cit.*, p. 239.

⁴⁷ UNDP Timor-Leste, *Breaking the Cycle of Domestic Violence in Timor-Leste...*, *cit.*, p. ix.

⁴⁸ PATRÍCIA JERÓNIMO, “Estado de Direito e Justiça Tradicional Ensaio para um equilíbrio em Timor-Leste”, 2011, disponível na página <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/21454>, consultado no dia 17 de fevereiro, 2014, p. 112.

⁴⁹ PATRÍCIA JERÓNIMO, “Estado de Direito e Justiça Tradicional Ensaio para um equilíbrio em Timor-Leste”, *cit.*, p. 109.

⁵⁰ PATRÍCIA JERÓNIMO, “Estado de Direito e Justiça Tradicional Ensaio para um equilíbrio em Timor-Leste”, *cit.*, p. 97.

⁵¹ PATRÍCIA JERÓNIMO, “Estado de Direito e Justiça Tradicional Ensaio para um equilíbrio em Timor-Leste”, *cit.*, p. 97.

⁵² PATRÍCIA JERÓNIMO, “Estado de Direito e Justiça Tradicional Ensaio para um equilíbrio em Timor-Leste”, *cit.*, p. 112.

O atual ordenamento jurídico timorense dá apenas algumas orientações quanto ao reconhecimento do sistema jurídico tradicional timorense. O texto constitucional estabelece, no art. 2.º, n.º 4, que “O Estado reconhece e valoriza as normas e os usos costumeiros de Timor-Leste que não contrariem a Constituição e a legislação que trate especialmente do direito costumeiro”. No que concerne à legislação ordinária, a Lei n.º 3/2009, de 8 de julho, estabelece no seu art. 2.º, n.º 3, que as decisões dos líderes comunitários não obrigam o Estado, atribuindo-lhes, todavia, a competência para favorecer a resolução de pequenos conflitos no seio da comunidade. Fica, todavia, por definir o que se entende por “pequenos conflitos” uma vez que, como referido, muitos timorenses percebem a violência doméstica como um problema “menor”⁽⁵³⁾. Também o Código Penal, ainda que indiretamente, vem reconhecer alguma legitimidade às práticas de justiça tradicional, ao prever, como circunstância atenuante geral, a reconciliação entre a vítima e o agente⁽⁵⁴⁾, e, como circunstância de atenuação extraordinária, a reparação do dano ou a diminuição os seus efeitos⁽⁵⁵⁾. Assim, os acordos conseguidos no âmbito da justiça tradicional poderão ser usados no âmbito da justiça formal, o que tem acontecido. Existem relatos de que alguns tribunais têm tido em atenção elementos da lei tradicional, como a compensação ou a reconciliação, ou de casos arquivados quando as partes apresentaram um acordo de paz através dos meios tradicionais de justiça⁽⁵⁶⁾.

Um recente relatório das Nações Unidas recomenda, como prioridade na tarefa da articulação dos dois sistemas de justiça, a necessidade da promulgação de uma lei que estabeleça como e quando podem ser aceites pela justiça formal os acordos obtidos através da justiça tradicional⁽⁵⁷⁾.

No âmbito desta demanda pela regulação da justiça tradicional, parece-nos todavia inevitável a colocação de algumas questões: de que forma se vai proceder a essa regulação? O que será necessário enxertar da justiça formal no complexo e diverso sistema de justiça tradicional para que este ganhe legitimidade para entrar em diálogo com a primeira?

Quando um dos grandes perigos da regulação do direito costumeiro é exatamente o da sua desvirtuação pela sua adequação aos parâmetros das leis estaduais, tornando-o estranho para a população de onde emana e a quem se destina, parece-nos que o diálogo entre os dois sistemas de justiça não poderá

⁵³ ANNIKA KOVAR, “Approaches to Domestic Violence Against Women in Timor-Leste...”, *cit.*, pp. 232-233.

⁵⁴ Art. 55.º, n.º 2, alínea g).

⁵⁵ Art. 56.º, n.º 2, alínea c).

⁵⁶ ANNIKA KOVAR, “Approaches to Domestic Violence Against Women in Timor-Leste...”, *cit.*, p. 239.

⁵⁷ UNDP Timor-Leste, *Breaking the Cycle of Domestic Violence in Timor-Leste...*, *cit.*, p. xvi.

*Justiça tradicional e Justiça formal: as respostas do pluralismo jurídico
à violência doméstica em Timor-Leste*
Rute Baptista

ser feito sem grandes cautelas e sem perder de vista o objetivo: o respeito pelo costume.

DESAFIOS DA ADMINISTRAÇÃO DE JUSTIÇA

Silvestre da Fonseca Leite ⁽¹⁾

A busca da Justiça e os desafios para a sua reafirmação e sadia implementação constituíram sempre uma problemática de todas as épocas e de todos os lugares, mesmo antes de o direito começar a regular a vida dos homens na sociedade.

As normas de moral, da ética, da cortesia e as práticas religiosas tendiam a buscar uma certa conduta de igualdade e de justiça, na relação entre os homens na sua comunidade.

Esta Justiça, tal qual se conhece hoje, tomaram sim a sua forma e conteúdo, a partir do momento em que as normas do direito com as suas características de generalidade, abstração e obrigatoriedade procuraram encontrar a melhor forma de organizar, orientar e pacificar a vida dos homens em sociedade.

Este objetivo constituiu o grande desafio do passado e constitui também o desafio de hoje, quando as relações entre os membros da sociedade contemporânea e da comunidade internacional que se supunham harmoniosas e pacíficas, nesta etapa do desenvolvimento, se agudizam cada vez mais, querendo dar razão a HOBBS quando referiu que o homem é um verdadeiro lobo de homem.

As relações de produção, distribuição e consumo dos bens da sociedade, não sendo em si mesmas equitativas e justas, vão condicionar por conseguinte a desigualdade dos homens na sociedade e, necessariamente, na justiça que se fazem aos mesmos, na sua organização e administração, criando portanto a desigualdade de oportunidades no acesso a justiça.

¹ Juiz Conselheiro da República Democrática de São Tomé e Príncipe.

Destas incidências não está imune o meu pequeno país que, no dizer de LUÍS DE CAMÕES:

*“O grande rio, onde batendo soa
O mar nas praias notas, que ali temos
Ficou co’ a ilha ilustre, que tomou
O nome dum que o lado a Deus tocou”.*

Assim quis o imortal LUÍS DE CAMÕES, também na sua imortal obra *Os Lusíadas* (canto V). CAMÕES, para nós, não morreu com a Pátria, como vaticinara, porque os grandes homens não morrem e nem a Pátria pode morrer quando tem doutos filhos.

Alcançar a melhor distribuição da Justiça e servir a sociedade, com inovação com criatividade, prestar a tutela a quem nos procura alegando ameaças ou violação do direito serão estes os nossos desafios e os desafios da Administração para as nossas sociedades.

A constituição que proclama os nossos Estados como Estados de Direito Democrático e estabelece amplos mecanismos de salvaguarda e de proteção dos direitos fundamentais dos nossos cidadãos e da sua dignidade estabelece também alguns princípios, como os de contraditório, ampla defesa, recurso, celeridade processual, em prol e em defesa da tutela das partes, obriga assim para que seja realizada com eficiência, sob pena de falência do sistema e de descrédito para operadores da Justiça.

Neste momento difícil da vida económica dos Estados, pela crise económica profunda que abate sobre os mesmos, dispõe por isso de meios financeiros escassos para prover as necessidades cada vez mais crescentes dos cidadãos e do desenvolvimento; mesmo assim, no sector da Justiça, recursos humanos em quantidade, a altura dos desafios e recursos e meios materiais suficientes deverão ser postos a disposição da Justiça para o cumprimento dos seus deveres e obrigações.

A autonomia financeira e administrativa, para organizar os serviços internos, dar treinamento aos servidores da Justiça e uma boa base normativa, é indispensável para o bom desempenho da justiça.

São Tomé e Príncipe, na Organização Judiciária das Colónias, era uma pequena comarca e um julgado de paz na ilha do Príncipe. Contava com um juiz e um delegado do Ministério Público, o Recurso das decisões do referido Juiz era para a relação de Luanda, círculo a que pertencíamos e daí para o Supremo Tribunal da Metrópole, Portugal.

A Constituição de São Tomé e Príncipe de 1975, no seu art. 48.º, orientou a utilização da Legislação Portuguesa vigente no país a data da independência

que não contrariasse a soberania Nacional, a própria Constituição e a nova ordem social económica e política do novo Estado.

Depois da independência, passadas as peripécias da falta gritante de meios humanos e materiais, desafios a outros níveis se nos põem.

Em São Tomé e Príncipe, realizou-se, nos finais do ano de 2009, o Encontro Nacional da Justiça, cujo objetivo era uma ampla discussão para se poder identificar quais os constrangimentos que impediam uma melhor realização da justiça para a satisfação da vontade da nossa população e da sociedade em geral.

Com o debate que correu num clima de participação de toda a sociedade, concluiu-se pela existência de precariedade no funcionamento da Justiça no país, falando-se mesmo de uma profunda crise que poderia afetar a confiança dos utilizadores do sistema, que poderia pôr em causa os alicerces mesmo do Estado de Direito Democrático.

Assim, terminou o referido encontro, orientando a efetivação de uma reforma da justiça através de um cuidadoso programa para o efeito.

Do programa perspetivou-se as seguintes realizações, divididas em três eixos fundamentais:

1. Reforma judiciária e legislativa;
2. Justiça ao serviço da boa governação; e
3. Combate a corrupção e a impunidade.

Quanto à reforma legislativa e judiciária, orientou-se a continuação do trabalho, concernente a reforma da legislação comercial, da lei da família, do regime tutelar dos menores e da lei do trabalho, de harmonizar as leis com as disposições das convenções internacionais; implementação de ações para a revisão do Código Civil e do Código do Registo Civil e do Notariado, informatização dos tribunais e de todos os serviços judiciais, utilizando programas simplificadores dos serviços, criar um serviço de estatística processual e de divulgação sistematizada das sentenças e acórdãos, revalorizar as instâncias com base na cobertura judiciária, instituir centros de arbitragem (mecanismos de conciliação e arbitragem nacional), realização de ações de formação de curta duração e especialização para os técnicos do Ministério da Justiça.

No que concerne à Justiça ao serviço da boa governação, concluiu-se que o sector da justiça constitui um dos pilares fundamentais para a realização do Estado de Direito Democrático e que urgia fazer vingar o primado da lei e da ordem, cujo cumprimento escrupuloso se impunha ao Estado e demais instituições públicas, bem como a cada um dos cidadãos individualmente, garantindo que os preceitos legais violados fossem reintegrados por via de punição dos infratores,

assim, no âmbito do programa, definiu-se que se devia promover o combate e a repressão, nos termos das leis em vigor, de todas as formas de infração e elaborar e implementar um programa de simplificação de processos e procedimentos de resolução de questões relativas a pequena delinquência.

Quanto ao combate à corrupção e à impunidade, o governo preconizou o seguinte:

1. Conferir dignidade aos dirigentes e, ao mesmo tempo, propor a revisão dos diplomas relativos às imunidades e incompatibilidades dos mesmos;
2. Criar um Centro de Investigação e Formação Jurídica, visando o desenvolvimento das atividades de estudo no âmbito da ciência do Direito, que valorize a formação local destinada aos magistrados e oficiais de justiça;
3. Reforçar as interligações entre o Ministério da Justiça, Tribunais e Ministério Público;
4. Instituir normas de produtividade e de eficiência e eficácia de simplificação processual, do reforço das garantias dos cidadãos, e da responsabilização do Estado;
5. Aderir a todos os instrumentos internacionais de repressão contra a criminalidade transnacional;
6. Elaborar o plano estratégico nacional de combate ao tráfico e ao consumo de droga;
7. Combater a criminalidade organizada e as demais formas de atentado contra a segurança do Estado, o seu património e os valores fundamentais da nossa sociedade, bem como contra a segurança das pessoas e dos bens, quer sejam públicos quer privados;
8. Incentivar parcerias com as organizações não governamentais vocacionadas e os meios de comunicação social, no sentido de levar a cabo campanhas de educação e sensibilização concernentes aos efeitos nefastos da comercialização e consumo ilegal da droga.

Como objetivo estratégico.

Decidiu-se, em termos do programa, assegurar o acesso à Justiça e ao direito e garantir a tutela efetiva dos interesses legítimos dos cidadãos e dos agentes económicos, fazer um levantamento de todos os recursos humanos que trabalham no sector da Justiça, assegurar a independência judicial e a autonomia do Ministério Público, possibilitando ao Estado rever-se em instituições fortes e

prestigiadas, e que as reformas a introduzir deviam ser objeto de participação, de divulgação e de debates públicos.

1. Criar um sistema de seleção, recrutamento e formação de Juízes e de Magistrados do Ministério Público, nomeadamente através de criação de um centro, escola de formação e de investigação jurídica e judiciária;
2. Estabelecer programas de formação permanente dos Juízes e dos Magistrados do Ministério Público;
3. Os Conselhos Superiores devem criar um serviço de inspeção autónomo, com um quadro próprio e dimensionado à realidade santomense, que permita a avaliação de desempenho dos Juízes e dos Magistrados do Ministério Público, e cuja figura do Inspetor deverá revestir ainda a de orientador e formador (para além de avaliar o desempenho do Magistrado, proporá soluções a um melhor desempenho do tribunal);
4. Deve proceder-se a revisão da legislação civil, penal e processual penal, adaptando-a à atual realidade socioeconómica de São Tomé e Príncipe, procedendo à sua simplificação e tornando-a congruente com os objetivos definidos na Constituição. Nestes diplomas, deviam ser introduzidas regras de simplificação processual, reduzindo formas de processo, desformalizando e desburocratizando procedimentos, limitando-se a questões processuais relevantes.
5. Quanto à justiça de proximidade, criar os julgados de paz ou conselhos de anciãos.

Quanto à gestão e organização dos tribunais:

1. Dotar os tribunais de uma gestão profissional em função de objetivos, com avaliação do seu grau de concretização e de apoio técnico, criar gabinetes de apoio- assessoria – junto de cada Juízo ou Juízos da 1ª. Instância e do Supremo Tribunal de Justiça;
2. Revisão do mapa judiciário, tendo em vista a circulação dos cidadãos utentes do sistema de justiça e a permanência dos profissionais nas comarcas, monitorizar as pendências processuais e afetação dos meios necessários;
3. Rever o atual sistema de gestão administrativa e financeira dos tribunais (que possibilite gerir as estruturas, equipamentos e parque automóvel de forma centralizada).

As transformações radicais e aceleradas que caracterizam o processo da globalização em todas as áreas, incluindo o Direito e Justiça, é um novo desafio para a administração da Justiça e requer de nós uma nova atitude. Assim, a cooperação e troca de experiências entre a nossa comunidade deverá ser a pedra de toque do nosso relacionamento.

Meus senhores e minhas senhoras,

A tecnologia da informação e da comunicação é também parte integrante do nosso mundo globalizado. A modernização da Justiça, em toda a sua dimensão, sobretudo os serviços de magistraturas, passará obrigatoriamente pela automatização dos procedimentos.

É neste contexto que os nossos tribunais deverão sobreviver.

Neste mundo globalizado não deixou de haver tendências e vontades de subordinação dos Estados ao interesse financeiro doutros Estados, o que provoca múltiplas crises entre as quais a crise do direito interno, internacional e também das soberanias das nações.

A globalização económica que proporcionou a existência de desigualdades sociais, o desemprego, a violação dos direitos dos seres humanos e, conseqüentemente, o aparecimento de redes internacionais de crime organizado, especializadas em atividades ilícitas, tais como o branqueamento de capitais, financiamento do terrorismo, tráfico de seres humanos (por exemplo, mulheres e crianças, para a prostituição e pedofilia), etc.

Com nova ordem económica e normativa da globalização, surgem novas fontes de direito, de tipo material e já não formal, e de natureza supra ou infraestatal, provocando uma certa erosão dos tradicionais sistemas legais.

O sistema jurídico-penal conhece novos contornos com a afirmação cada vez mais crescente dos princípios da extraterritorialidade e da justiça universal e com a criação de verdadeiros tribunais supranacionais para o julgamento de certo tipo de criminalidade.

Por tudo isto, urge a necessidade de aprimorar a cooperação entre os nossos países e instituições, a vontade de estender esta cooperação aos diversos organismos e instituições internacionais, só assim poderemos garantir sucesso em prol da causa da boa administração da Justiça que nós devemos aos utentes e contribuir em unísono com a comunidade internacional no combate aos crimes de carácter internacional, sobretudo daqueles que podem pôr em causa a paz e a segurança internacionais.

Para concluir, gostaríamos de realçar o seguinte:

No amplo processo de administração da Justiça, não podemos conformar com o natural, pois, como dizia SANTO TOMÁS DE AQUINO, a natureza dirige quem conforma com as suas leis. No sentido de satisfazer as expectativas dos

cidadãos, temos o dever de resultado e oferecer um trabalho com qualidade na administração da Justiça. A gestão da estrutura, gestão das pessoas, gestão de informação, gestão de tecnologia e a priorização de um plano estratégico neste sentido deverão ser o nosso exercício. Podemos não ser perpétuos, mas temos o dever de buscar a perfeição com a independência, responsabilidade, responsabilização, celeridade processual, método, ordem e disciplina dos magistrados, funcionários e de todos os operadores do sistema judiciário, para o bem da economia e da Justiça que devemos aos nossos povos.

A Justiça que devemos aos nossos povos passa também e necessariamente pelo reconhecimento, ratificação e aplicação dos instrumentos internacionais cujo objetivo é buscar uma Justiça universal que contribua de igual forma para a paz e segurança do mundo.

Muito obrigado.

MENORES: INCAPACIDADE *VERSUS* AUTONOMIA

Sónia Moreira ⁽¹⁾

I. O problema

Como todos sabemos, os menores não têm capacidade negocial de exercício de direitos. São sujeitos de direitos mas não os podem exercer por si, por ato próprio. Para os proteger da sua falta de maturidade, a lei estabeleceu que os menores de 18 anos sofrem de uma incapacidade negocial.

Estabeleceu-se um marco determinado por razões práticas de segurança do tráfico jurídico negocial: se fosse necessário avaliar, caso a caso, se a pessoa em questão tinha ou não capacidade para o exercício dos seus direitos, a insegurança seria tremenda. No entanto, não há como contestar que as crianças vão desenvolvendo a sua capacidade natural ao longo do seu crescimento. A maturidade e a capacidade natural de uma criança de 10 anos são muito diferentes das de um jovem de 17. No entanto, ambos são menores. Ambos são incapazes e esta incapacidade é geral, ou seja, não só afeta a sua idoneidade para a prática de atos patrimoniais como também para a prática de atos pessoais. Desta forma, são os representantes legais do menor quem age em seu nome e no seu interesse, celebrando os negócios jurídicos que não sejam estritamente pessoais, decidindo qual a escola que melhor lhes convém, qual a religião que irão professar, autorizando intervenções médicas e cirúrgicas, etc.

Normalmente, são os pais quem supre a incapacidade das crianças e dos jovens, exercendo as chamadas responsabilidades parentais, cujo conteúdo se encontra no art. 1878.º. Nos termos do seu n.º 1, cabe aos pais “velar pela

¹ Escola de Direito da Universidade do Minho.

segurança e saúde” dos filhos, “prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens”. No entanto, se o n.º 2 desta norma determina que os filhos devem obediência aos pais, acrescenta de imediato que “estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida”.

Cabe questionarmo-nos o que significa conceder autonomia aos menores na organização da sua própria vida. Significará que uma rapariga de 16 anos, grávida de oito semanas, pode, contra a vontade dos pais, decidir abortar? Pode um rapaz de 15 anos decidir que não quer continuar os tratamentos de quimioterapia que já faz há anos porque prefere desistir e acabar com o seu sofrimento? Pode um rapaz de 16 anos recusar uma transferência de sangue por questões religiosas? Pode uma criança de 10 anos decidir que não quer ir à escola e que prefere fazer *homeschooling*? Pode um jovem de 17 anos escolher um curso universitário contra a vontade dos pais? Pode uma jovem de 17 anos, que já trabalha, decidir que quer morar com o namorado?

Tentaremos encontrar respostas para estas perguntas.

II. O tratamento da questão

1. *Casos de excepcional capacidade do menor; “maioridades especiais”*

A nossa lei reconhece expressamente aos menores campos de autonomia no exercício dos seus direitos. São situações em que o menor possui uma excepcional capacidade, chegando a configurar, em alguns casos, verdadeiras maioridades especiais.

A primeira norma a referir encontra-se no Código Civil e é o art. 127.º. Esta norma reconhece, excepcionalmente, ao menor capacidade negocial para realizar determinados negócios jurídicos. Nos termos da alínea *a*) do n.º 1, o menor com mais de 16 anos pode administrar ou dispor do património que tenha adquirido por seu trabalho. Já a alínea *b*) não estabelece limites mínimos de idade, sendo uma norma muito elástica, permitindo uma adaptação à progressiva aquisição de maturidade do menor. Determina que são excepcionalmente válidos “os negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas ou disposição de bens de pequena importância”. Finalmente, a alínea *c*) ainda abrange “os negócios jurídicos relativos à profissão, arte ou ofício que o menor tenha sido autorizado a exercer, ou os praticados no exercício dessa profissão, arte ou ofício”.

Nos termos do art. 1289.º, n.º 2, deste Código, o menor pode, ainda, adquirir por usucapião e, nos termos do art. 1266.º, adquirir posse.

Uma outra situação encontra-se no âmbito do instituto da representação voluntária. Diz o art. 263.º do Código Civil que “[o] procurador não necessita de ter mais do que a capacidade de entender e querer exigida pela natureza do negócio que haja de efectuar”. Será o caso dos menores não emancipados, empregados como vendedores numa loja e que vendem os artigos desta em nome da sua entidade patronal, sendo seus procuradores.

É importante reconhecermos também que a lei estabelece algumas diferenças de regime entre a capacidade negocial de exercício em geral e a capacidade negocial de gozo, ou seja, no que toca à realização de negócios estritamente pessoais, relativamente aos quais ninguém se pode fazer representar, como sejam o casamento, a perfilhação e o testamento.

No que toca à capacidade negocial de gozo para casar, diz o art. 1600.º que têm capacidade para contrair casamento todos aqueles em quem se não verifique um impedimento previsto na lei. Ora, o art. 1601.º, alínea *a*), apenas afasta por completo os menores de 16 anos. Portanto, o menor com mais de 16 anos pode casar, desde que devidamente autorizado pelos pais (ou tutor), podendo o conservador do registo civil suprir esta autorização (art. 1612.º). E, se o fizer, a sua incapacidade negocial de exercício termina pela emancipação, através do casamento (arts. 129.º, 132.º e 133.º). No entanto, caso a autorização dos pais (ou do tutor) ou o respetivo suprimento não se verifiquem, o art. 1649.º sanciona o menor emancipado, não lhe reconhecendo o término da sua incapacidade negocial de exercício. Contudo, ainda assim, uma coisa o menor emancipado sempre adquire pelo casamento: capacidade negocial de gozo para testar. É o que determinam os arts. 2188.º e 2189.º, alínea *a*), que reconhecem ao menor emancipado capacidade para testar, não relevando aqui o facto de os pais terem autorizado o seu casamento ou não – basta o mero facto da emancipação. Caso o menor não seja emancipado, não pode testar. Terá de aguardar pela maioridade.

Quanto à capacidade negocial para perfilhar, esta atinge-se aos 16 anos, como estabelece o art. 1850.º.

Enfim, como vemos, no que toca aos negócios estritamente pessoais, a lei vai-se contentando, embora de forma imperfeita, com um limite etário inferior aos 18 anos que, em regra, se exigem para a capacidade negocial de exercício.

Uma outra situação que configura já a aquisição de uma verdadeira “maioridade especial” é a relativa às opções religiosas do menor. Possivelmente por se tratar também de uma área pessoalíssima e do foro íntimo das convicções de cada um, a lei estabeleceu que a maioridade religiosa se atinge aos 16 anos, ao determinar no art. 1886.º que apenas compete aos pais a educação religiosa dos filhos com idade inferior.

Ainda no âmbito do Código Civil, a nossa lei reconhece expressamente ao menor o direito a ser ouvido no processo de tomada de decisões que lhe dizem

respeito. É o que acontece, nomeadamente, no caso dos arts. 1901.º, n.º 2, 1931.º, n.º 2, e 1984.º, alínea *a*). No entanto, ao adotando com mais de 12 anos reconhece-se mais do que um direito de audição. O art. 1981.º, n.º 1, alínea *a*), estabelece que o seu consentimento é necessário para a adoção. Sem o seu consentimento, a sentença que tenha decretado a adoção é suscetível de revisão, nos termos do art. 1990.º, n.º 1, alínea *e*), o que significa que também aqui estaremos perante uma “maioridade especial”.

Já fora do Código Civil, encontramos, também, vários diplomas que reconhecem direitos de exercício autónomo pelo menor. Vamos referir alguns.

É o caso da lei relativa ao transplante e colheita de órgãos. Nos termos do art. 8.º, n.º 3, da Lei n.º 12/93, de 22 de abril, tratando-se de dador menor, o consentimento deve ser prestado pelos pais ou, em caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais (ou da sua falta), pelo tribunal. Contudo, nos termos do n.º 4 deste artigo, se o menor possuir capacidade de entendimento e de manifestação de vontade, a dádiva de tecidos ou órgãos não se fará sem a sua concordância. A lei reconhece ao menor – sem qualquer limite etário! – um verdadeiro direito de veto. Quanto à colheita *post mortem*, o art. 10.º, n.º 3, determina que serão os representantes legais a manifestar a indisponibilidade para a dádiva dos menores para efeitos do Registo Nacional de Não Dadores. No entanto, também o próprio menor poderá exprimir tal indisponibilidade, desde que possua capacidade de entendimento e de manifestação de vontade.

Ainda em sede de legislação avulsa, é de referir que a Lei sobre Educação e Planeamento Familiar (a Lei n.º 3/84, de 24 de março) concede a todos os menores em idade fértil o direito de aceder a consultas de planeamento familiar.

Também o Código Penal dá relevância ao consentimento dos menores com mais de 16 anos para a prática de ato sexual. Nos termos do art. 173.º, n.º 1, só estaremos perante um ilícito criminal caso o ato sexual tenha sido praticado por maior com menor entre os 14 e os 16 anos, reconhecendo ao maior de 16 anos autodeterminação sexual.

Coerentemente, o limite etário dos 16 anos também foi consagrado em sede de interrupção voluntária da gravidez, quando admitida por lei. Esta é uma decisão que cabe à menor com mais de 16 anos, escapando ao âmbito das responsabilidades parentais, nos termos do art. 142.º, n.º 5, do Código Penal.

E quanto às intervenções médicas? Pode o menor consentir por si ou têm de ser os pais a autorizar a intervenção?

As intervenções médicas constituem violações da nossa integridade física. O direito à integridade física é um direito fundamental, constitucionalmente consagrado, e que encontra a sua expressão no Código Civil, no art. 70.º, n.º 1, enquanto direito de personalidade. No entanto, a ilicitude que derivaria do ato

de violação do direito à integridade física é afastada pelo consentimento para a prática de tais atos, nos termos do art. 340.º do Código Civil.

Estando em causa o exercício de direitos de personalidade e o consentimento na limitação deste exercício, a doutrina afirma que não é necessária a existência de capacidade negocial. Basta uma capacidade natural para consentir. Esta posição da doutrina vai ao encontro do art. 1878.º, n.º 2, quanto a reconhecer-se ao menor autonomia relativamente aos seus atos pessoais. Na verdade, podemos aplicar analogicamente o art. 127.º, n.º 1, alínea *b*), também a atos de natureza pessoal de pequena importância, que já se foram tornando parte da vida corrente do menor e para os quais este possua capacidade natural. Desta forma, encontramos uma base legal civil para fundamentar uma excecional capacidade do menor para consentir em atos médicos e de enfermagem de pequena importância (nomeadamente, primeiros socorros prestados na escola, como a desinfeção de uma ferida). No entanto, a situação complica-se quando saímos deste âmbito.

A norma relevante, agora, é o art. 38.º, n.º 3, do Código Penal. Esta norma estabelece o regime geral sobre o consentimento em sede penal, determinando que o consentimento exclui a ilicitude do ato, desde que o menor em causa tenha mais de 16 anos e possua “o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”. Assim, caso o consentimento do menor respeite estes requisitos, o médico ou a pessoa legalmente autorizada que proceda a intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos consentidos já não pratica o ilícito criminal previsto no art. 156.º do Código Penal, denominado “intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários”.

Nestes termos, a lei penal dá relevância ao consentimento do menor, desde que tenha mais de 16 anos e possua capacidade natural para consentir. São dois requisitos cumulativos: não basta atingir a idade dos 16 anos para se adquirir automaticamente uma maioridade especial para consentir em atos médicos. É necessário, ainda, avaliar casuisticamente se o menor com mais de 16 anos está em condições de consentir.

III. Resposta às questões colocadas

Pode uma rapariga de 16 anos, grávida de oito semanas, decidir abortar contra a vontade dos pais?

Pode. A partir dos 16 anos, é à menor que cabe consentir no ato de interrupção voluntária da gravidez e não aos pais.

Pode um rapaz de 15 anos decidir que não quer continuar com o tratamento de quimioterapia que faz há anos por estar cansado de sofrer e preferir morrer?

Não pode. Os menores necessitam de atingir pelo menos a idade de 16 anos para poder decidir por si relativamente a atos médicos. Terão de ser os seus pais a decidir.

Pode um rapaz de 16 anos recusar uma transfusão de sangue por questões religiosas?

Sim. Desde que o médico comprove que o menor em questão possui capacidade natural para consentir, foi informado devidamente e tomou uma decisão consciente, o menor pode decidir. Mesmo que os pais sejam contra.

Pode uma criança de 10 anos decidir que não quer ir à escola e que prefere fazer homeschooling?

Não. Ainda não tem maturidade suficiente para decidir.

Pode um jovem de 17 anos escolher um curso universitário contra a vontade dos pais?

Em princípio, sim. Obviamente dependerá de jovem para jovem, mas, à partida, aos 17 anos já se possui maturidade suficiente para escolher um curso universitário. Será um caso típico em que os pais deverão reconhecer autonomia ao menor informado e consciente.

Pode uma jovem de 17 anos, que já trabalha – possui autonomia financeira, portanto –, decidir que quer morar com o namorado?

Aqui a situação complica-se. Como vimos, a lei permite o casamento de menores a partir dos 16 anos, mas apenas com a autorização dos pais ou o seu suprimento pelo conservador do registo civil. Portanto, aparentemente, esta jovem não poderia decidir por si. Necessitaria do consentimento dos pais. Só que, caso esta jovem casasse sem o devido consentimento, o casamento não deixaria de ser válido, nem ela deixaria de se tornar emancipada. A única sanção seria patrimonial. Portanto, poderíamos perguntar-nos: o que impede esta jovem de sair de casa sem o consentimento dos pais e ir morar com o namorado? Como não se torna emancipada, não há necessidade de se aplicar sanção alguma: ela continua a ver o seu património ser administrado pelos pais até à maioridade – excetuando a administração do seu salário, que já cabia à menor, nos termos da exceção à incapacidade dos menores, prevista no art. 127.º, n.º 1, alínea a).

Tratando-se de uma menor de 17 anos, com um elevado grau de maturidade e autonomia pessoal e financeira, como será o caso, o art. 1878.º, n.º 2, tenderia no sentido de lhe reconhecer autonomia para decidir por si. Esta

decisão de valor da lei implicaria uma leitura hábil do art. 1887.º do Código Civil, relativo ao abandono do lar, e dos arts. 146.º, alínea f), e 191.º e ss. da Organização Tutelar de Menores, relativos à entrega judicial dos menores, no sentido de os pais só poderem exigir a entrega judicial dos filhos a quem o art. 1878.º, n.º 2, não reconhecesse autonomia. A coerência do sistema jurídico – o uso do elemento sistemático na interpretação das normas relativas ao casamento dos menores – assim o exigiria. A não ser assim, teria de se atribuir ao art. 1878.º, n.º 2, apenas um valor meramente pedagógico mas não jurídico.

No entanto, a situação não é assim tão simples, por duas ordens de razão. Primeiro, porque o menor que casou sem autorização, não podia tê-lo feito. A lei foi violada, há uma sanção. Não há anulabilidade do casamento porque o mal está feito. A lei terá tido consciência de que já não podia “apagar” o casamento, pelo que se fica pelo “mal menor”. Assim, os pais não podem pedir a entrega judicial do menor que casou sem consentimento. Faz sentido tratar de forma diferente esta situação da de “viver-se em comum”?

Sim: o casamento não é uma situação análoga à de duas pessoas que se “juntam”. Não estamos sequer perante uma união de facto nos termos da Lei n.º 7/2001, pois esta exige a idade mínima de 18 anos. Por outro lado, o casamento é uma instituição séria, ponderada, que implica a assunção de um compromisso social e jurídico (e muitas vezes religioso) e que afeta o estado civil, ao passo que “juntar-se”, por definição, é não querer assumir compromissos, deveres conjugais... O menor tem uma situação de estabilidade num casamento, que não tem numa relação de mera vida em comum. Os pais terão legitimidade para não aceitar esta última, atendendo a esta precariedade e falta de segurança. Obviamente lançar mão dos expedientes processuais previstos e ir buscar o menor à força pode não resolver nada, mas daí a afirmarmos que o menor tem o direito de sair de casa sem o consentimento dos pais é já diferente.

É evidente que a evolução social e jurídica tem vindo no sentido de se reconhecer progressivamente mais autonomia ao menor, como vimos; também é verdade que a instituição do casamento tem sofrido várias alterações no sentido de se reconhecer a importância de uma “relação pura”, onde o que releva são os afetos e enquanto eles existirem (daí a eliminação da relevância da culpa no divórcio, por exemplo). Talvez cheguemos ao ponto em que a assunção de um compromisso – um contrato vinculativo entre os nubentes – deixe de existir. Mas ainda não chegámos a esse ponto. Assim como, para já, ainda não chegámos ao ponto de eliminar por completo as responsabilidades parentais dos pais desta menor com 17 anos, o que sucederia se ela pudesse sair de casa sem o consentimento dos pais.

Em suma, determinar-se quando é que os pais decidem pelo menor e quando devem deixar o menor decidir por si dependerá do caso concreto e da maturidade do menor. Mas uma coisa é certa: as responsabilidades parentais

só terminam com a maioridade ou a emancipação. Até lá, cabe aos pais ajudar os filhos a ganhar a sua autonomia, estimulando, orientando e vigiando as suas decisões. No entanto, isso não implica que, em certos casos, não devam respeitá-las.

Obrigada.

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A JUSTIÇA CRIMINAL ANGOLANA

Waldemar Paulo da Silva José⁽¹⁾

Quando nos foi proposto dissertar sobre esta temática, reflectimos e de imediato concluímos que a mesma não se esgotaria com um artigo com menos de 10 páginas, visto que a justiça criminal em Angola carece de uma profunda reforma, começando pelo Código Penal, que tem mais de um século de vigência.

No âmbito dos desafios que o tema suscita e dentre vários aspectos que poderíamos apontar como problemáticos em sede da justiça criminal angolana, elegemos os referentes aos Códigos Penal e de Processo Penal, alguns princípios concernentes à justiça e política criminal, o anteprojecto do novo Código Penal angolano, a lei dos crimes contra a violência doméstica, as infracções cometidas no âmbito da condução automóvel, a inimputabilidade, a discussão entre Ministério Público *vs.* Juiz das Garantias.

O nosso contributo para esta abordagem será estruturado por pontos muito resumidos e específicos (atendendo à limitação de páginas), para facilitar a compreensão na transição das temáticas, obedecendo à ordem que segue.

1.º) Começaríamos por nos debruçar sobre a nossa legislação penal, mais especificamente, o Código Penal (CP) e o Código de Processo Penal (CPP), que estão desajustados aos tempos hodiernos, atendendo ao facto que a primeira (CP) foi aprovada em 1886, tendo sofrido poucas revisões de realce, e a segunda (CPP) aprovada em 1931, também com poucas reformas, e que não estão contextualizadas aos novos fenómenos criminais mundiais, em geral, e angolanos, em particular, não dando cumprimento ao princípio da adequação social.

¹ Instituto Superior de Ciências Policiais e Criminais de Angola.

Estes instrumentos jurídicos necessitam de uma imediata e profunda reforma, não só pelo facto de estarem, em algumas das suas disposições, em conflito com a Constituição da República de Angola, em vigor desde 2010, assim como, pelo facto de estarem em divergência com muita legislação penal e processual avulsa (leis específicas), dificultando assim a realização de estudos e consultas por parte dos menos experientes nestas matérias.

Relativamente a esta problemática, duas vozes contradizem-se: a primeira defende a manutenção do actual ordenamento jurídico-penal angolano, alegando não existirem condições para se efectuar a transição e aprovar-se os anteprojectos, que se encontram em fase de análise e discussão pública, por requerer estudos mais profundos; a segunda, contrariando e “agarrando-se” ao art. 18.º do CP (inadmissibilidade da analogia para sancionar factos não tipificados) defende estar mais que em altura para a transição, pois, *v.g.*, o caso dos crimes informáticos, do assédio sexual, da pedofilia, etc., cuja ausência do tipo faz com que a sociedade não perceba a ausência de sanção por parte dos aplicadores da norma aos supostos infractores.

2.º) A dimensão da divergência estende-se a diversos aspectos inerentes à sistematização e estruturação dos códigos vigentes e dos anteprojectos. Por exemplo, levanta-se a questão referente às contravenções; se devem permanecer no código penal, como sendo um ilícito penal, ou devem ser transformadas em contra-ordenações, aquelas que possuem um pendor administrativo, e em crimes, aquelas que possuem um maior pendor criminal.

Infelizmente, por exemplo, relativamente às infracções cometidas no exercício da condução, esta situação não ficou sanada por altura da elaboração e aprovação do novo Código de Estrada, considerando, somente, as infracções de natureza criminal (crimes e contravenções) – art. 132.º do Código de Estrada ⁽²⁾, onde as contravenções são sancionadas com multas, aplicadas por autoridades administrativas (Polícia), com excepção da inabilitação para conduzir, que deveria ser um crime, quando é uma contravenção, punida pelas autoridades competentes com a pena de 1 a 6 meses de prisão (art. 23.º do Decreto Lei n.º 231/79, de 16 de Julho, referente à Condução Ilegal) ⁽³⁾.

Todavia, o Acórdão n.º 328/2014 do processo n.º 402-C/2013 sobre o recurso de inconstitucionalidade apresentado pelo Ministério Público veio declarar inconstitucionais as normas dos arts. 23.º e 24.º do Decreto citado (n.º

² Decreto-Lei n.º 5/08, de 29 de Setembro, art. 132.º – Legislação aplicável: Os crimes e as contravenções cometidos no exercício da condução automóvel são punidos nos termos da Legislação Penal e do presente Código, com as modificações constantes neste capítulo.

³ Art. 23.º do Decreto-Lei 231/79, de 16 de Julho, referente a Condução Ilegal: Todo aquele que for encontrado a conduzir um veículo sem que para tal esteja legalmente habilitado, será condenado na pena de prisão de um a seis meses e a multa de cinco mil Kwanzas.

231/79), dando razão às vozes, que há muito se levantavam sobre a punição severa ali contida e à falta de aplicação pelos tribunais, pela Polícia, referimo-nos às normas previstas no art. 177.º do Código de Estrada ⁽⁴⁾. Com esta jurisprudência, verificamos uma viragem nos procedimentos a aplicar neste domínio, uma vez que, doravante, quem conduzir um automóvel, sem que para tal esteja habilitado, já não poderá ser punido com pena de prisão, mas sim com uma pena de multa.

3.º) Da débil sistematização e estruturação do CP levanta-se também a questão quanto às formas de aparecimento de crimes, previsto no art. 8.º do CP. A problemática do crime na forma da tentativa e frustrado também reside na incógnita se devem permanecer as duas ou se se conserva somente a forma de tentativa.

Muitos são defensores que o crime na forma frustrada já não deveria existir, devendo ser absorvida pela forma de tentativa. O autor é apologista da permanência de todas as formas, sobretudo em determinadas situações, designadamente, no art. 350.º do CP, tentativa de homicídio e homicídio frustrado ⁽⁵⁾. Apesar de o artigo não ser claro na sua destrição, somos obrigados a recorrer aos arts. 10.º e 11.º do CP ⁽⁶⁾ para sua melhor compreensão.

Para a realidade portuguesa, a título comparativo por exemplo, no que tange às figuras supracitadas, o agente do crime seria punido a título de tentativa, mas, na nossa realidade, deve analisar-se os actos do perpetrador do crime. Se ele não foi interrompido ou suspendeu o acto por circunstâncias independentes da sua vontade, será punido pela forma frustrada, visto que este executou todos os actos para sua execução, assim como tem uma percepção errónea que os consumou.

4.º) Uma grande crítica ao nosso sistema de aplicação de uma pena é a falta de novos modelos de regime de penas alternativas, já que, nos dias de hoje, em sede de justiça criminal, impõe-se a adopção de novas formas alternativas de pena, como é caso da prisão domiciliar, prisão por dias livres, regime de semi-detenção, trabalhos comunitários e liberdade vigiada com pulseiras electrónicas.

⁴ Art. 177.º do Código de Estrada – Infrações ao uso da carta de condução: A infracção ao disposto no n.º 9 do art. 120.º é sancionada com multa de 84 a 420 UCF, se sanção mais grave não for aplicável por força de outra disposição legal.

⁵ Art. 350.º do Código Penal – Tentativa de homicídio e homicídio frustrado: Será punido como tentativa de homicídio ou como delito frustrado, segundo circunstâncias, todo o ferimento, espancamento ou ofensa corporal, feita com intenção de matar, nos casos em que a morte se não seguir, ou em que a morte se seguiu por efeito de causa accidental, e que não era consequência do facto criminoso.

⁶ Art. 10.º do Código Penal – Crime frustrado; Art. 11.º do Código Penal – Tentativa.

Estas medidas alternativas iriam auxiliar a diminuição dos encargos que o Estado tem com o sistema prisional, que é muito oneroso, assim como diminuiria a população penal nos centros de reclusão, visto que não há capacidade infra-estrutural para albergar a grande quantidade de infractores penais, bem como seriam um maior e melhor garante de alcance dos fins das penas, a ressocialização, entre outros.

5.º) Sendo a sanção um dos fins das penas, não se compreende a razão que estará na base de o condenado por pena maior ter de pagar duas vezes pelo cometimento do mesmo crime, violando, assim, o princípio do *ne bis in idem*, previsto no art. 65.º, n.º 5, da Constituição. Em conformidade com o n.º 2 do art. 76.º do CP, referente aos efeitos da condenação em pena maior, “o réu definitivamente condenado a qualquer pena maior incorre na incapacidade de eleger, ser eleito ou nomeado para quaisquer funções públicas”. Como fica a ressocialização do réu?

Realça-se aqui que existem mais alguns princípios basilares do direito criminal que estão em contrariedade com o ordenamento jurídico-penal, como é caso do princípio da igualdade e da individualização da responsabilidade criminal, vejamos:

O art. 28.º do CP menciona que a responsabilidade criminal recai única e individualmente nos agentes de crimes ou contravenções. Reforça-se esta ideia com o art. 113.º do CP, que refere que as penas não passarão em caso algum da pessoa do delincente. Mais ainda, a Constituição, no seu art. 65.º, n.º 1, diz que a responsabilidade criminal é pessoal e intransmissível.

Contrariamente a estas disposições, verificamos no Único do art. 87.º do CP que, havendo falecimento do condenado, a pena que lhe fora infligida, quando é de multa, poderá ser estendida aos herdeiros, se em vida deste a sentença de condenação tiver passado em julgado. A ideia é atingir o património do *decujus*, ressarcindo dessa forma o lesado de eventuais danos causados pelo mesmo, nada mais justo que antes de se efectivar a partilha dos bens se chame a colação, subsidiariamente, os princípios de direito civil referentes à matéria, sob pena de lesarmos duplamente o lesado.

Quanto ao princípio da igualdade, previsto no art. 23.º da Constituição de Angola, refere, no seu n.º 1, que todos os cidadãos são iguais perante a lei e gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres.

Se assim é verdade, que análise se poderia fazer da seguinte disposição legal (arts. 188.º e 179.º, n.º 4, da Constituição de Angola): Os Magistrados só podem ser presos depois de culpa formada quando a infracção seja punível com pena de prisão superior a 2 anos, excepto em flagrante delito por crime doloso punível com a mesma pena? Na qualidade de garantes da legalidade, julgamos

que o exemplo deveria ser proveniente destas entidades. Como se quem dissesse “Até nós, os Magistrados, se cometermos crimes punidos com pena correccional, somos imediatamente detidos, como acontece com qualquer cidadão”.

A garantia e aplicação destes e outros princípios do direito criminal devem ser salvaguardados por figuras como Magistrados e Órgãos de Polícia Criminal.

6.º) Contudo, uma das figuras importantes na regulação deste processo, referimo-nos ao Juiz das Garantias (que faria o papel do juiz de instrução criminal), não está implementada, apesar da sua consagração constitucional.

A Constituição prevê, no seu art.º 186.º, alínea *f*), que o Ministério Público dirige a fase preparatória dos processos penais, sem prejuízo da fiscalização das garantias fundamentais dos cidadãos por Magistrado Judicial, nos termos da lei.

Apesar desta previsão constitucional, não existe esta figura, concentrando todas as competências no Ministério Público, conforme se pode observar no art. 36.º da Lei n.º 22/12, de 14 de Agosto, Lei Orgânica da Procuradoria-Geral da República e do Ministério Público.

Até aquelas ocorrências de emergência, de pronúncio de fim-de-semana, visto que não há piquetes do Ministério Público a funcionarem em pleno, em que os Órgãos de Polícia Criminal poderiam aplicar um Termo de Identidade e Residência, à semelhança do que acontece em Portugal, não as podem fazer porque se trata de uma competência exclusiva dos Magistrados do Ministério Público. O horário de funcionamento dos Magistrados junto dos Órgãos de Polícia Criminal, a sua capacidade de resposta célere e atempada à salvaguarda do direito à liberdade dos cidadãos detidos aos fins-de-semana, com a prerrogativa de os Órgãos de Polícia Criminal, *de per si*, aplicarem medidas de coacção processual como o termo de identidade e residência e notificarem o arguido para comparecer no primeiro dia útil de trabalho para ser presente ao Ministério Público para efeitos de interrogatório e/ou legalização da prisão, deveriam ser extensíveis à Polícia de Investigação Criminal.

7.º) Do pouco que foi descrito, pode verificar-se que existem muitas incongruências de legislação, o que dificulta uma adequada justiça criminal, justificadas pelo facto de serem antigos e não serem adequados à actual realidade. Tanto assim o é que ainda se verifica no nosso código penal a previsibilidade de algumas condutas, que ao nosso ver devem ser reajustadas, designadamente:

- Art. 356.º do CP – Infanticídio – É extensível a qualquer autor do crime, havendo uma circunstância modificativa agravante para todos, semelhante ao homicídio qualificado (20 a 24 anos de prisão), e uma circunstância modificativa

atenuante à mãe que o fizer para ocultar a sua desonra, dando origem ao crime privilegiado (punível com 2 a 8 anos de prisão).

- Art. 358.º do CP – Aborto – É sempre punível. Não prevê situações em que a mulher possa ter uma gravidez de risco ou o nascituro tenha uma malformação congénita.

- Art. 372.º do CP – Provocação constituída por adultério ou corrupção de menor – O homem ou mulher casados que encontrar o seu cônjuge em adultério, pode matar ou a ele(a) ou o adúltero(a) ou a ambos e será desterrado fora da comarca por seis meses. Se forem ofensas corporais leves, não sofrerá pena alguma. O mesmo acontecerá com as filhas com menos de 21 anos que vivam com os seus pais.

- Art. 392.º do CP – Estupro – Aquele que, por meio de sedução, *estuprar mulher virgem*, maior de 12 e menor de 18 anos, terá a pena de prisão maior de 2 a 8 anos. Aqui, levanta-se a seguinte questão: e se a mulher já não for virgem? A protecção do bem jurídico deveria ser toda a mulher com a idade compreendida entre os 12 e 18 anos e não somente privilegiar as virgens que tenham esta faixa etária.

- Art. 393.º do CP – Violação – Só abrange mulheres. Não há abuso sexual de homens. Para os homens, enquadra-se o art. 391.º do CP – Atentado ao pudor –, cuja pena é inferior a 2 anos. Aqui não se verifica os pressupostos do princípio da igualdade e equidade. Há um tratamento diferenciado entre os géneros.

- Art. 400.º do CP – Dote da ofendida e efeitos do casamento – Nos casos de estupro e violação de mulher virgem, o criminoso é obrigado a dotar a ofendida e, se decidir casar com a vítima, o casamento porá termo à acusação e à prisão, desde que não se verifique divórcio no espaço de 5 anos. Esta disposição alicia os homens que queiram casar com determinadas mulheres virgens mas são rejeitados, decidindo, para o efeito, violá-las, de forma a poder juntar o útil ao agradável (satisfação de paixões sexuais e um casamento não desejável pela mulher).

- Art. 405.º do CP – Lenocínio – A intenção de lucrar ou favorecer a prostituição só se verifica de ascendente ou tutor para a descendente ou sua mulher e não de forma genérica. O que acontece quando a prática criminosa que consiste em explorar, estimular ou facilitar a prostituição sob qualquer forma ou aspecto, havendo ou não mediação directa ou intuito de lucro, se a acção não for realizada pela descendente?

- Art. 250.º do CP – Recusa de facultativo – Deveria ser um crime por omissão de auxílio imputável a qualquer cidadão. O que se verifica neste artigo é que a responsabilidade criminal só é imputável ao profissional que se recusar a exercer um acto resultante da sua profissão e não é extensível àqueles que

deveriam ter obrigação, num determinado momento da ocorrência do facto ilícito, de auxiliar a vítima.

8.º) Uma outra grande preocupação está relacionada com a inimputabilidade em razão da idade que, no nosso país, inicia aos 16 anos, conforme se pode compreender nos arts. 42.º, 43.º, 48.º e 69.º do CP.

Os nossos relatórios criminais demonstram que os grupos criminosos organizados aproveitam-se deste facto para colocar menores com idades compreendidas entre 12 e 16 anos para perpetrar actos delituosos, por estes não responderem criminalmente.

Há alguns estudos empíricos que ilustram que estes menores já possuem capacidade de discernimento necessária para destringer o bem do mal, urgindo assim a necessidade de se reduzir a responsabilidade criminal em função da idade.

9.º) Felizmente, algumas destas questões estarão salvaguardadas no anteprojecto do novo Código Penal, que trará algumas inovações, como:

- Está melhor sistematizado, ao contrário do anterior, em que as matérias estavam dispersas;
- Não depende somente da doutrina para definir os princípios gerais, porque já o faz;
- As contravenções só são punidas com multas e é considerado crime se a lei lhes fizer corresponder uma pena de prisão;
- Pune-se a produção por omissão se equivaler à produção por acção e sobre o comitente recair um dever jurídico que o obrigue a evitar esse resultado;
- A inimputabilidade em razão da idade diminui para os 14 anos;
- Não existe a forma de aparecimento do crime frustrado;
- Prevê os ilícitos resultantes da condução automóvel, etc.

10.º) O périplo pelo Código Penal não é único onde podemos encontrar estas inconsistências, também as podemos verificar em leis produzidas mais recentemente, como é o caso da Lei de Violência Doméstica (Lei n.º 25/11, de 14 de Julho) que, pela sua natureza, é atípica (Semi-pública e pública), e nela podemos verificar alguns pressupostos excepcionais, nomeadamente:

- A vítima pode desistir da queixa em qualquer momento do processo (art. 24.º, n.º 3), assim como se admite encontros reconciliatórios, apesar da sua natureza pública;
- Deixa alguma dúvida na fronteira que se poderá estabelecer com o CP, relativamente às ofensas corporais, verbais e adultério.

- O abandono familiar, do domicílio, a falta de prestação de alimento e da assunção da paternidade também já constituem prática criminal.

11.º) Nem mesmo com uma tese de doutoramento seria possível esgotar esta temática, por ser muito abrangente, daí que, fazemos as seguintes considerações finais:

- A delimitação de páginas permitiu-nos abordar parte do problema, deixando mais considerações para os próximos eventos;

- O anteprojecto do novo Código Penal esteve em consulta pública, será remetido ao Conselho de Ministros para, posteriormente, ser remetido à Assembleia Nacional;

- Já se criou uma comissão para rever o Código de Processo Penal;

- Está em estudo o novo sistema prisional e de reeducação penal;

- Está em discussão a primeira Lei de Bases de Política Criminal;

- Está em reestruturação o diploma da Organização e Funcionamento dos Tribunais Comuns;

Temos consciência de que há a necessidade de se fazer uma reforma no nosso sistema de justiça criminal.