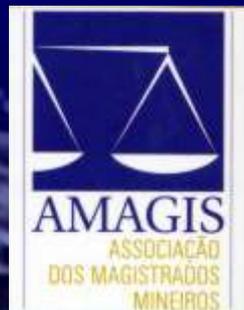


REVISTA AMAGIS Jurídica

ISSN 2175-3849. v. 15 - n. 2 (maio-ago. 2023)



REVISTA AMAGIS JURÍDICA

EDITOR

Professor Doutor Richardson Xavier Brant

REVISTA AMAGIS JURÍDICA

Associação dos Magistrados Mineiros

v. 15, n. 2, maio-ago. 2023



Belo Horizonte

2023

REVISTA AMAGIS JURÍDICA
©COPYRIGHT: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS MINEIROS

REVISTA AMAGIS JURÍDICA
PERIODICIDADE: Quadrimestral (v. 15, n. 2, maio-ago. 2023)

EDITOR

Professor Doutor Richardson Xavier Brant

CONSELHO EDITORIAL

Professora Doutora Alice de Souza Birchall - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) e Faculdade de Direito de Contagem (FDCON) - Belo Horizonte - Minas Gerais, Brasil.

Professora Doutora Cláudia Sofia Oliveira Dias Monge - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Lisboa, Portugal.

Professor Doutor Elian Pregno - Universidad de Buenos Aires - Buenos Aires, Argentina.

Professor Doutor Fábio da Silva Veiga - Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto - Porto, Portugal.

Professor Doutor José Renato Nalini – Uniregistrat - São Paulo - São Paulo, Brasil.

Professor Doutor Luis Eduardo Rey Vázquez - Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de la Cuenca del Plata - Corrientes, Argentina.

Professor Doutor Manoel dos Reis Moraes – Escola Judicial Edésio Fernandes (EJEF) e Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - Belo Horizonte - Minas Gerais, Brasil.

Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha - Universidade do Porto - Porto - Portugal (licenciado das atividades letivas para o exercício do cargo de Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça – a Corte Suprema – de Portugal).

Organização, padronização e revisão linguística

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Diagramação e editoração gráfica

Maria Rodrigues Mendes

Foto da capa: Rodrigo Albert/TJMG

www.amagis.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista Amagis Jurídica. / Associação dos Magistrados Mineiros – vol. 15, n. 2 (maio/ago. 2023) __ Belo Horizonte, MG: Associação de Magistrados Mineiros.

Quadrimestral. 2023.

ISSN 2175-3849

Multilíngue.

1. Direito - periódicos I. Associação dos Magistrados Mineiros.

CDU 340

Ficha catalográfica elaborada por Helenilza Santana dos Santos
Biblioteca CRB 13/871

SUMÁRIO

EDITORIAL..... 7

1

SEVERIDADE PENALIZADORA: A CONSTRUÇÃO DE UM INSTRUMENTO DE MEDIDA

Carlos Alberto Poiares e Fernando Branco..... 13

2

EL DERECHO DE ACCESO A LA ENERGÍA CONCEBIDO COMO DERECHO HUMANO DE QUINTA GENERACIÓN EN EL MARCO DE LA SUSTENTABILIDAD

Claudia Karina Balderrama Villazón, José Aquiles Baesso Grimoni e Miguel Edgar Morales Udaeta..... 45

3

ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN VENEZUELA

Claudia Madrid Martínez..... 71

4

¿PACTO FISCAL?

Cristián Gárate..... 113

5

IMPEDIRÁ O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 268/2022 A OBTENÇÃO E A VALORAÇÃO, PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, DE METADADOS CONSERVADOS PELOS FORNECEDORES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS AO ABRIGO DA LEI ATUALMENTE EM VIGOR?

Duarte Rodrigues Nunes..... 127

6

**CROWDFUNDING PLATFORMS UNDER TURKISH CAPITAL
MARKET LAW WITH A SPECIAL REFERENCE TO INVESTMENT
COMMITTEE**

Nesrin Akin..... 185

7

**O CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO OU DOS FUTUROS DO
CONSTITUCIONALISMO**

Paulo Ferreira da Cunha..... 201

8

**I DIRITTI FONDAMENTALI COME LIMITE ALLA POLITICA
CRIMINALE: CONSIDERAZIONI SULL'INCIDENZA
DELL'ORDINAMENTO EUROPEO SUL DIRITTO
SANZIONATORIO ITALIANO**

Pietro Sorbello..... 223

9

**A NEGOCIAÇÃO COMO ETAPA PROCESSUAL CIVIL PARA A
CONSTRUÇÃO DE SOLUÇÃO JURÍDICA DIALOGADA**

Rafael Maas dos Anjos e Rodrigo Maas dos Anjos..... 261

10

**MODIFICAÇÕES CAPITAIS NA LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS,
FEITAS PELA LEI 14.382, DE 27-6-2022**

Waldir de Pinho Veloso..... 281

EDITORIAL

É com vivo entusiasmo que se anuncia o Número 2 do Volume 15 da Revista Amagis Jurídica. Consolida-se o propósito de manter a publicação dentro de parâmetros que se vêm forjando no esforço comum de reflexão coletiva. O valor emblemático deste empenho se articula em torno do desvendamento de veio crítico e de temas que abram espaços de esclarecimento, clareiras que permitam sementes de resistência e transformação, a serem lançadas em campos cada vez mais diversos.

Reafirma-se que reformas sociais, para além de arroubos revolucionários, exige a mudança de perspectivas, mentalidades e de posturas, em permanente revisionismo institucional e social que revigore os desafios postos, atentos à construção e aprendizado do que seja uma convivência justa, em meio social ainda fortemente marcado pela estratificação e pela desigualdade de condições e oportunidades.

Os enunciados jurídico-políticos que garantem direitos, consagrados no âmbito constitucional, no que se relaciona principalmente à justiça e solidariedade, fazem-se, a partir de aqui e agora (“hic et nunc”), na identificação de contextos históricos específicos. Constituem comandos que orientam ações coletivas e individuais informados por disposições contrafáticas, em projeção normativa que se constrói a partir de um diagnóstico realista, em olhar retrospectivo de situações indesejadas.

A matéria das deliberações judiciais são exatamente os conflitos, em disputas variadas, nos quais há a exposição de vivências de violações de direitos. Isso evidencia a tensão permanente, de caráter lógico inelutável, entre os campos do ser (realidade do mundo) e do dever-ser (sistema dogmático normativo). A interpretação jurídica

se concebe nas duplas vias de pontes que ligam um campo ao outro.

O ponto de partida, então, encontra-se nas descobertas da realidade de um projeto de convivência justa e solidária que se ressentem de inconsistências e inacabamentos. E deve encontrar, como resultado das soluções nas esferas jurisdicional, legislativa e executiva, a realidade do mundo no qual aquelas escolhas ético-políticas devem ser empregadas.

Em outras palavras, deve-se prevenir cautelosamente nas advertências de uma ética consequencialista, sem se desviar dos deveres e valores postos pela racionalidade do sistema normativo, mas não se reduzindo, – em excessiva abstração, – tão somente a esse plano. As influências recíprocas entre mundo e direito, no reconhecimento do percurso de caminhos acidentados, servem de advertência e orientação.

Na trajetória deste veículo de comunicação científica, neste correr de seus quinze anos, referidas qualidades permeiam os estudos e reflexões, para que a maturação dos fins deliberados desenhe um processo contínuo de aprendizagem construtiva, nos parâmetros de uma racionalidade crítico-reflexiva, que se pauta no processo por autocorreções gradativas.

Passa-se, esboçados os pretextos da reflexão, aos estudos deste quadrimestre.

Algumas contribuições deste número vêm de outros mares. O necessário é a disposição para enfrentar as ondas, a firmeza para combater o vento ou a capacidade de colocá-lo soprando a favor. Navega-se em festejadas companhias.

Nessa trajetória marítima metaforicamente informada, rumo a território além-mar, chega-se a Portugal. Deste país, vem o texto de autoria do Professor Doutor Carlos Alberto Poiães (Professor de Psicologia Forense e Vice-Reitor da Universidade Lusófona) e do Professor Doutor Fernando Branco (do Centro de Investigação em Educação). Os autores falam da Psicologia Jurídica, e criam tabelas e métodos que, aplicados por vários Tribunais em suas também diversas Comarcas, apresentam-se com sucesso na aplicação da

análise das questões mentais que levaram as pessoas a cometer crimes e como se comportam quando estão depondo em Juízo. A Psicologia Forense, aponta o artigo, permite aos Magistrados saber colher o “comportamento dos atores”, o que torna as decisões judiciais mais coerentes com o que deve a Justiça perseguir. Esse é mais um elemento de informação, para determinação de culpabilidade e imposição de sanções, no árduo campo prático do Direito Penal.

Aqui mesmo do continente sul-americano, do país vizinho e com limites com o Brasil, a outra contribuição vem da Bolívia (mais precisamente, da Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Mayor de San Simón, em Cochabamba), com a participação da Professora Doutora Claudia Karina Balderrama Villazón. Ela, porém, não está só. Seus companheiros de escrita são os Professores Doutores José Aquiles Baesso Grimoni e Miguel Edgar Morales Udaeta, da Universidade de São Paulo. O primeiro, brasileiro. O segundo, boliviano que atua no Brasil. O trio se dispôs a escrever sobre Direito Internacional da Energia, com forte liame com o Direito Constitucional (de quinta geração, como o direito à energia). Guarda interseções com o Direito Ambiental (especialmente, em relação à exploração dos recursos naturais para obtenção da energia elétrica) e com os Direitos Fundamentais, na percepção de seu caráter indissociável.

Da Venezuela, a Professora Doutora Claudia Madrid Martínez (da Universidad Central de Venezuela), com experiência na Antioquia e na Colômbia, comparece para falar sobre a arbitragem judicial e extrajudicial na Venezuela. Notícia que a arbitragem apareceu em legislação venezuelana na Constituição de 1830, sendo tema mantido na Constituição de 1857 e presente na atual Constituição, de 1999. Em 1897, a legislação infraconstitucional explicitou parâmetros de aplicação da norma constitucional. A atual legislação completa data-se de 1998, sendo que a atual Lei disciplina como o Poder Judiciário deve operar com arbitragem e mediação, no âmbito do sistema multiportas, na forma consensual de resolução de conflitos.

O Direito Tributário é o assunto versado pelo Professor Doutor Cristián Gárate, autor de livros sobre o tema no Chile. Nesse artigo científico, o autor propõe inovações, partindo da sua experiência como

tributarista. Destaca que os investimentos financeiros procedentes de outros países não devem receber benefícios tão especiais, em comparação com o capital local, a ponto de não serem tributados. Aponta, com destaque, a área da prestação de serviços, quando quem executa a obra – física ou intelectual – é do estrangeiro. Em razão do tema, há o tecido feito de Direito Tributário, Direito Internacional e Direito Empresarial, em enfoque bem recortado.

Volta-se a Portugal, para mostrar o tema da abordagem do Professor Duarte Rodrigues Nunes. Integrante do Poder Judiciário português, preferiu se tornar unicamente Professor Universitário, para melhor poder atuar “aqui e alhures”. De fato, é Professor na Universidade Europeia e na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (em Portugal) e na Universidade Lusíada de Angola. E tem fortes raízes com o Brasil, notadamente Uberlândia, onde sempre visita. Autor de livros diversos, o Professor trata de tema atual, os metadados, ou “dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrônicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações”. A análise envolve a legislação portuguesa (Constituição, Códigos e lei específica, de 2008) em consonância com decisões recentes do Tribunal de Justiça da União Europeia.

O giro maior faz com que a próxima âncora seja lançada na Turquia. A colaboração vem da Professora Doutora Nesrín Akin (Departamento de Direito Empresarial da Doğuş University Faculty of Law). O mercado de capitais é analisado com foco na legislação daquele país, especialmente sobre a captação de dinheiro (financeira) perante o público investidor. Por envolver captação de recursos no mercado, destaca-se a necessidade de legislação capaz de controlar o ímpeto empresarial e que pode resultar em administração desastrosa. O financiamento, com dinheiro de investidores particulares, das “start-ups”, por exemplo, exige regulação forte. O estudo mostra as estacas firmes que a legislação turca oferece para a área, resultando em normas claras, em sistematização que favorece uma atuação segura do Judiciário, e permite decisões com maior senso de Justiça.

Tratar dos temas com os nomes dos autores em ordem alfabética faz com que a nau retorne a Portugal. Desta vez, o membro

do Conselho Editorial da Revista Amagis Jurídica e Juiz Conselheiro (designação que em Portugal têm os integrantes do Tribunal superior da hierarquia dos Tribunais Judiciais), lá denominado Supremo Tribunal de Justiça, Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha. Trata-se de autor já consagrado por mais de seiscentas publicações, entre livros e artigos científicos. O que o autor escreve é sobre o “constitucionalismo do futuro”, em ensaio que demonstra apontamentos pelos futuros caminhos a partir das tendências do tempo atual.

Outra alvissareira contribuição vem da Itália. E a Itália participa com o texto de autoria do Professor Doutor Pietro Sorbello. Os temas do Direito Internacional vinculado aos Direitos Humanos compõem em estudo que mostra a legislação local (Itália) que deve estar em harmonia com as normas oriundas da União Europeia. E como se organiza a área dos recursos das decisões dos Tribunais locais. O estudo se circunscreve às questões das políticas criminais. O texto faz referência à jurisprudência oriunda do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e das Cortes encarregadas dos julgamentos das questões penais.

As próximas duas paradas retornam ao Brasil. Na primeira, para falar de um artigo científico de autoria de dois Juizes de Direito, Rafael Maas dos Anjos (Juiz de Direito em Florianópolis, Santa Catarina), e Rodrigo Maas dos Anjos (Juiz de Direito em Abre-Campo, Minas Gerais). No texto, a abordagem se volta ao Processo Civil no Brasil, para tratar do volume de processos que leva sobrecarga ao Poder Judiciário. E que essas ações ou são resultados de intransigência inicial ou a continuidade dessas demandas judiciais por desinteresse ou dificuldade nas conciliações. Com essa inspiração, o artigo fala em mediação de conflito, no sistema multiportas que se abre a soluções consensuais. E argumenta que há como solucionar uma boa parte das causas em andamento na Justiça Estadual com a utilização de métodos de conciliação, quando as partes fazem recíprocas concessões.

Para coroar a publicação, há um texto de autoria do Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso, que tem contribuído para a Revista como organizador e revisor linguístico. Consagra-se o autor de quase

três dezenas de livros, sendo mais de vinte deles em temas jurídicos, e destaque no campo do Direito Notarial e Registral. O artigo tratou das inovações que a Lei 14.382, de 27-6-2022, inseriu no corpo da Lei dos Registros Públicos, cuja identificação pelo número é Lei 6.015, de 31-12-1973. Em tempos da aplicação da inteligência artificial e da informatização, a atualização da Lei dos Registros Públicos passou pela integração da tecnologia nos Serviços Notariais e Registrais, os ainda conhecidos Cartórios. Especialmente, os de Registros, de todas as áreas. O texto aponta, uma a uma, as novidades que a Lei 6.015, de 31-12-1973, cinquentenária, passou a contemplar com as inovações informáticas.

A Revista Amagis Jurídica, neste quadrimestre que ora se encerra e nas anteriores, conta com o apoio incondicional da Associação dos Magistrados Mineiros (AMAGIS) e da Escola Superior da Magistratura Desembargadora Jane Silva (EMAJS). Nunca é demais reconhecer que esse suporte é que proporciona a publicação desse veículo de caráter científico por mais de quatorze anos, chegando agora na metade do décimo quinto ano de atividade.

Há outros grandes colaboradores nessa empreitada.

Registra-se o reconhecimento de que essa contribuição é o alimento que embala esta publicação. O propósito de fomentar o debate e a reflexão, propiciados pela pesquisa científica, serve de alento para o exercício qualificado da função jurisdicional e de integração dos Magistrados, em parceria com as Universidades, e a participação de agentes de outras carreiras jurídicas, entre os quais se distinguem, por colaboração próxima, os servidores judiciais.

A todos se renova o sentimento de gratidão e o convite à leitura e participação!

Belo Horizonte, Inverno de 2023

Richardson Xavier Brant
Editor

1

SEVERIDADE PENALIZADORA: A CONSTRUÇÃO DE UM INSTRUMENTO DE MEDIDA¹ e ²

*Carlos Alberto Poiares³
Fernando Branco⁴*

RESUMO

A gramática judicial constitui um dos objetos científicos da Psicologia Forense, apelando ao estudo dos comportamentos dos atores do processo de criminalização e, de modo muito particular, à captação e interpretação das decisões emanadas dos Tribunais.

¹ O presente trabalho foi publicado pela primeira vez, em Portugal, na Revista Sombras e Luzes (2021), n.º 5, 139-161. Direção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais.

Os autores agradecem às colegas Prof.^a Doutora Maria Cunha Louro, Prof.^a Doutora Rita Domingos, bem como à Mestre Cátia Matias Monteiro, psicólogas forenses, as sugestões dadas nas suas investigações doutorais sobre a aplicação do ISPP (CS). O 1º autor agradece ainda à Mestre em Psicologia Forense, Marta Terroso, a revisão do texto do instrumento e respetivo caderno de instruções, ajudando a expurgá-los de repetições desnecessárias.

² **Como citar este artigo científico.** POIARES, Carlos Alberto; BRANCO, Fernando. Severidade penalizadora: a construção de um instrumento de medida. In: **Revista Amagis Jurídica**, Belo Horizonte, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, v. 15, n. 2, p. 13-43, maio-ago. 2023.

³ Doutoramento em Psicologia (Universidade do Porto, 1996). Licenciado em Direito (Universidade de Lisboa, 1978). Professor de Psicologia Forense e Vice-Reitor da Universidade Lusófona. Presidente da PSIJUS - Associação para a Intervenção Juspiscológica. Membro do Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suarez (CEAD-ULHT). Contacto: carlos.poiares@ulusofona.pt; vice.reitoria@ulusofona.pt

⁴ Doutoramento em Matemática (Planeamento de Experiências) (Universidade Aberta, 2010). Licenciado em Psicologia Social e das Organizações (ISPA, 1980). Colaborador do Centro de Investigação em Educação (CIE-ISPA). Contacto: branco.fernando.pt@gmail.com

Aludimos neste artigo às questões decorrentes da credibilização e fiabilização dos depoimentos enquanto parte fundamental do trajeto que conduz à decisão e que contempla, na sua essência, componentes que devem ser abordadas sob uma ancoragem juspsicológica. Situando-nos no âmago da decisão, erigimos como segmento de estudo a severidade penalizadora, procurando criar um mecanismo que permita avaliar a sua dimensão real, isto é, a concretamente aplicada a cada arguido. Detalha-se, então, o percurso desenhado até à criação de um instrumento destinado a calcular o índice de severidade penalizadora, bem como a incidência da psicologização na fixação de medidas punitivas, ou seja: traça-se a construção do Índice de Severidade Penalizadora (Criminalização Secundária) (2009), na versão revista em 2021.

Palavras-chave: Criminalização; Decisão Judicial; Severidade Penalizadora; Psicologização.

ABSTRACT

Judicial grammar constitutes one of the scientific objects of Forensic Psychology, calling for the study of the behaviour of the actors in the criminalization process and, in a very particular way, for the capture and interpretation of the decisions issued by the courts. In this article, we allude to the issues arising from the credibility and reliability of testimonies as a fundamental part of the path that leads to the decision and that contemplates, in its essence, components that should be approached under a jus-psychological anchoring. Situating ourselves at the heart of the decision, we have erected the severity of the penalty as a study segment, seeking to create a mechanism that allows us to evaluate its real dimension, i.e., that which is concretely applied to each defendant. We then detail the path taken until the creation of an instrument to calculate the index of severity of punishment, as well as the incidence of psychologization in the fixing of punitive measures, i.e.: we trace the construction of the Index of Severity of Punishment (Secondary Criminalization) (2009), in its revised version in 2021.

Keywords: Criminalization; Judicial Decision; Severity of Punishment; Psychologization.

SUMÁRIO. 1 1. 2 2. 3 3. 4 4. 5 5. 6 6. 7 7. 8 8. 9 Cotação do índice de Severidade Penalizadora (ISP). 9.A Pena reclusiva. 9.B Suspensão da pena reclusiva. 9.C Pena não reclusiva. 9.D Pena acessória. 9.D.1 Cotação do ISP. 10 Cotação do índice de psicologização (IP). 11 11. Referências.

1

A Psicologia Forense interessa-se, desde os tempos coetâneos à sua emergência, pela formação das decisões judiciais, abrangendo quer o respetivo processo de criação ao nível dos atores judiciários (ALTAVILLA, 1982), quer a contribuição que os saberes intercontributivos da justiça aportam ao exercício da dialética de julgar.

Há muito que se adquiriu conhecimento sobre o exercício técnico produzido nos Tribunais e a sua ligação com a Psicologia – que, desta forma, se fez ciência forense (SACAU *et al.* 2012; FONSECA; MATOS; SIMÕES, 2008; DÍAZ; RÍOS MARTÍN, 1995; POIARES, 2002). De certa maneira, poder-se-á afirmar, na esteira de Rawls (2013, p. 27), que “a justiça é a virtude primeira das instituições sociais, tal como a verdade o é para os sistemas de pensamento”, o que estreita a aliança entre a técnica jurídica e a busca de saber. Donde, saber e justiça deverem ser representados como verso e reverso da mesma medalha, a comunidade humana.

Efetivamente, a justiça tem por missão a descoberta da verdade material sobre os acontecimentos em apreciação, mas tal não é alcançável sem o contributo do saber, de acordo com as necessidades que cada matéria de facto suscita, em particular sem a intercooperação das ciências do comportamento: porque os agires que animaram as condutas sob análise, protagonizadas pelas partes, e as interações estabelecidas em sala de audiências estão insertos num contexto cuja avaliação não pode dispensar a abordagem psicológica.

Como demonstraram os primeiros estudos sobre o concurso da Psicologia na gestão judicial e na respetiva gramática, a leitura que os julgadores fazem não pode estar confinada à matéria jurídica, antes deve pesquisar nas atitudes das partes, especialmente dos arguidos, as razões que determinaram os atos imputados, procurando as motivações e o quadro interativo que se organizou entre os personagens; daí a problematização desenvolvida por Altavilla

(1982), que se pode considerar inspiradora dos trabalhos que foram sendo realizados nas décadas posteriores, nomeadamente ao nível da componente psicológica de cada ator da processologia judiciária.

Todavia, a intervenção da Psicologia no *campus* forense tinha antecedentes sólidos, como Gross, em 1893, com a obra *Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik*, e Münsterberg, em 1908, com o livro *Psychology and crime*. Entre nós, ainda nos fins do século XIX, Afonso Costa trouxe à colação a relevância da avaliação das capacidades mentais das testemunhas (COSTA, 1895), abrindo a porta a outros apelos, por exemplo de Pessoa (1913), também situado no território da Psicologia do Testemunho; mais tarde, após um longo interregno, a abordagem do problema testemunhal voltou a ser colocado por um jurista, Carrington da Costa (1954).

A ponte que liga o Direito e, de modo particular, a justiça à Psicologia assenta nos comportamentos, que são perspetivados de maneira necessariamente diferenciada: enquanto o Direito acede à externalidade dos mesmos, ou seja, ao que é visível, que se traduziu na ação transgressiva, que preenche um ilícito tipificado como crime, a Psicologia visa captar e decifrar a sua internalidade, perceber o que os determinou, qual a génese.

Como referiu Franck (1983), a indagação psicológica parte do visível para o invisível, consubstanciando aquilo que temos vindo a designar como a visão radioscópica do *sujeito em conflito com a justiça*. Por outras palavras: aqui radica o conceito de intervenção juspsicológica, que preconizamos como entidade de operacionalização da Psicologia Forense e Criminal (1996/1998, 2002), e que se alicerça nesta conjugação entre duas ancoragens do pensamento sobre os indivíduos e os comportamentos que assumem em cada momento, especialmente no que tange às transgressões que perpetram e que são levadas junto dos dispositivos judiciais. Com efeito, a intervenção juspsicológica corresponde à penetração do discurso, do saber, das práticas, técnicas e métodos da Psicologia nos territórios jurídico-judiciais, materializando a associação

entre ambos os saberes (o dos atos e o das pessoas), e respectivas racionalidades.

Trata-se, ademais, de um processo de cientificação do Direito a partir de entidades que lhe são aparentemente exteriores, mas que com ele integram o mapeamento das ciências do comportamento e da vida; Poiares (2016), desenhou igualmente um procedimento de aproximação entre o Direito e a Sociologia, denominando-o de jus-sociológico, o que se impõe outrossim em outras áreas, por exemplo a jus-económica: ora, em todos os casos estão sendo forjados conglomerados juscientíficos, que se manifestam pela acoplação de um saber científico ao Direito e ao seu *braço armado*, a justiça. Já não o Direito, apenas, antes o Direito apoiado por várias Ciências, que procuram contribuir para o melhor desempenho da tarefa complexa de julgar.

Nesta trajetória de conhecimento, que se tem delineado ao longo de mais de século e meio, a Psicologia alcançou o estatuto de Ciência intercontributiva do Direito e do sistema judicial, apesar de, com frequência, os atores judiciais não mostrarem compreensão por essa realidade, pelos menos nas atitudes práticas.

Nesta conformidade, considerando a Psicologia Criminal como a grelha descodificadora dos comportamentos criminais, resultam dois elementos primordiais: (i) o do objeto; e, (ii) o do método. O objeto consiste justamente em observar e apreciar os atos imputados, ou sofridos, a partir dos seus intervenientes, do cenário em que tiveram lugar e do quadro de interações que entre aqueles se criou, e de como se desenrolou a ação criminosa, de molde a partir-se para a valoração de condutas e responsabilidades. Naturalmente que esta fase de captação, articulando todos os atores envolvidos, arranca, como se afirmou, do visível para o invisível, da externalidade para a internalidade, o que pressupõe, como é evidente, a definição de um rumo, de um percurso a seguir de molde a atingir-se o desiderato.

Passamos, então, ao campo do método, que deve seguir o rasto metodológico da Psicologia, que, no espaço criminal e forense,

temos dividido em quatro fases: (i) a da captação/assimilação, que reside em o técnico procurar aceder à discursividade do sujeito, seja a comunicação verbal, seja a não verbal, bem como aos documentos processuais em que esteja plasmada a versão que apresenta, de modo inequívoco e não coagido. Integra, por conseguinte, toda a panóplia de representações, crenças e enunciados que o indivíduo debita sobre determinados factos, dos quais foi parte; (ii) a da descodificação, na qual o técnico vai procurar as correspondências entre os ditos e os não ditos, os sobreditos, interditos e entreditos verbalizados pelo sujeito, visando alcançar conhecimento sobre quem ele é. É, pois, o momento em que o psicólogo arranca das informações que obteve na primeira etapa, pelo discurso direto do indivíduo e pelas narrativas em discurso indireto que constam dos autos – por exemplo, interrogatórios, ou avaliações e pareceres técnicos – e começa a colocar hipóteses sobre o modo de funcionamento psíquico daquela pessoa, recorrendo, se e quando possível, à análise psicométrica, procurando construir a visão radioscópica, a que nos reportámos; (iii) a da compreensão, em que o profissional reúne a informação obtida, analisa ponderadamente todos os elementos, estuda o caso, isto é: a pessoa em causa e a situação *sub judice*, até firmar uma posição, quer dizer, até compreender plenamente a díade ato-ator, sem esquecer que, por vezes, é fundamental conhecer o cenário onde a trama se desenrolou; e, por fim, (iv) a da explicação, que é o momento de redigir um relatório e apresentá-lo às entidades dispositivas que o solicitaram.

2

A Psicologia do Testemunho, pedra angular de toda a Psicologia na justiça, designe-se criminal ou forense, consoante a amplitude do objeto, constituiu a génese da investigação sobre os procedimentos que conduzem às determinações dimanadas dos tribunais e aos trâmites extralegais que lhe são inerentes (FONSECA; MATOS; SIMÕES, 2008). Com efeito, é consabido que o ato de decidir sobre a questão controvertida – o objeto de litígio – não se

circunscreve a matérias de índole legal, espalhando-se sobre outras vertentes no interior da criminalização (ato e processo, ou seja: circuito de criminalização), desta maneira se consubstanciando o registo de partilha e troca de informação entre os plúrimos atores (principais e secundários) que se confrontam nas tábuas dos tribunais (POIARES, 1998; POIARES, 2005; POIARES; LOURO, 2012).

Estas questões vêm recebendo cada vez mais contributos, aportados à Psicologia Forense, nas áreas da penalidade (CASTEL, 1990; JOHNSTON; ALOZIE, 2001; OST; VAN DE KERCHOVE, 1990), mas também da justiça cível, de família e menores, ou laboral, já que os estudos juspsicológicos e as correspondentes aplicações práticas não se confinam aos territórios do crime, ao contrário do que outrora se defendia, como resulta da bibliografia, aliás extensa, sobre esta problemática (SALINAS CHAUD, 2010).

Ora, no contexto judicial, há mais de uma centúria que a investigação sobre o processo de surgimento da decisão vem sendo produzida em diversos locais, traduzindo-se na pesquisa sobre os fatores determinantes da Sentença (ou Acórdão), sendo que muitos desses estudos têm privilegiado a observação e a análise documental (incidindo sobre as decisões judiciais) como método preferencial, inserindo-se em, pelo menos, três âmbitos científicos: a Criminologia, a Sociologia e a Psicologia (HERPIN, 1978; POIARES; LOURO, 2012; SACAU et al, 2012).

Assentando no modelo das interações discursivas em sede de criminalização, que enunciámos em 1996 (1998), partiu-se para a investigação no terreno, visando obter informação sobre a possibilidade de fatores extrínsecos às questões de ordem jurídica poderem ser tributários da decisão do Tribunal: trata-se, por conseguinte, das designadas *motivações ajurídicas*, ou seja, aquelas que não provêm de efeitos impostos pelas normas legais violadas nem das que estabelecem a medida da pena, antes decorrem da credibilidade ou da fiabilidade das testemunhas, vítimas incluídas, e dos arguidos, e do modo de comunicação assumido por estes personagens da trama judicial em plena audiência.

Naturalmente que foi imprescindível levar na devida conta que muitos dos trabalhos efetuados em outros países, sem embargo da relevância que assumem, incluindo para os nossos estudos, contêm limitações, exclusivamente por força das diferenciações de sistemas judiciais, quer no que concerne ao estatuto atribuído às vítimas e aos arguidos – por exemplo, o acusado pode ser ouvido, nos Estados Unidos, em depoimento testemunhal, o que não acontece em Portugal –, quer pelos atores que exercem o efetivo poder de decidir da culpabilidade ou inocência do arguido, porquanto, como é consabido, em várias ordens jurídicas existe júri, atuando separadamente ou em concurso com os magistrados judiciais (ALFARO FERRERES, 2002).

Ora, como é evidente, o ato de decidir altera-se subjetivamente, pois não fica atribuído a profissionais da justiça – ou não está *unicamente* reservado a esses operadores – e porque as operações jurídicas e o processo de assunção da decisão estão submetidos a outros tipos de influência – v.g. a troca e a partilha de argumentos entre os jurados durante a reunião que decorrerá após o encerramento da discussão; acresce que a função dos próprios advogados é diferentemente representada na encenação judicial, com uma incidência privilegiada naquilo que se supõe constituir a racionalidade de cada jurado. Procurar convencer jurados ou magistrados judiciais, através da retórica e da argumentação, requer atitude diferenciada consoante os destinatários em causa.

Após um demorado processo de estudo sobre as motivações jurídicas da decisão, que se alavancou fundamentalmente na observação *in loco* de centenas de julgamentos e na análise dos autos, sempre que esta se mostrou necessária, foram criados instrumentos que permitem estudar os fatores extrínsecos à matéria de Direito, descaindo para aspetos relacionados com a credibilidade e a fiabilidade dos depoentes, tomando aquela como traço e esta como estado, no que se reporta aos autores dos depoimentos.

Para tanto, lançou-se, a partir do ano de 2005, uma pesquisa genericamente intitulada *Psicologia do Testemunho e das Motivações*

Ajurídicas do Sentenciar, a qual utilizou os instrumentos adrede construídos: a Grelha de Observação (GO), de Louro (2005), e a Grelha de Análise das Motivações Ajurídicas do Sentenciar (GAMAS), de Poiares (2005), mais tarde adaptada a julgamentos não penais (Grelha de Análise das Motivações Ajurídicas do Sentenciar- Justiça Cível - GAMAS-JC, 2011) (cf. os dois instrumentos juspsicológicos em POIARES; LOURO, 2012). Os dois primeiros têm sido aplicados em vários estudos académicos, em diversos Tribunais, com e sem registo vídeo, estando este devidamente autorizado pelas entidades com competência para o efeito, enquanto a versão da GAMAS para a Justiça Cível foi, até ao presente, objeto de um único estudo realizado no Tribunal Cível da Comarca de Lisboa (MONTEIRO, 2015).

Instalado o dispositivo de investigação, foi possível concluir, nos estudos produzidos entre 2005 e 2016, que os exercícios de sentenciar são (também) marcados por um elenco de aspetos externos à problemática jurídica, antes se situando no espaço de interação entre o Tribunal e as testemunhas, logrando estas alcançar fiabilidade dos depoimentos não só em função dos conteúdos carreados à sala de audiências, mas também da forma como aportaram essa comunicação (SOUSA, 2013). Por outras palavras: apurou-se que o ato de decidir contempla (também) motivações que não revestem natureza jurídica, antes resultam de elementos de comunicação (verbal e não verbal) e de formas de expressão reputadas mais adequadas à gramática judicial.

Com efeito, quando os juízes tomam a decisão de facto e, para tanto, têm de se louvar naquilo que escutaram ao longo dos depoimentos prestados em audiência, os aspetos antes referidos assumem relevância na economia da decisão (ANASTÁCIO, 2009; LOURO, 2008; LUÍS, 2008; SOUSA, 2014; SOUSA, 2016; SOUSA, 2020; SILVA, 2016), fruto das interações estabelecidas durante a audiência de discussão e julgamento entre os diversos atores presentes na sala, e de harmonia com o xadrez comunicacional que tiver acontecido (POIARES, 2005).

3

Esta foi a primeira etapa de uma pesquisa sobre o processo de criminalização, no que se refere à sua fase secundária (aplicação da lei), que incidiu sobre o testemunho e o saber psicológico que lhe está associado. Optámos por uma investigação ecológica, em tempo, com atores e cenários reais, pelas razões que já enunciámos em outros locais, tendo sido desenvolvida em dissertações de mestrado e teses de doutoramento (POIARES; LOURO, 2012).

Esta pesquisa sobre a aplicação da lei como que impunha prossecução, particularmente ao nível da severidade das penas concretamente decididas, englobando as jurisdições penal e tutelar, consistindo em: (i) indagar qual o nível de severidade penalizadora aplicada no país; e, (ii) investigar se esta se reforça ou se, pelo contrário, evidencia atenuação quando no processo concorre o contributo da abordagem psicológica ou psiquiátrica dos sujeitos acusados. Entrava-se, portanto, no âmbito da medida da punição, objeto que tem vindo a captar interesse crescente por parte da comunidade científica, quer em Criminologia quer em Psicologia Forense (CUSSON, 1983; CUSSON, 1990; LECLERC; TREMBLAY, 2008; POIARES, 2016; DUBÉ; GARCIA, 2018). Tornava-se necessário, deste modo, construir um instrumento que permitisse habilitar a investigação de condições para se determinar o grau de severidade, ao mesmo tempo que fornecesse elementos sobre o recurso aos saberes da mente e do comportamento na fase decisória do processo de criminalização, o que até então era inexistente.

A severidade punitiva, também designada severidade penalizadora, pode caraterizar-se como o sofrimento infligido mediante a condenação, afetando a liberdade de movimentos e ou o património, além de outras dimensões da vida do arguido, no caso de serem aplicadas penas acessórias (proibição de exercício de profissão ou funções, por exemplo) (WASIK; VON HIRSH, 1988; LECLERC; TREMBLAY, 2008).

A pena não é um conceito estático, variando em concordância com a dosimetria imposta pelo preceito incriminador, que fixa o mínimo e o máximo, valorando-se cada situação (ato+ator) de acordo com as circunstâncias específicas do caso, pelo que para um mesmo tipo de ilícito é normal que as medidas efetivamente aplicadas em processos ou a acusados diferentes oscilem dentro dos parâmetros previamente cominados, sem se esquecer o leque de possibilidades constantes dos critérios de escolha da pena, e da singularização a que o ato judicial de condenação apela. Já na segunda metade da progressa centúria, Lima (1954, p. 90-91) aludia a essa necessidade, notando que “[...] o juiz tem que ser inteligente, pois encontra uma lei que é abstracta, que aplicar-se a um ser concreto.”. CUSSON (1983) distingue entre *severidade legal* – o registo penalizador inscrito nas normas penais, *maxime* a pena mais elevada prevista abstratamente para cada tipo criminal – e *severidade real* –, que consiste na medida concreta que é decretada em relação a cada arguido, contemplando já o espaço de liberdade decisória consentido ao juiz quando estipula a pena, compreendendo as diretivas inscritas nos códigos em termos de critérios de escolha da medida da punição. Sobre esta modalidade de severidade, o mesmo autor refere: “[les peines] que l’on peut mesurer par la durée moyenne de temps passé en prison pour un type de crime donné.” (p. 165) ou subjetivas de que podem ser mensuráveis. Todavia, afigura-se-nos que o tempo de prisão que o indivíduo *realmente* cumpre, porque objeto de outro processamento, de cariz mais subjetivo, ocorrido na fase terciária da criminalização (execução da medida e reinserção social) se afasta daquilo que, na economia deste texto, mais nos interessa; com efeito, um sujeito condenado à pena *x* pode obter a soltura em liberdade condicional por razões que são singularmente válidas, ao abrigo de outras disposições, que vão para lá da decisão condenatória proferida pelo Tribunal Criminal. Aqui estaremos perante outra face da severidade penalizadora: a que advém do binómio vivência penitenciária–decisões dimanadas do Tribunal de execução de penas, com critérios adrede postulados.

Ora, pode considerar-se a coexistência, pelo menos, de três tipos de severidade penalizadora:

- i. a *legal*, que já vimos, que assenta em parâmetros objetivos, provenientes do ator social legislador, estando estipulados na lei, enquanto esta permanecer em vigência;
- ii. a *real* ou *singular*, que é a resultante do exercício de sentenciar, traduzindo um grau de subjetividade da parte do ator social aplicador, porquanto adota uma certa pena em função da situação concreta, precedendo a observação do caso e a análise do ator transgressor, que deveria ser, muito mais vezes do que acontece, fundamentada com base em procedimentos psicológicos forenses e não em relatórios sociais. Trata-se, por conseguinte, da fase singularizadora, quando a norma incriminatória transita da abstração à concretização. Mas a abordagem que conduz à Sentença ou Acórdão, revestindo subjetividade, porque emerge da valoração do ato, da apreciação do ator acusado e tem em conta o cenário em que tudo se passou – ou seja, a visão integrada do crime imputado – operacionaliza-se dentro de possibilidades restritas, legalmente previstas, objetivando-se na medida escolhida pelo julgador. Por outras palavras: a severidade real arranca das penas fixadas em cada processo, as *penas estabelecidas na prática*, e não das *penas teóricas*; denominamos *penas estabelecidas na prática* as que são distribuídas pelos Tribunais na gestão disciplinar, devendo a severidade ser estudada com base nestes resultados, uma vez *medidos* através de um instrumento que o permita, podendo a investigação escolher entre incidir sobre um ou mais tipos criminais, durante um período de tempo mais ou menos longo; e,
- iii. a *de* execução, cujo estudo remete para a criminalização terciária, como vimos, deslocando-se para outros atores, desde logo o transgressor convertido em recluso, mas também os que atuam no âmbito do tribunal de execução de penas

e do estabelecimento prisional, sendo agora o cenário um outro espaço vivencial (a prisão), com outras regras, outras hierarquias e outros pequenos poderes. Esta é, portanto, uma outra perspectiva da severidade, a que voltaremos.

4

A severidade legal observa-se por meio da letra da lei, podendo ser percebida, na respectiva dimensão jurídico-política e socioeconômica, por via dos trabalhos preparatórios e dos discursos políticos e de poder, bem como dos emitidos pela opinião pública, pela opinião política e pela opinião corporativa, bem como pelos meios de comunicação social, sendo certo que todos estes atores do processo de criminalização são produtores de informação que carregam ao espaço público e judicial, ao sabor de conveniências imediatas ou de interesses corporativos. Dentre as conveniências, não podemos esquecer a utilização de questões relacionadas com a penalidade como arma de arremesso nas lutas partidárias, não raramente com o apoio de alguns *media*, o que vem acontecendo desde há várias décadas, embora mais insistentemente nas últimas duas décadas.

As sociedades são confrontadas, recorrentemente, com movimentos pró-incremento da severidade, em regra surgidos em tempos de amplificação de mensagens político-partidárias mais conservadoras. Dubé e Garcia (2018) estudaram este fenômeno no Canadá, demonstrando como propostas eleitorais mais à direita do leque político conduziram ao agravamento da repressão penal logo que essas forças partidárias assumiram o poder – o que tem sido igualmente constatável em diversos outros pontos geográficos. Acrescente-se que, como já foi mencionado, alguns *media*, situados na direita mais radical, têm mostrado tendência para se transformarem em arautos destas propostas, usando e abusando de notícias criminais, na imprensa escrita e nas grelhas da programação televisiva, socorrendo-se do populismo e jogando com as emoções das pessoas, o que, entre nós, tem vindo a aumentar em tempo de

antena e a atingir patamares de completa irresponsabilidade, por quebra ética e de qualidade.

Se se pretender indagar das oscilações do eixo criminalizador durante um certo lapso temporal, poder-se-ão analisar as alterações das leis criminais num período pré-estabelecido e verificar se se registaram aumentos ou diminuições da severidade legal: basta comparar as normas em termos de atribuição de penas para as mesmas transgressões penais. No campo da severidade singular, a observação das condenações durante certo prazo ou sob condições políticas previamente estabelecidas (por exemplo, durante o Consulado de um Presidente ou o mandato de um Governo), permite que se chegue a conclusões sobre a evolução da severidade, no plano geral, e sobre a eventual existência de uma tendência para agravar ou atenuar a severidade aplicativa. Porém, nada dirá sobre a severidade das penas em cada processo concreto, donde se possa partir para apreciações longitudinais.

Nesta conformidade, o grau de severidade há de ser determinado a partir da pena singularmente imposta *àquele condenado concreto*, no quadro dos limites mínimo e máximo previstos na disposição legal incriminatória. Esta pena concreta, que pode ser, ou não, suspensa na sua execução, convertida em multa ou acrescida com qualquer medida acessória, ao abrigo de critérios definidos pelo Código Penal (CP), vai atingir o nível de sofrimento com que se pretende punir o transgressor dos mandamentos da (con)vivência social. Ou seja, o índice de severidade penalizadora (ISP) de cada caso. No entanto, as finalidades prosseguidas com a punição, que agregam *a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade* (ex vi artigo 40º, nº 1, do CP) são suscetíveis de promover a adaptação da medida em razão da personalidade do ator que cometeu o ilícito e de um juízo de prognose sobre a medida que melhor se ajustará à pretendida ressocialização, numa abordagem dialética da relação crime-pessoa acusada-possibilidades de reinserção. Ora, como afirma Cusson (1983, p. 165), “Il faut d’abord souligner que la mesure de sévérité la plus fréquemment

utilisée – la durée des peines de prison – est assez grossière, ne tient compte que d'une dimension du phénomène et ignore son aspect subjectif.”. Efetivamente, há uma subjetividade que não pode ser medida em termos genéricos, pois o efeito direto (e subjetivo) da pena dependerá de cada sujeito condenado ao cumprimento.

Consequentemente, qualquer meio que se possa conceber para apurar da dureza punitiva terá de se limitar, numa primeira fase, a verificar qual o grau de penalização atribuído em cada caso singular, isto é: dentro da bitola legalmente estipulada, por exemplo, entre um e cinco anos de prisão previstos para o crime *x*, se o juiz decretou dois anos, qual o índice de severidade penalizadora (ISP) concreta? E se a pena foi suspensa? Ou se a prisão houver de ser cumprida na habitação? A leitura de decisão tornará viável a captação da racionalidade do aplicador, razão por que o instrumento não pode dispensar a recolha de informação sobre todos os principais aspetos vertidos nos arestos, em particular os que tangem ao arguido, causa e destinatário da medida decretada.

Naturalmente que, como adverte Cusson, na obra citada, a subjetividade é predominante neste contexto; o sacrifício efetivo imposto ao acusado só poderia ser conhecido, na hipótese mais favorável, se aquele fosse objeto de uma avaliação de personalidade e de um estudo que averiguasse da forma como vivencia o cumprimento da pena. Sem recurso a estes meios, o horizonte que se pode alcançar num trabalho científico reside em seguir a escala exarada no CP e a maior ou menor dureza das penas nele cominadas, de acordo com os critérios que presidiram à inscrição das diversas medidas nos catálogos da penalidade, sabendo-se que, de um ponto de vista objetivo, umas impõem castigos mais onerosos do que outras (prisão mais grave que multa; pena efetiva mais severa que suspensão de execução...). Todavia, nada garante que para o cidadão *x* a pena de reclusão não possa ser mais suave que outra que não comporte detenção.

5

Habitualmente, no linguajar de senso comum, costuma identificar-se a severidade punitiva e salientar a necessidade do respetivo acréscimo ou diminuição em função da possibilidade que o cidadão observador considera haver de produzir determinada transgressão criminal ou de a sofrer. Isto é: quanto menor a possibilidade que o sujeito prevê de cometer um certo ilícito, maior o grau de severidade punitiva que reputa necessário ao caso. Porém, se admitir que um dia o poderá realizar, há uma tendência mais acentuada para a desculpabilização (DEBUYST, 1986): é o que temos designado como a *relação proximal* entre o cidadão e o crime (POIARES, 1998; POIARES, 2016).

Certo é que, entre nós, não se dispõe de elementos que viabilizem qualquer afirmação sobre o grau de severidade com base em evidências científicas, pelo que toda a discursividade assenta em meras ideias, obtidas a partir de dados recolhidos em documentação oficial, ou impressões, vazias de demonstração; e mesmo as estatísticas são insuficientes para que se possam extrair conclusões idóneas, muito menos se se pretender estudar o fenómeno em termos globais. Há um *diz-se que disse* inconsequente e infundado que não tem qualquer espécie credível de suporte.

Acresce que, em sede de circuito de criminalização, os atores (principais e secundários) debitam informação sobre os processos, entrando num registo de partilha da mesma, pretendendo provocar efeitos sensíveis na fixação das penas: atente-se, por exemplo, no papel assumido pelos *media* ou pela opinião pública enquanto condicionadores dos discursos sobre o crime e as decisões que lhe respeitam. Daí que, frequentemente, se escutem opiniões situadas no linguajar comum, que consideram as medidas aplicadas ora muito severas ora demasiadamente brandas, sem que se disponha de dados providos de rigor científico. Cumulativamente, o mesmo senso comum tende a representar a Psicologia Forense e a Psiquiatria como entidades desculpabilizantes dos arguidos, como se da intervenção

dos respetivos técnicos resultasse sempre a atenuação das penas – o que não está minimamente demonstrado.

Mesmo no terreno da severidade legal, há uma tendência assinalável para os apelos constantes ao aumento das previsões penais, entrando-se, por vezes, em ideias desproporcionadas. Ainda está na memória de muitos o apelo de um partido de direita, nos anos 1990, para que a pena de tráfico passasse para os 35 anos de prisão, bem como as sucessivas elevações das penas por emissão de cheques sem provisão, nas décadas de 1980-1990. Além dos jornais e programas de televisão mais direcionados para o público *D*, os tempos eleitorais trazem à colação, não raramente, discursos de segurança que clamam por severidade drástica em quase todos os domínios da penalidade.

Ora, entre o que se afirma, sem fundamento científico, e o que acontece, abre-se um espaço onde a ciência deve assumir o controlo, de molde a permitir que se conheça, na realidade e não nas fantasias populares e mediáticas, o sentido da severidade penalizadora, na sua dimensão real ou singular.

Emerge, por conseguinte, um espaço para a investigação.

6

Nesta sequência, importava criar um instrumento que, partindo da severidade legal, pudesse alcançar o grau de severidade penalizadora real ou singular, em cada processo sob análise, e que possibilitasse outrossim a obtenção de informação mais ampla, em especial:

- i. em razão de ilícitos penais pré-determinados;
- ii. o sentido da penalização por áreas geográficas (estudo de geopenalidade); e
- iii. a severidade aplicável ao abrigo do regime para jovens imputáveis, em qualquer dos casos tornando viável que os estudos possam abranger longos períodos temporais.

Procurando dar resposta a outra questão sob investigação – os efeitos da contribuição psicológica ou psiquiátrica para a severidade –, haveria conveniência em que o mesmo instrumento abarcasse duas dimensões: a da severidade penalizadora e a da psicologização – entendida esta como o nível de intervenção juspsicológica em cada processo criminal. Para tanto, deveria conceber-se um duplo índice que avaliasse ambas e as correlacionasse.

Assim, foi construído um primeiro instrumento, o Índice de Severidade Penalizadora e Psicologização (Criminalização Secundária) (ISPP–CS) (POIARES, 2009), aplicável a processos de maiores de dezesseis anos, ou seja, cidadãos imputáveis em razão da idade, abrangendo as duas mencionadas dimensões.

Mais tarde, após os primeiros estudos realizados com o ISPP (CS), pareceu adequado criar um instrumento que assegure a avaliação da severidade e da psicologização no que concerne aos menores que tenham cometido um ilícito criminal, sendo levados a Tribunal, ao abrigo da Lei Tutelar Educativa: construiu-se, então, o Índice de Severidade Penalizadora e Psicologização (Criminalização Secundária – Transgressionalidades e Delinquências Juvenis) (ISPP-CS-TDJ) (POIARES, 2010), aplicável a processos decorrentes daquele normativo, de que não cuidaremos neste artigo, que versará unicamente sobre a versão revista do ISPP (CS).

Ambos os instrumentos estão a ser aplicados em mestrados e doutoramentos.

7

Utilizando o ISPP (CS)-R, pretende-se determinar, partindo da dosimetria dos crimes imputados, isto é, dos limites mínimo e máximo da pena abstratamente cabível *in casu*, e em função da medida concretamente aplicada a cada sujeito condenado, qual o nível de severidade singularmente aplicado. Por outro lado, em face da informação sobre terem sido adotados, ou não, procedimentos psicológicos ou psiquiátricos perante o arguido, é usada outra escala,

que permite verificar o grau de psicologização – entendida esta como a integração de procedimentos de saúde mental no processo, como vimos – estabelecendo-se, quando for o caso, a correlação entre ambas as dimensões.

Vários estudos foram, entretanto, realizados, versando sobre amostras pluricriminais e unicriminais, que têm permitido abrir novos rumos de investigação (LOURO, 2017; DOMINGOS, 2018).

Na versão original, o ISPP (CS) recolhia informação vária dos processos, destinada à eventualidade de se proceder a outros estudos, e abrangia toda a panóplia de medidas penais contidas no CP, numa simetria com o elenco punitivo ínsito naquele compêndio legal. Os cálculos do ISP eram trabalhosos e prolongavam-se por demasiado tempo. Por isso, a partir de 2012, a versão primitiva deste instrumento passou a contemplar um novo meio de cotação, informatizada, com base num programa em *Excel*, utilizado desde então.

Os anos iniciais em que a investigação se desenrolou (2010/2014) permitiram concluir que, na esmagadora maioria dos casos, a informação que se pretendia recolher não se oferecia viável. Com efeito, o acesso dos investigadores estava muito regularmente confinado às decisões arquivadas na Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais (DGRSP), que desde o início anuiu a colaborar com esta pesquisa. Ora, nessas situações, não é possível aceder a outra documentação além da Sentença, ou Acórdão, pois o processo completo está depositado nos arquivos judiciais.

Sempre que se conseguiu consultar os autos integrais, devido a um acordo informal mantido com o Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa, mais tarde (2016) convertido em protocolo de cooperação, já se viabilizava a aquisição de grande parte dos dados incluídos no instrumento. Acrescente-se que, no decurso da pesquisa, foi notório que alguma da informação que, na versão inaugural, se afigurara relevante, tinha pouco significado, não justificando a recolha. Por este motivo, optou-se, na edição revista, por subtrair as partes consideradas excedentárias, concentrando as questões fundamentais

em menos *itens*. De certa maneira, consagrou-se um princípio de economia processual.

A cotação do Índice de Severidade Penalizadora (ISP) foi, então, informatizada, com base num programa em *Excel*; a cotação do Índice de Psicologização (IP), pela simplicidade de cálculo, é realizada manualmente.

8

O ISPP (CS)-R é constituído por uma *folha de rosto*, contendo a indicação e natureza do Tribunal (singular ou coletivo) e o género dos juízes, assim como o número de arguidos, o género de cada um deles, e o sentido da decisão (absolutória ou condenatória) e o elenco das penas individualmente aplicadas. A cada processo analisado é atribuído um número convencional de registo, de molde a garantir-se o anonimato das partes envolvidas.

Deverá ser preenchida uma ficha sobre cada arguido, contemplando duas dimensões: (i) a *sociodemográfica*; e (ii) a *cultural*. Na primeira, devem ser registados a naturalidade (urbana ou rural), com indicação de concelho e freguesia de nascimento; a idade; o género; a profissão e informação sobre se está empregado, desempregado, e, neste caso, há quanto tempo, ou se é reformado; e o estado civil, incluindo as situações que não configuram estado, como a união de facto, a separação de facto ou encontrar-se em curso o processo de divórcio. Na segunda, deverão ser assinaladas a etnia, as habilitações literárias, a residência (urbana, rural, concelho e tipo de alojamento) e se existe relação afetiva ou de parentesco com os demais coarguidos.

Seguidamente, sobre o(s) *processo(s) anterior(es)*, existe a *anamnese judicial*, contendo: antecedentes criminais (sim/não), a indicação dos crimes antes cometidos, as medidas aplicadas. Na circunstância de o processo ou decisão *sub judice* incluírem informação bastante, deve o investigador listar outra informação, sempre relativa a antecedentes procedimentos criminais: se foi

revogada a pena suspensa eventualmente decretada e qual o motivo; se cumpriu a pena, qual a duração e qual o tempo de reclusão sofrido; se beneficiou de liberdade condicional e se esta foi revogada e porquê.

Sobre o *processo atual*, quer dizer, o que está sob apreciação, coexistem as dimensões (i) *clínica*; e (ii) *forense*. Acerca da referida em (i), o investigador deve preencher *itens* sobre:

- i. saúde mental: referência de diagnóstico;
- ii. acompanhamento terapêutico do arguido (sim/não);
- iii. adições, quais as substâncias e se é toxicodependente ou consumidor;
- iv. se tem patologias físicas e quais os diagnósticos;
- v. se é portador de deficiência (sim/não) e qual;
- vi. e, por fim, um espaço de observações, destinado a ser anotada informação que se afigure pertinente.

Na *dimensão forense*: decisão sobre imputabilidade (dicotômica, sim/não) e, caso afirmativo, a súmula das conclusões extraídas pelo Tribunal, bem como as peças médico-psicológicas em que se louvou. Sobre crimes imputados, registrar-se-á o tipo e respetivo preceito incriminador, a dosimetria (em meses, por ser a unidade de conta do instrumento), sendo aquela repartida pela pena reclusiva e pela pena de multa. Acerca das medidas de coacção: prisão preventiva (resposta dicotômica), ou outra medida e qual; se o arguido está preventivamente preso desde o início do processo (sim/não) ou a partir de que data e até quando; por fim, a indicação sobre se foi acompanhado terapêuticamente durante o processo (sim/não).

Relativamente à *medida penal adotada*, deverão inscrever-se as penas aplicável e aplicada a cada crime por que estava pronunciado, destacando-se nesta se foi condenado em prisão efetiva (sim/não) e se houve lugar a cúmulo jurídico (dicotômica); qual a medida

efetivamente decretada é a questão seguinte, preenchendo-se assim a questão da severidade legal e da real ou singular.

Procede-se, depois, à listagem se procedimentos psicológicos e psiquiátricos que poderão ter lugar, sempre com resposta dicotômica: avaliação psicológica forense, perícia de personalidade, questionando-se ainda se estas diligências foram realizadas por instituição pública ou privada, bem como se foram referenciadas na decisão do juiz. Acrescentou-se um *item* sobre a eventualidade de terem sido juntadas aos autos informações psicológicas ou forenses, por exemplo parecer.

Acerca da avaliação psicológica forense e da perícia de personalidade, interroga-se sobre se estas serviram de fundamento à decisão, bem como se elas ou outras não especificadas determinaram o agravamento ou a atenuação da pena. Será anotado se a Sentença ou Acórdão invocam outras razões para agravamento ou atenuação da pena (sim/não) e quais. Enfim, será inserta indicação sobre as conclusões resultantes das diligências psicológicas ou psiquiátricas, e ainda sobre a aplicação do regime especial para jovens imputáveis (dicotômica).

9 COTAÇÃO DO ÍNDICE DE SEVERIDADE PENALIZADORA (ISP)

A cotação do Índice de Severidade Penalizadora (ISP) resulta da combinação das cotações parciais de

- A. Pena Reclusiva;
- B. Suspensão da Pena Reclusiva;
- C. Pena Não Reclusiva; e,
- D. Pena Acessória.

9.A PENA RECLUSIVA

Para a calcular o valor da pena reclusiva usa-se a seguinte

fórmula:

$$[(\text{Pena} - \text{Lmin}) / (\text{Lmax} - \text{Lmin})] \times 100,$$

em que

Pena = pena aplicada (em meses);

Lmin = limite mínimo abstratamente previsto (em meses); e

Lmax = limite máximo abstratamente previsto (em meses).

Se a pena reclusiva for a cumprir em regime de “Permanência na habitação”, o valor obtido pela fórmula acima é multiplicado por 0,75. Se o valor calculado não for um inteiro, é arredondado para o inteiro mais próximo.

Caso a pena tenha sido aplicada em cúmulo jurídico, deverá estabelecer os valores de limite mínimo e de limite máximo da fórmula acima, do seguinte modo: (i) o limite mínimo tem o valor, em meses, da mais elevada das penas concretamente aplicadas aos vários crimes; e (ii) o limite máximo tem o valor, em meses, da soma das penas concretamente aplicadas aos vários crimes (*ex vi* artigo 77º, nº 2, do Código Penal).

9.B SUSPENSÃO DA PENA RECLUSIVA

Se a suspensão da pena foi “Simples”, a cotação da Suspensão da Pena Reclusiva é de trinta. Se foi “Com deveres ou regras de conduta ou regime de prova”, a cotação é de vinte. Se não foi aplicada suspensão da pena, a cotação é de zero.

9.C PENA NÃO RECLUSIVA

Se a pena reclusiva foi substituída por uma pena não reclusiva, a cotação da “Pena Não Reclusiva” é de 45. Se não foi aplicada pena não reclusiva, a cotação é de zero.

9.D PENA ACESSÓRIA

Se for aplicada uma pena acessória, a sua cotação é de quinze. Se não ocorreu condenação em pena acessória, a cotação é de zero.

9.D.1 COTAÇÃO DO ISP

Para calcular o valor do Índice de Severidade Penalizadora combinam-se as quatro cotações parciais com a seguinte fórmula:

$$\text{ISP} = [(A - B - C + D + 45) / 160] \times 100,$$

em que

A = cotação parcial da pena reclusiva;

B = cotação parcial da suspensão da pena reclusiva;

C = cotação parcial da pena não reclusiva; e

D = cotação parcial da pena acessória.

O Índice de Severidade Penalizadora varia entre zero e cem, correspondendo zero à severidade mínima e cem à severidade máxima.

Algumas explicações sobre o racional do ISP:

(i) Cotação parcial da Pena Reclusiva. Para a pena a atribuir a um determinado crime, está definido um limite mínimo e um limite máximo. Por exemplo, um a cinco anos (em meses, doze a sessenta meses). Neste caso, a severidade da pena reclusiva varia numa escala de doze a sessenta. A fórmula a aplicar para calcular a cotação parcial da pena reclusiva transforma esta escala de doze a sessenta numa escala de zero a cem.

Para outros crimes, quaisquer que sejam os limites mínimo e máximo, a fórmula permite sempre representar a severidade da

pena reclusiva numa escala de zero (severidade mínima) a cem (severidade máxima).

Esta é cotação parcial mais importante, com maior peso na cotação do ISP.

(ii) Cotações parciais da “Suspensão da Pena Reclusiva”, “Pena Não Reclusiva” e da “Pena Acessória”. Os valores indicados para estas três cotações parciais, que levam a uma diminuição do valor do ISP, no caso das duas primeiras, e a um aumento do valor do ISP, no caso da última, resultaram do consenso de peritos na área da Psicologia Forense e foram amplamente testados, mostrando-se adequados aos seus objetivos.

(iii) Cotação do ISP. Tendo em conta que

A - Pena Reclusiva;

B - Suspensão da Pena Reclusiva;

C - Pena Não Reclusiva; e

D - Pena Acessória

começamos por calcular a sua soma algébrica: $A - B - C + D$, ou seja, à cotação parcial da Pena Reclusiva subtraem-se as cotações parciais da Suspensão da Pena Reclusiva e da Pena Não Reclusiva e adiciona-se a cotação parcial da Pena Acessória.

Com esta soma obtemos valores que podem variar de -45 a 115. A fórmula que usamos,

$$\text{ISP} = [(A - B - C + D + 45) / 160] \times 100,$$

transforma esta escala de -45 a 115 numa escala de zero a cem, correspondendo zero à severidade mínima e cem à severidade máxima.

10 COTAÇÃO DO ÍNDICE DE PSICOLOGIZAÇÃO (IP)

Para o Índice de Psicologização (IP), a tabela abaixo contempla uma listagem de questões a responder pelo investigador, de harmonia com o que estiver exarado na decisão e no processo, fixando a cotação a atribuir a cada uma:

Realizada avaliação psicológica forense	2
Realizada perícia de personalidade	2
Consta informação psicológica (por exemplo, parecer)	1
Consta informação psiquiátrica (por exemplo, parecer)	1
As avaliações, perícias ou outras diligências psicológicas serviram de fundamento à decisão	2
As avaliações, perícias ou outras diligências psiquiátricas serviram de fundamento à decisão	2
A avaliação psicológica forense, a perícia de personalidade ou outras diligências psicológicas e psiquiátricas determinaram o agravamento ou atenuação da pena	2

Se não se verificar nenhuma destas situações, o valor do IP é zero.

O valor do IP corresponde ao somatório de pontos. Assim, esta escala tem um mínimo possível de zero pontos e um máximo de doze. O IP será então classificado da seguinte forma:

Pontos	Psicologização
0	NULA
1 – 3	BAIXA
4 – 5	MÉDIA BAIXA

6	MÉDIA
7 – 8	MÉDIA ALTA
9 – 11	ALTA
12	MÁXIMA

11

Esclareça-se que o ISPP (CS)-R é um instrumento que se aplica exclusivamente a processos findos, sem que exista qualquer contacto entre o investigador e os sujeitos que foram alvo de medidas penais. Mediante a utilização do instrumento ora descrito, possibilita-se a obtenção quantificada da severidade penalizadora real, e não apenas da legal (CUSSON, 1983), o que representa um desenvolvimento do conhecimento sobre a aplicação da lei penal, constituindo a estação subsequente dos estudos sobre a construção da decisão com base nos depoimentos prestados em tribunal.

A relevância do problema severidade das penas encontra-se atualmente plasmada em diversas obras e artigos científicos, alguns citados neste texto, sendo desnecessário realçar as vantagens que advêm do conhecimento científico sobre o sentido das decisões, no que se reporta à severidade real da penalização na justiça portuguesa.

REFERÊNCIAS

ALFARO FERRERES, Elisa. El juicio por jurados. In: URRÁ, Javier (Comp.). **Tratado de Psicología forense**. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2002, p. 558-566.

ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária**: personagens do processo penal. v. II. Tradução da 4. ed. italiana, actual e muito aumen. de Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1982.

ANASTÁCIO, Marisa Alexandra Primor. Motivações ajurídicas do sentenciar: o lado invisível da decisão. (Dissertação)– ULHT,

Lisboa, 2009.

CASTEL, Robert. Billan: l'application de la loi: l'ordre des interactions et l'ordre des déterminations. In: DIGNEFFE, Françoise. **Acteur social et délinquance: une grille de lecture du système de justice pénale**. Liege-Bruxelles: Pierre Mardaga, 1990. p. 295-303.

COSTA, Afonso. **Commentario ao Codigo Penal Portuguez: introdução: escolas e princípios de criminologia moderna**. v. I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1895.

COSTA, Rui Carrington da. Psicologia do testemunho: método de produção e valor psicológico da prova oral. In: **Scientia Iuridica**, Braga, Ed. Universidade do Minho, v. III, n. 12, p. 334-348, 1954.

CUSSON, Maurice. **Le contrôle social du crime**. Paris: Press Universitaires de France, 1983.

CUSSON, Maurice. De l'évolution pénale. In: **Déviance et Société**, Lyon, Ed. Persse, v. 14, n. 3, p. 315-323, 1990.

DEBUYST, Chrzstzan. Representação da justiça e reacção social. In: **Análise Psicológica**, Lisboa, Instituto Superior de Psicologia Aplicada, v. IV, p. 369-376, 1986.

DÍAZ, Miguel Clemente; RÍOS MARTÍN, Julián. **Guía jurídica del psicólogo**. Madrid: Pirámide, 1995.

DOMINGOS, Ana Rita Mendes. Severidade punitiva e reincidência criminal: o caso da violência doméstica em Portugal. Tese (Doutoramento em Ciencias de la Salud)– Universidade de Murcia, Murcia, 2018.

DUBÉ, Richard; GARCIA, Margarida. L'opinion publique au fondement du droit de punir: fragments d'une nouvelle théorie de la peine? In: **Déviance et Société**, Lyon, Ed. Persee, v. 42, n. 2, p. 243-275, 2018.

FONSECA, A. C., MATOS, A.; SIMÕES, A. Psicologia e justiça: oportunidades e desafios. In: FONSECA, António Castro (Ed.). **Psicologia e justiça**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 3-35.

FRANCK, Robert. Significação social da psicologia: III – por que se pratica a psicologia clínica? In: **Análise Psicológica**, Lisboa, Instituto Superior de Psicologia Aplicada, v. III, p. 327-352, 1983.

HERPIN, Nicolas. **Aplicação da lei**. Lisboa: Iniciativas, 1978.

JOHNSTON, C. Wayne; ALOZIE, Nicholas O. The effect of age on criminal processing: is there an advantage in being “older”? In: **Journal of Gerontological Social Work**, v. 34, issue 4, p. 65-82, 2001.

LECLERC, Chloé; TREMBLAY, Pierre. Exist-t-il une bonne métrique pénale? In: **Déviance et Société**, Lyon, Ed. Persse, v. 32, n. 4, p. 411-434, 2008.

LIMA, S. **Introdução à psicologia**. Coimbra: Machado Gonçalves, 1958.

LOURO, Maria da Conceição Cunha. Psicologia das motivações ajurídicas do sentenciar: a emergência do saber em detrimento do poder. Dissertação (Mestrado)– ULHT, Lisboa, 2008.

LOURO, Maria da Conceição Cunha. Uma perepetiva psicológico-jurídica da violência de género. Tese (Doutoramento)– Universidade de Murcia, Murcia, 2017.

LOURO, Maria da Conceição Cunha. Violência conjugal: reflexões (jus)psicológicas. In: POIARES, Carlos Alberto; URRÁ PORTILLO, Javier; ECHAURI TIJERAS, José Antonio; MARTÍNEZ, Ana. **La psicología jurídica en iberoamérica: nuevos aportes de la psicología jurídica 2**. Madrid: EOS, 2016. p. 35-44.

LUÍS, R. M. Motivações ajurídicas do sentenciar: a génese da credibilidade e a convicção da decisão. (Dissertação)– ULHT, Lisboa, 2008.

MONTEIRO, Cátia da Conceição Matias. *Psicologia das motivações ajurídicas do sentenciar: da fundação à especialização*. Dissertação (Mestrado)– ULHT, Lisboa, 2015.

OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel. Les rôles du judiciaire et le jeu du droit. In: DIGNEFFE, Françoise. **Acteur social et délinquance: une grille de lecture du système de justice pénale**. Liege-Bruxelles: Pierre Mardaga, 1990. p. 271-293.

PESSOA, Alberto. **A prova testemunhal: estudo da psicologia judiciária**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1913/1930.

POIARES, Carlos Alberto. **Análise psicocriminal das drogas: o discurso do legislador**. Porto: Almeida & Leitão, 1998.

POIARES, Carlos Alberto. Da justiça à psicologia: razões & trajectórias. In: POIARES, Carlos Alberto (Ed.). **Sub Judge: Justiça e Sociedade: Psicologia e Justiça: Razões e Trajectos**, Coimbra, DocJuris – Centro de Documentação e Informação Jurídica, n. 22/23, p. 25-35, 2002.

POIARES, Carlos Alberto. Psicologia do testemunho: contribuição para a aproximação da verdade judicial à verdade. In: C. P. Abreu, (Ed.). **Direitos do homem: dignidade e justiça**. Lisboa: Comissão dos Direitos Humanos da Ordem dos Advogados, Principia, 2005. p. 143-160.

POIARES, Carlos Alberto; LOURO, Maria da Conceição Cunha. Psicologia do testemunho e psicologia das motivações ajurídicas do sentenciar: da gramática teórica à investigação empírica. In: POIARES, Carlos Alberto (Ed.). **Manual de psicologia forense e da exclusão social: rotas de investigação e de intervenção**. v. I. Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 2012. p. 105-129.

POIARES, Nuno. **A letra e os espíritos da lei**. Lisboa: Chiado, 2016.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Carlos Pinto Correia. Lisboa: Presença, 2013.

SACAU, Ana; JÓLLUSKIN, Gloria; SANI, Aana Isabel; CASTRO-HENRIQUES, Andreia de; GONÇALVES, Salvador. A tomada de decisão judicial em contexto criminal: a construção teórica e o debate empírico em torno do objecto. In: POIARES, Carlos Alberto (Coord.). **Manual de psicologia forense e da exclusão social: rotas de investigação e de intervenção**. v. I. Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 2012. p. 75-98.

SALINAS CHAUD, Isabel. **Teoría y práctica psicológica en el ámbito jurídico**. Madrid: EOS, 2010.

SILVA, Carla Ramos. A importância do depoimento dos actores judiciais na tomada de decisão do juiz. (Dissertação)– ULHT, Lisboa, 2016.

SOUSA, Flávia Maria Mendonça. Psicologia das motivações ajurídicas do sentenciar: factos que condicionam a justiça no âmbito da decisão judicial. (Dissertação)– ULHT, Lisboa, 2016.

SOUSA, Luís Filipe Pires de. **Noções de psicologia do testemunho**. Coimbra: Almedina, 2020.

SOUSA, Luís Filipe Pires de. **Prova testemunhal**. Coimbra: Almedina, 2013.

SOUSA, Priscila Maria Laranjo de. Psicologia do testemunho: a credibilidade dos idosos em tribunal: uma perspectiva teórico-epistemológica. Dissertação (Mestrado)– ULHT, Lisboa, 2014.

WASIK, Martin; VON HIRSCH, Andrew. Non-custodial penalties and the principles of desert. In: **Criminal Law Review**, Ed. Thomson Reuters, p. 555-572, 1988.

Recebido em: 21-5-2023
Aprovado em: 19-8-2023

2

EL DERECHO DE ACCESO A LA ENERGÍA CONCEBIDO COMO DERECHO HUMANO DE QUINTA GENERACIÓN EN EL MARCO DE LA SUSTENTABILIDAD¹

Claudia Karina Balderrama Villazón²
José Aquiles Baesso Grimoni³
Miguel Edgar Morales Udaeta⁴

RESUMEN

Este artículo científico expone que el Derecho Ambiental asume un rol fundamental en la tutela jurídica de los bienes colectivos: el medio

¹ **Como citar este artículo científico.** BALDERRAMA VILLAZÓN, Claudia Karina; BAESSO GRIMONI, José Aquiles; MORALES UDAETA, Miguel Edgar. Emergencia de los derechos humanos de quinta generación en el contexto del desarrollo sostenible, el estado de derecho y la gobernanza de los recursos naturales, en el marco del Derecho Internacional de la Energía. In: **Revista Amagis Jurídica**, Belo Horizonte, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, v. 15, n. 2, p. 45-69, maio-ago. 2023.

² Abogado. Candidata a Doctora, Programa de Energía y Desarrollo de la Universidad Mayor de San Simón (UMSS), Cochabamba, Bolivia. Directora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Políticas de la Universidad Mayor de San Simón (Bolivia). Vicepresidenta de la Comisión de Medio Ambiente y Recursos Naturales de la Federación Interamericana de Abogados (FIA). Docente de la carrera de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UMSS. *e-mail:* claudiambiental@gmail.com

³ Ingeniero. Prof. Dr. Livre Docente del Departamento de Engenharia de Energia e Automação Elétricas da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo (PEA/EPUSP), São Paulo, Brasil. *e-mail:* aquiles@pea.usp.br

⁴ Ingeniero. Prof. Dr. de Posgrado e Investigador del Grupo de Energia do Departamento de Engenharia de Energia e Automação Elétricas da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo (GEPEA/EPUSP), São Paulo, Brasil. *e-mail:* udaeta@pea.usp.br

ambiente como bien jurídico protegido por la norma, entendiendo (a ese cuerpo teórico doctrinal jurídico) como ciencia o disciplina encargada de regular las acciones del ser humano en relación al medio ambiente y tutelar los recursos naturales y medio ambiente, bajo el concepto de defensa de los intereses y derechos difusos de la colectividad, mediante acciones reales tendentes a la reparación del daño ambiental y/o acciones de prevención para la mitigación de los impactos ambientales negativos de las acciones antropogénicas. El Derecho Ambiental, además de estar circunscrito en los ámbitos local y nacional, se posiciona en el contexto global, entendido como “comunidad internacional”, en el marco del Derecho Internacional Público.

Palabras clave: Derecho Ambiental, Derecho Agroambiental, Derecho Ambiental Internacional, medio ambiente, Derecho Internacional Público, Derecho Internacional de la Energía.

ABSTRACT

This scientific article exposes that Environmental Law assumes a fundamental role in the legal protection of collective assets: the environment as a legal asset protected by the norm, understanding (this legal doctrinal theoretical body) as a science or discipline in charge of regulating the actions of the human being in relation to the environment and protect the natural resources and environment, under the concept of defense of the interests and diffuse rights of the community, through real actions aimed at repairing environmental damage and/or prevention actions for the mitigation of the negative environmental impacts of anthropogenic actions. Environmental Law, in addition to being circumscribed in the local and national spheres, is positioned in the global context, understood as the “international community”, within the framework of Public International Law.

Keywords: Environmental Law, Agro-environmental Law, International Environmental Law, environment, Public International Law, International Energy Law.

SUMÁRIO. 1 Introducción. 2 El estado de derecho en materia ambiental. 3 La Crisis Global Planetaria. 4 Los objetivos de desarrollo sostenible, la Agenda 2030 y los ESG como instrumentos de gestión ambiental. 5 La implicancia del Derecho Ambiental Internacional. 6 Emergencia de los Derechos Humanos de quinta generación. 7 La energía como factor de desarrollo. 8 Hacia lo gobernanza global de los recursos naturales. 9 El nuevo contexto del Derecho Internacional de la energía. 10 Conclusiones. Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

El siglo XXI plantea nuevos retos no solamente en la necesidad de poder integrar las economías para impulsar el desarrollo, sino en la prioridad de encarar el desarrollo sostenible de manera igualitaria, solidaria, equitativa, integral e inclusiva, en sus diversas dimensionalidades, como ser ambiental, ecológica, social, política, jurídica y económica e inclusive climática, siendo la gobernanza de los recursos naturales una prioridad para impulsar el ansiado desarrollo en el contexto de la sustentabilidad.

La pandemia, la crisis climática y humanitaria y el colapso económico mundial, exigen asumir nuevos desafíos de gestión ambiental, reconducción de las políticas públicas y reforzamiento del Estado de Derecho, dentro del marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y la Agenda 2030. Articulando al Derecho Ambiental⁵ como instrumento de tutela de los recursos naturales y medio ambiente, bajo el principio de “gobernanza”, para garantizar la sostenibilidad y conservación del patrimonio natural, considerando a la Ley como instrumento de ingeniería social en la emergencia de nuevos derechos colectivos de quinta generación como el “derecho de acceso a la energía” y el fortalecimiento del Estado de Derecho y de sus instituciones y componentes que forman parte, en el mejoramiento de la calidad de vida de los seres humanos que habitamos el planeta Tierra.

El Derecho Ambiental asume un rol fundamental en la tutela jurídica de los bienes colectivos: el medio ambiente como bien jurídico protegido por la norma, entendiendo (a ese cuerpo teórico doctrinal jurídico) como ciencia o disciplina encargada de regular las acciones del ser humano en relación al medio ambiente y tutelar los recursos naturales y medio ambiente, bajo el concepto de defensa de los intereses y derechos difusos de la colectividad, mediante acciones

⁵ La Constitución Política del Estado Plurinacional del 2009, promulgada por el presidente Evo Morales, establece cuatro jurisdicciones: Ordinaria, Agroambiental, Indígena-originaria-campesina y Especiales o Especializados. La legislación en materia ambiental corresponde a la jurisdicción agroambiental de la que deriva en el plano teórico el ámbito jurídico: Derecho agroambiental.

reales tendentes a la reparación del daño ambiental y/o acciones de prevención para la mitigación de los impactos ambientales negativos de las acciones antropogénicas. En ese marco referencial conceptual, el Derecho Ambiental, además de estar circunscrito en los ámbitos local-nacionales, debe posicionarse en el contexto global, entendido como “comunidad internacional”, en el marco del Derecho Internacional Público.

Actualmente, frente a los desafíos climáticos, humanitarios, sociales, políticos y económicos, mantener el equilibrio ambiental es un reto cada vez más complejo de lograr, agravado por la vulneración de la seguridad alimentaria y energética del mundo. Por eso surge el concepto de “gobernanza de los recursos naturales”, que adquiere cada vez mayor importancia para garantizar la disponibilidad a corto, mediano y largo plazo de los recursos naturales, para abastecer a la humanidad, convirtiéndose en una necesidad de alta prioridad y responsabilidad global.

Los ODS y la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible proponen eliminar la pobreza, proteger al planeta, conservar los recursos naturales y garantizar que todas las personas disfruten de una adecuada calidad de vida. Actualmente es fundamental la articulación de estas metas con el Estado de Derecho como basamento institucional y elemento de cohesión para impulsar y asegurar la sostenibilidad del medio ambiente y el bienestar de la humanidad en una mirada estratégica del corto, mediano y largo plazo.

2 EL ESTADO DE DERECHO EN MATERIA AMBIENTAL

La siguiente definición de este enfoque es crucial para avanzar en la construcción del desarrollo sostenible y la tutela de los derechos humanos:

El Estado de Derecho en Materia Ambiental es fundamental para la paz, el bienestar social y económico. Es indispensable para asegurar desarrollar resultados justos y sostenibles y garantizar los derechos

fundamentales para un ambiente sano en las Américas. Los elementos que constituyen la norma ambiental del derecho ambiental incluyen, entre otras cosas, leyes adecuadas y aplicables, acceso a la justicia y la información, equidad de la participación pública e inclusión, rendición de cuentas, transparencia, responsabilidad por los daños ambientales, aplicación justa y equitativa y los derechos humanos (OEA, 2015, p. 15).

Los resultados esperados se accionan, en materia jurídica, con el instrumento normativo de la Ley, entendida ésta como instrumento de ingeniería social que contempla el principio “in dubio pro natura” para la aplicación y cumplimiento de la legislación ambiental y la emergencia de nuevos marcos regulatorios con base en la realidad empírica que demandan la emergencia de instrumentos regulatorios y el reconocimiento de derechos de quinta generación en materia ambiental.

El Estado de Derecho debe comprender elementos como:

Respeto y la aplicación de leyes y convenios ambientales... como medio para garantizar el derecho al medio ambiente sano, al cual los ciudadanos de las Américas y del mundo tienen derecho.

Asegurar que todos estos elementos se unan y ofrezcan más derechos para más gente es una responsabilidad común de los legisladores, parlamentarios, jueces, abogados, fiscales generales y en última instancia la misma gente. Se requiere un enfoque integral de la sociedad, que incluye a los gobiernos, la sociedad civil y el sector privado para hacer frente a los desafíos de nuestro tiempo (OEA, 2015, p. 5).

El principal desafío es el cumplimiento efectivo del marco legal e institucional para garantizar el Estado de Derecho en Materia Ambiental, además del ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental y a la justicia ambiental, bajo los marcos del Acuerdo de Escazú, fundamentales para resguardar los derechos e intereses difusos colectivos, los cuales deben ser acompañados de

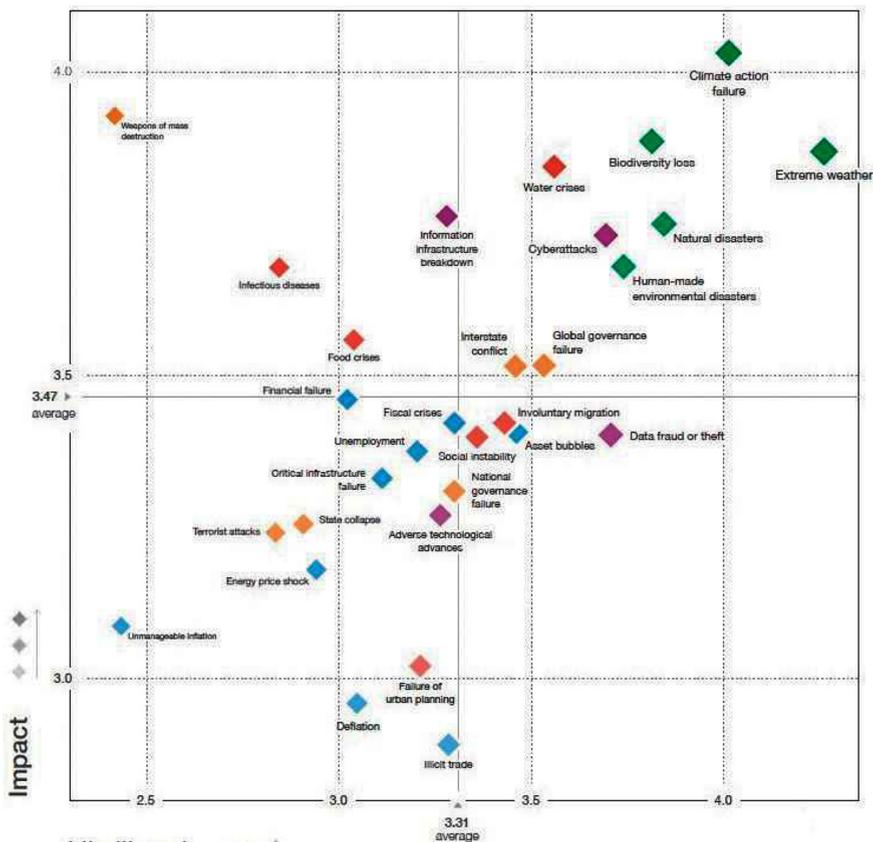
procesos de transparencia y participación, como bien señala Bryner.

La naturaleza fundamental del Estado de Derecho se basa en la idea de que las sociedades deberían ser gobernadas por un conjunto de reglas y normas justas que se aplican de forma equitativa a todos. Con este fin, el Estado de Derecho incorpora principios como la justicia, la rendición de cuentas, la imparcialidad y la equidad, entre otros (OEA, p. 174), lo que debe aplicarse también a nivel local, nacional e internacional. Desde el mundo académico se propugna, y también desde los sectores sociales más empobrecidos, la necesidad de que gobiernen las normas justas y en forma equitativa. Es necesario desarrollar cada vez más la cultura del derecho, la cultura de la democracia y de la realización colectiva, a partir de la defensa del Estado de Derecho y más aún del Estado de Derecho Constitucional.

3 LA CRISIS GLOBAL PLANETARIA

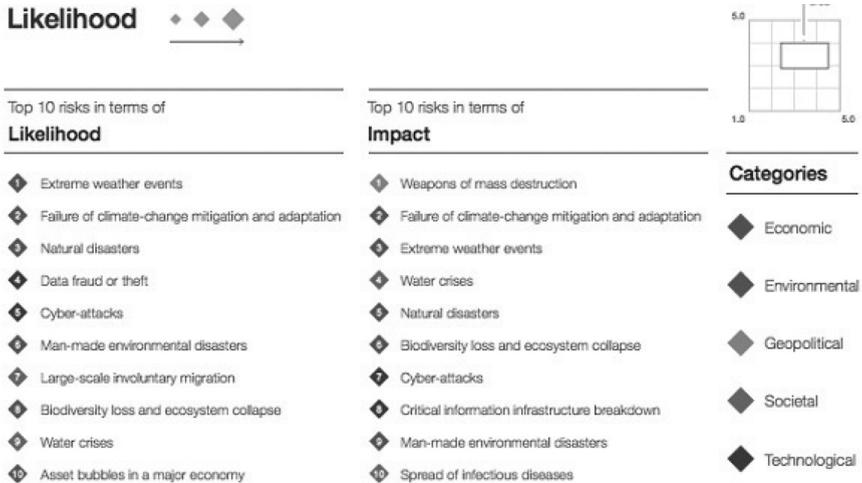
La crisis global planetaria (ver Imagen 1) es fuente de diversos efectos negativos en el abastecimiento de recursos naturales a escala mundial: la incidencia de una geopolítica de la crisis y las vulneraciones a la seguridad alimentaria y energética, son algunos de los eventos más evidentes que generan una suerte de efecto dominó con consecuencias que se tornan en peligrosamente insalvables y de incidencia a mediano y largo plazo como altamente desfavorables para el planeta y el futuro de la humanidad.

Imagem 1 - Crisis global planetaria



Fuente: The Global Risks Report 2020, 15th Edition, World Economic Forum's.

Imagen 2 - Ponderación de riesgos planetarios



Fuente: The Global Risks Report 2020, 15th Edition, the World Economic Forum's.

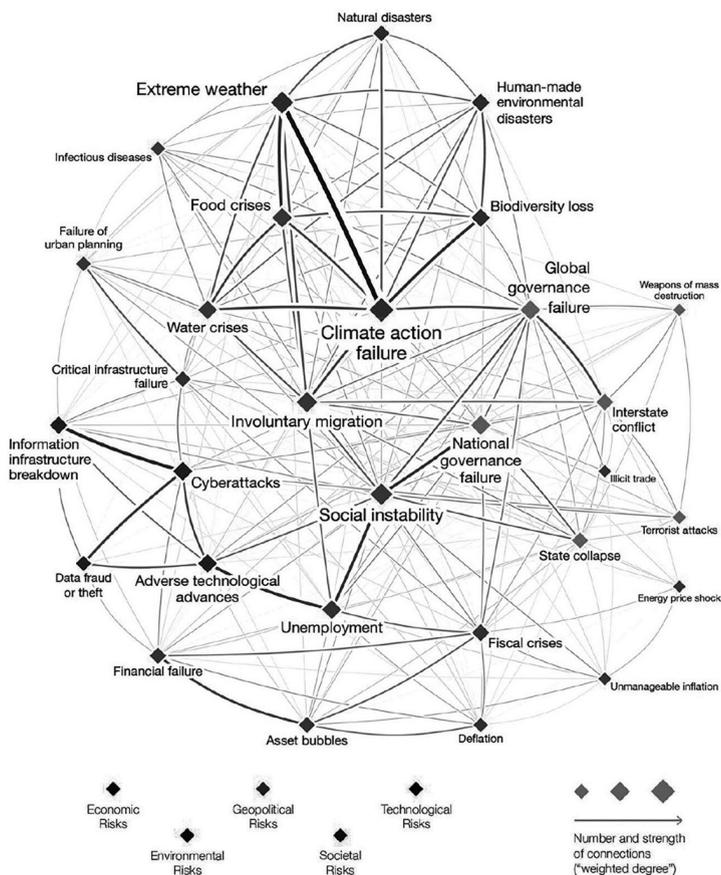
En la imagen 2 se exponen resultados de los riesgos globales inminentes plasmados en el reporte denominado “The Global Risks Report 2020”, 15th Edition, emitido por the World Economic Forum's.

El escenario es altamente preocupante, no solamente por los riesgos observados, como ser clima extremo, cambio climático, desastres naturales, pérdida de biodiversidad, crisis del agua, entre otros, sino también por sus interconexiones y efectos simultáneos que configuran nuevas causas que apuntan a un círculo perverso de permanente crisis. Esto plantea una constante crisis que afecta a los procesos sistémicos planetarios con impactos a nivel colectivo por acciones muchas veces de escala individual, pero que su incidencia a nivel ambiental es mayor (y viceversa); en esas interconexiones se configuran escenarios de generación de riesgos globales (Ver Imagen 3). La sinergia ambiental producida en el conjunto de los procesos dinámicos naturales es imprevisible en el futuro y la incertidumbre genera un escenario complejo.

La discusión de estos escenarios debe conllevar la generación de espacios de debate, investigación y la búsqueda de propuestas

alternativas vinculadas al respeto del Estado de Derecho de los países y a su sentido de cooperación internacional, tutelando derechos humanos en constante evolución, sin desconocer la emergencia de los derechos de quinta generación, que impulsan el reconocimiento de normativas supranacionales de gobernanza ambiental global, mediante mecanismos legales y bajo el reconocimiento de la dignificación de las condiciones del ser humano, que requerirán un rediseño de la visión paradigmática de las políticas ambientales y del enfoque de desarrollo.

Imagen 3 Interconexiones de los riesgos globales



Fuente: The Global Risks Report 2020, 15th Edition, the World Economic Forum's

El desafío es cómo gestar procesos de gobernanza ambiental mundial frente a las amenazas externas que vulneran a los derechos humanos fundamentales reconocidos, como el derecho a la vida, a un medio ambiente saludable y a la seguridad alimentaria, entre otros.

4 LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE, LA AGENDA 2030 Y LOS ESG COMO INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL

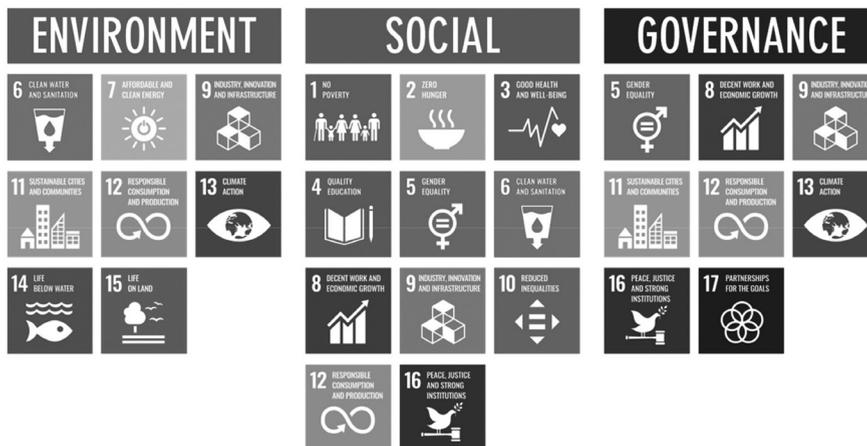
La racionalidad económica entendida como modelos de desarrollo nos induce a prácticas depredadoras e insustentables en el uso de los recursos naturales de la región, bajo lógicas de racionalidad económica; como, “[...] la concepción del desarrollo de las fuerzas productivas que privilegia al capital, al trabajo y al progreso técnico, así como los factores fundamentales de la producción que destierran de su campo a la cultura y la naturaleza” (LEFF, 1998, p. 1). Dicha concepción relegó a la naturaleza a una condición única de medio, destinada a satisfacer las necesidades humanas mediante una utilización indiscriminada y caótica de sus recursos naturales (BALDERRAMA, 2003, p. 53).

Siendo necesario implementar la racionalidad ambiental que impulsa el concepto de desarrollo sostenible en los procesos económicos, emergiendo la metodología denominada Environmental, Social y Governance (ESG), como un instrumento que coadyuva a que tanto proyecto de inversión, planes, políticas e incluso la gestión de instituciones públicas y privadas contemplen en su planificación y ejecución los principios fundamentales de protección ambiental, mediante reportes no financieros sobre su desempeño ambiental.

Las empresas deberán incluir en sus informes anuales los impactos sociales, ambientales y sus mecanismos de gobernanza ambiental. Es lo que viene a denominarse los Estados del Informe No Financieros (EINF).

Estos instrumentos de gestión y protección ambiental acompañados de los 17 ODS y la agenda 2030, se integran de manera adecuada con la metodología ESG (Ver Imagen 4).

Imagen 4 - Integración de los ODS y los ESG



Fuente: <https://www.managementsolutions.com/sites/default/files/publicaciones/esp/impacto-social-principios-esg.pdf>

En el caso de la gestión de empresas y proyectos de inversión (Ver Imagen 5), la dinámica debe también precautelar al medio ambiente y a los recursos naturales en sus relacionamientos con proveedores o inversores.

Imagen 5 - Dinámicas de la metodología ESG



Fuente: <https://www.managementsolutions.com/sites/default/files/publicaciones/esp/impacto-social-principios-esg.pdf>

ESG procura la inclusión de elementos de buen gobierno en las instituciones, de acuerdo a estándares internacionales de referencia del Global Reporting Initiative como el impulso a la transparencia, la rendición de cuentas, la promoción de buenas prácticas, la lucha contra la corrupción y el fraude, entre otros. Por lo tanto, su aplicación no solamente está acompañada del respeto hacia el medio ambiente sino también del afianzamiento del Estado de Derecho.

5 LA IMPLICANCIA DEL DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL

En el caso de América Latina y el Caribe, Raúl Brañes señala la relevancia de establecer un marco internacional apropiado que colabore a que no se modifique el equilibrio ecológico que hace posible la vida en el planeta Tierra, mediante el Derecho Internacional y sus fundamentos de cooperación internacional en un plano global, regional, subregional y bilateral (BRAÑES BALLESTEROS, 1994, p. 666).

En este contexto el Derecho Ambiental Internacional (DAI) desde sus inicios en el contexto internacional, a través de la Organización de Naciones Unidas, para tutelar el bien común, desde la Cumbre de Estocolmo de 1972, que consolida el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). La Cumbre de Río de Janeiro de 1992, que posiciona el nuevo paradigma de “desarrollo sostenible” e instrumentos fundamentales como la Agenda 21.

La Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de Johannesburgo de 2002, que proclama la Declaración sobre el Desarrollo Sostenible como instrumento de erradicación de la pobreza con un enfoque jurídico-económico, de acción pública y privada, entre otras cumbres internacionales hasta la actualidad priorizan establecer mecanismos jurídicos, normativos y legales que fortalezcan al Estado de Derecho para la acción conjunta de protección ambiental, conservación de los recursos naturales,

prevención y mitigación ambiental, uso racional y sostenible de los recursos, exigiendo mayor atención por parte de los gobiernos del mundo y de los organismos internacionales en la defensa y consolidación de los principios de cooperación y sostenibilidad ambiental, social, ecológica, política, económica, entre otros.

Sin embargo, pese a los esfuerzos de la comunidad internacional en el tema ambiental, la crisis humanitaria gestada por conflictos bélicos, humanitarios, climáticos, sociopolíticos y de otra índole, replantea la capacidad de los Estados de Derecho para hacer frente a estos escenarios complejos requiriéndose el uso de la ley para el fortalecimiento de las instituciones el Estado de Derecho, la apertura de canales de integración regional y mundial y la definición de políticas de gobernanza global de los recursos naturales que garanticen tanto la seguridad alimentaria como la energética, el acceso al agua, la protección del derecho a un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible, entre otras demandas legítimas de la población humana.

En la actualidad, el medio ambiente y los ecosistemas naturales se ven presionados, no solamente por las formas de producción y consumo de los recursos naturales, sino también a consecuencia de los riesgos globales que obligan a los seres humanos a migrar de manera forzosa para poder subsistir, por diversos factores políticos, bélicos, económicos, climáticos, etc.

6 EMERGENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE QUINTA GENERACIÓN

El concepto de “*integración*” como instrumento de consolidación, cooperación e integración no solamente física, económica y política, sino también como un instrumento jurídico de consolidación del desarrollo sustentable de las regiones, está vinculado también al principio de progresividad de los derechos humanos colectivos que tienen sustento en el Derecho Internacional Público que contempla la obligación de los Estados de lograr el

desarrollo progresivo y la tutela de los derechos económicos, sociales, ambientales y culturales, entre otros, del ser humano, mediante entornos deseables de un nuevo estilo de desarrollo, más abierto y participativo en la Agenda 2030 y los 17 Objetivos del Desarrollo Sostenible (CEPAL, 2018), con dimensiones más igualitarias, civilizatorias, inclusivas y universales.

La finalidad es alcanzar mayor inclusión económica, ambiental y social, con el enfoque de derechos y acceso universal a la protección social, que las aspiraciones sociales básicas sean cubiertas cada vez más y que la erradicación de la pobreza, la seguridad alimentaria y la nutrición sean prioridad en la definición de políticas públicas.

En este nuevo contexto, la emergencia de un nuevo derecho colectivo de quinta generación, denominado “derecho a la seguridad energética” y/o “derecho a la integración energética”, requerirá de la consolidación de regiones energéticas, así como de estructuras y lineamientos jurídicos supranacionales investidos de “gobernanza” de políticas supranacionales, para lograr niveles de vida compatibles con la doctrina de los Derechos Humanos en el marco del desarrollo sostenible.

Antônio Augusto Cançado Trindade, en su libro *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, se refiere a la efectividad de los tratados sobre Derechos Humanos en el Estado de Derecho, señalando que el cumplimiento de las obligaciones convencionales internacionales de protección requiere efectivamente el concurso de los órganos internos de los Estados, y éstos son llamados a aplicar las normas internacionales. Es este el trazo distintivo más marcado de los tratados de derechos humanos, cuya especificidad propia requiere una interpretación guiada por los valores comunes superiores que abrigan. Con la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en el presente contexto, los grandes beneficiarios son las personas protegidas (TRINDADE, 2007).

Más aún, si se considera que los recursos naturales no renovables, como el petróleo y el gas, fueron y serán la base para impulsar el desarrollo de los pueblos. Sin embargo, debido a su agotamiento

paulatino, ocasionado por los modos de producción y consumo – irracional–, por ende la generación de problemas ambientales, la dependencia energética, entre otros factores, determinan la necesidad de búsqueda de alternativas energéticas menos contaminantes, como la generación energética mediante fuentes renovables, por una parte, y también la búsqueda de escenarios de cooperación energética, para poder mitigar la crisis energética que acontece en la actualidad. Donde la Integración Energética (IE), entendida, según la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), como el “Proceso de interconexión estratégica de las redes de energía en corredores internacionales, que permite, bajo un marco normativo común y servicios adecuados, su circulación ágil y eficiente dentro de un determinado espacio de integración.” (RIVERA BANUET, 2006, p. 19), asume un rol indispensable en la construcción del desarrollo en el marco de la sustentabilidad.

Por ende, son los marcos regulatorios pilares fundamentales para iniciar el proceso y la concreción de la Integración Energética, sin descartar los fundamentos institucionales, el rol de los actores, entre otros, como instrumentos de consolidación y fortalecimiento de la IE. Antônio Celso de Abreu Júnior señala:

[...] un modelo energético con los patrones de producción y consumo compatibles con las necesidades económicas, con garantía de acceso universal a la energía y matriz energética adecuada, para el uso racional de los recursos naturales es el principal desafío de los actuales gobernantes para enfrentar las principales preocupaciones de carácter global: la seguridad del suministro, la dependencia energética y el cambio climático, pues son pocos los países que disponen de estos recursos en su totalidad, como reservas naturales están distribuidas en varias regiones del mundo (ABREU JÚNIOR, 2015, hojas 25).

En la reciente actualidad el mundo se ha visto sumido en la pandemia de Covid-19, donde el uso y la necesidad de contar con sistemas energéticos eficientes se convirtió en una necesidad fundamental para enfrentar la crisis sanitaria, la misma que supondrá

un cambio estructural y reconstrucción de paradigmas. La energía mueve el universo, la vida, la economía de los países, el desarrollo y bienestar del ser humano, donde la capacidad de resiliencia y generación de conocimientos y tecnología e innovación, son un reto del futuro.

Por lo tanto, se requiere la proposición y el debate de la emergencia de los derechos humanos de quinta generación, como base de los paradigmas de políticas de regulación energética en el marco de la IE, en un nuevo escenario de discusión para la generación de conocimientos sustentados en el desarrollo sostenible y los derechos humanos que determinan las evidencias de la necesidad de desarrollar instrumentos y canales regulatorios, a través de tratados, acuerdos y/o convenios, entre otros, que condicionen y permitan el accionar colateral de varios países, en relación a la IE, en el marco de los derechos de quinta generación entendidos como la reivindicación del surgimiento de nuevos derechos como el derecho a la seguridad energética y/o el derecho a la integración energética. Por eso la necesidad del reconocimiento de la dignidad de la persona como principio jurídico constitucional es fundamental para la tutela jurídica de los otros derechos humanos vinculantes que resguardan la dignidad humana.

7 LA ENERGÍA COMO FACTOR DE DESARROLLO

La evolución del ser humano durante millones de años, está íntimamente vinculada con las distintas clases de energía de las que pudo disponer en cada época de su evolución.

La contaminación generada y acumulada a lo largo de los años, iniciada por la Revolución Industrial y profundizada por la explotación irracional de los recursos naturales renovables y no renovables, da lugar a la discusión entre el modelo de desarrollo económico y los problemas ambientales emergentes, siendo urgente la búsqueda de un nuevo paradigma de desarrollo.

A pesar de ello, la generación de energía, mediante el uso de

recursos fósiles, es insostenible, debido a diversos factores como el agotamiento de los yacimientos de los recursos no renovables, que son limitados, vulnerando la seguridad energética de varios países a mediano y largo plazo. El ser humano continúa con una peligrosa dependencia en su uso, sin asumir los problemas de contaminación ambiental que acarrea.

La energía es la base del desarrollo de los países y a medida que su uso se hace cada vez más indispensable en la vida del ser humano, el prescindir de ella es imposible, debido a que el acceso a la “energía” permite el ejercicio y desarrollo de otros derechos humanos fundamentales, vinculados a la calidad de vida de los seres humanos, permitiendo el mantenimiento de la vida misma.

Por ende, la energía genera profundas transformaciones en las sociedades, como señala Lembo en su libro “Energía y sistema multilateral de comercio: el paradigma del desarrollo sostenible”, debido a que en el proceso de sustitución de leña, biomasa primaria por carbón, generación de energía de origen fósil, cuyo advenimiento tuvo lugar en Inglaterra, en la segunda mitad del siglo XVIII, con la Revolución Industrial.

Desde el siglo XIX, el uso de los recursos no renovables como el carbón y el petróleo, combustibles que ya estaban presentes en todos los países industrializados, inició un cambio en la matriz energética, con múltiples beneficios (en el aspecto de desarrollo económico) y también devastadoras consecuencias (en el tema ambiental). Estos combustibles eran empleados en máquinas de vapor, plantas de energía eléctrica, producción de gas natural, iluminación urbana y residencial. Se puso en marcha una verdadera revolución energética, ya que la extracción y el transporte de leña no solamente se volvieron más caros, ya que su fuente estaba en regiones alejadas de las ciudades, sino que ya no cubrían las necesidades de la nueva sociedad, que se formó, evolucionó y se desarrolló (LEMBO, 2015).

Los países requieren de la “energía” para impulsar su desarrollo y garantizar su seguridad energética. El comercio internacional de la energía se genera por la oferta y la demanda causadas por la

industrialización y la facilidad de movimiento del mineral desde sus diferentes orígenes productores hasta sus diversos destinos de consumo. El uso de otras fuentes de energía está relacionado con la facilidad con la que sería comercializado y transportado el recurso energético.

8 HACIA LO GOBERNANZA GLOBAL DE LOS RECURSOS NATURALES

Según Balderrama, la gobernanza de los recursos naturales implica la comprensión de:

La gobernanza mundial, entendida como punto de partida y el término gobernanza entendido como la capacidad del Estado, en cuanto poder legítimo y con autoridad, para gobernar y tomar decisiones en favor del bien común. Sin embargo, la gobernanza va más allá, en la medida en que nutre a las instituciones con la capacidad y la intención de interactuar en un cambio de paradigma en la relación del Estado con los mercados y con la sociedad civil. Una gobernanza fortalecida requiere un cambio en la concepción sobre el papel que deben desempeñar el gobierno y el Estado como puntos de referencia de la organización política e institucional de los países, en la medida en que gobernanza es sinónimo de buen gobierno, entendida como un “esfuerzo consciente que contribuye a la generación de instituciones fuertes y, al mismo tiempo, fomenta el desarrollo de normas, procesos y conductas consistentes en el ejercicio del poder con participación, responsabilidad, efectividad y coherencia. Se trata, en el caso de los recursos naturales, de la construcción de instituciones y la formulación de estrategias y políticas capaces de ordenar y dirigir dichos recursos a través de acuerdos que faciliten la mejora de las oportunidades para lograr un desarrollo pleno y sostenible. La buena gobernanza está destinada a convertirse en el principal instrumento con que cuentan los países de América Latina y el Caribe para cambiar la orientación que se ha dado hasta hoy al manejo económico y fiscal de los recursos naturales y avanzar en el camino de la equidad, la sostenibilidad, los derechos humanos y la protección de la naturaleza. Constituye, finalmente, una perspectiva segura de cambio del paradigma de desarrollo, para transitar hacia uno pleno y con igualdad, en beneficio de las generaciones actuales y de las que vendrán” (BALDERRAMA et al, 2017, p. 11).

En definitiva, es el buen gobierno del sistema de relaciones que interactúan en el desenvolvimiento de la actividad, de una manera amplia (OLADE, 2008). La consolidación de gobernanza de políticas supranacionales que logren acordar un pacto global que se solidarice con las generaciones venideras, que enfrentarán un escenario más incierto y con mayor escasez de recursos naturales, significa, además, abogar por la celebración de acuerdos internacionales (comerciales, ambientales y sociales) que respeten el principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas, en aras de cerrar asimetrías a nivel global y evitar que sean los pobres o los países más vulnerables los que terminen asumiendo los mayores costos.

El objetivo es alcanzar una prosperidad compartida y sociedades más inclusivas. Para todo lo anterior se necesitan liderazgos representativos, con legitimidad política para fortalecer el ámbito multilateral y lograr una mejor gobernabilidad del desarrollo. Se precisa una gobernabilidad global, universal e inclusiva que refleje los intereses, necesidades y objetivos de toda la comunidad internacional.

Es menester compatibilizar los diferentes acuerdos y tratados internacionales existentes y avanzar hacia una mayor coherencia entre las negociaciones y los compromisos asumidos en los distintos foros internacionales, ya sean comerciales, climáticos, ambientales, sociales o financieros. Se debe buscar una nueva forma de pactar estos cambios, en tiempos más cortos y con metas muy definidas, acompañadas de una instancia de rendición de cuentas inclusiva y eficiente (OLADE, 2008).

La plataforma de la integración es un escenario de cohesión en políticas ambientales.

Otro elemento viabilizador de la integración es el concepto de supranacionalidad, entendida como la delegación de soberanía en un organismo multilateral, que busca el bien común, mediante el concepto de integralidad, gobernanza y democracia, considerando

que los sistemas de integración regional son cada vez más importantes en todo el mundo, ya que podrían actuar como defensores o promotores de la democracia, el estado de derecho y el respeto de los derechos humanos colectivos entre sus miembros. Argumentos como los de integración y democracia en el contexto difuso-legal corroboran más allá de las ideas, tal como se sustenta en Nyman-Metcalf y Papageorgiou (2015). Desde esta perspectiva se puede afirmar que la integración es un tipo de regionalismo que faculta a la región a transformarse en un actor relevante del sistema y sobrepasa al modelo exclusivamente intergubernamental. Es un proceso en el que se transfieren expectativas de beneficio, desde los actores locales que componen el Estado (trabajadores, diplomáticos, empresarios, parlamentarios, ambientalistas, estudiantes, militares, etc.) hacia una entidad supranacional. Siendo fundamental que los tomadores de decisiones posean la voluntad política de integrarse, ya que en un proceso de esta magnitud los Estados miembros intentan construir una cosmovisión común. (SERRANO, 2008). Por ende, las políticas de regulación nacional deben ser fundamentalmente coherentes con los compromisos asumidos, a través de los distintos tratados internacionales, jurídicamente vinculantes, suscritos con otros Estados, y en ese entendido lo reconocen los distintos países de la región, cuando insertan en sus Constituciones este principio de acatamiento jurídico a los Tratados y Convenios suscritos en el marco del Derecho Internacional. Por ejemplo, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, en lo referente a la jerarquía normativa señala, en su artículo 410 parágrafo II: “...el bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios Internacionales, en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario ratificadas por el país...”, estableciéndose que la aplicación normativa debe acatar esta jerarquía jurídica, esbozada en la Constitución Política del Estado, es decir, la Constitución como la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano, precedida por los Tratados Internacionales (CPE de Bolivia 2009). (BALDERRAMA et al, 2019, p. 29).

Estos argumentos refuerzan la idea matriz de hacer el mayor esfuerzo por seguir con la apuesta de la integración como un magnífico escenario de cohesión en políticas ambientales latinoamericanas y mundiales.

9 EL NUEVO CONTEXTO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LA ENERGÍA

El acceso a la energía está vinculado al ejercicio de derechos humanos, reconocidos y relacionados con el bienestar y la vida digna de los ciudadanos que conforman el Estado. La necesidad de establecer un marco legal específico regional, plasmado en un instrumento bilateral que además de regular las acciones de las partes otorgue el reconocimiento a los derechos humanos emergentes, como los de quinta generación, vinculados al concepto de seguridad energética, bajo principios de la sustentabilidad. Los instrumentos regulatorios viabilizan y condicionan la integración energética en el marco del Derecho Internacional Público, en el cual emerge el nuevo Derecho Internacional de la Energía.

Se vislumbra la comprensión de la gobernanza como un esfuerzo consciente que contribuye a la generación de instituciones fomentando el desarrollo de normas y procedimientos de un ejercicio del poder participativo y efectivo, de tal manera que instituciones y estrategias y políticas ordenen en el caso de los recursos energéticos (naturales) acuerdos que signifiquen oportunidades en el marco de un desarrollo sostenible. Además, la gobernanza debe implicar avanzar en equidad (incluyendo los derechos humanos) y en la protección de la naturaleza. Conclusivamente se tiene que dotar de gobernanza a las políticas supranacionales de manera operativa y jurídica, más aún cuando involucran derechos humanos colectivos, como el derecho de acceso a la energía, otorgando a estas políticas el respaldo jurídico necesario para su implementación. En materia de derechos humanos, en general, se cuenta con un orden jurídico sólido, en el cual las Constituciones Políticas de los Estados otorgan jerarquía jurídica de aplicación después de la misma, por lo que su consolidación es operativa, directa e inmediateamente aplicable, en cada país miembro.

La pandemia del Covid-19 develó la importancia de contar con servicios básicos de saneamiento y la necesidad de conservar las vacunas en el ámbito de la prevención sanitaria. Para combatir a la pandemia ahora más que nunca la energía y la seguridad energética

se convierten en un tema indiscutiblemente prioritario, así como el acceso al ejercicio del derecho humano de “acceso a la energía” para el desarrollo de las condiciones dignas del ser humano.

10 CONCLUSIONES

Por todo lo anterior se finaliza con las siguientes conclusiones.

La actual crisis sanitaria, la desaceleración y el lento crecimiento económico mundial, las desigualdades sociales y la degradación ambiental, entre otros factores, pusieron en evidencia que el mundo se enfrenta a desafíos sin precedentes para la comunidad internacional. El mundo está frente a un cambio de época, replanteo de paradigmas y teorías, por lo que no se puede continuar con los mismos patrones de producción, energía y consumo que ya no son viables. Es necesario transformar el paradigma de desarrollo dominante en uno que nos lleve por la vía del desarrollo sostenible, inclusive, solidario y con visión de largo plazo.

La energía es fundamental para abordar casi todos los grandes desafíos y oportunidades de la región, ya sea para fomentar el empleo, mejorar la seguridad, combatir el cambio climático, asegurar la producción de alimentos o mejorar la calidad de vida de la población.

El reconocimiento y la protección de los derechos de quinta generación, no solamente en el ámbito interno de los Estados sino también a nivel internacional, mediante la adopción de instrumentos internacionales declarativos con el respaldo de la comunidad internacional que concibe el respeto a estos derechos como un elemento constitutivo del bien común internacional, son fundamentales para su tutela.

América Latina y el Caribe ocupan un lugar clave en el contexto global debido a su amplia dotación de recursos naturales estratégicos para transitar hacia una mayor disponibilidad de energías renovables, lograr los objetivos climáticos globales y combatir al cambio climático mediante escenarios de integración energética. Este nuevo protagonismo implica aprovechar adecuadamente la nueva demanda

global de ciertos recursos naturales para generar un desarrollo más sostenible y con igualdad.

En la región, el reto del desarrollo radica en compatibilizar el crecimiento económico con los cambios en el patrón de producción y consumo de energía necesarios para desacoplar dicho crecimiento del aumento de las emisiones de gases de efecto invernadero, dando mayor espacio a las fuentes renovables de energía, sobre todo en el transporte, y aumentando la eficiencia de la estructura productiva y del funcionamiento de las ciudades.

Además, se deben aumentar el acceso y la asequibilidad de la energía para las personas más pobres, garantizando el respeto de los derechos humanos reconocidos y los emergentes de quinta generación, en el marco de una gobernanza efectiva de los recursos naturales. El desarrollo del sistema financiero y de marcos regulatorios es fundamental para avanzar en la renovación de la matriz energética y construir infraestructura resiliente, sostenible e inclusiva.

Finalmente, reconocer a la energía como derecho humano y el reconocimiento de la justicia energética como valor jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

ABREU JÚNIOR, Antônio Celso de. A integração da indústria de energia elétrica na América do Sul: análise dos modelos técnicos e de regulamentação. Dissertação (Mestrado em Engenharia Elétrica)– Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

BALDERRAMA, Claudia. Hacia una gestión ambiental participativa y jurídica en Bolivia. La Paz (Bolivia): LIDEMA / Soipa, 2003.

BALDERRAMA, Claudia; MORALES UDAETA, Miguel Edgar; BAESSO GRIMONI, José Aquiles; SILVA, Vinícius Oliveira da. Análisis de elementos regulatorios de la integración energética considerando el Derecho Difuso. In: **Revista ESPACIOS**, v. 38, n. 36, 2017.

BALDERRAMA, Claudia; SILVA, Vinícius Oliveira da; ORELLANA, Renán; MORALES UDAETA, Miguel Edgar. Análisis elemental en integración energética entre naciones en el marco de la nueva generación del Derecho Internacional de la energía. In: **Revista Andina de Estudios Políticos**, v. 9, n. 1, 2019.

BOLIVIA. Constitución Política del Estado. La Paz: Gaceta Oficial, 2009.

BRAÑES BALLESTEROS, Raúl. **Derecho ambiental mexicano**. México: Fondo de Cultura Económica/Fundación Universo Veintiuno, 1994.

CEPAL - Comisión Económica para América Latina. La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una oportunidad para América Latina y el Caribe. Santiago de Chile: CEPAL, 2018.

FRANCHINI, Matías; MAUAD, Ana Carolina Evangelista. La gobernanza ambiental global tras el Acuerdo de París y los ODS: crisis ambiental, pandemia y conflicto geopolítico sistémico. In: *Desafíos*, v. 34, n. 1, 2022. Recuperado de: <<https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/desafios/a.118802022>>.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental**. México: Siglo XXI, 1998.

LEMBO, Carolina. **Energia e o sistema multilateral de comércio perante o paradigma do desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Atlas, 2015.

OEA - Organización de los Estados Americanos. Estado de derecho en materia ambiental: tendencias en las Américas: ensayos seleccionados. 2015.

OLADE - Organización Latinoamericana de Energía. Políticas y mecanismos de integración energética regional: presentación preparada para el Taller Regional del Cono Sur sobre Energía Sostenible, Cooperación e Integración Energética: en Busca de un Equilibrio Sostenible. Santiago de Chile, 2008.

RIVERA BANUET, José. Una visión sobre la integración energética regional: presentación en el Foro de OLADE sobre Integración Energética Regional. México (DF), 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI**. Corte Interamericana de Derecho Humanos. México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2007.

WORLD ECONOMIC FORUM. The Global Risks, Report 2020. 15th edition. Coligny/Geneva (Switzerland): World Economic Forum, 2020.

Recebido em: 11-6-2023
Aprovado em: 9-8-2023

ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN VENEZUELA¹

Claudia Madrid Martínez²

SUMÁRIO. I Notas introductorias: el arbitraje en Venezuela. II La ley de arbitraje comercial: ¿aceptación del monismo? III Internacionalidad del arbitraje. IV Problemas de derecho aplicable. IV.1 Derecho aplicable a la arbitrabilidad del litigio. IV.2 Derecho aplicable al acuerdo arbitral. IV.3 Derecho aplicable al procedimiento arbitral. IV.4 Derecho aplicable al fondo de la controversia. V Reconocimiento y ejecución del laudo extranjero en Venezuela. VI Un balance: ventajas y desventajas del monismo. Referencias

¹ **Como citar este artículo científico.** MADRID MARTÍNEZ, Claudia. Algunos comentarios sobre el arbitraje comercial internacional en Venezuela. In: **Revista Amagis Jurídica**, Belo Horizonte, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, v. 15, n. 2, p. 71-111, maio-ago. 2023.

² Doctora en Ciencias Mención Derecho; *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV); *Postdoctoral researcher* becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (2012-2014); Profesora Titular en la UCV y en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB); Profesora en la Universidad Autónoma Latinoamericana; parte del Grupo de Investigaciones Globalización y Derecho Privado (GLOPRI); Profesora de Derecho Internacional Privado y Contratación Internacional en la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: cemm26@hotmail.com

I NOTAS INTRODUCTORIAS: EL ARBITRAJE EN VENEZUELA

El primer reconocimiento constitucional del arbitraje en Venezuela se verificó en 1830. En efecto, mediante una norma que se repitió en la Constitución de 1857, la Constitución de 1830 dispuso que “los venezolanos tienen la libertad de terminar sus diferencias por árbitros, aunque estén iniciados los pleitos [...] con tal que se observen las formalidades legales” (art. 190). Ese reconocimiento constitucional terminó en la Constitución de 1858, la cual inició un silencio que se mantuvo hasta la Constitución de 1961 y que fue roto por la de Constitución de 1999³, a poco más de un año de la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial en 1998.

La Constitución vigente empieza por entender que los “medios alternativos de justicia” forman parte del sistema de justicia (art. 253) y, luego, da la orden al legislador de promover el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos (art. 258). Al respecto, la Sala Constitucional ha entendido que los árbitros pertenecen al sistema judicial, son órganos jurisdiccionales, sin que ello signifique que esta forma de ejercicio de la jurisdicción esté supeditada a la jurisdicción ejercida por el poder judicial, por lo que a pesar de su naturaleza jurisdiccional estos Tribunales actúan fuera del poder judicial, sin que sean inferiores a los jueces de primera o segunda instancia del poder judicial⁴.

Para justificar la orden de promover el arbitraje contenida en el artículo 258 de la Constitución, en una decisión de 8 de febrero de 2002, la Sala Político-Administrativa de nuestro Alto Tribunal, afirmó que la excesiva litigiosidad, la ritualidad de los procesos, la multiplicidad de competencias de los Tribunales y el reducido

³ *Gaceta Oficial* n. 36.860, 30 de diciembre de 1999.

⁴ Tribunal Supremo de Justicia / Sala Constitucional, sentencia n.º 1139, 5 de octubre de 2000 (*Héctor Luis Quintero Toledo en amparo constitucional contra la sentencia del Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas de 23 de mayo de 2000*), en: <<http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1139-051000-00-2084%20.htm>>.

número de los juzgados en relación con las causas sometidas a su consideración, entre otros motivos, han ocasionado retardos considerables en la administración de justicia por parte del Estado, lo cual, a su vez, ha ocasionado un gran desinterés por poner en marcha la actividad jurisdiccional para restablecer el orden jurídico infringido. Por ello, se reconoce la necesidad de establecer medios alternativos de resolución de controversias, entre ellos el arbitraje, institución que permite a los particulares resolver sus controversias mediante un procedimiento más sencillo y expedito, con la intervención de terceros ajenos e imparciales, llamados árbitros, a quienes el Estado atribuye la facultad de juzgar⁵.

No obstante, llegar a semejante conclusión supuso recorrer un largo camino, en ocasiones tortuoso. Así, aunque el arbitraje ha encontrado acogida legal en Venezuela desde el Código de Procedimiento Civil de 1897, solo fue con la reforma del Código en 1986⁶, que se reconoció el carácter vinculante del acuerdo arbitral⁷, de manera que ya no se admitía escapar unilateralmente a su cumplimiento. En efecto, en la exposición de motivos del Código puede leerse que el acuerdo arbitral, como cualquier otra obligación de conformidad con el artículo 1.264 del Código Civil venezolano, debe cumplirse tal como ha sido contraído⁸.

⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 082, 8 de febrero de 2002, (*Honover P.G.N. Compressor, C.A. c. Consorcio Cosacovenca*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/RC-0082-080202-00423-00532.HTM>>.

⁶ *Gaceta Oficial*, n.º 3.694, extraordinario, 22 de enero de 1986. Reformado y publicado en *Gaceta Oficial* n.º 4.196 Extraordinario, 2 de agosto de 1990.

⁷ El artículo 504 del Código de 1916, disponía que, si una de las partes se negaba a cumplir su compromiso de someterse a arbitraje, el procedimiento arbitral simplemente cesaba o no se iniciaba, según el caso.

⁸ Exposición de Motivos: “En nuestro país, la institución del arbitraje no había encontrado una franca recepción por la inocuidad de la cláusula compromisoria, la cual no tiene sanción legal alguna para el caso de su incumplimiento [...] ni procesal ni sustantiva, contra la parte que desconoce la cláusula compromisoria, y que por tanto se coloca en situación de incumplimiento del respectivo convenio, violándose con ello la norma del artículo 1.264 del Código Civil, en la que se estipula que las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas, siendo el deudor responsable de daños y perjuicios en caso de contravención”.

Sin embargo, el Código conservó algunas normas cuestionables, que mantienen al arbitraje anclado a esquemas procesales. Es el caso del recurso de apelación que, establecido en el artículo 611, procede contra la decisión del Tribunal que se pronuncia sobre la impugnación del acuerdo por una de las partes y que, en la práctica, fue acertadamente sustituido por el recurso de regulación de la jurisdicción⁹.

Tal como adelantamos, la Ley de Arbitraje Comercial se promulgó en 1998, y se reconoce fundamentada en la Ley Modelo de UNCITRAL –tal como los demás países latinoamericanos– y en las entonces vigentes normas colombianas sobre arbitraje (RODNER, 2000, p. 6 ss., especialmente p. 6-7). Así, nuestro legislador tomó en cuenta las disposiciones fundamentales de la Ley Modelo en algunos puntos y se separó de ella en otros. Quizá uno de los vacíos que se plantearon en primer término tuvo que ver, precisamente, con el arbitraje internacional. A este punto volveremos *infra*.

Lo que sí es necesario reconocer, desde ahora, es que la Ley significó un gran avance en materia arbitral para el sistema venezolano. En tal sentido, lo primero que habría que referir es la unificación de las nociones de cláusula arbitral y compromiso, muy bien diferenciadas en el Código de Procedimiento Civil¹⁰, y ahora arropadas bajo la expresión acuerdo arbitral, y el reconocimiento de

⁹ Así ocurrió en el caso PepsiCola. Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 605, 9 de octubre de 1997. El texto de la sentencia y un comentario pueden verse en: Hernández-Bretón, Eugenio, “Lo que dijo y no dijo la sentencia Pepsi Cola”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, 1998, n.º 109, p. 141 ss.

¹⁰ En el marco de nuestro Código de Procedimiento Civil vigente, al diferenciarse claramente dos situaciones en las cuales las partes pueden someter sus asuntos a la decisión de un Tribunal arbitral, se da cabida a esta distinción. En este sentido, si las partes se encuentran en juicio, el compromiso se formalizará en el expediente de la causa y en él expresarán las partes aquellos asuntos que deseen someter a arbitraje, si no constaren ya en juicio, además del número y nombre de los árbitros, su carácter y las facultades que les confieren y lo que se acuerde en relación con el procedimiento. La otra situación es que las partes no estuvieren en juicio, caso en el cual han de establecer su compromiso en un documento auténtico, en el cual expresarán las circunstancias antes mencionadas (art. 608 CPC). (Ver: RENGEL ROMBERG, 1999, p. 15 ss., especialmente p. 43).

sus efectos, en el sentido de entenderlo como exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria, en los términos del artículo 5 de la Ley.

Por otra parte, la Ley de Arbitraje establece un criterio de arbitrabilidad mucho más claro que el manejado por el artículo 608 del Código de Procedimiento Civil¹¹, tanto desde el punto de vista objetivo, en el artículo 3¹², como desde el punto de vista subjetivo en el artículo 4 al referirse al arbitraje con entes del Estado¹³. Además, la Ley dispone de manera expresa los principios de *Kompetenz-Kompetenz* y de separabilidad del acuerdo, en los artículos 7 y 25¹⁴, ninguno de ellos

¹¹ Art. 608, encabezamiento: “Las controversias pueden comprometerse en uno o más árbitros en número impar, antes o durante el juicio, con tal de que no sean cuestiones sobre estado, sobre divorcio o separación de los cónyuges, ni sobre los demás asuntos en los cuales no cabe transacción”.

¹² Art. 3. “Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.

Quedan exceptuadas las controversias:

a) Que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme;

b) Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público;

c) Que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas;

d) Relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial; y

e) Sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme”.

¹³ Art. 4: “Cuando en un acuerdo de arbitraje al menos una de las partes sea una sociedad en la cual la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, se requerirá para su validez de la aprobación de todos los miembros de la Junta Directiva de dicha empresa y la autorización por escrito del ministro de tutela. El acuerdo de arbitraje especificará el tipo de arbitraje y el número de árbitros, el cual en ningún caso será menor de tres (3)”.

¹⁴ Art. 7: “El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje”.

Art. 25. “El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia

presente en el Código de Procedimiento Civil.

Por otra parte, la Ley dio un impulso importantísimo al arbitraje institucional, al establecer normas para la creación de centros de arbitraje y otorgar esa facultad creadora a las cámaras de comercio, a las universidades y a demás instituciones afines. Como resultado de ello, tanto el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas¹⁵ –creado en 1998– como el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, CEDCA¹⁶ –creado en 2001– han jugado un rol fundamental en el desarrollo del arbitraje en Venezuela.

Otra cuestión para destacar tiene que ver con el establecimiento de un procedimiento bastante flexible. Cuando se observan algunas regulaciones en Derecho comparado latinoamericano, se nota cierto apego a normas procesales. Así ocurre, por ejemplo, en el caso del Estatuto de Arbitraje Nacional y Arbitraje Internacional de Colombia¹⁷, en cuyo procedimiento se puede observar cierto reflejo del proceso ordinario regulado en el Código General del Proceso¹⁸. La Ley venezolana, en cambio, asume gran flexibilidad en el proceso arbitral, hay gran respeto a la voluntad de las partes en su diseño y esa libertad se refleja, de alguna manera, en el contenido de los reglamentos de los centros de arbitraje en Venezuela.

Dentro de esta flexibilidad, se reconoce el poder cautelar del árbitro, quien, aunque requiere auxilio judicial para su ejecución,

competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá ser presentada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la primera audiencia de trámite.

Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, conocer una excepción presentada fuera del lapso si considera justificada la demora”.

¹⁵ <<https://arbitrajeccc.org/>>.

¹⁶ <<https://cedca.org.ve/>>.

¹⁷ Ley 1563 de 2012 (julio 12), por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, *Diario Oficial* n.º 48.489, 12 de julio de 2012.

¹⁸ Ley 1562 de 2012 (julio 12), por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, *Diario Oficial* n.º 48.489, 12 de julio de 2012.

puede decretar tales medidas (art. 26) y además se permitió que, por su propia voluntad, las partes puedan prescindir de la motivación del laudo (art. 30). Esto último sí dio lugar a muchas discusiones entre la doctrina y hay todavía quien sostiene que esta norma es inconstitucional puesto que la motivación es un Derecho humano y se alega la imposibilidad de controlar el laudo cuando no hay motivación (ver discusiones en: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, 2016, p. 229 ss.). Cuestión esta última con la que no estamos de acuerdo pues el expediente arbitral serviría para controlar posibles vicios.

La Ley establece el recurso de nulidad como el único medio del control del laudo dictado en Venezuela y, aunque no se pronuncia sobre la posibilidad de renunciar a él, la doctrina, con alguna excepción (BORJAS, 1973, p. 85), ha afirmado que ha de atenderse a la voluntad de las partes, al menos respecto de las causales susceptibles de disposición (MEZGRAVIS; CARRILLO; SAGHI, 2013, p. 503 ss., especialmente p. 513). El Código de Procedimiento Civil establecía unas normas sobre nulidad con causales muy genéricas, mientras que la Ley establece causales taxativas, el tiempo para la interposición del recurso y la autoridad competente para conocer de él (arts. 43 a 47). La Ley, además, refiere solo dos posibilidades de control del laudo, en función del lugar en el que haya sido dictado, de manera que si el laudo fue dictado en Venezuela contra el procedería el recurso de nulidad; si, en cambio, el laudo fue dictado en el extranjero, entonces deberá ser objeto de reconocimiento y ejecución. A esto último volveremos más adelante.

Paralelamente a este desarrollo interno, Venezuela es parte de los más importantes tratados en materia de arbitraje comercial internacional. Destacan, en particular, la Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York)¹⁹ y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá)²⁰. A estas dos convenciones especiales hemos de añadir

¹⁹ Nueva York, 1958. Publicada en *Gaceta Oficial* n.º 4.832 Extraordinario, 29 de diciembre de 1994.

²⁰ Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional

el Acuerdo Boliviano sobre Ejecución de Actos Extranjeros²¹ y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (Convención de Montevideo)²².

II LA LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL: ¿ACEPTACIÓN DEL MONISMO?

Como hemos afirmado antes, la Ley de Arbitraje Comercial no se refiere expresamente al arbitraje comercial internacional. Sin embargo, cuando el primer Proyecto se presentó al entonces Congreso de la República, contenía normas relativas al arbitraje comercial internacional. De hecho, en su artículo 2, el citado proyecto incorporaba la definición de arbitraje internacional en los términos del artículo 1.3 de la Ley Modelo y en su Exposición de Motivos reconocía expresamente que, “el objetivo de esta Ley es establecer normas sobre arbitraje comercial, tanto nacional como internacional [...] es crear condiciones que den seguridad jurídica a los inversionistas nacionales y extranjeros”. Incluso, este texto reconocía como uno de sus objetivos “abrir para Venezuela la oportunidad de ser foro de arbitrajes internacionales [...], por la vía de la adopción de reglas de arbitraje comercial internacional”²³.

Luego, por sugerencia de la Comisión Permanente de Economía de la Cámara de Diputados, el entonces Congreso de la República decidió eliminar el artículo 2 del Proyecto, en el entendido que tal eliminación no afectaba el espíritu de la Ley (SÁNCHEZ PALENCIA, 2005, p. 53). Sin embargo, este silencio constituyó un punto de separación de la Ley venezolana respecto de la Ley Modelo, y provocó que muchos autores, luego de promulgada la

Privado, Panamá, 1975, publicada en la *Gaceta Oficial* n.º 33.170, 22 de febrero de 1985.

²¹ Caracas, 1911. *Gaceta Oficial* n.º 15.013, 7 de octubre de 1913.

²² Segunda Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1979, *Gaceta Oficial* n.º 33.144, 15 de enero de 1985.

²³ Texto reproducido en la *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello*, 1998, n.º 52, p. 411-413.

Ley, se preguntaran si esta regulaba el arbitraje internacional o, por el contrario, este instrumento se limitaba a la reglamentación del arbitraje interno.

Al respecto James Otis Rodner, quien fue proyectista de la Ley, afirmó que la Ley de Arbitraje Comercial se aplicaría a los arbitrajes llevados a cabo en Venezuela, fueran internos o internacionales, siendo irrelevante, a tales efectos, el lugar del domicilio de las partes o el lugar de ejecución del contrato (RODNER, 2000, p. 7). Sánquiz llegó a una conclusión semejante a partir del hecho de que la Ley no excluyó expresamente el arbitraje internacional, además recordó que el proyecto original regulaba el arbitraje internacional, razón por la cual este no debería considerarse excluido (SÁNQUIZ PALENCIA, 2005, p. 55).

Maekelt, por su parte, comenzó por afirmar que la inclusión en la Ley venezolana de normas sobre la aplicación preferente de los tratados (art. 1), el lugar del arbitraje (art. 9); el idioma (art. 10); la Ley aplicable al acuerdo arbitral (49.g) y las normas sobre reconocimiento y ejecución del laudo (arts. 48 y 49) constituye un indicio para entender que, en efecto, nuestra Ley sí regula el arbitraje internacional. Sin embargo, la propia autora reconoce las innegables falencias de la Ley respecto del arbitraje internacional: la Ley no se ocupó de regular los temas relativos a la propia calificación de la internacionalidad del arbitraje; a la nacionalidad de los árbitros y a su recusación; al poder cautelar del árbitro en el arbitraje internacional; y, desde luego, a los temas de Derecho aplicable al arbitraje (MAEKELT, 1999, p. 273 ss., especialmente p. 291-295). Rengel Romberg (1999, p. 48-51) también fundamenta su opinión favorable a la regulación del arbitraje internacional por la Ley, en las normas sobre eficacia extraterritorial de laudos.

A pesar de algunas opiniones contrarias²⁴, en otras oportunidades nos hemos mostrado favorables a la aplicación de

²⁴ Para Guerra Hernández (2001, p. 45 ss., especialmente p. 58-59), por ejemplo, las normas referidas no son suficientes para afirmar que la Ley de Arbitraje regula el arbitraje internacional.

la Ley al arbitraje internacional²⁵. Tal posición se fundamenta en la admisión, por parte de nuestro sistema, de una regulación monista para el arbitraje, al no establecer diferencia alguna –como ocurre por ejemplo con los sistemas colombiano, argentino o uruguayo– en la regulación del arbitraje interno y el internacional (en este sentido: SANTANA PÉREZ; VILLAROEL, 2019, p. 613 ss., especialmente p. 614). Para Ochoa resulta obvia tal circunstancia (OCHOA MUÑOZ, 2005, p. 241 ss., especialmente p. 246). Lo mismo puede decirse de Hernández-Bretón (2017, p. 1063 ss., especialmente p. 1.064).

III INTERNACIONALIDAD DEL ARBITRAJE

Tal como hemos afirmado, la norma que califica al arbitraje como internacional fue excluida de la versión definitiva de la Ley, lo cual ha abierto algunas discusiones en la doctrina. Al respecto, Maekelt se muestra favorable a la calificación del arbitraje como internacional, a partir de criterios amplios, tomando como ejemplo la calificación que, de arbitraje internacional, contiene la propia Ley Modelo, de manera que –afirma acertadamente Maekelt– “[...] cualquier elemento de conexión extranjero en relación a una controversia que se desea someter al arbitraje o la conexión foránea de este último son determinantes para considerarlo internacional.” (MAEKELT, 1999, p. 277).

En todo caso, en Venezuela el análisis de la internacionalidad del arbitraje pasa, necesariamente, por una referencia a la decisión de la Sala Político-Administrativa en el caso *PepsiCola*²⁶. Aunque esta decisión no se refiere directamente a la internacionalidad del arbitraje, sino más bien a la imposibilidad de acudir a arbitraje fuera de Venezuela, en los casos en los cuales la controversia verse sobre una relación de carácter doméstico²⁷, resulta esencial para nuestro

²⁵ Es la opinión que hemos sostenido en: MADRID MARTÍNEZ, 2020, p. 1267 ss., especialmente p. 1.277.

²⁶ Ver datos en nota n.º 7.

²⁷ En efecto, en esta sentencia, la Sala empieza por reconocer, a partir de los artículos II.1 de la Convención de Nueva York y 1 de la Convención de Panamá,

análisis debido a que en la misma se parte de una concepción amplia de la internacionalidad de los contratos y se admite, además, la tesis económica para realizar tal calificación.

En efecto, para calificar contrato como internacional, y así admitir la validez del acuerdo por el cual las partes decidieron someterse a arbitraje en el extranjero, la Sala se inclinó hacia una calificación amplia que exceda los límites de un análisis puramente jurídico y considere también los aspectos económicos de la situación discutida. Así, dejando un poco de lado los contactos objetivos del contrato con ordenamientos extranjeros, la Sala toma en consideración que “[...] el objeto y el renombre mundial de las marcas que identifican los productos a ser comercializados en Venezuela tiene forzada incidencia en el comercio internacional”, razón por la cual, acogiendo el llamado criterio económico, consideró que se trataba de un contrato de carácter internacional, con relación al cual resultaba válida la sumisión a un Tribunal arbitral en el extranjero.

A partir de esta decisión podemos afirmar que la internacionalidad del arbitraje ha de ser considerada mediante criterios amplios entre los cuales se considera particularmente el criterio económico. Así las cosas, solo sería calificado como doméstico un arbitraje cuyos elementos estén todos ubicados en territorio venezolano.

IV PROBLEMAS DE DERECHO APLICABLE

Los temas de Derecho aplicable, como hemos adelantado, fueron silenciados por la Ley de Arbitraje y este silencio se ve agravado por la exclusión que hizo la Ley de Derecho Internacional Privado²⁸ de los temas relativos al arbitraje. En efecto, la Ley de

que “[...] Venezuela se ha obligado a reconocer el acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de un negocio mercantil **internacional**, contractual o no, concerniente a un asunto que puede ser resuelto por arbitraje” (resaltado nuestro).

²⁸ *Gaceta Oficial* n.º 36.511, 6 de agosto de 1998.

Derecho Internacional Privado dispone, en su artículo 62, que “salvo lo dispuesto en el artículo 47 de esta Ley, todo lo concerniente al arbitraje comercial internacional se regirá por las normas especiales que regulan la materia”. El artículo 47 establece los casos en los cuales la jurisdicción venezolana no podrá ser derogada a favor de Tribunales extranjeros o de árbitros que decidan en el extranjero²⁹.

Como consecuencia de este silencio, la doctrina ha propuesto soluciones al problema del Derecho aplicable en el arbitraje, echando mano, en algunos casos, de las fuentes convencionales sobre la materia. Para analizar este problema, distinguimos cuatro aspectos en el arbitraje con relación a los cuales se plantea el tema del Derecho aplicable: arbitrabilidad del litigio; el acuerdo arbitral; el procedimiento arbitral y el fondo de la controversia. Veamos.

IV.1 DERECHO APLICABLE A LA ARBITRABILIDAD DEL LITIGIO

Por lo que respecta al Derecho aplicable a la arbitrabilidad del litigio hemos de reconocer en primer lugar que, siendo esta una cuestión demasiado compleja que toca las concepciones nacionales particulares es difícil, sino imposible, fijarla con exactitud en el texto de un tratado internacional (FOUCHARD, 1965, p. 107). Por ello, a lo máximo que se ha llegado es a establecer normas de conflicto que indiquen el ordenamiento jurídico competente para llevar a cabo tal determinación. En todo caso, para dar una respuesta certera, es necesario diferenciar si la determinación del Derecho aplicable a la arbitrabilidad del litigio está siendo hecha en sede arbitral o en sede jurisdiccional³⁰.

²⁹ Art. 47. “La jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos, según las disposiciones anteriores, no podrá ser derogada convencionalmente en favor de tribunales extranjeros, o de árbitros que resuelvan en el extranjero, en aquellos casos en que el asunto se refiera a controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, o se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano”.

³⁰ Seguiremos en este punto nuestro trabajo Madrid Martínez, 2006, p. 79 ss., especialmente p. 86-88. Ver: Racine (1999, p. 152 ss.)

Si el problema se plantea ante el árbitro, este puede recurrir tanto a normas estatales como a normas transnacionales. Si se decide por una norma estatal, puede elegir, en primer lugar, el ordenamiento jurídico competente para regular el acuerdo arbitral; respuesta que parece sumamente lógica si consideramos el principio de separabilidad del acuerdo. No obstante, es generalmente aceptado –y según veremos *infra* nuestro sistema no escapa a ello– someter el acuerdo al Derecho elegido por las partes, y estando la arbitrabilidad ligada a nociones de orden público, otorgar competencia al Derecho seleccionado por las partes puede ir en detrimento, justamente, de una norma imperativa que declare inarbitrable el litigio (RACINE, 1999, p. 153), por lo cual se hace necesario ser sumamente cuidadoso con la elección.

El árbitro puede, en segundo lugar, recurrir al Derecho del Estado donde se esté llevando a cabo el arbitraje. Aunque la doctrina no se muestra muy de acuerdo con este criterio debido a la autonomía del arbitraje, este ha sido aplicado en varias oportunidades por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC)³¹.

El criterio que parece gozar de mayor aceptación es la aplicación del Derecho del lugar de ejecución del laudo. Así se establece, al menos indirectamente, en los artículo 5.2.a de las Convenciones de Nueva York y Panamá y 49.f de la Ley venezolana, al disponer la posibilidad de denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo cuando según el Derecho del Estado de reconocimiento considere que el objeto de la controversia no es susceptible de solución por vía de arbitraje³². Aunque absolutamente lógica, esta

³¹ Así, en el caso ICC-Nº 6106 de 1988, el Tribunal arbitral, establecido en París, aplicó el Derecho francés a la arbitrabilidad del litigio, afirmando que “*les arbitres doivent aussi étudier l’arbitrabilité à la lumière du droit du lieu de l’arbitrage où pourrait être formé un recours en annulation de la sentence*”.

³² Fouchard (1977, p. 63 ss., especialmente p. 67) por ejemplo, considera la posibilidad de aplicar acumulativamente las normas vigentes en el lugar de ejecución de la sentencia y aquellas competentes para regir el acuerdo arbitral; solución que, sin duda, tiene las complicaciones propias del fraccionamiento de la relación jurídica y la consecuente posibilidad de tener que recurrir al método de la adaptación.

solución presenta un gran inconveniente: en todo caso, el árbitro deberá considerar –adivinar– el Derecho del lugar –probable– de ejecución del laudo, so pena de dictar un laudo inejecutable. Es fácil entender la dificultad de esta solución.

Ahora bien, con el fin de evitar las complicaciones propias del funcionamiento del sistema conflictual, se ha propuesto la posibilidad de que el árbitro recurra a normas transnacionales que le ofrecerán, de manera directa, los criterios para considerar como arbitrable una controversia determinada. La patrimonialidad y la disponibilidad de los derechos en causa suelen citarse como ejemplos. Racine sugiere, incluso, la existencia de un orden público transnacional en materia de arbitrabilidad que, similar al orden público en el Derecho interno, no permita derogar la jurisdicción estatal o que, similar al orden público en Derecho internacional privado, haga que el árbitro descarte un ordenamiento jurídico que considere la controversia en cuestión como arbitrable (RACINE, 1999, p. 165-166).

Por ejemplo, la limitación impuesta a las personas jurídicas regidas por un régimen de Derecho público, para acudir a la sede arbitral, se presenta como un principio generalmente aceptado. Nuestro legislador no ignoró esta circunstancia y consagró este límite en los artículos 4 y 50 de la Ley de Arbitraje Comercial imponiendo que, previa autorización, en tales casos el Tribunal arbitral esté compuesto por no menos de tres árbitros.

Finalmente, puede ocurrir que el problema de la arbitrabilidad se presente ante el juez estatal, quien deberá proceder a tal determinación, bien al momento de la ejecución del acuerdo arbitral, bien por un recurso de nulidad contra el laudo o, finalmente, con miras a su reconocimiento y ejecución. En los tres casos, el juez estará generalmente llamado a aplicar su propio Derecho. En efecto, estando la arbitrabilidad ligada a conceptos de orden público, no parece viable que el juez esté dispuesto a considerar un Derecho extranjero.

IV.2 DERECHO APLICABLE AL ACUERDO ARBITRAL

En la determinación del Derecho aplicable a la validez del acuerdo arbitral han de tomarse en cuenta, tanto los aspectos formales, como los de fondo. En lo que respecta a los temas de fondo, la doctrina, a partir de la causal para rechazar el reconocimiento o la ejecución de un laudo dictado en el extranjero, contenida en el artículo 49.g de la Ley venezolana, norma de conformidad con la cual, el laudo será rechazado cuando “[...] el acuerdo de arbitraje no sea válido en virtud de la Ley a la cual las partes lo han sometido”. A pesar de que la fuente de inspiración de esta norma es el artículo 36.1.a.i de la Ley Modelo, la Ley venezolana no incluyó la referencia al Derecho aplicable al acuerdo en defecto de elección, cuestión que es resuelta tanto por la Ley Modelo, como por los artículos 5.1.a de las Convenciones de Nueva York y Panamá, con una remisión al Derecho del Estado en que se haya dictado el laudo. El silencio de la Ley nos conduce a afirmar la aplicación del Derecho del lugar en el cual el laudo ha de ser dictado, en calidad de principio generalmente aceptado extraído de las soluciones convencionales citadas (esta solución es aceptada en: HERNÁNDEZ BRETÓN, 1999, p. 61 ss., especialmente p. 70; SÁNQUIZ PALENCIA, 2005, p. 171).

Ahora bien, se ha admitido que la elección del Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje puede ser expresa o tácita; y en el caso de la elección tácita el Derecho aplicable al fondo del arbitraje puede entrar a jugar un papel importante a pesar del principio de separabilidad del acuerdo. En efecto, tal como afirma Sánquiz Palencia, “la cláusula de elección del Derecho aplicable al contrato principal puede ser considerada como uno de los elementos que permitirán al árbitro determinar la existencia de una elección tácita del Derecho aplicable al acuerdo arbitral”. No obstante, tal como acertadamente apunta la autora, este es solo uno de los elementos a considerar; además habría que tener en cuenta la conducta de las partes durante el proceso de negociación y ejecución del contrato, así como las demás cláusulas contractuales (SÁNQUIZ PALENCIA, 2005, p. 163).

Por otra parte, la aplicación, en ausencia de elección, del Derecho del lugar donde se dictó el laudo conduce a una interrogante: ¿dónde debe entenderse efectivamente dictado el laudo? Al respecto, algunos estiman que el laudo se dicta en el lugar en que se firma; otros, en cambio, afirman que el laudo es dictado en el lugar indicado en su propio texto, independientemente del lugar en que se hubiere firmado (ver doctrina citada en: SÁNQUIZ PALENCIA, 2005, p. 169). En Venezuela, de conformidad con la parte final del artículo 30 de la Ley de Arbitraje Comercial, “el laudo se reputará dictado en el lugar del arbitraje”.

La validez formal del acuerdo, por su parte, está regulada en nuestro sistema mediante normas materiales que establecen directamente la manera en que ha de exteriorizarse la voluntad de las partes de someterse a arbitraje³³. Así, de conformidad con el artículo II.2 del Convenio de Nueva York “la expresión ‘acuerdo por escrito’ denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”. De forma similar la Convención de Panamá, en su artículo 1 *in fine*, entiende que “el acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex”.

Por su parte, la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, dándole más importancia a la voluntad que a la forma, dispone en su artículo 6 que el acuerdo arbitral deberá constar por escrito “[...] en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje [...]”. La norma también admite que el acuerdo esté en el mismo contrato o en un instrumento separado

En cuanto a la expresión “por escrito”, la jurisprudencia ha entendido, acertadamente, que la misma incluye, al lado del documento tradicional, la declaración de voluntad mediante otros medios telemáticos³⁴. Además, como una manifestación particular

³³ El recurso al método conflictual en esta materia ha sido muy criticado por resultar artificial e inconveniente. Ver: Gaillard; Savage (1999, p. 369).

³⁴ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 1067, 3 de noviembre de 2010, (*Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A., solicitud*

del principio de equivalencia funcional reconocido en el artículo 4 de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas³⁵, en el caso UNISEGUROS se dejó claro que el acuerdo puede provenir de un intercambio de mensaje de datos³⁶.

El propio artículo 6 establece, además, un elemento importante: la protección en contratos de adhesión, en los cuales el acuerdo debe expresarse de manera separada. En efecto, para garantizar que el acuerdo incluido en un contrato predeterminado por una sola de las partes sea fruto de la expresión de la voluntad libre y sana de la parte que acepta el contrato y que no se trata de una imposición, la Ley requiere que el acuerdo se pacte en un documento separado del contrato. Con fundamento en esta norma, el Tribunal Supremo ha rechazado acuerdos arbitrajes contenidos en conocimientos de embarque³⁷.

IV.3 DERECHO APLICABLE AL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Tal como ocurre con el acuerdo de arbitraje, la determinación del Derecho aplicable al procedimiento arbitral también depende de

de revisión de la sentencia n.º 687 de la Sala Político-Administrativa de 21 de mayo de 2009), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1067-31110-2010-09-0573.HTML>>.

³⁵ *Gaceta Oficial* n.º 37.148, 28 de febrero de 2001.

³⁶ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 01300, 8 de octubre de 2014, (*Aseguradora Nacional Unida UNISEGUROS, S.A. c. Americana de Reaseguros, S.A.*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/169515-01300-81014-2014-2013-0133.HTML>>.

³⁷ “[...] aun cuando el legislador privatista no hace mención especial a la derogación convencional de la jurisdicción en los contratos de adhesión, esta solo es permisible mediante un acuerdo de voluntades que podrá expresarse en forma independiente al conjunto de las normas prerredactadas, pero que evidencia ser el producto de la voluntad de todos los contratantes y no tan solo de uno de ellos [...]”. Ver: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 1252, 30 de mayo de 2000 (*Corporación El Gran Blanco C.A. vs. Nedlloyd Lijnen B.V. Rotterdam y Nedlloyd Maritime de Venezuela, C.A.*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/01252-300500-15341%20.HTM>>. En sentido similar, aunque en referencia a una cláusula de elección de foro: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 1359, 13 de junio de 2000 (*Molinos Carabobo C.A. (Mocasa) vs. Filippou Filippou*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/01359-130600-14878%20.HTM>>.

las normas sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. En efecto, de conformidad con el artículo 49.c de la Ley de Arbitraje, se podrá negar el reconocimiento o la ejecución del laudo “cuando la composición del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a la Ley del país donde se efectuó el arbitraje”. Esta norma se ajusta relativamente a los artículos 5.1.d de las Convenciones de Nueva York y Panamá. Estos últimos refieren una posibilidad omitida por la Ley venezolana: que la composición del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral hayan sido diseñados por las partes en el acuerdo arbitral, de manera que si estos no se ajustan al acuerdo también habrá lugar a negar el reconocimiento o ejecución.

En definitiva, en Venezuela se acepta que el procedimiento arbitral, incluida la composición del Tribunal arbitral, pertenecen al terreno de la voluntad de las partes (SÁNQUIZ PALENCIA, 2005, p. 204-205) quienes en uso de esa facultad pueden, bien establecer directamente el procedimiento, bien elegir el Derecho aplicable al mismo. En defecto de esta elección es que podrá recurrirse al Derecho del lugar del arbitraje. Sin embargo, Hernández Bretón sostiene que es poco probable que un Tribunal venezolano reconozca o ejecute un laudo arbitral extranjero si el procedimiento arbitral no respeta las normas imperativas del Estado en el que se llevó a cabo el arbitraje y, añade, que el acuerdo de las partes también estará limitado por esas normas imperativas del lugar del arbitraje (HERNÁNDEZ BRETÓN, 2017, p. 1.070).

IV.4 DERECHO APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

En materia de Derecho aplicable al fondo de la controversia, la Ley se conformó con reproducir, en el artículo 8, la parte final del artículo 25 de la Ley Modelo, ordenando al árbitro tener siempre en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres del lugar, pero no hace referencia al Derecho aplicable, lo cual habría sido ciertamente conveniente. No obstante, hemos de destacar la ayuda de las disposiciones correspondientes de los reglamentos

de los centros de arbitraje. En efecto, tanto el Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (2016)³⁸ como el Reglamento de Conciliación y Arbitraje del CEDCA (2020)³⁹ facultan a las partes para designar el Derecho aplicable y en ausencia de elección, ambos admiten la aplicación del Derecho que el Tribunal arbitral considere más “apropiado”. Además, ambos ordenan tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles aplicables.

Gonzalo Parra Aranguren ha interpretado el silencio de la Ley como una admisión de la posibilidad para los árbitros de “decidir el caso como consideren más apropiado” (PARRA ARANGUREN, 2000, p. 57 ss., especialmente p. 68). Sánquiz Palencia, por su parte, se muestra favorable a la aceptación de la autonomía conflictual, tanto en materia de obligaciones contractuales, como en el caso de obligaciones extracontractuales. La autora fundamenta su opinión en la consideración de la autonomía conflictual como un principio de general aceptación en el Derecho comparado. Además, tratándose de una elección mediante una cláusula contractual, esta estaría cubierta por el ya citado artículo 8 de la Ley de Arbitraje Comercial (SÁNQUIZ PALENCIA, 2005, p. 140).

³⁸ Art. 59. “Normas Jurídicas Aplicables al Fondo del Litigio. Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el Tribunal Arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. A falta de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas.

En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles aplicables”.

³⁹ Art. 34. “Normas aplicables al fondo de la controversia

34.1. El Tribunal Arbitral aplicará al fondo de la controversia el derecho que las partes hayan convenido. Si las partes no convinieren en el derecho aplicable, el Tribunal Arbitral aplicará el derecho que juzgue apropiado.

34.2. El Tribunal Arbitral decidirá en equidad (*ex aequo et bono*) solo si las partes lo han autorizado expresamente para ello, y si el derecho aplicable al procedimiento arbitral permite este tipo de arbitraje.

34.3. En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles de general aceptación aplicables al caso”.

V RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DEL LAUDO EXTRANJERO EN VENEZUELA

Entender el funcionamiento de las normas sobre reconocimiento y ejecución de laudos en Venezuela pasa, necesariamente, por la determinación de los laudos que pueden ser objeto de tal reconocimiento. En este sentido, la Ley Modelo parte de la diferencia entre laudos internacionales y los laudos internos, pues este instrumento tiende a un tratamiento uniforme de los laudos arbitrales, independientemente del país en el cual hayan sido dictados, “en consecuencia, el reconocimiento y la ejecución de los laudos ‘internacionales’, sean ‘extranjeros’ o ‘nacionales’, deberían regirse por las mismas disposiciones” (NACIONES UNIDAS, 2008, p. 39-40).

Es necesario tener en cuenta que, si entendemos que la Ley venezolana asume la concepción de la Ley Modelo, estaríamos en un escenario semejante al que plantean los sistemas colombiano y argentino, de manera que los laudos dictados en Venezuela en un arbitraje internacional serían susceptibles de reconocimiento y ejecución, en los términos del artículo 48 de la Ley de Arbitraje.

Sin embargo, no creemos que los laudos dictados en Venezuela para resolver arbitrajes internacionales, en los términos antes señalados, puedan ser objeto de reconocimiento. En nuestra opinión –y así lo hemos afirmado *supra*–, la Ley marca una línea fundamental al establecer que solo hay dos posibilidades para controlar el laudo: el recurso de nulidad si el laudo se ha dictado en Venezuela, y el reconocimiento y la ejecución si se ha dictado en el extranjero (MADRID MARTÍNEZ, 2020, p. 1.276).

De hecho, al referirse al Acuerdo Boliviano, Parra Aranguren destacó la importancia de que se tratase de un laudo dictado fuera de Venezuela. En efecto, entender que es necesario que la decisión a reconocer sea dictada en el extranjero –afirma el autor–

[...] tiene particular importancia respecto de los laudos arbitrales por cuanto, desde una perspectiva teórica, su extranjería [entendemos

que en el sentido de internacionalidad] puede depender de uno cualquiera de los siguientes elementos: la nacionalidad de los árbitros; la nacionalidad o el domicilio de las partes; el lugar del arbitraje; la ley aplicable al procedimiento arbitral o el objeto de la controversia. De todas las anteriores posibilidades fue escogido el lugar de su pronunciamiento como determinante para la vigencia del Convenio (PARRA ARANGUREN, 1976, p. 49).

La limitación del reconocimiento y la ejecución a que se refiere el artículo 48 de la Ley al caso de los laudos dictados en el extranjero se fundamenta en que, tal como afirma Escovar Alvarado, el derecho a recurrir consagrado por el artículo 49 de la Constitución de la República, no es extensible al resultado de los procedimientos llevados ante autoridades –judiciales o arbitrales– localizadas en el extranjero. Ello a pesar de que, según señalaremos más adelante, en Venezuela se haya admitido el recurso de amparo contra laudos dictados fuera de nuestro país (ESCOVAR ALVARADO, 2010, p. 783 ss., especialmente p. 785).

Nuestra Ley se separa, entonces, de la idea asumida por la Ley Modelo que distingue el arbitraje interno del internacional y se centra, más bien, en el lugar donde se dicta el laudo, distinguiendo entre laudos nacionales y laudos extranjeros. En Venezuela, autores como Maekelt (1999, p. 292), Rodner⁴⁰ y Hung Vaillant (2001, p. 323), se han mostrado favorables a esta interpretación.

No obstante, otros autores admiten la posibilidad de aplicar estas normas sobre reconocimiento y ejecución a los laudos dictados en Venezuela, en los casos en que se trate de arbitrajes internacionales, y fundamentan su opinión en el artículo I.1 de la Convención de Nueva York (OCHOA MUÑOZ, 2005, p. 248), pues esta norma, luego de disponer la aplicación de la Convención a “[...] sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias[...]”, admite que también podrá aplicarse a “[...] las sentencias arbitrales que no

⁴⁰ “Les sentences rendues dans des arbitrages tenus en dehors du Venezuela sont considérées comme des sentences étrangères.” (RODNER, 2000, p. 8).

sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución”, lo cual se ha entendido, justamente, como una referencia a los laudos dictados, en el Estado de reconocimiento, con ocasión de arbitrajes internacionales.

En nuestra opinión esta posibilidad encontraría un obstáculo en el hecho de que Venezuela, cuando adhirió la Convención de Nueva York, hizo una declaración de manera que “[...] solo aplicará la presente Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante”⁴¹. Esta declaración es reconocida en el caso PepsiCola, cuando el juzgador declara que, en Venezuela, la Convención de Nueva York se aplica únicamente a sentencias arbitrales extranjeras, entendiendo por tales “las dictadas en el territorio de otro Estado contratante”.

Esta declaración, si bien referida al ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York, es demostrativa de la posición del Estado venezolano respecto del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, lo cual es de hecho reafirmado en el caso PepsiCola, con lo cual, hemos de concluir que Venezuela se separó en este aspecto de la Ley Modelo y que, en nuestro país, solo los laudos extranjeros –los dictados fuera de Venezuela– son susceptibles de reconocimiento y ejecución en los términos del artículo 48 de la Ley de Arbitraje Comercial.

Ahora bien, la Ley venezolana acepta la procedencia de un reconocimiento automático del laudo arbitral. La aceptación de tal reconocimiento automático conjuga, por una parte, el principio pro arbitraje que se ha venido desarrollando jurisprudencialmente en Venezuela, y, por la otra, el llamado derecho al reconocimiento, ampliamente conocido en materia de sentencias judiciales y que no debería haber problema en aceptar en materia de arbitraje. Veamos.

En primer lugar, el principio pro arbitraje parte de la

⁴¹ En sentido similar se pronuncia Hernández Bretón (2017, p. 1.064), para quien “a *‘foreign arbitral award’ is an award issued in the territory of a contracting State other than the State in which recognition is sought*”.

concepción de la Sala Constitucional de nuestro Tribunal Supremo, según la cual existe un derecho fundamental al arbitraje, es decir, el arbitraje no es un mero descongestionador de la jurisdicción ordinaria, sino que es una herramienta fundamental que contribuye a garantizar el derecho a una tutela efectiva. El arbitraje no es excepcional, es una forma de administración de justicia, con lo cual las partes tienen derecho a someterse a un proceso arbitral que sea accesible, imparcial, idóneo, transparente, autónomo, independiente, responsable, equitativo y sin dilaciones o formalismos inútiles. El arbitraje está, de alguna manera, vinculado al artículo 26 de la Constitución y garantiza administración de justicia. No obstante, aclara la Sala, el reconocimiento de este principio no implica, en modo alguno, promover un sistema de sustitución de la jurisdicción ordinaria⁴².

El arbitraje, ha reconocido la Sala Constitucional “[...] es un derecho fundamental de rango constitucional. Se trata del tema del derecho de acceso a la justicia, de acceso a los órganos del sistema nacional de justicia y a la tutela judicial efectiva, previstos en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”⁴³.

Con estas reflexiones, el alto Tribunal reconoce el rol del arbitraje como un vehículo para garantizar la tutela efectiva.

⁴² Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 192, 28 de febrero de 2008, (*Bernardo Weininger et al., en nulidad por inconstitucionalidad del artículo 87, ordinal 4, de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/192-280208-04-1134.HTM>>.

⁴³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 0702, 18 de octubre de 2018, (*Centro de Arbitraje de la Cámara De Caracas, remisión de copia certificada del laudo arbitral dictado el 15 de septiembre de 2016 por instrucciones del Tribunal Arbitral, en cumplimiento a lo establecido en los artículos 25.12 y 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en virtud de la desaplicación por control difuso del literal “j” del artículo 41 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial, que prohíbe el arbitraje en materia de arrendamiento de inmuebles destinados al uso comercial*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/301753-0702-181018-2018-17-0126.HTML>>.

Pero tengamos en cuenta que esa tutela no solo se brinda en la etapa de decisión, es decir, al permitir al árbitro cumplir con la función jurisdiccional de conocer y decidir las controversias que le sean planteadas. La tutela también puede brindarse en sede de reconocimiento (tal es la expresión utilizada por VIRGÓS SORIANO; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, 2000, p. 30), al admitirse la necesidad de garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio, incluso cuando tales situaciones vengan constituidas o reconocidas por un laudo arbitral. Con fundamento en esta necesidad, los diversos ordenamientos jurídicos han construido sistemas que permiten la circulación de decisiones y laudos extranjeros, sin dejar de lado la protección de su propio sistema.

Así las cosas, la circulación de los laudos –entendida siempre como más sencilla que la circulación de sentencias judiciales, siendo incluso calificada como una de las ventajas del arbitraje– materializa también la tutela en sede de reconocimiento, con lo cual, tal como ocurre en materia de eficacia extraterritorial de sentencias, ha de entenderse que, una vez proferido el laudo arbitral, las partes tienen derecho a que el mismo sea reconocido en Estados distintos de aquel en el cual fue proferido.

En nuestra opinión, siendo que mediante el arbitraje se alcanza también la tutela efectiva de los derechos de las partes, no debe haber problema en trasladar el principio del derecho fundamental al reconocimiento de las sentencias extranjeras a los laudos arbitrales dictados en el extranjero. La admisión de un derecho al reconocimiento en materia de laudos arbitrales, como hemos adelantado, fundamenta el reconocimiento automático establecido en el artículo 48 de la Ley de Arbitraje.

Ahora bien, ese reconocimiento automático implica que el laudo se entiende como “vinculante e inapelable”. Que el laudo sea vinculante implica, para utilizar los términos del artículo 31 de la Ley de Arbitraje, que una vez dictado y notificado a las partes este será de obligatorio cumplimiento para ellas, “[...] como si se tratara de una sentencia judicial venezolana” (MEZGRAVIS, 1999, p. 205

ss., especialmente p. 212). Es importante tener en consideración que cuando las partes aprueban un acuerdo arbitral, no solo se comprometen a ir a arbitraje, sino que también se obligan a cumplir lo que decide el Tribunal arbitral. Este carácter vinculante, como hemos dicho, no depende de un procedimiento previo de reconocimiento.

Que sea inapelable supone que contra el laudo no cabe recurso alguno. Tengamos en cuenta que ni el recurso de nulidad, ni la revisión de los requisitos establecidos en el artículo 49 de la Ley a los efectos de la ejecución del laudo, implican una revisión de la decisión de fondo. Sin embargo, estando el arbitraje fundamentado en la voluntad de las partes, cuya fuerza alcanza incluso el diseño del procedimiento, es perfectamente posible que las propias partes decidan que el laudo será apelable, sea ante una instancia judicial, sea ante una instancia arbitral⁴⁴. El propio Tribunal Supremo, en Sala Civil, ha reconocido que “[...] el laudo que le ponga fin [a la controversia], si fuere de derecho, será inapelable, salvo pacto en contrario”⁴⁵.

Así, en primer término, si las partes lo deciden, el laudo puede ser apelable ante la jurisdicción ordinaria. Tal supuesto es reconocido cuando el artículo 321.4 del Código de Procedimiento Civil⁴⁶ dispone que el recurso de casación puede proponerse “contra las sentencias de los Tribunales Superiores que conozcan en apelación de los laudos arbitrales [...]”, cuando se cumplan los requisitos relativos a la cuantía. En segundo término, los cuestionamientos referidos a la no garantía de una segunda instancia en materia arbitral, han dado cabida a algunas opiniones favorables a la admisión de la llamada segunda instancia arbitral, la cual, desde luego, también dependería, exclusivamente, de la voluntad de las partes (RODRÍGUEZ, 2019, p. 1.259 ss.). La admisión de esta posibilidad vendría a constituir

⁴⁴ En tal sentido se han pronunciado, Hung Vaillant (2001, p. 215); Mezgravis (1999, p. 211).

⁴⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia n.º 82, 8 de febrero de 2002 (*Honover P.G.N. Compressor; C.A. contra Consorcio Cosacovenca*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/RC-0082-080202-00423-00532.HTM>>.

⁴⁶ *Gaceta Oficial* n. 4.209, Extraordinario, 18 de septiembre de 1990.

una garantía contra los errores cometidos por los árbitros y limitaría el control de los laudos a una instancia también arbitral, lo cual, en definitiva, fortalece el arbitraje.

Pero siendo la voluntad de las partes el fundamento para la procedencia del recurso de apelación contra el laudo arbitral – sea en sede judicial, sea en sede arbitral– en ausencia de esta ha de entenderse que el laudo es inapelable y la única forma de impugnación es el recurso de nulidad para los laudos dictados en Venezuela o la negativa de ejecución para los laudos dictados en el extranjero.

Ahora bien, reconocido el laudo arbitral dictado fuera de Venezuela, sin requerir procedimiento alguno, la parte interesada en su ejecución puede solicitarla directamente. Así lo dispone el artículo 48 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana cuando, luego de establecer que el laudo, cualquiera que sea el país en el que se haya dictado, será reconocido en Venezuela como vinculante e inapelable, dispone que el mismo será ejecutado, sin requerir exequátur –lo cual fue celebrado por la doctrina y calificado como “[...] uno de los grandes aportes de la Ley de Arbitraje Comercial [...]” (MAEKELT, 1999, p. 289). Ahora la ejecución procederá “[...] tras la presentación de una petición por escrito al Tribunal de Primera Instancia competente [...], según las normas que establece el Código de Procedimiento Civil para la ejecución forzosa de las sentencias”. Así, a diferencia del reconocimiento que, como hemos afirmado, procede de manera automática, la ejecución requiere de un trámite calificado como muy sencillo por la doctrina (HUNG VAILLANT, 2001, p. 323).

Tal procedimiento inicia con la solicitud hecha al Tribunal competente, la cual deberá estar acompañada de una copia del laudo certificada por el Tribunal arbitral, traducida al castellano, si fuere el caso. Debemos reconocer mucha mayor flexibilidad en el artículo 48 que en la versión de 1985 del artículo 35.2 de la Ley Modelo que exigía “[...] el original debidamente autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje [...] o copia debidamente certificada del mismo”. Esta

rigidez, desechada por la Ley venezolana, fue corregida en la revisión de 2006 de la Ley Modelo, que solo exige el original o copia del laudo y, si fuere necesario, una traducción del mismo. Según se lee en la Nota Explicativa, con este cambio se buscó “[...] liberalizar los requisitos formales y reflejar la enmienda introducida en el artículo 7, relativo a la forma del acuerdo de arbitraje” (NACIONES UNIDAS, 2008, p. 40).

Otro cambio que destaca entre las dos versiones del artículo 35.2 de la Ley Modelo tiene que ver con la necesidad de traducción. En efecto, mientras la versión de 1985 exigía una “traducción debidamente certificada” al idioma oficial del Estado de reconocimiento, la versión de 2006 se conforma con “una traducción del laudo a ese idioma”, con lo cual parece haberse dejado de lado el carácter certificado de la misma. El artículo 48 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, por su parte, requiere que el laudo esté acompañado de una “traducción al idioma castellano si fuere necesario”. Esta redacción de nuestra Ley parece sugerir que una traducción simple sería suficiente. Sin embargo, es muy probable que el juez, con fundamento en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, ordene que la traducción sea hecha por un intérprete público, o que, en defecto de este, sea hecha por un traductor nombrado por él, “quien prestará juramento de traducir con fidelidad su contenido”.

Bien, el procedimiento, tal como lo ordena el artículo 48 de la Ley de Arbitraje, se sigue de conformidad con las reglas sobre ejecución de sentencias del Código de Procedimiento Civil, con la particularidad de que en este proceso la parte contra la cual obra el laudo, o el propio juez de oficio en los casos permitidos, pueden alegar algunas de las causales para su negativa contenidas, según sea el caso, en la Convención de Nueva York, en la Convención de Panamá o en el artículo 49 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana.

La pregunta que nos hacemos en este punto es –considerando que este no es un procedimiento de exequátur, sino un procedimiento de ejecución llevado por un Tribunal de instancia– si contra esa

sentencia que ordena la ejecución del laudo arbitral dictado en el extranjero, o que la niega por verificarse alguna de las causales para ello, procede algún recurso. Escovar Alvarado, luego de reconocer el silencio del sistema sobre este punto, pone de manifiesto el hecho de que el Tribunal Supremo de Justicia ha rechazado, tradicionalmente, recursos contra decisiones que se pronuncien sobre la validez de laudos arbitrales⁴⁷. El fundamento de estas decisiones, tal como destaca el autor es la celeridad y simplicidad que deben caracterizar al arbitraje (ESCOVAR ALVARADO, 2010, p. 793).

Henríquez La Roche, por el contrario, parte de la idea según la cual, una decisión que niegue ejecución al laudo arbitral causa un gravamen irreparable y, por tal razón debe ser objeto de recursos ordinarios –apelación– y extraordinarios –casación. Además, el autor se fundamenta en que de conformidad con el artículo 288 del Código de Procedimiento Civil, “de toda sentencia definitiva dictada en primera instancia se da apelación, salvo disposición especial en contrario” y no existe, en materia de arbitraje, una disposición especial en contrario. Además, no sería lógico –sostiene Henríquez La Roche– dejar en manos de un Tribunal de primera instancia, la suerte de un arbitraje internacional (HENRÍQUEZ LA ROCHE, 2000, p. 325). Escovar Alvarado se muestra de acuerdo con esta posición y añade que la garantía de doble instancia apuntala la posibilidad de recurrir una decisión que niegue reconocimiento o ejecución a un laudo arbitral dictado en el extranjero (ESCOVAR ALVARADO, 2010, p. 793).

⁴⁷ Escovar Alvarado cita las siguientes sentencias: Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia n.º 082, 8 de febrero de 2002 (*Honover P.G.N. Compressor, C.A. c. Consorcio Cosacovenca*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/RC-0082-080202-00423-00532.HTM>>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia n.º 00874, 13 de agosto de 2004 (*Promotora E.P. 1697, C.A. c. Asociación Civil El Carrao*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/RH-00874-130804-04574.HTM>>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia n.º 01314, 9 de noviembre de 2004 (*Operaciones FF, C.A. contra sentencia dictada en el juicio seguido en su contra por Valores Venafin, S.A.*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/RC-01314-091104-031031.HTM>>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia n.º 00454, 29 de junio de 2006 (*Tensaven y Anclajes Venezolanos C.A. c. Giovanni Boldrin*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/RH-00454-290606-06396.HTM>>.

Aceptar esta tesis nos obliga a replantearnos las bondades de la eliminación del exequátur para hacer el control de los laudos dictados fuera de Venezuela. Entendemos que, sin duda, la ausencia de una disposición que excluya la procedencia de recursos en este caso daría paso a la aplicación del artículo 288 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, lo mismo podría decirse de la sentencia que se pronuncie sobre el recurso de nulidad contra un laudo dictado en Venezuela y hemos visto como el Tribunal Supremo se ha pronunciado en sentido contrario. En todo caso, pensando en una futura reforma de la Ley de Arbitraje, sería conveniente excluir expresamente el recurso de apelación en estos casos.

VI UN BALANCE: VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL MONISMO

Luego de la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial y, especialmente, luego del reconocimiento constitucional del arbitraje, ha surgido cierta tendencia en las diversas salas del Tribunal Supremo de Justicia judicial que, con la integración de lagunas de la Ley y la interpretación de sus normas ha ido construyendo un sistema que tiende a favorecer el arbitraje y a respetar la voluntad de las partes de acudir a este mecanismo. Aunque muchas de estas interpretaciones se han dado en el orden del arbitraje interno, la naturaleza monista de la Ley ha permitido al arbitraje internacional aprovecharse de ellas. Examinemos brevemente algunas de las ventajas y desventajas de esta tendencia.

En primer lugar, debemos reconocer que el haber dejado de lado toda mención expresa del arbitraje comercial internacional, entendiéndolo incluido en la regulación de la Ley, condujo a obviar la regulación de aspectos fundamentales como el relativo al Derecho aplicable, ya comentado, y también cuestiones procesales como la excepción de arbitraje y, en general, los efectos del acuerdo arbitral sobre la jurisdicción ordinaria.

No obstante, podría decirse que, al menos de un tiempo a esta parte, han sido más las ventajas. En efecto, el Alto Tribunal

ha reconocido que el arbitraje es un mecanismo independiente que además tiene remedios naturales de control, lo cual es de gran importancia, porque ha contribuido a desechar la idea de sustituir el recurso de nulidad del laudo arbitral, e incluso la denegación de reconocimiento y ejecución, por la acción de amparo. Tengamos en cuenta que, en Venezuela, recién entrada en vigencia la Ley de Arbitraje, se intentaron acciones de amparo, no solo contra laudos, sino también contra diversas actuaciones de los árbitros durante el proceso arbitral. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso *Venezolana de Televisión*, cuando la Sala Político-Administrativa admitió, en diciembre de 2001, una acción de amparo contra un acta de misión de un Tribunal arbitral y ordenó la citación de los árbitros⁴⁸. O en el caso *Consortio Barr*, en el que se admitió un amparo contra el laudo parcial que decidió la competencia del propio Tribunal arbitral y decidió algunas medidas cautelares⁴⁹. Quizá el caso más llamativo en esta materia fue el caso Castillo Bozo en el cual un Tribunal superior, en abril de 2013, decidió la acción de amparo contra un laudo dictado en sede de la Comisión Interamericana de Arbitraje por violación de orden público y anuló el laudo⁵⁰.

Lo que queremos destacar con la admisión de este principio pro arbitraje es que una de sus consecuencias fundamentales ha sido desechar esta idea de usar el amparo, cuando el recurso natural de control de los laudos dictados en Venezuela es el recurso de nulidad y

⁴⁸ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 2979, 18 de diciembre de 2001, (*Venezolana de Televisión*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/02979-181201-01-100.HTM>>.

⁴⁹ Esta decisión del Tribunal arbitral suscitó una cadena de acciones, incluida la de amparo ante Tribunales venezolanos que terminó, al menos en lo que al amparo se refiere, con la sentencia de la Sala Constitucional n.º 2635 de 19 de noviembre de 2004 (*Consortio Barr, S.A.*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/2635-191104-04-0163%20.HTM>>. Ver resumen del caso en: Hernández Bretón (2010, p. 389 ss., especialmente p. 399-401).

⁵⁰ Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sentencia 22 de abril de 2013, Gabriel Castillo Bozo, en amparo constitucional contra el laudo dictado por el Tribunal Arbitral constituido en la ciudad de Miami, Estado de Florida, de los Estados Unidos de América, conforme a las reglas del Centro Internacional de Resolución de Disputas (CIRD), el 13 de noviembre de 2012.

en el caso de los laudos dictados en el extranjero, el reconocimiento. Admitir el amparo contra laudo es violatorio del artículo 6 de la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales⁵¹ que establece que el amparo solo procede cuando no hay un recurso contra la decisión en cuestión.

Así lo ha reconocido la Sala Constitucional⁵², órgano que ha criticado en reiteradas oportunidades lo que ha llamado la “[...] la errónea sustitución del recurso de nulidad de un laudo arbitral, por un amparo constitucional que a todas luces resultaría inadmisibles a tenor de lo previsto en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales”⁵³.

⁵¹ *Gaceta Oficial* n.º 34.060, 27 de septiembre de 1988.

⁵² Ante una acción de amparo interpuesta, la Sala Constitucional, luego de ratificar que “Contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad” (art. 43 LAC), afirmó que para que pueda prosperar una acción de amparo contra el laudo, es necesario haber agotado el recurso natural de impugnación de la decisión de que se trate, en este caso, el recurso de nulidad. De tal manera, la Sala concluye estableciendo que “En el presente caso las accionantes no han expuesto motivo alguno que permita a esta Sala llegar al convencimiento de que el medio idóneo para lograr una efectiva tutela judicial era el amparo. Por el contrario, observa esta Sala que las accionantes disponían de una vía judicial ordinaria para atacar el laudo arbitral, como lo es el recurso de nulidad a que hace alusión el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial, en cuyo caso el recurrente puede lograr la suspensión de los efectos del acto mediante el otorgamiento de caución, en razón de lo cual la acción propuesta debe declararse inadmisibles [...], por cuanto las accionantes no agotaron la vía ordinaria, mediante el ejercicio del recurso de nulidad, de conformidad con el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales”. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 827, 23 de mayo de 2001, (*Grupo Inmensa, C.A. y la Corporación de Metales y Esmaltes Valencia, C.A.*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/827-230501-00-3203%20.HTM>>.

⁵³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 1541, 17 de octubre de 2008 (*Hildegard Rondón De Sansó, Álvaro Silva Calderón et al., recurso de interpretación del único aparte del artículo 258 de la Constitución*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.HTM>>. Expresión que vuelve a ser citada en: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 462, 20 de mayo de 2010, (*Gustavo E. Yélamo Lizarzábal en amparo contra el laudo emanado del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), el 11 de junio de 2009 y notificado el 3 de julio del 2009*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/462-20510-2010-10-0080.HTML>>.

Esta tendencia general favorable al arbitraje se encontró, sin embargo, con un obstáculo bastante peligroso y que ha sido denunciado por la doctrina en Venezuela. En efecto, en sentencia de febrero de 2020, la Sala Constitucional decidió, ante la solicitud de una de las partes, solicitar al CEDCA el expediente arbitral, suspender el procedimiento y avocarse, ello por considerar la posible violación de garantías constitucionales, en particular, la soberanía alimentaria⁵⁴.

Ahora bien, la jurisprudencia también ha ratificado el poder cautelar del árbitro, admitiendo que el auxilio judicial es solo para la ejecución, en cuyo caso ese auxilio es imperativo. Pero fuera de la ejecución, el árbitro tiene plena competencia para examinar los requisitos de procedencia de la medida⁵⁵. En el caso de las medidas anticipadas, la jurisprudencia ha sostenido que en vista que el Tribunal arbitral se constituye luego de entregada la solicitud de arbitraje, si las partes llegaran a necesitar una medida cautelar antes de la instalación de ese Tribunal, pueden acudir para ello a la jurisdicción ordinaria, sin que ello implique, de ninguna manera, una renuncia a la justicia arbitral. Esta actuación no se traduce en que la parte se esté sometiendo a la jurisdicción ordinaria⁵⁶.

⁵⁴ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 0042 (*Alimentos Polar Comercial, C.A. (Antes Denominada Promesa)*). En este momento, la decisión completa no está disponible en la página oficial del Tribunal Supremo, pero puede verse en: <<https://www.accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2020/03/SC-N%C2%BA-042-20-02-2020.pdf>>.

⁵⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia n.º 2161, 10 de octubre de 2001, (*Arpigra Concesiones Viales, C.A. c. Gobernación del Estado Falcón*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/02161-101001-01-0539.HTM>>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia n.º 1951, 11 de diciembre de 2003 (*Tim International, N.V. c. Venconsul N.V.*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/01951-111203-2003-1005.HTM>>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 1067, 3 de noviembre de 2010 (*Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A., solicitud de revisión de la sentencia n.º 687 de la Sala Político Administrativa de 21 de mayo de 2009*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1067-31110-2010-09-0573.HTML>>.

⁵⁶ “Podrán solicitarse medidas cautelares antes de constituirse el panel arbitral, ante los Tribunales ordinarios que resulten competentes en base al objeto de la medida que se pretende, sin que tal actuación pueda considerarse incompatible con el acuerdo de arbitraje o como una renuncia a ese acuerdo”. Ver: Tribunal

Se ha reconocido, además, que el arbitraje puede dotar al sistema de la posibilidad de dictar medidas anticipadas. Un ejemplo de esto es el Reglamento del CEDCA que admite la posibilidad de nombrar un árbitro de emergencia que se pronuncie sobre la procedencia de la medida cautelar antes del nombramiento de los árbitros que conocerán de la controversia⁵⁷.

La jurisprudencia también ha sido clara en la aceptación de los principios de *Kompetenz-Kompetenz* y de separabilidad del acuerdo arbitral⁵⁸ y ha dado un paso más allá. En efecto, la disposición contenida en el artículo II.3 de la Convención de Nueva York, que insta al juez a remitir a las partes a arbitraje a menos que compruebe que el acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable, ha hecho que los Tribunales se pregunten hasta qué punto puede llegar el juez en el análisis del acuerdo sin violar el principio de *Kompetenz-*

Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 1067, 3 de noviembre de 2010, cit.

⁵⁷ Reglamento de Conciliación y Arbitraje, 2020, art. 38.2: “Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando circunstancias de urgencia lo ameriten, cualesquiera de las partes podrá, antes del nombramiento de los árbitros y previo el pago de los honorarios y gastos previstos en el Apéndice de Costos y Honorarios de este Reglamento, solicitar al Directorio del CEDCA que designe de la Lista oficial de árbitros, un Tribunal Arbitral de Urgencia, compuesto, a juicio del Director Ejecutivo del CEDCA, por un (1) árbitro, para que resuelva exclusivamente sobre el decreto de las medidas cautelares solicitadas. La designación de este árbitro, la hará el Directorio del CEDCA entre los inscritos en la Lista oficial de árbitros que no estén actuando en ese momento como tales en un arbitraje administrado por el CEDCA. Cualquier medida decretada por dicho Tribunal Arbitral de Urgencia, podrá estar subordinada al otorgamiento de una garantía suficiente y eficaz para responder a la parte contra quien obre la medida por los daños y perjuicios que ésta pudiere ocasionarle”.

⁵⁸ “[...] la Sala [Constitucional] ha reconocido los principios universalmente aceptados orientados a garantizar la sana operatividad de la institución arbitral, como lo son el de competencia obligatoria para las partes, aún y cuando se haya alegado la nulidad del negocio jurídico que contiene al compromiso arbitral (*severability*, que plantea la distinción entre la alegación de nulidad del contrato, de la referida a la cláusula arbitral, evitando así “*torpedear*” al mecanismo con tan sólo alegar la nulidad del negocio de que se trate); así como la facultad de los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz*), conforme a los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana”. Ver: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 1541, 17 de octubre de 2008, cit.

-*Kompetenz* y su respuesta ha sido, que el Tribunal solo puede hacer una verificación sumaria. Así, el juez debe limitarse a comprobar el carácter escrito del acuerdo, y no puede pronunciarse sobre los posibles vicios del consentimiento de las partes a la hora de suscribir el acuerdo arbitral, porque esa es competencia exclusiva del árbitro⁵⁹. Solo si el juez comprueba que no hay un acuerdo por escrito puede reafirmar su jurisdicción, en caso contrario, debe declinarla y remitir a las partes a arbitraje.

Otra cuestión importante tiene que ver con la renuncia tácita al arbitraje. Algunas sentencias se han dedicado a interpretar el artículo 45 de la Ley de Derecho internacional privado⁶⁰, en el sentido de entender que si las partes que, aun habiendo previamente acordado ir a arbitraje, deciden acudir a la jurisdicción ordinaria, además de someterse a esta, están renunciado tácitamente al arbitraje. Así, el Tribunal Supremo ha entendido que hay renuncia tácita al arbitraje cuando, habiéndose recurrido a la vía judicial, el

⁵⁹ “[...] a juicio de esta Sala el alcance de la voz ‘compruebe’ denota bajo una interpretación literal, teleológica y racional de la norma [...], que la misma no pueda comportar la realización de un examen judicial de fondo y detallado del pacto arbitral, sino una verificación ‘*prima facie*’, formal, preliminar o sumaria de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral; por lo que los órganos del Poder judicial al no advertir una manifiesta nulidad, ineficacia o inaplicabilidad, deberán remitir al arbitraje, las disputas sometidas a su conocimiento. No escapa al análisis de esta Sala, que igualmente existiría una amplia discrecionalidad en lo que debe entenderse por una verificación ‘*prima facie*’, formal, preliminar o sumaria de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral, que podría derivar en la negación del principio competencia-competencia y la autonomía del acuerdo arbitral como elementos necesarios en nuestro ordenamiento jurídico para la garantizar el arbitraje como medio alternativo para la resolución de conflictos. Por ello, este órgano jurisdiccional considera que la verificación sumaria debe limitarse a **(i) la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje y (ii) que se excluya cualquier análisis relacionado con los vicios del consentimiento que se deriven de la cláusula por escrito**” (negrita en el original). Ver: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 1067, 3 de noviembre de 2010, cit.

⁶⁰ Art. 45: “La sumisión tácita resultará, por parte del demandante, del hecho de interponer la demanda y, por parte del demandado, del hecho de realizar en el juicio, personalmente o por medio de apoderado, cualquier acto que no sea proponer la declinatoria de jurisdicción u oponerse a una medida preventiva”.

demandado acude a juicio y no opone la cuestión previa de falta de jurisdicción consagrada en el ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, alegando la existencia de un acuerdo de arbitraje y sometiéndose al conocimiento del Tribunal ordinario. Tal renuncia se puede dar, bien porque la parte demandada solicite la declaratoria sin lugar de la demanda, contestando el fondo de la misma, bien reconviniendo o, incluso, habiendo quedado confesa (confesión *fiecta*). También se considerará como renuncia tácita cuando se haya opuesto la existencia de una cláusula de arbitraje, pero no se haya hecho mediante el mecanismo procesal adecuado⁶¹.

Con esta interpretación de la renuncia tácita al arbitraje y sobre la base del principio *Kompetenz-Kompetenz*, la jurisprudencia ha construido la excepción de arbitraje –reconocido como un vacío de la Ley. En efecto, las diversas salas del Tribunal Supremo han afirmado que para que prospere la excepción de arbitraje es necesario que, luego del examen sumario al acuerdo arbitral al que hicimos referencia antes, el juez compruebe que hay un acuerdo por escrito y que existen conductas procesales de las partes orientadas a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención de someterse a arbitraje. Este segundo requisito, que tiene que ver con la conducta de las partes, implica, en primer lugar, que no haya una renuncia tácita al arbitraje y, por otra, que no haya fraude procesal. Si se verifican estos requisitos, entonces el Tribunal venezolano se ve obligado a declinar su jurisdicción y dejar que las partes vayan a arbitraje, según fue su voluntad original⁶².

⁶¹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 2831, 12 de diciembre de 2006 (*Tanning Reserch Laboratories, INC. c. Hawaiian Tropic de Venezuela, C.A.*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/12-85233-2006-1605-007.HTML>>.

⁶² Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 1209, 20 de junio de 2001 (*Hoteles Doral C.A.*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/01209-200601-0775.HTM>>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 832, 12 de junio de 2002 (*Inversiones San Ciprian, C.A. e Inversiones Mill's, C.A. c. Ciudad Comercial Portamar, C.A. [C.C.P.]*), en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/00832-120602-02-0365.HTM>>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia n.º 2831, 12 de diciembre de 2006, cit.

Quizá el paso jurisprudencial más importante tiene que ver con aceptar que, si el arbitraje forma parte del sistema de administración de justicia, el árbitro puede hacer control difuso de la constitucionalidad de la ley. Debemos aquí mencionar la sentencia de la Sala Constitucional a la que se sometió el examen de un laudo dictado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, el 15 de septiembre de 2016, que desaplicó el artículo 41.j de la Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para uso Comercial que prohíbe el arbitraje y el fundamento de tal desaplicación fue que esa norma es contraria al artículo 258 de la Constitución que obliga al legislador a promover el arbitraje⁶³. La Sala Constitucional calificó esa obligación como un “imperativo categórico” y resaltó la diferencia, que ya se había venido dibujando en la jurisprudencia, entre las materias en las cuales está interesado el orden público y la arbitrabilidad de la causa⁶⁴. La Sala aclaró que el árbitro puede conocer de la controversia, aunque sea de orden público, pero lo que no puede hacer es desconocer las normas de protección de débiles jurídicos. Con ello también reconoce la Sala que una cosa es la autoridad que conoce del asunto y otra el Derecho material aplicable a la controversia.

Así, se consideró que la prohibición de ir a arbitraje en materia de arrendamiento inmobiliario para uso comercial es contraria a la obligación del legislador de promover el arbitraje, pero el árbitro debe aplicar las normas de protección del arrendatario como débil jurídico, porque el acuerdo arbitral no supone la renuncia a derechos y garantías establecidas en la ley. La sentencia da un paso más allá y reconoce que el arbitraje está llegando a terrenos que en principio le estaban vedados, es el caso del arrendamiento para uso comercial.

⁶³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 0702, 18 de octubre de 2018, cit.

⁶⁴ Al respecto, la Sala Constitucional ha afirmado, que “para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastará con discernir si allí puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habrá duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes”. Ver: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia n.º 1541, 17 de octubre de 2008, cit.

En definitiva, el árbitro, como parte del sistema de administración de justicia, puede hacer control difuso de la constitucionalidad de la ley.

En relación con el recurso de nulidad, es difícil conocer el contenido de las decisiones que lo resuelven porque está en manos de Tribunales de instancia. Pero conforme a aquellos recursos a los que hemos podido tener acceso, hemos de destacar algunos puntos. En primer lugar, la nulidad solo procede por las causales taxativamente establecidas en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, por ello no se admiten interpretaciones extensivas ni por analogía. En segundo término, el recurso de nulidad no es una apelación sobre el fondo, lo cual se deriva del carácter taxativo de las causales. Así, el juez de nulidad no va a volver a revisar la decisión del árbitro, se va a limitar a verificar que no se den las causales del artículo 44. En tercer término, vinculado con el principio pro arbitraje, se ha dejado muy en claro que el recurso de nulidad no es sustituible por la acción de amparo.

En todo caso, según las estadísticas manejadas por la doctrina, en los 20 años de vigencia de la Ley de Arbitraje solo se han anulado dos laudos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y 5, uno de ellos parcialmente, de los dictados en arbitrajes administrados por el CEDCA (SANTANA PÉREZ; VILLARROEL, 2019, p. 628).

En definitiva, podemos afirmar que el balance de la Ley ha sido positivo, lo cual ha sido de alguna manera impulsado por el reconocimiento constitucional del arbitraje y apuntalado por la acción de los Centros de Arbitraje. Según estadísticas reveladas cuando se celebraron los 125 años de la Cámara de Comercio de Caracas, su centro de arbitraje había conocido más de 450 expedientes y para el 2017 el CEDCA había tenido 145 casos. Quizá parezca poco, pero creemos que vamos avanzando por buen camino en entender al arbitraje, insistimos, no como un descongestionador de la jurisdicción ordinaria, sino como un instrumento eficiente para la tutela efectiva de los derechos.

REFERENCIAS

- BORJAS, Arminio. **Comentarios al código de procedimiento civil venezolano**. t, V, 4. ed. Caracas: Ediciones Jurídicas, 1973.
- DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. La indefensión y la inmotivación como causa de nulidad del laudo arbitral en el derecho venezolano. En: **Revista de Derecho Privado**, La Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, n. 31, p. 229-262, 2016.
- ESCOVAR ALVARADO, Ramón. Recursos contra laudos arbitrales dictados en el extranjero. En: MAEKELT, Tatiana B. et al. (Coord.). **Derecho procesal civil internacional: in memoriam Tatiana B. de Maekelt**. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2010.
- FOUCHARD, Philippe. **L'arbitrage commercial international**. Paris: Dalloz, 1965.
- FOUCHARD, Philippe. Les conflits de lois en matière de d'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle. En: **Revue de l'Arbitrage**, 1977.
- GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). **Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. The Hague / Boston / London: Kluwer Law International, 1999.
- GUERRA HERNÁNDEZ, Víctor. La ley venezolana sobre arbitraje comercial: consideraciones al reconocimiento y/o ejecución del laudo arbitral (artículos 48 y 49). En: **Liber amicorum: homenaje a la obra científica y académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt**. t. II. Caracas: Ed. Universidad Central de Venezuela, 2001.
- HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. **El arbitraje comercial en Venezuela**. Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, 2000.
- HERNÁNDEZ BRETÓN, Eugenio. Algunas cuestiones de derecho

internacional privado en el arbitraje comercial. En: **Revista de la Fundación Procuraduría General de la República**, Caracas, Ed. Procuraduría General de la República, año 13, n. 21, 1999.

HERNÁNDEZ BRETÓN, Eugenio. El arbitraje y las normas constitucionales en Venezuela: lo malo, lo feo y lo bueno. En: **Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales**, n. 149, julio-diciembre, 2010.

HERNÁNDEZ BRETÓN, Eugenio. Interpretation and application of the New York Convention in Venezuela. En: BERMANN, George A. (Ed.). **Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: the interpretation and application of the New York Convention by National Courts**. Cham: Springer, 2017. (Serie *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, 23).

HUNG VAILLANT, Francisco. **Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano**. Caracas: Jurídica Venezolana, 2001.

MADRID MARTÍNEZ, Claudia. El rol del orden público en el arbitraje comercial internacional. En: **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**, Caracas, Ed. Universidad Central de Venezuela, n. 126, p. 79 ss., 2006.

MADRID MARTÍNEZ, Claudia. Más de 20 años de vigencia de la ley de arbitraje comercial: algunas reflexiones. En: BADELL MADRID, Rafael; URDANETA FONTIVEROS, Enrique; YANNUZZI RODRÍGUEZ, Salvador. (Ed.). **Libro homenaje al Doctor Luis Cova Arria: conmemorativo del 25 aniversario de la especialización en derecho de la navegación y comercio exterior del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela**. t. II. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2020.

MAEKELT, Tatiana B. Arbitraje comercial internacional en el sistema venezolano. En: BREWER CARÍAS, Allan R. (Ed.). **Seminario sobre la ley de arbitraje comercial**. Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999.

MEZGRAVIS, Andrés. Recursos contra el laudo arbitral comercial. En: BREWER CARIAS, Allan R. (Ed.). **Seminario sobre la ley de arbitraje comercial**. Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999.

MEZGRAVIS, Andrés; CARRILLO, Marco; SAGHI, Pedro. El recurso de nulidad contra el laudo arbitral. En: **El arbitraje en Venezuela: estudios con motivo de los 15 años de la ley de arbitraje comercial**. Caracas: Sabias Palabras, 2013. p. 538-541.

NACIONES UNIDAS. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. **Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006**. Nueva York: Naciones Unidas, 2008.

OCHOA MUÑOZ, Javier. Reconocimiento del laudo arbitral extranjero. En: VALERA, Irene de (Coord.). **Arbitraje comercial interno e internacional: reflexiones teóricas y experiencias prácticas**. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005.

PARRA ARANGUREN, Gonzalo. **El acuerdo boliviano sobre ejecución de actos extranjeros (1911) a la luz de la jurisprudencia venezolana**. Caracas: Sucre, 1976.

PARRA ARANGUREN, Gonzalo. La determinación del derecho aplicable a la controversia en las recientes leyes sobre arbitraje comercial internacional. En: **Revista de Derecho**, Caracas, Ed. Tribunal Supremo de Justicia, n. 1, p. 57 ss., 2000.

RACINE, Jean-Baptiste. **L'arbitrage commercial international et l'ordre public**. t. 309. Paris: LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, 1999.

RENGEL ROMBERG, Arístides. El arbitraje en el código de procedimiento civil y en la ley de arbitraje comercial (1998). En: BREWER CARIAS, Allan R. (Ed.). **Seminario sobre la ley de arbitraje comercial**. Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999. (*Serie Eventos*, 13).

RODNER, James Otis. La nouvelle loi vénézuélienne sur l'arbitrage. En: **Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI**, Paris, E. Cour internationale d'Arbitrage, v. 11, n.º 2, 2000.

RODRÍGUEZ, Luis Ernesto. La segunda instancia arbitral: una decisión exclusiva de las partes. En: MADRID MARTÍNEZ, Claudia (Ed.). **Libro homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón**. t. II. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Jurídica Venezolana, 2019.

SÁNQUIZ PALENCIA, Shirley. **El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano**. Caracas: Ed. Universidad Católica Andrés Bello / Fundación Roberto Goldschmidt, 2005.

SANTANA PÉREZ, Militza; VILLAROEL, Ivette Esis. Arbitraje comercial interno e internacional en Venezuela. En: ESPLUGUES MOTA, Carlos; Mota, GONZÁLEZ MARIMÓN, María (Ed.). **Tratado de arbitraje comercial interno e internacional en Iberoamérica**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.

VIRGÓS SORIANO, Miguel; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco. **Derecho procesal civil internacional, litigación internacional**. Madrid: Civitas, 2000.

Recebido em: 26-4-2023

Aprovado em: 3-7-2023

¿PACTO FISCAL?¹

Cristián Gárate²

Los efectos de la reforma contenida en el proyecto de ley de reforma tributaria Mensaje N° 064-370 presentan una contradicción basada en sus términos conceptuales y en su notable desacople con la realidad actual del país en el contexto mundial. Descorriendo el velo normativo, en el texto no aparece realmente un “pacto fiscal y tributario de consenso”, que propenda, en un escenario auspicioso, hacia la implementación de un Estado de Bienestar. Parafraseado, constituye un “pacto focal y de trituración de un grupo de contribuyentes, que propende en un escenario adverso a un *Estado de Malestar*.”

El proyecto pretende aumentar la carga fiscal de las capas de contribuyentes asalariados dependientes y de los pensionados de ingresos medios. Asimismo, el proyecto incrementa la carga tributaria de personas independientes y empresarios de patrimonios medios; y, el proyecto intenta gravar a un cúmulo de contribuyentes

¹ **Como citar este artículo científico.** GÁRATE, Cristián. ¿Pacto fiscal? In: **Revista Amagis Jurídica**, Belo Horizonte, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, v. 15, n. 2, p. 113-126, maio-ago. 2023.

² Doctor en Derecho, en International Tax Law, Intellectual Property, Competition, State Aid, Technology, R & D + i (Ludwig-Maximilian-Universität München). Master en Derecho Tributario Internacional (LL.M.) en la Universidad de Economía de Viena entre 2001 y 2002. Profesor de Derecho (desde 1997) en la Facultad de Derecho, Departamento Económico y Jurídico (Santiago-Chile). Coordinador del Departamento de Investigación y Desarrollo. Estudió Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. *e-mail*: cristianguarate@yahoo.com

de altos patrimonios que ya planificó y/o emigró a partir de 2019. En síntesis, es otro novedoso ejercicio de “testeo de laboratorio fiscal” con medidas recaudatorias selectivas que se nutre, entre otros, de:

- a) gravar contribuyentes con ingresos mensuales superiores a 70 UTA;
- b) establecer un impuesto a las Rentas de Capital de 22%;
- c) gravar las ganancias de capital con un 22%;
- d) establecer una tasa de 1.8% al diferimiento de impuestos personales;
- e) imponer la riqueza de personas que tengan más de 6.000 UTA;
- f) limitar el uso de pérdidas al 50% de la RLI;
- g) limitar las exenciones por crédito hipotecario a una vivienda;
- h) limitar el beneficio por utilidades no retiradas del 14 Letra E;
- i) limitar el uso de rentas presuntas hasta 2.400 UF.

Lo anterior, auspiciado por la introducción de nuevas distinciones regulatorias en los regímenes de impuestos asociados a rentas de primera y segunda categoría, global complementario y adicional, que informan nuestras ya complejas normas impositivas; más otras distinciones procedimentales que disminuyen los derechos de contribuyentes. Todos esos cambios, terminan por entenderlos solo unos pocos expertos y contribuyentes avezados. Con lo cual es previsible que, a posteriori, se emitan “Circulares SII con fuerza de ley”, para clarificar los aspectos de éstas leyes tributarias mal tipificadas; y aparezcan los “oficios del SII” para inocular a ciertos contribuyentes de los efectos fiscales sorprendentes, de los cuales la mayoría no podrá sustraerse.

Prima facie, no se vislumbra ningún esfuerzo operativo, concreto, por disminuir la adquisición de bienes, prestación de

servicios y demás transacciones comerciales ilícitas, que conforman hoy un importante núcleo de la actividad económica, equivalente casi al 30% de la economía formal en Chile (Comisión Económica para América Latina - CEPAL). Estas son las actividades que retratamos a diario, por ejemplo, de: narcotráfico, venta de armas, venta de drogas, venta de autos y repuestos robados, venta de madera robada, venta de productos silvoagropecuarios, inmigración ilegal, trata de personas, prostitución, venta de órganos, clínicas ilegales, internación y venta de bienes falsificados, carteles y sitios de internet con pornografía. Todas estas actividades deberían tener claras prohibiciones y claros controles cruzados del SII³, Aduanas y Policías; no bastan simples aumentos en los monitoreos remotos, para efectos estadísticos, ni aumentos de multas y penas, con tribunales penales garantistas; dado que es la falta de control de SII “in situ” con apoyo de Fiscalía y Policías lo que alimenta el efecto multiplicador de la evasión de impuestos; y se cristaliza con negocios informales y de fachada por delinquentes y organizaciones criminales.

Secunda facie, no se observa un esfuerzo claro por acabar con los incentivos tributarios, que conforman lo que este articulista ha denominado el “Queso Gruyere” de la base de recaudatoria de Chile. La red de incentivos fiscales contiene exenciones, créditos y casos de no imposición (hechos no gravados), con tratos absolutamente dispares entre contribuyentes, bajo el tópico denominado: “donde existe imposición, existe exoneración”. Todo lo cual, minora los ingresos fiscales, por vía de rebajas impositivas existentes en la legislación (Fiscal Expenditure Budget), que están a disposición para los contribuyentes residentes en Chile. A eso, se suma la carga tributaria asimétrica que obtienen aquellos contribuyentes no residentes en Chile, quienes realizan las mismas transacciones en forma transfronteriza, con cláusulas especiales contenidas en los tratados Doble Tributación (Distributive Rules) en los cuales Chile: pierde sus derechos de sujeción fiscal, concede tasas de impuesto rebajadas, otorga créditos de doble tributación, hace efectivas exenciones totales o parciales según las definiciones, otorga ajustes

³ Nota do Editor: SII é sigla para “Serviços de Impostos Internos”.

primarios y secundarios de precios de transferencia; y favorece, inaceptablemente, una menor carga tributaria internacional, aplicando cláusulas de nación más favorecida con beneficios de otros tratados que se hacen aplicables sin haberse negociado.

En suma, este proyecto no introduce frenos y contrapesos técnicos para disminuir la evasión “in situ”, atacar la elusión “ex ante” y cortar el uso de incentivos fiscales mediante una norma de rechazo de beneficios fiscales no conmensurados “ex post”. Todo lo que, claramente, perfora la estructura del sistema tributario y afecta la recaudación en forma negativa. Por el contrario, el proyecto tiene el fin exclusivo de aumentar la carga tributaria total a la que se someten los contribuyentes residentes, mientras se mantiene una carga tributaria inferior para contribuyentes que no son residentes en Chile: a quienes se les permite realizar transacciones sin pagar impuestos o con las tasas rebajadas de impuestos, cubiertas por Tratados de Doble Tributación negociados contra la soberanía tributaria de Chile. Todo lo anterior, incluso a la luz de las recomendaciones expresas de la ONU aplicable a la buena negociación de estos instrumentos, bajo el Modelo ONU y otras recomendaciones para naciones en desarrollo y de economías extractivas, como la de Chile.

Es obvio que el objetivo de lograr aumentar la recaudación en un corto periodo con el fin de ejecutar reformas estructurales no alcanza, conforme lo enseñan los efectos retrasados de inversión e impuestos en macroeconomía. Es también un hecho que desde 1990, sin excepción, todas las reformas tributarias han pretendido la utopía de incorporar reformas estructurales; y lo único que se ha logrado es la distopía de generar más burocracia, para ejecutar planes que terminan inconclusos en salud, educación, seguridad e infraestructura. La meta de recaudación es hoy un margen irrealizable; y menos posible, porque carecemos de potencial recaudatorio en un periodo de crisis post COVID, inflacionario, de bajo crecimiento, desempleo, baja inversión privada, con debilidad de la moneda local, con múltiples shocks exógenos tales como la guerra, la sequía, en que económicamente y financieramente es

inalcanzable el 4,3% programado para 2026. De ahí la necesidad de solicitar una Línea de Crédito Flexible (LCF) de “dos años” para Chile por aproximadamente USD 18.500 millones del FMI; que no es otra razón que financiar los gastos del actual gobierno.

El diagnóstico que se presentó en el texto de la reforma es errado; por lo tanto, los mecanismos fiscales también son equivocados. En efecto, en forma acordada con las autoridades de la OECD⁴ se publicó en Junio de 2022 un informe que intenta justificar con datos inductivos a grueso error la nueva Reforma Tributaria. Lo anterior, comparando los mismos datos que vienen manipulándose en Reformas Tributarias anteriores de 2020 y 2014 en que citan estudios que aparecen en el pie de página del proyecto (JORRAT; MARTNER), que están obsoletos a esta fecha, pues se afirman en correlaciones anteriores hasta 2018, que nadie podría hoy estimar como válidas para generar un proyecto de ley de consenso. Esos datos y sus trasfondos son conocidos por los expertos en tributación que hemos trabajado en Chile y en el exterior. Cabe señalar que los datos de base de Chile son obtenidos del SII y la DIPRES⁵, los que no han sido auditados en las cuentas nacionales por ninguna agencia externa, ni menos han sido cotejados en su veracidad en forma experta por la OECD, CEPAL o algún organismo como la CIAT⁶ o el IBFD⁷, para verificar su consistencia en los últimos 10 años.

Las premisas económicas de las cuales se parte para idear los nuevos mecanismos, que pretenden atacar una brecha significativa en la tributación sobre ingresos personales y a la propiedad son erradas casi en su totalidad para el escenario adverso actual. La literatura sobre Chile siempre ha discurrido sobre la existencia de una taxonomía de impuestos regresiva en comparación con otros países miembros de la OECD y de América Latina. La regresividad

⁴ Nota do Editor: OECD é sigla para “Organisation for Economic Co-operation and Development”.

⁵ Nota do Editor: DIPRES é sigla para “Dirección de Presupuestos” órgão do Ministério da Fazenda do Chile.

⁶ Nota do Editor: CIAT é sigla para “Centro Interamericano de Administraciones Tributarias”.

⁷ Nota do Editor: IBFD é sigla para “International Bureau of Fiscal Documentation”.

de nuestro sistema se explica por la elevada participación de los impuestos indirectos que gravan el consumo a todos los niveles de ingreso y la escasa participación de los impuestos directos que gravan la renta y el patrimonio que estarían beneficiando los mayores ingresos.

Por una parte, se afirma como aserto histórico que los impuestos a las personas en Chile recaudan menos que el promedio de la OECD. Lo anterior, tiene respuestas simples:

- a) en Chile los sueldos son más bajos que el promedio de la OECD, también en 4 veces;
- b) en Chile existe alta informalidad en el pago de sueldos y salarios también en más de 4 veces al promedio de la OECD;
- c) durante la pandemia en Chile disminuyeron aún más los sueldos y salarios de los dependientes, en algunos casos, para ayudar a las empresas, se redujeron o congelaron; asimismo, el sector público implementó un plan de austeridad y eficiencia en virtud del cual redujo horas extras y no hubo pago de bonos y alzas de sueldo imponibles; y la mayoría de los pagos de honorarios de independientes se efectuaron a valores mínimos sin enterar impuestos, pues una gran cantidad de independientes trabajaron informalmente;
- d) por supuesto la insolvencia y quiebra de empresas y personas naturales aumentó a niveles máximos históricos; y
- e) aumentaron las prestaciones sociales, subsidios y transferencias directas muy por sobre el promedio de la OECD, llegando a la conocida cifra aproximada de 80 mil millones de pesos, lo que produjo un boom de consumo y no de ahorro o inversión.

Por otra parte, históricamente, Chile había sido alabado internacionalmente por tener una altísima recaudación de IVA⁸

⁸ Nota do Editor: IVA é sigla para “Impuesto al Valor Agregado”, imposto sobre circulação de mercadorias, que tem alíquotas diferenciadas para os chilenos e estrangeiros.

y otros impuestos indirectos, como parte del buen cumplimiento tributario de dicho impuesto:

- a) por las campañas morales del SII en el uso de facturas y boletas electrónicas;
- b) por el efecto disuasivo de las fiscalizaciones selectivas; y
- c) por las altas multas y penas aplicadas en caso de evasión.

Pero, a partir de 2018 todo eso dejó de ser cierto, dado que existe ya en la literatura comparada estudios de la correlación entre una altísima evasión y aumento de la corrupción en impuestos indirectos desde el estallido social, acrecentado durante el COVID 19, combinado con una falta de punición efectiva. Esto, se representa en Chile por el incremento del comercio ilícito; y el incremento del comercio irregular de bienes y prestación de servicios, tanto en la economía informal presencial, como en la economía de plataformas digitales, con posibles tasas de evasión de IVA superiores al 50% de la actividad económica total (CEPAL). En efecto, a partir del estallido social, seguido de la pandemia de COVID 19, además de aumentarse la base de consumo, por el masivo ingreso de inmigrantes que compran productos fuera del mercado formal; se aumentó considerablemente el consumo mediante el uso de plataformas digitales y el *e-commerce*, por efecto del confinamiento. La hipótesis contrafáctica es que los pagos por consumos equivalentes al menos a las prestaciones sociales, transferencias directas, subsidios y del 10% de AFP⁹ debió reflejarse en un buen porcentaje en las cuentas nacionales como el 19% de IVA y de otros impuestos indirectos (i.e. Tabaco, Alcohol y Bebidas, Combustibles) e impuestos correctivos (Impuestos Verdes) por la totalidad de los flujos inyectados en la economía: esto es unos 20 mil millones de pesos. Pero ello es inexistente, lo que avala la hipótesis de evasión y elusión. Además, incrementó el fenómeno de informalidad, porque los estudios demuestran que durante la

⁹ Nota do Editor: AFP é sigla de “Administradora de Fondos de Pensiones”, que é um sistema de previdência obrigatória do Chile, para cuidar de aposentadorias (do próprio contribuinte) e pensões (da família do contribuinte falecido).

pandemia el SII no realizó fiscalizaciones en terreno por falta de operatividad funcional como reporta la OECD. En suma, los datos demuestran que la tendencia positiva de los impuestos indirectos como el IVA hoy ha mermado la recaudación (CIAT).

Cabe señalar que todo este ejercicio no es conmensurado con la carga fiscal real que grava a los chilenos residentes, considerando sus flujos de ingresos y sus egresos. Esto es, agregando todas las imposiciones que gravan las actividades lícitas en nuestro país y que afectan precisamente el patrimonio de una persona sea natural o jurídica, claramente la carga tributaria en Chile está sobre el promedio de la OECD según los propios estudios de ese organismo y CEPAL. En efecto, ni este ni otros proyectos anteriores consideran la innumerable cantidad de: impuestos, patentes, contribuciones, tasas, sobretasas, cargos, timbres, sellos, tarifas, concesiones, transferencias por permisología del estado, erogaciones por derechos, pagos por uso de servicios notariales e innumerables cobros por uso del sistema de justicia en todas sus fases.

Menos, se analiza técnicamente el efecto de carga fiscal que importará el 7% de carga de salud y el 6% de sistema de previsión, que irrogarán las personas por sus actividades económicas, que finalmente irán a dar a las arcas del Estado. Tampoco, por supuesto, se considera la inmensa cantidad de recursos que desembolsan las personas por costos y gastos de servicios, que antes se entregaban en forma directa por el Estado; y que ahora están entregadas a privados concesionados, con cobro de valores abusivos a los consumidores en todos los ámbitos en que operan hoy las concesiones en Chile que son oligopólicas, sin alternativas para el uso de infraestructura pública concesionada. La realidad, considerando el universo de cargas, es que en Chile un sujeto de impuesto gasta efectivamente en tributos, con una mirada “holística”, sobre un 35% de su ingreso efectivo (CEPAL – OECD).

Aumentar de cualquier forma la presión de dichas cargas efectivas equivale a romper el equilibrio respecto de quienes realizan actividades lícitas, regladas por tributos en nuestro país.

La consecuencia práctica es que la tributación se transforma en cortapisa selectiva, que disminuye el ingreso de un segmento de contribuyentes de ingresos bajos y medios. Así, se fomenta la opción que tienen las personas por realizar sus actividades fuera del alcance de la fiscalidad, pues el SII no está en condiciones ni actuales, ni futuras de hacer cumplir el deber de imposición y lo hace solo contra grupos específicos, usando las vías judiciales o administrativas.

Un aspecto que grafica la contradicción conceptual del Proyecto se vislumbra en la justificación de los resultados de los diálogos sociales. Se trató, según se observó de un ejercicio de *coaching* tributario, preparado con antelación, sobre una base teórica inexistente, que no está documentada para Chile; y cuyo resultado no se ve reflejado en el texto normativo de reforma, que propone complejizar aún más la actividad de los contribuyentes, sin otorgar a los regímenes de impuesto personal, de rentas del capital y de impuestos indirectos que se habían modificado en las reformas de 2014 y 2020 certeza ni estabilidad, considerando el largo proceso de adecuación que requirieron. Tampoco es una reforma que refuerce los derechos de contribuyentes frente a la administración y haga más robusto el contrapeso de Tribunales Tributarios y Aduaneros que puedan realizar los controles de legalidad ante los actos administrativos del SII. Y menos es una reforma que promueva la igualdad, pues los altos sueldos de la administración pública en general y la de los políticos como Senadores, Diputados, Ministros, Subsecretarios, Jueces, Gobierno, Municipalidades y Jefes de Fuerzas Armadas (con su previsión) y todos los funcionarios subalternos que son de planta o asesores externos, constituyen la carga más aberrante financiada con impuestos, para países de ingresos similares a los de Chile entre países de la OECD.

Dado que continuar con el listado de errores de este proyecto en su parte conceptual excede este escrito, se adjunta una Tabla sintética para observar el desalineamiento de objetivos en relación a los mecanismos fiscales propuestos en las respectivas normas.

Proyecto de Ley	Objetivo Propuesto	Errores del Mecanismo
Norma General Antielusión (NGA)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Disminuir la Elusión ▪ Tutela Administrativa SII ▪ Impugnación Judicial Ex Post ▪ Incorporar especie de “Step Transaction” ▪ Aumento de sanciones hasta 250 UTA 	<ul style="list-style-type: none"> • Malas Definiciones y Categorías erradas de base mezclan conceptos de NGA Español, Alemán y Anglosajón; • Falta congruencia NGA/ Norma Especial Antielusiva (NGE) • Falta cohesión normativa con normas antielusivas de CDT. • Define “hechos” lo que pugna con la Teoría del Acto Jurídico y no es correctamente una aplicación de la doctrina “Step Transaction”. • Incorrecta conjugación de presunción de Buena Fe; • Falta desarrollo de concepto de Legítima Razón de Negocio mediante catálogo normativo de situaciones legitimantes; • No determina legítima economía de opción; • Problema con Debido Proceso Administrativo del SII; • Normas de Relación con extensión impropia;
Denunciante Anónimo	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Mejorar la Recaudación en caso de denunciante anónimo mediante pago de recompensa. ▪ Rebaja de penas en caso de cooperación eficaz por delito. 	<ul style="list-style-type: none"> • Denuncia debe ser respecto de cualquier hecho sancionable no solo elusión; • Sanciones en caso de falsa denuncia elusión y evasión 100 UTA; • Premio de 10% es muy bajo. • No se aclara casos en que no procede realizar cooperación eficaz. • Problema de entrega de “información maliciosamente falsa”.
Norma de Tasación	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Se homologan los métodos de tasación entre fiscalizaciones de ingresos, costos, gastos y de precios de transferencia. 	<ul style="list-style-type: none"> • La nomenclatura no es igual en LIR, IVA, Herencia, Convenios de Doble Tributación, Manual de Precios de Transferencia y demás cuerpos legales vigentes; • La norma tiene defectos por falta de comparables nacionales e internacionales; • Metodologías requieren explicaciones técnicas que contribuyentes no entienden; • Metodologías no son aplicables en mercados concentrados oligopólicos o monopolísticos como Chile. • Metodologías encarecen cumplimiento tributario; • Tasación de Reorganizaciones, Fusiones y Divisiones no aclara efectos se agoten en Chile.
Sanciones Penales	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Se modifica el artículo 97 CT N° 4 	<ul style="list-style-type: none"> • Aumentan sanciones y penas en diversos numerales. Por ejemplo N° 4 la multa comienza en 100% y pena de presidio en su grado máximo. • Se eliminan frases relativas al dolo “maliciosamente” y se incorpora frase “a sabiendas” generando nueva confusión en la tipificación.

Proyecto de Ley	Objetivo Propuesto	Errores del Mecanismo
<p>Sanciones a directores, representantes y/o administradores conexas con deberes de supervisión;</p> <p>Sanciones a asesores que diseñan, planifican o implementan.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Se modifica artículo 100 bis 	<ul style="list-style-type: none"> • No soluciona secreto profesional ; • No define diseño, planificación o implementación. • No determina situación de “oficios del SIF” hechos a medida algunos todavía se mantienen en reservados.
<p>Aumento Tramos Impuestos Personales</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Aumento tramos IGC y IUSC, 26%, 35%, 40% y 43% 	<ul style="list-style-type: none"> • Tramos por sobre promedio OECD. • No hay consolidación tributaria en matrimonios o uniones civiles. • Se disminuyen beneficios gastos créditos hipotecarios • En sistema desintegrado se pierde crédito de 1 Categoría • Se reducen gastos y créditos contra IGC
<p>Aumento Impuestos de Retiros de Dividendos y Utilidades</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Se crea un IRC de 22% permitiéndose reliquidar a contribuyentes de IGC que tengan tasa efectiva inferior a 22%. ▪ Sistema Dual para grandes empresas. Sistema Integrado para PYMES ▪ Sistema integrado para países con CDT, no aplica IRC ▪ Sistema desintegrada para países sin CDT, si aplica IRC 	<ul style="list-style-type: none"> • La tributación de dividendos para residentes queda por sobre el promedio de la OECD. Se produce discriminación con personas que aplican CDT. • Se produce discriminación para personas que están sobre o bajo el baremo de 22% en Chile. • Se produce discriminación para personas que están cubiertas por CDT con tope 35% y no cubiertas con tasa de 43.06% • Sistema altamente complejo y defectuoso para el control de utilidades y créditos
<p>Aumento Impuesto Ganancia de Capital</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Se aumenta la tasa de un 10% a un 22%, con posibilidad de reliquidar el IGC. 	<ul style="list-style-type: none"> • Cambio principio de base percibida para personas naturales • Mala eliminación de 10 UTA • Discriminación en aplicación de 8000 UF para no residentes, conflicto CDT • La tributación de ganancia de capital para residentes queda por sobre el promedio de la OECD. Se produce discriminación con personas que aplican CDT. • No se respeta ley 21.420 que estableció tasa 10% vigente en Septiembre 2022. • Se produce discriminación para personas que están sobre o bajo el baremo de 22%.

Proyecto de Ley	Objetivo Propuesto	Errores del Mecanismo
<p>Reducción de Tasa de de IDPC 27% a 25%;</p> <p>Rebaja por Tasa de Desarrollo Productivo de 2%.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Se disminuye la tasa IDPC en un 2% de Gastos Aceptados Tributariamente para Desarrollo Productivo. ▪ Tasa de Desarrollo Productivo debe enfocarse en desarrollo productivo y otros gastos como desarrollo de tecnologías para el cambio climático 	<ul style="list-style-type: none"> • Falta definición legal de “Tasa de Desarrollo Productivo” en función de industrias y empresas focalizadas con ventajas competitivas en Chile. • Total confusión de Gastos Listados los que están mal enfocados, porque no pueden superponer gastos I+D. • Tasa 2% distorsiona decisiones de empresas en función de activos en recursos humanos, maquinaria, tecnología y servicios no hay correctas definiciones. • Tasa debió establecerse en función de crédito por adquisición de activo fijo tecnológico y servicios productivos. • Tasa debió ser conjugada con crédito de Activo Fijo IVA con definiciones de activos tecnológicos. • Tasa debió ser conjugada con crédito SENCE.
<p>Impuesto al Diferimiento de 1,8%</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Establecer un Impuesto contra sociedades de inversión y similares que obtienen más de 50% en Rentas Pasivas. ▪ Castigo al diferimiento a nivel de patrimonio de la empresa. 	<ul style="list-style-type: none"> • Falta focalización empresa ya pagó IDPC lo que se difiere es IGC o Adicional. • Falta cuantificación de tasa efectiva 1,8% que puede llegar a ser mayor. • Falta definición de Renta Pasiva i.e. Royalties o Propiedad Intelectual. • Duplicación de impuestos con Rentas del Periodo Tributario y Rentas Retenidas. • Conflicto de Doble Tributación con CDT. • Encarece estructura de Holding de Inversiones que tienen objetivos estratégicos y de inversión entre operativas. • Impide diversificación de riesgo a nivel de sociedad de inversión. • Aumenta el arbitraje entre Sociedad Operativa y Sociedades de Inversión. • Establece complejidades, adicionales en los registros RUA, REX • Asimetría de trato 41 G Rentas Pasivas • No hay casos de excepción para diferimiento razonablemente justificado por necesidades de la industria, inversión o acumulación para proyectos específicos. • Otorga crédito contra IPAT no es consistente. • Arbitraje con Aumentos de Capital para evitar impuesto. • Duplicación con Impuesto al Patrimonio
<p>Impuesto Sustitutivo 10% de utilidades retenidas de RAI</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Establecer una transición entre sistemas integrado, sistema semi integrado y sistema dual. 	<ul style="list-style-type: none"> • Aumenta el arbitraje entre retiros de dividendos, utilidades, utilidades reinvertidas y retiros en exceso. • No establece conjugación con CDT y no CDT. • No aclara impuestos 1,8% respecto de utilidades en REX • Duplicación de Impuestos • Tasa 10% y 12% no conmensurada con actividad económica

Proyecto de Ley	Objetivo Propuesto	Errores del Mecanismo
Límite a la Renta Presunta 2.400 UF	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Limitar los regímenes de renta presunta 	<ul style="list-style-type: none"> • No está bien enfocado en microempresarios. • Empresas que salgan de renta presunta a régimen transparente generan efecto IGC y Adicional • Propyme Transparente deja de usar 33 bis de la LIR
Límite de Uso de Pérdidas Carry Forward por 50% de la RLI.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Limitar el uso de pérdidas tributarias que rebajan la RLI. 	<ul style="list-style-type: none"> • Limitación mal enfocada desde el punto de vista contracíclico de la economía. • Aumento artificial de RLI sin consideración de pérdidas del negocio. • No se considera que iniciación de nuevos negocios Project Finance es siempre con pérdida inicial.
Exit Tax 5% cambio de domicilio fiscal	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Pérdida de Domicilio Fiscal ▪ Valorización de Patrimonio ▪ Impuesto de 5% 	<ul style="list-style-type: none"> • Duplicación de Impuestos • Poca recaudación • Aumenta Planificación • Fiscalización SII ex post para personas que ya perdieron domicilio con países CDT genera conflicto.
Normas de Créditos por Impuestos Externos	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Eliminar y Reducir Créditos 	<ul style="list-style-type: none"> • Mala eliminación de 2 Tier Credit • Eliminación de Crédito por Rentas que ya pagaron adicional doble tributación • Disminuyen topes de créditos por impuestos pagados en extranjero
Precios de Transferencia	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Incorpora principio plena competencia ▪ Modifica APA ▪ Permite Autoajustes 	<ul style="list-style-type: none"> • Efectos recaudatorios • Autoajustes puede generar doble tributación local o internacional • Normas de Precios de Transferencia de Renta no están alineadas con normas de Ordenanza de Aduanas
Normas de Relación N° 17 N° 8 y N° 17	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Aumenta personas relacionadas ▪ Otorga potestad administrativa al SII 	<ul style="list-style-type: none"> • No está bien enfocada la norma • Pone al contribuyente en desventaja, pues tiene que ir a Reclamar
Thin Cap	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Elimina deducción de crédito como gasto 	<ul style="list-style-type: none"> • Efecto recaudatorio, el impuesto pagado debe ser un gasto.
Rentas Pasivas	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Normas de Relación 	<ul style="list-style-type: none"> • Ampliación desmesurada de normas de relación
Regímenes Tributarios Preferenciales (RTP)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Nuevas Definiciones 	<ul style="list-style-type: none"> • Chile carece de red de convenios de Intercambio de Información • Falta de foco de definición de niveles de cumplimiento • Mejor referencia a países que OECD califique como RTP
Valoración de Herencias y Donaciones	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Cambios en Definiciones ▪ Cambios en Donaciones ▪ Cambios en Valorizaciones 	<ul style="list-style-type: none"> • Solo busca efectos recaudatorios • Genera doble aplicación de impuestos en caso de Impuestos al Patrimonio y Ley de Renta

Proyecto de Ley	Objetivo Propuesto	Errores del Mecanismo
Ley de I+D	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Modificación de Monto 45 UTM ▪ I+D Verde 50% ▪ PYMES sin Contabilidad ▪ Ley Permanente 	<ul style="list-style-type: none"> • No se deben modificar definiciones Manual Frascati que están en la Ley. • Se pueden introducir definiciones Manual Oslo (i) en la Ley. • No se debe mezclar I+D verde pues es parte de definiciones generales Frascati, es un error conceptual grave. • Controles de Fiscalización de SII por mal uso actual ley no está definido. • Rechazo de Gastos Ex Post SII por mala certificación Corfo. • Norma de Elusión I+D especial. • Fractura Actual de Sistema por Proyectos que no califican de I+D. • Buscar incentivo Patent Box • Buscar super Gasto 150% para proyectos no certificados • No aumentar a 50% a crédito verde, mala señal para evasión y elusión
DFL 2	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Elimina DFL 2 Arriendo y Herencias ▪ Base devengada ▪ Limita 8000 UF 	<ul style="list-style-type: none"> • Problemas Contrato Ley • Afecta clase media y pensionados • Mal enfoque político tributario • Poca recaudación • Asimetría con no domiciliados o residentes
Impuesto al Patrimonio	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Impuesto Personas Naturales ▪ Patrimonio exceda de 6.000 UTA ▪ Domicilio o residencia en Chile ▪ Bienes ubicados en Chile o en el Extranjero ▪ Evita Doble Tributación de Impuesto Territorial 	<ul style="list-style-type: none"> • Falta de congruencia con Super 8 • Choque con CDT • Impuesto Territorial Activos Extranjeros • Problema Valorización Activos • Duplica Impuesto a las Utilidades • Duplica Impuesto a la Herencia • Impide utilización de exceso de créditos • Nº de Personas en base a qué datos SII? • Duplica Exit Tax • Amplitud de normas de relación impone impuestos a patrimonios ajenos • Poca o nula recaudación estudios comparados
Registro de Beneficio Final	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Beneficiarios Finales Registrados 	<ul style="list-style-type: none"> • Registro puede vulnerar secreto • Principio Legalidad • Registro no determina impuestos
Reconstrucción por ataques a medios productivos desde 2018 a la fecha.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Colaborar con situaciones de violencia 	<ul style="list-style-type: none"> • No hay normas tributarias que permitan ayudar a personas que han sido afectadas por ataques en sus unidades productivas (activos, recursos humanos, recursos administrativos etc.)

Recebido em: 30-6-2023
Aprovado em: 14-8-2023

IMPEDIRÁ O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 268/2022 A OBTENÇÃO E A VALORAÇÃO, PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, DE METADADOS CONSERVADOS PELOS FORNECEDORES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS AO ABRIGO DA LEI ATUALMENTE EM VIGOR?¹

Duarte Rodrigues Nunes²

¹ **Como citar este artigo científico.** NUNES, Duarte Rodrigues. Impedirá o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022 a obtenção e a valoração, para fins de investigação criminal, de metadados conservados pelos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas ao abrigo da lei atualmente em vigor? In: **Revista Amagis Jurídica**, Belo Horizonte, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, v. 15, n. 2, p. 127-184, maio-ago. 2023.

² Professor associado convidado da Universidade Europeia. Professor convidado da Universidade Lusíada de Angola. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Jurisconsulto. Investigador integrado do Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais e não integrado do Centro de Investigação Jurídica do Ciberespaço, ambos da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Conferencista. Autor de seis monografias jurídicas: Os meios de obtenção de prova da Lei do Cibercrime (Coimbra: Gestlegal, 2018; reimpressão, 2020; 2.ª edição, 2021), Revistas e Buscas no Código de Processo Penal (Coimbra: Gestlegal, 2019), O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada (Dissertação de Doutoramento, Coimbra, Ed. Gestlegal, 2019), Os crimes previstos na Lei do Cibercrime (Coimbra: Gestlegal, 2020; reimpressão, 2021), Curso de Direito Penal, Parte Geral, Tomo I (Coimbra: Gestlegal, 2021; 2.ª edição, 2022) e Curso de Direito Processual Penal, Tomo I (em publicação). O autor exerceu, entre 2005 e 2022 as funções de Juiz de Direito, estando atualmente em situação de licença sem vencimento. *e-mail*: duarterodriguesnunes@gmail.com

RESUMO

O Tribunal Constitucional, através do seu Acórdão n.º 268/2022, declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do artigo 4.º, conjugado com o artigo 6.º, e do artigo 9.º, todos da Lei n.º 32/2008, de 27 de julho. No presente artigo, analisam-se, de forma crítica, a decisão e os respetivos fundamentos, bem como é proposto um fundamento jurídico alternativo à luz da lei vigente (que não tenha sido abrangida pelo aresto do Tribunal Constitucional) para a conservação de metadados e para a sua utilização em processos penais, dado que se trata de um meio de obtenção de prova cada vez mais essencial para o apuramento da verdade material, inclusivamente relativamente a crimes particularmente graves e a formas de criminalidade extremamente danosas para os direitos fundamentais dos cidadãos e de investigação muito difícil. Visa-se, deste modo, permitir a utilização deste relevantíssimo meio de obtenção de prova em processos em curso e, acima de tudo, obstar à eventual reversão de condenações transitadas em julgado e as consequentes absolvições materialmente injustas e insuficiente proteção dos direitos fundamentais a que se reconduzem os bens jurídico-penais tutelados pelas incriminações concretamente em causa.

ABSTRACT

The Constitutional Court, through its judgment no. 268/2022, declared article 4, in conjunction with article 6, and article 9, all of Law no. 32/2008, of 27th July, unconstitutional. In this article, the decision and its grounds are critically analysed. An alternative legal basis (in the light of the law still in force) for metadata retention and for its use in criminal proceedings is also proposed, given that it is a means of obtaining evidence that is increasingly essential for the establishment of material truth, including in relation to particularly serious crimes and forms of crime that are extremely harmful to the fundamental rights of citizens and whose investigation is very difficult. The purpose of this article is, therefore, to allow the use of this very relevant means of obtaining evidence in ongoing proceedings and, above all, to prevent eventual reversals of final and unappealable convictions and the consequent unfair acquittals and insufficient protection of the fundamental rights violated through the commission of the criminal offenses specifically under consideration.

SUMÁRIO. I Colocação do Problema. II A transposição da Diretiva 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho,

de 15 de março, através da Lei N.º 32/2008, de 17 de junho. III A declaração de invalidade da Diretiva 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. IV A declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral dos artigos 4.º, 6.º e 9.º (na parte em que não prevê uma notificação ao visado de que os dados conservados foram acedidos pelas autoridades de investigação criminal, a partir do momento em que tal comunicação não seja suscetível de comprometer as investigações nem a vida ou integridade física de terceiros) da Lei N.º 32/2008, de 17 De Julho. V A admissibilidade da utilização de metadados na investigação criminal apesar da declaração de inconstitucionalidade por via do Acórdão do Tribunal Constitucional N.º 268/2022. VI Conclusões. Referências.

I COLOCAÇÃO DO PROBLEMA³

O Tribunal Constitucional (TC)⁴ declarou inconstitucionais, com força obrigatória geral:

- a) a norma constante do artigo 4.º da Lei n.º 32/2008⁵, conjugada com o artigo 6.º da mesma lei, por violação do disposto nos artigos 35.º, n.ºs 1 e 4, e 26.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição da República Portuguesa (CRP)⁶; e

³ O presente artigo, corresponde, no essencial, ao artigo que publicámos com o mesmo título na Revista do Ministério Público, n.º 170, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa, 2022. Procedemos a algumas alterações no texto (que não alteram o sentido das opiniões que então defendemos e continuamos a defender), aditámos no final as referências bibliográficas e jurisprudenciais e, ao longo do texto, referências legislativas (e respetivo endereço eletrónico onde podem ser consultadas) e relativas à designação dos tribunais portugueses (que, no texto original, surgem identificados apenas com as suas siglas).

⁴ Acórdão n.º 268/2022 (com um voto de vencido).

⁵ Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, texto integral está disponível no endereço <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1264A0001&nid=1264&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>.

⁶ O texto integral da Constituição da República Portuguesa está disponível no endereço <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>.

- b) a norma constante do artigo 9.º da Lei n.º 32/2008 (na parte em que não prevê uma notificação ao visado de que os dados conservados foram acedidos pelas autoridades de investigação criminal, a partir do momento em que tal comunicação não seja suscetível de comprometer as investigações nem a vida ou integridade física de terceiros), por violação do disposto nos artigos 35.º, n.º 1, e 20.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, todos da CRP.

O Acórdão n.º 268/2022 foi prolatado no âmbito de um pedido de declaração de inconstitucionalidade dos artigos 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008, em sede de fiscalização abstrata sucessiva à luz do artigo 281.º da CRP, formulado pela Provedora da Justiça.

A requerente invocava a violação do Direito da União Europeia (artigos 7.º, 8.º e 52.º, n.º 1, da CDFUE⁷), do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26.º, n.º 1, da CRP), do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da CRP), do sigilo das comunicações (artigo 34.º da CRP) e do direito a uma tutela jurisdicional efetiva (artigo 20.º, n.º 1, da CRP).

O TC apreciou a constitucionalidade das normas referidas supra em a) e b) também à luz do direito à autodeterminação informacional, tutelado pelo artigo 35.º da CRP, e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, tutelado pelo artigo 26.º, n.º 1, da CRP, pois considerou que o princípio do pedido não obsta a que o TC possa declarar a inconstitucionalidade das normas cuja apreciação foi requerida com fundamento diverso daqueles cuja violação foi alegada, invocando, para tal, o disposto no artigo 51.º, n.º 5, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional⁸ (LTC).

⁷ Tendo em conta a declaração de invalidade da Diretiva 2006/24/CE pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) através do seu Acórdão 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland Ltd e Kärntner Landesregierung*.

⁸ Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, cujo texto integral está disponível no endereço <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=423&tabela=leis>.

A declaração da inconstitucionalidade dos artigos 4.º (conjugada com o artigo 6.º) e 9.º da Lei n.º 32/2008 veio suscitar a questão da admissibilidade, ou não, da obtenção e valoração, nos processos em curso, de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações (metadados) e que tenham sido conservados pelos respetivos operadores e das provas obtidas através desses metadados. E, ainda mais grave, veio abrir a possibilidade⁹ de, sendo intentados recursos de revisão ao abrigo do artigo 449.º, n.º 1, alíneas e) e f), do Código de Processo Penal (CPP)¹⁰, caso eles sejam julgados procedentes, serem revertidas condenações transitadas em julgado em processos nos quais, em observância de todas as garantias e esgotados todos os mecanismos de recurso de que os arguidos tenham decidido lançar mão, se provou, para além da dúvida razoável, o cometimento do crime ou dos crimes pelos quais foram condenados. Com todas as consequências que daí possam advir (e que são tão mais gravosas nos casos de condenações por crimes graves) e que recensearemos infra.

A finalidade do presente estudo não é apontar propostas relativamente aos termos da nova legislação que não poderá deixar de ser aprovada, atenta a essencialidade da obtenção de metadados conservados pelos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas para a investigação criminal de não poucos crimes (e muitos deles extremamente graves e de difícilíssima investigação), mas sim formular propostas ao nível da obtenção e valoração dos metadados ao abrigo da legislação em vigor que não tenha sido declarada inconstitucional pelo TC (caso tal se mostre possível), a fim de permitir a sua obtenção e valoração nos processos em curso e obstar à reversão de condenações transitadas em julgado. Todavia, uma tal solução, a revelar-se possível, será sempre uma solução

⁹ Pelo menos em abstrato, pois, tendo em conta o que referiremos infra, consideramos que os recursos de revisão que venham a ser intentados com base no Acórdão n.º 268/2022 do TC não poderão deixar de improceder.

¹⁰ O texto integral do Código de Processo Penal está disponível no endereço <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis>.

provisória e exigirá uma intervenção legislativa tão rápida quanto possível.

II A TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA 2006/24/CE, DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, DE 15 DE MARÇO, ATRAVÉS DA LEI N.º 32/2008, DE 17 DE JUNHO

No dia 4 de agosto de 2009, entrou em vigor a Lei n.º 32/2008¹¹, que transpôs para a nossa ordem jurídica a Diretiva 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março¹², relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações (metadados).

A Diretiva 2006/24/CE visou harmonizar as disposições dos Estados-Membros relativas às obrigações dos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de uma rede pública de comunicações em matéria de conservação de dados de tráfego, dos dados de localização relativos pessoas singulares e/ou a pessoas coletivas e dos dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador registado por eles gerados ou tratados, tendo em vista garantir a disponibilidade desses dados para efeitos de investigação, de deteção e de repressão de crimes graves, tal como definidos no Direito nacional de cada Estado-Membro.

Esta Diretiva veio prever a obrigação de os Estados-Membros tomarem medidas para garantir a conservação dos dados necessários para (1) encontrar e identificar a fonte e/ou o destino de uma comunicação, (2) identificar a data, a hora e a duração de uma

¹¹ De acordo com o artigo 18.º desta Lei, a mesma entraria em vigor 90 dias após a publicação da portaria a que se refere o n.º 3 do artigo 7.º, sendo que a portaria em causa é a Portaria n.º 469/2009, de 6 de maio, que, nos termos do seu artigo 7.º, entrou em vigor no dia seguinte ao da sua publicação. O texto integral da Portaria n.º 469/2009 está disponível no endereço <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1265&tabela=leis&so_miolo=>>.

¹² Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32006L0024>>.

comunicação, (3) identificar o tipo de comunicação, (4) identificar o equipamento de telecomunicações dos utilizadores ou o que se considera ser o seu equipamento e (5) identificar a localização do equipamento de comunicação móvel (incluindo no caso de chamadas telefónicas falhadas), quando gerados ou tratados e armazenados (no caso de dados telefónicos) ou registados (no caso de dados da Internet) por fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de uma rede pública de comunicações que estejam sob a jurisdição do Estado-Membro em questão, no contexto da oferta de serviços de comunicação, mas exclui expressamente do seu âmbito de aplicação os dados de conteúdo de comunicações (artigos 1.º, n.º 2, e 5.º, n.º 2).

De acordo com o seu artigo 1.º, a Lei n.º 32/2008 regula a conservação e a transmissão dos dados de tráfego e de localização relativos a pessoas singulares e a pessoas coletivas, bem como dos dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador registado, para fins de investigação, deteção e repressão de crimes graves por parte das autoridades competentes, não contemplando, contudo, a conservação de dados que revelem o conteúdo das comunicações, que é proibida, sem prejuízo do disposto na Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto¹³, e na legislação processual penal relativamente à interceção e gravação de comunicações.

Como resulta do artigo 3.º, a conservação e a transmissão dos dados têm por finalidade exclusiva a investigação, deteção e repressão de crimes graves por parte das autoridades competentes, sendo obrigatória a separação dos ficheiros destinados à conservação de dados de quaisquer outros ficheiros para outros fins e não podendo o titular dos dados opor-se à respetiva conservação e transmissão.

Nos termos dos artigos 4.º e 5.º, os fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de uma rede pública de comunicações estavam obrigados a conservar (1) os dados necessários para encontrar e identificar a fonte de uma

¹³ O texto integral da Lei n.º 41/2004 está disponível no endereço <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=707&tabela=leis&so_miolo=>>.

comunicação, (2) os dados necessários para encontrar e identificar o destino de uma comunicação, (3) os dados necessários para identificar a data, a hora e a duração de uma comunicação, (4) os dados necessários para identificar o tipo de comunicação, (5) os dados necessários para identificar o equipamento de telecomunicações dos utilizadores, ou o que se considera ser o seu equipamento e (6) os dados necessários para identificar a localização do equipamento de comunicação móvel, incluindo os dados telefónicos e da Internet relativos a chamadas telefónicas falhadas quando gerados, tratados e/ou armazenados por esses mesmos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas, mas não os dados relativos a chamadas não estabelecidas.

O prazo de conservação era de um ano (cfr. artigo 6.º)¹⁴ e, no que tange à proteção e à segurança dos dados conservados, de acordo com o artigo 7.º, n.ºs 1 e 2, os fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de uma rede pública de comunicações estão obrigados a:

- a) conservar os dados referentes às categorias previstas no artigo 4.º por forma a que possam ser transmitidos imediatamente, mediante despacho fundamentado do Juiz, às autoridades competentes;
- b) garantir que os dados conservados sejam da mesma qualidade e estejam sujeitos à mesma proteção e segurança que os dados na rede;
- c) tomar as medidas técnicas e organizativas adequadas à proteção dos dados previstos no artigo 4.º contra a destruição acidental ou ilícita, a perda ou a alteração acidental e o armazenamento, tratamento, acesso ou divulgação não autorizados ou ilícitos;

¹⁴ Nos termos do artigo 12.º, n.ºs 1, alínea b), 2 e 3, sem prejuízo da responsabilidade criminal a que haja lugar nos termos da lei, o incumprimento do prazo de conservação previsto no artigo 6.º constitui uma contraordenação punível com uma coima entre 1500,00 € e 50 000,00 €, quando o agente seja uma pessoa singular, ou entre 5000,00 € e 10 000 000,00 €, quando o agente seja uma pessoa coletiva, sendo a tentativa e a negligência puníveis.

- d) tomar as medidas técnicas e organizativas adequadas para garantir que apenas pessoas especialmente autorizadas tenham acesso aos dados referentes às categorias previstas no artigo 4.º;
- e) destruir os dados no final do período de conservação, exceto os dados que tenham sido preservados por ordem do Juiz; e
- f) destruir os dados que tenham sido preservados, quando tal lhe seja determinado por ordem do Juiz.

Isto, devendo os dados referentes às categorias previstas no artigo 4.º, à exceção dos dados relativos ao nome e endereço dos assinantes, permanecer bloqueados (*i. e.*, encriptados) desde o início da sua conservação e só podendo ser desbloqueados (*i. e.*, descriptados) para efeitos de transmissão, nos termos da Lei n.º 32/2008, às autoridades competentes, que, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea f), são as autoridades judiciais [na aceção do artigo 1.º, alínea b)], do CPP: Juiz, Juiz de Instrução Criminal (JIC) e Ministério Público (MP) e as autoridades de polícia criminal (APC) da Polícia Judiciária (PJ), Guarda Nacional Republicana (GNR), Polícia de Segurança Pública (PSP), Polícia Judiciária Militar (PJM), Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF) e Polícia Marítima.

Para garantir a efetividade do cumprimento das obrigações relativas à conservação e à transmissão dos dados às autoridades competentes, nos termos do artigo 12.º, n.ºs 1, alíneas a) a c), 2 e 3, sem prejuízo da responsabilidade criminal a que haja lugar nos termos da lei, a não conservação das categorias dos dados previstas no artigo 4.º, o incumprimento do prazo de conservação previsto no artigo 6.º e a não transmissão dos dados às autoridades competentes, quando autorizada nos termos do disposto no artigo 9.º constituem contraordenação punível com uma coima entre 1500,00 € e 50 000,00 €, quando o agente seja uma pessoa singular, ou entre 5000,00 € e 10 000 000,00 €, quando o agente seja uma pessoa coletiva, sendo a tentativa e a negligência puníveis.

A transmissão dos dados processa-se mediante comunicação eletrônica, nos termos das condições técnicas e de segurança fixadas na Portaria n.º 469/2009, que devem observar um grau de codificação e proteção o mais elevado possível, de acordo com o estado da técnica ao momento da transmissão, incluindo métodos de codificação, encriptação ou outros adequados (cfr. artigos 7.º, n.º 3, e 10.º).

Ainda no que concerne à proteção e à segurança dos dados, de acordo com os artigos 8.º e 9.º, n.º 6, a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) (que, nos termos do artigo 7.º, n.º 5, é a autoridade pública competente para o controlo do cumprimento das regras relativas à proteção e à segurança dos dados¹⁵) deve manter um registo eletrónico permanentemente atualizado das pessoas especialmente autorizadas a aceder aos dados, estando os fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas ou de uma rede pública de comunicações, por seu turno, obrigados a remeter à CNPD, por via exclusivamente eletrónica, os dados necessários à identificação das pessoas especialmente autorizadas a aceder aos dados.

Para reforçar a proteção e a segurança dos dados, o legislador criminalizou diversas condutas, sendo que, nos termos do artigo 13.º, o incumprimento de qualquer das regras relativas à proteção e à segurança dos dados previstas no artigo 7.º, o não bloqueio dos dados, nos termos previstos no n.º 2 do artigo 7.º, e o acesso aos dados por pessoa não especialmente autorizada nos termos do n.º 1 do artigo 8.º constituem crime punível com pena de prisão entre um mês e dois anos ou com pena de multa entre dez e 240 dias, sendo a penalidade agravada para o dobro dos seus limites mínimo e

¹⁵ No entanto, na sua Deliberação n.º 1008/2017, na sequência da anulação da Diretiva 2006/24/CE pelo TJUE, a CNPD decidiu desaplicar a Lei n.º 32/2008 por violar a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) e o artigo 18.º, n.º 2, da CRP, como se de um Tribunal se tratasse, procedimento cuja legitimidade se nos afigura muitíssimo duvidosa. Ademais, segundo notícia publicada pelo Diário de Notícias em 15/05/2022, as bases de metadados das operadoras não são fiscalizadas pela CNPD desde a referida deliberação (*i. e.*, há cerca de cinco anos).

máximo quando o crime for cometido através de violação de regras técnicas de segurança, tiver possibilitado ao agente ou a terceiros o conhecimento de dados pessoais e/ou tiver proporcionado ao agente ou a terceiros benefício ou vantagem patrimonial. A tentativa e a negligência são puníveis.

Do mesmo modo, nos termos do artigo 12.º, n.ºs 1, alínea d), 2 e 3, sem prejuízo da responsabilidade criminal a que haja lugar nos termos da lei, o não envio dos dados necessários à identificação das pessoas especialmente autorizadas, nos termos do n.º 2 do artigo 8.º constitui uma contraordenação punível com uma coima entre 1500,00 € e 50 000,00 €, quando o agente seja uma pessoa singular, ou entre 5000,00 € e 10 000 000,00 €, quando o agente seja uma pessoa coletiva, sendo a tentativa e a negligência puníveis.

De acordo com os artigos 2.º, n.º 3, e 9.º, n.ºs 1, 2 e 4¹⁶, a transmissão dos dados às autoridades competentes só pode ser ordenada ou autorizada por despacho fundamentado do Juiz (ou JIC), mediante requerimento do MP ou da APC competente, se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta

¹⁶ Como sempre defendemos, consideramos que o artigo 9.º da Lei n.º 32/2008 foi tacitamente revogado pelos artigos 12.º e ss. da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro (cfr. NUNES, 2019a, p. 563-564; e também em NUNES, 2021b, p. 65 e ss.), entendimento também perfilhado por Mesquita (2010, p. 110, 111 [nota 60], 113-114 e 123), e pelos Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 22/01/2013, do Tribunal da Relação de Coimbra (TRC) de 26/02/2014 e do Tribunal da Relação de Évora (TRE) de 06/01/2015, sendo que, no Acórdão do TRL de 21/11/2018, embora começando por se afirmar a adesão à tese maioritária, considerou-se que o artigo 14.º da Lei n.º 109/2009 permite a obtenção de dados conservados à luz da Lei n.º 32/2008 fora dos casos em que esteja em causa a investigação de um crime subsumível ao conceito de “crime grave” do artigo 2.º, n.º 1, alínea g), desta última lei. Contudo, o entendimento maioritário era no sentido de que o artigo 9.º da Lei n.º 32/2008 prevalecia sobre o regime dos artigos 12.º e ss. da Lei n.º 109/2009, embora, com a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral do artigo 9.º da Lei n.º 32/2008 (na parte em que não prevê uma notificação ao visado de que os dados conservados foram acedidos pelas autoridades de investigação criminal, a partir do momento em que tal comunicação não seja suscetível de comprometer as investigações nem a vida ou integridade física de terceiros) por via do Acórdão do TC n.º 268/2022, tal entendimento deixou de ter qualquer apoio na lei vigente.

da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter no âmbito da investigação, deteção e repressão de crimes graves, que, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea g), são os crimes de terrorismo¹⁷, criminalidade violenta¹⁸, criminalidade altamente organizada¹⁹, sequestro, rapto e tomada de reféns, crimes contra a identidade cultural e integridade pessoal, contra a segurança do Estado, falsificação de moeda ou de títulos equiparados a moeda, contrafação de cartões ou outros dispositivos de pagamento, uso de cartões ou outros dispositivos de pagamento contrafeitos, aquisição de cartões ou outros dispositivos de pagamento contrafeitos, atos preparatórios da contrafação e crimes abrangidos por convenção sobre segurança da navegação aérea ou marítima, devendo a decisão judicial de transmitir os dados respeitar os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade, designadamente no que se refere à definição das categorias de dados a transmitir e das autoridades competentes com acesso aos dados e à proteção do segredo profissional.

Nos termos do artigo 9.º, n.º 3, só pode ser autorizada a transmissão de dados relativos ao suspeito ou ao arguido, a pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou de arguido, ou a vítima de crime, mediante o respetivo consentimento (efetivo ou presumido).

A Lei exige, igualmente, que os fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas ou de uma rede pública de comunicações

¹⁷ Na aceção do artigo 1.º, alínea i), do CPP: as condutas que integram os crimes de organizações terroristas, terrorismo, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo.

¹⁸ Na aceção do artigo 1.º, alínea j), do CPP (que inclui a criminalidade especialmente violenta, a que se refere a alínea l) do mesmo normativo): as condutas que dolosamente se dirigirem contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual ou a autoridade pública e forem puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 5 anos.

¹⁹ Na aceção do artigo 1.º, alínea m), do CPP: as condutas que integrem crimes de associação criminosa, tráfico de órgãos humanos, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influência, participação económica em negócio ou branqueamento.

elaborem registos da extração dos dados transmitidos às autoridades competentes e, trimestralmente, enviem esses registos à CNPD (cfr. artigo 9.º, n.º 6).

Por fim, de acordo com o artigo 11.º, o Juiz determina, oficiosamente ou a requerimento de qualquer interessado, a destruição dos dados na posse das autoridades competentes, bem como dos dados preservados pelos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas ou de uma rede pública de comunicações logo que eles deixem de ser estritamente necessários para os fins a que se destinam, considerando-se que deixam de o ser quando (1) o processo penal seja arquivado nos termos do artigo 277.º, n.º 1, do CPP, (2) o arguido seja não pronunciado ou absolvido por decisão transitada em julgado, (3) o arguido seja condenado por decisão transitada em julgado, (4) ocorra a prescrição do procedimento penal ou (5) tenha lugar uma amnistia.

III A DECLARAÇÃO DE INVALIDADE DA DIRETIVA 2006/24/CE, DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, DE 15 DE MARÇO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

A Diretiva 2006/24/CE foi declarada inválida pelo TJUE, no âmbito de um reenvio prejudicial ao abrigo do artigo 267.º do TFUE através do seu Acórdão de 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland Ltd e Kärntner Landesregierung*. Nesse aresto, o TJUE entendeu que a conservação dos dados referidos na Diretiva e o acesso das autoridades a esses dados restringem, de forma intensa (embora sem afetar o seu conteúdo essencial), os direitos tutelados pelos artigos 7.º e 8.º da CDFUE, sendo que, nos termos do artigo 52.º, n.º 1, da Carta, qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos por esta deve ser prevista por lei, respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades e, por força dos ditames do princípio da proporcionalidade, só podem ser introduzidas restrições a esses direitos e liberdades se forem necessárias e corresponderem

efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros. E, nessa conformidade, o TJUE considerou que, apesar de não ocorrer qualquer restrição do conteúdo essencial dos referidos direitos fundamentais e de estar em causa a prossecução de fins legítimos (a resposta à criminalidade grave e, em última análise, a salvaguarda da segurança pública), a Diretiva restringe, de forma desproporcionada, os mencionados direitos fundamentais, uma vez que:

- a) abrange, de uma forma indiscriminada, todas as pessoas que utilizam serviços de comunicações eletrónicas, incluindo, por isso, pessoas em relação às quais não existem indícios de que o seu comportamento possa ter umnexo, ainda que indireto ou longínquo, com infrações graves e não prevendo qualquer exceção quanto a pessoas cujas comunicações estejam abrangidas pela proteção do segredo profissional;
- b) não exige nenhuma relação entre os dados cuja conservação está prevista e uma ameaça para a segurança pública nem limita a conservação a dados relativos a um período de tempo e/ou a uma zona geográfica determinada e/ou a um círculo de pessoas determinadas que possam estar implicadas, de uma maneira ou de outra, numa infração grave, nem de dados relativos a pessoas, cuja conservação, por outros motivos, pudesse contribuir para a prevenção, a deteção ou a repressão de infrações graves;
- c) não estabelece critérios objetivos que permitam delimitar o acesso das autoridades nacionais competentes aos dados e a sua utilização posterior para prevenir, detetar ou agir penalmente contra infrações suscetíveis de ser consideradas suficientemente graves à luz da amplitude e da gravidade da ingerência nos direitos fundamentais consagrados nos artigos 7.º e 8.º da CDFUE para justificar uma tal ingerência;

- d) no que tange ao acesso das autoridades nacionais competentes aos dados e à sua utilização posterior, não limita o acesso e a utilização posterior dos dados em causa a fins de prevenção e de deteção de infrações graves delimitadas com precisão ou de ações penais contra as mesmas nem estabelece critérios objetivos que permitam limitar o número de pessoas com autorização de acesso e de utilização posterior dos dados conservados ao estritamente necessário à luz do objetivo prosseguido;
- e) não submete o acesso aos dados conservados pelas autoridades nacionais competentes a um controlo prévio efetuado por um órgão jurisdicional ou por uma entidade administrativa independente cuja decisão vise limitar o acesso aos dados e a sua utilização ao estritamente necessário para se alcançar o objetivo prosseguido e ocorra na sequência de um pedido fundamentado destas autoridades, apresentado no âmbito de procedimentos de prevenção, de deteção ou de uma ação penal, sendo que também não foi prevista uma obrigação precisa de os Estados-Membros estabelecerem tais limitações;
- f) no que respeita à duração da conservação dos dados, não procede a qualquer distinção entre as categorias de dados em função da sua eventual utilidade relativamente ao objetivo prosseguido ou em função das pessoas em causa e situa essa duração entre um mínimo de seis meses e um máximo de vinte e quatro meses, sem que se especifique que a determinação do período de conservação se deve basear em critérios objetivos, a fim de garantir que se limita ao estritamente necessário; e
- g) quanto à segurança e à proteção dos dados conservados pelos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, não se estabelece nem se

prevê uma obrigação precisa de os Estados-Membros estabelecerem regras específicas e adaptadas à grande quantidade de dados cuja conservação é imposta, ao caráter sensível desses dados e ao risco de acesso ilícito aos mesmos, não garante a aplicação pelos referidos fornecedores de um nível particularmente elevado de proteção, não garante a destruição definitiva dos dados no termo do período de conservação dos mesmos e também não impõe que os dados em causa sejam conservados no território da União Europeia (pelo que não se pode considerar que esteja plenamente garantida a fiscalização, por uma entidade independente, expressamente exigida pelo artigo 8.º, n.º 3, da CDFUE, do respeito das exigências de proteção e de segurança).

Na sequência deste Acórdão do TJUE, passou a discutir-se, entre nós, se a Lei n.º 32/2008 era, ou não, incompatível com o Direito da União Europeia e se, conseqüentemente, a conservação de dados à luz dessa Lei é, ou não, admissível à luz, quer da CRP quer da CDFUE.

Assim, uma parte da doutrina e da jurisprudência consideravam que o Acórdão do TJUE não impede a conservação de dados nem o acesso a esses dados, à luz da Lei n.º 32/2008, pois tratou-se de um Acórdão proferido em sede de reenvio prejudicial e, como tal, sem força obrigatória geral e apenas vinculativo para os Estados em causa [ao contrário do que sucederia se a Diretiva tivesse sido declarada inválida no âmbito de recurso de anulação nos termos do artigo 263.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)] e, sobretudo, porque a Lei n.º 32/2008 cumpre todos os requisitos que o TJUE entendeu que a Diretiva 2006/24/CE não observa²⁰. Igualmente se entendeu que ainda que a Lei n.º

²⁰ Cfr. Nunes (2019a, p. 558 e ss.), Correia (2014, p. 38), Pinho (2018, *passim*, embora entendendo que a Lei n.º 32/2008 terá de ser alvo de reformas, mas por força da entrada em vigor do RGPD), Milheiro (2019, p. 840-841); Cabreiro (2014), e Acórdãos do TC n.º 420/2017 e do TRL de 28/11/2018.

32/2008 seja o instrumento de transposição da Diretiva 2006/24/CE para a ordem jurídica portuguesa, a declaração de invalidade da Diretiva pelo TJUE não implicava *ipso facto* a invalidade da Lei n.º 32/2008 (que passou a valer como uma lei nacional autónoma), que, contudo, deveria ser alvo de alteração, a fim de a conformar ao disposto na CDFUE e à jurisprudência do TJUE²¹.

Mas também não faltou quem, por força da jurisprudência do TJUE, considerasse que a Lei n.º 32/2008 era inconstitucional por violar a CDFUE e, por isso, os Tribunais portugueses estavam impedidos de a aplicar²² e quem não descartasse a possibilidade de a Lei n.º 32/2008 vir a ser considerada inconstitucional em sede de fiscalização da constitucionalidade (como veio, efetivamente, a suceder), por violação do princípio da proporcionalidade (cfr. MARTINS, 2017, p. 512).

Trata-se, todavia, de uma questão ultrapassada, por força da declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, dos artigos. 4.º, 6.º e 9.º (na parte em que não prevê uma notificação ao visado de que os dados conservados foram acedidos pelas autoridades de investigação criminal, a partir do momento em que tal comunicação não seja suscetível de comprometer as investigações nem a vida ou integridade física de terceiros) da Lei n.º 32/2008 por meio do Acórdão do TC n.º 268/2022, apenas valendo os argumentos então esgrimidos para apreciar criticamente o decidido neste aresto e os respetivos fundamentos.

²¹ Cfr. Acórdão do TRE de 22/02/2022.

²² Cfr. Ramalho; Coimbra (2015, p. 1.039 e ss.), Ramos (2022, p. 261 e ss.) (alterando a sua opinião inicial), Silveira; Freitas (2017, p. 57 e ss.), Coutinho (2014), Acórdão do TC n.º 382/2022 e Deliberações da CNPD n.ºs 641/2017 e 1008/2017, que consideravam/consideram que os Tribunais portugueses não podiam aplicar a Lei n.º 32/2008, por essa lei violar a CDFUE, ao passo que Gouveia (2014) e Ramos (2015, p. 127-128) (entendimento que veio a modificar posteriormente), não descartavam uma eventual proibição de aplicação.

IV A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COM FORÇA OBRIGATÓRIA GERAL DOS ARTIGOS 4.º, 6.º E 9.º (NA PARTE EM QUE NÃO PREVÊ UMA NOTIFICAÇÃO AO VISADO DE QUE OS DADOS CONSERVADOS FORAM ACEDIDOS PELAS AUTORIDADES DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, A PARTIR DO MOMENTO EM QUE TAL COMUNICAÇÃO NÃO SEJA SUSCETÍVEL DE COMPROMETER AS INVESTIGAÇÕES NEM A VIDA OU INTEGRIDADE FÍSICA DE TERCEIROS) DA LEI N.º 32/2008, DE 17 DE JULHO

Como referimos, o Tribunal Constitucional, através do seu Acórdão n.º 268/2022, embora com um voto de vencido²³, declarou inconstitucionais, com força obrigatória geral, a norma constante do artigo 4.º da Lei n.º 32/2008, conjugada com o artigo 6.º da mesma Lei, por violação do disposto nos artigos 35.º, n.ºs 1 e 4, e 26.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, todos da CRP, e a norma constante do artigo 9.º da Lei n.º 32/2008 (na parte em que não prevê uma notificação ao visado de que os dados conservados foram acedidos pelas autoridades de investigação criminal, a partir do momento em que tal comunicação não seja suscetível de comprometer as investigações nem a vida ou integridade física de terceiros), por violação do disposto nos artigos 35.º, n.º 1, e 20.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, todos da CRP.

Como também referimos, o aresto do TC foi prolatado no âmbito de um pedido de declaração de inconstitucionalidade dos artigos 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008, em sede de fiscalização abstrata sucessiva à luz do artigo 281.º da CRP, formulado pela Provedora da Justiça, com fundamento na violação do Direito da União Europeia (artigos 7.º, 8.º e 52.º, n.º 1, da CDFUE, na sequência da declaração de invalidade da Diretiva 2006/24/CE pelo TJUE através do seu Acórdão de 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland Ltd e Kärntner Landesregierung*), do direito à reserva da

²³ Cfr. Declaração de Voto do Cons. Lino José Batista Rodrigues Ribeiro, que subscrevemos em grande parte.

intimidade da vida privada e familiar (artigo 26.º, n.º 1, da CRP), do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da CRP), do sigilo das comunicações (artigo 34.º da CRP) e do direito a uma tutela jurisdicional efetiva (artigo 20.º, n.º 1, da CRP), tendo o TC apreciado a constitucionalidade das referidas normas também à luz do direito à autodeterminação informacional, tutelado pelo artigo 35.º da CRP, e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, também tutelado pelo artigo 26.º, n.º 1, da CRP, pois considerou que o princípio do pedido não obsta a que o TC possa declarar a inconstitucionalidade das normas cuja apreciação foi requerida com fundamento diverso daqueles cuja violação foi invocada, invocando, para tal, o disposto no artigo 51.º, n.º 5, da LTC.

Cumpre, desde já, referir que o TC não declarou a inconstitucionalidade das referidas normas à luz do direito ao sigilo das comunicações²⁴.

Em síntese, o TC, apreciando separadamente a vertente da conservação (artigos 4.º e 6.º da Lei n.º 32/2008) – e, dentro dela, analisou primeiro os dados de base e depois os dados de tráfego e de localização, cuja conservação considerou mais intensamente restritiva de direitos fundamentais do que a conservação dos dados de base – da vertente da transmissão (artigo 9.º), baseou o juízo de inconstitucionalidade nos seguintes aspetos:

- a) no que tange à conservação dos dados de base, ainda que a sua conservação tal como está regulada na Lei n.º 32/2008 não viole os ditames do princípio da proporcionalidade, o disposto no artigo 35.º, n.ºs 1 e 4, da CRP, interpretado em conformidade com os artigos 7.º e 8.º da CDFUE, impõe ao legislador, como condição de efetividade das garantias nele consagradas, a previsão da obrigatoriedade do armazenamento dos dados pessoais (como é o caso dos dados de base) num Estado-Membro da União Europeia e tal não é exigido pelos artigos 4.º e 6.º nem por qualquer outra norma da

²⁴ O que motivou uma declaração de voto dos Cons. Afonso Patrão, José João Abrantes, Assunção Raimundo e Mariana Canotilho.

Lei n.º 32/2008 ou de outro diploma vigente na ordem jurídica portuguesa;

- b) no que tange à conservação dos dados de tráfego e de localização, mesmo quando não sejam gerados em virtude de uma comunicação pessoal, além de a lei não prever a obrigatoriedade do armazenamento dos dados pessoais num Estado-Membro da União Europeia, a sua conservação tal como está regulada na Lei n.º 32/2008 constitui uma restrição desproporcionada dos direitos à reserva da intimidade da vida privada e à autodeterminação informacional na medida em que são conservados todos os dados de localização e de tráfego de todos os assinantes, abrangendo as comunicações eletrónicas da quase totalidade da população, incluindo pessoas relativamente às quais não há qualquer suspeita de atividade criminosa, e sem qualquer diferenciação, exceção ou ponderação face ao objetivo visado;
- c) no que tange à transmissão dos dados conservados, ainda que a sua conservação tal como está regulada na Lei n.º 32/2008 não viole os ditames do princípio da proporcionalidade, a lei não prevê a obrigatoriedade da notificação das pessoas cujos dados relativos às suas comunicações foram transmitidos às autoridades públicas a partir do momento em que tal comunicação não seja suscetível de comprometer as investigações nem a vida ou a integridade física de terceiros (ainda que essas pessoas, embora por sua iniciativa, possam indagar se existiu algum acesso aos seus dados), o que constitui uma restrição desproporcionada dos direitos ao acesso a uma tutela judicial efetiva e à autodeterminação informacional.

Como se disse, tal entendimento não foi unânime, porquanto foi lavrado um voto de vencido, cujos fundamentos subscrevemos

na sua maioria (e não na sua totalidade), embora considerando que poderão ser invocados outros argumentos adicionais e que o entendimento que foi acolhido pela maioria dos Juízes do TC é, ele próprio, inconstitucional. Inconstitucionalidade essa que não é afastada pelo facto de o Acórdão n.º 268/2022 acabar por funcionar como uma espécie de transposição de vários arestos do TJUE para a nossa ordem jurídica interna. Aliás, por essa razão, padece de vícios análogos aos de que os arestos do TJUE em causa padecem, embora à luz do Direito da União Europeia.

No entanto, iremos cingir a nossa análise ao Direito português, embora lembrando, desde já, que, nos termos do artigo 3.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia (TUE), “a União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a [...] prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno”²⁵ e que a CDFUE também garante, no seu artigo 6.º, os direitos à liberdade e à segurança, bem como, noutros preceitos, diversos direitos fundamentais que constituem o substrato constitucional de bens jurídicos tutelados por diversos tipos de crime particularmente graves e cuja prevenção e repressão são essenciais num Estado de Direito, como, por exemplo, os direitos à vida (artigo 2.º), à integridade pessoal (artigo 3.º), a não ser escravizado nem alvo de redução à servidão ou sujeito a tráfico de seres humanos (artigo 5.º), à propriedade (artigo 17.º), à saúde (artigo 35.º), ao ambiente (artigo 37.º), a uma boa administração (artigo 41.º), à ação e a um Tribunal imparcial (artigo 47.º), *etc.*, que, na nossa óptica, não foram tidos em conta (ou, pelo menos, não o foram na correta medida) pelo TJUE. E o mesmo sucede com os direitos ao respeito pela vida privada e familiar (artigo 7.º) e à proteção de dados pessoais (artigo 8.º), que também podem ser lesados por via da prática de crimes, pelo

²⁵ E, de acordo com o artigo 67.º, n.º 3, do TFUE, “a União envida esforços para garantir um elevado nível de segurança, através de medidas de prevenção da criminalidade, do racismo e da xenofobia e de combate contra estes fenómenos, através de medidas de coordenação e de cooperação entre autoridades policiais e judiciárias e outras autoridades competentes, bem como através do reconhecimento mútuo das decisões judiciais em matéria penal e, se necessário, através da aproximação das legislações penais.”

que não podem ser considerados apenas para justificar a limitação da utilização de medidas de investigação criminal.

Assim, passando a apresentar os nossos argumentos no sentido da inadequação do decidido pelo TC, em primeiro lugar, ao contrário do que é afirmado pelo TC (e aqui divergimos do voto de vencido) e pelo TJUE, a mera conservação de metadados não restringe qualquer direito fundamental, sendo que apenas ocorre uma restrição no momento em que eles sejam acedidos.

Na verdade, tal como exigem os artigos 3.º, n.º 3, e 7.º, n.º 2, da Lei n.º 32/2008, os metadados terão de ser guardados em ficheiros *(que têm de estar obrigatoriamente separados de quaisquer outros ficheiros para outros fins)* e *encriptados* e, nos termos dos artigos 3.º, n.ºs 1 e 2, 8.º e 9.º, n.º 1 (abstraindo do facto de, como referimos, considerarmos que este preceito foi tacitamente revogado pela Lei n.º 109/2009).

Esses ficheiros só podem ser descriptados e acedidos para fins de investigação, deteção e repressão de crimes graves por parte das autoridades competentes e mediante despacho judicial fundamentado²⁶. E, além disso, só os funcionários do operador de comunicações eletrónicas que estejam especialmente autorizados para tal poderão aceder aos dados, sob pena de responsabilidade penal²⁷ (e a sua identidade tem de ser comunicada à CNPD, sob pena de responsabilidade contraordenacional²⁸). Ou seja, na fase de conservação, os metadados são, apenas e só, inseridos em ficheiros

²⁶ Atento o facto de entendermos que o artigo 9.º da Lei n.º 32/2008 foi revogado pelos artigos 12.º e ss. da Lei n.º 109/2009, a entidade competente para autorizar o acesso aos metadados é a autoridade judiciária no caso de dados de base e de localização celular (cfr. artigo 14.º, n.ºs 1 e 4, da Lei n.º 109/2009) e, no caso dos dados de tráfego, o JIC ou o Juiz (cfr. artigos 18.º, n.º 2, da Lei n.º 109/2009, na fase de inquérito, e 189.º, n.º 2, do CPP, nas demais fases processuais). Aliás, não vemos em que medida a obtenção de dados conservados terá de ser rodeada de maiores garantias do que no caso de esses dados serem obtidos em tempo real, razão pela qual entendemos ser desajustado sujeitar o acesso a dados de base ou de localização conservados a autorização judicial quando a obtenção desses dados em tempo real pode ser autorizada pelo MP na fase de inquérito.

²⁷ Cfr. artigo 13.º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 32/2008.

²⁸ Cfr. artigo 12.º, n.º 1, alínea d), da Lei n.º 32/2008.

que ficarão encriptados e intocados até à sua destruição ao fim de 1 ano, a menos que seja autorizado o acesso a determinados metadados (apenas os relativos ao arguido, ao suspeito, ao intermediário ou, mediante consentimento, à vítima e não a todos os metadados que estejam naquele ou naqueles ficheiros) e nada mais: a mera conservação, por si só, não revela quaisquer informações, apenas permitindo o uso futuro de elementos de prova em investigações criminais que, de outro modo, teriam desaparecido e não poderiam ser utilizados, sendo que, num Estado de Direito, esse aumento da eficácia da investigação só pode ser considerado positivamente²⁹.

²⁹ De facto, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) tem considerado que a proteção dos direitos fundamentais inclui o dever de as autoridades levarem a cabo uma investigação efetiva e eficaz (no sentido de serem utilizados meios de investigação que se mostrem necessários para investigar no caso concreto) em ordem a investigar os crimes que atinjam algum dos direitos fundamentais garantidos pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), desde logo no caso de homicídios, tendo em conta o disposto no artigo 2.º da CEDH (cfr. Acórdãos McCann e Outros c. Reino Unido, Mahmut Kaya c. Turquia, Hugh Jordan c. Reino Unido, Paul e Audrey Edwards c. Reino Unido, Nachova e Outros c. Bulgária, Kaya e Outros c. Turquia, Ramsahai e Outros c. Países Baixos, Angelova e Iliev c. Bulgária, Opuz c. Turquia, Kolevi c. Bulgária, Al-Skeini e Outros c. Reino Unido, Vasílka c. Moldávia, Jaloud c. Países Baixos, Mustafa Tunç e Fecire Tunç c. Turquia e Armani da Silva c. Reino Unido). E, no que concerne à obtenção de metadados numa investigação criminal, o TEDH considerou que a não obtenção de metadados que se mostre necessária para uma determinada investigação criminal de crimes cometidos através da Internet ou com utilização da Internet (v. g., divulgação de vídeos anteriormente obtidos através de uma câmara oculta colocada no domicílio da vítima, permitindo a obtenção dos metadados identificar o autor da publicação e, eventualmente, o autor das gravações ilícitas) é incompatível com o artigo 8.º da CEDH (que também inclui um dever positivo de as autoridades levarem a cabo uma investigação efetiva e eficaz relativamente a crimes que lesem os direitos fundamentais tutelados por esse preceito da CEDH) se essa não obtenção puser em causa a eficácia dessa mesma investigação [cfr. Acórdãos K.U. c. Finlândia, Khadija Ismayilova c. Azerbaijão e Volodina c. Rússia (N.º 2)]. Aliás, no Acórdão K.U. c. Finlândia é particularmente evidente a censura do TEDH à excessiva importância que foi atribuída pelas autoridades finlandesas à confidencialidade dos dados de tráfego dos internautas face à necessidade de identificar o indivíduo que publicou um anúncio na Internet, desse modo tornando um menor em alvo de abordagens de pedófilos, sendo que a lei finlandesa em vigor, que visava proteger a liberdade de expressão e o direito à expressão anónima e protegia os autores de mensagens anónimas na Internet, impedia as autoridades de, numa tal situação, imporem ao fornecedor de serviços o fornecimento de metadados que permitissem a identificação do agente da infração, o que votara ao insucesso a investigação que fora aberta.

Daí que não se nos afigure razoável defender a existência de uma restrição de direitos fundamentais ao nível da mera conservação dos dados, assim como também não existe no caso da preservação expedita de dados informáticos e na revelação expedita de dados de tráfego previstas nos artigos 12.º e 13.º da Lei n.º 109/2009 (Cfr. NUNES, 2021a, p. 84 e 101). E, por isso, o disposto nos artigos 4.º e 6.º da Lei n.º 32/2008 jamais poderia ser inconstitucional.

Em segundo lugar, mesmo que se admitisse (que não admitimos) que a mera conservação de metadados restringe direitos fundamentais, tratar-se-ia, em todo e qualquer caso, de restrições muito pouco significativas. Assim, no caso dos dados de base, trata-se dos elementos necessários para o acesso à rede (*v. g.*, nome, data de nascimento, morada, estado civil, número de telefone, PIN, PUK, IMEI, IMSI, endereço eletrónico, IP³⁰), sendo que o próprio TC acaba por considerar que se trata de uma restrição pouco intensa.

No caso dos dados de localização a que a Lei n.º 32/2008 se refere, a única informação que esses dados fornecem é a localização de um determinado dispositivo (que nem sequer permite determinar com toda a exatidão qual é esse local), a partir da qual se vai *inferir* (de forma ilidível) que o seu proprietário ou utilizador habitual se encontrava nesse mesmo local, sendo incorreto afirmar que os dados de localização permitem *saber* a localização de uma pessoa. Por isso, a obtenção (e não a conservação, que não revela quaisquer dados) de dados de localização celular constitui uma restrição muito pouco significativa de direitos fundamentais³¹.

Acresce que a União Europeia aderiu à CEDH e, além disso, os direitos fundamentais tal como a CEDH os garante e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros fazem parte do Direito da União Europeia enquanto princípios gerais, (cfr. artigo 6.º, n.ºs 2 e 3, do TUE).

³⁰ No que tange às diferenças de regime jurídico relativamente à obtenção do IP estático e do IP dinâmico, *vide* Nunes (2021a, p. 110-111).

³¹ Cfr. Nunes (2019b, p. 133), Acórdãos do TC n.º 486/2009 e do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 29/04/2010 e Sentenças do *Bundesgerichtshof* (BGH) de 24/01/2001 e do *Tribunal Supremo* n.º 6307/2009; contra, Acórdão do TC n.º 268/2022 e Sentença *United States v. Jones* do *Supreme Court of the United States*.

Por fim, no caso dos dados de tráfego, trata-se dos elementos ou dados funcionais necessários ou produzidos pelo estabelecimento da ligação através da qual uma comunicação concreta é operada ou transmitida [a direção, o destino (*adressage*) e a via, o trajeto (*routage*)], os quais se limitam a revelar – no caso de comunicações telefónicas – os números das chamadas recebidas e os números para os quais aquele dispositivo ligou (daí se *inferindo*, uma vez mais de forma ilidível, que as comunicações tiveram lugar entre os proprietários ou os utilizadores habituais de cada um desses números telefónicos) e a data, a duração, a hora, e a frequência dessas comunicações ou tentativas de comunicação e nada mais, pois nada revelam quanto ao conteúdo das comunicações.

Por isso, trata-se de uma restrição também pouco intensa de direitos fundamentais e que, por ser muito menos intensa do que no caso da obtenção de dados de conteúdo, a sua obtenção, ainda que restrinja o direito à inviolabilidade das comunicações, nem deveria estar sujeita ao regime particularmente restritivo das interceções de comunicações (cfr. NUNES, 2019a, p. 577), como sucede no Direito alemão (em que o legislador consagrou, no § 100g StPO³², um regime muito menos restritivo do que o das interceções de comunicações do § 100a).

Em terceiro lugar, a conservação e os ulteriores acesso e utilização de metadados têm por finalidade exclusiva a investigação, deteção e repressão de crimes graves por parte das autoridades competentes (cfr. artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2008), o que inclui a repressão criminal e a prevenção criminal, tendo em conta o *continuum* que existe (e terá de existir³³) entre ambas como *conditio sine qua non* para responder eficazmente à criminalidade organizada, ao terrorismo, à criminalidade económico-financeira e ao cibercrime (cfr. NUNES, 2019a, p. 581). Como referimos, os metadados são conservados em ficheiros separados dos demais ficheiros e ficam encriptados e intocados até à sua destruição ao fim de um ano, a menos que seja autorizado o acesso a metadados relativos ao

³² *Strafprozessordnung*.

³³ Sobre esse *continuum*, vide Nunes (2019a, p. 255 e ss.).

arguido, ao suspeito, ao intermediário ou, mediante consentimento, à vítima (e não a todos os metadados que estejam naquele ou naqueles ficheiros).

Além disso, se atentarmos no catálogo do artigo 2.º, n.º 1, alínea g), da Lei n.º 32/2008³⁴, estão em causa crimes gravíssimos, como, por exemplo, crimes de homicídio doloso, ofensa à integridade física grave, mutilação genital feminina, ofensa à integridade física agravada pelo resultado, violência doméstica, violação, coação sexual, abuso sexual de menores, roubo, extorsão, associação criminosa, tráfico de órgãos humanos, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes, corrupção, tráfico de influência, participação económica em negócio, branqueamento de capitais, organizações terroristas, terrorismo, financiamento do terrorismo, rapto, sequestro agravado, tomada de reféns, escravidão, tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes e desumanos, crimes contra a segurança do Estado ou contração de moeda.

E, como sabemos, para que a criminalização de uma conduta seja admissível, terá de estar em causa a proteção de um bem jurídico essencial à convivência comunitária e ao livre desenvolvimento da pessoa, que terá de estar relacionado com um direito fundamental ou com um interesse constitucionalmente protegido, sendo os bens jurídico-penais concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica (cfr. DIAS, 2019, p. 136 e ss.; NUNES, 2021b, p. 84). Deste modo, no caso dos crimes que referimos, está em causa a proteção de alguns dos bens mais relevantes à luz da ordem de valores jurídico-constitucional.

Ora, a utilização de metadados tende a ser absolutamente essencial para muitas investigações criminais desses tipos de crime

³⁴ Embora consideremos que a obtenção de dados de localização ou de base não está sujeita a qualquer catálogo de crimes (cfr. artigo 14.º da Lei n.º 109/2009) e que a obtenção de dados de tráfego está sujeita (*de jure condito*) ao catálogo do artigo 18.º, n.º 1, da Lei n.º 109/2009, que é mais amplo do que o catálogo do artigo 2.º, n.º 1, alínea g), da Lei n.º 32/2008.

(e de outros)³⁵, *maxime* quando se trate de formas de criminalidade que utilizam sistematicamente meios informáticos e/ou outros meios eletrónicos de comunicação à distância (designadamente, a criminalidade organizada, o terrorismo³⁶, a criminalidade económico-financeira, ou o cibercrime³⁷ *ex se*) cuja utilização gere metadados.

E, como é óbvio, a notícia do crime é sempre obtida após a prática do crime (e, não poucas vezes, muito depois), já para não falar dos casos em que, mesmo que o processo seja instaurado pouco tempo após a prática do crime, a identificação de arguidos ou suspeitos só ocorre muito tempo depois da instauração do processo (e só aí, salvo no caso da vítima, é que a obtenção de metadados relativos ao suspeito, ao arguido ou ao intermediário será possível e admissível). Por isso, os metadados que se interessa obter são metadados gerados no passado e não no decurso da investigação³⁸, sendo essa situação que o legislador pretendeu acautelar ao impor a

³⁵ Não poucas vezes, para lograrem identificar os agentes do crime, as autoridades têm necessariamente de determinar quais eram os telemóveis/cartões que acionaram um conjunto de células/antenas de telecomunicações no lapso de tempo em que os factos terão sido praticados (estando, muitas vezes, em causa um lapso de tempo de apenas alguns minutos) e a identidade dos respetivos proprietários (a fim de inferir quem eram as pessoas que se encontravam naquele local para, numa segunda fase, conseguir identificar os autores do crime), sendo que é frequente estarem em causa crimes extremamente graves (homicídios, raptos, roubos, assaltos a caixas multibanco com utilização de explosivos, *etc.*) (*vide*, a este respeito, NUNES, 2019b, *passim*).

³⁶ Aliás, é sabido que as investigações criminais dos atentados terroristas de Madrid (11/03/2004) e Londres (07/07/2005) foram bem-sucedidas graças à reconstituição das comunicações eletrónicas entre os vários intervenientes das redes terroristas em causa, pois foi essa reconstituição que permitiu às autoridades perceberem as relações existentes entre eles.

³⁷ Que, quando entendido em sentido lato (tal como defendemos), inclui tanto os crimes em que o sistema informático ou os dados informáticos são o objeto da ação, ainda que como alvos simbólicos (cibercrime em sentido estrito) como outros crimes cujo cometimento esteja significativamente ligado à utilização de um sistema informático (onde se incluem, por exemplo, a pornografia infantil, a extorsão sexual, o tráfico de drogas ou armas, o jogo ilícito *online*, as burlas relativas a criptomonedas, *etc.*) (cfr. NUNES, 2021a, p. 45-46).

³⁸ Cujas obtenção, em regra, apenas tem interesse no caso de atividades criminosas duradouras em que, no decurso da investigação, vão sendo cometidos novos crimes ou novos atos do crime sob investigação (*v. g.*, no caso dos crimes de tráfico ou de abuso sexual de menores).

conservação dos metadados através da Lei n.º 32/2008 e o mesmo sucedendo com o Parlamento Europeu e o Conselho ao adotarem a Diretiva 2006/24/CE.

Tendo em conta o que acabámos de referir, além de a mera conservação de metadados não restringir direitos fundamentais (e, ainda que restringisse, tratar-se-ia de uma restrição pouco intensa) e de o acesso aos metadados constituir uma restrição pouco intensa de direitos fundamentais, a desconsideração (ao ponto de ocorrer um sacrifício a 100% do valor da segurança³⁹ e também dos demais direitos fundamentais que se concretizam nos bens jurídico-penais tutelados pelos crimes constantes do catálogo do artigo 2.º, n.º 1, alínea g), da Lei n.º 32/2008 quando acaba por impedir a conservação e o acesso a esses dados nos termos dos artigos 4.º, 6.º e 9.º dessa lei) da necessidade de responder eficazmente aos crimes graves constantes do catálogo do artigo 2.º, n.º 1, alínea g), da Lei n.º 32/2008 configura uma proteção insuficiente dos direitos fundamentais que se concretizam nos bens jurídico-penais tutelados por esses crimes⁴⁰. E é certo que a Lei n.º 32/2008 encontrou um equilíbrio que proporciona uma muito adequada concordância prática entre os bens e valores em jogo⁴¹.

Aliás, atentas à natureza dos crimes que integram o catálogo do artigo 2.º, n.º 1, alínea g), da Lei n.º 32/2008, à intensidade da restrição de direitos fundamentais que o acesso aos metadados acarreta⁴² e às salvaguardas que o legislador previu na lei, os direitos ou interesses constitucionalmente protegidos prosseguidos através da investigação criminal tendem a ser mais relevantes à luz da ordem de valores jurídico-constitucional do que os direitos fundamentais restringidos, o que foi completamente invertido pelo TC. E não podemos olvidar que o interesse público numa Justiça penal funcionalmente eficaz é um pressuposto essencial do Estado

³⁹ Cfr. Voto de vencido do Acórdão do TC n.º 268/2022.

⁴⁰ Como resulta da jurisprudência do TEDH que referimos.

⁴¹ Como se aduz no Voto de vencido do Acórdão do TC n.º 268/2022.

⁴² Sendo que, no caso da conservação, não ocorre qualquer restrição e, a ocorrer, seria pouco intensa e inclusivamente menos intensa do que no caso do acesso.

de Direito e possui, também ele, respaldo constitucional⁴³, sendo que a investigação dos crimes e a punição dos criminosos é levada a cabo em prol do interesse da Comunidade no seu todo e não em prol do engrandecimento do Estado.

Em quarto lugar, como se afirma no voto de vencido, se só for possível conservar metadados (designadamente no caso de dados de tráfego e de localização) relativamente a pessoas em relação às quais existam indícios de que o seu comportamento possa ter algum *nexo* com os crimes graves enunciados na alínea g) do n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 32/2008, os fornecedores de serviços de telecomunicações apenas podem conservar os dados quando a autoridade judiciária competente os solicitar no decurso de uma investigação criminal, situação que já está prevista no artigo 12.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro⁴⁴ (mas cuja aplicação depende de os dados a preservar terem sido previamente conservados)⁴⁵, mas não se mostra eficaz para garantir a recolha de prova em processo penal. Isto porque, por exemplo, numa situação de rapto, se os dados relativos às comunicações das vítimas forem apagados findas que sejam tais comunicações, poderá ser muito difícil identificar os agentes dos crimes, sendo os metadados que viessem a ser obtidos em tempo real tendencialmente inúteis.

⁴³ Cfr. Dias (2011, p. 37 e ss.), Nunes (2019a, p. 335 e ss.), Correia (2014, p. 39, nota 21), Acórdãos Paul e Audrey Edwards c. Reino Unido do TEDH, do TC n.º 213/2008, do STJ de 03/03/2010 e do TRL de 24/01/2012 e Sentenças do *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) de 27/06/2018, *National City Trading Corp. v. United States* do *United States Court of Appeals, 2nd Circuit* (1980) e *United States v. Hunter* do *United States District Court, Vermont* (1998).

⁴⁴ O texto integral da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro (lei do Cibercrime) está disponível no endereço <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1137&tabela=leis>.

⁴⁵ Aliás, em consequência da decisão do TC – e caso não seja possível encontrar um caminho alternativo no Direito vigente no que tange às normas julgadas inconstitucionais (e sem prejuízo de considerarmos que o artigo 9.º da Lei n.º 32/2008 fora já revogado pelos artigos 12.º e ss. da Lei n.º 109/2009 –, os artigos 12.º (na parte em que estejam em causa dados de tráfego, de base e/ou de localização), 13.º e 14.º, n.º 4, da Lei n.º 109/2009 ficaram temporariamente esvaziados de conteúdo, só voltando a ter aplicabilidade prática quando entrar em vigor uma nova lei relativa à conservação de metadados (já que no que tange ao acesso, os meios de obtenção de prova previstos na Lei n.º 109/2009 são perfeitamente adequados para esse fim).

No fundo, uma tal exigência é impossível de observar no caso da conservação de metadados a que se refere a Lei n.º 32/2008, que, como vimos, é um instrumento absolutamente essencial para muitas investigações criminais, *maxime* quando se trate de formas de criminalidade de difícil investigação e que utilizam sistematicamente meios informáticos e/ou outros meios eletrónicos de comunicação à distância (designadamente, a criminalidade organizada, o terrorismo, a criminalidade económico-financeira ou o cibercrime *ex se*) cuja utilização gere metadados.

Na verdade, a conservação de metadados a que se refere a Lei n.º 32/2008 é uma medida de prevenção criminal que se integra na chamada investigação proativa (que é essencial para responder às novas formas de criminalidade, em que uma investigação meramente reativa, *i. e.*, apenas a partir da obtenção da notícia do crime, é manifestamente ineficaz), sendo que a investigação proativa inicia-se num momento prévio à prática do crime ou ao conhecimento da sua prática pelas autoridades e visa, entre outras finalidades, obter uma *notitia criminis*, obter informações que facilitem a investigação de crimes que venham a ser cometidos (como sucede no caso da conservação de metadados ou da imposição de deveres de colaboração/reportes ao abrigo da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto) ou relativas ao modo de funcionamento de certas formas de criminalidade (as chamadas informações de *intelligence*) ou evitar o cometimento de crimes já planeados ou minimizar os seus efeitos para as vítimas (cfr. NUNES, 2019a, p. 256-257).

Dito de outro modo, num momento prévio à obtenção da notícia do crime é *impossível* indicar qualquer critério delimitador dos metadados a conservar. E, ainda que fosse possível, tal critério sempre violaria os princípios da proibição da discriminação (como veremos infra) e da presunção de inocência. No fundo, o TC formulou uma exigência que é de observância impossível e que contradiz a natureza preventiva, proativa da conservação de metadados e, com isso, declarou a inconstitucionalidade dos artigos 4.º e 6.º da Lei n.º 32/2008, negando, na prática – salvo se for possível encontrar vias alternativas no Direito vigente – a possibilidade de utilização de

metadados na investigação criminal, que é um meio absolutamente necessário para responder às mais graves formas de criminalidade da atualidade.

Em quinto lugar, como se afirma no voto de vencido, na medida em que o artigo 35.º, n.ºs 1 e 4, da CRP autoriza a informatização de dados pessoais sem o consentimento do titular e remete para a lei a definição dessas condições, não se pode aferir a observância dos ditames do princípio da proporcionalidade separando o regime da conservação dos dados pelos operadores de telecomunicações do regime de acesso aos mesmos. Na verdade, como aí se refere, a redação originária do artigo 35.º, n.º 1, apenas ressaltava o “disposto na lei sobre segredo de Estado e segredo de justiça”, mas, na revisão de 1997 adotou-se uma fórmula mais ampla (“nos termos da lei”), para possibilitar outras restrições ao direito de acesso, designadamente no caso de medidas necessárias em matéria de segurança do Estado, defesa, segurança pública, prevenção, investigação, detenção e repressão de infrações penais, restrições que já estavam previstas no artigo 13.º da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Ora, a Lei n.º 32/2008 é um dos diplomas para os quais o artigo 35.º, n.º 4, da CRP remete a previsão de exceções à proibição de acesso a dados pessoais de terceiros, sendo que, se apenas as autoridades judiciais tiverem acesso aos dados encriptados, com base em pressupostos previamente definidos, é óbvio que as oportunidades de devassa e difusão dos dados pessoais são escassas.

Em sexto lugar, apesar de a Lei n.º 32/2008 ser o diploma através do qual o legislador transpôs a Diretiva 2006/24/CE para o Direito português, a declaração de invalidade da Diretiva não implica por si só a invalidade da Lei n.º 32/2008 à luz do Direito União Europeia, pois a conservação e obtenção de registos da realização de comunicações e de dados de localização não depende, *ex se*, dessa Diretiva, nada impedindo a sua consagração legal na falta de uma tal Diretiva (cfr. NUNES, 2019a, p. 559). Ademais, o legislador nacional criou um quadro normativo que vai muito para além da Diretiva ao prever um regime jurídico que cumpre as exigências cuja inobservância pela Diretiva que levaram o TJUE a declarar a

invalidez da Diretiva não sejam aplicáveis à Lei n.º 32/2008⁴⁶.

Em sétimo lugar, como se refere no voto de vencido, a lei permite que os operadores conservem, pelo prazo de seis meses, uma grande parte dos metadados incluídos no artigo 4.º da Lei n.º 32/2008 para efeitos de faturação (cfr. artigos 6.º, n.º 3, e 7.º da Lei 41/2004, de 18 de agosto, e 9.º, n.º 2 e 10.º, n.º 1, da Lei n.º 23/96 de 26 de julho), sem que isso ponha em causa a privacidade dos utilizadores, ao ponto de não ter sido também peticionada a declaração da inconstitucionalidade das normas que permitem a conservação para efeitos de faturação.

Ora, não se pode conceber que o interesse privado das operadoras cobrarem os serviços prestados aos seus clientes possa ser mais relevante do que o interesse público numa Justiça penal funcionalmente eficaz, sobretudo quando se trate da investigação de crimes que atentam contra os valores mais eminentes da ordem de valores jurídico-constitucional (como sucede com a vida e/ou a integridade pessoal, que a CRP reputa expressamente como invioláveis) e exista o perigo de criminosos que cometeram crimes graves e foram punidos por sentença transitada em julgado virem a ser absolvidos na sequência de um recurso de revisão procedente e da conseqüente reelaboração da Sentença com expurgo das provas obtidas através de metadados, ao ponto de se admitir como constitucionalmente admissível a conservação de dados para efeitos de faturação e o mesmo já não suceder no caso de conservação para fins de investigação criminal.

Em oitavo lugar, como também se refere no voto de vencido, o TJUE considerou que a conservação de dados só é admissível quando obedeça a três critérios objetivos (um período temporal, uma zona geográfica determinada e um círculo determinado de pessoas), sendo que uma medida legislativa de conservação preventiva de dados, geograficamente condicionada, dirigida a um círculo de pessoas determinadas e sem qualquer facto típico cometido não

⁴⁶ Relativamente às razões por que entendemos que os fundamentos que levaram o TJUE a declarar a invalidez da Diretiva não são aplicáveis à Lei n.º 32/2008, *vide* Nunes (2019a, p. 559 e ss.).

é tolerada pela norma do n.º 3 do artigo 35.º da CRP, que apenas admite que o legislador autorize tratamento informático de dados relativos à vida privada “*com garantias de não discriminação*”. Por isso, o entendimento do TJUE, além de lhe serem assacáveis *mutatis mutandis* as críticas que formulamos ao entendimento do TC, viola o princípio da igualdade e a proibição de discriminação (e também a presunção de inocência), pelo que, ao acolher o entendimento do TJUE, o TC também viola o princípio da igualdade e a proibição de discriminação e a presunção de inocência (pois está a suspeitar-se de que aquele concreto visado poderá ter cometido ou vir a cometer crimes de que nem sequer existe notícia), o que configura uma primeira causa da inconstitucionalidade do entendimento perfilhado pelo TC no Acórdão n.º 268/2022.

Em nono lugar, no que diz respeito à não previsão da obrigatoriedade de que os dados estejam armazenados num Estado-Membro da União Europeia, como se aduz no voto de vencido, é um problema que nem sequer se deveria colocar, pois o artigo 7.º, n.º 4, da Lei n.º 32/2008 remete para as Leis n.ºs 67/98, de 26 de outubro (sendo que, atualmente, a questão está regulada nos arts. 44.º e ss. do RGPD), e 41/2004, de 18 de agosto, onde se resolve a questão da territorialidade e da transferência dentro e para fora da União Europeia (o que torna desnecessária a repetição dessa regulação na Lei n.º 32/2008). E, além disso, quando a lei sujeita a conservação dos dados ao controlo da CNPD, está a impor, implicitamente, que os dados terão de estar armazenados no território português.

Em décimo lugar, em sentido contrário dos demais argumentos que já esgrimimos e esgrimiremos de seguida, as provas que os metadados podem proporcionar tanto podem servir para provar a prática de crimes pelo arguido como para este demonstrar a sua inocência ou, no mínimo, fazer surgir no julgador uma dúvida razoável, pelo que também a defesa (e não apenas a acusação) fica impossibilitada de utilizar tais provas, com as quais poderia impedir condenações insustentável e materialmente injustas.

Em décimo primeiro lugar, no que diz respeito à não notificação dos titulares dos dados de que os seus dados foram acedidos pelas

autoridades, desde logo, na maioria das situações, essa notificação sempre seria completamente desnecessária e redundante, dado que, na maioria das investigações, os dados que foram acedidos são os dados do ou dos arguidos, que, tendo acesso aos autos, terão perfeito conhecimento de que os seus dados foram acedidos e poderão exercer os seus direitos a esse respeito. Além disso, como se refere no voto de vencido, o artigo 9.º da Lei n.º 32/2008 nem sequer é a sede para regular se e quando o titular dos dados deve ser notificado pelas autoridades judiciais do acesso e transmissão de dado, pelo que declarar a inconstitucionalidade deste preceito com um tal fundamento não faz qualquer sentido. Ademais, é manifestamente excessivo e desrazoável declarar a inconstitucionalidade de uma norma e, com isso, vedar o recurso a um meio de obtenção de prova absolutamente essencial para investigar crimes graves, com um tal fundamento, sobretudo tendo em conta as consequências jurídicas que poderão advir de uma tal decisão.

Em décimo segundo lugar, se atentarmos nas consequências jurídicas expectáveis de uma tal declaração de inconstitucionalidade, o decidido pelo TC, no caso de não ser possível encontrar vias alternativas aos artigos 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008 no Direito vigente para obter metadados para as investigações criminais pode abrir a porta a consequências absolutamente devastadoras em termos de resposta à criminalidade (e, como tal, de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, pois a prática de crimes também constitui um atentado contra os direitos fundamentais dos cidadãos em geral e das vítimas em particular), de restabelecimento da paz jurídica e de realização da justiça penal e de credibilidade da Justiça e do próprio Estado de Direito. Assim, no que tange aos processos em curso, não poderão ser obtidos metadados e os que tiverem sido obtidos não poderão ser usados como prova (o que pode comprometer de sobremaneira a eficácia das investigações e conduzir a decisões absolutórias⁴⁷ insustentável e materialmente injustas, bem como, na medida em que também a defesa fica impossibilitada de os usar, conduzir a decisões condenatórias insustentável e materialmente

⁴⁷ Nas “decisões absolutórias” devemos incluir, além de sentenças absolutórias, os despachos de arquivamento e os despachos de não pronúncia.

injustas ou, pelo menos, à sujeição do arguido a julgamento de forma absolutamente desnecessária).

Mas a situação poderá ser ainda mais dramática no que tange a condenações transitadas em julgado (sobretudo no caso de crimes graves, de criminosos perigosos e/ou de condenações em penas de prisão efetiva), em que, por força do disposto no artigo 449.º, n.º 1, alíneas e) ou f), do CPP⁴⁸, nos casos em que os metadados tenham sido decisivos para a condenação (*maxime* quando tenha sido através dos metadados que foi possível dirigir a investigação e obter as provas que sustentaram a condenação – que dificilmente teria sido possível descobrir sem a prévia obtenção dos metadados – ou quando, no caso de condenações com base em prova indiciária, tenham sido os metadados que permitiram retirar dos indícios a prova dos factos constitutivos do crime⁴⁹), indivíduos que comprovadamente cometeram crimes (e, por isso, foram condenados) acabarem por ser absolvidos, com tudo o que isso possa acarretar em termos de prevenção geral e especial, para as vítimas do crime (que poderão vir a ser confrontadas com a absolvição de criminosos que haviam efetivamente cometido crimes contra si e que haviam sido condenados com trânsito em julgado) e, em última análise, para a credibilidade da Justiça e do Estado de Direito aos olhos dos cidadãos. E mesmo no caso do arguido, as provas que os metadados podem proporcionar também podem servir para o arguido demonstrar a sua inocência ou, no mínimo, fazer surgir no julgador uma dúvida razoável.

⁴⁸ No entanto, as condenações transitadas em julgado só poderão ser postas em causa por via da interposição de um recurso extraordinário de revisão, que terá de ser julgado procedente pelo STJ, para que, então, a sentença possa ser reelaborada, sendo expurgada das provas obtidas através de metadados conservados à luz da Lei n.º 32/2008, embora sem prejuízo de essas provas serem mantidas (e a condenação mantida nos seus precisos termos) no caso de se concluir que poderiam ter sido obtidas por outra via que não os artigos 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008.

⁴⁹ Será muito pouco provável que alguma condenação se baseie exclusivamente em metadados, mas as situações referidas no texto são altamente plausíveis. Na verdade, os metadados podem ter sido a prova que permitiu chegar a todas as outras e, por isso, a todas contaminar com o seu efeito à distância.

E é por força de tudo isto que haverá que convocar um último argumento (que também constitui um fundamento para afirmar que o entendimento perfilhado pelo TC é inconstitucional) e que tem a ver com o próprio princípio da proporcionalidade. De facto, o princípio da proporcionalidade não possui apenas uma vertente de proibição do excesso (*Übermaßverbot*), possuindo igualmente uma vertente de proibição de insuficiência (*Untermassverbot*), que é violada quando as entidades (designadamente, o Estado em todas as suas funções: legislativa, jurisdicional e administrativa) oneradas com um dever de proteção (*Schutzpflicht*) não adotam medidas ou adotam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais⁵⁰. Aí se incluindo, por exemplo, a adoção de medidas inadequadas ou ineficazes, o não aperfeiçoamento das medidas existentes, a adoção de medidas que desprotejam os cidadãos face às ameaças ou agressões provenientes de outros cidadãos e a “anulação” de medidas existentes de que resulte uma proteção insuficiente de direitos fundamentais (cfr. ISENSEE, 1983, p. 40; BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 68; NUNES, 2019a, p. 322; HAIN, 1993, p. 983; UNRUH, 1996, p. 24-25; PIETRZAK, 1994, p. 750 e 752-753). E a proibição de insuficiência vale também no plano do Direito Penal (e Processual Penal)⁵¹, sendo que, como bem afirma Isensee (2000, p. 218), o cumprimento do dever estatal de proteção da segurança dos cidadãos tanto poderá consistir na adoção de medidas repressivas como de medidas preventivas.

É evidente que a proibição de insuficiência não pode ser radicalizada, sob pena de ultrapassagem dos limites de facto e direito a que o legislador está adstrito numa Sociedade livre e democrática (cfr. ANDRADE, 2004, p. 149; ISENSEE, 2000, p. 155; NUNES, 2019a, p. 325), mas também não pode ser desvalorizada ao ponto de

⁵⁰ Assim, Canotilho (2002, p. 273), segundo o qual, ocorre um defeito de proteção (e, como tal, uma violação *Untermassverbot*) “quando as entidades sobre quem recai um dever de proteção (*Schutzpflicht*) adotam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais”.

⁵¹ Acerca dos corolários do princípio da proporcionalidade na vertente de proibição de insuficiência e dos deveres estatais de proteção ao nível do Direito penal (em sentido amplo), *vide* Nunes (2019a, p. 330 e ss.), com vastas referências doutrinárias e jurisprudenciais.

a esvaziar ou quase esvaziar de efeito útil em favor da proibição do excesso, jamais se podendo afirmar que a proibição de insuficiência apenas vale na medida do possível⁵².

A proibição de insuficiência corresponde ao patamar mínimo de proteção do direito fundamental, ao passo que a proibição do excesso corresponde ao patamar máximo admissível da restrição, vigorando a liberdade de conformação do legislador (que define o “*como*” da proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos face a ameaças ou a agressões provenientes de terceiros) no espaço que medeia entre o patamar mínimo de proteção e o limite máximo da restrição (neste sentido, NUNES, 2019a, p. 328.).

Na medida em que, no momento da aplicação ao caso concreto, ambas as vertentes do princípio da proporcionalidade poderão colidir entre si, haverá que compatibilizá-las, encontrando a proibição de insuficiência limites na proibição do excesso e vice-versa, pois a violação da proibição de insuficiência também pode resultar de uma incorreta aplicação da proibição do excesso e vice-versa (assim, NUNES, 2019a, p. 328-329).

E, na nossa óptica, como referimos, o entendimento perfilhado no Acórdão do TC n.º 268/2022 é ele próprio inconstitucional, porquanto dele resulta uma proteção insuficiente dos direitos fundamentais que se concretizam nos bens jurídico-penais tutelados pelos crimes constantes do catálogo do artigo 2.º, n.º 1, alínea g), da Lei n.º 32/2008 ao impossibilitar a conservação e o acesso a esses dados nos termos dos artigos 4.º, 6.º e 9.º dessa lei quando:

- a) a mera conservação de metadados, sobretudo tendo em conta o modo com eles são armazenados nos termos da lei, não restringe qualquer direito fundamental;
- b) ainda que o acesso aos metadados restringisse direitos fundamentais, fá-lo-ia sempre de uma forma pouco intensa (pelas razões sobreditas), jamais justificando a proteção desses direitos fundamentais (para mais quando

⁵² Como faz Andrade (2004, p. 149) [sobre a nossa crítica a esta afirmação, *vide* Nunes (2019a, p. 330 (nota 1269))].

são alvo de uma restrição pouco intensa) a completa desconsideração das necessidades de resposta eficaz aos crimes graves constantes do catálogo do artigo 2.º, n.º 1, alínea g), da Lei n.º 32/2008, como sucede no aresto em análise;

- c) assenta numa exigência impossível de cumprir em face da natureza preventiva da conservação de metadados (no momento em que os dados são conservados não existe nem poderá existir qualquer suspeita e não é possível definir qualquer critério no que tange à seleção de pessoas cujos dados podem ser conservados sem se violar os princípios da proibição da discriminação e da presunção de inocência) cujo (inevitável) incumprimento é utilizado como fundamento para declarar a inconstitucionalidade;
- d) é manifestamente excessivo declarar a inconstitucionalidade de uma norma e, com isso, vedar o recurso a um meio de obtenção de prova absolutamente essencial para investigar crimes graves (e para o arguido demonstrar a sua inocência ou, no mínimo, fazer surgir no julgador uma dúvida razoável), apenas porque essa norma não prevê a obrigatoriedade da notificação dos titulares dos dados de que os seus dados foram acedidos pelas autoridades quando, pela sua natureza, não caberia a essa norma regular uma tal matéria e, na maioria das situações, essa notificação sempre seria completamente desnecessária e redundante, dado que, na maioria das investigações, os dados que foram acedidos são os dos arguidos, que, tendo acesso aos autos, terão perfeito conhecimento de que os seus dados foram acedidos e poderão exercer os seus direitos a esse respeito; e
- e) irá dificultar de sobremaneira a resposta à criminalidade grave (*maxime* a criminalidade organizada, o terrorismo, a criminalidade económico-financeira, a criminalidade violenta, a criminalidade sexual e o cibercrime) ao impedir – caso não seja possível encontrar no Direito

vigente uma via alternativa – a conservação preventiva dos metadados e o acesso a ele ou a valoração das provas já obtidas no âmbito dos processos em curso e, no caso de condenações transitadas em julgado, poderá abrir a porta a insustentáveis situações de impunidade com a absolvição de criminosos que haviam sido condenados por Sentenças transitadas em julgado no caso de o recurso de revisão interposto ser julgado procedente e de os factos criminosos não poderem ser dados como provados sem a valoração dos metadados.

Contudo, apesar de tudo o que acabámos de referir, a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008 (que retirou todo e qualquer efeito útil a essa lei) é irreversível, apenas restando procurar uma via alternativa (caso exista) no Direito vigente que permita evitar os efeitos nefastos – e existindo o risco de serem devastadores – que recenseámos supra, servindo o que temos vindo a referir para reforçar a premência da procura de uma tal solução. Ademais, as provas que os metadados podem proporcionar tanto podem servir para provar a prática de crimes pelo arguido como para este demonstrar a sua inocência ou, no mínimo, fazer surgir no julgador uma dúvida razoável, pelo que também a defesa (e não apenas a acusação) fica impossibilitada de utilizar tais provas.

V A ADMISSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DE METADADOS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL APESAR DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR VIA DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 268/2022

Pese embora a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008, como acabámos de referir, torna-se imperativo, desde logo para obstar à violação do princípio da proibição de insuficiência por via do défice de proteção dos

direitos fundamentais que se concretizam nos bens jurídico-penais tutelados pelos crimes constantes do catálogo do artigo 2.º, n.º 1, alínea g), da Lei n.º 32/2008 e condenações do Estado português no TEDH (por força dos deveres positivos de levar a cabo investigações criminais relativamente a crimes que lesem direitos fundamentais garantidos pela CEDH que o TEDH tem considerado recaírem sobre as autoridades), procurar caminhos alternativos no nosso Direito vigente.

Caso logremos encontrar um ou mais caminhos alternativos, além de continuar a ser admissível obter metadados e valorar as provas proporcionadas pelos metadados anteriormente obtidos nos processos em curso, a eventual lesão do artigo 126.º do CPP⁵³ que poderia fundamentar um recurso de revisão no caso das condenações transitadas em julgado não terá ocorrido, pois os dados poderiam ter sido legitimamente obtidos com base em normas diversas dos artigos 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008 agora declaradas inconstitucionais.

A tarefa mais fácil, até tendo em conta aquele que sempre foi o nosso entendimento no que tange às relações entre a Lei n.º 32/2008 e a Lei n.º 109/2009, é a que se refere à determinação da norma que permite o acesso e a consequente obtenção dos metadados conservados para o processo.

E, a nosso ver, as normas que permitem obter os metadados conservados para o processo são o artigo 14.º, n.º 4, da Lei n.º 109/2009 (no caso dos dados de base e de localização) e, no caso dos dados de tráfego, os artigos 18.º, n.º 2, da Lei n.º 109/2009 (na fase de inquérito) e 189.º, n.º 2, do CPP (nas demais fases processuais), continuando a ser possível lançar mão do disposto no artigo 12.º da Lei n.º 109/2009 (no que tange à preservação expedita dos dados, que consiste na emissão de uma ordem a quem tenha a disponibilidade ou

⁵³ Embora entendamos que a conservação de metadados não restringe direitos fundamentais, o TC considerou o contrário, o que não pode deixar de relevar na hora de aferir se se verifica, ou não, o fundamento do recurso de revisão previsto no artigo 449.º, n.º 1, alínea e), do CPP. Diversamente, no caso do acesso e obtenção de metadados já ocorre uma restrição (ainda que pouco intensa) de direitos fundamentais previstos no artigo 126.º, n.º 3, do CPP.

o controlo de quaisquer dados informáticos específicos armazenados num sistema informático que adote as medidas necessárias para proteger esses dados de tudo o que possa alterar ou deteriorar a sua qualidade ou o seu estado atual. Ainda assim, mantendo-os a salvo de toda e qualquer modificação, danificação ou eliminação, a fim de não comprometer a produção de prova) (cfr. NUNES, 2021a, p. 76-77).

É certo que o TC – embora de uma forma completamente desproporcionada e desrazoável – considerou que o artigo 9.º da Lei n.º 32/2008 é inconstitucional em virtude de não estar prevista a obrigatoriedade da notificação ao visado de que os dados conservados foram acedidos pelas autoridades de investigação criminal a partir do momento em que tal comunicação não seja suscetível de comprometer as investigações nem a vida ou integridade física de terceiros. Todavia, tal poderá ser colmatado por via de, apesar de a lei o não prever, a autoridade judiciária notificar as pessoas cujos metadados tenham sido acedidos logo que essa notificação não seja suscetível de comprometer as investigações (quer a investigação naquele processo quer noutros processos) nem a vida, integridade física ou a liberdade (incluindo a liberdade e a autodeterminação sexual) de terceiros, assim se afastando este argumento na eventualidade de um recurso para o TC em sede de fiscalização concreta.

Deste modo, as autoridades podem legitimamente aceder, para fins de investigação criminal, a metadados previamente conservados pelos operadores de comunicações eletrónicas⁵⁴.

⁵⁴ Mesmo anteriormente à entrada em vigor da Lei n.º 109/2009, dado que antes desse momento (e da entrada em vigor da Lei n.º 32/2008) já vigoravam o artigo 189.º, n.º 2 (ao abrigo do qual era possível obter dados de tráfego e de localização celular, não distinguindo a lei se se tratava de dados obtidos em tempo real ou de dados conservados, sendo que a Lei n.º 41/2004 já então vigorava) e os artigos 125.º e 135.º (à luz dos quais era possível obter os dados de base), ambos do CPP. Ademais, antes da entrada em vigor da Lei n.º 32/2008 e da reforma de 2007 do CPP, a jurisprudência admitia a obtenção de dados de tráfego (que já então eram conservados à luz da Lei n.º 41/2004) junto dos operadores de comunicações eletrónicas [cfr., entre outros, Acórdãos do TRC de 17/05/2006 e 15/11/2006, do Tribunal da Relação de Guimarães (TRG) de 10/01/2005 e 21/11/2005 e do TRE de 26/06/2007].

No entanto, para que esse acesso (e ulterior valoração) possa ter lugar, os metadados terão de ter sido conservados e, mais do que isso, legitimamente conservados.

E, no que tange à prévia conservação de metadados (ainda que não para efeitos de investigação criminal), nos termos dos artigos 6.º, n.º 3, e 7.º da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, e 9.º, n.º 2 e 10.º, n.º 1, da Lei n.º 23/96 de 26 de julho⁵⁵, os operadores de comunicações eletrónicas poderão conservar os metadados por seis meses (que é o período durante o qual a fatura pode ser legalmente contestada ou o pagamento reclamado), sendo que, se essa conservação é legalmente admissível para efeitos de salvaguarda de direitos privados dos operadores de comunicações eletrónicas de cariz patrimonial (cobrança dos serviços prestados), por maioria de razão, é igualmente legítimo o acesso das autoridades a tais dados (legitimamente conservados) para fins de investigação criminal, prosseguindo-se, dessa forma, o interesse público numa Justiça penal funcionalmente eficaz (que é um pressuposto essencial do Estado de Direito e possui, também ele, respaldo constitucional), sendo que a investigação dos crimes e a punição dos criminosos é levada a cabo em prol do interesse da Comunidade no seu todo e não em prol do engrandecimento do Estado nem de interesses meramente privados. De notar que não nos parece que o decidido pelo TC no Acórdão n.º 268/2022 impeça os operadores de fornecerem às autoridades os dados que conservam nos termos da Lei n.º 41/2004.

No entanto, contra este nosso entendimento poderão ser aduzidos vários argumentos, embora todos estejam condenados ao naufrágio.

Assim, em primeiro lugar, poderá aduzir-se que o entendimento que defendemos passa (não na fase de conservação, mas sim na fase de transmissão) por uma “alienação do fim” (“*Zweckentfremdung*”), pois, ao serem subsequentemente acedidos e valorados num processo penal, os metadados irão ser utilizados para uma finalidade

⁵⁵ O texto integral da Lei n.º 23/96, de 26 de julho, está disponível no endereço <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1436&tabela=leis>.

diversa daquela para a qual foram conservados. E, de facto, é isso que acontece. Contudo, pese embora o que resulta do Acórdão n.º 268/2022 do TC, o direito à autodeterminação informacional (de que a proibição de “alienação do fim” é um instrumento de tutela) não é absoluto e, além disso, como referimos, a mera conservação de metadados não restringe quaisquer direitos fundamentais (sendo que é a própria Lei n.º 41/2004 que “informa” os utilizadores de comunicações eletrónicas de que os seus metadados podem ser conservados pelos fornecedores de tais serviços) e o ulterior acesso a tais dados restringe direitos fundamentais de uma forma pouco intensa. E estando em causa a resposta à criminalidade grave, a “alienação do fim” jamais poderá constituir um óbice à obtenção e valoração de metadados para fins de investigação criminal, sob pena de violação da proibição de insuficiência.

E, em segundo lugar, poderá aduzir-se que o TJUE⁵⁶ entendeu que o artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58/CE (que foi transposta para o Direito português por via da Lei n.º 41/2004), conforme alterada pela Diretiva 2009/136/CE, lido à luz dos artigos 7.º, 8.º, 11.º e 52.º, n.º 1, da CDFUE, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que preveja, para

⁵⁶ Cfr. Acórdãos de 21 de dezembro de 2016, *Tele2 Sverige AB e Secretary of State for the Home Department*, de 6 de outubro de 2020, *Privacy International*, de 6 de outubro de 2020, *La Quadrature du Net e Outros* (que, no entanto, admite a conservação generalizada e indiferenciada dos endereços IP atribuídos à fonte de uma ligação por um período temporalmente limitado ao estritamente necessário e dos dados relativos à identidade civil dos utilizadores de meios de comunicações eletrónicas, o que continua a ser manifestamente insuficiente), de 2 de março de 2021, *Prokuratuur*, e de 5 de abril de 2022, *G.D.* (que decidiu, ainda, que o Direito da União deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que um órgão jurisdicional nacional limite no tempo os efeitos de uma declaração de invalidez que lhe incumbe, por força do direito nacional, relativamente a uma legislação nacional que impõe aos prestadores de serviços de comunicações eletrónicas uma conservação generalizada e indiferenciada dos dados de tráfego e dos dados de localização, em razão da incompatibilidade dessa legislação com o artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58, conforme alterada pela Diretiva 2009/136, lido à luz da Carta dos Direitos Fundamentais, bem como que a admissibilidade dos meios de prova obtidos através dessa conservação cabe, em conformidade com o princípio da autonomia processual dos Estados-Membros, ao Direito nacional, sob reserva do respeito, nomeadamente, dos princípios da equivalência e da efetividade).

efeitos de luta contra a criminalidade, uma conservação generalizada e indiferenciada de todos os dados de tráfego e dados de localização de todos os assinantes e utilizadores registados em relação a todos os meios de comunicação eletrónica, bem como a uma regulamentação nacional que regule a proteção e a segurança dos dados de tráfego e dos dados de localização, em especial, o acesso das autoridades nacionais competentes aos dados conservados, sem limitar, no âmbito da luta contra a criminalidade, esse acesso apenas para efeitos de luta contra a criminalidade grave, sem submeter o referido acesso a um controlo prévio por parte de um órgão jurisdicional ou de uma autoridade administrativa independente, e sem exigir que os dados em causa sejam conservados em território da União Europeia. No entanto, os dados conservados nos termos da Lei n.º 41/2004 não se destinam à investigação criminal (como sucedia no caso da Diretiva 2006/24/CE e da Lei n.º 32/2008), pelo que – sem prejuízo de entendermos que os arestos do TJUE sofrem, *mutatis mutandis*, dos mesmos vícios que apontámos ao Acórdão do TC n.º 268/2022 – a jurisprudência do TJUE não impede a conservação de metadados para as finalidades previstas na Lei n.º 41/2004 nem os posteriores acesso e valoração dos mesmos para efeitos de investigação criminal.

Em suma, apesar do decidido pelo TC no seu Acórdão n.º 268/2022, as autoridades poderão aceder, para fins de investigação criminal, aos metadados conservados à luz da Lei n.º 41/2004 e obtê-los para o processo (e valorá-los) com base no artigo 14.º, n.º 4, da Lei n.º 109/2009 (no caso dos dados de base e de localização) e, no caso dos dados de tráfego, nos artigos 18.º, n.º 2, da Lei n.º 109/2009 (na fase de inquérito) e 189.º, n.º 2, do CPP (nas demais fases processuais).

E, a nosso ver, as normas que permitem obter os metadados conservados para o processo são o artigo 14.º, n.º 4, da Lei n.º 109/2009 (no caso dos dados de base e de localização) e, no caso dos dados de tráfego, os artigos 18.º, n.º 2, da Lei n.º 109/2009 (na fase de inquérito) e 189.º, n.º 2, do CPP (nas demais fases processuais), continuando a ser possível lançar mão do disposto no artigo 12.º da

Lei n.º 109/2009 no que tange à preservação expedita dos dados. E, desta forma, obtendo-se uma concordância prática adequada entre os direitos fundamentais em colisão, obsta-se aos efeitos nefastos que a impossibilidade de acesso, obtenção e valoração de metadados para fins de investigação criminal poderia ter nos processos em curso e, sobretudo, nas condenações transitadas em julgado que referimos supra.

E, como referimos, as provas que os metadados podem proporcionar tanto podem servir para provar a prática de crimes pelo arguido como para este demonstrar a sua inocência ou, no mínimo, fazer surgir no julgador uma dúvida razoável.

VI CONCLUSÕES

- a) A Lei n.º 32/2008, de 17 de junho transpôs para a nossa ordem jurídica a Diretiva 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações (metadados);
- b) a conservação e a transmissão dos metadados têm por finalidade exclusiva a investigação, deteção e repressão de crimes graves por parte das autoridades competentes, sendo obrigatória a separação dos ficheiros destinados à conservação de dados de quaisquer outros ficheiros para outros fins e não podendo o titular dos dados opor-se à respetiva conservação e transmissão;
- c) por força dos artigos 4.º a 6.º da Lei n.º 32/2008, os fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de uma rede pública de comunicações estavam obrigados a, durante o período de um ano, conservar (1) os dados necessários para encontrar e identificar a fonte de uma comunicação, (2) os dados

- necessários para encontrar e identificar o destino de uma comunicação, (3) os dados necessários para identificar a data, a hora e a duração de uma comunicação, (4) os dados necessários para identificar o tipo de comunicação, (5) os dados necessários para identificar o equipamento de telecomunicações dos utilizadores, ou o que se considera ser o seu equipamento e (6) os dados necessários para identificar a localização do equipamento de comunicação móvel, incluindo os dados telefónicos e da Internet relativos a chamadas telefónicas falhadas quando gerados, tratados e/ou armazenados por esses mesmos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas, mas não os dados relativos a chamadas não estabelecidas;
- d) à exceção dos dados relativos ao nome e endereço dos assinantes, os demais metadados tinham de permanecer bloqueados (*i. e.*, encriptados) desde o início da sua conservação e, nos termos do artigo 9.º da Lei n.º 32/2008, só podiam ser desbloqueados (*i. e.*, descriptados) para efeitos de transmissão às autoridades competentes, que, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea f), são as autoridades judiciárias (Juiz, JIC e MP) e as autoridades de polícia criminal, desde que se tratasse de metadados relativos ao arguido, ao suspeito, a pessoa relativamente à qual houvesse fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou de arguido ou à vítima de crime (neste último caso, mediante o respetivo consentimento);
- e) o Juiz só poderia autorizar o acesso aos metadados se houvesse razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter no âmbito da investigação, deteção e repressão de crimes graves, que, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea g), são os crimes de terrorismo, criminalidade violenta,

criminalidade altamente organizada, sequestro, rapto e tomada de reféns, crimes contra a identidade cultural e integridade pessoal, contra a segurança do Estado, falsificação de moeda ou de títulos equiparados a moeda, contrafação de cartões ou outros dispositivos de pagamento, uso de cartões ou outros dispositivos de pagamento contrafeitos, aquisição de cartões ou outros dispositivos de pagamento contrafeitos, atos preparatórios da contrafação e crimes abrangidos por convenção sobre segurança da navegação aérea ou marítima, devendo a decisão judicial respeitar os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade, designadamente no que se refere à definição das categorias de dados a transmitir e das autoridades competentes com acesso aos dados e à proteção do segredo profissional.

- f) a transmissão dos dados processava-se mediante comunicação eletrónica, nos termos das condições técnicas e de segurança fixadas na Portaria n.º 469/2009, que deviam observar um grau de codificação e proteção o mais elevado possível, de acordo com o estado da técnica ao momento da transmissão, incluindo métodos de codificação, encriptação ou outros adequados;
- g) só os trabalhadores dos operadores de comunicações eletrónicas que estivessem especialmente autorizados para tal é que poderiam aceder aos metadados para os transmitir às autoridades, devendo cada operador manter junto da CNPD um registo eletrónico permanentemente atualizado desses trabalhadores;
- h) o incumprimento de qualquer das regras relativas à proteção e à segurança dos metadados (incluindo a sua não encriptação) e o acesso aos dados por pessoa não especialmente autorizada constituem crime e o não envio à CNPD dos dados necessários à identificação das pessoas especialmente autorizadas constitui uma contraordenação;

- i) o artigo 9.º da Lei n.º 32/2008 fora já tacitamente revogado pelos artigos 12.º e ss. da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro;
- j) na sequência de o TJUE, em 2014, ter declarado a Diretiva 2006/24/CE inválida e apesar das garantias previstas na Lei n.º 32/2008 (que não padecia dos vícios que haviam levado o TJUE a declarar a invalidade da Diretiva), o TC, embora com um voto de vencido, veio agora declarar inconstitucionais, com força obrigatória geral, a norma constante do artigo 4.º da Lei n.º 32/2008, conjugada com o artigo 6.º da mesma lei, por violação do disposto nos artigos 35.º, n.ºs 1 e 4, e 26.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, todos da CRP, e a norma constante do artigo 9.º da Lei n.º 32/2008 (na parte em que não prevê uma notificação ao visado de que os dados conservados foram acedidos pelas autoridades de investigação criminal, a partir do momento em que tal comunicação não seja suscetível de comprometer as investigações nem a vida ou integridade física de terceiros), por violação do disposto nos artigos 35.º, n.º 1, e 20.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, todos da CRP;
- k) além de diversos outros aspetos em que o entendimento maioritário dos Juízes do TC é passível da censura que formulámos supra, tal entendimento padece, ele próprio, de inconstitucionalidade, por violação do disposto no artigo 35.º, n.º 3, da CRP e por violação do princípio da proporcionalidade na vertente de proibição de insuficiência ao – em face da absoluta necessidade da conservação e da utilização dos metadados para responder a muita da criminalidade da atualidade – conduzir a uma proteção manifestamente insuficiente dos direitos fundamentais em que se concretizam os bens jurídicos protegidos pelos crimes para cuja investigação a lei previa a utilização

dos metadados conservados (por exemplo, os crimes de homicídio doloso, ofensa à integridade física grave, mutilação genital feminina, ofensa à integridade física agravada pelo resultado, violência doméstica, violação, coação sexual, abuso sexual de menores, roubo, extorsão, associação criminosa, tráfico de órgãos humanos, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes, corrupção, tráfico de influência, participação económica em negócio, branqueamento de capitais, organizações terroristas, terrorismo, financiamento do terrorismo, rapto, sequestro agravado, tomada de reféns, escravidão, tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes e desumanos, crimes contra a segurança do Estado, *etc.*);

- l) a declaração da inconstitucionalidade das referidas normas irá dificultar de sobremaneira a resposta à criminalidade grave (*maxime* a criminalidade organizada, o terrorismo, a criminalidade económico-financeira, a criminalidade violenta, a criminalidade sexual e o cibercrime) ao impedir – caso não seja possível encontrar no Direito vigente uma via alternativa – a conservação preventiva dos metadados e o acesso aos mesmos ou a valoração das provas já obtidas no âmbito dos processos em curso e, no caso de condenações transitadas em julgado, poderá abrir a porta a insustentáveis situações de impunidade por via da absolvição de criminosos (inclusivamente os que cometeram crimes graves como, por exemplo, homicídios) que haviam sido condenados por sentença transitada em julgado no caso de o recurso de revisão interposto ser julgado procedente e de os factos criminosos não poderem ser dados como provados sem a valoração dos metadados;
- m) a lei vigente permite evitar as consequências nefastas referidas nas duas conclusões anteriores, dado que o artigo 14.º, n.º 4, da Lei n.º 109/2009 (no caso dos

dados de base e de localização) e, no caso dos dados de tráfego, os artigos 18.º, n.º 2, da Lei n.º 109/2009 (na fase de inquérito) e 189.º, n.º 2, do CPP (nas demais fases processuais) permitem obter dados de base, bem como os dados de tráfego e/ou de localização que tenham sido conservados pelos operadores de comunicações eletrónicas ao abrigo dos artigos 6.º, n.º 3, e 7.º da Lei n.º 41/2004, ainda que essa conservação se destinasse à cobrança dos serviços prestados aos clientes;

- n) todavia, a solução que propomos é uma solução provisória e exige uma intervenção legislativa tão rápida quanto possível.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. Sentença de 24 de janeiro de 2001. In: **Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen**, Colónia e Berlim, Ed. Carl Heymanns, v. 46, p. 266 e ss., 2002.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. Sentença de 27 de junho de 2018 (2 BvR 1405/17; 2 BvR 1780/17). Disponível em: <<https://www.bundesverfassungsgericht.de>>. Consultado em: 14 jul. 2020.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BASES de metadados das operadoras sem fiscalização há cinco anos. In: Diário de Notícias, de 15 maio 2022. Disponível em: <https://www.dn.pt/sociedade/bases-de-metadados-das-operadoras-sem-fiscalizacao-ha-cinco-anos14856834.html?fbclid=IwAR3MgNQHx4HpD3KBAJiwqF1n9uIi233yFO8oAkJAr_E1XBc5qCEwCB6UC0>. Consultado em: 16

maio 2022.

CABREIRO, Carlos. Entrevista. In: Polícia viola leis ao investigar comunicações. Diário de Notícias, Lisboa, 7 de junho de 2014. Disponível em: <www.mynetpress.com/pdf/2014/junho/201406073814e7.pdf>. Consultado em: 2 dez. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. Deliberação n.º 641/2017. Disponível em: <www.cnpd.pt>.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. Deliberação n.º 1008/2017. Disponível em: <www.cnpd.pt>.

COUTINHO, Francisco Pereira. Entrevista. In: Polícia viola leis ao investigar comunicações. Diário de Notícias, Lisboa, 7 de junho de 2014. Disponível em: <www.mynetpress.com/pdf/2014/junho/201406073814e7.pdf>. Consultado em: 2 dez. 2014.

CORREIA, João Conde. Prova digital: as leis que temos e a lei que devíamos ter. In: **Revista do Ministério Público**, Lisboa, Ed. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, n.º 139, p. 29 e ss., 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. t. I. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal, o “fim” do estado de direito ou um novo “princípio”?** Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sentença n.º 6307/2009. Disponível em: <www.poderjudicial.es>.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the United States.

Sentença United States v. Jones. Disponível em: <<http://supreme.justia.com>>. Consultado em: 05 mar. 2013.

ESTADOS UNIDOS. United States Court for the District of Vermont. Sentença United States v. Hunter, 13 F. Supp. 2d 574 (1998). Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/13/574/2311683/>>. Consultado em: 14 jul. 2020.

ESTADOS UNIDOS. United States Court of Appeals. Sentença National City Trading Corp. v. United States, 635 F.2d 1020 (2nd Circuit, 1980). Disponível em: <<https://casetext.com/case/national-city-trading-corp-v-united-states-2>>. Consultado em: 14 jul. 2020.

GOUVEIA, Jorge Barcelar. Entrevista. In: Polícia viola leis ao investigar comunicações. Diário de Notícias, Lisboa, 7 de junho de 2014. Disponível em: <www.mynetpress.com/pdf/2014/junho/201406073814e7.pdf>. Consultado em: 2 dez. 2014.

HAIN, Karl-Eberhard. Der gesetzgeber in der klemme zwischen übermass - und untermassverbot. In: **Deutsches Verwaltungsblatt**, Colónia, Berlim, Bona, Munique, Ed. Carl Heymanns, ano 108, fascículo 18, p. 982 e ss., 1993.

ISENSEE, Josef. **Das grundrecht auf sicherheit, zu den schutzpflichten des freiheitlichen verfassungsstaates**. Berlim e Nova Iorque: Walter de Gruyter, 1983.

ISENSEE, Josef. § 111: das grundrecht als abwehrrecht und als staatliche schutzpflicht. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hg.). **Handbuch des staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**: allgemeine grundrechtslehren. v. V. 2. ed. Heidelberg: Müller Juristischer, 2000. p. 143 e ss.

MARTINS, A. G. Lourenço. Novas tecnologias, investigação criminal e o cidadão em vias de transparência. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade**. v. II. Coimbra: Ed. Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico, 2017. p. 491 e ss.

MESQUITA, Paulo Dá. **Processo penal, prova e sistema**

judiciário. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

MILHEIRO, Tiago Caiado. Artigo 189.º. In: **Comentário judiciário do código de processo penal**: artigos 124º a 190º. t. II. Coimbra: Almedina, 2019.

NUNES, Duarte Rodrigues. **Curso de direito penal**: parte geral: questões fundamentais, teoria geral do crime. t. I. Coimbra: Gestlegal, 2021b.

NUNES, Duarte Rodrigues. Da admissibilidade da obtenção de dados de localização celular ou de dados de tráfego de todos os telemóveis/cartões que acionaram um determinado conjunto de antenas/células de telecomunicações no lapso de tempo em que o crime sob investigação terá sido praticado, para posterior identificação dos seus autores. In: **Revista do Ministério Público**, Lisboa, Ed. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, n.º 157, p. 125 e ss., 2019b.

NUNES, Duarte Rodrigues. **O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada.** Coimbra: Gestlegal, 2019a.

NUNES, Duarte Rodrigues. **Os meios de obtenção de prova previstos na lei do cibercrime.** 2. ed. Coimbra: Gestlegal, 2021a.

PIETRZAK, Alexandra. Die schutzpflicht im verfassungsrechtlichen kontext: überblick und neue aspekte. In: **Juristische Schulung**, Munique e Frankfurt, Ed. Verlag Beck, p. 748 e ss., 1994.

PINHO, Carlos. Lei de retenção de dados de comunicações eletrónicas: aposentar ou reformar? In: **Revista do Ministério Público**, Lisboa, Ed. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, n.º 154, p. 167 e ss., 2018.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão de 3 de março de 2010 (Processo 886/07.8PSLSB.L1.S1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão de 29 de abril de 2010 (Processo 128/05.0JDLSB-A.S1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 213/2008. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt>.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 268/2022. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt>.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 382/2022. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt>.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 420/2017. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt>.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 486/2009. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Acórdão de 15 de novembro de 2006 (Processo 915/06.2TAAVR-A.C1) . Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Acórdão de 17 de maio de 2006 (Processo 1265/06). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Acórdão de 26 de fevereiro de 2014 (Processo 559/12.0GBOBR-A.C1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. Acórdão de 6 de janeiro de 2015 (Processo 6793/11.6TDLSB-A.E1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. Acórdão de 26 de junho de 2007 (Processo 843/07-1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. Acórdão de 22 de

fevereiro de 2022 (Processo 188/21.7GAVNO.E1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. Acórdão de 10 de janeiro de 2005 (Processo 2013/04-1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. Acórdão de 21 de novembro de 2005 (Processo 1987/05-1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão de 22 de janeiro de 2013 (Processo 581/12.6PLSNT-A.L1-5). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão de 24 de janeiro de 2012 (Processo 35/07.2PJAMD.L1-5). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão de 28 de novembro de 2018 (Processo 8617/17.8T9LSB-A.L1-3). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

RAMALHO, David Silva; COIMBRA, José Duarte. A declaração de invalidade da Diretiva 2006/24/CE: presente e futuro da regulação sobre conservação de dados de tráfego para fins de investigação, deteção e repressão de crimes graves. In: **O Direito**, Lisboa, Ed. Almedina, ano 147.º, p. 997 e ss., 2015.

RAMOS, Armando Dias. A prova digital na investigação do (ciber) terrorismo. In: **Investigação Criminal**, Lisboa, ASFIC, n.º 9, p. 111 e ss., 2015.

RAMOS, Armando Dias. **O agente encoberto digital**. Coimbra: Almedina, 2022.

SILVEIRA, Alessandra; FREITAS, Pedro Miguel. Implicações da declaração de invalidade da Diretiva 2006/24 na conservação de dados (“metadados”) nos estados-membros da UE: uma

leitura jusfundamental. In: **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, Ed. UnB, v. 9, n.º 1, p. 47 e ss., 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA/TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA COMUNIDADE EUROPEIA. Acórdão de 2 de março de 2021, Prokuratuur, Processo C-746/18. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA/TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA COMUNIDADE EUROPEIA. Acórdão de 5 de abril de 2022, G.D., Processo C-140/20. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA/TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA COMUNIDADE EUROPEIA. Acórdão de 6 de outubro de 2020, La Quadrature du Net e Outros, Processos C-511/18, C-512/18 e C-520/18. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA/TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA COMUNIDADE EUROPEIA. Acórdão de 6 de outubro de 2020, Privacy International, Processo C-623/17. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA/TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA COMUNIDADE EUROPEIA. Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Tele2 Sverige AB e Secretary of State for the Home Department, Processos C-203/15 e C-698/15. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA/TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA COMUNIDADE EUROPEIA. Acórdão Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e Outros e Kärntner Landesregierung e Outros (de 8 de abril de 2014, Processos C-293/12 e C-594/12). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Al-Skeini e Outros c. Reino Unido (de 7 de julho de 2011). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Angelova e Iliev c. Bulgária (de 26 de julho de 2007). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Armani da Silva c. Reino Unido (30 de março de 2016). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Hugh Jordan c. Reino Unido (de 4 de maio de 2001). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Jaloud c. Países Baixos (de 20 de novembro de 2014). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Kaya e Outros c. Turquia (de 24 de outubro de 2006). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Khadija Ismayilova c. Azerbaijão (10 de janeiro de 2019). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Kolevi c. Bulgária (de 5 de novembro de 2009). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão K.U. c. Finlândia (de 2 de dezembro de 2008). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão McCann e Outros c. Reino Unido (de 27 de setembro de 1995). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Mahmut Kaya c. Turquia (de 28 de março de 2000). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Mustafa Tunç e Fecire Tunç c. Turquia (de 14 de abril de 2015). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Nachova e Outros c. Bulgária (de 6 de julho de 2005). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Opuz c. Turquia (de 9 de junho de 2009). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Paul e Audrey Edwards c. Reino Unido (de 14 de março de 2002). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Ramsahai e Outros c. Países Baixos (de 15 de maio de 2007). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Vasílka c. Moldávia (de 11 de fevereiro de 2014). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Acórdão Volodina c. Rússia (n.º 2) (de 14 de setembro de 2021). Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

UNRUH, Peter. **Zur dogmatik der grundrechtlichen schutzpflichten**. Berlim: Duncker & Humblot, 1996.

Recebido em: 3-5-2023
Aprovado em: 2-7-2023

6

CROWDFUNDING PLATFORMS UNDER TURKISH CAPITAL MARKET LAW WITH A SPECIAL REFERENCE TO INVESTMENT COMMITTEE¹

*Nesrín Akın*²

ABSTRACT

Crowdfunding is increasingly an established form of alternative finance for start-ups and SMEs, relying on small investments. Crowdfunding represents an important type of intermediation where a crowdfunding platform operates a digital platform open to the public in order to match or facilitate the matching of prospective investors or lenders with businesses that seek funding. It is compulsory to form investment committee by the Board of Directors of the platform under Turkish Capital Market Law. Investment committee assesses the feasibility and creditworthiness assessment reports issued about project belonging to entrepreneur or venture capital firm and approves the crowdfunding information form prepared about campaigns.

Keywords. Crowdfunding Platforms, Crowdfunding Services, Entrepreneur, Investor, Investment Committee.

¹ **Como citar este artigo científico.** AKIN, Nesrín. Crowdfunding platforms under turkish capital market law with a special reference to investment committee. In: **Revista Amagis Jurídica**, Belo Horizonte, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, v. 15, n. 2, p. 185-199, maio-ago. 2023.

² Asst. Prof. Dr. Doğuş University Faculty of Law, Commercial Law Department. *e-mail*: nakin@dogus.edu.tr, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5445-0355>.

Crowdfunding platforms, which intermediate the collection of money from the public based on shares (partnership) or borrowing and provide intermediation services electronically, were regulated under Turkish Capital Markets Law in 2017 by adding Article 35/A to the Capital Markets Law N.º 6362 (CML).³

In addition to Article 35/A of the CML and other relevant provisions of the CML regarding crowdfunding platforms and activities, the Capital Markets Board (Board) has issued Communiqué III-35/A.2 on Crowdfunding Platforms (Communiqué), which entered into force on October 27, 2021.⁴ The current legal regulation on the subject in the European Union (EU) Law is Regulation 2020/1503, which was published in the Official Journal of the EU on October 20, 2020 and started to be implemented in all EU member states as of November 10, 2021.⁵ Within the scope of Article 19/7 and Article 28/5 of the Regulation, in November 2021, the European Securities and Markets Authority (ESMA) published the Final Report on the technical standards that Crowdfunding Service Providers must meet⁶ and in December 2021, the European Banking Authority (EBA) published draft technical standards for the credit scoring, pricing, risk assessment and risk management requirements of Crowdfunding Service Providers.⁷ These texts were approved by

³ Art. 110 of Law N.º 7061 on the Amendment of Certain Tax Laws and Certain Other Laws published in Turkish Official Gazette (OG), 05.12.2017, n.º30261.

⁴ Communiqué, 27.10.2021 t. 31641 p. OG and entered into force on the day of its publication. The Communiqué repealed the Communiqué on Equity-Based Crowdfunding N.º III-35/A.1.

⁵ For the text of the statute see <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32020R1503>.

⁶ For the report, see https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma35-42-1183_final_report_-_ecspr_technical_standards.pdf. The technical standards published by ESMA aim to ensure that the credit scoring process is adequate and efficient, and to this end, common standards have been set for crowdfunding service providers to determine the creditworthiness of project owners and projects without eliminating the ability of each project owner to develop its own methodology for measuring the creditworthiness of each project owner. Under the mandatory provision of Article 19(7)(d) of the Regulation, the draft technical standards also define management requirements for crowdfunding service providers to support the project assessment process.

⁷ The draft technical standards developed by the EBA aim to provide the necessary and sufficient information to investors in order to prevent information asymmetry

the EU Commission on July 13, 2022.⁸

Crowdfunding is the collection of money from the public through crowdfunding platforms without being subject to the provisions of the CML regarding investor indemnification within the principles determined by the Capital Markets Board in order to provide the funds⁹ needed by a project¹⁰ or a venture company¹¹ is a new source of finance, financing method that enables the project or venture company in need of funds to meet its funding needs (ARMOUR; ENRIQUE, 2018, p. 52; BUSCH, 2022, p. 53; RIDLEY, 2015, p. 58).

Crowdfunding platforms are joint stock companies that intermediate crowdfunding activities and provide services in electronic environment. The Board is authorized to determine the crowdfunding activities to be carried out through crowdfunding platforms by collecting money from the public based on partnership

between crowdfunding service providers and investors to the detriment of investors.

⁸ European Commission C (2022) 4828 Final, Commission Delegated Regulation of 13.07.2022 supplementing Regulation (EU) 2020/1503 of the European Parliament and of the Council with regard to regulatory technical standards specifying conflicts of interest requirements for crowdfunding service providers, C (2022) 4828_0.pdf.

⁹ CML art.3/1(z), Communiqué III-35/A.2 on Crowdfunding, art.4/1(m). Justification of the Article:

“Crowdfunding is a method by which entrepreneurs raise financing for their business ideas or projects by raising money from the public through crowdfunding platforms in order to realize their business ideas or personal projects. The partnerships that provide financing through crowdfunding are quite small in scale compared to a publicly traded partnership, and in this context, these partnerships are not expected to have the corporate structure of a publicly traded partnership.”

¹⁰ Article 4/1(ü) of the Communiqué defines a project as a business idea that requires resources for the realization of planned technology and/or production activities.

¹¹ Article 4/1(ğ) of the Communiqué defines a venture company as a joint stock company established in Turkey, which will continue its activities without the obligation to establish a joint stock company and which has the potential to develop and needs resources for its project, or limited liability companies that are obliged to transform into a joint stock company before the funds collected are transferred to the blocked account opened with the escrow officer.

or borrowing, and permission of the Board is required for the establishment and operation of crowdfunding platforms. The establishment, partners, share transfers, employees, the maximum limit of the money that can be invested by each fund provider or collected by project owners and venture companies, and other principles and principles that these platforms must comply with during their activities, as well as the principles regarding the control and supervision of the use of the collected funds in accordance with their declared purpose are determined by the Board (CML. art. 35/A/1 and 2).

Pursuant to Article 4/1 of the CML, without prejudice to the provisions of other laws regarding the collection of aids and donations, the collection of money from the public through crowdfunding shall be realized through crowdfunding platforms authorized by the Board and shall not be subject to the provisions of the Law regarding the obligation to prepare a prospectus or issue document.¹² Pursuant to Article 30/3 of the CML, Article 96 of the CML shall be applied by analogy for the unlawful activities and transactions of crowdfunding platforms. Crowdfunding and related transactions and crowdfunding platforms shall not be considered within the scope of Article 37 of the CML regulating investment services and activities and Article 38 regulating ancillary services to be provided by investment institutions and portfolio management companies, and crowdfunding platforms are not subject to the provisions of the CML regarding exchanges, market operators and other organized marketplaces (CML, art. 35/A/4).

Although crowdfunding platforms and activities, the legal framework of which is outlined above, are not included in the circle formed by the components of capital market law, they are kept within the scope of capital market law and the Board's regulations

¹² Justification of the Article: *"In order to facilitate crowdfunding and contribute to its rapid development, those who raise money through crowdfunding platforms are excluded from the definition of publicly traded partnerships and issuers in order to reduce the costs that entrepreneurs may incur as a result of crowdfunding and therefore not to be subject to the obligations stipulated for publicly traded partnerships and issuers in the Capital Markets Law N.º 6362."*

since they enable the entrepreneur/venture company to access the funding source by collecting money from the public (investor) based on shares or debt instruments, which we can express as the tangent point to the circle, and are aimed at providing crowdfunding services in accordance with their purpose and protecting the investor.

Under Turkish Capital Markets Law, crowdfunding platforms are required to establish at least one investment committee [Communiqué, art.5/5(c)]. The investment committee is established by the platform's board of directors. The task of the committee is to evaluate the feasibility or creditworthiness reports of the entrepreneur or venture company and to approve the crowdfunding information forms prepared for the campaigns [Communiqué, art.4/1(z)(dd); Regulation, art. 24].

The investment committee to be formed by the platform's board of directors must consist of at least 3 members, the majority of the members must have at least 5 years of experience in finance, entrepreneurship, legal consultancy, technology, industry and trade, one member must be a member of the platform's board of directors and this member must hold an individual participation investor license,¹³ at least one member must hold a Capital Markets Activities Level 3 License, and all members must meet the conditions set forth in Article 6/1 of the Communiqué. At least one member of the investment committee of platforms conducting debt- based crowdfunding activities must hold a credit rating license, and the majority of the members must have at least 5 years of experience in any of the fields of statistics, risk assessment and management, financial analysis, rating and valuation in addition to the experience requirement.

Platforms may establish more than one investment committee. If at least one member of the investment committee of development and investment banks, participation banks and broadly authorized

¹³ Article 6/3 of the Communiqué: *“At least one board member of the platforms must hold an individual participation investor license as defined in the Regulation on Individual Participation Capital published in the Official Gazette dated 15/2/2013 and numbered 28560.”*

intermediary institutions holds an individual participation investor license, it is not required that one member be a member of the board of directors.

The investment committee shall establish an evaluation policy including objective evaluation criteria and methods for the approval of the information form¹⁴ and for the examination of the feasibility report, the minimum elements of which are specified in Annex-2 of the Communiqué for equity-based crowdfunding, and the creditworthiness report, the minimum elements of which are specified in Annex-3 of the Communiqué for debt-based crowdfunding, and this policy shall be resolved by the platform board of directors and disclosed to the public on the platform's website. The investment committee may approve the information form only if the majority of the total number of its members so decide. The platform may determine a higher quorum than the one specified in this paragraph.

Members of the investment committee may not participate in the negotiations of the investment committee regarding the evaluation of the campaign applications of the projects in which they, their spouses, descendants and lineal descendants are directly or indirectly related in terms of capital, supervision and administration, and may not vote. This prohibition shall also apply in cases where the investment committee member's non-participation and non-voting is a requirement of good faith. In cases of doubt, the board

¹⁴ Pursuant to Article 4 of the Communiqué, an information form is a form prepared by the entrepreneur or venture capital firm, announced on the campaign page in order to raise the funds required by the project, and the standards of which are determined by the Board. The purpose of the information form is to enable potential investors to make an informed investment decision about the project and the entrepreneur/venture company. This issue is explained in Article 23/1 and Paragraph 50 of the preamble of the Regulation. The information form is a public disclosure document. Article 32 of the CML does not limit the types of public disclosure documents with a restrictive enumeration, and it should be accepted that the information form is a public disclosure document due to its nature. Manavgat, while the Regulation was in draft form, stated that the information form is a public disclosure document within the scope of Article 16 (Article 24 in the published text). (MANAVGAT, 2019, p. 771). For another opinion that the information form is a public disclosure document, see Hacıömeroğlu (2020, p. 303).

of directors shall decide whether the relevant investment committee member may participate in the deliberations and vote. If the relevant investment committee member is also a member of the board of directors, the relevant member may not participate in this vote.

Investment committee members may not receive any economic benefit from venture companies or entrepreneurs in return for their activities within the scope of the Communiqué and may not provide more than 5% of the targeted funding amount to the campaigns they evaluate (Communiqué, art. 9).

Crowdfunding platforms may reject the campaign applications of venture companies or entrepreneurs before they are submitted to the investment committee. Campaign applications submitted to the investment committee may be published on the platform upon the approval of the investment committee. This approval is linked to a report containing the evaluations made by the investment committee in terms of each criterion in the evaluation policy established to include objective evaluation criteria and methods for the examination of the feasibility report, the minimum elements of which are specified in Annex-2 of the Communiqué in terms of equity-based crowdfunding, and the creditworthiness report, the minimum elements of which are specified in Annex-3 of the Communiqué in terms of borrowing-based crowdfunding, and this report is published on the campaign page of the relevant project together with the information form. In the event that any member of the investment committee puts an annotation against the decision to publish a project's campaign on the platform, the explanations regarding this annotation and the reason for the annotation shall be published on the campaign page of the relevant project together with the information form.

For the approval of the information form by the investment committee, it is mandatory to determine that the information contained in the information form is consistent, understandable and complete according to the information form standards determined by the Board.

In order to run a campaign on the platform, the information form must be approved by the investment committee and published on the campaign page. The information form shall be signed by the real person entrepreneur, the officials of the legal entity entrepreneur or venture company and the members of the investment committee of the platform.

Platforms are obliged to obtain sufficient information and documents from venture companies or entrepreneurs during the evaluation process of the investment committee regarding the approval of the fact sheet and to keep the documents, records and reports that form the basis for the decision of the investment committee for 5 years following the end of the campaign period (Communiqué, art. 11).

Platforms may not carry out campaigns for the crowdfunding of venture companies or legal entity entrepreneurs or projects belonging to them, in which the members of the investment committee and their spouses, descendants and descendants, individually or jointly, hold shares representing 20% or more of the capital or voting rights or privileged shares giving the right to be represented in the board of directors. The platform is responsible for carrying out the controls regarding these issues (Communiqué, art. 12).

In addition to the obligations set forth in Article 11 of the Communiqué, platforms conducting debt-based crowdfunding activities are required to establish an effective and transparent credit rating system and policy to assess the risk status of the project. This policy shall be resolved by the platform's board of directors and disclosed to the public on the platform's website. Platforms shall provide sufficient information to enable the assessment of the risk status of the project. In case of fund raising as a venture company, the nature, past activities, debt repayment performance and projects of the venture companies as well as the size, sector and collateral structure of the requested fund are taken into consideration in the assessment of the risks related to the project. The platform calculates

the credit score of the project and submits it to the investment committee together with the creditworthiness report (Communiqué, art. 24).

In the EBA's regulatory draft technical standards for credit scoring, pricing, risk assessment and risk management requirements of Crowdfunding Service Providers, it is stated that appropriate, reliable and regularly updated information should be provided to the investor about the method(s) used in determining the credit score of the project/entrepreneur, this information should be easily accessible to the investor on the crowdfunding platform service provider's website and distinguishable from the information regarding the campaign/marketing of the project, the information should be provided in a way that facilitates the understanding of the information by the investor and should be easy to read (EBA Draft Text, art. 1).

Article 2/4 of the EBA Draft Text states that in case of outsourcing the calculation of credit scores and the evaluation of crowdfunding projects, the investor should be provided with sufficient information about the methods used by the third party. Article 3 of the Draft Text stipulates that the investor should also be informed about the data sources provided for credit scoring models, and in particular, the information provided by the project owner, information obtained from credit records/registries about the project owner, information obtained from publicly available sources and information obtained from other sources should be shared with the investor and information should be provided on the reliability and quality of the data obtained. In addition to the financial factors used in determining the credit score, such as the cash flow to be generated by the project, the project owner's receivables, debt history, repayment capacity, the existence of guarantees and collaterals, the macroeconomic conditions of the location where the project will be realized, the level of competition, the efficiency of the project, the knowledge, experience and reputation of the project owner in the relevant field should also be disclosed.

When conducting credit risk assessment of crowdfunding projects and project owners, crowdfunding service providers should also assess the crowdfunding platforms in relation to the business model and strategy of the crowdfunding project, the knowledge and experience of the project owner, the feasibility and sustainability of the business plan associated with the crowdfunding project, the possible risks that may arise from the project and the opportunities it offers, the degree of competition in the business area where the project will be realized, the geographical location and the target customer base (EBA Draft Text m. 15).

In the event that changes or new issues that may affect the investment decision of the investors arise during the campaign period, this situation shall be immediately notified to the platform by the venture company or entrepreneur together with the parts of the information form containing the issues foreseen to be changed or added. The parts of the fact sheet that include the amendments or new additions shall be approved by the investment committee within two business days from the date of notification and shall be immediately published on the campaign page. The investment committee may cancel the campaign process by evaluating the nature and potential impact of additional developments (Communiqué, art. 26).

The members of the board of directors of the platform are responsible for the fulfillment of the obligations stipulated for crowdfunding platforms, the members of the investment committee and the members of the board of directors of the platform are responsible for the fulfillment of the obligations stipulated for the investment committee, and the members of the board of directors of the funded company are responsible for the fulfillment of the obligations stipulated for the funded companies. Natural and legal persons who sign the information form are jointly and severally liable for any damages arising from false, misleading or incomplete information contained in the information form (Communiqué, art. 29). Since the information form is signed by the natural person entrepreneur, the authorized officers of the legal person entrepreneur

or venture company, and the members of the investment committee of the platform, the members of the investment committee will be held liable under Article 32 of the CML. In addition, the members of the board of directors of the platform are also liable under Article 553 of the Turkish Commercial Code.

In borrowing-based crowdfunding, the control and audit of the use of the funds collected in accordance with the purpose announced in the information form is carried out by the investment committee by preparing an audit report. In the event that it is determined in the aforementioned report that the funds collected are not used as announced in the information form or that activities are carried out that prevent the necessary examinations from being carried out, the platform shall immediately inform the Board about the matter. If it is determined in the report prepared by the investment committee that the funds collected are not used in accordance with the declared purpose and notified to the Board, the Board may file a criminal complaint within the framework of the provisions of Law N.º 5237 Turkish Penal Code (Communiqué, art. 22).

REFERENCES

ARMOUR, John; ENRIQUES, Luca. The promise and perils of crowdfunding: between corporate finance and consumer contracts. In: **The Modern Law Review**, London, Ed. John Wiley, v. 81, n. 1, p. 52-84, 2018.

BUSCH, Danny. The future of financial law. In: **Capital Markets Law Journal**, Oxford (England), Ed. Oxford University Press, v. 17, n.º 1, p. 52-94, 2022.

ESMA – EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY. Final report: draft technical standards under the European crowdfunding service providers for business regulation. Available at: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma35-42-1183_final_report_-_ecspr_technical_standards.pdf.

EUROPEAN BANKING AUTHORITY. EBA/CP/2021/39. 8 December 2021. Available at: <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Consultations/2022/Consultation%20on%20draft%20RTS%20on%20credit%20scoring%20and%20loan%20pricing%20disclosure%2C%20credit%20risk%20assessment%20and%20risk%20management%20requirements%20for%20Crowdfunding%20Service%20Providers/1025175/CP%20on%20RTS2%20Art%2019%287%29%20ECSPR.pdf>.

EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Regulation (EU) 2020/1503 of the European Parliament and of the Council. 7 October 2020. Available at: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32020R1503>>.

HACIÖMEROĞLU, Abdülhamid Oğuzhan. Paya dayalı kitle fonlamasında kamuyu aydınlatma. In: **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Çankaya Ankara, y. (v.) 8, as (n.) 15, s. (p.) 273-307, Haziran (June), 2020. Or HACIÖMEROĞLU, Abdülhamid Oğuzhan. Share-based crowdfunding public disclosure. In: **Journal of Uyuşmazlık Mahkemesi**, Ankara, v. 8, Issue 15, p. 273-307, June 2020.

MANAVGAT, Çağlar. **Halka açık ortaklık tanımı bakımından kitle fonlaması**. Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan. İstanbul: Oniki Levha, 2019. ss. p. 765-778.

RIDLEY, David. Will new regulation on crowdfunding in the United Kingdom and United States have a positive impact and lead to crowdfunding becoming an established financing technique? In: **Statute Law Review**, Oxford (England), Ed. Oxford University Press, v. 37, n.º 1, p. 57-76, 2015.

TURKEY. Sermaye Piyasası Kurulu. Capital Markets Board of Türkiye. Available at: <<https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/1343>>.

ANNEX 1: Feasibility Report (Communiqué Annex-2)

MINIMUM ELEMENTS OF FEASIBILITY REPORT

- 1) Introductory information about the venture company or project.
- 2) Introductory information about the managers of the venture company or the entrepreneur and his/her team.
- 3) The business model canvas for the current and future core activities of the venture company.
- 4) Information on the current fields of activity of the venture company, the products it produces/produces and/or the services it offers/provides, if any, or the products and/or services that are the output of the project.
- 5) Information on market research and analysis for products and services and previous studies, research and other studies, if any.
- 6) Concrete and foreseeable forecasts of the demand for the target audience, products and/or services.
- 7) Technical and design analysis of products and services, estimates and assumptions about the research, development, production, sales and marketing programme.
- 8) Funding sources, estimated financing structure and financial and economic analysis of the project.
- 9) Income-expense projection based on concrete and foreseeable assumptions for a reasonable period to be determined according to the duration of fund utilisation.
- 10) Information on the locations of fund utilisation, the targeted fund amount including additional sales, if any, the nature of each expenditure item and the dates and periods of planned expenditure.
- 11) Information on the budget allocated for research, development, consultancy, licence, patent, labour, marketing, fixtures, equipment, financing and similar expenses and other unforeseen expenses.
- 12) Risk factors that may prevent the project from achieving its expected objective.

ANNEX 2: Creditworthiness Report (Communiqué Annex-3)

MINIMUM ELEMENTS OF THE CREDITWORTHINESS REPORT

- 1) Introductory information about the venture company or project.
- 2) Introductory information about the managers of the venture company or the entrepreneur and his/her team.
- 3) Information on the capital of the venture company and the last capital increase, if any.
- 4) Business model canvas prepared for the current main activities of the venture company and the future main activities of the funded company.
- 5) Information about the current fields of activity of the venture company.
- 6) Rating information received from organisations other than the platform for the venture company, if any.
- 7) Financial statements of the venture company for the last 2 years prior to the date of application to the platform.
- 8) Information on the purpose of the project, the use of the funds obtained within the scope of the project, the nature of each expenditure item and the planned expenditure dates and periods.
- 9) Information on the products and/or services that are the output of the project, if any, and market research and analysis for these products and services, and information on previous studies, research and other studies, if any.
- 10) Concrete and foreseeable forecasts of the demand for the target audience, products and/or services.
- 11) Technical and design analysis of products and services, estimates and assumptions about research, development, production, sales and marketing programmes.

- 12) The discounted value of the project's future cash flows based on concrete and foreseeable assumptions at the date of signature of the creditworthiness report.
- 13) Information on the budget allocated for research, development, consultancy, licence, patent, labour, marketing, fixtures, equipment, financing and similar expenses and other unforeseen expenses.
- 14) Information on the planned interest and similar returns, maturity and payment terms of the debt instrument to be issued.
- 15) Risk factors that may prevent the project from achieving its expected objective.
- 16) Information and documents certifying that the entrepreneur or venture company will be able to repay the investors regularly within the scope of the project to be carried out.
- 17) Risk and cheque reports obtained from the Banks Association of Turkey Risk Centre of the entrepreneur or venture company that will raise funds through borrowing-based crowdfunding.

Recebido em: 25-4-2023

Aprovado em: 18-6-2023

O CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO OU DOS FUTUROS DO CONSTITUCIONALISMO¹ e ²

*Paulo Ferreira da Cunha*³

“[...] É pra ver o meu futuro
Em função do meu passado
É pra ver o caminho
E é pra ver o que calco
Que eu não ando nas nuvens
A pisar pó de talco [...]”
Sérgio Godinho

RESUMO

Aqui se procura, muito cautelosa e modestamente e sem intuítos sensacionalistas ou esotéricos, indagar, a partir do processo histórico e especificamente da análise da conjuntura atual, jurídico-política,

¹ Artigo inspirado na nossa conferência magna “O Constitucionalismo do Futuro”, proferida em 30 de agosto de 2022, na Universidade Federal da Bahia (por videoconferência), com os agradecimentos aos respectivos organizadores (desta instituição e da Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros) nas pessoas, respectivamente, dos responsáveis Prof. Doutor Daniel Oitaven, Prof. Doutor Ricardo Maurício Freire Soares, e Prof. Doutor Waldir de Pinho Veloso, a quem se agradece o convite para a presente edição. Publicado, com ligeiras variações, também em “Jurismat”, em Portugal.

² **Como citar este artigo científico.** CUNHA, Paulo Ferreira da. O Constitucionalismo do futuro ou dos futuros do constitucionalismo. In: **Revista Amagis Jurídica**, Belo Horizonte, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, v. 15, n. 2, p. 201-221, maio-ago. 2023.

³ Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, Portugal. Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (funções suspensas para exercício da Magistratura). *e-mail*: lusofilias@gmail.com

quais os possíveis cenários que poderão vir a emergir no futuro na realidade constitucional. Assim, olhar-se-á muito para o passado para tentar não prever mas sobretudo acautelar possíveis futuros.

Palavras-chave: Constituição, Constitucionalismo, Estado Constitucional, Constitucionalismo moderno, futuro, prospectiva

SUMÁRIO. 1 Constitucionalismo & Futuro. 2 Constitucionalismo moderno e constitucionalismo histórico. 3 Algumas narrativas constitucionais. Portugal. 4 Algumas narrativas constitucionais. Alemanha. 5 Mais narrativas constitucionais. De volta à língua portuguesa. 6 A advertência do Imperador. Referências.

1 CONSTITUCIONALISMO & FUTURO

Os títulos devem ser, sobretudo nos tempos que passam (para acordar os adormecidos), impressivos, apelativos, até em alguns aspetos provocadores. A avalanche de oferta cultural e académica (são coisas diferentes) é tanta que, para um evento ou um produto poder fazer-se notar, tem de se colocar em bicos de pés e afirmar-se, por vezes com humor, trocadilhos, surpresa, etc. Ou atrevimento.

O caso presente é o do atrevimento. Não possui uma bola de cristal nem consulto as cartas nem os espíritos para poder perscrutar o futuro.

Aliás, a tentação de convidar alguém a falar sobre o futuro (ingenuidade, provocação, sabe-se lá o que mais) não é infrequente, em todas as áreas, e mesmo em geral: como será o futuro? O que nos espera?

Duas obras nos ocorrem (certamente estamos a esquecer muitas... mas o esquecimento é uma forma de seleção: é, como o tempo, *um grande escultor*) de particular interesse, e não adianta dizer que foram proféticas, porque quando se colocam algumas possibilidades, é difícil não se acertar. Mas o importante não é acertar (em geral, prever desgraças é prudente e compensa quanto à fama de se ser vidente), é equacionar bem os problemas e ser capaz

de pelo menos ir sugerindo soluções. Duas obras, pois, parecem especialmente importantes: *Der waldgang*, de Ernst Junger (1980; 1995), e *The human situation*, de Aldous Huxley (1977; 1992). Particularmente esta última, no capítulo “o futuro do mundo” (HUXLEY, 1992, p. 98 ss.), acaba por falar com eloquência das possibilidades da nossa encruzilhada diante do futuro. *Brevitatis causa*, para aí remetemos os interessados numa contextualização de “futurologia” conjectural, dentro dos padrões de seriedade admitidos pela academia e a ciência, pois há proliferação (na *Internet*, então... nem se fala) de cenários (normalmente apocalípticos) baseados em puro subjetivismo, sensacionalismo, certamente, até, em gosto sádico de atormentar as almas impressionáveis.

Falaremos, então, apenas, do constitucionalismo que no futuro haverá, partindo do princípio de que sempre haverá algum constitucionalismo, conquanto exista, ou subsista, a Humanidade – aplicação, assim, do conceito histórico-universal de Constituição.

O Constitucionalismo do futuro é um título pretensioso, em teoria. Só não o é na prática, na medida em que no pacto autoral com o público, que se pressupõe inteligente, culto, com sensibilidade e *finesse*, se pressupõe que ele comporta ironia. O mais que se pode fazer é supor, e, de algum modo, exercer o trabalho das presunções (ilidíveis, claro, no caso): de factos conhecidos tentar estabelecer, em conjectura, factos desconhecidos. Tanto mais que factos futuros.

Igualmente arriscado, embora todos compreendamos que um pouco menos que o título anteriormente comentado, seria uma variante, que o é apenas: *O futuro do Constitucionalismo*.

Analisemos por um instante as diferenças.

Enquanto *O Constitucionalismo do Futuro* nos remete para o domínio da utopia (boa ou má, eutópica ou distópica – depende da conjectura do observador), fixando uma “cidade ideal” futura (que, para o bem e para o mal, pode ser muito diversa do que hoje existe – assim implicando um dinamismo e a possibilidade de rutura). Já em *O Futuro do Constitucionalismo*, parte-se de algum modo de uma

perspetiva de maior continuidade. Ou seja, enquanto no primeiro título se está no domínio utópico (mito da *cidade ideal* – ou anti-ideal) neste último parece ecoar uma ideia de continuidade, embora em mudança, ou seja, o solo em que se funda a discussão é o do mito *tout court*: como narrativa de origens, ideia-força, e, eventualmente, também, com os seus elementos de mistificação...

O *Futuro do Constitucionalismo* trata de saber a continuidade (na verdade, a continuação) da História que já vivemos. Trata-se de indagar, sondar, conjecturar do futuro do Constitucionalismo moderno. O *Constitucionalismo do Futuro* deixa-nos, em pano de fundo ao menos, a suspeita de que tudo poderá ser bem diferente. E, portanto, a grande questão, neste caso, é a de saber se o Constitucionalismo tem futuro. Naturalmente, o nosso Constitucionalismo moderno atual, mas, mais radicalmente, todo o constitucionalismo. Colocando-se até um pouco em causa a tese de Lassalle, da existência histórico-universal da Constituição...

O que preferimos?

O pensamento não deve temer questões radicais. Se é certo que gostaríamos de uma evolução na continuidade do atual Constitucionalismo moderno, não podemos, não devemos mesmo, furtar-nos ao desafio de indagar, radicalmente, se haverá constitucionalismo no futuro, ou se tal constitucionalismo será ainda do mesmo timbre, tipo ou família do atual.

A uma opção avisada, prudente, com algo de conservador (mas num sentido de razoabilidade, não de reacionarismo) se opõe uma outra mais ousada, indagadora, não propriamente revolucionária nem progressista, mas aberta a novas soluções... Ainda que essas novas soluções, do nosso ponto de vista, não possam, não devam, dar passos atrás no legado adquirido do Constitucionalismo moderno. Mas terá que admitir-se que, uma vez, adotada essa via, empreendido esse caminho, se terá que admitir que possam ocorrer modificações jurídico-políticas de tomo, as quais, no limite, poderão acabar de vez com o constitucionalismo moderno...

2 CONSTITUCIONALISMO MODERNO E CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO

Ainda somos do tempo em que havia uma espécie de esquizofrenia doutrinal. Não era coisa de que o estudante ou sequer o docente comum pudessem aperceber-se. Mas queria e quer parecer que havia dois pesos e duas medidas na análise dos momentos constitucionais, numa perspectiva histórico-teórica.

Assim, por um lado não deixava de se aderir, ao menos implicitamente, à tese histórico-universal de Constituição proclamada na palestra de Ferdinand Lassale sobre o “ser” da Constituição. Considerava-se, pois, sem dificuldade, que sempre, em todos os tempos e lugares, haveria uma trama normativizada de poderes, ou seja, sempre haveria “Constituição”.

Mas, por outro lado, na medida talvez até em que nesses tempos não havia o nefasto peso de teorias antirrevolucionárias, *anti vetero* liberais, etc., e, portanto, vigorava um consenso de base (só imperfeito em margens do sistema, muito laterais e pouco visíveis na comunicação social) no valor da Revolução Francesa e do Constitucionalismo emergente dela e de revoluções afins (o chamado Constitucionalismo moderno). Nessa medida, havia então uma tendência para identificar Constituição *tout court* com a Constituição em sentido moderno. Ou seja, em termos latos, aderiria-se univocamente ao sentido já determinado pelo artigo 16.º da primeira Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa: *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.*

Por outras palavras, num contexto de constitucionalismo escrito, codificado, e com alguma rigidez (o que permitirá depois o controlo da constitucionalidade, como bem frisaria no Brasil Manoel Gonçalves Ferreira Filho), o referido artigo dessa clássica Declaração fazia sobressair dos elementos que avultam ainda hoje como traços *sine qua non* da existência de uma Constituição em sentido moderno: a separação dos poderes e os direitos fundamentais (evoluindo

depois para a categoria também de Direitos Humanos). Embora o texto do Mestre de São Paulo seja um pouco longo, é importante tê-lo presente, até para o futuro, porque pode haver pessoas esquecidas (“olvidadiças”, dir-se-ia com um neologismo, imitando o castelhano) que podem querer constituições flexíveis doravante, mutáveis ao sabor dos detentores efêmeros do poder, e para mais dizendo (como já se disse – *hélas!*) que a rigidez constitucional seriam “os mortos a mandar nos vivos”, e que as cláusulas pétreas (ou limites materiais de revisão constitucional) seriam antidemocráticas. Recordemos, pois, Ferreira Filho:

A distinção entre Constituição rígida e Constituição flexível, entre Poder Constituinte originário e Poder Constituinte derivado, implica a existência de um *controle de constitucionalidade*. De fato, onde este não foi previsto pelo constituinte, não pode haver realmente rigidez constitucional ou diferença entre o Poder constituinte originário e o derivado.

Em todo Estado onde faltar controle de constitucionalidade, a Constituição é flexível: por mais que a Constituição se queira rígida, o Poder Constituinte perdura ilimitado nas mãos do legislador. Este, na verdade, poderá modificar a seu talante as regras constitucionais, se não houver órgão destinado a resguardar a superioridade desta sobre as ordinárias. Mais ainda, órgão com força bastante para fazê-lo (FERREIRA FILHO, 1989, p. 29-30).

Pois bem. Voltemos ao Constitucionalismo moderno. É evidente que, por muito que se aprecie e louve e adira ao projeto do Constitucionalismo moderno, não se pode olvidar que, pela teoria de Lassalle (e ainda que ela não existisse) houve um outro constitucionalismo antes desse. E a prova disso mais simples e impressiva será a ponte histórica que para tal é lançada pelos próprios preâmbulos de três das mais significativas constituições iniciais do Constitucionalismo moderno: a francesa de 1791, a espanhola de 1812 e a portuguesa de 1822. Em todas elas há uma referência a um tempo mais ou menos idílico que não é uma mera alusão ao mito da Idade do Ouro, mas a reminiscência de que houve alguma liberdade antiga, antes da que agora se recuperava, com Cortes modernas.

Houve o interregno do Absolutismo, mas existiram velhas liberdades.

Importa recordar que há sempre narrativas sobre o passado no discurso constitucional. Elas podem fazer parte dos preâmbulos das Constituições, ou andar nos ares dos livros de História e das conversas dos políticos e das peças da comunicação social. Por essas e por outras é que o Preâmbulo da Constituição portuguesa (que explicitamente remete para a queda do regime fascista) foi considerado por Gomes Canotilho como o RG (em Portugal dizia-se bilhete de identidade, hoje cartão do cidadão) da Constituição vigente.

É interessante advertir que enquanto a Constituição portuguesa faz uma ponte entre o passado e o futuro, a Constituição Federal brasileira coloca a tônica toda no futuro, no tipo de sociedade que pretende construir. Digamos que a primeira é mítico-utópica, e a segunda apenas utópica. No sentido nobre e nada crítico da expressão, evidentemente. Com “utópico” não se quer designar o quimérico, o impossível de realizar. Apenas o que remete para o mito da cidade ideal, aliás magnificamente retratado por Roger Mucchielli (1960).

Ora as narrativas sobre o passado constitucional são também instrumentos de intervenção no presente e formas de projetar o futuro.

3 ALGUMAS NARRATIVAS CONSTITUCIONAIS. PORTUGAL

Será útil e instrutivo atentar em algumas narrativas, brevemente e apenas a título exemplificativo.

Desde os alvares do Constitucionalismo moderno, foi posta a correr em Portugal – e se procurarmos (e nem precisamos de procurar muito) ainda tem posteridade atualmente no Brasil – uma narrativa diabolizadora do Constitucionalismo moderno.

Segundo ela, o Constitucionalismo moderno era uma importação estrangeira, alheia à alma nacional. Os absolutistas e

os seus filhos e netos ideológicos (não já, obviamente, os *vetero* liberais, profundamente identificados com os valores e princípios das Constituições) insistiram sempre que a nova ordem instituída pelas constituintes e depois pela Carta Constitucional (dada pelo rei Dom Pedro IV de Portugal e Imperador D. Pedro I do Brasil) era um corpo estranho na alma nacional, no espírito lusitano, etc... E, como sempre, os poderes chauvinistas e autoritários insistem no dogma de que só o nacional é bom e o estrangeiro e o internacional são maus (durante o Estado Novo português, por exemplo, insistia a propaganda do governo no perigo do “comunismo internacional”, não se sabendo o que seria mais terrível, se o primeiro se o segundo termo da expressão), obviamente a solução seria voltar atrás, a uma mítica idade do ouro, perdida algures. Acresce que esse criticado estrangeiramento da Constituição se associa ao facto de ser alegadamente obra de forças consideradas ocultas, conspirativas e antirreligiosas. Tudo se pode ver neste poemeto de medíocre rima (mas muito certa intenção), que circulava nesses tempos:

Eu, Dona Constituição
Que fui nascida na França,
E sendo ainda criança
Jurei a Revolução [...]
Viajei terras e mares
Fui à Itália e à Prúcia
Porem da Espanha e Russia
Me fizeram mal os ares.
Nunca me dei a vagares,
Com presteza sem igual,
Vim á pouco a Portugal
Pelos Pedreiros chamada [...]⁴

Foi complicado, por exemplo, encontrar um padre que dissesse a missa de celebração da Constituição portuguesa de 1822. E mesmo a rainha, a tão conhecida no Brasil D. Carlota Joaquina, alegria (pasmese!) o seu direito natural à preservação da saúde para não

⁴ “Testamento da Constituição”, p. 304.

se dar ao trabalho (e desonra, crê-se) de sair do palácio com tempo chuvoso e ir jurar a Constituição.

Mesmo um escritor liberal como Alexandre Herculano é citado por outro liberal como Oliveira Martins a propósito do grande peso da influência estrangeira, designadamente francesa ou inglesa, sobre os primeiros políticos do constitucionalismo luso.

E por isso, por vezes, irrompe um grito de autonomia, um desatar de laços, um proclamar da independência de pensamento. Na Assembleia Constituinte, Fernandes Tomás insurge-se: “Eu sou português e estou aqui para fazer uma Constituição portuguesa e não espanhola.” (CARVALHO, 1934, p. 101-102).

O contra-ataque teórico, em toda a sua extensão, demorará. E provavelmente, com a fortuna caprichosa da difusão das ideias, a muitos poderá ter passado ao largo.

O que vai ocorrer é que, primeiro, se vai ter de insistir que o Constitucionalismo é dual: antigo e moderno, e em ambos os casos é constitucionalismo de parte inteira. Não é uma tese fácil de aceitar por tradicionalistas que só pensam nas velhas leis fundamentais do reino, nem por constitucionalistas dos nossos tempos, que pouco delas saibam.

Depois, vai ser necessário explicar que a oposição de um a outro dos constitucionalismos, à luz do estudo concreto e no terreno histórico, é mais de cor local, verbal (e nem sempre), e sobretudo ideológica. No plano da Filosofia e da Metodologia não há uma verdadeira ruptura. E finalmente, se não há ruptura, pode-se, na Península Ibérica (e naturalmente nas suas extensões que foram um dia coloniais ou afins, pelo mundo – desde logo nas Américas, em África, etc.), muito legitimamente invocar uma prevalência, até cronológica, face aos constitucionalismos modernos classicamente invocados: inglês, americano e francês.

Teixeira de Pascoaes (1991), na sua *Arte de ser português*, reflete essa prevalência histórica até portuguesa:

Temos ainda os forais e os princípios de direito político estabelecidos nas antigas cortes, revelando o espírito de independência e liberdade que animou sempre a alma popular. Intervinha no governo do País, na sucessão do trono, em todos os actos de interesse geral que o Rei praticasse: a guerra e a paz, lançamento de impostos, etc. E exercia ainda uma esperta vigilância sobre o procedimento dos homens de Estado, alguns dos quais foram acusados e condenados! Em plena Idade Média, enquanto outros Povos gemiam sob o peso do poder absoluto, impúnhamos à nossa Monarquia a forma condicional: o Rei governará se for digno de governar, e governará de acordo com a nossa vontade, expressa em cortes gerais reunidas anualmente.

Claro que um tradicionalista à *outrance* poderá sempre dizer que isso é justificativo do seu próprio discurso, porquanto do que o vate do Marão fala é do excelente constitucionalismo antigo, que ele exalta, tanto quanto execraria o moderno. Porém, como vimos, a questão é que eles se não opõem, antes são complementares. O radicalismo do tradicionalista (ou o do modernista, por razões simétricas) é que não o permitem ver.

Seja como for, não é pequena a força propulsiva, de futuro, do discurso legitimador da autonomia do constitucionalismo nacional, em alternativa à muito martelada narrativa de a Constituição e o Constitucionalismo em geral serem corpos estranhos, de origem estrangeira. Note-se que esta acusação começou com a primeira Constituição nos inícios do século XIX e ainda não se cansou. Ainda hoje alguns não mudaram de argumentos críticos.

4 ALGUMAS NARRATIVAS CONSTITUCIONAIS. ALEMANHA

Durante a República de Weimar, que tantas lições nos pode dar para os nossos dias [vejam-se as eloquentes obras de Claude Klein (1968) e de Jacobson e Schlink (2000)], a narrativa dominante era muito semelhante a esta, nos seus traços mais profundos.

Também as forças antidemocráticas, reacionárias, eram explicitamente anticonstitucionais, invocando alguns argumentos

paralelos aos que haviam sido esgrimidos noutros países, como Portugal: e em especial o argumento do estrangeiramento desta fórmula político-jurídica.

Sendo a questão identitária uma das mais mobilizadoras, é natural que as opções políticas extremistas desfraldem bandeiras desse teor, para coesão, arregimentamento e mobilização de sequazes. E um dos identitarismos mais tradicionais e mais perigosos, do mesmo modo que mais confusos, é o nacionalista (por exemplo, os judeus que governavam a clausura dos judeus e organizavam a discriminação, se não mesmo pior; os antigos migrantes que uma vez naturalizados alinham ferozmente com os xenófobos, etc.). Não se confunda, nunca, nacionalismo com patriotismo. Este é legítimo e com janelas e portas abertas; aquele é uma clausura, de fronteiras e de mentes.

Ora, também na Alemanha teve de haver um contra-ataque às ideias retrógradas nascendo à sombra da democracia de Weimar, o qual valerá a pena cotejar com o ocorrido em Portugal. Não poderemos aqui, contudo, senão sumariar um pouco a questão, como incitamento a ulteriores estudos e reflexões.

Weimar não teve só “gigantes” juristas (e um gigante jurista do lado que viria a liquidá-la, como se sabe: Carl Schmitt). Teve também gigantes filósofos (também com um que colaborou com o nazismo, no mínimo: Martin Heidegger). Um dos mais denodados defensores da democracia (e, por sinal, decerto, um daqueles que conseguiu harmonizar a celebridade, o estudo profundo e o equilíbrio pessoal), foi Ernst Cassirer.

Contra a doutrina e a *vox populi* dominantes, ele vai buscar a Leibniz a gênese dos direitos fundamentais. O clássico autor setecentista teria mesmo escrito sobre os direitos dos escravos e dos servos, o que aparentemente ninguém tinha notado, e sobretudo interpretado até ao momento. E mesmo para nós, hoje, é ainda surpreendente. Porquanto, do mesmo modo que os lusófonos não têm sabido enfatizar as liberdades ibéricas (em que são partícipes), que recuam pelo menos a Isidoro e Leandro de Sevilha, e que se

limitam a algumas referências, nem sempre diretas, de Pascoaes, Agostinho da Silva, Jaime Cortesão, e, no Brasil, Sérgio Buarque de Holanda, que nos recordemos, também os Alemães não deram aparentemente posteridade em divulgação a estas ideias pioneiras, que resgatavam uma origem, um legado, bem ao arripio dos lugares comuns. Mesmo historiograficamente há uma hipótese muito grande de triunfarem os lugares comuns.

Para Cassirer, as ideias político-jurídicas de Leibniz influenciariam o célebre jusnaturalista Wolff, o qual, havendo sido fonte de Blackstone, é que acabaria por dar origem à Declaração da Independência dos EUA de 1776 e daí viria a ser inspiração do constitucionalismo francês, etc.

Mas decerto que o peso pesado da argumentação acaba por ser outro ainda: Kant. O filósofo de Conisberga, ao ter redigido, antes de mais, cinco anos antes da Revolução Francesa, o seu opúsculo sobre o Cosmopolitismo, não pode deixar de ser um precursor. E obviamente depois o corroborará na sua *Paz Perpétua*.

Em 15 de agosto de 1928, Cassirer proclama estas ideias em que Alemanha e Democracia (ou pensamento *vetero* liberal *tout court*) se fundem. Contudo, a esposa de Cassirer anota nas suas memórias (apesar dos grandes aplausos que recompensaram o orador) que o discurso não comoveu, nem persuadiu. Apenas terá reconfortado quem já esperava sê-lo⁵.

5 MAIS NARRATIVAS CONSTITUCIONAIS. DE VOLTA À LÍNGUA PORTUGUESA

Há vários lugares paralelos de influências e origens. Diz-se que na Suíça se foi desencantar um autor alemão para ser apresentado como grande inspirador do seu constitucionalismo, porque seria impopular reconhecer-se a influência do “big brother” francês. Diz-se que em Portugal acabaria por se querer fazer uma Constituição

⁵ Todo este passo se inspira no interessantíssimo livro de Eilenberger (2022, p. 280 ss.), que convém ler e reler, sobre esta questão.

“mais liberal que a espanhola”, para com esta perífrase não dizer que se desejava a influência francesa. Estava ainda muito recente e dolorosa a memória das três invasões francesas.

E assim se vão criando ideias-feitas, que passam até para malhas retóricas do discurso mais *savant*: o reputado historiador Victor de Sá (1964, p. 71), para citar um exemplo apenas que nos veio à mão, não deixa, *en passant*, de referir um “sofisma constitucional”, pelo qual teria sobrevivido o regime monárquico português. Cremos entender onde queria chegar. O constitucionalismo, visto a certa luz (enquanto, por exemplo, simples molde jurídico ou institucional da chamada “democracia burguesa” – mas não garantimos ao certo a opinião do autor), seria um sofisma. Ou então... tratar-se-ia de um simulacro. Tal é o título de uma obra de Luiz Moreira, editada no Rio de Janeiro, *A Constituição como simulacro*, em 2007, colocando sobretudo em causa o entendimento corrente sobre o poder constituinte originário. Mas vale obviamente a pena ler o empenhado e original escrito.

6 A ADVERTÊNCIA DO IMPERADOR

Onde queremos chegar com tanto passado? Poderá ele elucidar o futuro? Sem dúvida, e a muitos títulos.

Insistamos apenas no óbvio: as narrativas sobre a Constituição não são relatos simples, decalcados meramente em pontos do real, como num desenho sem mão livre. As narrativas constitucionais são (tal como as próprias constituições) discursos legitimadores⁶. E mitos! Mitos de narrativa das origens, mitos fundadores, mitos dadores de sentido, mitos de legitimação (insista-se); ideias-força, mitos propulsivos. E por vezes cortinas de fumo, mistificações...

Assim, ao vermos com mais distanciamento o passado, poderemos estar precavidos e cientes de que, muito provavelmente, no futuro haverá a preocupação de que as Constituições assumam essas funções que sempre tiveram, e que, na sua mescla de aspetos excelentes e menos recomendáveis, alcançam padrões de humanidade e eficácia muito razoáveis.

⁶ Cf., entre nós, o clássico Machado (1985).

Assim, antes de mais, as Constituições futuras naturalmente terão que fundar, legitimar, dotar as comunidades políticas de sentido, na sua existência, na sua continuidade. Deverão remeter para os grandes mitos do nascimento e da renovação da Cidade.

Em seguida, as Constituições terão que traçar horizontes de esperança, como desenhos, pelo menos utopistas, que atualizem o princípio esperança de que falava Bloch (1959; 1979; 1976; 1991). Terão que gizar um programa dos Estados.

Finalmente, e subsidiariamente, poderão ter que entrar em alguns sofismas, por vezes da maior subtileza, para fazer passar ideias de forma segura. O que pode ser desmascarado; e nem sempre isso será mal, desde que não faça perigar o edifício e o espírito constitucional. Por exemplo, como quando Nietzsche denuncia que o Estado se faz passar por Povo. Não são a mesma coisa, evidentemente. Mas sabê-lo não faz mal ao Estado. E quando o Estado se diz Povo, muitas vezes, ajuda ao princípio institucional de integração, sem o qual tudo pode vir a desmoronar-se. É como as colunas no Pártenon: foram feitas tortas para que não as vejamos assim...

Como serão, pois, as Constituições no futuro?

Em concreto, como é evidente, ninguém o sabe.

Mas sabemos que três vias alternativas são possíveis, e entre elas, e na sua mescla, certamente se acertará na previsão.

Numa metáfora tirada da ópera *Otello*, de Verdi, diremos que as possibilidades para a Constituição são duas, como para a nave do “Mouro”: *ou se afunda, ou vai aos céus*.

Analisando um pouco mais de perto, consideraríamos três situações-tipo:

- *mar plácido*. Uma possibilidade é a de continuidade cinzenta, pura e simples. Com mais ou menos pequenas crises, as constituições do *mainstream* constitucionalista continuarão o seu caminho, no pressuposto de que não haverá, como profetizava Tocqueville, grandes revoluções que precisem

de um discurso legitimador novo. Ou, se dele necessitarem, talvez não passe de uma glosa do texto passado, talvez, necessariamente, polvilhado de algumas modas do momento;

- *oceanos revoltos*. Outra possibilidade é a de profundas crises em permanência, o que dará uma erosão grave da própria ideia constitucional. O paradigma constitucional deixará de ser predominante. Governantes tirânicos não necessitarão sequer de uma veneração hipócrita dessa “folha de papel”. Seja pelo poder ter caído na rua, seja pela mão dura de ditadores, a Constituição será, então, “sobrevivência” escassa, talvez mais “templo alegórico habitado por sombras”. É o pior cenário, evidentemente;
- *das águas inferiores às superiores*. A possibilidade otimista é que o constitucionalismo moderno não simplesmente continue, mas se aprofunde. Continue a ser o melhor amigo das democracias *vetero* liberais, portanto sem exageros de “marxismo branco”. Assim, que ela seja o manto protetor e o instrumento concretizador do Estado de direito, democrático, social, ecológico, sem preconceitos, etc. E que se revele capaz de descobrir novos bons direitos, verdadeiros, e não simulacros ou fantasmas, que, como a *má moeda expulsa a boa*, farão perigar os reais direitos, liberdades e garantias. Ou seja, o Constitucionalismo do futuro, numa perspectiva progressiva, terá de ser ao mesmo tempo raiz e asa, mito e utopismo (utopia não, porque é excessivamente geométrica e tende para o totalitarismo). Será um Constitucionalismo multinível, em rede, em diálogo, com instituições protetoras internacionais, como as já existentes, funcionalizadas, melhoradas, articuladas, e com um futuro Tribunal Constitucional Internacional⁷, por exemplo. Sobretudo não deverá confundir a nuvem com Juno, e não embandeirar em arco com reformas e revoluções constitucionais que objetivamente viessem a ser ablativas de direitos fundamentais e humanos. Terá que ser um constitucionalismo audacioso,

⁷ Cf., por todos, Ben Achour; Cunha (2017).

mas, ao mesmo tempo, muito prudente. Sem ufanismos, triunfalismos e experimentalismos, não correndo atrás de quimeras, mas com os pés bem solidamente assentes na realidade da vida, pela experiência e pela História.

O que nos preocupa, deveras, não são as dificuldades de governos em cumprir constituições mais exigentes ou audaciosas. São os sonhos dos políticos e dos constituintes, talvez ajudados por constitucionalistas (as fronteiras por vezes são ténues), quantas vezes com o inconfessável fito de inscreverem o seu nome nos Anais das glórias e das vaidades. E ao ver certas medidas, com implicações constitucionais evidentes, infelizmente nem sempre apercebidas, fica-se com a impressão de que, algumas vezes, pelo menos, na montra de novidades em que se tornaram as ações dos executivos e das assembleias, agigantadas e muitas vezes deturpadas pelos *media*, parece com frequência compreender-se que algumas são de impacto, mas não afetam o orçamento, e, por isso, se preferirão quiçá às medidas mais discretas, mais necessárias, mas que custam dinheiro. Por vezes muito dinheiro.

Temos para nós que o combate à pobreza, à fome, à escassez de recursos naturais, à crise energética, à implosão ecológica, terão de ser prioridades. E prioridades das prioridades. Mas sem folclorismos e medidas apenas *para inglês ver*. Então, inserir em textos constitucionais minudências folcloristas para agradar a Gregos ou Troianos, isso seria uma demagogia que equivaleria também a um verdadeiro sucateamento das Constituições. Seja como for, elas devem manter a sua dignidade.

Evidentemente, para conseguir atingir objetivos como os enunciados, é necessário enorme investimento (e também, e desde logo, vontade política) na Educação e na Cultura, na Saúde, na Justiça, nos Equipamentos sociais ambientais... Dir-se-á que, tudo somado, é quase tudo. Na verdade, é quase tudo o que mais interessa. Mas é lógico que não se pode descurar, por exemplo, e antes de mais, a proteção no seu mais cortante e elementar aspeto: da guerra e da

paz. E por isso as relações exteriores, a cooperação internacional e a diplomacia, assim como a defesa, não podem esquecer-se.

Mas Constituição não é política pura. É apenas *estatuto jurídico do político*. Há que não misturar as coisas, e tendo conhecimento do político, não derivar ou derrapar para ele. A ausência de cortes epistêmicos claros é sempre princípio de muito mal.

Em suma: há três cenários possíveis, e a escolha é do complexíssimo paralelogramo de forças que fará a História.

É interessante regressar a Napoleão, que tinha um sentido jurídico apurado (como decerto todas as pessoas com sentido da medida, ainda que desmedidas, e da prudência, ainda que por vezes audaciosas ao ponto de roçarem a temeridade). Ele sabia, antes de mais (e nunca será demais repeti-lo), que “o andamento de uma constituição está sempre subordinado aos homens e às circunstâncias.”. Não pode haver constituição bem-sucedida se ignorar quem serão os seus destinatários e protagonistas, e o tempo em que deverá viver.

Napoleão, homem de Estado, preocupa-se com a efetividade da Constituição. Mas entende que precisa de alguma latitude. É verdade, mas não completa, não tanto que se torne uma constituição hiperflexível. Diz ele (*apud* FERRERO, 2009, p. 25) que a Constituição “tem de ser feita de modo a não estorvar a ação do governo, de modo a não o obrigar a violá-la”. Algo nos faz lembrar a sabedoria do rei do *Príncipezinho* ou *Pequeno Príncipe...* (SAINT-EXUPÉRY, S.d.), hoje sabemos que a violação pode ser por ação ou omissão.

Não diríamos totalmente como o Corso, embora compreendamos as suas razões. O problema não é tanto o valor sacrossanto de uma Constituição tão pouco exigente que não seja difícil a um governo qualquer não a cumprir. O problema é encontrar governos competentes e amigos de uma Constituição tão adaptada às pessoas e às circunstâncias que nem sequer exija ou peça demais. Mas exatamente o necessário e o justo. É, aliás, o que de algum modo parece pensar Saramago (2018, p. 81), que não era jurista: “As

constituições estão aí e à luz delas, penso eu, que deveria ser julgada a gestão dos nossos governos.”.

Sempre se alega com a falta de recursos para satisfazer as necessidades e os clamores reivindicativos. Talvez a chave do problema esteja a montante.

Por um lado, há que combater eficazmente a corrupção, em todas as suas modalidades, o que dará ao erário público uma fortuna. Mais nuns países do que noutros, mas sem dúvida muito.

Por outro lado, é necessário (e esta perspectiva é impopular, mas seja-nos permitida, enquanto opinião) uma educação para alguma frugalidade. Os tempos de guerra e de esgotamento dos recursos vão necessariamente impor restrições. E custarão muito menos se não aspirarmos todos a *nadar em mar de contentamentos...* A forma como educamos os nossos filhos e netos para a vida é a de um *luna* parque permanente, afora os excluídos da civilização, que, esses, penam do lado obscuro da vida, sem sequer terem direito à infância. De um lado, a alienação, que começa nas classes médias baixas e sobe por aí acima; e, do outro, a miséria. Não há Constituição moderna (de um Estado Constitucional democrático, de direito e social) que possa ser cumprida com esta dicotomia gritante, em que, para mais, todos perdem.

A justiça social (com esse ou outro nome), com todo o equilíbrio e sem prejudicar as liberdades políticas, como é óbvio e já adquirido histórico civilizacional⁸, tem de ser imperativo constitucional e também político. E nele se inclui (e tal pressupõe) a educação integral não consumista e não infodependente, que são

⁸ Já em 1971, entre nós, se sintetizavam alguns novos rumos da Justiça Social, entendida latamente como proteção dos menos favorecidos (sem que, dizemos nós, se deva cair com tal num simples assistencialismo), ultrapassando as bipolaridades iniciais a que o conceito se associava, e alguns ainda associam, de forma exaltante ou crítica: Xavier (1973, máx. p. 435 ss.). Desde então, muitas versões tem havido a favor e contra. Um dos mais encarniçados adversários dela é o neoliberalismo. Cf., *v.g.*, Azevedo (2000). V. ainda Tanon; Moreira (2000, p. 24 ss.). A nossa perspetiva da Justiça social é a plasmada nas constituições, nomeadamente as de Portugal e do Brasil. É o programa socioeconómico, ou constituição socioeconómica dessas Magnas Cartas. E é já plenamente Direito, não é mera aspiração nem ideologia.

fenómenos de profunda alienação, a que o mundo constitucional não pode ser alheio. Eventualmente sob pretexto de uma ideia anarquista e laxista de falsa “liberdade”. Um *laissez faire* que pode chegar a ser “criminoso”, até. Porquanto, desde logo, o *vidrado* no celular ou no computador, e o comprador compulsivo, como o bulímico, ou o acumulador, não podem ser bons cidadãos. Não têm tempo, nem disponibilidade mental e anímica para a participação na *res publica*. A cidadania implica alguma frugalidade voluntária, inteligente, e, digamos, ecológica *lato sensu*. Implica discernimento, identidade, dignidade não apenas exteriormente reconhecida, mas pessoalmente assumida e protagonizada.

Há assim um vasto trabalho a empreender, porque o projeto constitucional vale a pena. É uma bandeira de que nos devemos orgulhar. E será parte da solução dos problemas no futuro, já próximo.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (2.^a tiragem).
- BEN ACHOUR, Yadh; CUNHA, Paulo Ferreira da. **Pour une cour constitutionnelle internationale**. Oeiras: A Causa das Regras, 2017.
- BLOCH, Ernst. **Das prinzip hoffnung**. Frankfurt: Suhrkamp, 1959.
- BLOCH, Ernst. **El principio esperanza**. Tradução de Felipe González Vicen. Madrid: Aguilar, 1979. (III vols.).
- BLOCH, Ernst. **Le principe esperance**. Tradução de Françoise Wuilmart. Paris: Gallimard, 1976 (reimp. 1991).
- CARVALHO, Joaquim de. A obra legislativa das Côrtes. In: PERES, Daniel (Dir.). **História de Portugal**. v. VII. Barcelos:

Portucalense, 1934.

EILENBERGER, Wolfram. **O tempo dos mágicos**: a grande década da filosofia, 1919-1929. Tradução de Isabel Castro Silva. Lisboa: Edições 70, 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1989.

FERRERO, Ernesto. **Lições de Napoleão**. Tradução de José Colaço Barreiros. Lisboa: Teorema, 2009. (título original: *Lezioni napoleoniche*).

HUXLEY, Aldous. **A situação humana**. Tradução de Lya Luft. 4. ed. São Paulo: Globo, 1992.

HUXLEY, Aldous. **The human situation**. Londres: Chatto & Windus, 1977.

JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (Ed.). **Weimar**: a jurisprudence of crisis. Tradução de Belinda Cooper et al. Berkeley: University of California Press, 2000.

JUNGER, Ernst. **Der waldgang**. Estugarda: Klett, 1980.

JUNGER, Ernst. **O passo da floresta**. Tradução e posfácio de Maria Filomena Molder. Lisboa: Cotovia, 1995.

KLEIN, Claude. **Weimar**. Paris: Flammarion, 1968.

MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1985. (reimp.).

MOREIRA, Luiz. **A constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MUCCHIELLI, Roger. **Le mythe de la cité idéale**. Brionne: Gérard Monfort, 1960. (reimp. Paris: P.U.F., 1980).

PASCOAES, Teixeira de. **Arte de ser português**. Lisboa: Assírio & Alvim, 1991. (Nova ed. com prefácio de Miguel Esteves Cardoso).

SÁ, Victor de. **Perspectivas do século XIX**. Lisboa: Portugália, 1964.

SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. **O principezinho**. Tradução de Alice Gomes. 4. ed. Lisboa: Aster, [S. d.]. (título original: *Le petit prince*).

SARAMAGO, José. Constituições e realidades. In: **O caderno**. Porto: Porto Ed., 2018.

TANON, Arnaud Pelissier; MOREIRA, José Manuel. Será a justiça social possível? Apresentação de 'De la Justice' de Bertrand de Jouvenel. In: **Humanística e Teologia**, Porto, Ed. Faculdade de Teologia da Universidade do Porto, v. 21, n. 2-3, p. 249-261, 2000. (Separata)

XAVIER, Alberto P. **Economia de mercado e justiça social**. Lisboa: Anuário Comercial de Portugal, 1973.

Recebido em: 12-5-2023

Aprovado em: 7-7-2023

I DIRITTI FONDAMENTALI COME LIMITE ALLA POLITICA CRIMINALE: CONSIDERAZIONI SULL'INCIDENZA DELL'ORDINAMENTO EUROPEO SUL DIRITTO SANZIONATORIO ITALIANO¹ e ²

*Pietro Sorbello*³

ABSTRACT

European Directive 2014/57/EU on criminal sanctions for market abuse and the “Grande Stevens” case of the European Court of Human Rights draws attention to the need to respect the fundamental right of double jeopardy (*ne bis in idem*). The foundation of fundamental rights inevitably affects the choices of criminal policy at all levels with the need, for the domestic law, to eliminate the duplication of sanctions and adapt the guarantees in proceedings for the imposition of sanctions formally administrative but criminal in substance, according to the Engel criteria. The direct applicability of the Charter of Fundamental Rights of the European Union provides advanced protection mechanisms directing the conduct of any legal practitioner.

¹ Il presente contributo è stato pubblicato sulla Rivista della Guardia di Finanza 6/2014.

² **Como citar este artigo científico.** SORBELLO, Pietro. I diritti fondamentali come limite alla politica criminale: considerazioni sull'incidenza dell'ordinamento europeo sul diritto sanzionatorio italiano. In: **Revista Amagis Jurídica**, Belo Horizonte, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, v. 15, n. 2, p. 223-260, maio-ago. 2023.

³ PhD in *criminal law*. Dottore di ricerca in Diritto Penale. Docente ai Corsi di Diritto Penale dell'Economia presso l'Accademia della Guardia di Finanza. Colonnello nella Guardia di Finanza. *e-mail*: pietrosorbello@hotmail.com

RIEPILOGO. 1 L'europeizzazione del Diritto Penale nazionale. 2 I Diritti fondamentali quali bene da tutelare e limite da rispettare. I meccanismi di garanzia. 3 Il *bis in idem* nell'ordinamento italiano tra previsione legale ed applicazione giurisprudenziale. 4 Il *ne bis in idem* nella giurisprudenza: l'approccio "formale" della Corte di Cassazione e quello "sostanziale" della Corte Europea e della Corte di Giustizia. 5 Conclusioni. Riferimento.

1 L'EUROPEIZZAZIONE DEL DIRITTO PENALE NAZIONALE

Prima del Trattato di Lisbona il diritto penale non rientrava nelle competenze della Comunità europea perché era manifestazione irriducibile della sovranità degli Stati membri⁴. L'espressione diritto penale europeo non descriveva ancora l'odierno significato di un sistema di norme a rilevanza penale adottato in sede europea, ma identificava soltanto la letteratura interessata al rapporto tra diritto europeo e legge penale nazionale alla luce della riconosciuta supremazia del primo sulla seconda e dell'obbligo d'interpretazione conforme⁵.

Tralasciando gli atti adottati nell'ambito del terzo pilastro dell'Unione europea caratterizzato dal tradizionale metodo intergovernativo⁶, tale rapporto è stato spiegato nel senso che il diritto comunitario produce effetti riflessi definibili come

⁴ Per l'approfondimento si rinvia a Grasso (2007a, p. 1 ss.)

⁵ È stato osservato che "la storia del rapporto tra diritto penale ed integrazione europea è segnata dalle contraddizioni. Il diritto penale europeo è caratterizzato, infatti, dall'incontro tra il principio di prevalenza del diritto comunitario e quello di riserva di legge del diritto penale, che determina un universo giuridico paradossale, composto per un verso da norme - quelle comunitarie - prevalenti, ma incompetenti e per altro verso da altre norme - quelle penali nazionali - competenti in via esclusiva, ma subordinate alle prime". Così Sotis (2013, pg. 34). Si veda altresì Grasso (Napoli, 2011, pg. 2.326), nonché Manes; Sgubbi (2007).

⁶ Il riferimento è alla Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari di cui all'Atto del Consiglio, del 26 luglio 1995, ratificata in Italia con la legge 29 settembre 2000, n. 300. Per l'approfondimento si rinvia a Grasso (2007b, p. 93); nonché a Mariella-Pezzuto (1997, p. 2.381); Nuzzolo-Toschi (2001, p. 1.195); Picotti (2006, p. 615).

interferenze sui sistemi penali nazionali, non direttamente prese di mira dal legislatore comunitario, ma che si producono in seguito alla normale penetrazione delle disposizioni comunitarie negli ordinamenti degli Stati membri. Il carattere riflesso di tali effetti è da porre in relazione alla circostanza che essi non costituiscono l'obiettivo dell'intervento delle previsioni o dei principi sovranazionali, ma si realizzano per l'ordinario operare dei meccanismi giuridici che sovrintendono ai rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento degli Stati membri (GRASSO, 2007a, p. 7).

Sul piano del diritto penale tali effetti possono restringere⁷ o ampliare l'area del penalmente rilevante, fermo in quest'ultimo

⁷ Precisando che alla diretta applicabilità dei regolamenti consegue che la loro applicazione nei confronti dei singoli non abbisogna di alcun atto di ricezione nel diritto interno, nella sentenza 02.02.1977, causa 50/76 (Amsterdam Bulb), la Corte di giustizia affermò che “dal punto di vista del diritto comunitario, la sorte della disposizione penale interna dipende da quella delle disposizioni il cui rispetto essa è intesa a garantire. In altre parole, la disposizione penale è compatibile con il diritto comunitario qualora la norma primaria cui è collegata sia essa stessa compatibile con tale diritto”. Ed ancora, quanto alle direttive c.d. *self executing*, nella sentenza 05.04.1979, causa 148/78 (Ratti), la Corte stabilì che “il giudice nazionale, cui il singolo amministrato che si sia conformato alle disposizioni di una direttiva chieda di disapplicare una norma interna incompatibile con detta direttiva non recepita nell'ordinamento interno dello Stato inadempiente, deve accogliere tale richiesta se l'obbligo di cui trattasi è incondizionato e sufficientemente preciso [...] dopo la scadenza del termine stabilito per l'attuazione di una direttiva, gli Stati membri non possono applicare la propria normativa nazionale non ancora adeguata a quest'ultima - neppure se vengano contemplate sanzioni penali - a chi si sia conformato alle disposizioni della direttiva stessa”. In senso conforme operano i diritti riconosciuti dall'ordinamento europeo, ad esempio le libertà fondamentali in materia di circolazione, che integrano la causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p. Sul tema si segnalano le sentenze 22.11.1983, causa 271/82 (Auer), in cui la Corte di giustizia affermò che “il singolo può far valere di fronte al giudice nazionale le disposizioni di una direttiva comunitaria non attuata o attuata in modo incompleto dallo Stato membro interessato”; 30.11.1995, causa 55/94 (Gebhard), in cui la Corte ribadì che le libertà fondamentali possono essere ostacolate o scoraggiate da provvedimenti nazionali solo se applicati “in modo non discriminatorio, giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento”; 06.03.2007, cause riunite 338/04, 359/04 e 360/04 (Placanica) e, da ultimo, 16.02.2012, cause riunite 72/10 e 77/10 (Costa e Cifone) nell'ambito delle quali la Corte di giustizia è più volte ritornata sull'incompatibilità della normativa italiana in materia di scommesse sportive e le libertà fondamentali di stabilimento e prestazione di servizi.

caso il necessario rispetto del principio di legalità che costituisce un limite all'espansione del diritto penale in assenza di un'espressa copertura lega⁸.

Ancor prima dei mutamenti istituzionali apportati dal Trattato di Lisbona, fu la Corte di giustizia a scardinare gradualmente l'idea che per la tutela dei beni giuridici "nati dall'attività normativa in relazione soprattutto alla creazione del mercato unico e all'affermazione delle libertà fondamentali" (GRASSO, 2007a, p. 55) la Comunità europea non potesse richiedere l'adozione di sanzioni penali per la protezione degli interessi comunitari. La tappa fondamentale di tale processo si ebbe con la sentenza 13.09.2005, causa 176/03 (Commissione c. Consiglio dell'Unione Europea) pronunciata dalla Corte di giustizia investita dalla Commissione per l'annullamento della decisione quadro 2003/80/GAI del 27 gennaio 2003, relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale⁹. Nel decidere la questione, la Corte applicò la teoria dei poteri impliciti: sebbene

⁸ Nell'ambito di un procedimento penale una direttiva invocata nei confronti di un soggetto dalle autorità di uno Stato non può avere come effetto di determinare o aggravare la responsabilità penale indipendentemente da una legge interna adottata per la sua attuazione. In particolare, nella sentenza 05.07.2007, causa 321/05 (Kofod) la Corte di giustizia ribadì che "il principio della certezza del diritto osta a che le direttive possano, di per se stesse, creare obblighi in capo ai singoli. Le direttive non possono quindi essere fatte valere in quanto tali dallo Stato membro contro singoli". Sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha recentemente affermato che l'obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale non può legittimare l'integrazione della norma penale interna quando una simile operazione si traduca in una interpretazione *in malam partem*. Così Cass. pen., Sez. unite, 25.06.2009, n. 394, in *Dir. pen. proc.*, 4/2010, pag. 433, con nota di Maiello, *La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato*.

⁹ La Commissione contestò qui la base normativa scelta dal Consiglio per imporre agli Stati membri l'adozione di sanzioni penali a carico degli autori di reati contro l'ambiente, ritenendo che anziché al metodo intergovernativo del terzo pilastro il corretto fondamento normativo di tale obbligo dovesse individuarsi, nell'ambito del primo pilastro, all'art. 175, primo comma, del Trattato, sulla base del quale la Commissione aveva già presentato una proposta di direttiva il cui scopo, ai sensi dell'art. 1, era quello di "garantire un'applicazione più efficace della normativa comunitaria in materia di tutela dell'ambiente attraverso la fissazione di una serie minima di fattispecie di reato comuni a tutta la Comunità".

in via di principio la legislazione penale non rientra nella competenza della Comunità, quest'ultima constatazione non può tuttavia impedire al legislatore comunitario, allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro violazioni ambientali gravi, di adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri e che esso ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme in materia di tutela dell'ambiente.

Il quadro giuridico definito dal Trattato di Lisbona offre diverse basi legali per sviluppare una normativa penale europea nei termini di seguito sintetizzati.

Ai sensi dell'art. 4, secondo comma, lett. j) del TFUE, l'Unione ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri nel settore dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia la cui disciplina è prevista al successivo Titolo V. Tra le disposizioni generali ivi contenute, secondo l'art. 67 "l'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri". A tal fine essa "si adopera per garantire un livello elevato di sicurezza attraverso misure di prevenzione e di lotta contro la criminalità [...] attraverso [...] se necessario, il ravvicinamento delle legislazioni penali". Conformemente all'art. 69 l'intervento sul diritto penale sostanziale degli Stati membri deve, infatti, essere necessario e le iniziative legislative in materia devono rispettare il principio di sussidiarietà¹⁰. Altre disposizioni sono poi contenute al successivo Capo IV, relativo alla cooperazione giudiziaria in materia penale fondata, ai sensi dell'art. 82, "sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie [nonché sul] ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori di cui [...] all'art. 83".

¹⁰ In maniera opportuna è stato segnalato che l'indispensabilità dell'intervento in materia penale non si riferisce alla tutela di un bene giuridico bensì all'attuazione efficace di una politica dell'Unione in applicazione di un "paradigma del diritto penale normativista". In questi termini Mannozi e Consulich (2006, p. 899).

La *prima ipotesi* di competenza penale dell'Unione europea è disciplinata proprio all'art. 83, primo comma, a norma del quale

il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni. Dette sfere di criminalità sono: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata.

Si tratta delle forme più gravi di criminalità che non costituiscono un numero chiuso perché il medesimo articolo prevede che “in funzione dell'evoluzione della criminalità, il Consiglio può adottare una decisione che individua altre sfere di criminalità che rispondono ai criteri di cui al presente paragrafo. Esso delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo”.

La *seconda ipotesi* è quella prevista all'art. 83, comma due, in forza del quale

allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive. Tali direttive sono adottate secondo la stessa procedura legislativa ordinaria o speciale utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione [...].

Proprio perché non elenca reati specifici, ma pone precisi criteri giuridici come prerequisito per l'adozione di misure,

il secondo comma dell'art. 83 rappresenta la più significativa previsione di competenza penale dell'Unione europea¹¹. Anche in questo caso, analogamente al primo comma, la competenza penale è però esercitata indirettamente, attraverso direttive che vincolano lo Stato membro “per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi”¹². Tale circostanza esclude ancora la configurabilità di un sistema penale europeo nella misura in cui l'assenza della diretta applicabilità connaturata alle direttive richiede l'intermediazione dei sistemi penali nazionali¹³.

La *terza ipotesi* è infine contemplata al successivo art. 86, commi primo e secondo, in base al quale

per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, può istituire una Procura europea a partire da Eurojust^[14]. Il Consiglio delibera all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo. [...]. La Procura europea è competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con Europol, gli autori di reati

¹¹ Sulla base giuridica dell'art. 83, secondo comma, è stata adottata la Direttiva 2014/57/UE del 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato, efficace a far data dal 3 luglio 2016.

¹² Quanto alle modalità di esercizio di tale competenza si veda Bernardi (2013, p. 69 ss.).

¹³ In questi termini Grasso (2011, p. 2348 ss). L'art. 83 attribuisce quindi all'Unione europea una competenza penale autonoma ed indiretta nella misura in cui sono determinati “contenuti e forme delle scelte di penalizzazione concretamente effettuate dal legislatore interno, attraverso la previsione di obblighi di penalizzazione e indicazioni vincolanti circa la tipologia e la misura della pena”. Così Sicurella (2011, p. 2.571). È stato poi evidenziato che tali obblighi di criminalizzazione non soltanto limitano “la discrezionalità del legislatore nella selezione delle condotte punibili e nella determinazione delle relative sanzioni” ma esproprierebbero altresì il legislatore “anche delle sue prerogative di non esercitare il potere punitivo” o di rivedere la scelta della pena. Così Viganò (2011, p. 2.650). In senso contrario, in applicazione della c.d. teoria dei controlimiti, si veda Sotis (2013, p. 51).

¹⁴ Sul punto si segnala la proposta di regolamento del Consiglio n. COM(2013) 534 finale, che istituisce la Procura europea, presentata dalla Commissione europea il 17.07.2013. Per l'approfondimento si rinvia a Kostoris (2013, p. 4.738).

che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, quali definiti dal regolamento previsto nel paragrafo 1, e i loro complici. Essa esercita l'azione penale per tali reati dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri.

Per essere “obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri” la scelta del regolamento suggerisce che, limitatamente alla tutela degli interessi finanziari, l'Unione europea disponga di una competenza penale da esercitare direttamente, anche mediante la definizione delle fattispecie penalmente rilevanti¹⁵.

Nonostante il dato letterale (reati “quali definiti dal regolamento”), la dottrina non è però concorde nel ritenere che l'art. 86 legittimi una competenza penale diretta in materia di tutela degli interessi finanziari. A fronte di un orientamento possibilista (in merito si veda PICOTTI, 2004, p. 80) si registrano, infatti, posizioni diametralmente opposte¹⁶, intermedie¹⁷ e di chi segnala come “allo stato le fattispecie penali siano oggetto soltanto di progetti di

¹⁵ I più importanti sviluppi del diritto penale europeo si ebbero proprio nell'ambito della tutela degli interessi finanziari, a partire dalla sentenza c.d. del “mais greco” del 21.09.1989, causa 68-88 (Commissione c. Repubblica Ellenica) con la quale la Corte di giustizia, stabilì che le violazioni del diritto comunitario devono essere punite nei Paesi membri con sanzioni analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto interno simili per natura e gravità e comunque effettive, adeguate alla gravità del fatto e dissuasive. Fu qui applicato il principio di assimilazione attualmente previsto, con specifico riferimento alla frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, all'art. 325, secondo comma, del Trattato. Nel medesimo ambito si segnala inoltre l'adozione del Regolamento (CE, Euratom) n. 2988/95 del Consiglio del 18 dicembre 1995 relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità. Significativo è il considerando n. 10 al Regolamento in base al quale “alla luce del principio *ne bis in idem* occorre prevedere, nel rispetto dell'*acquis* comunitario e delle disposizioni previste dalle normative comunitarie specifiche esistenti [...] adeguate disposizioni per evitare il cumulo delle sanzioni pecuniarie comunitarie e delle sanzioni penali nazionali irrogate per gli stessi fatti alla stessa persona”.

¹⁶ Su tutti Grasso (2011, p. 2.344), per il quale “la previsione di un intervento diretto in materia penale risulterebbe eversiva degli attuali rapporti tra diritto dell'Unione europea e diritti penale e richiederebbe una base giuridica chiara e non ambigua che non può essere certamente costituita dall'art. 86”.

¹⁷ Si riferisce ad una competenza penale “quasi diretta” Sotis (2013, p. 54).

riavvicinamento e non di unificazione”¹⁸, circostanza confermata dalla diversa base giuridica dell’art. 325, prescelta nella proposta di Direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale dell’11.07.2012¹⁹.

A dispetto delle diverse posizioni, è unanimemente condiviso che i mutamenti istituzionali e la giurisprudenza eurounitaria hanno ormai scardinato la concezione di un diritto penale impermeabile al processo d’integrazione europea che condiziona le scelte di politica criminale²⁰. L’allocazione della pena, tuttavia, non è condizionata soltanto dagli obblighi europei²¹ perché deve altresì rispettare i diritti fondamentali²², come ricorda la sentenza “Grande Stevens” della

¹⁸ Così Manacorda (2014), il quale rileva che l’art. 2 della citata proposta di Regolamento per l’istituzione della Procura europea COM(2013) 534 final del 17.07.2013 “sembra propendere per tale ultima soluzione”, laddove precisa che per “reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione” si intendono “i reati previsti dalla direttiva 2013/xx/UE [in corso di adozione], quale attuata dalla legislazione nazionale”.

¹⁹ A conferma del ruolo particolare riconosciuto alla tutela degli interessi finanziari, l’art. 325 consente “una armonizzazione delle disposizioni penali in materia di protezione degli interessi finanziari svincolata da quei limiti posti dall’art. 83”. In questi termini Grasso (2011, p. 2.347). Si segnala, tuttavia, che nella Risoluzione legislativa del 16 aprile 2014 sulla medesima proposta di direttiva, il Parlamento europeo ha approvato un emendamento che individua invece la base normativa nel citato art. 83, secondo comma.

²⁰ Intesa quale insieme delle valutazioni e misure aventi lo scopo di abbassare il numero delle offese all’ordinamento giuridico-penale, che si sviluppa verso un piano di razionalità strumentale ed i cui principi attengono alla scelta ed alla strutturazione di mezzi appropriati per fini predeterminati. Così Pulitanò (1985, 1985, p. 3 ss.).

²¹ Sul punto si rinvia a S. Manacorda, “*Dovere di punire?*” *Gli obblighi di tutela penale nell’era della internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2012, pag. 1364.

²² Il considerando n. 27 della direttiva 2014/57/UE del 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato, prevede che “la direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali, quali riconosciuti nel TUE. In particolare, dovrebbe essere applicata con il dovuto rispetto del [...] diritto di non essere giudicato o punito due volte in procedimenti penali e per lo stesso reato [art. 50]”. Adottata in forza del citato art. 83, secondo comma, al considerando n. 5 essa riconosce che “l’adozione di sanzioni amministrative da parte degli Stati membri si è finora rivelata insufficiente a garantire il rispetto delle norme intese a prevenire e combattere gli abusi di mercato” e, pertanto, si impone agli Stati membri il

Corte europea dei diritti dell'uomo che ha recentemente condannato l'Italia perché la disciplina nazionale in materia di abusi di mercato, caratterizzata da una duplice sanzione per il medesimo fatto, viola, tra l'altro, l'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali (di seguito CEDU)²³.

2 I DIRITTI FONDAMENTALI QUALI BENE DA TUTELARE E LIMITE DA RISPETTARE. I MECCANISMI DI GARANZIA

Sebbene ragioni di brevità non consentano una riflessione sul fondamento teorico dei diritti fondamentali²⁴ basti accennare che le sue radici sono collegate alla dottrina del giusnaturalismo in base alla quale, a prescindere dall'autorità che emana la singola legge e le conferisce una determinata configurazione storica o positiva, il diritto ha un fondamento naturale e agli individui sono connaturati diritti inalienabili²⁵.

ricorso alla pena per le forme più gravi di abuso di mercato. Sul punto è stato rilevato che la direttiva “può oggi essere a buon diritto assunta al rango di vero e proprio paradigma del processo di europeizzazione della disciplina penale del sistema finanziario”. (FOFFANI, 2013, p. 305).

²³ Sia qui consentito rinviare a Sorbello (2015), Atti del Convegno “*Le sanzioni penali per le persone fisiche e giuridiche nella prospettiva interna, europea ed internazionale*”.

²⁴ Sulla questione si rinvia a Bobbio (1965, p. 302), nonché a Ferrajoli (2010, p. 11 ss.).

²⁵ Significativo il mito greco della giovane Antigone che sfida il potere fino alla morte pur di assicurare al corpo del fratello Polinice la sepoltura che Creonte, il re di Tebe, non vuole concedere per motivi politici: “i tuoi bandi io non credei che tanta forza avessero da far sí che le leggi dei Celesti, non scritte, ed incrollabili, potesse soverchiare un mortal: ché non adesso furon sancite, o ieri: eterne vivono esse; e niuno conosce il dí che nacquero”, richiamato in Fassò (1964, p. 6). Nello stesso solco si collocano la Dichiarazione di indipendenza delle colonie americane del 4 luglio 1776, che chiama il popolo a “prendere, tra le potenze della terra, il posto separato ed eguale al quale le leggi della natura e divine gli danno diritto”, e la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789, recante l'affermazione dei “diritti naturali, inalienabili e sacri dell'uomo”, richiamate in Ardesi (1999, p. 83 ss.). Per esprimere appieno il significato dei diritti fondamentali occorre rinviare a Kant per il quale “in

Nonostante il diverso approccio giuspositivista individui il “fondamento dei diritti fondamentali” nella loro fonte interna o internazionale, la protezione dei diritti fondamentali rimase per lungo tempo relegata tra le Costituzioni dei singoli ordinamenti statali, rappresentando al tempo stesso vincolo e limite alla legislazione ordinaria²⁶. In particolare, i principi fondamentali iscritti agli articoli da 1 a 12 della nostra Costituzione e nella parte prima sui diritti e doveri dei cittadini

caratterizzano l’ordinamento costituzionale [e] i valori elencati assumono in tal modo una valenza giuridica di tale essenzialità, da poter affermare che la stessa organizzazione dei pubblici poteri sia prevalentemente funzionale al loro svolgimento ed alla loro attuazione. La persona, nel suo patrimonio identificativo irretirabile, costituisce il soggetto attorno al quale si incentrano diritti e doveri²⁷

fatto di associazione di popoli della terra si è progressivamente pervenuti a tal segno, che la violazione del diritto avvenuta in un punto della terra è avvertita in tutti i punti, così l’idea di un diritto cosmopolitico non è una rappresentazione fantastica di menti esaltate, ma il necessario coronamento del codice non scritto”. Così Kant (1991, p. 53 ss.).

²⁶ Secondo Ferrajoli (2010, p. 15 ss.), “nelle democrazie dotate di costituzione rigida e del controllo giurisdizionale di costituzionalità, perché le norme siano valide non basta il rispetto delle forme della loro produzione. E’ necessaria altresì, per la loro validità sostanziale, la compatibilità dei loro significati con quelli espressi dalle norme costituzionali. Queste norme, con le quali vengono positivizzati diritti fondamentali e principi di giustizia, investendo la sostanza delle norme prodotte, possono ben essere chiamate norme sostanziali sulla produzione. Ed esprimono quella che possiamo chiamare la dimensione sostanziale o costituzionale della democrazia, dato che dettano limiti e vincoli di contenuto ai poteri altrimenti illimitati della maggioranza”.

²⁷ Dalla relazione *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, predisposta in occasione dell’incontro della delegazione della Corte costituzionale con il Tribunale costituzionale della Repubblica di Polonia, Varsavia, 30-31 marzo 2006, in <www.cortecostituzionale.it>, nella quale si rileva che “nell’uso corrente diritti umani, diritti inviolabili, diritti costituzionali e diritti fondamentali sono termini utilizzati in modo promiscuo ma equivalente, e stanno di indicare diritti che dovrebbero essere riconosciuti ad ogni individuo in quanto tale”.

Questo, secondo il bilanciamento previsto all'art. 2 della Costituzione²⁸. Il rispetto dei diritti fondamentali è assicurato anche da successive disposizioni costituzionali che ne garantiscono la prevalenza rispetto alla legislazione ordinaria quali il meccanismo di adeguamento automatico al diritto internazionale generalmente riconosciuto, previsto dall'art. 10 che attribuisce alla consuetudine internazionale lo stesso rango di una legge costituzionale²⁹, nonché l'obbligo di conformità della legislazione ai "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali" di cui all'art. 117, primo comma³⁰.

Soltanto dopo il secondo conflitto mondiale i diritti fondamentali si affermarono anche livello internazionale. In particolare a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata dalle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, giuridicamente non vincolante, ma dai contenuti³¹ (divenuti) vincolanti perché trasformati nel tempo

²⁸ In forza di tale articolo "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale". Accanto ad una concezione di tipicità dei diritti inviolabili, tale articolo "implicitamente convalida una concezione di categoria aperta dei diritti inviolabili che, superando gli steccati del diritto positivo, fungerebbe da valvola di costante adeguamento giurisprudenziale dell'ordinamento vigente alle sopravvenute esigenze reali della società ed ai correlati mutamenti della coscienza sociale". Così Risi (2014, p. 387 ss.).

²⁹ Sull'istituto si rinvia a Conforti (2006, p. 286 ss.).

³⁰ Come sostituito dall'art. 2 della legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3.

³¹ La Dichiarazione elenca i diritti alla vita, alla libertà e alla sicurezza della persona; la libertà dalla schiavitù e dalla servitù; dalla tortura e da trattamenti o punizioni crudeli, inumani e degradanti; il diritto ad essere riconosciuto come persona di fronte alla legge; all'eguaglianza di fronte alla legge e all'eguale protezione di ogni individuo da parte della legge; il diritto a una tutela giuridica in caso di violazione dei diritti fondamentali; il diritto a non subire arresto, detenzione ed esilio arbitrari; il diritto ad un processo pubblico ed equo per gli imputati di un reato, il diritto alla difesa, alla presunzione d'innocenza, e a non essere condannati in base a leggi penali retroattive; il diritto alla riservatezza, ossia la libertà da ingerenze arbitrarie nella sfera privata e alla tutela giuridica contro tali ingerenze; la libertà di movimento e di residenza all'interno di un paese e il diritto di poter uscire da qualsiasi nazione e quello di tornare nel proprio paese d'origine; il diritto d'asilo; il diritto ad avere una nazionalità, a non esserne arbitrariamente privati e a cambiarla; il diritto di sposarsi e di formare una famiglia; il diritto all'eguaglianza tra uomo e donna nel matrimonio

in diritto consuetudinario o richiamati in Trattati a livello universale o regionale. Tra questi si segnalano la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottata dal Consiglio d'Europa il 4 novembre 1950³², i due Patti sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite del 16 dicembre 1966 e, da ultimo, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 18 dicembre 2000³³, ciascuno dei quali prevede meccanismi di garanzia del rispetto dei diritti fondamentali, ma “quelli esistenti a livello regionale sono talora più avanzati rispetto a quelli tendenzialmente universali^[34] [per la] maggiore omogeneità di carattere politico, culturale e sociale degli Stati, che favorisce una loro concezione comune dei diritti umani”

e nello scioglimento del matrimonio; il diritto alla proprietà e a non esserne arbitrariamente privati; alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; alla libertà di opinione, di espressione, di associazione (e non associazione). Essa comprende anche diritti economici e sociali quali il diritto alla sicurezza sociale, al lavoro, alla libera scelta di un impiego e alla tutela contro la disoccupazione, ad una retribuzione equa e proporzionata alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, il diritto di associazione sindacale e quello al riposo e al tempo libero, ad un tenore di vita atto a garantire la salute e il benessere dell'individuo e della sua famiglia, il diritto all'istruzione e alla libera partecipazione alla vita culturale. Per questa ricognizione si rinvia a Henkin (1993).

³² Per l'approfondimento si rinvia a Bartole; Sena; Zagrebelsky (2012); Manes (2011), Viganò (2007a, p. 42); Villani (2012).

³³ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea fu proclamata solennemente a Nizza nel 2000. Dopo essere stata modificata, fu nuovamente proclamata nel 2007 senza ancora assumere carattere vincolante. L'adozione del progetto di Costituzione per l'Europa, sottoscritto nel 2004, avrebbe conferito alla Carta un carattere vincolante, ma il fallimento del processo di ratifica ha fatto sì che rimanesse una mera dichiarazione di diritti sino all'entrata in vigore, il primo dicembre 2009, del Trattato di Lisbona a seguito del quale è diventata vincolante. Ancor prima del riconoscimento di tale vincolatività, tuttavia, nella sentenza 06.03.2001, causa C-274/99 (P. Connolly c. Commissione), la Corte di giustizia affermò che “i diritti fondamentali sono parte integrante dei principi giuridici generali dei quali la Corte garantisce l'osservanza. A tal fine, quest'ultima si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri oltre che alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito” (punto 37).

³⁴ Ad esempio l'art. 41 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici incentra il meccanismo di controllo sul Comitato dei diritti umani, la cui procedura si conclude con una constatazione che ha una mera efficacia di raccomandazione rivolta allo Stato.

(MAZZESCHI, 2013)³⁵. Benché i contenuti convergano³⁶, le Carte europee promanano da ordinamenti giuridici diversi che prevedono meccanismi differenti per ottenere il rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati: mentre all’attuazione della CEDU e dei relativi protocolli aggiuntivi³⁷ è preposta la Corte europea per i diritti umani, l’interpretazione della Carta dei diritti fondamentali è rimessa alla Corte di giustizia.

La prima caratteristica del meccanismo di garanzia previsto dalla CEDU è che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 34 e 35, la Corte può essere adita oltre che agli Stati contraenti anche “da parte di una persona fisica, un’organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d’essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli [previo] esaurimento delle vie di ricorso interne [...]”³⁸ e quindi dopo che si è formato il giudicato. Una volta pronunciata, la sentenza vincola gli Stati membri perché ai sensi dell’art. 46, primo comma, della CEDU “le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti” ed il rispetto di tale impegno trova una copertura nel citato art. 117, primo comma, della Costituzione così forte da rimettere in discussione lo stesso

³⁵ Per l’approfondimento si veda anche Butturini (2009).

³⁶ Ai sensi dell’art. 53, terzo comma, della Carta dei diritti fondamentali “laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione [...]”.

³⁷ Alla CEDU seguirono 14 Protocolli aggiuntivi che hanno ampliato la gamma dei diritti tutelati. Tra questi si segnala il Protocollo n. 7, adottato il 22.11.1984, il cui art. 4 ha introdotto il diritto di non essere giudicato o punito due volte.

³⁸ Parte della dottrina ritiene che il ricorso alla Corte rappresenti “un mezzo di impugnazione ordinaria” costituendo così un quarto grado di giudizio. Così Caianello (2011, p. 567). In senso conforme si veda Giunchedi (2013, p. 113); Iacoviello (2011, p. 795). In senso contrario Callari (2012, p. 303), secondo il quale tale giudizio “non viene a rappresentare l’ultimo gradino delle impugnazioni nazionali, né si può in alcun modo configurare come un’ulteriore fase o istanza del precedente processo penale. Esso costituisce, semmai, un ricorso diretto individuale ad una giurisdizione internazionale, volto a far valere un diritto fondamentale, leso da una sentenza”.

giudicato³⁹. Le previsioni della CEDU integrano quindi norme interposte nella valutazione della legittimità costituzionale secondo il parametro del citato art. 117, primo comma, ma l'eventuale eccezione è subordinata all'impossibilità di un'interpretazione in senso convenzionalmente conforme⁴⁰.

Originariamente introdotto dalla Corte costituzionale per orientare i giudici comuni nel sollevare l'eccezione di legittimità costituzionale di una legge⁴¹, il criterio dell'interpretazione

³⁹ Quanto alle ipotesi di revisione la Corte costituzionale ha ritenuto illegittimo l'art. 630 c.p.p. "per la violazione dell'art. 117, primo comma, e dell'art. 46 della CEDU, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna per la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46 della CEDU, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea". Secondo il Giudice delle leggi, "l'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della CEDU comporta infatti anche l'impegno degli Stati contraenti a permettere la riapertura dei processi, su richiesta dell'interessato, quante volte essa appaia necessaria ai fini della *restitutio in integrum* in favore del medesimo, nel caso di violazione delle garanzie riconosciute dalla Convenzione, particolarmente in tema di equo processo. Pur nella indubbia rilevanza dei valori della certezza e della stabilità della cosa giudicata, non può ritenersi contraria a Costituzione la previsione del venir meno dei relativi effetti preclusivi in presenza di compromissioni di particolare pregnanza, accertate dalla Corte di Strasburgo, delle garanzie attinenti a diritti fondamentali della persona: garanzie che, con particolare riguardo alle previsioni dell'art. 6 della CEDU, trovano ampio riscontro nel vigente testo dell'art. 111 della Costituzione". Così Corte cost., 07.04.2011, n. 113, con nota di Pustorino (2011, p. 2.646).

⁴⁰ In caso di dubbi relativi all'interpretazione o all'applicazione dei diritti definiti dalla Cedu o dai suoi Protocolli, analogamente alla disciplina di cui all'art. 267 del TFUE sul rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, con l'entrata in vigore del Protocollo XVI "le più alte giurisdizioni di un'alta Parte [potranno] presentare alla Corte [EDU] delle richieste di pareri consultivi". Siglato a Strasburgo in data 2 ottobre 2013, con entrata in vigore al deposito del decimo strumento di ratifica, il Protocollo XVI riconosce che "l'effettività dei diritti e delle libertà sanciti dalla Cedu sussiste nella misura in cui vi sia un concreto dialogo fra la Corte di Strasburgo e i giudici nazionali; nella stessa ottica, la più proficua tutela si attua attraverso lo strumento della sussidiarietà, secondo la logica per cui il giudice domestico è il primario garante dei diritti in commento. Al contempo, la deflazione del contenzioso avanti alla Corte europea ha cagionato la necessità 'pratica' di affiancare ad una giurisdizione contenziosa *tout court* una di carattere consultivo" (AGOSTINI; CENTAMORE, 2014).

⁴¹ Se la medesima legge è interpretabile in modi diversi, deve scegliere l'interpretazione "conforme a Costituzione", ossia ricavarne la norma

conforme fu in seguito applicazione anche alle norme della CEDU⁴² ed alle disposizioni dell'Unione europea, potendosi quindi affermare l'esistenza di una pluralità di parametri di verifica della conformità di una legge, quali la Costituzione, il diritto internazionale (nel caso di specie la CEDU) ed il diritto dell'Unione europea, che rende l'idea dell'avvenuta affermazione di un ordinamento multilivello⁴³.

Nell'impossibilità di un'interpretazione convenzionalmente conforme della legge interna, l'eccezione di legittimità costituzionale rappresenta l'unico rimedio per garantire il rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU e dai relativi Protocolli aggiuntivi⁴⁴ non essendo consentite al giudice comune altre forme di sindacato⁴⁵. Diversa è però la situazione per i diritti fondamentali

compatibile con la Costituzione medesima. In buona sostanza, come è stato evidenziato, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali. Per l'approfondimento si veda Ruotolo (2012, p. 2.469 ss.), nonché Sorrenti (2006).

⁴² Recentemente la Corte europea ha ricordato che “grava in prima istanza sulle autorità nazionali, e in particolare, alle Corti e ai Tribunali, l'onere e la responsabilità di interpretare il diritto interno, ed afferma che non è competente a sostituire la propria interpretazione a quella nazionale, salvo che in presenza di decisioni manifestamente arbitrarie”. Così Corte europea, sentenza 04.02.2014, n. 29907/07 (Staibano ed Altri c. Italia).

⁴³ Sul punto si rinvia a Sorrentino (2005, p. 79); Cartabia (2007), nonché Pirrone (2004). Si veda altresì Manes (2012, p. 80 ss.), il quale rileva che “lo sviluppo dei diritti fondamentali in sede sovranazionale è oggi affidato alla sinergia di diversi strumenti di tutela [...] ed alla contaminazione virtuosa che, nel *network* multilivello, tiene costantemente in contatto i principi enunciati in disposizioni del Trattato UE e della Carta di Nizza, le disposizioni CEDU, le rispettive declinazioni giurisprudenziali di Lussemburgo o di Strasburgo [...]”.

⁴⁴ Se l'art. 117, primo comma, da una parte “rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, dall'altra attrae le stesse nella sfera di competenza della Corte costituzionale, poiché gli eventuali contrasti non generano [...] valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale, sicché il giudice comune non ha il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma Cedu, presentandosi l'asserita incompatibilità tra le due come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi”. Così Corte cost., sent. 24.10.2007, n. 348, in **Giurisprudenza Italiana**, UTET, n. 4, 2008, p. 831.

⁴⁵ La Corte costituzionale ha infatti escluso che “dalla qualificazione [...] dei diritti

riconosciuti dalla Carta dell'Unione europea per la semplice (e fondamentale) circostanza che essa è direttamente applicabile⁴⁶ ai sensi dell'art. 6, primo comma, TUE⁴⁷. In questo caso l'interpretazione conforme non è l'unico rimedio disponibile perché il giudice può altresì rinviare pregiudizialmente la questione alla Corte di giustizia⁴⁸ e disapplicare la legge nazionale confliggente con la norma europea direttamente applicabile⁴⁹. Se è evidente la maggiore efficacia della

fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come principi generali del diritto comunitario possa farsi discendere la riferibilità alla Cedu del parametro di cui all'art. 11 Cost. e, con essa, la spettanza al giudice comune del potere-dovere di non applicare le norme interne contrastanti. [...] dal che discende l'impossibilità, nelle materie cui non sia applicabile il diritto dell'Unione, di far derivare la riferibilità alla CEDU dell'art. 11 Cost. dalla qualificazione dei diritti fondamentali in essa riconosciuti come principi generali del diritto dell'Unione". Così Corte cost., sent. 11.03.2011, n. 80, con nota di Cerruti (2012, p. 777).

⁴⁶ La diretta applicabilità fu affermata dalla Corte di giustizia nella sentenza del 05.02.1963, causa 26/62 (Van Gend en Loos) che costituì la prima pronuncia in ordine ai rapporti con il diritto degli Stati membri. Nell'occasione la Corte stabilì che il diritto europeo non solo impone obblighi agli Stati membri, ma attribuisce anche diritti che i singoli possono invocare direttamente a prescindere dall'avvenuto recepimento della norma europea nell'ordinamento giuridico interno.

⁴⁷ Ai sensi dell'art. 6, primo comma, "l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [...] che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati".

⁴⁸ Secondo l'art. 267 TFUE quando una questione sull'interpretazione dei Trattati "è sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione". Il rinvio pregiudiziale è invece obbligatorio allorché la questione "è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno".

⁴⁹ Sui rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, nella sentenza 05.06.1984, n. 170 (Granital) la Corte costituzionale si avvicinò alla Corte di giustizia: con la premessa che l'ordinamento comunitario e quello interno, per quanto coordinati, sono distinti ed autonomi, essa affermò che la prevalenza della normativa comunitaria va intesa nel senso che la legge interna non interferisce nella sfera occupata da tale normativa. Per tale ragione, nelle materie riservate alla normazione comunitaria il giudice ordinario deve applicare direttamente la norma comunitaria che prevale sulla legge nazionale incompatibile, anteriore o successiva, senza la necessità di sollevare la questione di legittimità costituzionale e fatto comunque salvo il sindacato della Corte a tutela dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana.

tutela riconosciuta dalla Carta dell'Unione europea, questa è poi amplificata dal fatto che l'obbligo di disapplicare la norma interna contrastante grava nei confronti di tutti gli organi dello Stato, in particolare quelli amministrativi⁵⁰.

3 IL *BIS IN IDEM* NELL'ORDINAMENTO ITALIANO TRA PREVISIONE LEGALE ED APPLICAZIONE GIURISPRUDENZIALE

Nell'ultimo anno la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea ha mostrato profili di contrasto dell'ordinamento italiano rispetto al diritto fondamentale a non essere puniti o giudicati due volte per lo stesso fatto.

Per una disamina dei contrasti nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale si veda Berri (1984, p. 1.521); Marzanati (1995, p. 158), nonché Tizzano (1984, p. 2.064).

⁵⁰ Nella sentenza 22.06.1989, causa C-103/88 (Fratelli Costanzo), la Corte di giustizia rilevò che “sarebbe contraddittorio statuire che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una direttiva [...] e al contempo ritenere che l'amministrazione non sia tenuta ad applicare le disposizioni della direttiva disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi”: www.curia.eu. In senso conforme, nella sentenza 22.10.1999, n. 389, in *Giur. constit.*, 1999, pag. 3011, la Corte costituzionale affermò che “tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza di legge) – tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi – sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme [...] del Trattato CEE nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia europea”. In seguito la Corte di giustizia ribadì la propria posizione nelle sentenze 13.01.2004, causa C-453/00 (Kühne & Heitz NV c. Produktschap voor Pluimvee en Eieren) sostenendo che “l'interpretazione di una norma di diritto comunitario data dalla Corte di giustizia nell'esercizio della competenza attribuitale dall'art. 234 TCE chiarisce e precisa, quando ve ne sia bisogno, il significato e la portata di detta norma, quale deve o avrebbe dovuto essere intesa e applicata dal momento della sua entrata in vigore [con la conseguenza] che una norma di diritto comunitario così interpretata dev'essere applicata da un organo amministrativo nell'ambito delle sue competenze anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima del momento in cui è sopravvenuta la sentenza in cui la Corte si pronuncia sulla richiesta di interpretazione”.

In primo luogo, la vicenda che ha richiamato l'attenzione è quella decisa nella sentenza "Grande Stevens"⁵¹ della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha recentemente condannato l'Italia perché la disciplina nazionale in materia di abusi di mercato viola il citato art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU⁵².

Perché si percepisca l'incidenza dei diritti fondamentali sulle scelte di politica criminale occorre accennare alcuni passaggi nell'evoluzione della disciplina sugli abusi di mercato che l'ordinamento penale italiano conosceva già a partire dalla legge 17 maggio 1991, n. 1⁵³. In attuazione della direttiva 6/2003/CE del 28 gennaio 2003 relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato, la legge 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004) introdusse "una ricorrente replica di norme incriminatrici penali in identici illeciti amministrativi, secondo una tecnica legislativa inconsueta, destinata a creare sicuramente notevoli problemi applicativi"⁵⁴. A fronte dell'obbligo previsto all'art. 14 della direttiva di introdurre "opportune sanzioni amministrative [...]"

⁵¹ In seguito ad una richiesta della Consob ai sensi dell'art. 114, quinto comma, del d.lgs. 58/1998, in data 24 agosto 2005 Ifil Investments S.p.A. e Giovanni Agnelli & C. S.a.p.a. (azionista di controllo di Fiat S.p.A., in virtù del contemporaneo controllo azionario delle società Exor, Ifi e in particolare Ifil, detentrici di una partecipazione in Fiat S.p.A. pari al 30,6 %) comunicarono falsamente che nessuna iniziativa era stata intrapresa in vista della scadenza, nel prossimo mese di settembre, del prestito di tre miliardi di euro contratto nel 2002 da Fiat S.p.A. con un gruppo di banche, con l'accordo che in caso di mancato rimborso il debito si sarebbe convertito in azioni ed il conseguente rischio che all'aumento del capitale Ifil Investments S.p.A. perdesse la posizione di azionista di riferimento. Accertata la falsità della notizia furono avviati due procedimenti per il delitto di manipolazione informativa di cui all'art. 185 e per il corrispondente illecito amministrativo di cui all'art. 187-ter d.lgs. 58/1998: mentre le sanzioni amministrative divennero definitive nel 2009, il processo penale si è concluso nel 2013 con l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione.

⁵² Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, sentenza 4 marzo 2014, la disciplina italiana in materia di abusi di mercato viola anche il diritto ad un equo processo previsto all'art. 6 § 1 della Cedu: in www.echr.coe.int.

⁵³ Per l'evoluzione della disciplina ed il relativo approfondimento si rinvia a Zannotti (2008, p. 400). Sia altresì consentito rinviare a Sorbello (2008, p. 565 ss.).

⁵⁴ In questi lungimiranti termini Cass. pen., Sez. V, 03.05.2006, n. 15199, con nota di Magro (2007, p. 61 ss.).

efficaci, proporzionate e dissuasive”, non volendo rinunciare alla pena il legislatore affiancò all’illecito penale un corrispondente (ed in alcune ipotesi coincidente) illecito amministrativo disapplicando il principio di specialità di cui all’art. 9 della legge 689/1981 ed ignorando del tutto quello di sussidiarietà⁵⁵: da qui il doppio binario e l’applicazione della sanzione amministrativa e della pena per il medesimo fatto⁵⁶, in ordine ai quali la Suprema Corte ha recentemente sollevato un’eccezione di legittimità costituzionale⁵⁷.

⁵⁵ A prescindere dalla meritevolezza del bene giuridico il ricorso alla pena è subordinato all’inadeguatezza delle misure extrapenali, senza il preconcetto che la sanzione amministrativa sia meno deterrente e quindi meno efficiente rispetto all’obiettivo della prevenzione generale. Il rispetto del principio di sussidiarietà, mediante il disimpegno della pena e la presenza della mera sanzione amministrativa avrebbe garantito il rispetto del *ne bis in idem* senza l’indebolimento della prevenzione generale. A titolo esemplificativo basti considerare che “nei sei anni precedenti all’introduzione della direttiva 6/2003 (2000-2005) a fronte di 86 casi individuati dalla Consob, l’autorità giudiziaria aveva condannato complessivamente 7 persone ed emesso sentenze di patteggiamento nei confronti di altre 6 persone. Nei sei anni successivi (2006-2011), a fronte di 55 casi individuati, mentre la Consob ha irrogato sanzioni amministrative nei confronti di 75 soggetti, nello stesso periodo l’autorità giudiziaria ha condannato 9 persone ed ha emesso sentenze di patteggiamento nei confronti di altre 13 persone. L’ammontare complessivo delle sanzioni amministrative pecuniarie applicate e dei provvedimenti di confisca adottati dalla Consob è stato pari, rispettivamente, a € 53 mln e € 69 mln”. Così Salini, *La riforma europea della disciplina degli abusi di mercato: la posizione della CONSOB*. Intervento del Segretario Generale della CONSOB presso la VI Commissione finanze e tesoro del Senato della Repubblica, 13 giugno 2012: www.consob.it

⁵⁶ Risulta pertinente il dubbio se la politica criminale del doppio binario non nascondesse la speranza che almeno una sanzione, amministrativa o penale che sia, andasse a segno sull’idea che punire due volte sia maggiormente dissuasivo. In senso conforme Alessandri (2006, p. 257). Tali riflessioni consentono di ricordare che l’efficacia intimidativa di una norma penale dipende più che dal livello di severità delle sanzioni minacciate, dalla certezza e prontezza della loro effettiva applicazione, trovando così conferma l’adeguatezza della sanzione amministrativa, come dimostrano i dati sugli esiti dei procedimenti, in particolare quelli della stessa vicenda “Grande Stevens”.

⁵⁷ La Suprema corte ha sollevato la questione, in via principale, se l’art. 187-bis, primo comma, del d.lgs. 58/1998, violi l’art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all’art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU, nella parte in cui prevede “salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato” anziché “salvo che il fatto costituisca reato”; in via subordinata, se l’art. 649 c.p.p. violi il medesimo parametro “nella parte in cui non prevede l’applicabilità della

In verità, il principio del doppio binario ebbe un primo avallo da parte della stessa Corte di giustizia la quale, nella sentenza “Spector Photo Group Nv” del 2009, stabilì che “la valutazione del carattere efficace, proporzionato e dissuasivo delle sanzioni amministrative previste dalla direttiva 2003/6 non può dipendere da un’ipotetica sanzione penale ulteriore”⁵⁸: anche in presenza di sanzioni penali, quelle amministrative devono comunque esserci ed essere “efficaci, proporzionate e dissuasive”.

Una seconda conferma si è recentemente avuta con il Regolamento UE n. 596/2014 del 16 aprile 2014⁵⁹, relativo agli abusi di mercato, il quale ammette il doppio binario e la possibilità di mantenere le sanzioni penali in luogo di quelle amministrative⁶⁰. È lecito a questo punto interrogarsi sulla correttezza di una simile previsione tenuto conto, da una parte, che tale Regolamento e la citata Direttiva 2014/57/UE si dichiarano conformi alla Carta dei diritti fondamentali⁶¹ e, dall’altra, che il cumulo di sanzioni sullo stesso fatto lede un diritto fondamentale. L’apparente inconciliabilità è superabile nella misura in cui le sanzioni amministrative, comminate unitamente a quelle penali, siano anche sostanzialmente

disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l’imputato sia stato giudicato con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell’ambito di un procedimento amministrativo per l’applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della CEDU”. Così Cass. pen., Sez. V, ordinanza 10.11.2014, n. 3333/14, *inedita*.

⁵⁸ Dal punto 76 della sentenza della Corte (Terza Sezione) del 23.12.2009 (causa C-45/08), in www.curia.eu.

⁵⁹ A far data dal 3 luglio 2016 tale Regolamento abrogherà la direttiva 2003/6/CE.

⁶⁰ Al considerando n. 72 risulta che “conformemente al diritto nazionale, gli Stati membri non sono tenuti a imporre sanzioni sia amministrative che penali per lo stesso reato, ma possono farlo se il loro diritto nazionale lo consente”. Si tratta di una posizione complementare rispetto alla citata direttiva 2014/57/UE del 16 aprile 2014, il cui art. 7 obbliga gli Stati membri ad adottare sanzioni penali.

⁶¹ Secondo giurisprudenza costante della Corte di giustizia “i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l’osservanza [ed] il rispetto dei diritti dell’uomo rappresenta una condizione di legittimità degli atti comunitari e che nella Comunità non possono essere consentite misure incompatibili con il rispetto di questi ultimi”. Così il paragrafo 284 della sentenza 03.09.2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 (P. Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione).

amministrative ovvero non presentino un tale livello di afflittività da sconfinare nella materia penale, secondo i criteri sostanziali d'interpretazione impiegati dalle Corti europee.

L'eco della sentenza "Grande Stevens" ha poi destato l'attenzione su un secondo profilo di contrasto individuato nella materia tributaria dalla dottrina sensibile alla tutela dei diritti fondamentali⁶². In verità, sul piano del diritto positivo l'ordinamento tributario non viola il *ne bis in idem* per due ordini di ragioni: da una parte, per la presenza dell'art. 19 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74⁶³ che integra un'ipotesi speciale di principio di specialità (tra disposizioni sanzionatorie penali ed amministrative) non soggetta alla limitazione prevista invece negli abusi di mercato; dall'altra, una duplicazione di sanzioni per il medesimo fatto in capo alla stessa persona sarebbe comunque evitata nei limiti dell'art. 7 del D.L. 30 settembre 2003, n. 269 in base al quale "le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica"⁶⁴.

A prescindere da quest'ultima norma una violazione del *ne bis in idem* in materia tributaria sorgerebbe per effetto dell'applicazione giurisprudenziale. Nelle ipotesi di omesso versamento delle ritenute

⁶² In merito si veda Viganò [s.d.].

⁶³ Quale corollario del principio di specialità, il successivo art. 21 dispone che "l'ufficio competente irroga comunque le sanzioni amministrative relative alle violazioni tributarie fatte oggetto di notizia di reato. [Tuttavia] tali sanzioni non sono eseguibili [...], salvo che il procedimento penale sia definito con provvedimento di archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto". Da tale disposizione si desume che il procedimento tributario giunge comunque al termine, con l'irrogazione della sanzione, senza essere sospeso per la pendenza di quello penale, come espressamente previsto all'art. 20 del medesimo decreto. Sul rapporto tra i due procedimenti si rinvia a Consiglio (2014, p. 147).

⁶⁴ Sul punto si vedano Lanzi; Aldrovandi (2014, p. 100 ss.), per i quali "non è scontato che la riforma del 2003 sia priva d'incidenza sul principio generale di specialità; da un canto, è discutibile che si possa parlare di identità del fatto previsto dalla fattispecie penale e da quella amministrativa, giacché, mentre la prima contempla quali soggetti attivi persone fisiche, cui il fatto deve risultare ascrivibile anche sotto il profilo soggettivo, la seconda vede quali soggetti attivi enti, cui la sanzione è ascritta sulla base di una responsabilità oggettiva di posizione".

o dell'Iva la duplicazione di sanzioni è stata, infatti, ritenuta legittima per l'esistenza di un rapporto non già di specialità bensì di progressione criminosa⁶⁵. Riproposto anche in seguito alla sentenza "Grande Stevens"⁶⁶, un simile orientamento conferma l'avversione della giurisprudenza di legittimità per i criteri sostanziali di soluzione del concorso apparente di norme che trovano, al contrario, applicazione nella giurisprudenza delle Corti europee⁶⁷.

⁶⁵ In materia di omesso versamento delle ritenute "per stabilire se si è in presenza di un concorso apparente o effettivo di norme, si tratta, dunque, di verificare se le norme sanzionatorie in questione riguardino o meno lo stesso fatto. La risposta a tale quesito è negativa. Entrambi gli illeciti in esame, invero, sono illeciti omissivi propri, integrati dal mero mancato compimento di un'azione dovuta. [...] pur nella comunanza di una parte dei presupposti (erogazione di somme comportanti l'obbligo di effettuazione delle ritenute alla fonte e di versamento delle stesse) e della condotta (omissione di uno o più dei versamenti mensili dovuti), gli elementi costitutivi dei due illeciti divergono in alcune componenti essenziali, rappresentate in particolare: dal requisito della certificazione delle ritenute, richiesto per il solo illecito penale; dalla soglia minima dell'omissione, richiesta per il solo illecito penale; dal termine di riferimento per l'assunzione di rilevanza dell'omissione [...]. Le illustrate divergenze inducono a ricostruire il rapporto fra i due illeciti in termini, non di specialità, ma piuttosto di progressione: la fattispecie penale [...] costituisce una violazione molto più grave di quella amministrativa e, pur contenendo necessariamente quest'ultima [...], la arricchisce di elementi essenziali (certificazione, soglia, termine allungato) che non sono complessivamente riconducibili al paradigma della specialità (che, ove operante, comporterebbe ovviamente l'applicazione del solo illecito penale), in quanto recano decisivi segmenti comportamentali, che si collocano temporalmente in un momento successivo al compimento dell'illecito amministrativo. Da quanto sopra discende che la presenza della previsione dell'illecito amministrativo di cui al d.lgs. 471/1997, art. 13, primo comma, e la consumazione in concreto di esso, non sono di ostacolo all'applicazione, in riferimento allo stesso periodo d'imposta e nella ricorrenza di tutti gli specifici presupposti, della statuizione relativa all'illecito penale di cui al d.lgs. 74/2000 art. 10-bis. [...]” Così Cass. pen., Sez. unite, 12.09.2013, n. 37425 (Favellato), con nota di Ciraulo (2014, p. 66). Si veda altresì Albano (2014, p. 735 ss.).

⁶⁶ Secondo la Suprema corte "le sanzioni tributarie, nel caso *de quo* – a differenza di quanto ritenuto dalla Corte di Strasburgo per quelle ben più severe irrogate dalla CONSOB nell'invocato caso Grande Stevens c. Italia – reggono al vaglio" della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. In questi termini con nota di Dova (2014).

⁶⁷ In adesione a quest'ultimo orientamento, ai sensi del citato art. 267 del TFUE, con ordinanza del 27 ottobre 2014 il Tribunale di Torino ha rinviato alla Corte di giustizia l'interpretazione dell'art. 10-bis del d.lgs. 74/2000 nella parte in cui consente di procedere alla valutazione della responsabilità penale di un soggetto che, per lo stesso fatto, sia già stato destinatario della sanzione amministrativa irrevocabile di cui all'art. 13 del d.lgs. 471/1997. Si veda Iorio (2014, p. 47).

Sempre in ambito tributario residua un'ipotesi di *bis in idem* sostanziale paradossalmente subordinata alla volontà del destinatario della sanzione (nello stesso senso FLICK, 2014): ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. 74/2000⁶⁸, qualora l'imputato per reati tributari voglia conseguire uno sgravio di pena, la mancata applicazione delle misure accessorie e l'accesso al patteggiamento oltre al debito d'imposta dovrà altresì pagare le sanzioni comminate per l'illecito amministrativo "sebbene non applicabili a norma del successivo art. 19, primo comma"⁶⁹.

4 IL NE BIS IN IDEM NELLA GIURISPRUDENZA: L'APPROCCIO "FORMALE" DELLA CORTE DI CASSAZIONE E QUELLO "SOSTANZIALE" DELLA CORTE EUROPEA E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Sull'applicazione del principio del *ne bis in idem* emerge la profonda diversità dell'approccio della Cassazione rispetto a quello delle Corti europee⁷⁰.

Sul piano nazionale, nel rapporto tra illeciti amministrativi e penali il principio di specialità di cui all'art. 9 della legge 689/1981 è declinato nella giurisprudenza di legittimità sulla base del confronto

⁶⁸ Nella versione modificata dall'art. 2, comma 36-*vicies semel*, del D.L. 13 agosto 2011, n. 138. Il medesimo decreto si segnala perché ridusse le soglie di punibilità, eliminò le ipotesi attenuate di utilizzazione ed emissione di fatture per operazioni inesistenti, precluse la sospensione condizionale al superamento di una duplice soglia (fissa e percentuale) di imposta evasa, rese ad effetto comune l'attenuante che consentiva la diminuzione della pena fino alla metà, così manifestando la volontà di applicare all'evasore fiscale il diritto penale del nemico. Per l'approfondimento si rinvia a Jakobs (2006, p. 3); Insolera (2006, p. 895 ss.); Viganò (2008, p. 107 ss.).

⁶⁹ Il rispetto del *ne bis in idem* dovrebbe qui suggerire al giudice nazionale di sollevare la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia oppure, con maggiore coraggio, disapplicare l'art. 13 nella parte in cui subordina l'accesso al patteggiamento al pagamento della sanzione amministrativa sullo stesso fatto per il quale irrognerà la sanzione penale.

⁷⁰ Per una ricognizione delle posizioni salienti si veda Corte di Cassazione, Ufficio del massimario, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e Altri c. Italia*, Relazione n. 35/2014, 8 maggio 2014: www.cortedicassazione.it

strutturale tra fattispecie considerate in astratto⁷¹ e non in concreto a causa dell'avversione per criteri sostanziali di soluzione del concorso di norme. Secondo un orientamento consolidato

i giudizi di valore che i criteri di assorbimento e di consunzione richiederebbero sono in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale⁷².

Se nella vicenda “Grande Stevens” il cumulo sanzionatorio si è prodotto per la scelta di paralizzare il principio di specialità, attraverso la clausola “fatte salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato” di apertura degli artt. 187-*bis* e 187-*ter* del d.lgs. 58/1998, nella sentenza “Favellato” le Sezioni unite eludono però l'applicazione del principio di specialità ritenendo che le due fattispecie di omesso versamento delle ritenute non integrano il medesimo fatto perché rispondono a un rapporto di progressione criminosa⁷³.

⁷¹ “Per medesimo fatto deve intendersi identità degli elementi costitutivi del reato, con riferimento alla condotta, all'evento e al nesso causale, nonché alle circostanze di tempo e di luogo, considerati non solo nella loro dimensione storico-naturalistica ma anche in quella giuridica, potendo una medesima condotta violare contemporaneamente più disposizioni di legge”. Così Cass. pen., Sez. II, 21.03.2013, n. 18376, in *CED Cassazione*, 2013.

⁷² Così Cass. pen., Sez. unite, 20.12.2005, n. 47164, con nota di Terracina (/2006, p. 143). In senso conforme, 28.10.2010, n. 1235, con nota di Scarcella (2011, p. 567); 28.10.2010, n. 1963, con nota di Vallini (2011, p. 848); 27.02.2014, n. 25191, in **Diritto Penale e Processo**, Milano, Ed. Ipsoa, fascicolo 9, p. 1.056, 2014. Segnala la necessità di ricorrere a criteri ulteriori di soluzione del concorso apparente Romano (1995, p. 165).

⁷³ In particolare, “la fattispecie penale [...] costituisce una violazione molto più grave di quella amministrativa e, pur contenendo necessariamente quest'ultima [...], la arricchisce di elementi essenziali (certificazione, soglia, termine allungato) che non sono complessivamente riconducibili al paradigma della specialità (che, ove operante, comporterebbe ovviamente l'applicazione del solo illecito penale), in quanto recano decisivi segmenti comportamentali, che si collocano temporalmente in un momento successivo al compimento dell'illecito amministrativo”. Così Cass. pen., Sez. unite, 12.09.2013, n. 37425 (Favellato), *cit.*, pag. 66.

Diversamente dall'approccio della Suprema corte, nella giurisprudenza delle Corti europee il rispetto del *ne bis in idem* è verificato secondo un approccio contenutistico che prescinde dalla qualificazione giuridica che lo Stato attribuisce alla sanzione⁷⁴ in quanto, a determinate condizioni, una sanzione formalmente amministrativa può considerarsi sostanzialmente penale (come verificatosi per le sanzioni amministrative irrogate nella vicenda "Grande Stevens") comportando i divieti di duplicare la sanzione e di avviare un secondo giudizio sul medesimo fatto⁷⁵. Per riqualificare le sanzioni amministrative, la Corte europea dei diritti dell'uomo richiama la propria giurisprudenza in base alla quale "al fine di stabilire" la sussistenza di una "accusa in materia penale", occorre tener presente tre criteri: la qualificazione giuridica della misura in causa nel diritto nazionale, la natura stessa di quest'ultima e la natura e il grado di severità della sanzione. Questi criteri sono peraltro alternativi e non cumulativi: affinché si possa parlare di "accusa in materia penale" è sufficiente che il reato in causa sia di natura penale rispetto alla Convenzione, o abbia esposto l'interessato a una sanzione che, per natura e livello di gravità, rientri in linea generale nell'ambito della "materia penale"⁷⁶. Ciò non impedisce di adottare un approccio cumulativo se l'analisi separata di ogni criterio

⁷⁴ Secondo la Corte europea la qualificazione giuridica nazionale "non è tuttavia decisiva ai fini dell'applicabilità del profilo penale dell'articolo 6 della CEDU, in quanto le indicazioni che fornisce il diritto interno hanno un valore relativo". Sul punto si rinvia al paragrafo 52 della sentenza 21.02.1984, Öztürk c. Germania.

⁷⁵ Nella sentenza 10.02.2009, Sergueï Zolotoukhine c. Russia, la Corte europea ha precisato che l'articolo 4 del Protocollo n. 7 deve essere inteso nel senso che esso vieta di perseguire o giudicare una persona per un secondo illecito nella misura in cui alla base di quest'ultimo vi sono fatti che sono sostanzialmente gli stessi.

⁷⁶ Poiché alla manipolazione informativa l'art. 187-ter del d.lgs. 58/1998 commina una sanzione amministrativa il cui massimo edittale è pari a venticinque milioni, con la facoltà della CONSOB di aumentare "fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall'illecito quando, per le qualità personali del colpevole, per l'entità del prodotto o del profitto conseguito dall'illecito ovvero per gli effetti prodotti sul mercato, esse appaiono inadeguate anche se applicate nel massimo", la Corte europea ha ritenuto la sanzione connotata da un livello di afflittività tale da rientrare nella materia penale.

non permette di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una “accusa in materia penale”⁷⁷.

Alle medesime conclusioni è pervenuta la Corte di giustizia chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità del sistema del doppio binario con il principio del *ne bis in idem*. In particolare, nella sentenza “Åklagaren c. Hans Åkelberg Fransson”⁷⁸ essa ha affermato che

l’art. 50 della Carta non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di Iva, una combinazione di sovrattasse e sanzioni penali. [...] Solo qualora la sovrattassa sia di natura penale, ai sensi dell’art. 50 della Carta, e sia divenuta definitiva, tale disposizione osta a che procedimenti penali per gli stessi fatti siano avviati nei confronti di una stessa persona.

Resta infine da chiarire quando una sanzione amministrativa presenta un severità tale da rientrare nella materia penale. Una chiara (ed alla luce dell’importo della sanzione, sorprendente) indicazione proviene dalla sentenza “Nikänen c. Finlandia”⁷⁹ con la quale la Corte europea dei diritti dell’uomo ha recentemente condannato la Finlandia considerando sostanzialmente penale una sanzione amministrativa dell’importo di € 1.700: è evidente quanto lontano sia il metro di valutazione qui impiegato rispetto ai limiti edittali delle sanzioni amministrative previste dal nostro ordinamento, a tal punto che gran parte degli illeciti formalmente amministrativi dovrebbe

⁷⁷ Il riferimento è al punto 82 della sentenza 08.06.1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, in www.echr.coe.int.

⁷⁸ Corte di giustizia, sentenza del 26.02.2013, causa C-617/10, par. 34, in www.curia.eu. Per l’approfondimento si rinvia a Esposito De Falco (2014, p. 649), nonché Vozza (2013).

⁷⁹ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza 20.05.2014, Nikänen c. Finlandia. Dalla lettura della sentenza emerge che per la mancata dichiarazione dell’incasso di alcuni dividendi al sig. Nykänen fu irrogata la sanzione amministrativa della sovrattassa pari a 1.700 euro, divenuta definitiva nel 2009. Per il medesimo fatto, inoltre, nel 2008 si avviò nei suoi confronti un procedimento penale al termine del quale fu condannato alla pena della reclusione per dieci mesi.

essere considerata sostanzialmente penale⁸⁰. Anche se la pluralità di criteri risolutivi (formali e sostanziali) consentisse di superare il concorso apparente di norme, così evitando la duplicazione delle sanzioni sullo stesso fatto, non deve però dimenticarsi che l'irrogazione di una sanzione sostanzialmente penale coinvolge anche il diritto fondamentale ad un processo equo, previsto agli articoli 6 della Cedu e 47, secondo comma, della Carta europea, che esige garanzie che il procedimento sanzionatorio amministrativo non sempre assicura⁸¹.

5 CONCLUSIONI

Il pensiero alla sentenza “Favellato”, che ha escluso il concorso apparente tra le fattispecie penale ed amministrativa di omesso versamento delle ritenute, pone il quesito sul grado di resistenza di una simile posizione ai criteri di Engel, individuati dalla Corte europea ed applicati anche dalla Corte di giustizia, i quali impongono una revisione del sistema sanzionatorio⁸². Questo consentirebbe di eliminare le duplicazioni⁸³ e di adeguare i procedimenti d'irrogazione

⁸⁰ Il riferimento è ai limiti edittali delle sanzioni previste dal d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, recante le sanzioni tributarie non penali in materia di imposte dirette, di imposta sul valore aggiunto e di riscossione dei tributi. A titolo esemplificativo, basti pensare che l'art. 1, primo comma, del medesimo decreto commina la sanzione amministrativa dal centoventi al duecentoquaranta per cento dell'ammontare delle imposte dovute nel caso di omessa presentazione della dichiarazione dei redditi.

⁸¹ Si segnala l'ordinanza del 02.10.2014 con la quale il Consiglio di Stato ha accolto un'istanza cautelare presentata in primo grado, imponendo alla CONSOB di adeguare il proprio regolamento sanzionatorio alla sentenza “Grande Stevens” al fine di garantire pienamente l'integrità del contraddittorio e la pubblicità del procedimento.

⁸² Secondo Paliero (2004, p. 1.011), la nozione di diritto sanzionatorio trova i suoi “precedenti terminologici più specifici nei sintagmi ‘diritto penale amministrativo’ e ‘diritto sanzionatorio amministrativo’”. Essa si erge a categoria nuova, che travalica gli stessi limiti del diritto sanzionatorio amministrativo per assumere contorni più ampi, con la tendenza, almeno sul piano concettuale, a salire di livello per inglobare anche la legislazione speciale di marca criminale”.

⁸³ Oltre agli abusi di mercato previsti al d.lgs. 58/1998, all'art. 13 del d.lgs. 74/2000 che subordina la concessione dell'attenuante, la mancata applicazione delle pene accessorie e l'accesso al patteggiamento al pagamento delle sanzioni amministrative “sebbene non applicabili all'imputato a norma dell'art. 19,

delle sanzioni (formalmente amministrative, ma sostanzialmente penali) ivi compresi quelli tributari tenuto anche conto che, in tema di contraddittorio, l'art. 41 della Carta riconosce "il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio"⁸⁴.

Le riflessioni finora svolte documentano l'inesorabile condizionamento della politica criminale. Il legislatore non gode più di un diritto assoluto nel comminare sanzioni perché

dal catalogo dei diritti fondamentali derivano in capo agli Stati non solo obblighi c.d. negativi (consistenti, cioè, in altrettanti divieti di violare tali diritti fondamentali attraverso condotte di propri organi legislativi, esecutivi o giudiziari), ma anche obblighi positivi di tutela, dedotti dall'obbligo generale di rispetto dei diritti fondamentali posto a carico di ciascuno Stato membro⁸⁵.

comma 1", un'ulteriore previsione legale di *bis in idem* è contenuta all'art. 174-*bis* della legge 22 aprile 1941, n. 633 sul diritto d'autore.

⁸⁴ In questa direzione si pone la legge 11 marzo 2014, n. 23, recante delega fiscale, che prevede all'art. 1, tra i principi e criteri direttivi generali, il "b) [...] la previsione di forme di contraddittorio propedeutiche all'adozione degli atti di accertamento dei tributi", nonché all'art. 5, lett. f), "specifiche regole procedurali che garantiscano un efficace contraddittorio con l'amministrazione finanziaria [...] in ogni fase del procedimento di accertamento tributario". Sul punto, nella sentenza 18.12.2008, causa C-349/07 (Sopropé) la Corte di giustizia affermò che "il rispetto dei diritti della difesa costituisce un principio generale del diritto comunitario che trova applicazione ogniquale volta l'amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto ad esso lesivo. In forza di tale principio i destinatari di decisioni che incidono sensibilmente sui loro interessi devono essere messi in condizione di manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la sua decisione" (paragrafi 36-37). In senso conforme, 03.07.2014, cause riunite C-129/13 (Kamino International) e C-130/13 (Datema Hellmann Worldwide). Inizialmente contraria all'esistenza di un principio generale di contraddittorio in ordine alla formazione della pretesa fiscale, così Cass. civ., Sez. V, 29.12.2010, n. 26316, con nota di Marcheselli (2011, p. 376), allineandosi alla giurisprudenza della Corte di giustizia le Sezioni unite hanno recentemente affermato che "l'attivazione del contraddittorio endoprocedimentale, costituisce un principio fondamentale immanente nell'ordinamento cui dare attuazione anche in difetto di una e specifica previsione normativa". Così Cass. civ., Sez. unite, 18.09.2014, n. 19667 e n. 19668, in Leggi d'Italia. Sul tema si veda Fantozzi (2011, p. 137); Iorio; Ambrosi (2014, p. 2.260); Selicato (2012, p. 321); Thione (2014, p. 11).

⁸⁵ In questi termini Viganò, 2007b, p. 36.

Non è una prospettiva nuova. È ancora poco nota agli operatori ai quali la diretta applicabilità della Carta europea dei diritti fondamentali impone di guardare oltre il proprio ordinamento in un sistema giuridico ormai multilivello.

RIFERIMENTO

AGOSTINI, Bianca; CENTAMORE, Gisueppe. Protocollo XVI alla convenzione europea dei diritti umani: osservazioni generali. In: **Diritto Penale Contemporaneo**, Milano, Ed. Associazione “Progetto Giustizia Penale”, 2014.

ALBANO, A. Profili dogmatici e prospettive di attuazione nel diritto vivente del principio del ne bis in idem in materia tributaria. In: **Rivista della Guardia di Finanza**, Roma, Ed. Comando Generale della Guardia di Finanza, n. 3, 2014.

ALESSANDRI, Alberto. Attività d’impresa e responsabilità penali. In: **La responsabilità dell’impresa**. Milano: Giuffrè, 2006.

ARDESI, Luciano. Dai diritti umani ai diritti dei popoli. In: BACCARINI, Emilio; FIORAMONTI, Lorenzo (a cura di). **Diritti umani**: cinquant’anni dopo. Roma: Aracne, 1999.

BARTOLE, Sergio; SENA, Pasquale de; ZAGREBELSKY, Vladimiro. **Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali**. Padova: Cedam, 2012.

BERNARDI, Alessandro. La competenza penale accessoria dell’Unione europea: problemi e prospettive. In: PALIERO, Carlo Enrico; VIGANO, Francesco (a cura di). **Europa e Diritto Penale**, Milano, Ed. Giuffrè, 2013.

BERRI, Mario. Composizione del contrasto tra corte costituzionale e corte di giustizia delle comunità europee. In: **Giurisprudenza Italiana**, UTET, n. 1, 1984.

BOBBIO, Norberto. Sul fondamento dei diritti dell'uomo: relazione al Convegno sul fondamento dei diritti dell'uomo, L'aquila, 14-19 settembre 1964. In: **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, n. 42, p. 302-309, 1965.

BUTTURINI, Daniele. **La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo**. Napoli: E.S.I., 2009.

CAIANELLO, M. Profili critici e ipotesi di sviluppo nell'adeguamento del sistema interno alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo. In: MANES, Vittorio; ZAGREBELSKY, Vladimiro (a cura di). **La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano**. Milano: Giuffrè, 2011.

CALLARI, Francesco. **La revisione la giustizia penale tra forma e sostanza**. Torino: Giappichelli, 2012.

CARTABIA, Marta. L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea. In: CARTABIA, Marta (a cura di). **I diritti in azione: universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti Europee**. Bologna: Nulino, 2007.

CERRUTI, Tanja. Cedu, UE e parametri di costituzionalità: è cambiato qualcosa dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona? In: **Giurisprudenza Italiana**, UTET, n. 4, 2012.

CIRAULO, Antonell. La punibilità degli omessi versamenti dell'Iva e delle ritenute certificate nella lettura delle Sezioni Unite. In: **Cassazione Penale**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 54, n.º 1, p. 66-87, 2014.

CONFORTI, Benedetto. **Diritto internazionale**. Napoli: Scientifica, 2006.

CONSIGLIO, Paolo. L'evoluzione dei rapporti tra procedimento penale e processo tributario tra crisi del "doppio binario" e (parziale) ripristino delle pregiudiziali penali. In: **Rivista della**

Guardia di Finanza, Roma, Ed. Comando Generale della Guardia di Finanza, n. 1, 2014.

DOVA, Massimiliano. Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali. In: Cassazione Penale, Milano, Sez. III, 08.04.2014, n. 20266. Disponibile in: <www.penalecontemporaneo.it>.

ESPOSITO DE FALCO, Olimpia. L'applicazione in materia sanzionatoria tributaria del principio del ne bis in idem nella Carta Europea dei diritti fondamentali e nella CEDU (nota a Corte di giustizia, sentenza 26/02/2013, n. C-617/10). In: **Diritto e Pratica Tributaria Internazionale**, Padova, Ed. CEDAM, n. 2, p. 649-488, 2014.

FASSÒ, Guido. **Il diritto naturale**. Torino: E.R.I., 1964.

FERRAJOLI, Luigi. Sui fondamenti dei diritti fondamentali: un approccio multidisciplinare. In: **Studi Sulla Questione Criminale**, Roma, Ed. Carotti, v. 2, n. 2, p. 11-25, maggio-agosto 2010.

FLICK, Giovanni Maria. Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo. 14 settembre 2014. Disponibile in: <<https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/3281-reati-fiscali-principio-di-legalita-e-ne-bis-in-idem-variazioni-italiane-su-un-tema-europeo>>.

FOFFANI, Luigi. Politica criminale europea e sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato. In: PALIERO, Carlo Enrico; VIGANÒ, Francesco (a cura di). **Europa e Diritto Penale**, Milano, Ed. Giuffrè, 2013.

FANTOZZI, Augusto. Violazioni del contraddittorio e invalidità degli atti tributari. In: **Rivista di Diritto Tributario**, fascicolo 2, p. 127-158, 2011.

GIUNCHEDI, Filippo. La tutela dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU: la corte europea dei diritti dell'uomo come giudice di quarta istanza? In: **Archivio Penale**, anno LXV, fascicolo 1, p.

3-29, gennaio–aprile 2013.

GRASSO, Giovanni. Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione. In: **Studi in onore di Mario Romano**, Napoli, Ed. Jovene/ Università Cattolica del Sacro Cuore, v. IV, p. 2.307-2.350, 2011.

GRASSO, Giovanni. Introduzione: diritto penale ed integrazione europea. In: GRASSO, Giovanni; SICURELLA, Rosaria (a cura di). **Lezioni di diritto penale europeo**. Milano: Giuffrè, 2007a.

GRASSO, Giovanni. La protezione degli interessi finanziari comunitari nella prospettiva della formazione di un diritto penale europeo. In: **Criminalia 2006, Annuario di Scienze Penalistiche**, Pisa, Ed. ETS, v. 1, p. 93-124, 2007b.

HENKIN, Louis. Diritti dell'uomo. In: **Enciclopedia delle scienze sociali**. Milano: Treccani, 1993.

IACOVIELLO, Francesco Mauro. Il quarto grado di giurisdizione: la corte europea dei diritti dell'uomo (nota a Corte cost., sent. 04.06.2010, n. 196). In: **Cassazione Penale**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 51, n.º 2, p. 794-820, 2011.

INSOLERA, Gaetano. Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico. In: **Diritto Penale e Processo**, Milano, Ed. Ipsoa, v. 12, fascicolo 7, p. 895-900, 2006.

IORIO, Antonio. Fisco, test sulle doppie sanzioni. In: **Il sole 24 ore**, Milano, 12 novembre 2014.

IORIO, Antonio; AMBROSI, Laura. Diritto di contraddittorio preventivo e garanzie del contribuente. In: **Fisco**, ETI Wolters Kluwer, v. II, n. 23, p. 2.260 ss. 2014.

JAKOBS, Günther. I terroristi non hanno diritti. In: KOSTORIS, Roberto E.; ORLANDI, Renzo (a cura di), **Contrasto al terrorismo interno e internazionale**. Torino: Giappichelli, 2006.

KANT, Immanuel. **Per la pace perpetua**. Milano: Feltrinelli, 1991.

KOSTORIS, Roberto E. Pubblico ministero europeo e indagini “nazionalizzate”. In: **Cassazione Penale**, Milano, Ed. Giuffrè, n. 12, p. 4.738-4.747, 2013.

LANZI, Alessio; ALDROVANDI, Paolo. **Diritto penale tributario**. Padova: CEDAM, 2014.

MAGRO, Maria Beatrice. Le manipolazioni di mercato tra illecito penale e illecito amministrativo. In: **Cassazione Penale**, Milano, Ed. Giuffrè, n. 1, p. 61 ss., 2007.

MANACORDA, Stefano. Diritto penale europeo. In: *Diritto on line*, Treccani, 2014. Disponibile in: <https://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-penale-europeo_%28Diritto-on-line%29/>.

MANACORDA, Stefano. “Dovere di punire”? gli obblighi di tutela penale nell’era della internazionalizzazione del diritto. In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 55, n. 4, p. 1.364-1.401, 2012.

MANES, Vittorio. **Il giudice nel labirinto**: profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali. Roma: Dike Giuridica, 2012.

MANES, Vittorio. **La convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano**. Milano: Giuffrè, 2011.

MANES, Vittorio; SGUBBI, Filippo (a cura di). **L’interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale**. Bologna: Bononia University Press, 2007.

MANNOZZI, Grazia; CONSULICH, Federico. La sentenza della corte di giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici. In: **Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia**, anno XIX, n. 4, p. 899-944, ottobre-dicembre 2006.

MARCHESELLI, Alberto. Contraddittorio e procedimento tributario, un passo indietro e due avanti. In: **Corriere Tributario**, v. 34, fascicolo 5, p. 376-380, 2011.

MARIELLA, Giovanni; PEZZUTO, Giancarlo. Il bilancio comunitario ed il concetto di frode comunitaria. In: **Rivista della Guardia di Finanza**, Roma, Ed. Comando Generale della Guardia di Finanza, anno XLVI, n. 6, p. 2.381 e ss., 1997.

MARZANATI, Anna. La corte costituzionale alla ricerca di nuovi spazi nella composizione dei conflitti tra diritto interno e diritto comunitario. In: **Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario**, Milano, Ed. Giuffrè, n. 5, 1995.

MAZZESCHI, Riccardo Pisillo. Diritti umani (diritto internazionale): protezione internazionale. In: *Diritto on line*, Treccani, 2013. Disponibile in: <https://www.treccani.it/enciclopedia/diritti-umani-dir-int-protezione-internazionale_%28Diritto-on-line%29/>.

NUZZOLO, Agostino; TOSCHI, Giorgio. L'evoluzione della disciplina in materia di tutela degli interessi finanziari dell'UE. In: **Rivista della Guardia di Finanza**, Roma, Ed. Comando Generale della Guardia di Finanza, n. 3, 2001.

PALIERO, Carlo Enrique. Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica. In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, Ed. Giuffrè, n. 4, p. 1.111 ss., 2004.

PICOTTI, Lorenzo. Il Corpus Juris 2000: profili di diritto penale sostanziale e prospettive di attuazione alla luce del progetto di costituzione per l'Europa. In: PICOTTI, Lorenzo (a cura di). **Il Corpus Juris 2000: nuova formulazione e prospettive di attuazione**. Padova: Cedam, 2004. p. 3-91.

PICOTTI, Lorenzo. L'attuazione in Italia degli strumenti dell'Unione europea per la protezione penale degli interessi finanziari comunitari. In: **Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia**, n. 3, 2006.

PIRRONE, Pasquale. **L'obbligo di conformarsi alle sentenze della corte europea dei diritti dell'uomo**. Milano: Giuffrè, 2004.

PULITANÒ, Domenico. Politica criminale. In: MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio (a cura di). **Diritto penale in trasformazione**. Milano: Giuffrè, 1985.

PUSTORINO, Pietro. Un nuovo intervento della corte costituzione in tema di riapertura di procedimenti penali per contrarietà alla Cedu. In: **Giurisprudenza Italiana**, UTET, n. 12, 2011.

RISI, C. Gli articoli 2, 3 della Costituzione. In: CENDON, Paolo (a cura di). **Trattato breve dei nuovi danni: persone, famiglia, medicina**. v. I. Padova: Cedam, 2014.

ROMANO, Mario. **Art. 15: commentario al codice penale**. v. I. Milano: Giuffrè, 1995.

RUOTOLO, Marco. Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale. In: **Scritti in onore di Alessandro Pace**. v. III. Napoli: Scientifica, 2012. p. 2.469-2.500.

SCARCELLA, Alessio. Specialità, concorso e consumazione nei reati tributari: per le sezioni unite c'è frode e frode. In: **Diritto Penale e Processo**, Milano, Ed. Ipsoa, v. 17, fascicolo 5, p. 567-580, 2011.

SELICATO, Pietro. Scambio di informazioni, contraddittorio e statuto del contribuente. In: **Rassegna Tributaria**, v. 55, fascicolo 2, p. 321-358, 2012.

SICURELLA, Rosaria. Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale. In: **Studi in onore di Mario Romano**, Napoli, Ed. Jovene/Università Cattolica del Sacro Cuore, v. IV, p. 2.569-2.644, 2011.

SORBELLO, Pietro. Economia e sanzione: il (possibile) disimpegno della pena in materia di *market abuse*. In: **L'Indice Penale**, Roma, Dike Giuridica, anno 2008, v. 11, Fascicolo 2, p.

565-598, 2008.

SORBELLO, Pietro. Il *bis in idem* nell'ordinamento penale italiano: dal *market abuse* al diritto sanzionatorio tributario. In: **Diritto Penale Contemporaneo**, Milano, Ed. Associazione "Progetto Giustizia Penale", n. 3, 2015.

SORRENTI, Giuse. **L'interpretazione conforme a costituzione**. Milano: Giuffrè, 2006.

SORRENTINO, Federico. La tutela multilivello dei diritti. In: **Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario**, Milano, Ed. Giuffrè, n. 1, p. 79-88, 2005.

SOTIS, Carlo. Le competenze penali dell'Unione previsto nel Trattato di Lisbona: una lettura d'insieme. In: PALIERO, Carlo Enrico; VIGANÒ, Francesco (a cura di). **Europa e diritto penale**, Milano, Ed. Giuffrè, 2013.

TERRACINA, David. Il "cerchio e la botte", linee guida delle sezioni unite in materia di tutela penale del diritto d'autore. In: **Diritto dell'Internet**, n. 2, p. 146-152, 2006.

THIONE, Marco. Il contraddittorio procedimentale. In: **Consulenza**, n. 11, 2014.

TIZZANO, Antonio. La corte costituzionale e il diritto comunitario: vent'anni dopo. In: **Il Foro Italiano**, Milano, Ed. Il Foro Italiano, n. 1, p. 2.063-2.074, gennaio 1984.

VALLINI, Antonio. Giusti principi, dubbie attuazioni: convergenza di illeciti in tema di circolazione di veicolo sottoposto a sequestro. In: **Diritto Penale e Processo**, Milano, Ed. Ipsoa, v. 17, fascicolo 7, p. 848-858, 2011.

VIGANÒ, Francesco. Diritto penale del nemico e diritti fondamentali. In: BERNARDI, Alessandro; PASTORE, Baldassare; PUGIOTO, Andrea (a cura di). **Legalità penale e crisi del diritto, oggi: un percorso interdisciplinare**. Milano: Giuffrè, 2008.

VIGANÒ, Francesco. Diritto penale sostanziale e convenzione europea dei diritti dell'uomo. In: RUGA RIVA, Carlo (a cura di). **Ordinamento penale e fonti non statali: l'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale.** Milano: Giuffrè, 2007b.

VIGANÒ, Francesco. Diritto penale sostanziale e convenzione europea dei diritti dell'uomo. In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, Ed. Giuffrè, n. 1, p. 42 ss., 2007a.

VIGANÒ, Francesco. Doppio binario sanzionatorio e ne bis idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU). Disponibile in: <www.penalecontemporaneo.it>.

VIGANÒ, Francesco. L'arbitrio del non punire: sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali. In: **Studi in onore di Mario Romano**, Napoli, Ed. Jovene/ Università Cattolica del Sacro Cuore, v. IV, p. 2.645-2.704, 2011.

VILLANI, Ugo. **Dalla dichiarazione universale alla convenzione europea dei diritti dell'uomo.** Bari: Cacucci, 2012.

VOZZA, Donato. I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea. 15 aprile 2013. Disponibile in: <<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/2226-i-confini-applicativi-del-principio-del-ne-bis-in-idem-interno-in-materia-penale-un-recente-contrib>>.

ZANNOTTI, Roberto. **Il nuovo diritto penale dell'economia.** Milano: Giuffrè, 2008.

Recebido em: 17-5-2023
Aprovado em: 25-7-2023

A NEGOCIAÇÃO COMO ETAPA PROCESSUAL CIVIL PARA A CONSTRUÇÃO DE SOLUÇÃO JURÍDICA DIALOGADA¹

Rafael Maas dos Anjos²
Rodrigo Maas dos Anjos³

¹ **Como citar este artigo científico.** ANJOS, Rafael Maas dos; ANJOS, Rodrigo Maas dos. A negociação como etapa processual civil para a construção de solução jurídica dialogada. In: **Revista Amagis Jurídica**, Belo Horizonte, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, v. 15, n. 2, p. 261-280, maio-ago. 2023.

² Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Juiz titular da Vara da Infância e Juventude de Florianópolis. Atualmente está convocado pela Corregedoria-Geral da Justiça do Poder Judiciário de Santa Catarina, atuando como Juiz-Corregedor do Núcleo IV (Extrajudicial). Pós-doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, com estágio pós-doutoral na Universidade de Alicante, Espanha. Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2021), em convênio de Dupla Titulação com a Universidade de Alicante, Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) (2015), com dupla titulação em Mestrado pela Universidade de Alicante, Espanha. Pós-graduado, em nível de Especialização, em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (2010). Pós-graduado, em nível de Especialização, em Direito Material e Processual Civil pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC), em convênio com a Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC) (2010). Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) (2000). E-mail: rafamaas@gmail.com.

³ Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Titular da 2.^a Vara Cível, Criminal e VEP da Comarca de Abre-Campo/MG. Foi bancário do Banco do Brasil, Analista Jurídico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Analista de Contas Públicas do Ministério Público de Contas de Santa Catarina. Especialista em Direito Público, Convênio FURB/FFM/AMC/ESMESC. Especialista em Prática Jurídica, Convênio FURB/FFM/AMC/ESMESC. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). E-mail: digomaas@gmail.com.

RESUMO

Vivemos tempos de crise do sistema de Justiça, sendo necessário reconhecer a morosidade e o exagero burocrático em meio ao cada vez maior volume de conflitos transformados em demandas, com índices de baixa resolutividade, contribuindo para uma flagrante desarmonia social em cenários de polarização, de *fake news*, de decisões não efetivas, de sentimento de impunidade e desrespeito à lei. Nesse contexto, é preciso repensar o papel do processo civil como instrumento capaz de fomentar e permitir espaços democráticos de solução de litígios, numa dinâmica de cooperação entre os diversos atores em um sistema de justiça multiportas. Como alternativa de solução jurídica dialogada, apresentar alternativas negociais pode ofertar bons métodos para não só entregar tutela jurisdicional adequada, mas também para alcançar de forma efetiva a pacificação social. Esse é o propósito do presente texto.

Palavras-Chave: Conflito; Processo Civil; Justiça Multiportas; Negociação.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O conflito como matéria-prima do Poder Judiciário. 2. O papel do processo civil na atualidade e o princípio da cooperação no sistema de justiça multiportas. 3. A negociação como alternativa para a construção de solução jurídica dialogada. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

É comum, atualmente, falar-se em crise do Direito, notadamente quando se percebe a existência de um sistema de Justiça moroso e burocratizado, com judicialização acerbada, baixa resolutividade de conflitos, flagrante desarmonia social em cenários de polarização e *fake news*, gerando ineficiência, ineficácia e falta de efetividade, fortalecendo o sentimento de impunidade e fomentando a descrença nas leis e na ordem institucional.

Com efeito, a agilidade e as facilidades da vida atual têm formado indivíduos hipersensíveis, intolerantes, individualistas e incapazes de buscar bons relacionamentos e soluções para os conflitos e dificuldades do dia a dia de convivência em sociedade.

Esse contexto preocupante tem como pano de fundo a atual

dinâmica de vida pós-moderna, que ao mesmo tempo em que oferece excelentes condições para o bem-estar social e acesso a direitos, paradoxalmente não consegue dar vazão às infundáveis necessidades dos indivíduos.

Vejam-se alguns exemplos dos dilemas pós-modernos. Ainda que se tenha fartura de alimentos, meios de transportes cada vez mais desenvolvidos e populares, informações de fácil acesso e um grande número de profissionais do Direito para atender eventuais injustiças, acaba-se na prática percebendo que há fome e comida de baixa qualidade; há graves problemas de mobilidade urbana; há dificuldade em transformar informação em conhecimento; e cada vez mais o enorme volume de demandas ajuizadas importam em menores condições para a entrega efetiva da Justiça, que sofre com suas limitações estruturais.

É uma era de absurdos, como bem pontua o ilustre Desembargador Pedro Manoel Abreu:

O nosso tempo, de todo modo, é uma era de absurdos, de contradições. De avanços sociais, políticos, econômicos, culturais, científicos e tecnológicos, mas contraditoriamente de exclusão, de miséria, de desigualdade social e política, que parece abandonar a parcela mais significativa da humanidade a uma condição de subcidadania (2011, p. 231).

São preocupantes as consequências deste cenário conflituoso, que acaba por desautorizar o sistema jurídico, afastando sua legitimidade perante a sociedade para entregar seu produto, qual seja, a prestação jurisdicional em duração razoável do processo (Constituição Federal, art. 5.º, inc. LXXVIII).

Quando os jurisdicionados percebem que o Direito não é aplicado a tempo e modo, de forma equitativa, a confiança na Justiça é abalada. A realidade atual revela o ajuizamento excessivo de ações que desembocam em um Poder Judiciário com limitações materiais e humanas para o devido enfrentamento das demandas que

lhes são postas. A percepção de inércia, de incapacidade de oferecer respostas ou soluções, de impunidade e de desigualdade pode minar os fundamentos democráticos e comprometer a estabilidade social.

O atual contexto jurídico-social, portanto, exige da Ciência do Direito alternativa que não se fixe tão somente na solução meramente jurídica do conflito, mediante a prolação de Sentença impositiva, em solução formal dada pelo Estado-Juiz, sem eventual preocupação com a promoção da pacificação. O que se percebe, ao fim e ao cabo, é que a entrega da prestação jurisdicional pela via da Sentença acaba sempre por descontentar uma das partes, que recorre ao órgão recursal e, neste ciclo sem fim, acaba por ampliar a demora na resolução dos processos e a insatisfação da população em relação ao sistema judiciário.

A jurisdição, como atividade meramente substitutiva, encerra o litígio sob o aspecto do Direito. Mas, em boa parte dos casos, em vez de solucionar a contenda sociológica existente entre as partes, a acentua, gerando maior inconformismo, frustração e acirrando os ânimos.

É preciso compreender melhor o conflito e então se buscar outras vias de solução para as demandas. O processo civil é instrumento para a paz e pode oferecer opções de caminhos para a resolução não só de processo, mas do litígio.

O presente estudo, utilizando-se do método dedutivo, por meio da técnica de pesquisa bibliográfica, aborda a temática dos métodos alternativos de solução de conflitos, no âmbito do processo civil, notadamente sob o viés negocial, como parâmetro e referência para a construção de solução jurídica dialogada.

1 O CONFLITO COMO MATÉRIA-PRIMA DO PODER JUDICIÁRIO

A humanidade passa por um momento de transformações. A revolução industrial de pouco mais de um século atrás foi superada por uma revolução tecnológica e que agora caminha para uma interação e evolução por meio de inteligência artificial.

No dizer de Vaz (2016, p. 32), a “[...] evolução histórica da humanidade é marcada por ciclos. Há, por assim dizer, uma espécie de espiral de fases que vão se sucedendo no tempo, e que, de uma forma mais ou menos regular, representam rupturas (cortes), ascensão, auge e declínio.”

Até bem pouco tempo atrás se falava em modernidade. Giddens e Sutton (2016, p. 22) definem modernidade como o “[...] período que se estende do iluminismo europeu de meados do século XVIII a, pelo menos, meados dos anos 1980, caracterizado pela secularização, racionalização, democratização, individualização e ascensão da ciência”.

Na modernidade prevalecia a razão. O mundo era sólido, como separação do tempo e do espaço. Capital e trabalho conviviam de forma forçada; a produção e a execução das atividades, por trás de enormes maquinários, estavam envoltas pelas cercas e muros, de fácil localização. Os conflitos que repercutiam na atuação estatal eram de maiores proporções. As mudanças, na modernidade, passaram a se dar em um ritmo mais acelerado. Foi na modernidade que novas instituições surgiram, como o Estado-nação. Por outro lado, outras instituições, como a Igreja e a Família, passaram a ter novos papéis sociais. Na modernidade começou-se a caminhada para uma sociedade majoritariamente urbana, com relacionamentos mais próximos, convivências mais constantes e conflitos mais frequentes e de impacto menor.

Abreu (2016, p. 33) destaca que aquele período tido por moderno mudou ante a convergência histórica de três processos independentes: a revolução da tecnologia e da informação (tecnologia e ciência); a crise econômica do capitalismo e do estatismo e a sua reestruturação; o apogeu dos movimentos socioculturais (ambientalismo, direitos humanos, feminismo, etc.).

Passa-se a ter, então, um novo momento. “Os elementos, as estruturas e os valores dos sistemas sociais vão mudando e, de crise em crise, avançam rumo a um futuro incerto, utópico e reflexivo” (VAZ, 2016, p. 32).

Não há um consenso sobre o término da modernidade. Todavia, já há quem fale em pós-modernidade.

Apesar de toda a problemática que envolve a afirmação dessa expressão, pós-modernidade parece ter ganho maior alento no vocabulário filosófico (Lyotard, Habermas, Beck) e sociológico (Bauman, Boaventura de Sousa Santos) contemporâneos, e ter entrado definitivamente para a linguagem corrente. O curioso é perceber que é esta já a primeira característica da pós-modernidade: a incapacidade de gerar consensos (BITTAR, 2014, p. 84).

Para Giddens e Sutton (2016, p. 27), a pós-modernidade é o período histórico, seguinte à modernidade, que é definido com menos clareza, é menos pluralístico e menos socialmente diversificado do que a modernidade que o precedeu. Costuma-se dizer que a pós-modernidade começou a se desenvolver a partir do início dos anos 1970.

Percebe-se a peculiaridade e a singularidade do momento presente. Um período diferenciado e inédito pelo somatório das suas características. Esse é o contexto atual, de onde surge a principal matéria-prima do Poder Judiciário: o conflito.

Com efeito, o conflito pode ser definido como uma incompatibilidade de condutas, cognições e afetos entre indivíduos ou grupos que podem ou não conduzir a uma expressão agressiva. A desavença conflituosa surge a partir de divergências de ideias ou de comportamentos, de objetivos ou modos de vida, de ideologia ou religião, de falta de informação ou de informação equivocada, de pontos de vista diferentes sobre os variados temas, de interpretações ou avaliações divergentes sobre os mesmos dados, de *fake news* em ambiente de polarização, entre outras razões (BALESTIERI et al, 2019, p. 7).

Essa matéria-prima chamada conflito chega ao Poder Judiciário por diversas formas: por petição, por denúncia, por reclamação, por ação. E há uma linha de produção para trabalhar

nesta matéria-prima, manufaturando-a a fim de entregar um produto de primeira grandeza para a sociedade: a Justiça.

A maior evidência de Justiça é a satisfação que se obtém com a pacificação social. Todavia, como já dito alhures, nos dias atuais há um excesso desta matéria-prima conflito sendo trazida ao sistema de Justiça e que não é devidamente manufaturado, ocasionando uma má prestação dos serviços que a sociedade legitimamente espera, com baixa ou inadequada entrega.

É preciso encontrar alternativas para a melhor abordagem do conflito dentro do sistema de Justiça, a bem de toda a coletividade, permitindo-se a devida contraprestação aos jurisdicionados.

O processo civil pode ser um instrumento de legitimação de vias alternativas de solução de conflitos.

2 O PAPEL DO PROCESSO CIVIL NA ATUALIDADE E O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NO SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS

O processo civil, ao longo da história, evoluiu em seu conceito, tornando-se ciência autônoma do Direito Material.

Didaticamente, a doutrina processualista costuma entender que o processo passou por três fases (GONÇALVES, 2018, p. 74-77), sendo elas:

- a) época medieval: etapa do sincretismo entre processo e Direito Material – fase em que não havia distinção entre processo e Direito Material. Não havia ciência autônoma do processo;
- b) Processo Civil Moderno: embora o surgimento do Processo como ciência autônoma venha de uma época de evolução prolongada e permanente, resultado da contribuição de inúmeros estudiosos, costuma-se fixar uma data para o seu nascimento, qual seja, no ano de 1868 (o que o torna um dos ramos autônomos mais recentes do Direito), quando Oskar von Bülow publicou, na Alemanha, a sua teoria

dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias. Evidencia-se, de forma mais clara, que o processo não podia se confundir com o simples exercício do Direito Privado. Foi o momento em que o Processo ganhou autonomia. Em suma, ocorre a separação do Direito Material do Processual de forma radical, não havendo contato entre os ramos do Direito, dada a sua autonomia e independência; e

- c) Processo Civil atual: instrumentalismo, ou seja, instrumentalidade das formas, que se caracteriza, não por uma negação da fase anterior, mas sim pela (re)aproximação ao Direito Material e ao interesse voltado para a efetividade do Processo (problemas como o acesso à justiça passam a ser preocupação dos processualistas).

No bojo dessa premissa de fazer parte de algo mais amplo, não se poderia deixar de mencionar a chamada constitucionalização do Direito Processual Civil, fenômeno nominado por alguns de “neoprocessualismo” e este, por seu turno, seria simples expressão de um outro fenômeno, o “neoconstitucionalismo” (ALVIM, 2015, p. 68).

A adoção dessa designação é didática. É a aplicação do neoconstitucionalismo ao processo, ou seja, é o processualismo revisitado a partir dos métodos da ciência do Direito contemporâneo.

Pensa-se que a forma do novo Direito Processual é aquela obtida a partir dos valores estabelecidos pela Constituição, ou seja, preocupa-se com a ética e segurança do processo.

Nesse viés histórico, o ordenamento jurídico brasileiro teve três Códigos de Processo Civil – o de 1939, o de 1973, e o atual diploma, de 2015. Os dois primeiros foram projetados em épocas ditatoriais (Ditadura Vargas, o primeiro; e Ditadura Militar, ao segundo), e, por sua vez, o atualmente vigente, Lei 13.105, de 16-3-2015, representa a primeira codificação processual desenvolvida no Estado Democrático de Direito, o que lhe confere relevância ímpar.

Atenta à atual conjectura processual, neste estado neoprocessualista, o novo diploma positivou a sintonia fina em que

se busca praticar o processo junto à Constituição Federal, conforme se extrai em seu artigo 1.º, *verbis*:

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Traz-se ao Processo Civil a dignidade da pessoa humana como postulado e se busca a despatrimonialização do Direito, para que a tutela jurídica não se resuma à tutela da “indenização por danos morais”. Busca-se efetivamente resolver o conflito da vida, matéria-prima a ser devidamente tratada nos termos legais.

Pedra de toque na concretização do atual ordenamento processual adveio dos trabalhos elaborados pela Comissão de Juristas, que desenvolveu o Exposição de Motivos ao Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil (Novo CPC), que elencou cinco objetivos que muito bem mostram o espírito que se busca implementar ao Processo Civil, hoje, conforme segue:

1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado, buscando efetivamente o fim da controvérsia com o julgamento de mérito; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão (ANTEPROJETO, 2023).

Assim como o Código Civil de 2002 inovou o Direito Material quando da sua vigência, conforme os princípios fundamentais idealizados por Miguel Reale, quais sejam a socialidade, a

operabilidade e a eticidade, vê-se que estes se relacionam intimamente com os objetivos do Código de Processo, eis que o novo diploma, ao estabelecer o sistema de cláusulas gerais, tocou nos fundamentos do Diploma Civil (TARTUCE, 2023, p. 39)⁴.

Em suma, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC), atento à realidade processual em que se encontra inserido, caminha a passos largos na concretização do processo e em busca da solução de conflitos sociais, não se descurando, todavia, que sempre é possível evoluir e melhorar.

Nesse diapasão, torna-se premente destacar o princípio da cooperação. Estatui o CPC:

Art. 6.º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.
[...]
Art. 357. [...].

⁴ Sobre os princípios da eticidade, socialidade e operabilidade, segue: “a) **Princípio da Eticidade:** Trata-se da valorização da ética e da boa-fé, principalmente daquela que existe no plano da conduta de lealdade das partes (boa-fé objetiva). Pelo Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva tem função de interpretação dos negócios jurídicos em geral (art. 113 do CC). Serve ainda como controle das condutas humanas, eis que a sua violação pode gerar o abuso de direito, nova modalidade de ilícito (art. 187). Por fim, a boa-fé objetiva tem a função de integrar todas as fases pelas quais passa o contrato (art. 422 do CC). Acrescente-se que a eticidade também parece ser regramento adotado pelo Código de Processo Civil de 2015, pela constante valorização da boa-fé processual, notadamente pelos seus arts. 5.º e 6.º. b) **Princípio da Socialidade:** Segundo apontava o próprio Miguel Reale, um dos escopos da nova codificação foi o de superar o caráter individualista e egoísta da codificação anterior. Assim, a palavra “eu” é substituída por “nós”. Todas as categorias civis têm função social: o contrato, a empresa, a propriedade, a posse, a família, a responsabilidade civil. c) **Princípio da Operabilidade:** Esse princípio tem dois sentidos. Primeiro, o de simplicidade ou facilitação das categorias privadas, o que pode ser percebido, por exemplo, pelo tratamento diferenciado da prescrição e da decadência. Segundo, há o sentido de efetividade ou concretude, o que foi buscado pelo sistema aberto de cláusulas gerais adotado pela atual codificação material. Na opinião deste autor, o sistema de cláusulas gerais também foi adotado pelo CPC/2015, pela adoção de um modelo aberto, baseado em princípios como a dignidade da pessoa humana e a boa-fé objetiva”.

§ 3.º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

Tal postulado confere certa autonomia às partes e ao Magistrado de validar sentimentos e buscar uma solução compositiva à lide.

Por esse viés, ganha-se relevo o sistema multiportas e a construção da decisão, não apenas por uma ordem judicial, um comando do Estado-juiz, mas sim pela efetiva participação das partes por meio de oportunidade franqueada pelo Estado.

Exercer judicatura é interpretar a norma jurídica, aplicando-a ao caso concreto, em busca da pacificação social. Mas que pacificação social há em sempre se trabalhar com a ideia de se perder e ganhar?

A rigor, o Juiz decide. É a imposição da vontade do Estado à resistência da parte. No entanto, mesmo o Juiz é carregado de emoções e apelos sociais que informam a sua atuação. Isso é conhecido de todos.

Assim, a atual sistemática processual indica a opção legislativa pela implementação do modelo de múltiplas portas de solução de conflitos (*multidoor courthouse*), com a integração da solução jurisdicional tradicional a outros métodos de solução de litígios, concebendo o Poder Judiciário como um centro de resoluções de disputas com a oferta de distintos processos, adequando os procedimentos e métodos às características específicas de cada conflito (JUSTIÇA, 2019).

Não há falar, neste momento, sobre mediação, arbitragem e conciliação. A ideia do debate é mais linear, mais sociológica.

Desse modo, embora se garanta, como regra, a incondicionalidade do direito de acesso ao Judiciário, a nova sistemática processual reforça o caráter substitutivo da solução adjudicada dos conflitos, incentivando, sempre que possível, que as

próprias partes construam, com efetiva participação em procedimento mediado pelo contraditório, a solução mais adequada para o conflito vivenciado.

Assim, em síntese, no contexto da implementação da Política Pública de Tratamento Adequado dos Conflitos, as seguintes diretrizes passam a nortear o papel do Judiciário e dos operadores do Direito na resolução dos conflitos.

O Conselho Nacional de Justiça, na Resolução CNJ 125, de 29-11-2010, define:

Revisão do conceito de acesso à Justiça (art. 5.º, XXXV, CR/88) – que passa a ser visto como acesso qualificado “à ordem jurídica justa e a soluções efetivas”, oportunizando a participação decisiva de ambas as partes na busca do resultado que satisfaça seus interesses, de forma tempestiva, efetiva e adequada;

Promoção da mudança de mentalidade e da emancipação/cidadania dos indivíduos – contribuindo para o exercício da autonomia na condução de processos decisórios, estimulando o desenvolvimento de uma nova cultura de solução negociada e amigável dos conflitos;

Filtro da litigiosidade – objetivando reduzir a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, da quantidade de recursos e de execução de sentenças;

Adequação de métodos – no intuito de assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade;

Organização e uniformização – evitando disparidades de orientação e práticas relativas aos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, possibilitando a boa execução da política pública;

Garantia da qualidade dos serviços – adequada capacitação, treinamento, aperfeiçoamento, monitoramento e avaliação dos servidores, conciliadores e mediadores;

Redefinição e reafirmação do papel do Poder Judiciário – função precípua de pacificar, humanizar e harmonizar as relações sociais;

Promoção da satisfação do usuário – com o devido acolhimento,

escuta ativa, identificação do conflito e encaminhamento ao método mais adequado de resolução, possibilitando a devida participação na construção da decisão por meio da negociação colaborativa e da construção de acordos que atendam a seus reais interesses e necessidades.

3 A NEGOCIAÇÃO COMO ALTERNATIVA PARA A CONSTRUÇÃO DE SOLUÇÃO JURÍDICA DIALOGADA

A conciliação e a mediação são também definidas como uma negociação assistida ou facilitada por um terceiro, razão pela qual o conhecimento de técnicas de negociação se revela essencial para o desenvolvimento das habilidades autocompositivas. E isso já tem que vir lá das cátedras acadêmicas.

O grau de litigiosidade e as demandas predatórias refletem na visão que a população tem, não só do Judiciário, mas também à atuação do profissional do Direito.

Embora nos utilizemos cotidianamente da negociação nas mais diversas interações sociais, em geral o fazemos de maneira intuitiva. Por sua vez, em processos de resolução de conflitos, exige-se uma postura consciente sobre a escolha de cada comportamento e ação para satisfazermos nossos interesses e necessidades da melhor forma possível.

Os diversos conceitos sobre negociação normalmente abordam elementos que representam a negociação como um método, meio ou caminho que se desenvolve a comunicação bilateral destinada à obtenção de um acordo que integre e satisfaça os interesses, necessidades e desejos de ambos os lados envolvidos na lide.

Entretanto, a maioria das pessoas negocia de maneira intuitiva, utilizando-se da chamada negociação posicional, uma vez que nunca foram apresentadas a outras formas de negociação. Nesse estilo de negociação baseada em barganha de posições, os negociadores tratam-se como oponentes, pensando a negociação em termos de ganhar *vs.* perder, em que o papel do negociador se afasta

dos méritos da questão para pressionar ao máximo o outro lado e ceder o mínimo possível em sua posição adotada.

Repisa-se: o art. 6.º do Código de Processo Civil oportuniza a superação do sistema adversarial.

Exemplificando, quando um negociador pede R\$10.000,00 e o outro oferece apenas R\$5.000,00 a título de pagamento, cada qual tende a se trancar em sua posição (valor, sua vontade/querer), justificando-a e atacando a posição adotada pela outra parte (ex.: “cinco mil é o máximo que posso pagar/esse bem nem vale tudo isso” vs. “oferecer essa quantia é um insulto; por menos do que dez mil, não continuo negociando”). Em não raras vezes, as negociações posicionais não avançam por questões pessoais que passam a permeá-las, como, por exemplo, a preservação da imagem pessoal, em que ceder pode desmoralizar o negociador ou mostrar sua fraqueza. Além disso, em muitos casos, os negociadores adotam posições extremadas para, aparentemente, realizar pequenas concessões para dar continuidade à negociação (ex.: “vale dez mil reais, mas pedirei quinze mil. Ao final, fecharei em dez mil reais”). Adotam, também, estratégias para enganar e induzir o outro lado a erro acerca de seus interesses e perspectivas (ex.: fingem que abandonarão a negociação, embora tenham interesse em lhe dar seguimento).

Nesse modelo de negociação posicional, o objetivo dos negociadores se volta para a maximização dos ganhos individuais, com a adoção de um comportamento competitivo e adversarial, sendo que os resultados podem levar à sensação de “perde-ganha”, a concessões extremadas (o lado mais forte pode pressionar muito e o mais fraco, ceder muito), a dividir a diferença (meio-termo – “nem para você, nem para mim”) e a impasses (ninguém cede e as posições permanecem extremadas). Além disso, a negociação posicional pode gerar sentimentos de raiva, decepção e arrependimento, porquanto uma parte pode ceder às intransigências da outra, enquanto suas preocupações e necessidades permanecem desatendidas. Nesse modelo de abordagem, os relacionamentos futuros parecem ter menos importância do que os ganhos essenciais imediatos, e os interesses das partes não são vistos como interdependentes.

Assim, podemos encontrar, na negociação posicional, dois estilos básicos de negociadores: o negociador durão vs. o negociador afável. Para o negociador durão, seu ganho individual é mais importante do que eventual relacionamento a ser preservado, adotando, para tanto, uma posição inflexível e forçando o outro lado a ceder o máximo possível. De outro lado, temos o negociador afável, que se preocupa mais com a preservação dos relacionamentos futuros e com sua imagem de pessoa boa, adotando uma postura extremamente flexível, ao “abrir mão” de seus ganhos individuais e necessidades, para findar de uma vez o conflito.

Nesse sentido, a adoção da negociação baseada em princípios ou interesses pode atender a tais propósitos, oferecendo um método que leve a acordos mutuamente aceitáveis.

O modelo da negociação integrativa tem como objetivo a resolução de problemas e conflitos com a geração de opções de ganhos mútuos, com enfoque na integração dos interesses de ambos os lados, propiciando a preservação dos relacionamentos e estimulando a colaboração dos interessados na consideração recíproca de suas necessidades. Veja-se abaixo o detalhamento dos princípios deste modelo de negociação (VEIGA, 2022):

- **separar as pessoas do problema a ser resolvido.** Frequentemente, as pessoas envolvidas em um conflito misturam as emoções com os méritos da negociação, levando apreciações para o lado pessoal e adotando o ataque/revides e a defesa/justificativas como estratégia para tentar resolver o conflito, como se as pessoas envolvidas fizessem parte ou fossem o próprio problema a ser resolvido.

A título de exemplo, ao resolver a questão da pensão alimentícia, uma das partes pode se voltar para a outra e dizer: “Você é um péssimo pai, não liga para sua filha, quero que seja condenado a pagar um valor bem alto de pensão e, até, vá preso se não pagar”, atacando a pessoa e não o problema.

Lado outro, no cenário mais adequado, pode iniciar a negociação falando sobre o que considera importante para

sua filha: “Penso que o importante para nossa filha, nesse momento, seja a maior participação e presença de ambos os pais, um ambiente favorável para o seu desenvolvimento escolar, sendo que um valor justo de pensão alimentícia apenas contribuirá para que tais objetivos sejam alcançados”;

- **concentrar-se nos interesses e não em posições, o que permite identificar as motivações principais dos negociadores, seus interesses e necessidades.** Com isso, foge-se da tendência de adotar a barganha de posições, em que um dos lados apenas apresenta ao outro o que quer ou o quanto quer, sem explicitar as razões ou o porquê de querer algo. Um exemplo clássico trazido pela Professora Mary Parker Follet auxilia a ilustrar esse princípio. Ela relata que, certa vez, estava na Biblioteca da Universidade de Harvard, em uma das salas pequenas, e uma pessoa queria que a janela ficasse aberta, enquanto ela, que a janela permanecesse fechada. As posições janela fechada vs. janela aberta representam, no caso, a vontade das partes, o que elas querem ou desejam. Na barganha posicional, a solução possivelmente seria apenas uma dessas duas opções.

Todavia, Follet relata que não queria simplesmente a sala fechada, mas sim que o vento não soprasse sobre ela. A outra pessoa, por sua vez, não desejava aquela janela específica aberta, mas apenas gostaria de ter ventilação no recinto. Assim, a solução do caso, segundo ela, foi abrir uma janela na sala ao lado, onde não havia ninguém, obtendo a ventilação sem que o vento soprasse sobre ela, sendo que ninguém precisou ceder os seus desejos e ambos conseguiram o que queriam. Desse modo, percebe-se que os interesses estão por detrás das posições, que também são chamadas de interesses aparentes. Os interesses reais representam o motivo, a razão ou o porquê de alguém querer algo de uma determinada forma, consistindo na relação de reciprocidade entre uma pessoa e um determinado bem cuja incorporação ao seu patrimônio produzirá realização ou satisfação pessoal.

Em processos judiciais, é comum perceber que as posições manifestadas nem sempre revelam os interesses das partes em conflito. Por exemplo, há casos em que pais pedem a guarda dos filhos (posição) apenas por desejarem ter maior participação na educação e crescimento deles (interesses); outros, em que a parte pede um valor alto de indenização por danos morais (posição), e o interesse, na verdade, é receber um pedido de retratação ou um compromisso, com mudanças de comportamento, impedindo que outras pessoas passem pela mesma situação;

- **gerar opções de ganhos mútuos.** Os negociadores devem ser incentivados a pensar em alternativas que contemplem tanto os seus interesses, quanto os manifestados pelo outro lado (ganhos mútuos);
- **utilizar critérios objetivos.** Serve como parâmetro para que a escolha entre as diversas opções geradas não esteja baseada exclusivamente na vontade de algum dos negociadores, mas tenha como padrão critério objetivo que faça sentido para os dois lados. Exemplicativamente, esses critérios objetivos podem ser orçamentos, tabela de preços (ex.: Tabela Fipe para veículos), índices oficiais de correção monetária e juros, valor médio de mercado, escolha de um perito comum para realização de avaliação, parâmetros definidos pela jurisprudência em casos semelhantes ou já pacificados/sumulados (ex.: hipóteses em que se configura o dano moral e o valor médio fixado a título de indenização), entre outros.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio deste breve arrazoado, procurou-se estimular reflexão a respeito dos papéis a serem desempenhados pelos operadores do Direito no sistema de Justiça a fim de alcançar a solução de conflitos e de ofertar pacificação social.

Em verdade, o papel de julgador, exercido pelos Magistrados, não se resume à prolação de Sentenças com a finalidade de encerrar

o processo. Na sua atuação, os julgadores falam em nome do Estado, não de forma a apenas reproduzir a redação do dispositivo legal – não se prega a ideia iluminista já ultrapassada de que o “Juiz é a boca da lei” –, mas principalmente para que o poder estatal, devidamente representado, oportunize o alcance da solução do conflito, não apenas sob o ponto de vista jurídico, mas sociológico também.

Ao ser acionado, o Poder Judiciário – devidamente representado por seus Magistrados e servidores – deve atuar. Contudo, cabe reconhecer, a melhor atuação, nos dias de hoje, é aquela que empresta o sentimento efetivo de que determinado conflito restou resolvido.

A não resolução do litígio entre as partes incentiva o desenvolvimento da espiral do conflito, que poderá desencadear um pior cenário.

Muitas vezes, aos operadores do direito – Magistrados, Advogados, Procuradores, Promotores, Defensores, e outros –, ao fim de mais uma jornada ou ao cabo de eventual ação ou atuação em audiência, permitem-se satisfazer com o pensamento de que se tratou de apenas mais um processo ou trabalho. Porém, aos envolvidos no litígio, o conflito não pacificado permanece; perpetua-se. A busca da solução efetiva para a lide é que deve ser o norte a espelhar a atuação judicante. As ideias voltadas para um espaço democrático de negociação favorecem a resolução dialogada do litígio, com ganhos sociais relevantes. O processo civil pode indicar esta via democrática para a cura dos males sociais pós-modernos.

Que se reflita e se busque efetivamente fomentar a paz social pelo caminho processual, interpretando-se a norma jurídica na medida do necessário para a resolução dos conflitos, em construção dialogada.

Ao final deste texto, o qual não possui a pretensão de esgotar-se em si mesmo, almeja-se oportunizar um novo estímulo, apto a ser introjetado nos operadores jurídicos, tornando a todos sensíveis ao diálogo e às soluções efetivas dos conflitos, para que se alcance, em arremate, uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **Jurisdição e processo: desafios políticos do sistema de justiça na cena contemporânea.** Florianópolis: Conceito, 2016.

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito.** v. 3. São Paulo: Conceito, 2011.

ALVIM, Thereza Arruda. **O novo código de processo civil brasileiro: sistematização, parte geral, parte especial e procedimentos.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ANTEPROJETO do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 jun. 2023.

BALESTIERI, Alessandra; FERRAZ, Taís Schilling; BACELLAR, Roberto Portugal; BALDAN, Guilherme Ribeiro. **Teoria do conflito, formas e métodos de tratamento dos conflitos: curso de formação de conciliadores e mediadores judiciais.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 2019.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade.** 3. ed. mod. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário da Justiça Eletrônico n.º 219/2010**, Brasília, DF, 1.º-12-2010, p. 2-24, republicada **Diário da Justiça Eletrônico n.º 39/2011**, Brasília, DF, 1.º-3-2011, p. 2-15.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

GIDDENS, Anthony; SUTTON, Philip W. **Conceitos essenciais da sociologia**. Tradução de Claudia Freire. São Paulo: Ed.Unesp, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

JUSTIÇA Multiportas. 8-4-2019. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2019/04/justica-multiportas.html>> Acesso em: 20 jun. 2023.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado especial federal: contributo para um modelo democrático de justiça conciliativa**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016.

VEIGA, Juliano Carneiro. Palestra. CJUR - Encontro dos Juizes de Direito Coordenadores de CEJUSC. Belo Horizonte/MG, Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes (EJEF/TJMG), 2022.

Recebido em: 23-7-2023
Aprovado em: 27-8-2023

MODIFICAÇÕES CAPITAIS NA LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS, FEITAS PELA LEI 14.382, DE 27-6-2022¹

Waldir de Pinho Veloso²

RESUMO

A Lei 6.015, de 31-12-1973, ao completar meio século da sua redação, estava carente de uma adaptação aos tempos mais modernos. Na qualidade de Lei Orgânica dos Serviços de Registros, os antigos cartórios, essa Lei precisava de uma renovação em seu corpo, para contemplar o uso da inteligência artificial, fazer acelerar os serviços prestados ao público e favorecer ao público com dados mais facilmente acessíveis de qualquer parte do Brasil. Considerando especialmente que os registros públicos regem a cidadania e são origem de todos os demais documentos pessoais, além de registrar as associações civis, as empresas e todos os imóveis em suas diversas dimensões – o que inclui as garantias que os imóveis fornecem aos seus proprietários em empréstimos e financiamentos – a legislação que domina o tema deve estar preparada para se adaptar aos tempos que se passam. A Lei 14.382, de 27-6-2022, veio trazer essas modificações, adaptar a Lei 6.015, de 31-12-1973, ao século da tecnologia da inteligência e colocar as Serventias Extrajudiciais em condições de se armar do presente para chegar, firme, ao futuro. Muitas são as modificações que a Lei dos Registros Público recebeu. Neste artigo, estão citadas as mais imponentes.

¹ **Como citar este artigo científico.** VELOSO, Waldir de Pinho. Modificações capitais na lei dos registros públicos, feitas pela Lei 14.382, de 27-6-2022. In: **Revista Amagis Jurídica**, Belo Horizonte, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, v. 15, n. 2, p. 281-314, maio-ago. 2023.

² Mestre em Linguística. Pós-Graduado em Direito. Bacharel em Direito. Professor Universitário. Escritor. Autor de livros literários, didáticos e sobre Direito. *e-mail*: waldirdepinhovelo@gmail.com

Palavras-chave: Lei dos Registros Públicos. Cartórios. Serventias Extrajudiciais. Registros Públicos.

ABSTRACT

Act 6015, dated 12/31/1973, having completed half a century of its writing, was in need of adaptation to more modern times. As the Organic Law of Registry Services, the former notaries, this Law needed to be renewed in its body, to contemplate the use of artificial intelligence, speed up the services provided to the public and favor the public with more easily accessible data of any part of Brazil. Especially considering that public registries govern citizenship and are the origin of all other personal documents, in addition to registering civil associations, companies and all properties in their various dimensions – which includes the guarantees that properties provide to their owners in loans and financing – the legislation that dominates the subject must be prepared to adapt to the passing times. Act 14,382, of 6/27/2022, brought these modifications, adapting Act 6015, of 12/31/1973, to the century of intelligence technology and putting the Extrajudicial Services in a position to arm themselves with the present to arrive, firmly, to the future. There are many modifications that the Law on Public Registries has received. In this article, the most imposing ones are mentioned.

Keywords: Public Registry Act. Registry Offices. Public Registries.

SUMÁRIO. 1 Primeiras palavras. 2 A conversão da Medida Provisória em Lei. 3 A criação do Sistema Eletrônico de Registros Públicos (SERP). 3.1 O Sistema Eletrônico de Registros Públicos (SERP). 4 Principais alterações que a Lei 14.382, de 27-6-2022, trouxe para a Lei dos Registros Públicos. 4.1 Alteração de prenome. 4.2 Alteração de sobrenome. 4.3 Averbação e a mudança de circunscrição. 4.3.1 Especificidades da averbação do contrato de locação. 4.4 Cancelamento do registro do compromisso de compra e venda de imóvel. 4.5 Certidões. 4.6 Conversão da união estável em casamento. 4.7 Habilitação para o casamento. 4.8 Momento do pagamento dos emolumentos no Serviço de Registro de Imóveis. 4.9 Prazo para o Serviço de Registro de Imóveis proceder aos registros. 4.10 Procedimento de suscitação de dúvida. 4.11 Requerimento eletrônico de registro de associações. 4.12 Títulos físicos apresentados ao Serviço de Registro de Imóveis. 4.13 Tombamento de bens imóveis e de seu eventual cancelamento. 5 Outras modificações. 6 Considerações finais. Referências.

1 PRIMEIRAS PALAVRAS

A Lei dos Registros Públicos em vigor no Brasil é a regra mais utilizada pelos Serviços de Registros, sendo estes: o Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais; o Serviço de Registro Civil de Pessoas Jurídicas; o Serviço de Registro de Títulos e Documentos e o Serviço de Registro de Imóveis.

Até que a Constituição Federal de 1988 viesse à luz, eram os chamados cartórios. A partir daí, as Serventias Extrajudiciais passaram a se chamar Serviços, embora continuem sendo popularmente conhecidos por cartórios.

A norma que comanda esses Serviços Extrajudiciais é a Lei 6.015, de 31-12-1973. Esta Lei entrou em vigor em 1.º-1-1976. Como toda lei brasileira, já sofreu inúmeras modificações. Em verdade, antes mesmo de entrar em vigor – quando ainda estava no período de *vacatio legis* – sofreu uma alteração tão profunda que mereceria ter sido revogada e substituída pela Lei 6.216, de 30-6-1975.

Após o início do vigor, nem uma modificação foi tão profunda quanto a provocada inicialmente pela Medida Provisória 1.085, de 27-12-2021, a qual foi convertida na Lei 14.382, de 27-6-2022.

Neste trabalho, haverá mais referência à Lei 14.382, de 27-6-2022, por uma questão lógica: a redação original da Medida Provisória 1.085, de 27-12-2021, que vigorou até que a Lei 14.382, de 27-6-2022, entrasse em vigor, contém menos textos legais do que a própria Lei que foi resultado da conversão. É que, durante o trâmite, aconteceram emendas parlamentares que acrescentaram outras modificações. E houve parte da Medida Provisória 1.085, de 27-12-2021, que não foi convertida e considerada no texto final da Lei 14.382, de 27-6-2022.

Para não ter que ficar explicando o que já constava da Medida Provisória 1.085, de 27-12-2021, e que continuou no texto da conversão para a Lei 14.382, de 27-6-2022, ou explicar que se tratou de inovação dos Deputados e Senadores que modificaram o original da Medida Provisória antes de transformá-la em Lei, as referências doravante serão apenas à Lei 14.382, de 27-6-2022. Mas sempre

com a lembrança de que, em mais de 90% dos casos, a regra retroage a 28-12-2021, quando houve a publicação da Medida Provisória que, seis meses após, transformou-se na Lei 14.382, de 27-6-2022.

Também haverá um breve histórico do trâmite da Medida Provisória 1.085, de 27-12-2021, até a conversão na Lei 14.382, de 27-6-2022.

2 A CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA EM LEI

A Constituição Federal de 1988 determina, em seu art. 62, § 3.º, que uma Medida Provisória tem vigência inicial de sessenta dias, sendo prorrogável por mais sessenta dias. Nesse período, deverá ser convertida em Lei, para que continuem sendo válidas as ordens contidas em seu teor.

Se não prorrogada, a Medida Provisória perde a vigência em sessenta dias. Ao fim dos hipotéticos 120 dias (prazo original, com uma prorrogação), se não convertida em Lei, também perde a vigência. Durante o período que intermedeia a edição da Medida Provisória e a sua conversão em Lei ou a perda do vigor por não transformação em Lei pelo Congresso Nacional, o Presidente da República pode revogar a Medida Provisória, por outra norma de igual nome e função. E todos os integrantes do Congresso Nacional podem propor emendas para inserção, retirada ou modificação de parte do conteúdo da Medida Provisória em discussão.

Se quiserem não converter a Medida Provisória em Lei, é suficiente que os membros da Câmara dos Deputados (a primeira a apreciar e votar – Constituição Federal, art. 62, § 8.º) e do Senado Federal não façam a votação da conversão. Mas por entendimento óbvio, também podem, na votação, rejeitar a conversão. Se não convertida em Lei, a Medida Provisória terá seus efeitos limitados aos atos praticados ao tempo efêmero da sua vigência (Constituição Federal, art. 62, § 11), ainda que esses atos se prolonguem.

Passados os primeiros sessenta dias de vigência de uma Medida Provisória, há necessidade de o Presidente da Mesa do Congresso Nacional editar um Ato de prorrogação.

Fato adicional é que esses prazos são suspensos “durante os períodos de recesso do Congresso Nacional” (Constituição Federal, art. 62, § 4.º), o que pode elevar os sessenta dias para quase três meses.

Somando-se a essa realidade, a prática indica que a Medida Provisória 1.085, de 27-12-2021, teve a vigência prorrogada por Ato do Presidente de Mesa do Congresso Nacional (Ato n. 17, de 31-3-2022, publicado no dia primeiro de abril). Logo, a vigência foi elevada para 1.º-6-2022. Considerando que até essa data já havia feita a votação, iniciada na Câmara dos Deputados e, depois, sendo apreciada pelo Senado Federal (Constituição Federal, art. 62, § 8.º), o fato de o Projeto de Lei de conversão ter demorado uns dias para a sanção presidencial e a publicação, quando recebeu a numeração e o nome oficial de Lei, não retirou a vigência do texto. Isto porque o § 12 do art. 62 da Constituição Federal determina que “Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.”.

Todo esse histórico fez com que a Medida Provisória 1.085, de 27-12-2021, somente fosse convertida em Lei em exatos 180 dias após a sua edição, sendo que a própria Constituição dispõe que são 120 dias (sessenta dias originais, com uma possível prorrogação).

Foi quando nasceu a Lei 14.382, de 27-6-2022.

3 A CRIAÇÃO DO SISTEMA ELETRÔNICO DE REGISTROS PÚBLICOS (SERP)

A Lei 11.977, de 7-7-2009, trata do Programa Minha Casa, Minha Vida. A Lei Complementar 95, de 26-2-1998, dispõe em seu art. 7.º, incisos I e II, que “excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto;” e “a lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão;”.

Em desobediência máxima à norma que fixa as condições para redação de uma norma jurídica, a Lei 11.977, de 7-7-2009,

trouxe em seu art. 37 que “Os serviços de registros públicos de que trata a Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973, observados os prazos e condições previstas em regulamento, instituirão sistema de registro eletrônico”. Uma criação totalmente desconectada do objetivo da Lei. Uma infração às técnicas legislativas.

O fato de o “sistema de registro eletrônico” depender de um regulamento, o que se dá por Decreto, fez com que a ideia ficasse dormindo por treze anos em gavetas administrativas. Nada foi feito para regulamentar. Destarte, nada adiantou constar da Lei 11.977, de 7-7-2009, que seria instituído o sistema de registro eletrônico.

Em dezembro de 2021, mais precisamente no dia 28, foi publicada a Medida Provisória 1.085, de 27-12-2021, que deu nome ao “sistema de registro eletrônico”. E, mais do que isso, disciplinou o sistema, o que foi feito em nove artigos. Passou a ser denominado Sistema Eletrônico dos Registros Públicos (Serp).

A ampliação das definições do Sistema Eletrônico dos Registros Públicos (Serp) se deu em duas etapas. A própria Medida Provisória 1.085, de 27-12-2021, trouxe detalhes, e, em vez de deixar a regulamentação por conta de um Decreto – como acontece com as demais leis – delegou à Corregedoria Nacional de Justiça o poder de especificar, orientar e determinar rumos para que o Sistema Eletrônico dos Registros Públicos (Serp) possa, efetivamente, funcionar. A Corregedoria Nacional de Justiça, órgão do Conselho Nacional de Justiça, é responsável pela fiscalização geral dos Serviços Notariais e Registrars em nível nacional.

A Medida Provisória 1.085, de 27-12-2021, não tratou apenas do SERP. Também fez amplas alterações nos registros públicos brasileiros, especialmente simplificando algumas técnicas, diminuindo os prazos para que os Serviços de Registros (especialmente os de Imóveis), os antigamente chamados de Cartórios, prestem os serviços e, sobretudo, determinando os procedimentos com base nos sistemas de inteligência artificial, o que se dá com uso de computadores interligados à rede de comunicação externa.

A Medida Provisória 1.085, de 27-12-2021, além da criação do SERP, fez uma grande modificação nas Leis que cuidam do registro

público no Brasil. A Lei 6.015, de 31-12-1973, foi o principal alvo. Em relação às novas redações, acréscimos e supressões da Lei 6.015, de 31-12-1973, o vigor foi imediato. O funcionamento do SERP propriamente dito, em alguns pontos, tornou-se carente de uma necessária regulamentação. Regulamentação que, conforme já dito e credor de repetição, é da competência da Corregedoria Nacional de Justiça.

A ideia de delegar à Corregedoria Nacional de Justiça a regulamentação de um setor em que ela transita, por ordem do seu destino, com conhecimento máximo, é acompanhada de diversas vantagens em comparação com uma regulamentação por meio de um Decreto de autoria da Presidência da República. Inicialmente, diz-se que a Corregedoria Nacional de Justiça, tendo as qualidades de órgão fiscalizador dos Serviços Notariais e Registros do Brasil, tem amplo conhecimento das necessidades de o que deve constar com regra a ser cumprida para o bom funcionamento do Sistema Eletrônico dos Registros Públicos.

Em segundo lugar, uma norma da Corregedoria Nacional de Justiça, a ser aplicada em todo o Brasil, dá-se por meio de um Provimento, o qual é de redação e aprovação céleres. Muito mais célere é uma eventual percepção de necessidade de modificação e atualização do conteúdo do que já fora regrado, podendo a Corregedoria Nacional de Justiça, com destreza e rapidez exemplares, modificar o texto normativo em vigor por meio de um novo Provimento modificador ou substituto do anterior.

Principalmente, a Corregedoria Nacional de Justiça tem contatos permanentes com as Corregedorias-Gerais de Justiça de cada Estado-membro e com os Juízes Diretores de Foros de todas as Comarcas do Brasil. Desta forma, uma eventual sugestão de modificação – para aplicação mais justa e mais correta das determinações – do teor de um Provimento, é muito mais acessível a uma ampla coletividade em comparação com as dificuldades que teria um Juiz de Direito Diretor de um Foro de uma pequena Comarca para ser atendido pela equipe da Presidência da República. Entre Juízes Diretores do Foro, Corregedorias-Gerais de Justiça

(estaduais) e Corregedoria Nacional de Justiça, a comunicação é diária e instantânea, em sistema equiparado a um “chat” de troca de mensagens em tempo real.

3.1 O SISTEMA ELETRÔNICO DE REGISTROS PÚBLICOS (SERP)

O Sistema Eletrônico dos Registros Públicos (Serp) é a centralização dos atos jurídicos que passam pelos Serviços de Registros Públicos de todo o Brasil. Esses Serviços de Registros Públicos são os antigos cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais, Registro Civil das Pessoas Jurídicas, Registro de Títulos e Documentos, e Registro de Imóveis.

O SERP centraliza os dados que, antes da sua existência, dormiam exclusivamente nos computadores de cada um dos Serviços Registrados brasileiros.

Com o SERP, há a interconexão dos Serviços de Registros Públicos de todo o Brasil. Com os dados contidos inicialmente nos computadores exclusivos dos Serviços de Registros Públicos sendo centralizados em único servidor (computador que recebe e compartilha dados), o próprio público, os Tabelionatos de Notas, todos os demais Serviços Registrados e a Administração Pública, têm acesso a certidões com maior facilidade, maior celeridade e mais eficiência. Trata-se de uma simplificação também em relação ao tempo de prestação dos serviços, pois uma Serventia Extrajudicial (outra denominação para os Serviços Notariais e de Registros, que até 1988 se chamavam cartórios) tem que digitalizar todo o seu acervo para inserir os dados no SERP. Assim, quando ela própria precisar fazer uma consulta, uma pesquisa ou a emissão de uma certidão, os registros contidos em seus velhos livros já estão na memória do computador.

Em relação ao público usuário dos serviços de uma Serventia Extrajudicial, os pedidos podem ser feitos via internet e também nos balcões de quaisquer outras Serventias, sendo fácil para um Serviço de Registro ou um Tabelionato de Notas acessar o SERP e conseguir

a emissão da certidão que pode ser impressa e entregue ao usuário ou ser disponibilizada em formato eletrônico. Tudo isso, com utilização dos sistemas de informação e tendo a garantia de originalidade e a segurança jurídica contextualizadas pela presença do selo eletrônico e da fé pública de quem emite a certidão.

O SERP também possibilitou que o usuário, por meio da internet, remeta aos Serviços Registrais os documentos a serem registrados, averbados ou anotados. Logo, é possível a remessa de uma escritura pública, por exemplo, ao Serviço de Registro de Imóveis, para qualificação (análise do teor do documento e confirmação se preenche todos os requisitos) e registro. Ainda por meio da internet, o usuário receberá a informação dos valores dos emolumentos e, uma vez depositados esses e feito o envio – eletrônico – do comprovante do correspondente pagamento, há a prática do ato e a emissão das certidões que forem requeridas.

Para sua atuação como uma central de dados registrais de todo o Brasil, o SERP funciona como uma entidade civil sem fins lucrativos, sendo criado e sustentado pelos registradores de todo o Brasil. A criação e os subsídios para manutenção e existência do SERP são obrigações e responsabilidades inerentes à função delegada de titular ou interino de um Serviço de Registro Público.

4 PRINCIPAIS ALTERAÇÕES QUE A LEI 14.382, DE 27-6-2022, TROUXE PARA A LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS

A Lei 6.015, de 31-12-1973, entrou em vigor em 1.º de janeiro de 1976. Desde a sua elaboração, trâmite e votação, já se passou meio século. Algumas modificações já se mostravam necessárias. Principalmente, o fato de que, em tempos atuais, a utilização das tecnologias da inteligência proporciona uma prestação de serviço registral em tempo diferenciado em relação à época em que tudo era manuscrito, em pesados livros físicos, e cujas certidões ou eram datilografadas ou escritas à mão, em documentos pré-impressos que continham espaços a serem completados.

As mais marcantes modificações que a Lei 14.382, de 27-

6-2022, trouxe para a Lei 6.015, de 31-12-1973, foram as novas redações de artigos que tratam:

- da averbação de documento em matrícula de imóvel que teve a circunscrição alterada para outra Serventia;
- da emissão, pelos Serviços de Registro, de certidões;
- da recepção, pelos Serviços de Registro, de documentos com a utilização dos meios eletrônicos;
- do tempo que os Serviços de Registro têm para os procedimentos internos, após a recepção dos documentos, que resultem em escrituração do que for requerido ou emissão de nota devolutiva exigindo complemento da documentação;
- dos emolumentos, em sua forma de quitação.

Nos subitens seguintes, alguns dos tópicos mais imponentes, e credores de maiores indagações, resultado de interferência da Lei 14.382, de 27-6-2022, na Lei dos Registros Públicos.

4.1 ALTERAÇÃO DE PRENOME

Até o fim do ano de 2021, era imutável o prenome das pessoas naturais. Era somente possível, mas com dificuldade e somente por ação judicial, a inserção de nomes publicamente conhecidos ao lado do prenome, caso dos artistas e políticos que têm codinomes muitas vezes mais conhecidos do que os próprios nomes registrais. O deferimento da pretensão somente após longo processo judicial, com bastante prova de que havia conhecimento geral, por parte do público, do apelido a ser acrescentado. Mas o prenome propriamente dito, não era eliminado, neste caso: apenas podia receber o codinome amplamente conhecido.

Anova redação do art. 56 da Lei 6.015, de 31-12-1973, permitiu que a pessoa interessada possa requerer, administrativamente, na própria Serventia, a mudança do nome, incluindo o prenome.

A alteração máster é a possibilidade de mudança do nome. Esta é a novidade que causa impacto social. Acabou, por exemplo, a necessidade de adoção de “nome social” para as pessoas que querem se apresentar com nomes condizentes com o sexo que julgam ter e, não, o gênero sexual com o qual nasceram e sob o reino do qual foram registradas. Obviamente, a possibilidade de alteração de nome também se aplica a pessoa que, simplesmente, não gosta do prenome e gostaria de ter outra identidade registral.

O requerimento não precisa ser acompanhado de qualquer prova. É acessível a qualquer pessoa. Basta informar que quer a mudança do nome, sem justificativa.

Antes, as raras modificações de prenome eram determinadas pelo Poder Judiciário e após longo e penoso processo, com provas de constrangimento como no caso de nome feminino para pessoa do sexo masculino, ou vice-versa.

Com as alterações da Lei dos Registros Públicos (art. 56), é suficiente que o interessado requeira diretamente ao Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais no qual há o seu registro de nascimento ou de casamento. As exigências são a maioridade e capacidade civis. Há uma lista dos documentos a serem apresentados, principalmente com a intenção de informação de quais os órgãos deverão ser notificados acerca da mudança do nome. O requerimento é da troca do nome, sem precisar, sequer, explicar, justificar ou provar por que quer, necessita ou supõe necessitar fazê-lo.

O detalhe complementar é que, caso queira, a pessoa poderá voltar a utilizar o nome anterior (algo como José mudar o próprio nome para João e, posteriormente, querer voltar a se chamar José). Mas essa mudança em tom de retroatividade somente pode ser feita por processo com trâmite no Poder Judiciário.

Também há a possibilidade de os pais do recém-nascido mudarem o nome do registrado, desde que o requerimento – diretamente ao Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais no qual está o recém-nascido registrado – seja aviado no prazo de até quinze dias após o registro. É o caso típico de os pais escolherem

um nome e somente um deles comparecer ao Serviço de Registro de Pessoas Naturais para requerer o registro, e declarar outro nome para o registrando. Ou pretenderem um nome e, por equívoco ou por dificuldade na pronúncia, o Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais escriturar outro nome, ainda que parecido com o desejado. Casos de Júneco (em vez de Júnior), Engrid (em vez de Ingrid), Efigênia (em vez de Ifigênia); Charli (em vez de Charles) ou minúcias como Carlo Mário (em vez de Carlos Mário), Márius (em vez de Mário), Márcus (em vez de Marcos), etc. Outras vezes, há ausência de um dos sobrenomes da família, quando da declaração. E os pais querem o sobrenome abrangendo ambas as originárias famílias.

Se ambos os pais requerem a alteração do nome da criança – ou o prenome, ou o sobrenome, ou o nome completo – o próprio Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais procederá à alteração. Se apenas um dos genitores apresentar oposição em relação ao nome registrado para o filho e requerer alteração, o Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais remeterá o requerimento para o Juiz especializado em Registros Públicos ou, em não o havendo na Comarca, ao Juiz Diretor do Foro ou ao Juiz da Vara Cível, conforme constar da Organização Judiciária do Estado-membro.

4.2 ALTERAÇÃO DE SOBRENOME

A facilidade para troca de prenome se estende para o caso de inserção de sobrenome que pertenceu à família até poucas gerações passadas e, com os acréscimos de sobrenomes dos novos integrantes da família, pelos casamentos, ficou perdido.

A alteração de sobrenome sempre teve maior flexibilidade em comparação com a rigidez própria deferida ao prenome.

Sempre se permitiu a alteração de sobrenome em hipóteses de casamento. Anteriormente a 1977, ao se casar a mulher deveria incorporar ao seu o sobrenome do marido. De 1977 em diante, a inserção do sobrenome do marido se tornou alternativa. A Lei 6.515, de 26-12-1977, ao permitir o divórcio, também permitiu à mulher

(até então, somente a mulher modificava o sobrenome ao se casar) voltar a assinar o nome de solteira, quando se divorciava.

Com o Código Civil de 2002 (art. 1.565, § 1.º) passou-se a permitir que, com o casamento, também o marido possa incorporar ao seu o sobrenome da mulher.

A partir de 2013, passou-se a proceder aos casamentos entre pessoas do mesmo sexo, com a possibilidade de inserção do sobrenome de um cônjuge ao sobrenome do outro (Resolução CNJ 175, de 14-5-2013, do Conselho Nacional de Justiça).

A união estável também permite, em casos especiais, que um convivente adote como seu o sobrenome do outro.

A facilidade maior se deu com a nova redação do art. 57 da Lei 6.015, de 31-12-1973, que trouxe clareza de oportunidades de alteração de sobrenomes. O texto está assim redigido, por obra da Lei 14.382, de 27-6-2022:

Art. 57. A alteração posterior de sobrenomes poderá ser requerida pessoalmente perante o oficial de registro civil, com a apresentação de certidões e de documentos necessários, e será averbada nos assentos de nascimento e casamento, independentemente de autorização judicial, a fim de:

I - inclusão de sobrenomes familiares;

II - inclusão ou exclusão de sobrenome do cônjuge, na constância do casamento;

III - exclusão de sobrenome do ex-cônjuge, após a dissolução da sociedade conjugal, por qualquer de suas causas;

IV - inclusão e exclusão de sobrenomes em razão de alteração das relações de filiação, inclusive para os descendentes, cônjuge ou companheiro da pessoa que teve seu estado alterado.

[...]

§ 2.º Os conviventes em união estável devidamente registrada no registro civil de pessoas naturais poderão requerer a inclusão de sobrenome de seu companheiro, a qualquer tempo, bem como alterar seus sobrenomes nas mesmas hipóteses previstas para as pessoas casadas.

[...]

§ 3.º-A O retorno ao nome de solteiro ou de solteira do companheiro

ou da companheira será realizado por meio da averbação da extinção de união estável em seu registro.

Complementa-se o estudo ao se referir que o art. 94-A da Lei 6.015, de 31-12-1973, artigo que foi acrescentado pela Lei 14.382, de 27-6-2022, permite que, em caso de “sentenças declaratórias de reconhecimento e dissolução, bem como dos termos declaratórios formalizados perante o oficial de registro civil e das escrituras públicas declaratórias e dos distratos que envolvam união estável” também seja registrado “nome que os companheiros passam a ter em virtude da união estável”. Obviamente, em caso de já haver o registro de união estável com mudança de sobrenome, em ocorrendo dissolução da união estável, poderão os conviventes optar pela volta ao nome anterior ao reconhecimento.

4.3 AVERBAÇÃO E A MUDANÇA DE CIRCUNSCRIÇÃO

A Lei 14.382, de 27-6-2022, deu nova redação ao art. 169 da Lei 6.015, de 31-12-1973. A capital novidade ficou por conta da fixação rígida da única circunscrição de um imóvel, para efeitos de averbação.

O sistema registral tradicional determinava o seguinte trâmite: se um imóvel estava situado em um local que era marcado – como integrante de um mapa – que pertencia a uma circunscrição (competência) de um Serviço de Registro de Imóveis, se houvesse alteração da circunscrição para outro Serviço de Registro de Imóveis, havia a conservação da competência anterior para a escrituração de averbação. Explicando melhor, e colocando identificação. O imóvel – urbano ou rural – estava fincado em local que pertencia à circunscrição do Serviço de Registro de Imóveis “A”. Com a alteração da Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado-membro, o imóvel era deslocado para a competência da Serventia “B”. Quando da alteração da Lei, o imóvel já se encontrava matriculado na Serventia “A”. Até que o proprietário necessitasse fazer um **registro** ao pé da matrícula do imóvel, os atos registrais

que são feitos por **averbação** continuavam sendo escriturados ao pé da matrícula existente na Serventia “A”, mesmo o imóvel já estando legalmente dentro da circunscrição da Serventia “B”.

Um dos motivos da alteração de circunscrição é a transformação de um Município, até então integrante de uma Comarca com sede em outro Município, em sede de Comarca. Outro motivo é a percepção de que as vias rodoviárias entre a sede de um Município que integra uma Comarca e o Município que é sede da Comarca vizinha estão mais facilmente transitáveis. Identificando, fica assim. Um imóvel está no Município “C” e os atos registrais têm que ser feitos na Serventia “D”, que está na sede do Município “E”. Com o tempo, o Município “C” se torna sede de Comarca. O imóvel continuava matriculado e registrado na Serventia Imobiliária do Município “C” até que houvesse necessidade de algum **registro** em relação ao imóvel. Se o ato registral dependesse de apenas uma **averbação**, tudo continuava sendo feito na mesma Serventia Imobiliária que atendia ao Município “C” antes de ele se tornar sede de Comarca e, por consequência, ter sua própria Serventia Imobiliária.

Outra situação. O imóvel está em um bairro “F”, cuja circunscrição é exclusiva da Serventia “G”. A cidade, que é sede da Comarca, tem apenas uma Serventia. Com o tempo, há a criação de mais um Serviço de Registro de Imóveis. E, no novo “mapa” da cidade, o bairro “F”, no qual está o imóvel, passa a ser circunscrição da nova Serventia, aqui identificada como “H”. De forma imediata, não havia e não há (art. 170 da Lei 6.015, de 31-12-1973) obrigatoriedade de fazer nova matrícula, na Serventia “H”, apenas porque houve a alteração de competência. Até a nova redação do art. 169 da Lei 6.015, de 31-12-1973, dada pela Lei 14.382, de 27-6-2022, somente havia obrigação de ser aberta nova matrícula, na nova Serventia, quando o ato registral necessário fosse um **registro**. Logo, em caso de venda, de uma oferta do imóvel em garantia hipotecária ou pignoratícia e pouco mais. Mas se se tratasse de **averbar** um novo documento do proprietário – como um pacto antenupcial, um contrato de locação ou qualquer outro elemento passível de averbação ao pé da matrícula

do imóvel – a competência continuava com a Serventia “G”.

A Lei 14.382, de 27-6-2022, ao dar nova redação ao art. 169 da Lei 6.015, de 31-12-1973, padronizou os atos registrais como um todo na obrigação de serem requeridos exclusivamente na única Serventia competente. Não somente registros, como também as averbações são escrituradas na nova Serventia competente.

Assim, em caso de mudança de competência – como o imóvel passar a pertencer à circunscrição da Serventia “J” sendo que pertencia à Serventia “I” e lá estava matriculado – há necessidade de transferência dos atos registrais para a nova Serventia competente, a Serventia “J”. Procede-se assim: fazem-se os requerimentos (na Serventia “I”) das certidões imobiliárias no Serviço de Registro de Imóveis no qual o imóvel está matriculado e se levam as certidões ao Serviço de Registro de Imóveis (Serventia “J”) que passou a ser competente para o local do imóvel (art. 197 da Lei 6.015, de 31-12-1973). A Serventia que se tornou competente fará nova matrícula para o imóvel (art. 227 da Lei 6.015, de 31-12-1973), com base nos “elementos constantes do título apresentado” (art. 196 da Lei 6.015, de 31-12-1973). Uma vez matriculado o imóvel, ao pé da matrícula, procede-se ao registro da propriedade (art. 227 da Lei 6.015, de 31-12-1973).

Em caso de existência de ônus constantes da matrícula do imóvel em sua Serventia de origem, as certidões as indicarão (art. 197 da Lei 6.015, de 31-12-1973). E serão transcritas, na nova Serventia competente, com as qualidades de anotações.

Em caso de mudança de competência de Serventia sobre um imóvel, e como já dito, não há obrigação de abertura imediata de matrícula na nova Serventia competente. A obrigação de abertura de matrícula se dá em caso de necessidade de averbação ou de registro de algum elemento ao pé da matrícula do imóvel. Se demorarem décadas entre a data da mudança da circunscrição (o imóvel passa da competência da Serventia “K” para a Serventia “L”) e o momento em que o proprietário ou seus sucessores tiverem necessidade de um registro ou uma averbação, em todo esse período o imóvel continuará matriculado na Serventia originária.

O fato de a Lei 14.382, de 27-6-2022, ter determinado que não somente em caso de registro como também em caso de averbação de algum documento como anexo à matrícula de um imóvel que teve a circunscrição alterada, há a necessidade de abertura de nova matrícula na Serventia que se tornou competente em razão das mudanças, não importa em grandes complicações para os proprietários de imóvel. Até mesmo porque, com a mudança de circunscrição, mais cedo ou mais tarde haverá a necessidade de procedimento de nova matrícula, com encerramento da matrícula que teve vida na Serventia cuja competência foi perdida em relação a um determinado imóvel.

Mas há uma complicação.

Antes de dizer da específica complicação, cede-se espaço para lembrar que também houve nova redação para o art. 176 da Lei 6.015, de 31-12-1973, trazendo a obrigatoriedade de nova matrícula, quando houver alteração de circunscrição, em caso de averbação (antes, era somente em caso de registro). O art. 176 da Lei 6.015, de 31-12-1973, apenas especificou, explicitamente, o que já estava descrito no art. 169 da mesma Lei.

Como subitem seguinte, apresenta-se a dificuldade de aplicação do teor do art. 169 da Lei 6.015, de 31-12-1973, em caso de averbação de contrato de locação.

4.3.1 ESPECIFICIDADES DA AVERBAÇÃO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO

Anteriormente à nova redação do art. 169 da Lei 6.015, de 31-12-1973, o que foi feito pela Lei 14.382, de 27-6-2022, como já reportado, quando se tratava de qualquer averbação, a competência continuava com a Serventia que teve a circunscrição perdida em relação ao um imóvel. E há um caso muito especial, previsto no item 16 do inciso II, do art. 167, combinado com o parágrafo único do mesmo artigo, ambas as normas previstas na Lei 6.015, de 31-12-1973.

A regra é a de que, em caso de um imóvel locado ser colocado à venda, o adquirente terá preferência na aquisição, tanto por tanto e

nas mesmas condições de pagamento, em comparação com qualquer pretendente. Mas há a obrigação de que, anteriormente ao negócio com outra pessoa fora da relação locatícia, o contrato de locação contenha a cláusula da preferência do locatário na aquisição do imóvel alugado, e que o contrato esteja averbado ao pé da matrícula do imóvel ao qual se refere.

A dificuldade começa quando se pensa que o interessado no caso é o locatário. Este locatário é que deve pegar da sua via do contrato de aluguel e providenciar a averbação deste documento por meio de requerimento feito no Serviço de Registro de Imóveis no qual o imóvel alugado estiver matriculado e registrado. O locador, raramente, teria esse interesse.

Após a mudança promovida no art. 169 da Lei 6.015, de 31-12-1973, por força da Lei 14.382, de 27-6-2022, mesmo em se tratando de uma averbação, a escrituração correspondente somente poderá ser feita na Serventia que se tornou competente. Imagina-se a situação de um imóvel cuja matrícula se encontra na Serventia “A”. Por uma determinação da Divisão Judiciária do Estado-membro, a competência para proceder aos atos registrais referentes ao local em que se situa o imóvel foi transferida para a Serventia “B”. Após a competência para atos registrais referentes ao imóvel ser transferida da Serventia “A” para a Serventia “B”, o proprietário não teve necessidade de qualquer registro (e, desde o início de 2022, tampouco precisou de requerer alguma averbação). Sendo o imóvel alugado e havendo cláusula contratual fixando que, em caso de o proprietário colocar o imóvel à venda, o locatário terá preferência na aquisição, pelo preço e condições em que outrem oferecer, há necessidade de averbação à margem (melhor ainda, ao pé ou no primeiro espaço disponível no fôlio registral) da matrícula do imóvel. Pela nova regra, a única matrícula que pode receber essa averbação é a que estiver feita (ou que venha a ser feita) na Serventia que for, no momento, a competente para a prática da averbação.

Neste ponto, instala-se o problema, o qual não existia até que a Medida Provisória 1.085, de 27-12-2021, que foi convertida na Lei 14.382, de 27-6-2022, impedir que as averbações continuassem

sendo feitas ao pé de matrícula que se acha feita em Serventia que deixou de ser a competente (antes, obviamente, de a “transferência” do imóvel ocorrer para a nova Serventia competente). É que o interesse na averbação é praticamente exclusiva do locatário. E este não requererá, por sua exclusiva conta, uma matrícula do imóvel na nova Serventia competente para, em ato seguinte, ser averbado o contrato de locação. Até mesmo porque a venda do imóvel é uma hipótese, o preço ser acessível também é uma possibilidade, e o momento em que o proprietário-locador colocar o imóvel à venda coincidir com o tempo em que o locatário tem condições financeiras de fazer a compra também flutua no campo das suposições.

Neste caso, muito provavelmente o contrato não será averbado e o locatário perderá o direito de preferência, mesmo havendo cláusula contratual assim fixando.

Se não tivesse havido a determinação da impossibilidade de a Serventia cuja circunscrição foi desfeita em relação a um imóvel continuar escriturando validamente o ato da averbação do contrato de locação, o locatário poderia requerer a averbação em uma Serventia que teve a competência em relação ao imóvel e que, por modificações na divisão judiciária do Estado-membro, essa competência foi transferida para outra Serventia sendo que, no momento em que o locatário precisa fazer o requerimento da averbação, o proprietário ainda não providenciou a nova matrícula do imóvel na Serventia que se tornou competente.

Somente um detalhe adicional: essa modalidade de registro tem os requisitos fixados no art. 242 da Lei 6.015, de 31-12-1973. Vê-se, pois, a complexidade do contrato de locação, que se acha assim indicado:

- se a cláusula contratual for no sentido de que, se ocorrer venda, o adquirente fica obrigado a cumprir o contrato e até o fim e a renová-lo nas condições contratuais, há necessidade de **registro** (art. 167, inciso I, item 3.º, da Lei 6.015, de 31-12-1973);
- se a cláusula contratual for no sentido de que, antes de vender a um terceiro, o locador dará preferência ao locatário para

que esse compre o imóvel pelo mesmo preço e condições que o imóvel for colocado à venda e, em caso de um terceiro apresentar uma contraproposta, também notificar ao locatário para o exercício da preferência, não se trata de registro do contrato de locação, mas de **averbação** (art. 167, inciso II, item 16, da Lei 6.015, de 31-12-1973);

- os requisitos do contrato, para registro ou averbação estão no parágrafo único do art. 167, da Lei 6.015, de 31-12-1973, e, especificamente sobre a averbação, também no art. 242 da mesma Lei.

E, a título de conhecimento, ainda há a possibilidade de o contrato de locação ser registrado no Serviço de Registro de Títulos e Documentos (art. 129, item 1.º, da Lei 6.015, de 31-12-1973), para surtir efeitos contra terceiros. Como visto, também fora do presente estudo, neste subitem, encontra-se o caso do **registro** do contrato de locação, citado no marcador anteriormente descrito, pois, mesmo antes de a Lei 14.382, de 27-6-2022, dar nova redação ao art. 169 da Lei 6.015, de 31-12-1973, por se tratar de **registro**, somente poderia ser feito na Serventia cuja competência coincidissem com a atualidade do requerimento.

4.4 CANCELAMENTO DO REGISTRO DO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL

Um dos temas que mais causam complicações aos negociantes de lotes em prestações é a possibilidade de registro do contrato de compra e venda. Para o adquirente do lote a prestação, é a grande garantia de que o promitente vendedor não negociará o mesmo lote com outra pessoa. Isso porque, ao pé da matrícula do lote, fica gravado o fato de que houve a negociação com alguém que, quando cumprir o compromisso de comprar (efetuar todos os pagamentos prometidos, no prazo combinado) terá direito à documentação (escritura pública em condições de ser registrada no Serviço de Registro de Imóveis).

O art. 251-A da Lei 6.015, de 31-12-1973, como parte das introduções feitas pela Lei 14.382, de 27-6-2022, padronizou o registro do cancelamento do compromisso de compra e venda de lotes e de unidades construtivas, quando feito contratando pagamento parcelado. As regras impõem prévia notificação da parte inadimplente. Descumprida a obrigação e, mesmo após notificado, se o adquirente continuar sem purgar a mora, haverá o cancelamento do registro do contrato de compromisso de compra e venda. E o imóvel estará em condições para ser negociado com outra pessoa.

A Lei 6.766, de 19-12-1979, é a que cuida do contrato de compromisso de compra e venda e prevê como e qual o percentual que o promitente vendedor devolverá ao promitente comprador em caso de rescisão contratual. Devolução em referência aos valores já pagos pelas prestações já vencidas, além de eventuais entrada, arras ou sinal.

4.5 CERTIDÕES

Um dos grandes benefícios, para os usuários dos registros públicos, é a obtenção de certidões. Em vez de até cinco dias, as Serventias têm, a partir da Lei 14.382, de 27-6-2022, ter modificado a Lei 6.015, de 31-12-1973, o prazo que tem início por quatro horas.

Outra novidade é que as certidões podem ser obtidas “eletronicamente, com uso de tecnologia que permita a sua impressão pelo usuário e a identificação segura de sua autenticidade, conforme critérios estabelecidos pela Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça, dispensada a materialização das certidões pelo oficial de registro.” (§ 5.º do art. 17 da Lei 6.015, de 31-12-1973). Em outras palavras, a entrega da certidão impressa, no balcão da Serventia, tornou-se uma exceção, sendo a regra a disponibilização da certidão por meio eletrônico com possibilidade de o próprio usuário ou transmitir eletronicamente o documento para o destinatário ou ele próprio imprimir a certidão em seu computador e sua impressora. Vale, por exemplo, para obtenção de certidão de nascimento ou de casamento, bem como as referentes ao Serviço de

Registro de Títulos e Documentos e ao Serviço de Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

O fato de os dados estarem centralizados no Sistema Eletrônico de Registros Públicos, possibilita que o interessado, mesmo sabendo que o registro (por exemplo) do seu nascimento se deu em um Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais de uma cidade do interior do Estado “A”, possa requerer uma segunda via dessa certidão de nascimento em um Serviço de Registro Civil ou um Tabelionato de Notas de uma cidade do Estado “B”. Obviamente, pagará emolumentos em dobro, pois o Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais perceberá os emolumentos para emissão da certidão e o Serviço Notarial ou Registral também perceberá emolumentos pela intermediação. Poderá a própria pessoa interessada, remotamente, requerer a certidão diretamente na Serventia na qual teve o registro de nascimento ou o assento de casamento. E a Serventia fará a remessa por meio eletrônico, para que o próprio destinatário imprima o documento, se dele precisar cópia impressa.

Em se tratando de registro de imóveis, há regras especiais. Quando o pedido de uma certidão já indicar números que individualizam, como livro e folhas ou o número da matrícula, em se tratando de requerimento de documento eletrônico acerca de “inteiro teor da matrícula ou do livro auxiliar”, o fornecimento do documento eletrônico se dará em, no máximo, quatro horas. Se o requerimento se der no fim do expediente, o complemento das horas será contado a partir da reabertura do Serviço de Registro de Imóveis, no próximo dia que tiver expediente. Há prazos de um dia (quando se tratar de certidão que indica se o imóvel tem alguma pendência, algum gravame – as denominadas certidões por quesitos porque o interessado requer uma certidão específica, como uma “certidão negativa de ações reais e pessoais reipersecutórias” – e prazos de até cinco dias, quando se tratar de certidões especiais, como as que trazem o conteúdo dos últimos vinte anos (vintenárias), dos últimos trinta anos (trintenárias) ou dos últimos quinze anos (quinzenárias), ainda que esses tempos alcancem outros proprietários (anteriores)

ou mesmo outras matrículas que se transformaram nas matrículas imobiliárias atuais.

4.6 CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO

Quando o casal tem união estável documentada em escritura pública declaratória, a conversão dessa união estável em casamento passou a ser mais célere e mais rápida, conforme o teor do novo art. 70-A, que foi inserto na Lei 6.015, de 31-12-1973, pela Lei 14.382, de 27-6-2022.

O requerimento se dá diretamente no Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais do local da residência do casal, por ser a Serventia que é competente para o processo de habilitação para o casamento. A conversão se inicia com um processo de habilitação para o casamento, mas o assento do casamento se alcança com menos solenidade.

4.7 HABILITAÇÃO PARA O CASAMENTO

O processo de habilitação para o casamento inclui o interstício de publicidade da pretensão dos noivos, com o fito de dar oportunidade para que qualquer pessoa faça oposição à condição para a celebração do ato final. A publicidade oferta a oportunidade de exposição da pretensão de que determinada pessoa – normal e supostamente conhecida, por ser a publicidade no local em que a pessoa reside – quer se casar. Em havendo impedimentos, a oposição acontecerá neste momento.

O período de exposição do edital de proclamas era de quinze dias. E havia necessidade de publicação do resumo do edital em jornal, paralela à exposição física em ambiente interno da Serventia na qual se processava a habilitação para o casamento.

Houve época em que o Juiz de Direito Diretor do Foro e o Ministério Público precisavam aquiescer com o processo de habilitação para o casamento. Depois, somente o Ministério Público.

Após a nova redação do art. 67 da Lei 6.015, de 31-12-1973, determinada pela Lei 14.382, de 27-6-2022, somente o Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais atua no processo de habilitação para o casamento.

Também houve a redução do interstício de exposição do edital e a forma da sua publicação. Basta que esteja divulgado no sítio eletrônico do Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais. Não há obrigação de publicação em jornal impresso “de circulação no local de residência dos noivos”. Anteriormente à alteração, para atingir o local de residência de ambos os noivos, havia, muitas vezes, necessidade de exposição em mais de uma Serventia, o que alterava o valor para cima, atrasava o trâmite e representava mais solenidades a serem cumpridas, com os correspondentes documentos necessariamente arquivados.

Após a alteração do texto do art. 67 da Lei 6.015, de 31-12-1973, a celebração do casamento pode se dar em “até cinco dias” após o início do processo de habilitação para o casamento. Nesse prazo, será emitido o certificado de habilitação, que é o documento que habilita o casal a se casar.

4.8 MOMENTO DO PAGAMENTO DOS EMOLUMENTOS NO SERVIÇO DE REGISTRO DE IMÓVEIS

Houve um esclarecimento do momento próprio do pagamento dos emolumentos ao Serviço de Registro de Imóveis. A nova redação do art. 206 demonstra ser possível o pagamento integral dos emolumentos no momento do requerimento da prática do ato registral, ou pode o interessado pagar antecipadamente apenas o valor da prenotação, deixando o valor complementar para após a análise da documentação. Quando o Serviço de Registro de Imóveis qualificar os documentos e certificar que tudo está em condições de fundamentar a prática do ato requerido, notificará ao apresentante do requerimento para que, em até cinco dias, faça o pagamento complementar dos emolumentos.

E, óbvio, se houver o pagamento integral antecipado, se não

houver a escrituração do ato registral propriamente dito, a devolução dos emolumentos será feita, retendo-se o valor correspondente à prenotação. Afinal, esse ato registral foi feito e garantiu a prioridade e a preferência durante o procedimento.

Também, por igual motivo, se se quita no ato do requerimento somente o valor dos emolumentos correspondente à prenotação, em não havendo a escrituração do ato principal requerido, não há devolução do valor da prenotação, por ser um serviço necessariamente prestado, correspondente ao recebimento do documento e o lançamento no livro próprio, denominado “Protocolo”. Por sinal, ato registral do protocolo já é garantidor de preferência em comparação com outros pretendentes e prioridade na prática do ato registral requerido.

Mais um motivo para esclarecer que a prenotação é ato sempre realizado, independentemente de o restante do que se requerer ser ou não um serviço executado.

4.9 PRAZO PARA O SERVIÇO DE REGISTRO DE IMÓVEIS PROCEDER AOS REGISTROS

Antes de a Lei 14.382, de 27-6-2022, alterar as redações dos arts. 188 e 205 da Lei 6.015, de 31-12-1973, o prazo padrão para que o Serviço de Registro de Imóveis procedesse a escrituração de um ato registral – um registro ou uma averbação – era de trinta dias. Neste período, continuava valendo o protocolo e, destarte, estava garantida a prioridade na execução dos serviços e a preferência do titular do direito de ver o seu requerimento atendido com antecedência em comparação com outros pretendentes.

As inovações do ano de 2022 impuseram um prazo padrão de dez dias. Neste tempo, deve ser feita a escrituração do ato requerido ou emitida a nota devolutiva, pedindo complemento de documentação ou de pagamento.

Se não houver divergência na documentação ou no valor depositado a título de emolumentos, o ato deve ser praticado em até cinco dias.

O novo prazo, reduzido, está previsto no art. 188 da Lei 6.015, de 31-12-1973.

O art. 205 da mesma Lei, também com nova redação imposta pela Lei 14.382, de 27-6-2022, reduz o prazo para vinte dias para que os efeitos do protocolo sejam cortados se as providências a cargo do interessado não tiverem sido supridas.

4.10 PROCEDIMENTO DE SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA

Houve alterações no procedimento de suscitação de dúvida. Não muito profundas. Uma delas é a coerente ligação ao prazo de validade do protocolo. Logo, são duas conclusões: considerando que o Serviço de Registro de Imóveis tem cinco dias (se tudo estiver em ordem, com emolumentos pagos) ou dez dias (se houver complexidade ou pedido de complemento de quitação de emolumentos ou emissão de nota devolutiva) para a prática do ato, o indeferimento imediato ou a emissão da nota devolutiva pedindo complemento, no prazo de dez dias, contados a partir do momento do protocolo do requerimento da prática do ato, deve ser o normal para dar ciência das exigências. Se o interessado não concordar com as exigências, ou não puder cumpri-las, poderá requerer o levantamento de dúvida (art. 198 da Lei 6.015, de 31-12-1973).

Após a emissão da nota devolutiva, o interessado tem até vinte dias para tomar toda a providência – ou cumprir a exigência e apresentar a documentação complementar necessária à prática do ato registral ou o requerimento de suscitação de dúvida. Esse prazo é o fixado no art. 205 da Lei 6.015, de 31-12-1973. Todos, com inovações da Lei 14.382, de 27-6-2022.

Os prazos anteriores não eram anunciados explicitamente. O Serviço de Registro de Imóveis tinha trinta dias para a prática do ato. Assim, se no vigésimo quinto dia houvesse a emissão de uma nota devolutiva, havia entendimento de que o interessado tinha somente quatro dias para providenciar a documentação, uma vez que havia a reserva de, pelo menos, um dia para o término dos serviços e o cumprimento do prazo.

A “simples” definição de prazos, da nova legislação em vigor, já representa um grande avanço no relacionamento entre o usuário e os Serviços Registral ou Notarial, bem como a impossibilidade de interpretação distinta por parte das Corregedorias-Gerais de Justiça, em cada Estado-membro.

4.11 REQUERIMENTO ELETRÔNICO DE REGISTRO DE ASSOCIAÇÕES

Em verdade, sequer haveria necessidade de dizer que podem ser por meio eletrônico os requerimentos – acompanhados da documentação necessária, o que inclui os estatutos e a ata de constituição da associação – para fazer nascer uma associação (Código Civil, art. 45). Bastaria dizer que a criação do Sistema Eletrônico de Registros Públicos (Serp) teve o caráter de fazer com que os contatos com os Serviços Notariais e Registrais não somente sejam feitos por sistema de mensagens eletrônicas, como, especialmente, criou esse Sistema como sendo central responsável por guardar os dados registrais de todo o Brasil. E deu ao Serp a condição de intermediar os contatos entre os Serviços de Registros, os Tabelionatos de Notas e as pessoas usuárias dos registros públicos.

A inovação que merece destaque é em relação à criação de entidades associativas. A remessa, desde os primeiros momentos, da documentação, pode se dar por uso das comunicações eletrônicas (art. 121, *caput*, da Lei 6.015, de 31-12-1973). Em caso de mudança de estatuto, de criação de nova diretoria ou outras atualizações, também são feitas as comunicações com o Serviço de Registro Civil de Pessoas Jurídicas com a utilização da rede mundial de computadores.

Os interessados podem, ainda, continuar fazendo a entrega da documentação de forma física ao Serviço de Registro Civil de Pessoas Jurídicas. Esta Serventia Extrajudicial, após o período de qualificação – conferência sobre os requisitos imprescindíveis da documentação apresentada – fará a digitalização de tudo e guardará apenas os arquivos eletrônicos. Os documentos físicos apresentados

ficarão à disposição de quem requereu o registro da associação – ou atualização dos dados, como uma nova diretoria – por até 180 dias após a escrituração do que foi requerido. Ultrapassado esse período, sem que tenha havido a retirada dos documentos, serão incinerados (art. 121, § 2.º, da Lei 6.015, de 31-12-1973).

4.12 TÍTULOS FÍSICOS APRESENTADOS AO SERVIÇO DE REGISTRO DE IMÓVEIS

Com a criação do Sistema Eletrônico de Registros Públicos (Serp), a intenção máxima é que todo o trâmite de documentos entre o usuário – o público em geral – e os Serviços de Registros Públicos se dê pelo sistema eletrônico. O documento já chega à Serventia digitado ou digitalizado, o que facilita os arquivamentos eletrônicos e a composição dos livros – também eletrônicos.

Se há a apresentação de um documento físico a um Serviço de Registro de Imóveis, essa Serventia tomará todas as providências tendo o documento físico como suporte. Ao término da qualificação, em havendo a prática do ato requerido, o documento físico será digitalizado e o arquivamento será exclusivamente em formato eletrônico.

Segundo dispõe o art. 194 da Lei 6.015, de 31-12-1973, com redação formatada pela Lei 14.382, de 27-6-2022, a Corregedoria Nacional de Justiça criará normas para a devolução dos documentos físicos ao interessado. Trata-se de uma norma incondizente com o que já dispõe o art. 121, § 2.º, da Lei 6.015, de 31-12-1973. Em relação ao Serviço de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, a Lei já determinou que a Serventia deve guardar os documentos físicos por até 180 dias, sendo o prazo em que o interessado deve procurar a documentação. Se não houver a procura, o documento físico (papel) será incinerado. Igual procedimento deveria ter sido fixado para o Serviço de Registro de Imóveis. Ou, coerentemente, também em relação ao Serviço de Registro Civil de Pessoas Jurídicas ter sido deixado a cargo da Corregedoria Nacional de Justiça a fixação de critérios.

Faltou um padrão.

4.13 TOMBAMENTO DE BENS IMÓVEIS E DE SEU EVENTUAL CANCELAMENTO

Quando a Lei 6.015, de 31-12-1973, foi publicada, o inciso I do art. 167, o que cuida dos registros possíveis em um Serviço de Registro de Imóveis, tinha treze itens. Em 1980, começou a inserção, por outras leis, de novos itens.

A Lei 14.382, de 27-6-2022, inseriu três novos itens ao inciso I do art. 167 da Lei 6.015, de 31-12-1973, chegando ao número de 36.

A partir da inserção de mais um item, passou-se a ser competência do Serviço de Registro de Imóveis fazer, o registro do tombamento de bens imóveis como patrimônio público. Quando há início do processo administrativo de tombamento de um imóvel como patrimônio público, já é possível providenciar uma espécie de registro ao pé da matrícula do imóvel. É um anúncio público de que o imóvel já está em fase de se tornar patrimônio com alguma restrição em relação ao uso. Por ser um registro público, evita que adquirente de boa-fé compre o imóvel e, dias após, seja surpreendido pelo fim do processo que não chega a inviabilizar a alienação, mas compromete o imóvel em algum aspecto.

O fim do processo administrativo de tombamento de um imóvel deve ser registrado, dando o caráter de definitivo ao ato administrativo. E se houver interrupção do processo de tombamento, também pode ser registrado o cancelamento da iniciativa.

5 OUTRAS MODIFICAÇÕES

A Lei 14.382, de 27-6-2022, alterou também outras Leis, além da Lei 6.015, de 31-12-1973, em tópicos que têm liame com os registros públicos. Especialmente, o registro imobiliário.

Essas novas redações e revogações parciais (derrogações) não se incluem no objeto do presente artigo. Mas uma leve ou breve referência a elas faz parte de um didático estudo. Assim, são exemplos de ações modificadoras da Lei 14.382, de 27-6-2022:

- Lei 4.591, de 16-12-1964, em relação às obrigações do incorporador, quando da construção de prédios, o que faz com que haja a transformação da matrícula de um só lote em várias matrículas individuais, sendo uma para cada apartamento, ou sala, ou loja;
- Lei 6.766, de 19-12-1979, trazendo regras especiais em relação ao parcelamento do solo urbano (loteamento e desmembramento);
- Lei 8.935, de 18-11-1994, autorizando o pagamento de custas e das despesas por meio eletrônico, e permitindo que a Serventia conceda, ao usuário, parcelamento do pagamento dos emolumentos, custas e despesas;
- Lei 10.406, de 10-1-2002 (Código Civil), autorizando que as assembleias gerais das pessoas jurídicas (nas quais se se incluem os condomínios) possam acontecer por meio eletrônico (videoconferência, WhatsApp, etc.).

Mais duas Leis foram alteradas. Mas as informações transcritas anteriormente são as mais relevantes. As próprias Leis informadas nos marcadores anteriores, presentes neste item, contêm outras modificações.

E também aconteceram revogações de artigos de oito leis. Também conforme já referidos, os impactos são menores em relação à Lei dos Registros Públicos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 6.015, de 31-12-1973, tem 299 artigos. Alguns deles são desmembrados em parágrafos, incisos, alíneas e itens em quantidade suficiente para ultrapassarem, por si sós, o tamanho de outra lei. Explicando melhor: um só artigo da Lei 6.015, de 31-12-1973, é mais extenso do que muitas leis existentes. Exemplificando, os arts. 167 e 213 são, em suas individualidades, ou seja, cada um

deles, maiores do que muitas leis separadas que existem.

Além da quase três centenas de artigos, com o passar desse tempo que já completa cinquenta anos, muitos artigos foram acrescentados. Para tal, a inserção se dá com a criação de um novo artigo com número que mantém a numeração do artigo anterior e recebe o acréscimo de letras, como os arts. 7.º-A, 70-A, 94-A, 127-A, 176-A (já existiu o art. 176-B, que foi inserto por uma Medida Provisória que não foi convertida em Lei), 195-A, 195-B, 206-A, 216-A, 216-B, 235-A, 237-A, 247-A, 251-A e 290-A. O art. 288 hoje é solteiro, mas já existiram os arts. 288-A até 288-G.

São, portanto, muito mais do que trezentos artigos em uma só Lei.

É uma Lei que, por si só, tem a mesma quantidade de artigos de alguns Códigos.

As alterações em uma lei cinquentenária visam colocar a norma em consonância com os compassos do tempo.

As mais profundas alterações da Lei 6.015, de 31-12-1973, após a sua entrada em vigor no primeiro dia do ano de 1976, foram as proporcionadas pela Medida Provisória 1.085, de 27-12-2021, que foi convertida na Lei 14.382, de 27-6-2022. Lei que veio mais encorpada do que a Medida Provisória que a originou, porque muitos foram os projetos de emenda que os Parlamentares procederam.

Ao colocar a Lei dos Registros Públicos em harmonia com os tempos cibernéticos, as providências foram a criação efetiva do Sistema Eletrônico de Registros Públicos e a adaptação dos trabalhos das Serventias Extrajudiciais – os Serviços de Registros Públicos, anteriormente chamados de cartórios – com as obrigações de ofertar o resultado que lhes forem requeridos, com maior celeridade e sempre dentro dos conceitos de segurança e eficiência.

Em um campo tido como muito conservador – os carimbos e os pesados livros são símbolos e ícones dos trabalhos dos “cartórios” – as inovações da tecnologia de inteligência precisam ter aplicação normatizada. Por isso, uma Lei de aplicação em todo o Brasil.

Também se deve lembrar que a inteligência artificial não pode ser utilizada apenas por algumas das Serventias, e ainda sob o escuro de como os órgãos fiscalizadores – a Corregedoria Nacional de Justiça, de força nacional; as Corregedorias-Gerais de Justiça em cada Estado Membro; e os Juizes Diretores do Foro, em cada Comarca – que, ao aplicarem a Lei, poderiam não aceitar os mecanismos evoluídos de uns em comparação com o passo lento de outros. Fato que traria uma falta de padrão nacional. Por isso, a validade de uma Lei que coloque todos os Serviços Registrais – e os Serviços Notariais – no mesmo patamar em termos de inteligência artificial.

A Lei 14.382, de 27-6-2022, é a portadora dessas boas-novas acrescidas à Lei dos Registros Públicos. Ou atualizadora dessa norma. Atualizou também outros procedimentos próprios de tópicos relacionados aos registros públicos, como as incorporações imobiliárias, a divisão ou parcelamento do solo urbano, as construções em condomínios, e outras.

Somente em relação à Lei 6.015, de 31-12-1973, a Lei 14.382, de 27-6-2022, deu nova redação, ou acrescentou outros, em um total de 37 artigos, representando mais de duas centenas de inovações.

Toda essa força qualifica a necessidade de estudo de algumas dessas novidades, o que se deu neste artigo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 175, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Diário da Justiça Eletrônico 89/2013, Brasília, DF, 15 maio 2013, p. 2.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei Complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998.

Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 fev. 1998.

BRASIL. Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1973.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei 11.977, de 7 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis n.ºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória n.º 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 8 jul. 2009.

BRASIL. Lei 14.382, de 27 de junho de 2022. Dispõe sobre o Sistema Eletrônico dos Registros Públicos (Serp); altera as Leis n.ºs 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.935, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 13.097, de 19 de janeiro de 2015, e 13.465, de 11 de julho de 2017; e revoga a Lei nº 9.042, de 9 de maio de 1995, e dispositivos das Leis n.ºs 4.864, de 29 de novembro de 1965, 8.212, de 24 de julho de 1991, 12.441, de 11 de julho de 2011, 12.810, de 15 de maio de 2013, e 14.195, de 26 de agosto de 2021. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 jun. 2022.

BRASIL. Medida Provisória 1.085, de 27 de dezembro de 2021. Dispõe sobre o Sistema Eletrônico dos Registros Públicos - SERP, de que trata o art. 37 da Lei n.º 11.977, de 7 de julho de 2009, e

altera a Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964, a Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973, a Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979, a Lei n.º 8.935, de 18 de novembro de 1994, a Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a Lei n.º 11.977, de 2009, a Lei n.º 13.097, de 19 de janeiro de 2015, e a Lei n.º 13.465, de 11 de julho de 2017. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 dez. 2021.

VELOSO, Waldir de Pinho. **Comentários à lei dos registros públicos**: lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973: disposições gerais e disposições finais e transitórias: arts. 1.º a 28 e 289 a 299. v. 1. Curitiba: Juruá, 2022.

VELOSO, Waldir de Pinho. **Comentários à lei dos registros públicos**: lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973: registro civil das pessoas naturais: arts. 29 a 113. v. 2. Curitiba: Juruá, 2022.

VELOSO, Waldir de Pinho. **Comentários à lei dos registros públicos**: lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973: registro civil de pessoas jurídicas e registro de títulos e documentos: arts. 114 a 166. v. 3. Curitiba: Juruá, 2022.

VELOSO, Waldir de Pinho. **Comentários à lei dos registros públicos**: lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973: registro de imóveis: arts. 167 a 288. v. 4. Curitiba: Juruá, 2023.

Recebido em: 25-10-2022

Aprovado em: 21-4-2023

