

REVISTA AMAGIS Jurídica

ISSN 2175-3849. v. 16 - n. 1 (jan.-abr. 2024)



REVISTA AMAGIS JURÍDICA

EDITOR

Professor Doutor Richardson Xavier Brant

REVISTA AMAGIS JURÍDICA

Associação dos Magistrados Mineiros

v. 16, n. 1, jan.-abr. 2024



Belo Horizonte

2024

REVISTA AMAGIS JURÍDICA
©COPYRIGHT: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS MINEIROS

REVISTA AMAGIS JURÍDICA
PERIODICIDADE: Quadrimestral (v. 16, n. 1, jan.-abr. 2024)

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 José Renato Nalini –
Uniregstral - 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
Morais – 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. 16, n. 1 (jan./
abr. 2024) __ Belo Horizonte, MG: Associação de Magistrados Mineiros.

Quadrimestral. 2024.

ISSN 2175-3849

Multilíngue.

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

CDU 340

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

SUMÁRIO

EDITORIAL..... 7

1

RESPONSABILIDADE AMBIENTAL OBJETIVA À LUZ DO CÓDIGO DO MEIO AMBIENTE DO MUNICÍPIO DE UBERABA/MG: LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N.º 389/2008

Aflaton Castanheira Maluf e Élcio Nacur Rezende..... 15

2

A INEFICÁCIA DA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM MOÇAMBIQUE: CONTRIBUTO PARA A CONSTRUÇÃO DE UM ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Edson da Graça Francisco Macuácuá..... 47

3

A CADUCIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL QUE OBRIGA O JUIZ A RESIDIR NA COMARCA

Fábio Ribeiro Porto..... 105

4

OS LIMITES DA COLABORAÇÃO PROBATÓRIA NO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL PORTUGUÊS

Hermínio Carlos Silva Rodrigues..... 185

5

THE VOCABULARY OF A PRIORI IN AND AROUND THE LAW

Jean-Sylvestre Bergé..... 231

6

**LA CRISIS DE LA CULPABILIDAD Y LA CULPABILIDAD POR
VULNERABILIDAD**

Marcelo A. Riquert..... 275

7

**EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTRA EL ESTADO
ARGENTINO EN LOS CASOS DE PERSONAS VULNERABLES**

Mauricio Goldfarb..... 307

8

**DA PENA ÚNICA: ALGUNS CONTRIBUTOS LEGAIS,
DOCTRINAIS E JURISPRUDENCIAIS**

Paulo Ferreira da Cunha..... 327

9

**FENOMENOLOGIA DELLA VIOLENZA PSICOLOGICA:
INTERVENTI LEGISLATIVI E AUSPICABILE TIPIZZAZIONE**

Rachele Scandura..... 349

10

**OS JUÍZES DISCUTEM FREE FIRE? (A BOA-FÉ OBJETIVA
COMO CAMINHO INTERPRETATIVO PARA OS CONTRATOS
ELETRÔNICOS. A ETICIDADE COMO FUNDAMENTO DO
CÓDIGO CIVIL)**

Sérgio Henrique Cordeiro Caldas Fernandes..... 361

EDITORIAL

Anuncia-se, com ânimo e entusiasmo, a publicação de mais um número da Revista Jurídica da Amagis/Emajs, agora em seu Volume 16, n. 1, relativa ao primeiro quadrimestre de 2024. Os textos selecionados conduzem ao quarto ano de renovação dos propósitos de publicação e de reformulação dos padrões editoriais.

A reconhecida formação técnica da Magistratura de Minas Gerais, selecionada em sistema rigoroso de provas e títulos, encontra-se bem complementada pelas atividades permanentes de aprimoramento promovidas pelas Escolas Judiciais.

A inquietude que marca o enfrentamento dos desafios encontrados no sistema estabelecido, positivado, em apreciação de questões cada dia mais complexas, encontra, neste veículo de produção acadêmica, adequado espaço para o constante esforço de aperfeiçoamento filosófico, cultural e ético, na busca de excelência profissional.

A desejada inovação na prestação jurisdicional, na consecução da entrega de uma Justiça eficiente, mais social e humana, viabiliza-se no aprofundamento científico voltado ao desenvolvimento da Ciência Jurídica em seu caráter transformador.

Para isso, os motes da reflexão articulam-se em novas perspectivas, em assuntos inéditos, atentos às inovações substanciais, que logrem renovar os caducos padrões ético-morais de convivência, e assumam como valor central a inclusão gradativa dos mais vulneráveis, o combate ao preconceito e à discriminação, a superação dos fossos de estratificação social e as imposturas autoritárias, recorrentes em tantos espaços.

A construção de confrarias, unidas em torno de metas e propósitos esclarecidos pelo diálogo horizontal, ainda é um poderoso antídoto para escapar às armadilhas das hierarquias desnecessárias, das verticalizações ainda tão resistentes, que não conseguem mais esconder despreparo, personalismo e acentuado mandonismo. O exercício do poder legítimo somente se concretiza na reunião com o outro, na eleição de fins pelo e para o outro, lição que se colhe na célebre expressão de Hannah Arendt.

Feitas essas breves considerações que figuram como pretexto, passa-se à apresentação dos artigos selecionados para esta edição.

A soma de esforços literários e jurídicos de dois ilustres professores somente poderia resultar em um texto jurídico qualificado. A primeira abordagem é sobre a responsabilidade ambiental em dois aspectos: inicialmente, com o sentido geral e amplo, como requer um bom estudo; em seguida, as particularidades do Código Ambiental do Município de Uberaba, Estado de Minas Gerais. Os Autores são o Professor Doutor Aflaton Castanheira Maluf e o Professor Doutor Élcio Nacur Rezende. O artigo científico reconhece a proteção ambiental como um direito difuso que atinge, positivamente ou negativamente, a todos, indistintamente, e que deve unir em solidariedade as atuais e futuras gerações. Traz o foco para o local, demonstrando que o conjunto das realidades locais é o que representa, em visão holística, o global. Examina o poder concorrente de legislar, mostrando que as regras municipais são complementares das normas postas pela legislação federal. E que a legislação municipal não somente preenche as lacunas e trata das condições particularmente regionais como, também, não se confunde com o campo de incidência legal do ente federal.

O Professor Doutor Edson da Graça Francisco Macuácuá tem duas ocupações que o destacam por si sós. Leciona Ciência Política e Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane; e leciona Direitos Fundamentais na Universidade Nachinguea. Também, atualmente, é Vice-Ministro da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior, o que lhe confere a qualida-

de de autoridade do primeiro escalão na educação superior em Moçambique. Conhecedor da Constituição de Moçambique, o Autor se dispôs a analisar, com detalhes, a formação constitucional que, após uma reforma, teve a seção reduzida a um só artigo. Assim, o texto constitucional que tratava dos recursos que os indivíduos podiam fazer chegar ao Tribunal Constitucional ficou limitado apenas às questões eleitorais. Há possibilidade do remédio constitucional em única condição: a reunião de no mínimo duas mil pessoas para assinar a petição. Fato que, por si só, conforme considera o Professor, erige exigência que afasta os indivíduos das decisões do Tribunal Constitucional e o coloca na condição reduzida de, apenas um “Tribunal Eleitoral Superior de Recurso”, pois somente as causas eleitorais são franqueadas aos cidadãos que querem acesso a essa Corte. No artigo “A Ineficácia da Tutela dos Direitos Fundamentais pela Jurisdição Constitucional em Moçambique: contributo para a construção de um estado de direitos fundamentais”, o Autor demonstra, com detalhes, o motivo de o cidadão moçambicano não ter acesso à mais alta Corte da Justiça. E mostra que outros países falantes da Língua Portuguesa na África, bem como a Pátria-Mãe Portugal, têm recursos à disposição do cidadão que quer ter suas causas decididas pela mais alta Corte da Justiça. Argumenta que isso faz falta na prática do controle de constitucionalidade em Moçambique.

Em fase final do “Doutoramento” (termo utilizado em Portugal) em Direito, o Professor Mestre Fábio Ribeiro Porto está muito ativo em seus estudos. Com sua experiência de Juiz de Direito no Estado do Rio de Janeiro, e com ampla colaboração como Juiz Auxiliar no Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Professor (na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, na Escola de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça no Rio de Janeiro e na Pós-Graduação da Universidade Federal Fluminense), tomou para si a responsabilidade de escrever sobre o que denominou “A Caducidade da Norma Constitucional que Obriga o Juiz a Residir na Comarca”. O texto mostra que os tempos atuais permitem que o Juiz de Direito conheça a realidade local sem ter que fixar residência nos limites da

Comarca na qual atua como Magistrado. O que – destaca com ênfase – não significa que o Juiz possa atuar totalmente à distância: a sua presença física no Fórum é relevante. Considera ser regra vetusta a fixação de residência nos limites da Comarca em que atua, sendo que o Juiz pode residir em uma Comarca muito próxima, com acesso até mais fácil ao Fórum. O artigo mostra ampla pesquisa em muitos autores, de vários tempos. E volta à história dos Juizes municipais e dos Juizes de fora, para concluir que os tempos digitais permitem a consideração de que a regra constitucional de que o Juiz deve residir na Comarca está hoje anacrônica.

Com título de Professor Mestre (e a um passo de completar o Doutorado), Hermínio Carlos Silva Rodrigues atua em instituições de ensino superior – graduação e pós-graduação *lato sensu e stricto sensu* – de Angola e de Portugal. Tem raízes na pesquisa científica, com filiação a instituições de pesquisa em Portugal. Empenhado em escrever um texto dotado de profundidade e demonstração de pesquisas com aprofundamento, o Professor escolheu o tema da colaboração probatória para se alcançar a celeridade no processo penal. E aí reside o cerne do tema: por se tratar de processo penal, a transação entre o Ministério Público e o próprio interessado, pode chegar a situações que permitem que o acusado tenha condições de provar a inocência, mas prefere, desde o início da ação penal, aceitar a proposta para buscar uma pena ofertada como sendo “menor do que a máxima permitida”. O que pode – conforme mostra o artigo científico – retirar a qualidade de titular da ação da parte do Ministério Público. Em outras situações, a transação penal ou “justiça negociada” pode representar uma pena menor (porque negociada) do que a pena mínima fixada no Código Penal. Demonstrando que a criminalidade se mostra internacionalizada, o Autor aponta todos os inconvenientes de se adotar, em Portugal, a técnica da “justiça negociada” para abreviar o trâmite processual penal, por entender que a matéria penal exige especificidades que não se mostram aplicáveis em outros territórios. Segundo considera, a criminalidade pode estar sendo cada vez mais internacionalizada, mas a aplicação das penas,

bem como a maneira processual para se chegar à dosimetria da sanção penal, dentro do que se denomina, em Portugal, de “moldura abstracta” (o interstício entre a pena máxima e a pena mínima, com suas agravantes e atenuantes, todas bem firmemente deixadas pela Lei e pela Constituição) não podem ser uniformizadas em termos internacionais.

Não é rara a impressão corrente de que há palavras empregadas há tanto tempo que já têm sentido sedimentado, intocável, que não requer mais estudos especiais. Quando se chega ao conhecimento de uma das linhas de pesquisa do Professor Doutor Jean-Sylvestre Bergé (da Université Côte d’Azur, em Nice, França), vê-se que nem tudo que prevalece no senso comum deve ser aceito como certeza no plano científico. Embora “a priori” seja expressão latina, empregada há mais de um milênio, o escritor em assunto dedica ao estudo da expressão “a priori” no Direito. A primeira explicação é que por ser “a priori”, trata-se de um entendimento que serve, no Direito, como uma fonte, como um entendimento prévio, consabido, compartilhado por todos os que estudam a disciplina. A proposta do Autor é criar uma teoria “antecedente” do Direito, para aplicar a expressão em seu uso nas “principais questões atuais”, mesmo fora do segmento do Direito. A teoria se baseia na seguinte explicação do Professor: “se os *a priori* estão em toda parte, e se o Direito é capaz de lidar com os *a priori*, então o Direito está em toda parte, e não apenas onde queremos deixá-lo.” O estudo mostra a aplicação da expressão “dentro e fora do Direito” e em diversos Idiomas. Brinda-nos o pesquisador com um raro e impressionante estudo sob o título “The Vocabulary of a Priori in and Around the Law”.

Com a experiência de ser Professor Doutor de “Derecho Penal y Director del Área Departamental Penal” da Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, e Ex-Presidente da Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, além de ser autor de livros de Direito Penal (inclusive, em parceria com Eugenio Raúl Zaffaroni), o Professor Doutor Marcelo A. Riquert escreveu o artigo científico “La Crisis de la Culpabilidad y la Culpabilidad por

Vulnerabilidad”. O texto é uma visita aos maiores criminalistas da Argentina, com muitas referências a outros autores da América Latina (inclusive, do Brasil). Discute – e mostra argumentos – as questões de Direito Penal e da Criminologia, com destaque para as causas da criminalidade e as medidas apropriadas para o correspondente combate. Fundamenta em várias pesquisas e aponta os rumos mais apropriados para solução do que se chama “crise” na assunção da culpa e na vulnerabilidade ou insegurança nos sistemas de confissão de crimes (o que pode – em real situação ou em tentativa – esconder a autoria correta de uma transgressão aos ditames da lei).

Da Província de Corrientes, Argentina, um dos destaques na área do Direito é o Professor Doutor Maurício Goldfarb. É da autoria desse Professor o artigo científico “Ejecución de Sentencias Contra el Estado Argentino en los Casos de Personas Vulnerables”. O artigo demonstra que qualquer execução que tem o Estado no polo passivo representa um sofrimento para a parte autora. A demora costumeira, os prazos privilegiados, a ordem no pagamento (precatórios) e outros empecilhos qualificam a execução contra a Administração Pública uma luta jurídica para longos tempos. Quando se trata de grandes corporações, o próprio aparelho jurídico ajuda nos passos do processo. Quando o exequente é uma pessoa natural, de poucos recursos e de inexistente influência política, os prazos de uma execução em desfavor do Estado é tratada como “uma existência, uma vida” (não, apenas alguns anos). Essas pessoas economicamente vulneráveis são o alvo do artigo em questão. Há fundamentação em textos de doutrina e em jurisprudência. A realidade mostrada é da Argentina, tendo como alvo a Administração Pública Federal. O Autor adverte que se aplica a outras áreas de atuação da Administração Pública. O fenômeno é encontrado também em diversos outros países.

Integrante do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, e honrando a Revista Amagis Jurídica por ser membro do seu Conselho Editorial, o Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha traz à discussão o tema da unificação das penas em caso de concurso de crimes.

O título do texto é “Da Pena Única: alguns contributos legais, doutrinários e jurisprudenciais”. O conceito de “alguns”, do título, faz parte da modéstia do qualificado Autor, uma vez que o estudo mostra que a soma de penas, em casos de concursos de crimes, chega a centenas de anos – e há um caso indicado pelo Autor que uma condenação de alguém indicou a prisão pelo tempo de 141 mil e 78 anos. Ainda que haja um tempo máximo de cumprimento de pena – vinte, trinta ou quarenta anos – a condenação inicial a um tempo desproporcional ao período normal da vida humana surge até como motivo para que a imprensa sensacionalista anuncie o caso. O texto cuida do tema e mostra que, em Portugal, o Supremo Tribunal de Justiça – a Corte Suprema – tem não somente reduzido, nominalmente, as penas, como colocando uma pena solitária – ainda que de tempo elevado – para o caso de concurso de crimes.

Há fenômenos que são encontrados em vários lugares, a despeito da formação social e histórica distintas, o que sugere um aspecto de universalidade em seu uso. A cultura geral da humanidade apresenta algumas experiências que guardam similitudes. As diferenças fazem o caráter próprio de cada povo, mas o patriarcalismo aparece com cores vivas em várias latitudes. Um exemplo fecundo vem do artigo da Advogada italiana Rachele Scandura. A Autora se debruça sobre o tema da violência doméstica e violência de gênero, que são violações recorrentes e que têm inspirado o surgimento de normas jurídicas próprias para sua contenção. O texto fala do constrangimento e das consequências psicológicas – citando depressão, “stress”, ansia, aviltamento e diminuição da autoestima das vítimas da violência doméstica e de violência de gênero. A Autora destaca a importância do suporte viabilizado pelo uso da tecnologia, uma boa experiência na Itália. Surgem grupos de WhatsApp para oferta de apoio às vítimas. Há aplicativos que indicam locais, em diversas cidades, em que há grupos de apoio àquelas que sofrem violência. E há associações que lhes dão suporte. Sobretudo, a Autora cita decisões da Corte Constitucional que protege a vulnerabilidade dessas pessoas.

Para encerrar a edição com chave de ouro, a colaboração vem do culto Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Sérgio Henrique Cordeiro Caldas Fernandes. O tema escolhido é atual começa pelo que os norte-americanos chamam de “free fire”. O subtítulo é explicativo: “A boa-fé objetiva como caminho interpretativo para os contratos eletrônicos: a eticidade como fundamento do código civil”. Para desenvolver o texto, o Autor buscou suporte na doutrina e na Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) acerca dos contratos eletrônicos. Selecionou decisões do TJMG sobre contratos eletrônicos e mostrou como vem sendo construídos os precedentes sobre o tema.

Registro a expressão de gratidão a todos os colaboradores, à Diretoria da Amagis e Emajs pela confiança e firme apoio. Renova-se o convite à colaboração para as futuras publicações. E o desejo de que seja agradável e profícua a leitura!

Belo Horizonte, Outono de 2024.

Richardson Xavier Brant
Editor

1

RESPONSABILIDADE AMBIENTAL OBJETIVA À LUZ DO CÓDIGO DO MEIO AMBIENTE DO MUNICÍPIO DE UBERABA/MG: LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N.º 389/2008¹

OBJECTIVE ENVIRONMENTAL RESPONSIBILITY, IN LIGHT OF THE ENVIRONMENT CODE OF THE MUNICIPALITY OF UBERABA/MG: MUNICIPAL COMPLEMENTARY LAW N.º 389/2008

*Aflaton Castanheira Maluf²
Élcio Nacur Rezende³*

¹ **Como citar este artigo científico.** MALUF, Aflaton Castanheira; REZENDE, Elcio Nacur. Responsabilidade ambiental objetiva à luz do código do meio ambiente do município de Uberaba/MG: lei complementar municipal n.º 389/2008. In: **Revista Amagis Jurídica**, Belo Horizonte, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, v. 16, n. 1, p. 15-46, jan.-abr. 2024.

² Doutor em Direito pela FADISP. Doutorando e Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Hélder Câmara. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2840-8978>. ID Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4170730218073942>. e-mail: aflaton33@gmail.com

³ Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1997), Graduação em Administração pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1994), Especialização em Direito pela Universidade Gama Filho (1998), Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2003) e Doutorado em Direito pela mesma instituição (2009). Tem Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Messina/Itália. Tem experiência na área de Direito,

RESUMO

Essa pesquisa tem como objetivo demonstrar a proteção ambiental e a sustentabilidade, por meio dos mecanismos protetivos do plano municipal. Inserido na federação brasileira, o Município compreende um protagonista de linha de frente, operando nas questões ambientais, de forma preventiva e/ou repressiva. O Município de Uberaba/MG possui Código do Meio Ambiente. Nesse contexto normativo do código ambiental municipal, foram previstas condutas geradoras de responsabilidades administrativas objetivas. Foi utilizada a Metodologia com pesquisa bibliográfica e estudo de caso. Após análise, conclui-se que a reponsabilidade ambiental administrativa é subjetiva.

Palavras-chave: Meio Ambiente, Federação, Município, Código Ambiental, Responsabilidade.

ABSTRACT

This research aims to demonstrate the environment and sustainability, as well as protective mechanisms at the Municipal level. Inserted in the Brazilian federation, the Municipality comprises a front-line protagonist, operating in environmental issues, in a preventive and/or repressive manner. The Municipality of Uberaba/MG has an Environmental Code. In this normative context of the Municipal Environmental Code, conducts that generate objective administrative responsibilities were foreseen. Methodology with bibliographic research and case study. After analysis, it is concluded that administrative environmental liability is subjective.

Keywords: Environment, Federation, Municipality, Environmental Code, Responsibility.

com ênfase em Direito das Coisas, Responsabilidade Civil e Ambiental. É Editor da Revista Veredas do Direito (Qualis A1), membro do Conselho Editorial Científico da Revista Eletrônica do Curso de Direito da PUC/Minas - Serro, membro do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Ambiental, membro da Comissão Editorial da Revista Opinião Jurídica, membro da Comissão de Avaliadores da Revista Pensar - Revista de Ciências Jurídicas, Membro do Corpo de Pareceristas da Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Membro da Comissão de Avaliadores da Revista Direito Ambiental e Sociedade, membro fundador do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) e membro do Comitê Avaliador da Revista da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. É avaliador de projetos da CAPES. É professor dos Programas de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Hélder Câmara e das Faculdades Milton Campos. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2369-8945> ID Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7242229058954148>. e-mail: elcionrezende@yahoo.com.br

SUMÁRIO. Introdução. 1. Os direitos reais e os bens ambientais. 2. competências constitucionais ambientais dos entes federativos brasileiros. 3. federalismo e o princípio ambiental *in dubio pro natura*. 4. O meio ambiente na lei orgânica do Município de Uberaba/MG. 5. O Código do Meio Ambiente do Município de Uberaba/MG (Lei Complementar n.º 389/2008). 6. Responsabilidade objetiva ambiental no Código do Meio Ambiente do Município de Uberaba/MG. 7. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O problema que o artigo propõe consiste, no primeiro plano, em analisar as competências constitucionais ambientais dos entes federativos, especialmente sob o pálio do constitucionalismo municipal. Buscar-se-á demonstrar que os Municípios – enquanto componentes da federação brasileira – compreendem protagonistas, de linha de frente, nas questões protetivas ambientais.

O tema central a ser abordado compreende a conexão referente a atuação municipal em prol dos bens ambientais – em sentido micro ou macro – com foco na responsabilidade ambiental (administrativa) objetiva, em face do Código Ambiental do Município de Uberaba, Estado de Minas Gerais. Sabe-se que referida responsabilidade administrativa ambiental – objetiva – tem assento na Lei Federal 6.938, de 31-8-1981, denominada Lei da Política Nacional do Meio Ambiente.

Os objetivos deste trabalho compreendem a demonstração da possibilidade *ou* impossibilidade de responsabilidade ambiental administrativa objetiva, em face da Lei Federal 6.938, de 31-8-1981, denominada Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, e especialmente sob o pálio do Código Ambiental do Município de Uberaba/MG. Existem decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) operando a favor da responsabilidade administrativa subjetiva.

Justifica-se este estudo na medida em que o tema ambiental municipalista, e o alcance de suas ações, é de suma importância. No aspecto prático, são os milhares de Municípios brasileiros que

atuam na linha de frente das questões ambientais, especialmente urbanas. Os poderes constituídos das municipalidades devem agir, seja de forma individualizada ou integrada, para a materialização da proteção ambiental.

Os métodos da pesquisa escolhidos foram: bibliográfico e estudo de caso. A pesquisa bibliográfica compreende levantamento de informações e conhecimentos acerca do tema, aqui escolhido, sendo coletados diferentes materiais bibliográficos já publicados. Busca-se o plano dialógico, entre diferentes autores e dados. O estudo de caso, compreende o Código Ambiental do Município de Uberaba, Estado de Minas Gerais. O referencial teórico, atua com base no contexto *ambientalista municipalista*, sustentado por Paulo Affonso Leme Machado, no livro Direito Ambiental Brasileiro.

No primeiro tópico, abordar-se-ão os bens ambientais e os Direitos Reais. Quaisquer bens ambientais materiais, móveis e/ou imóveis, estão conectados, de forma direta ou indireta, aos Direitos Reais. No segundo tópico, serão consideradas as competências constitucionais ambientais dos entes federativos. O tema possui conexão direta com as competências ambientais municipais. No terceiro tópico, serão considerados o federalismo, juntamente com o princípio ambiental *in dubio pro natura*.

No quarto tópico, específico, adentrar-se-á no Meio Ambiente inserido na Lei Orgânica do Município de Uberaba/MG. No quinto tópico, em corolário, será analisado o Código do Meio Ambiente do Município de Uberaba/MG (Lei Complementar 389, de 11-12-2008). No sexto tópico, será empreendida investigação referente à responsabilidade objetiva ambiental, prevista no referido Código Ambiental Municipal.

1 OS DIREITOS REAIS E OS BENS AMBIENTAIS

O Código Civil brasileiro, de 2002, indica claramente que as propriedades (urbanas e/ou rurais) devem perseguir finalidades econômicas e socioambientais, conforme preleciona o art. 1.228,

§ 1.º. Nesse contexto, nota-se claramente que o diploma civilista aderiu expressamente à proteção ambiental, urbana e rural, tanto no aspecto do ambiente natural, quanto artificial, cultural e do trabalho. Nesse sentido: “A responsabilidade quanto à titularidade do domínio e desfrute da posse não permite a exoneração do ônus e preservar e restaurar. No âmbito do direito ambiental, pende uma obrigação *ob rem* ou *propter rem* em relação ao proprietário/possuidor (art. 1228, § 1.º)” (MEDINA; ARAÚJO, 2020, p. 901).

Note-se que após a Lei Federal 13.465, de 11-7-2017, conhecida como Regularização Fundiária Urbana (Reurb), os §§ 4.º e 5.º do citado artigo 1.228 do Código Civil, que indicam uma combinação de *usucapião* com *desapropriação judicial – microssistema jurídico híbrido* – tornaram-se ineficientes ou de pouca utilidade prática. Isso porque a Reurb possui múltiplos instrumentos extrajudiciais, operados diretamente pelos Municípios em conjunto com os Ofícios Imobiliários, materializados de forma célere e “gratuita” aos posseiros ou ocupantes.

Ressalte-se que a Lei Federal 13.465, de 11-7-2017, citou as palavras “ambiente” ou “ambiental” dezenas de vezes em seu texto. Citem-se como exemplos:

Art. 35. O projeto de regularização fundiária conterá, no mínimo:
[...].
III - estudo preliminar das desconformidades e da situação jurídica, urbanística e ambiental;
[...].
VI - proposta de soluções para questões ambientais, urbanísticas e de reassentamento dos ocupantes, quando for o caso.

O Código Civil adota o sistema fechado, taxativo ou *numerus clausus*, quanto aos Direitos Reais. Nota-se isso no art. 1.225, que enumera, atualmente, quatorze incisos ou espécies de Direitos Reais. Atente-se que existem Direitos Reais não previstos expressamente no

rol do art. 1.225 do Código Civil. São exemplos: alienação fiduciária de propriedade imóvel (art. 1.368-A do Código Civil, e Lei Federal 9.514, de 20-11-1997) e multipropriedade (arts. 1.358-B a 1.358-U do Código Civil).

Em suma, a “regra matriz” dessa senda – taxatividade – indica que será considerado Direito Real se for estabelecido em “lei”, seja previsão no Código Civil ou norma específica. Ressalte-se que, no sistema brasileiro, essa matéria é exclusivamente da União – Congresso Nacional ou Parlamento Federal – conforme Constituição Federal de 1988. Em corolário, Estados, Distrito Federal e Municípios não possuem competência para legislar sobre Direitos Reais.

A título de informação, o Código Civil de Porto Rico, de 2020 (Lei 55, de 1.º de junho de 2020) aderiu ao “sistema aberto”, no plano dos Direitos Reais:

Artículo 699. Numeración abierta. Además de los derechos reales dispuestos en la ley, los particulares pueden crear o modificar derechos reales sobre cosa ajena siempre que no vayan contra la ley, la moral o el orden público, e impriman eficacia contra todos.

Atente-se que no Brasil não existe, de forma expressa, um “direito real ambiental”, em que pese a Súmula 623 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabelecer:

Súmula 623. As obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor.

No plano estrangeiro, essa questão foi bem resolvida pelo Chile, por meio da Lei 20.930, de 2016, que estabelece o “Direito Real de Conservação ao Meio Ambiente”. Segundo esta normativa chilena:

Artículo 2.º Definiciones. El derecho de conservación es un derecho real que consiste en la facultad de conservar el patrimonio ambiental de un predio o de ciertos atributos o funciones de éste. Este derecho se constituye en forma libre y voluntaria por el propietario del predio en beneficio de una persona natural o jurídica determinada. La facultad de conservar se ejercerá de conformidad a las normas establecidas en esta ley y en el contrato constitutivo.

Artículo 3.º Características. El derecho real de conservación es inmueble y distinto del dominio del bien raíz gravado. Es, además, transferible, transmisible, inembargable, indivisible e inseparable del inmueble o de la parte de él que se grava, y se puede constituir sobre cualquier bien inmueble. Es de duración indefinida, salvo que las partes acuerden lo contrario. Para los efectos de la presente ley, los atributos o funciones del patrimonio ambiental del predio se considerarán inmuebles.

[...].

Artículo 5.º Contrato constitutivo. El contrato mediante el cual se constituye el derecho real de conservación deberá celebrarse por escritura pública, la cual, además, servirá como título para requerir la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces correspondiente. El derecho real de conservación producirá sus efectos desde su inscripción en el Conservador de Bienes Raíces respectivo.

Essa questão – Direito Real Ambiental – conectada às propriedades, deve ser vista como axial. Em que pese a existência do patrimônio ambiental imaterial, em regra os bens ambientais são materiais, ou seja, encontram-se inseridos nas áreas urbanas e/ou rurais, dentro da concepção civilista de bens móveis e imóveis (em sentido amplo: direito patrimonial).

Portanto, as questões referentes a danos ambientais, geradoras de *responsabilidades ambientais*, partem, como regra, das condutas ativas ou omissivas, praticadas por proprietários – pessoas naturais ou jurídicas – posseiros e/ou ocupantes, servindo-se de bens móveis e sobretudo imóveis, sejam públicos ou privados.

2 COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS AMBIENTAIS DOS ENTES FEDERATIVOS BRASILEIROS

No Brasil, o plano constitucional federativo e ambiental pode ser compreendido, de forma básica, com a leitura de poucos dispositivos: arts. 23, 24, 30, 32 e 225 da Constituição Federal de 1988. Esses dispositivos constitucionais deixam clarividente que a dimensão jurídica ambiental brasileira está destinada – como dever ou imposição – para todos os entes federativos do país, ou seja: União, Estados/Distrito Federal e Municípios.

Portanto, a questão ambiental não se encontra no terreno da possibilidade ou faculdade, e por isso compreende obrigação constitucional. A doutrina especializada denomina princípio da obrigatoriedade de atuação (intervenção) estatal ou princípio da natureza pública da proteção ambiental.

Nesse aspecto—dever ou imposição—no plano da operabilidade ambiental brasileira, devem agir os Poderes/órgãos públicos dos níveis federativos brasileiros: nacional, estadual/distrital e local. Dessa forma, questiona-se como serão materializadas as múltiplas ações pró-ambiente. As ações ocorrerão de várias formas, seja em conjunto ou isoladamente, seja no plano administrativo, judicial ou legislativo. A máxima ambientalista “agindo localmente, pensando globalmente” é fundamental nesse quadrante.

Ressalte-se, inicialmente, que o federalismo brasileiro de três níveis: 1.º nível – União Federal; 2.º nível – Estados Federados/Distrito Federal; 3.º nível – Municípios, não compreende pioneirismo constitucional. O federalismo multinível existe em outros países. Nesse sentido, “de forma semelhante e precedente ao atual sistema constitucional Brasileiro, os Estados Federados da Micronésia [FSM – *Federated States of Micronesia*], compreendem um federalismo de três níveis, conforme sua atual constituição, de 1975, ratificada em 1978, adotada em 1979” (MALUF, 2018, p. 130).

O Brasil adota o federalismo cooperativo – sobretudo nas questões ambientais – e as ações pró-ambiente dos Poderes constituídos devem se pautar na Lei Complementar Nacional 140, de 8-11-2011, cuja ementa já explica a função:

fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do *caput* e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal de 1988, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; [...].

Compreende-se que os Municípios brasileiros – mais de 5.500 – devem operar os *primeiros combates* referentes às ações ou omissões em desfavor dos bens ambientais ou patrimônio ambiental, em sentido amplo. Ademais, os milhares de Municípios, estão capilarizados em todo o território nacional. Existem várias razões que levam a essa responsabilidade municipal *de linha de frente*. O ente federativo local, por meio dos cidadãos ou munícipes, é o primeiro a ser atingido pela infração ambiental.

A título de exemplo: vários cursos d'água trespassem vários municípios e, nesse encadeamento, a poluição produzida por um, afetará os demais, ao longo do caminho das águas (bem ambiental transfronteiriço). Primeira ação: deve-se encontrar o Município onde está a fonte poluidora, para as providências iniciais. Como exemplo diverso, tem-se uma usina de cana-de-açúcar (produtora de etanol), que está vilipendiando os bens ambientais naturais, em vários Municípios. Primeira ação: cabe ao Município onde está a “sede” física da empresa, tomar as providências iniciais, em face de seu poder de polícia ambiental.

3 FEDERALISMO E O PRINCÍPIO AMBIENTAL *IN DUBIO PRO NATURA*

O Estado brasileiro, no aspecto constitucional e ambiental, vale repisar, segue o federalismo cooperativo. Isso está previsto expressamente nos arts. 23 e 225 da Constituição Federal de 1988. Ressalte-se que a Lei Complementar Federal 140, de 8-11-2011, contém várias diretrizes para a cooperação federativa, entre União, Estados/Distrito Federal e Municípios, em prol do ambiente. A referida lei incluiu expressamente as ações conjuntas e as ações específicas, destinadas a cada ente federativo.

Uma das consequências lógicas do federalismo ambiental cooperativo é a superposição de normas e ações sobre o mesmo assunto. Ou seja, todos os entes federativos brasileiros – União, Estados/Distrito Federal e Municípios – podem normatizar e empreender ações em prol do ambiente. A título exemplificativo, podem coexistir um código ambiental nacional, juntamente com códigos ambientais estaduais e códigos ambientais municipais.

É nesse sentido multinível que tem lugar o princípio *in dubio pro natura*. Referido princípio é corolário do princípio da precaução. Em essência, o princípio *in dubio pro natura* pode ser traduzido como: havendo divergências ou incertezas, aplicar-se-á a norma ou ação mais favorável ao ambiente. Em sentido prático, ocorrendo várias materializações federativas sobre o mesmo assunto ambiental (julgados, ações administrativas ou leis federais, estaduais e/ou municipais), deve-se aplicar o princípio *in dubio pro natura*, em prol das questões ambientais.

O exercício das competências constitucionais (legislativas e executivas) em matéria ambiental, respeitados os espaços político-jurídicos de cada ente federativo, deve rumar para a realização do objetivo constitucional expresso no art. 225 da CF/1988, inclusive sob a caracterização de um dever de cooperação entre os entes federativos no cumprimento dos seus deveres de proteção ambiental. Isso

implica a adequação das competências constitucionais ambientais ao *princípio da subsidiariedade*, enquanto princípio constitucional implícito no nosso sistema constitucional, o qual conduz à descentralização do sistema de competências e ao fortalecimento da autonomia dos entes federativos inferiores (ou periféricos) naquilo em que representar o fortalecimento dos instrumentos de proteção ambiental e dos mecanismos de participação política, sob o marco jurídico-constitucional de um *federalismo cooperativo ecológico* (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 157).

Ademais, o princípio *in dubio pro natura* – corolário do princípio da *precaução* – no plano judicial, opera com a inversão do ônus da prova, em desfavor do causador (ou suposto causador) do dano ambiental. No plano processual, o ambiente é considerado “parte hipossuficiente” a ser protegida. Portanto, cabe ao causador (ou suposto causador) comprovar em juízo que não possui conexão ou liame com o dano ambiental. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NA TUTELA PROVISÓRIA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. CONSTITUCIONAL. AMBIENTAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRA CAUTELA. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. ART. 300 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REQUISITOS. PRESENÇA. DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. *FUMUS BONI JURIS*. INTERESSE DIFUSO. PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. SÚMULA N. 618/STJ. MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA NA ORIGEM. REVISÃO. SÚMULA N. 7/STJ. *PERICULUM IN MORA* EM FAVOR DA PROTEÇÃO AMBIENTAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo

Civil de 2015. II - A concessão de tutela provisória de urgência é cabível no âmbito deste Tribunal Superior para atribuir efeito suspensivo ou antecipar a tutela em recursos ou ações originárias de sua competência, devendo haver a satisfação simultânea dos requisitos da verossimilhança das alegações e do perigo de lesão grave e de difícil reparação ao direito da parte, bem como para concessão de efeito suspensivo a recurso especial interposto. III - O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, insculpido no caput do art. 225 da Constituição da República, é interesse difuso, de titularidade transindividual, emergindo, nesse cenário, os princípios da precaução e da prevenção, os quais impõem a priorização de medidas que previnam danos à vulnerável biota planetária, bem como a garantia contra perigos latentes, ainda não identificados pela ciência. IV - Consoante o teor da Súmula n. 618/STJ, em homenagem ao princípio da precaução, impõe-se a inversão do ônus da prova nas ações civis ambientais, de modo a atribuir ao empreendedor a prova de que o meio ambiente permanece hígido, mesmo com o desenvolvimento de sua atividade. Na espécie, não se extrai dos autos nenhuma comprovação, pelo Agravante, de que sua atividade não causaria a degradação apontada na ação civil pública, constatando-se, na verdade, a iminente ameaça de severos danos ambientais, bem como à saúde pública de um sem-número de pessoas, mormente pelo risco concreto de contaminação do rio Paraíba do Sul. [...] V - Agravo Interno improvido (STJ. AgInt no TP 2476/RJ, 2020).

Esse raciocínio também vale para testilhas de ordem privada (direito patrimonial). Em complemento, a Súmula 623 do STJ determina que:

Súmula 623. As obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor.

Quanto ao princípio da precaução – *in dubio pro natura* – o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) está caminhando no mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER - DIREITO AMBIENTAL - PRELIMINAR - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - INOCORRÊNCIA - MÉRITO - EXIGÊNCIA DE AVALIAÇÃO PRELIMINAR E INVESTIGAÇÃO CONFIRMATÓRIA EM EMPREENDIMENTO INDUSTRIAL - ÁREA CONTAMINADA NA REGIÃO - PROXIMIDADE - NECESSIDADE DOS ESTUDOS - DEMONSTRAÇÃO - PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DO POLUIDOR-PAGADOR - RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Não se verifica ausência de fundamentação na sentença em que o magistrado, embora de forma sucinta, expõe os motivos que embasam sua decisão. 2. Ainda que a recorrente não seja a responsável pela área supostamente poluída, a sua proximidade, bem como a similitude entre seus resíduos e os constatados no local denunciado, justificam que haja estudos e investigação na respectiva localidade a fim de que se verifique a origem da contaminação do solo na região. 3. Recurso não provido (TJMG. Apelação Cível 1.0000.19.058478-9/003, 2020).

Infere-se que as questões ambientais brasileiras, compreendidas dentro do plano federalista cooperativo, estão recebendo gradual proteção seja no aspecto formal judicial ou normativo. Torna-se necessário engendrar mais ações operativas para ampliação do aspecto material ou prático. Compreende-se que a linha de frente das “batalhas ambientais” dar-se-á – aqui no Brasil – no plano local ou das municipalidades. Portanto, cabe aos entes federativos locais os “primeiros combates”.

4 O MEIO AMBIENTE NA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE UBERABA/MG

O Município de Uberaba está localizado na região do Triângulo Mineiro – Oeste de Minas Gerais – na microrregião compreendida como Vale do Rio Grande (divisa com São Paulo). Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), “sua população, segundo o censo de 2022, é 337.846 habitantes,

sendo o território do Município, 4.523,957km²⁴. No plano político ambiental, “a Prefeitura de Uberaba (Poder Executivo) tem a Secretaria Municipal de Meio Ambiente”⁵. A Câmara de Vereadores de Uberaba (Poder Legislativo), possui a “Comissão Permanente de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável”⁶.

A Lei Orgânica do Município de Uberaba compreende, no aspecto jurídico normativo, a “Constituição” da municipalidade. Relembre-se que os Municípios são protagonistas do pacto federativo. A origem e fundamento da Lei Orgânica encontram-se no art. 11, parágrafo único, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal de 1988. Sobre a natureza jurídica das Leis Orgânicas Municipais, foi estabelecido em estudo pretérito que:

As Leis Orgânicas municipais estão previstas na Constituição Brasileira de 1988, Art. 29 *caput*. Já as Câmaras municipais constituintes estão previstas no ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – Art. 11, Parágrafo único, da mesma Carta. Assim sendo, não importa se o Município possui mil habitantes ou dez milhões de habitantes, todos terão, igualmente, Lei Orgânica. Vejamos: *primeiro*, temos os fundamentos de criação das Leis Orgânicas explicitados pelo *poder constituinte originário* (ou pela Assembleia Nacional constituinte) na atual Constituição da República Federativa Brasileira – CRFB –, em seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT – art. 11, Parágrafo único (mesma fonte das Cartas Estaduais). *Segundo*, o citado preceito da CRFB de 1988 determina que as Leis Orgânicas serão votadas e aprovadas (e, em consequência, modificadas) mediante *quórum* qualificado de dois terços dos membros do Poder Legislativo da municipalidade. *Terceiro*, a Lei Orgânica (e suas emendas posteriores) será sempre promulgada diretamente pela Mesa da Câmara de Vereadores, nos termos da Constituição da República Federativa Brasileira, art. 29 *caput*. Tudo em pé de

⁴ Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/mg/uberaba/panorama>>. Acesso em: 15 maio 2023.

⁵ Disponível em: <www.uberaba.mg.gov.br>. Acesso em: 15 maio 2023.

⁶ Disponível em: <<https://camarauberaba.mg.gov.br/comissoes-permanentes/>>. Acesso em: 15 maio 2023.

igualdade com os requisitos similares previstos para a Constituição Brasileira e para as Constituições Estaduais. Assim como as Cartas estaduais, a Lei Orgânica municipal somente pode ser aprovada e modificada por *quorum* qualificado. Enquanto as Constituições Estaduais exigem, em regra, *quorum* qualificado de 3/5 (três quintos) para sua elaboração (exemplo: Constituição Mineira de 1989, Art. 64, § 3.º); a Constituição Brasileira, por sua vez, exige *quorum* qualificado de 2/3 (dois terços) para elaboração e modificação das Leis Orgânicas Municipais (CR/1988, Art. 29, *caput*). A tramitação dar-se-á igualmente em *dois* turnos. Sua promulgação, assim como a Carta Brasileira, é *exclusiva* da Mesa Diretora. Por fim, assim como todos os Estados possuem suas próprias Constituições, todos os municípios brasileiros possuem suas próprias Leis Orgânicas (se não, não são Municípios). [...] Como fecho sobre os fundamentos constitucionais exigidos à matéria ventilada, temos os sempre citados arts. 1.º e 18 da Superlei brasileira. Os respectivos artigos elevaram os municípios a componentes do *pacto federativo*, lado a lado com os Estados-federados e o Distrito Federal. A municipalidade, portanto, encontra-se em nível de *paridade* com os demais componentes da federação brasileira, possuindo suas próprias e exclusivas competências constitucionais (cf. por ex.: CR de 1988 art. 30, I, III, V, VIII; art. 31; art. 156 e art. 182, etc.). Por todas as considerações acima, consideramos a Lei Orgânica, *material e formalmente*, como uma verdadeira e *legítima* Constituição Municipal (entenda-se: possuindo a mesma natureza jurídica), através do que a doutrina especializada chama de *poder constituinte derivado decorrente*. (MALUF, 2008, p. 141-142)

A Lei Orgânica de Uberaba, de 1990, assim como a Constituição Federal de 1988 e a Estadual de Minas Gerais, de 1989, possuem evidente conotação ambientalista. Ao menos no aspecto formal do texto, notam-se vários dispositivos destinados às questões ambientais. A Seção IX da Lei Orgânica – arts. 155 a 159 – destina-se exclusivamente ao Meio Ambiente.

Ao longo do texto da referida Lei Orgânica, notam-se vários dispositivos destinados às questões ambientais. As palavras “ambiente” e “ambiental” são ventiladas 44 vezes no texto da Lei Orgânica uberabense. Tais dispositivos da “Constituição” uberabense,

de 1990, receberam evidente influência da Constituição Federal de 1988 e da Constituição Estadual de Minas Gerais, de 1989. Mas, não é só a ordem jurídica nacional que deve ser considerada.

Muitas normas ambientais espalharam-se através da interpenetração e influência mútua de regras legais a todos os níveis de governo, desde o global até ao municipal. Iniciativas iniciadas a um nível de governação conduzem frequentemente à adoção de abordagens semelhantes noutras ordens jurídicas. A exigência de realizar avaliações de impacto ambiental das atividades propostas, por exemplo, começou como lei de uma unidade componente de um estado federal, foi adotada a nível federal, e foi depois progressivamente aceite por outros países e por organizações regionais e sistemas de tratados regionais (SHELTON; KISS, 2005, p. 17, tradução nossa⁷).

Nos termos da Lei Orgânica Uberabense, de 1990, a título exemplificativo, o Prefeito (eleito ou reeleito) deverá apresentar o Programa de Metas da sua Gestão, contendo a promoção do desenvolvimento ambiental, social e economicamente sustentável, bem como a promoção de meio ambiente ecologicamente equilibrado e combate à poluição sob todas as suas formas. Dentro da Seção da Saúde, existe dispositivo a favor do respeito ao meio ambiente e controle de poluição ambiental, preservação e conservação das nascentes e mananciais de abastecimento, com implantação de tratamento de esgotos e recuperação das matas ciliares e do topo (art. 121). Na implantação de conjunto habitacional, incentivar-se-á a integração de atividades econômicas que promovam a geração de

⁷ Tradução livre de: “Many environmental norms have spread through the inter-penetration and mutual influence of legal rules at all levels of governance from the global to the municipal. Initiatives begun at one level of governance often lead to similar approaches being adopted in other legal orders. The requirement to conduct environmental impact assessment of proposed activities, for example, started as the law of a component unit of a federal state, was adopted at the federal level, and was then progressively accepted by other countries and by regional organizations and regional treaty systems” (SHELTON; KISS, 2005, p. 17).

empregos para a população residente, em equilíbrio com o meio ambiente (art. 184).

Como exemplo prático de materialização do *federalismo cooperativo*, a Prefeitura de Uberaba, em convênio com o Estado de Minas Gerais, emitiu Licenciamento Classe VI, em dezembro de 2020: “um ano após a assinatura do convênio entre as Secretarias de Meio Ambiente, municipal e estadual, que consolidou competência da Prefeitura de Uberaba para a emissão de Licenciamento Ambiental Classes V e VI, foi emitida ontem o primeiro Licenciamento Classe VI do Município. Antes, essa documentação era emitida somente em Belo Horizonte.” (UBERABA, 2020).

5 O CÓDIGO DO MEIO AMBIENTE DO MUNICÍPIO DE UBERABA/MG (LEI COMPLEMENTAR N.º 389/2008)

O Código Ambiental uberabense foi aprovado, sancionado e publicado no Diário Oficial do Município (DOM, ou Porta Voz) em 11 de dezembro de 2008 – Lei Complementar Municipal 389, de 11-12-2008. Possui 272 artigos. Dentre os assuntos contidos no referido Código, destacam-se:

- Conselho Municipal do Meio Ambiente (COMAM) (art. 16);
- Educação Ambiental (art. 75);
- estímulos às atividades, procedimentos e empreendimentos, de caráter público ou privado, a favor do ambiente (art. 40);
- instrumentos básicos da Política Municipal do Meio Ambiente (art. 21);
- objetivos, geral e específicos (arts. 3.º e 4.º);
- Plano Quadrienal de Recursos Hídricos (PQRH) (art. 131);
- princípios básicos da Política Municipal do Meio Ambiente (art. 2.º);
- Saneamento Ambiental (art. 223).

O Código Ambiental de Uberaba – Lei Complementar Municipal 389, de 11-12-2008 – está em sintonia com o *federalismo cooperativo*, implantando pela Constituição Federal de 1988, arts. 23 e 225. Deve ser aplicado, de forma simbiótica, com a Lei Complementar Federal 140, de 8-11-2011. A referida Lei Complementar Federal contém várias diretrizes para a *cooperação federativa* entre União, Estados/Distrito Federal e Municípios, em prol do ambiente. A Lei Complementar Federal 140, de 8-11-2011, incluiu as ações conjuntas e as ações específicas, destinadas a cada ente federativo. As ações administrativas dos Municípios encontram-se no art. 9.º da Lei Complementar Federal 140, de 8-11-2011.

Ressalte-se que o artigo final do Código uberabense contém expressão indevida, de acordo com a *técnica legislativa*: “Artigo 272. Revogam-se as disposições em contrário”. Esse dispositivo desconsiderou a diretriz específica nacional, que indica a forma adequada de elaborar normas. A técnica legislativa proíbe essa expressão genérica: “A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas” (Lei Complementar Federal 95, de 26-2-1998).

A título de informação, vários Municípios brasileiros editaram seus Códigos Ambientais; outros tantos, ainda não. Comentam-se e citam-se exemplos. Enquanto Manaus (capital do Amazonas) editou seu Código Ambiental em 2001 (Lei Municipal 605/2001), Belo Horizonte (capital de Minas Gerais), até o presente momento, não materializou referido Código. É fato que Belo Horizonte não tem – no momento – um Código Ambiental, mas, claro, possui normas ambientais. Um bom exemplo é a Lei Municipal de Belo Horizonte 11.284/2021, que “institui o Programa de Certificação de Crédito Verde (PCCV)”.

Semelhante ao Brasil, no plano estrangeiro, cite-se o México como exemplo de atuação ambiental municipalista

São muitas, como já mencionado, as competências municipais em matéria ambiental e poderiam catalogar-se da seguinte

maneira: -Competências normativas; - Competências para elaborar políticas ambientais próprias; - Competências de participação; - Competências por delegação; - Competências de execução ou gestão; - Competências de vigilância e controle. [...]. Os mecanismos que o município possui para tais efeitos são: - ordenamento ecológico do território; - promoção e gestão de áreas naturais protegidas, - proteção da qualidade de paisagem urbana e rural; - proteção da flora e fauna silvestres; - promoção de ações de desenvolvimento florestal sustentável; - promoção da formação de organismos públicos ou privados para a administração de parques urbanos e zonas de conservação ambiental nos centros populacionais (LÓPEZ, 2015, p. 25-29, tradução nossa⁸).

Nessas condições, nota-se que a senda “ambiental municipalista” tem relevância normativa e prática, tanto no Brasil quanto em outros países. Portanto, o protagonismo ambiental do Município de Uberaba – e por extensão, de quaisquer Municípios brasileiros – considera-se natural, em face do ordenamento jurídico nacional.

6 RESPONSABILIDADE OBJETIVA AMBIENTAL NO CÓDIGO DO MEIO AMBIENTE DO MUNICÍPIO DE UBERABA/MG

No aspecto constitucional, a responsabilidade ambiental abrange, classicamente, *três espécies*: responsabilidade penal, civil e administrativa (Constituição Federal de 1988, artigo 225, § 3.º). A

⁸ Tradução livre de: “Son muchas, como hemos mencionado, las competencias municipales en materia ambiental y podrían catalogarse de la siguiente manera: - Competencias normativas; - Competencias para elaborar políticas ambientales propias; - Competencias de participación; - Competencias por delegación; - Competencias de ejecución o gestión; - Competencias de vigilancia y control. [...]. Los mecanismos con los que cuenta el municipio para tal efecto son: - ordenamiento ecológico del territorio; - promoción y gestión de áreas naturales protegidas, - protección de la calidad del paisaje urbano y rural; - protección de la flora y fauna silvestres; - promoción de acciones de desarrollo forestal sustentable; - promoción de la formación de organismos públicos o privados para la administración de parques urbanos y zonas de conservación ambiental en los centros de población (LÓPEZ, 2015, p. 25-29).

responsabilidade *penal ambiental* possui norma específica federal: Lei Federal 9.605, de 12-2-1998. A responsabilidade *civil ambiental*, tem seu fundamento na Lei Federal 6.938, de 31-8-1981 – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – artigo 14, § 1.º, juntamente com o Código Civil, artigo 927, parágrafo único.

A responsabilidade *administrativa ambiental*, está prevista na Lei Federal 6.938, de 31-8-1981 – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – artigo 14. Cite-se também a Lei Complementar Federal 140, de 8-11-2011, que conferiu atribuições administrativas ambientais aos Municípios (art. 9.º). Referidas normas federais estão em sintonia com a Constituição Federal de 1988, artigos 18, 23, 30 (artigo 30, destinado exclusivamente aos Municípios) e 225.

Ressalte-se, previamente, que os Municípios brasileiros *somente* podem *legislar no plano administrativo* – impondo sanções, de ordem administrativa, tendo por exemplos multas, interdições, obrigações de fazer/não fazer – tendo em vista que as demais responsabilidades, penal e civil, são de competência exclusiva da União (Constituição Federal de 1988, art. 21, inciso I). Portanto, os Municípios possuem capacidade normativa ambiental apta a gerar controles e responsabilidades *administrativas*. Nesse estudo de caso, o Código Ambiental de Uberaba – Lei Complementar Municipal 389, de 11-12-2008 – prevê:

Art. 62. A pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que possa causar, ou seja causadora de dano ambiental, tem o dever de comunicar o evento danoso ou potencialmente danoso, à Secretaria do Meio Ambiente.

[...].

§ 3.º A comunicação devidamente efetuada não exime o causador da responsabilidade de reparar o dano.

Art. 234. Em caso de acidente decorrente de derramamento, vazamento ou disposição de forma irregular de substâncias poluentes, arcarão com as despesas de execução das medidas necessárias para evitar ou minimizar a poluição ambiental e

recuperar o ambiente degradado:

[...].

Parágrafo único. A responsabilidade prevista não se extingue quando o lançamento irregular não é proposital.

Estão evidenciados, nos citados dispositivos do Código Ambiental uberabense, a responsabilidade *administrativa* ambiental *objetiva*. No mesmo sentido, de forma pretérita, existe previsão na Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) – Lei Federal 6.938, de 31-8-1981, artigo 14, §§ 1.º e 2.º (o § 2.º é destinado ao Secretário de Meio Ambiente). Ou seja, essa norma federal, de 1981 – PNMA – opera favoravelmente à responsabilidade *administrativa* ambiental *objetiva*.

Em complemento, esse dispositivo da Lei Federal 6.938, de 31-8-1981, deve ser conjugado com a Lei Federal 9.605, de 12-2-1998, que dispõe:

Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

O Código Ambiental uberabense segue na mesma linha:

Constitui infração, para os efeitos deste Código, qualquer ação ou omissão que importe na inobservância de seus preceitos, bem como das normas regulamentares e medidas diretivas dela decorrentes.

§ 1.º A reparação do dano ambiental é obrigatória em todos os casos, independente da penalidade aplicada.

[...].

Atente-se, porém, que o Superior Tribunal de Justiça decidiu, em 2019, no EREsp. 1318051/RJ, favorável à responsabilidade

administrativa ambiental *subjetiva*. É o teor da seguinte notícia, disponível no sítio eletrônico do próprio Superior Tribunal de Justiça:

Primeira Seção consolida entendimento de que responsabilidade administrativa ambiental é subjetiva. A Primeira Seção consolidou no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) o entendimento de que a responsabilidade administrativa ambiental é subjetiva – ou seja, a condenação administrativa por dano ambiental exige demonstração de que a conduta tenha sido cometida pelo transgressor, além da prova do nexo causal entre a conduta e o dano. O colegiado anulou o auto de infração contra a companhia de petróleo Ipiranga, proprietária de óleo diesel derramado na Baía de Guanabara, no Rio de Janeiro, em acidente ferroviário ocorrido em 2005, uma vez que não foi demonstrada a efetiva participação da empresa no acidente que gerou danos ao meio ambiente. Os embargos de divergência julgados pela Primeira Seção tiveram origem em recurso da companhia para anular auto de infração do município de Guapimirim, lavrado em razão dos danos causados pelo derramamento de óleo diesel que atingiu área de preservação ambiental, decorrente do descarrilamento de vagões da Ferrovia Centro Atlântica (FCA). Em primeiro grau, foi declarada a nulidade do auto de infração e cancelou-se a inscrição da multa ambiental em dívida ativa. No entanto, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) reformou a sentença, condenando a empresa a pagar a multa. A Primeira Turma do STJ manteve o entendimento do TJRJ, considerando que a responsabilidade administrativa ambiental seria objetiva, em razão da propriedade da carga transportada pela FCA, cabendo à Ipiranga, portanto, o dever de indenizar, independentemente da existência de culpa. Natureza subjetiva. O relator dos embargos de divergência na Primeira Seção, ministro Mauro Campbell Marques, observou que a jurisprudência dominante no tribunal, em casos análogos, é no sentido da natureza subjetiva da responsabilidade administrativa ambiental. Citou precedentes das duas turmas de direito público, entre eles o REsp 1.251.697, de sua relatoria, no qual explicou que “a responsabilidade civil por dano ambiental é subjetivamente mais abrangente do que as responsabilidades administrativa e penal, não admitindo estas últimas que terceiros respondam a título objetivo por ofensas ambientais praticadas por outrem”. Para o ministro, “esse é o entendimento que deve presidir o exame do caso concreto, em que inequívoca nos autos a inexistência de participação direta da embargante no acidente que deu causa à degradação ambiental (STJ, 2019).

Nessas condições, a testilha normativa-doutrinária-jurisprudencial, instalada há décadas, perdura até o presente. Para a Lei Federal 6.938, de 31-8-1981, juntamente com o Código Ambiental de Uberaba (Lei Complementar Municipal 389, de 11-12-2008), e alguns dos ambientalistas/administrativistas (ex. Paulo A. L. Machado), a responsabilidade ambiental administrativa é *objetiva*. Para o Superior Tribunal de Justiça e outros ambientalistas/administrativistas (ex. Édis Milaré), a questão deve ser analisada sob o pálio da responsabilidade administrativa ambiental *subjetiva*.

Ainda que prevaleça e permaneça a tese da responsabilidade administrativa subjetiva, ancorada pelo STJ, aplicar-se-á a Súmula 618 do mesmo Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 618. A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental.

Portanto, o ônus da prova é do(a) vilão(ã) ambiental. Caberá ao(a) infrator(a) comprovar sua “inocência” em relação ao *dano ambiental*, materializado pelo auto de infração ambiental do Município. Nesse sentido, o Código Ambiental uberabense:

Art. 65. As infrações às disposições deste Código, às normas, critérios, parâmetros e padrões estabelecidos em decorrência dele e às exigências técnicas ou operacionais feitas pelos órgãos competentes para exercerem o controle ambiental, serão punidas com as seguintes penalidades:

[...]

Art. 68. Apurada a violação das disposições deste Código, será lavrado o auto de infração.

§ 1.º São autoridades para lavrar o auto de infração os agentes de fiscalização devidamente credenciados pela Prefeitura Municipal de Uberaba por meio da Secretaria do Meio Ambiente, conforme previsto no artigo 46.

Em suma, os Municípios brasileiros podem e devem agir, diuturnamente, para fins de controle ambiental – prévio, concomitante e posterior – considerando que os órgãos públicos municipais são os que convivem naturalmente com as questões locais. “As infrações e sanções devem ser vistas como técnicas de regulação voltadas a promover a adequação de conduta de particulares” (VORONOFF, 2018, p. 218). Nesse estudo de caso (Uberaba/MG), existem mecanismos normativos suficientes para os controles ambientais. Muitas vezes faltam aos Municípios – sobretudo os pequenos, em população e/ou aportes financeiros – condições humanas, práticas e tecnológicas; mas não podem faltar ações prospectivas, em prol dos bens ambientais. A razão “política” não deve prevalecer, sobretudo tratando-se do “patrimônio ambiental”.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo proposto analisou as competências constitucionais ambientais dos entes federativos. Foi evidenciado o foco ambientalista do constitucionalismo municipal. Buscou-se demonstrar, como objetivo geral, que os Municípios – enquanto componentes da federação brasileira – devem ser protagonistas, de linha de frente, nas questões protetivas ambientais.

Os objetivos específicos dessa investigação compreenderam a demonstração da possibilidade ou impossibilidade de responsabilidade ambiental administrativa objetiva, em face da Lei Federal 6.938, de 31-8-1981, denominada Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, e especialmente sob o pálio do Código Ambiental do Município de Uberaba/MG. Existem decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) operando a favor da responsabilidade administrativa subjetiva. No estudo de caso proposto, considerou-se o Código Ambiental do Município de Uberaba/MG, que confere normatização expressa, para fins de responsabilização ambiental.

A partir do exposto, conclui-se que os bens ambientais estão conectados naturalmente às propriedades (Direito Real). E os

Direitos Reais (em sentido amplo: direito patrimonial) são axiais à proteção do patrimônio ambiental. Portanto, as questões referentes a danos ambientais, geradoras de responsabilidades ambientais, partem, como regra, das condutas ativas ou omissivas, praticadas por proprietários – pessoas naturais ou jurídicas – posseiros e/ou ocupantes, partindo do direito patrimonial (móvel e/ou imóvel, material e imaterial).

A Constituição Federal de 1988 adota o federalismo ambiental cooperativo (artigos 18, 23, 30, 32 e 225). Inseridos dentro desse federalismo ambiental cooperativo, os Municípios brasileiros devem operar os primeiros combates referentes às ações ou omissões em desfavor dos bens ambientais ou patrimônio ambiental, em sentido amplo. Ademais, os milhares de Municípios estão capilarizados em todo o território nacional. A responsabilidade municipal de linha de frente confere protagonismo às municipalidades, no controle ambiental.

O princípio *in dubio pro natura* é corolário do princípio da precaução. Em sentido prático: ocorrendo conflitos de ordem pública (multiplicidade de normas ambientais) e/ou privada (conflitos de interesses), sobre o bem ambiental, deve-se aplicar o princípio *in dubio pro natura*, em prol das questões ambientais.

A Lei Orgânica do Município compreende, no aspecto jurídico normativo, a “Constituição” da municipalidade. O Município utilizado para esse estudo de caso – Uberaba/MG – possui Lei Orgânica com vários dispositivos ambientalistas. O Código Ambiental de Uberaba – Lei Complementar Municipal 389, de 11-12-2008 – está em sintonia com o federalismo cooperativo, implantando pela Constituição Federal de 1988, artigos 23 e 225.

O Código Ambiental uberabense possui dispositivos indicando a responsabilidade administrativa ambiental *objetiva*. No mesmo sentido, de forma pretérita, existe previsão na Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) – Lei Federal 6.938, de 31-8-1981, artigo 14. O Superior Tribunal de Justiça decidiu, em 2019,

no EREsp. 1318051/RJ, favorável à responsabilidade administrativa ambiental *subjetiva*. Prevalendo a tese da responsabilidade administrativa subjetiva, ancorada pelo STJ, aplicar-se-á a Súmula 618 do mesmo Tribunal, que dispõe que “A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental.”.

Compreende-se que os objetivos dessa investigação foram devidamente analisados. Os objetivos apresentados foram alcançados na medida em que se pode asseverar que os Municípios possuem capacidade ambiental de controle, inserida no contexto da responsabilidade administrativa subjetiva.

REFERÊNCIAS

BELO HORIZONTE. Lei 11.284 de 23 de janeiro de 2021. Institui o Programa de Certificação de Crédito Verde. **Diário Oficial [do] Município de Belo Horizonte**, Belo Horizonte, 26 jan. 2021.

BÖLTER, Serli Genz; DERANI, Cristiane. Direito ambiental e desenvolvimento sustentável: uma análise da judicialização das relações sociais. In: **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, Ed. Dom Hélder Escola de Direito, v. 15, n. 33, p. 209-242, set.-dez. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/mg/uberaba/panorama>>. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2 set. 1981.

BRASIL. Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação

fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 nov. 1997.

BRASIL. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 fev. 1998.

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 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis n.ºs 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória n.º 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis n.ºs 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar n.º 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei n.º 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jul. 2017.

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 Complementar 140, de 8 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do *caput* e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 dez. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no TP 2476 / RJ. Relatora. Min. Regina Helena Costa. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 28 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp. n.º 1318051/RJ. Relator. Min. Mauro Campbell Marques. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 28 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção consolida entendimento de que responsabilidade administrativa ambiental é subjetiva. 10/05/2019 Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Primeira-Secao-consolida-entendimento-de-que-responsabilidade-administrativa-ambiental-e-subjetiva.aspx>>. Acesso em: 31 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmulas 618 e 623. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ.pdf>. Acesso em: 20 maio 2021.

CALDERÓN-VALENCIA, Felipe; ESCOBAR-SIERRA, Manoela. Defensores ambientales en Colombia y razonamiento abductivo

en el acceso a la justicia. In: **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, Ed. Dom Hélder Escola de Direito, v. 17, n. 38, p. 69-112, maio-ago. 2020.

CHILE. Ley 20.930. Establece el derecho real de conservación medioambiental. Disponível em: <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1091906>>. Acesso em: 20 maio 2021.

COSTA RICA. Acordo regional sobre acesso à informação, participação pública e acesso à justiça em assuntos ambientais na América Latina e no Caribe (Escazú). Disponível em: <<https://www.cepal.org/pt-br/acordodeescazu>>. Acesso em: 20 maio 2021.

CZECH, E. K. Liability for environmental damage according to directive 2004/35/EC. In: **Polish Journal of Environmental Studies**, Olsztyn (Poland), vol. 16, n. 2, p. 321-324, 2007.

FARIAS, Paulo José Leite. **Competência federativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Safe, 1999.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Princípios do direito processual ambiental**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FIROZABABI, Hossein Houshmand; ZARA, Lotfi; ZOHREH Bahrami, RAZIEH Saiani. Civil liability for environmental damage. In: **Medical Law Journal**, Teheran, The Iranian Scientific Association of Medical Law, v. 14, n. 54, p. 183-213, 2020.

LÓPEZ. Tania García. Bases jurídicas para el uso de instrumentos económicos em las políticas ambientales municipales en México. In: **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, Ed. Dom Hélder Escola de Direito, v. 12, n. 24, p. 11-31, jul.-dez. 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MALUF, Aflaton Castanheira. Atas notariais como instrumentos de proteção ambiental à luz das normas brasileiras. Dissertação

(Mestrado em Direito Ambiental)–Escola Superior Dom Hélder Câmara. Belo Horizonte, 2020. Disponível em: <[http://domhelder.edu.br/wp-content/uploads/2020/10/Ata Notarial-AFLATON-.pdf](http://domhelder.edu.br/wp-content/uploads/2020/10/Ata%20Notarial-AFLATON-.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2021.

MALUF, Aflaton Castanheira. Controle judicial de constitucionalidade das normas municipais e lei orgânica do Município. In: **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, v. 11, n. 15, p. 144-154, novembro 2008.

MALUF, Aflaton Castanheira. **Normas constitucionais relevantes a notários e registradores**. Leme/SP: Habermann, 2018.

MALUF, Aflaton Castanheira. **Representação municipal na federação brasileira**. Franca/SP: Lemos e Cruz, 2006.

MARIA, Dioclides José; GOMES, Magno Federici. Da (im) possibilidade do ajuizamento da ação direta interventiva para assegurar a autonomia municipal para legislar sobre licenciamento ambiental de impacto local. In: **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 303-330, jan.-abr. 2017.

MARTÍN, Carmen Plaza. Protección del medio ambiente y participación pública: la reciente evolución a nivel internacional y en España. In: **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, Ed. Dom Hélder Escola de Direito, v. 16, n. 35, p. 11-35, maio-ago. 2019.

MATOS, Eduardo Lima de. **Autonomia municipal e meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fabio Caldas. **Código civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0000.19.058478-9/003. Relator. José Eustáquio Lucas Pereira. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>>. Acesso em: 20 maio 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0021.17.001657-6/001. Relator. Luís Carlos Gambogi. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>>. Acesso em: 20 maio 2021.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PINTO, Wallace Douglas da Silva; GOMES, Magno Federici. Conflitos de atribuições e cooperação administrativa para tutela do meio ambiente. In: **Sustentare**, Três Corações (MG), Ed. Universidade Vale do Rio Verde, v. 2, n. 1, p. 32-51, jan./jul. 2018.

PIOVESAN. Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLLI, Valerio de Oliveira. **Comentários a convenção americana sobre direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PORTO RICO. Ley Núm. 55, de 1 de junio de 2020. Código Civil de Puerto Rico de 2020. Disponível em: <<https://bvirtualogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/leyesreferencia/PDF/55-2020.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2021.

REZENDE, Elcio Nacur; MESQUITA, Tânia Barros de. A ata notarial como instrumento para a responsabilização civil-ambiental. In: **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, Caxias do Sul (RS), Ed. Universidade Caxias do Sul, v. 11, p. 75-98, 2021.

REZENDE, Elcio Nacur; SEABRA, Henrique Costa de. A ausência de previsão normativa no direito brasileiro para a aplicação da teoria do risco integral em matéria de dano ambiental: um fato a ser repensado na jurisprudência. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 92, p. 269-284, 2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo civil ambiental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SIEKIERA, Joanna. Implementation of legal mechanisms of environmental protection by the South Pacific regional organizations. In: **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 16, n. 2, p. 116-125, 2019.

SHELTON, Dinah; KISS, Alexandre. **Judicial handbook on environmental law**. United Nations Environment Programme, 2005.

UBERABA. Câmara Municipal. Disponível em: <<https://camarauberaba.mg.gov.br/comissoes-permanentes/>>. Acesso em: 20 maio 2021.

UBERABA lança 1.º licenciamento ambiental classe VI nesta sexta. Disponível em: <https://www.jornaldeuberaba.com.br/noticia/14458/uberaba-emite-1o-licenciamento-ambiental-classe-vi-nesta-sexta>>. Acesso em: 20 maio 2021.

UBERABA. Lei Complementar 389, de 11 de dezembro de 2008. Institui o Código do Meio Ambiente do Município de Uberaba. Disponível em: <https://leis.municipais.com.br/a/mg/u/uberaba/lei-complementar/2008/39/389/lei-complementar-n-389-2008-institui-o-codigo-do-meio-ambiente-do-municipio-de-uberaba-e-da-outras-providencias-2018-10-10-versao-compilada>. Acesso em: 20 maio 2021.

UBERABA. Lei Orgânica, de 1990. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/lei-organica-uberaba-mg>>. Acesso em: 20 maio 2021.

UBERABA. Prefeitura. Disponível em: <www.uberaba.mg.gov.br>. Acesso em: 20 maio 2021.

VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

Recebido em: 26-11-2023

Aprovado em: 11-2-2024

2

A INEFICÁCIA DA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM MOÇAMBIQUE: CONTRIBUTO PARA A CONSTRUÇÃO DE UM ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

THE INEFFICACY OF THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION TOUCHING FUNDAMENTAL RIGHTS IN MOZAMBIQUE: A CONTRIBUTION TO THE CONSTRUCTION OF A STATE OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Edson da Graça Francisco Macuácuá²

¹ **Como citar este artigo científico.** MACUÁCUA, Edson da Graça Francisco. A ineficácia da tutela dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional em Moçambique: contributo para a construção de um estado de direitos fundamentais. In: **Revista Amagis Jurídica**, Belo Horizonte, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, v. 16, n. 1, p. 47-103, jan.-abr. 2024.

² Doutor em Direito. Mestre em Direito do Petróleo e do Gás. Docente Universitário e Advogado. Pós-Doutorando em Direito, na Universidade de Lisboa. *E-mail*: macuacua.edson@gmail.com

RESUMO

O presente artigo debruça-se sobre a tutela dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional, e neste prisma faz uma análise dos mecanismos estabelecidos constitucionalmente com vista à materialização e garantia de uma tutela efectiva dos direitos fundamentais. Entre os pontos críticos da matéria em análise, destacam-se o acesso dos particulares ao Conselho Constitucional, o sistema de fiscalização da constitucionalidade e o sistema de recurso das decisões dos tribunais ao Conselho Constitucional.

Palavras-chave: tutela efectiva, direitos fundamentais, recurso de amparo, fiscalização da constitucionalidade.

ABSTRACT

This article focuses on the protection of fundamental rights by the constitutional jurisdiction, and in this context analyzes the mechanisms established by the constitution with a view to materializing and guaranteeing effective protection of fundamental rights. Among the critical points of the subject under analysis are the access of private individuals to the Constitutional Council, the system for monitoring constitutionality and the system for appealing court decisions to the Constitutional Council.

Keywords: effective protection, fundamental rights, amparo appeal, constitutionality review.

SUMÁRIO: 1 O Direito à Tutela Jurisdicional Efectiva. 2 Ineficácia ou Inexistência de Recursos em Moçambique? 3 Que Reformas para a Construção de um Estado de Direitos Fundamentais? 3.1 Na Sistemática dos Direitos Fundamentais em Moçambique. 3.2 A não Consagração do Direito de Acesso ao Direito e à Tutela Jurisdicional Efectiva. 3.3 No Capítulo das Competências dos Tribunais Comuns. 3.4 O Alargamento do Âmbito da Fiscalização da Constitucionalidade. 3.5 Acesso dos Particulares à Jurisdição Constitucional. 3.6 A Ausência do Recurso de Amparo. 3.7 A Irrelevância do Conselho Constitucional na Tutela dos Direitos Fundamentais. 4 Conclusões. Referências.

1 O DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL EFECTIVA

Não basta a proclamação de um catálogo de direitos fundamentais. É preciso assegurar que haja uma tutela jurisdicção efectiva, para garantir a sua materialização, o que configura o direito a uma tutela jurisdicção efectiva como um direito fundamental.

Com efeito, segundo Gomes Canotilho, a centralidade da garantia do acesso ao direito da tutela jurisdicção efectiva tem razões que merecem ser explicadas:

- (i) em primeiro lugar, ela pressupõe um catálogo de direitos fundamentais, pois qualquer comunidade de direito é necessariamente uma comunidade de direitos;
- (ii) em segundo lugar, só uma protecção jurisdicção efectiva realiza a dimensão de juridicidade do poder, no seu sentido básico de proibição da autodefesa e de afirmação do monopólio estatal da coerção;
- (iii) em terceiro lugar, o recorte do direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicção como direito autónomo e específico permite fazer funcionar uma tutela dos direitos a vários níveis (CANOTILHO, 2011).

Como afirma Jorge Miranda, não basta enumerar, definir, explicitar, assegurar só por si direitos fundamentais. É necessário que a organização do poder político e toda a organização constitucional estejam orientados para a sua garantia e a sua promoção (MIRANDA, 2017, p. 245).

Transcrevendo uma fórmula lapidar da Declaração Universal (do seu preâmbulo), tem-se que: “É essencial a protecção dos direitos do homem através de um regime de direito para que o homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão.”.

Segundo Jorge Miranda (2017, p. 391), o eficaz funcionamento e o constante aperfeiçoamento da tutela jurisdicção dos direitos das pessoas são sinais de civilização jurídica.

Segundo António D’Atena (2018, p. 19), a tutela dos direitos fundamentais constitui o centro de gravidade, o coração do constitucionalismo. Isso reflecte-se nos caracteres da fonte do direito na qual encontrou a sua expressão emblemática: a Constituição, que, embora possa ser reconduzida à categoria geral dos actos normativos (ou seja, dos actos susceptíveis de produzirem resultados prescritivos conformes ao seu próprio conteúdo), apresenta algumas especificidades irrepetíveis (D’ATENA, 2018, p. 19).

Com efeito, a Constituição, para ser o que é (para corresponder ao paradigma próprio da tradição do constitucionalismo), tem de ter um determinado conteúdo sem o qual não seria uma Constituição: “um Estado – lê-se na declaração francesa – que não assegura a separação de poderes está desprovido de Constituição.” (D’ATENA, 2018, p. 20). Não existe Constituição sem tutela de direitos (D’ATENA, 2018, p. 20).

O princípio da tutela jurisdicional tem múltiplas refrações podendo ser relevante sob três perspectivas:

- da perspectiva da caracterização do tipo histórico do Estado Constitucional Contemporâneo, *realçando a força de uma das funções do Estado através da sua organização jurisdicional*;
- da perspectiva dos cidadãos, *consubstanciando direitos fundamentais processuais de acesso e de atuação na justiça*, aqui mais interessando ao Direito Fundamentais; e
- da perspectiva das instituições, *impondo regras e competências na construção do edifício do poder jurisdicional*, impondo tanto ao Direito Processual.

Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos (art 20, n.º 5, da CRP) (GOUVEIA, 2023, p. 155).

Para a materialização de um Estado de Direitos Fundamentais é imperioso que para além da proclamação do catálogo de Direitos

Fundamentais, sejam consagrados mecanismos que garantam a sua tutela efectiva. Assim, um dos direitos fundamentais que necessariamente deve ser consagrada é o direito à tutela jurisdicional efectiva.

De acordo com Catarina Santos Botelho, o princípio da tutela jurisdicional, efectiva, entendido como um direito geral à protecção jurídica, assume uma estrutura multifacetada, sendo inclusive classificado por alguma doutrina como um “*cluster-right*”, isto é, um feixe de direitos, com vários afloramentos no texto constitucional (ALEXANDRINO, 2015, p. 81). Consequentemente, o direito de acesso à Justiça e à tutela jurisdicional efectiva desdobra-se em direito:

- de acesso ao Direito;
- de acesso aos Tribunais
- à informação e consulta jurídica;
- ao patrocínio judiciário;
- à protecção de segredo de justiça;
- a uma decisão em prazo razoável;
- a um processo equitativo; e
- à tutela efectiva.

A garantia de tutela jurisdicional efectiva deve ser configurada não apenas como um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, mas também como uma garantia institucional da via judiciária (CANOTILHO, 2017, p. 496).

Segundo Maria Fernanda Maças (1993, p. 328), o direito à tutela jurisdicional efectiva tem um conteúdo complexo, analisando-se em várias dimensões que suas concretizações ou manifestações, tais como;

- a liberdade de acesso ao Direito e aos Tribunais; liberdade que não deve ser dificultada por requisitos processuais artificiais e injustificados nem pelo curso dos processos;

- a existência de um processo revestido de todas as garantias que tornem possível uma defesa adequada a sem dilações indevidas; e,
- finalmente, a eficácia das Sentenças.

Uma protecção judicial eficaz é essencialmente uma protecção útil, cujo conteúdo não se esgota nem na garantia de o interessado ter acesso aos Tribunais para aí defender, em condições de igualdade entre as partes, as suas pretensões jurídicas, nem na obtenção de uma decisão fundada no direito, se bem que ditada por órgãos independentes e imparciais. Exige-se, além do mais, que a Sentença final jurídica do particular, de modo a servir efectivamente as suas pretensões (MAÇÃS, 1993, p. 328).

A garantia do *due process of law* é igualmente uma garantia da tutela jurisdicional efectiva entendida esta como o “direito de [...] ter acesso a uma protecção jurisdicional adequada na defesa da sua esfera jurídica lesada” (BOTELHO, 2010, p. 289). A protecção considera-se adequada quando “a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra-ameaças ou violações desses direitos” (art. 20.º, n.º 5 da Constituição da República Portuguesa)^{3e4}. Fica assim evidente que a protecção jurídica via Tribunais não poderia se limitar ao recurso aos Tribunais (art. 70 da Constituição da República de Moçambique - CRM) porquanto tal

³ O direito a tutela jurisdicional efectiva encontra consagração nas Constituições angolana (n.º 5 do art. 29), cabo-verdiana (n.º 1 do art. 21) e portuguesa (n.º 5 do art. 20.º). As Constituições guineense (art. 32.º) e são-tomense (art. 19.º) consagram, à semelhança da Constituição moçambicana, um mero direito de acesso ou direito de recorrer aos Tribunais contra os actos que violem direitos dos cidadãos (BOTELHO, *apud* VIEIRA, 2011, p. 230).

⁴ Na obra publicada sob a coordenação de Cistac (2004, p. 295), a Faculdade de Direito da UEM propunha a substituição da epígrafe e do texto do art. 68 do Projecto de Revisão Constitucional (actual art. 70) nos seguintes termos: “O cidadão tem o direito de recorrer aos Tribunais contra os actos que violem os seus direitos e interesses reconhecidos pela Constituição e pela lei e obter uma decisão sobre a sua pretensão.”.

recurso não constitui um fim em si próprio visando antes a eficácia e a eficiência das decisões judiciais. Desta feita, assegurados os procedimentos judiciais adequados a obter, em prazo razoável⁵, uma decisão com força de caso julgado, tal protecção traduz um efectivo acesso à justiça (neste sentido, TIMBANE, 2020, p. 95).

Para Ricardo Pedro (2003, p. 40), o direito à tutela jurisdicional efectiva surge enquanto meio de garantir não só a paz jurídica, mas também a protecção de direitos fundamentais e, em suma, a dignidade da pessoa humana. Trata-se de um direito que se cumpre com a dinâmica da administração da Justiça. Ou seja, revela-se um direito que se vai cumprindo gradualmente, não só no funcionamento do procedimento que tem em vista uma decisão, mas ainda em toda a actividade preparatório e executória da decisão e acima de tudo na própria decisão jurisdicional (PEDRO, 2003, p. 40).

Este direito impõe uma função primária de garantia de direitos – objectivo do direito à tutela jurisdicional efectiva-se que se revê na teleologia da administração da Justiça (PEDRO, 2003, p. 41). Ou seja, a função de garantia de direitos há-de irradiar sobre toda a administração da Justiça em sentido amplo e que se há-de expressar qualitativa e quantitativamente na prestação jurisdicional do caso concreto (PEDRO, 2003, p. 41).

Trata-se de um superdireito ou um direito complexo cujo conteúdo se desdobra em subprincípios, subcarregadas ou direitos processuais fundamentais e com valor residual garantístico que deve, em suma, permitir a realização material dos direitos e interesses legalmente protegidos (em conflito) por via de um meio de resolução de litígios assegurado pelo Estado (PEDRO, 2003, p. 41).

Dada a amplitude recortada no artigo 29 da CRA, do direito à tutela jurisdicional efectiva não basta garantir a todos o acesso à Justiça, propondo ao Juiz a demanda de tutela, mas será preciso garantir a cada cidadão a possibilidade de obter a tutela em um caso

⁵ Por prazo razoável pode entender-se o prazo “sem dilatações indevidas” (art. 6.º da CEDH) sendo, no entanto, indispensável respeitar as garantias de defesa do arguido e o dever de fundamentação das decisões (VIEIRA, 2011, p. 230).

concreto. Isto porque, de outro modo, a garantia se reduziria a mera declaração de princípio, iludindo toda a intenção de concretização (PEDRO, 2003, p. 42). Tratam-se dos instrumentos de defesa que o Estado põe à disposição da pessoa, enquanto meio que vem substituir a autotutela; o que faz com que este meio surja configurado de modo a que se reconheça a seu favor o máximo de garantias previstas na Constituição (PEDRO, 2003, p. 42).

O direito à tutela jurisdicional efectiva ou eficaz é a principal garantia formal que a Constituição apresenta, sobretudo à luz de um Estado de Direito democrático real (PEDRO, 2003, p. 42-43). Isto, principalmente, porque se trata de uma garantia que visa realizar os restantes direitos sujeitos a decisão do Tribunal, pelo que a violação desta garantia produz a efectividade dos restantes direitos, ofendendo não só os direitos processuais, mas também os direitos substantivos em conflito (PEDRO, 2003, p. 43).

O direito à tutela jurisdicional efectiva ou de acesso à via judiciária é uma das dimensões – porventura a mais importante –, mas não a única do direito de acesso ao Direito (PEDRO, 2003, p. 43).

Por sua vez, ao preceito no artigo 29, n.º 1 da Constituição junta-se, para o que agora nos interessa, o disposto no artigo 29, n. 4, do mesmo diploma, que não só impõe o direito a um processo judicial em prazo razoável, como o direito a um processo equitativo (PEDRO, 2003, p. 43).

Interessa pois, ao direito a tutela jurisdicional efectiva – protecção judicial completa – (*effektiven Rechtsschutz*), no qual se joga todo o problema da coincidência necessária entre o (Direito) formal e o real, que tal direito tenha efeito, que exista, que se realize, que produza efeitos (PEDRO, 2003, p. 43). Em suma, que não seja meramente platónico, mas que resulte numa administração da Justiça de resultados adequados (PEDRO, 2003, p. 43).

De acordo com Carlos Blanco de Moraes, o princípio da tutela efectiva dos direitos fundamentais é “um direito sobre direitos”, dado que, para além de poder ser invocado autonomamente como

um direito de liberdade com algumas dimensões de direito subjetivo, assume, igualmente, a natureza de garantia transversal aos demais direitos fundamentais (MORAIS, 2018, p. 501). E por meio do acesso aos Tribunais mediante processos expeditos e equitativos, que os cidadãos asseguram a tutela dos seus direitos frente ao estado e frente a terceiros (MORAIS, 2018, p. 502).

A Constituição da República de Moçambique não consagra o direito à tutela jurisdicional efectiva, nem prevê o direito a um processo judicial em prazo razoável, assim como o direito a um processo equitativo, o que configura uma grosseira no sistema de tutela dos direitos fundamentais.

Em Moçambique, o direito à tutela jurisdicional efectiva não tem consagração expressa na Constituição da República. Ele encontra consagração legal no artigo 2 da Lei n.º 9/2001, de 7 de julho, nos seguintes termos: “A todo o direito subjectivo público ou interesse legalmente protegido corresponde um meio processual próprio destinado à sua tutela jurisdicional efectiva”⁶. O mesmo se diga em relação ao artigo 2 do Código de Processo Civil, na redacção do Dec.-Lei n.º 1/2005, de 27 de dezembro: “A protecção jurídica através dos tribunais implica o direito de, em prazo razoável, de obter ou fazer executar uma decisão judicial com força de caso julgado”.

Pelo exposto imediatamente anterior, o direito a uma tutela jurisdicional efectiva em Moçambique constitui um direito fundamental de origem legal constante da Lei do Processo Administrativo Contencioso e do CPC (VIEIRA, 2011). Mas constitui, em simultâneo, e por força do artigo 43 da Constituição, um direito integrado no leque dos direitos, liberdades e garantias (VIEIRA, 2011). É o que resulta da interpretação e integração da norma do artigo 70 da Constituição em conformidade com o artigo

⁶ O art. 268 da CRP garante aos administrados o direito a uma tutela jurisdicional efectiva para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos. É classificado como um direito fundamental de natureza análoga aos DLG, de uma norma preceptiva (ainda que não exequível por si mesma) na medida em que, pelo facto de o seu conteúdo estar determinado ou ser determinável constitucionalmente, é directamente aplicável.

8 da Declaração (direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes) e com a alínea d) do art. 7 da Carta (direito a julgamento num prazo razoável e por jurisdição imparcial).

Concordamos com Elysa Vieira sobre a necessidade da previsão constitucional expressa do direito à tutela jurisdicional efectiva num dispositivo que seja aplicável a todos os processos judiciais, independentemente da sua natureza civil, administrativa, constitucional ou outra (VIEIRA, 2011, p. 233).

O direito de acesso ao Direito e à tutela jurisdicional efectiva é um direito sobre os direitos fundamentais, um direito que garante a materialização dos direitos fundamentais. Como foi anteriormente referenciado, em Moçambique o direito de acesso ao Direito e à tutela jurisdicional efectiva, não está expressamente consagrada na Constituição, uma omissão prejudicial à concretização dos direitos fundamentais. Embora, por força do artigo 43 da CRM que estabelece uma perspectiva aberta e material dos direitos fundamentais, o direito a tutela jurisdicional efectiva tenha dignidade de um direito fundamental, com igual valor aos expressamente consagrados na Constituição, não deixa de constituir uma lacuna digna de realce e pela sua transversalidade está deslocado, pois a sua sede é a Constituição da República e a sua amplitude abrange todas as jurisdições.

Com efeito, no Direito Comparado, o direito ao Direito e à tutela jurisdicional efectiva tem formal e invariavelmente dignidade e consagração constitucional. Com efeito, no caso de Portugal, o artigo 20.º da Constituição, acesso ao Direito e à tutela jurisdicional efectiva, que está no n.º 2, a todos é assegurado o acesso ao direito e aos Tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos. Não pode a Justiça ser por insuficiência de meios económicos. O n.º 2 estabelece que todos têm direitos, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao património judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade. O n.º 3 – ainda do artigo 20.º da Constituição Portuguesa – estatui que a lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça. O

n.º 4 fixa que todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. E o n.º 5 adensa que para a defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desse direito.

Na Constituição de Cabo Verde, o direito à tutela jurisdicional está previsto no artigo 20.º, com a epígrafe, tutela dos direitos, liberdade e garantias e consagra expressamente o recurso de amparo. Com efeito o n.º 1 do artigo 20.º da Constituição do Cabo Verde estabelece que a todos os indivíduos é reconhecido o direito de requerer ao Tribunal Constitucional, por meio de Recurso de Amparo, a tutela dos seus direitos, liberdades e garantias fundamentais, constitucionalmente reconhecidos, nos termos da lei e com observância do seguinte:

- o Recurso de Amparo só pode ser interposto contra os actos ou omissões dos poderes públicos lesivos dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, depois de esgotadas todas as vias de recurso ordinário;
- o Recurso de Amparo pode ser requerido em simples petição, tem carácter urgente e o seu processamento deve ser baseado no princípio da sumariedade.

O n.º 2 do supra aludido artigo 20.º da Constituição cabo-verdiana fixa que a todos é reconhecido o direito de exigir, nos termos da lei, indemnização pelos prejuízos causados pela violação dos seus direitos, liberdades e garantias.

A Constituição de Angola consagra o direito à tutela jurisdicional efectiva, no artigo 29, com a epígrafe, acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva. Com efeito, o n.º 1 do artigo 29 da Constituição angolana estabelece que a todos é assegurado o acesso ao direito e aos Tribunais para a defesa dos seus direitos e interesses

legalmente protegidos, não podendo a Justiça ser denegada por insuficiência dos meios económicos. O n.º 2 fixa que todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, e de se fazer acompanhar por advogado perante qualquer autoridade. O n.º 3 estabelece que a lei assegura a adequada protecção do segredo de justiça. O n.º 4 estatui que todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. E o n.º 5 consagra que “para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.”.

No sistema constitucional português, o direito fundamental de acesso ao direito e aos Tribunais para tutela efectiva dos direitos e interesses legalmente protegidos, está consagrado no artigo 20.º da Constituição, inclui o direito de acesso ao sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade, justamente para defesa desses direitos e interesses face a eventuais violadores da Constituição; traduz fundamentalmente na atribuição do direito de recurso para o Tribunal Constitucional das decisões proferidas em processos de que os interessados foram parte, o recurso de constitucionalidade: é por esta via que os cidadãos podem aceder directamente ao Tribunal Constitucional (BELEZA, 2016).

Diferentemente do sistema moçambicano, nos quatro ordenamentos em alusão há uma consagração expressa do direito à tutela jurisdicional efectiva ao nível da Constituição formal. Nas três Constituições, não só há uma consagração do direito à tutela jurisdicional efectiva, como também há uma densificação do seu conteúdo e a fixação de mecanismos concretos de materialização do direito à tutela jurisdicional efectiva. O conteúdo do direito à tutela jurisdicional abrange o acesso ao Direito, ao Tribunal, à Justiça, à decisão em prazo razoável, ao recurso, à informação, à protecção de segredo da justiça, ao patrocínio judiciário, ao processo equitativo, e à celeridade e prioridade.

Efectivamente, considerando que nos termos do n.º 1 do artigo 240.º da CRM, ao Conselho Constitucional (CC) “compete especialmente administrar a justiça, em matérias de natureza jurídico-constitucional”, definindo-se a República de Moçambique como um “Estado de Direito, vinculado ao respeito e à garantia dos direitos e liberdades fundamentais do Homem” (artigo 3 da CRM), e como um Estado “democrático e de justiça social” (cf. artigo 1 da CRM). Decorrem dessa natureza do Estado a obrigatoriedade de assegurar a efectividade de todos os direitos da pessoa humana e garantir a necessária justiça, usando-se de todas as suas jurisdições, incluindo o Conselho Constitucional, mesmo quando a lei formal não preveja o procedimento garantístico. O que implica o conhecimento jurisdicional dos pedidos de demanda da justiça formulados por cidadãos.

Resulta, outrossim, da função do Conselho Constitucional, consagrada no n.º 1 do artigo 240.º da CRM, dizer, sempre, a justiça em matérias jurídico-constitucionais. Tem o referido Conselho a qualidade de guardião da Constituição formal e material e da Justiça. Ou, na terminologia de Maria Lúcia Amaral, das posições subjectivas, o dever de recepção directa dos pedidos de cidadãos em que se invoque a eventual injustiça (JUSTINO, 2018). Assim, é pela natureza e funções do Estado de Direito moçambicano e do Conselho Constitucional que este órgão é vinculado a conhecer directamente dos pedidos de particulares quando estejam em causa matérias jurídico-constitucionais e de justiça social ou individual (JUSTINO, 2018).

2 INEFICÁCIA OU INEXISTÊNCIA DE RECURSOS EM MOÇAMBIQUE?

A possibilidade de Recurso para o Conselho Constitucional (CC) estava prevista na primeira lei orgânica do Conselho Constitucional, Lei n.º 4/2003, de 21 de janeiro.

Com efeito, a alínea d) do n.º 1 do artigo 7 da Lei n.º 4/2003, de 21 de janeiro, fixava que uma das competências do Conselho Constitucional era de apreciar Recursos de decisões de outros Tribunais. Desta estatuição resulta claro que o Conselho Constitucional era o último órgão na hierarquia dos Tribunais para o qual os cidadãos podiam recorrer das decisões tomadas pelos Tribunais.

Em coerência com esta competência, o artigo 39.º fixava os Recursos entre as espécies do processo, na alínea c). Para além dos Recursos, previa entre espécie de processo na alínea d) as Reclamações, o que pressupõe que era uma jurisdição constitucional aberta ao cidadão, conferindo-lhe a possibilidade de apresentação de Recursos e Reclamações.

Quanto à legitimidade para o Recurso, o artigo 59.º da Lei n.º 4/2003, de 21 de janeiro, atribui ao Ministério Público e às pessoas que, de acordo com a lei reguladora do processo em que a decisão foi proferida, tenham legitimidade para delas interpor Recurso. Portanto, os cidadãos tinham a legitimidade para interpor Recurso e acesso ao Conselho Constitucional.

O âmbito do Recurso, de acordo com o artigo 58.º da Lei n.º 4/2003, de 21 de janeiro, era restrito à questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade suscitada.

O artigo 57 da Lei n.º 4/2003, de 21 de janeiro, definia o leque das decisões dos Tribunais passíveis de recurso ao Conselho Constitucional, designadamente as decisões dos Tribunais que:

- a) recusem a aplicação de qualquer norma, com fundamento em inconstitucionalidade;
- b) apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitado durante o processo;
- c) recusem a aplicação de norma constante de acto interno com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional, ou a apliquem em desconformidade com

o anteriormente decidido sobre a questão pelo Conselho Constitucional.

O n.º 2 do artigo 57.º adensava que o recurso previsto na alínea b) apenas cabe a decisões que não admitam Recurso Ordinário, por a lei o não prever ou por já haverem sido esgotados todos os que no caso cabiam, salvo os destinados à uniformização de Jurisprudência.

O n.º 3 aclarava que são equiparados a Recursos Ordinários as Reclamações para os Presidentes dos Tribunais Superiores, nos casos de não admissão ou de retenção do recurso, bem como a Reclamações dos despachos dos Juízes Relatores para o plenário.

O n.º 4 do artigo 57.º da lei em alusão explícita que consideram-se esgotados todos os recursos ordinários quando tenha havido renúncia, haja decorrido o respectivo prazo sem a sua interposição ou os Recursos interpostos não possam ter seguimento por razões de ordem processual.

A Lei n.º 4/2003, de 21 de janeiro, ia mais longe, pois abria espaço para recurso das deliberações do próprio Conselho Constitucional (CC). Nesta senda, o n.º 1 do artigo 72 da Lei n.º 4/2003, de 21 de janeiro, previa que se o Conselho Constitucional vier a julgar a questão da inconstitucionalidade ou ilegalidade em sentido divergente do anteriormente adoptado quanto à mesma norma, dessa decisão cabe Recurso para o plenário do Conselho Constitucional. Recurso de carácter obrigatório para o Ministério Público, quando intervier no processo como recorrente ou revertido.

Esta configuração da jurisdição constitucional que abria a possibilidade de interposição de Recurso pelos cidadãos das decisões dos Tribunais ao Conselho Constitucional, foi efémera, teve uma morte súbita, só teve uma duração de sete meses, pois a Lei n.º 4/2003, de 21 de janeiro, foi revogada pela Lei n.º 9/2003, de 22 de outubro.

No domínio das competências, no artigo 6, foi suprida a apreciação dos Recursos das decisões dos Tribunais, no artigo 39 nas

espécies de processos, foram supridos os Recursos e Reclamações, foi vedada a possibilidade do Recurso das deliberações do Conselho Constitucional, foi retirada a legitimidade dos cidadãos apresentarem recursos e foi vedado o acesso dos particulares ao Conselho Constitucional. As Reclamações e Recursos foram restringidos aos processos eleitorais.

Será que há uma possibilidade de Recurso das decisões dos Tribunais para o Conselho Constitucional?

A Constituição da República consagra os Recursos em termos lacónicos e ambíguos no artigo 246., com a epígrafe “Recursos”. Com efeito, nos termos do estabelecido no n.º 1 do artigo 246.º, devem ser remetidos obrigatoriedade para o Conselho Constitucional, os Acórdãos e outras decisões com fundamento na inconstitucionalidade, nos seguintes casos:

- quando se recusa a aplicação de qualquer norma com base na sua inconstitucionalidade;
- quando o procurador-geral da república ou o ministério público solicita a apreciação abstracta da constitucionalidade ou da legalidade de qualquer norma, cuja aplicação tenha sido recusada, com a justificação de inconstitucionalidade ou ilegalidade, por decisão judicial insuscetível de recurso.

O n.º 2 da disposição constitucional em alusão remete à lei ordinária a regulação do regime de admissão de Recursos.

O artigo 45 da Lei Orgânica do Conselho Constitucional (LOCC), Lei n.º 2/2022, de 21 de janeiro, tipifica as espécies de processos constitucionais para efeitos da sua distribuição estabelecendo, entre outros, as Acções e Recursos na alínea c) e os Recursos e Reclamações eleitorais na alínea d).

Será que se trata de Recurso? Que Recursos são? Qual é o efeito e a sua utilidade? Qual é a sua relevância na tutela dos Direitos

Fundamentais? Como se pode recorrer de uma decisão judicial insusceptível de Recurso?

Portanto, à partida pode-se depreender que ao se tratar de Recursos em sede da fiscalização concreta, há uma confusão entre o Recurso e o Reenvio prejudicial que, embora sejam figuras próximas e afins, são distintas quanto à sua natureza jurídica, seus pressupostos, seus efeitos e seus objectivos.

O Recurso é uma “arma” à disposição em face de uma decisão lesiva aos direitos de quem a impulsiona enquanto que o reenvio decorre de um incidente de inconstitucionalidade em que o Juiz da causa suspende o julgamento e envia processo sobre a inconstitucionalidade ao Conselho Constitucional e aguarda pela decisão deste.

Acompanhamos de perto Justino, que contrariamente a Jorge Gouveia, entende que não se reconhece legitimidade aos cidadãos nem ao Ministério Público para interpor Recurso das decisões ou Acórdãos judiciais que tenham desaplicado uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, ou que a tenha aplicado. O que significa que destes preceitos não decorre o direito a um Recurso de inconstitucionalidade, senão uma mera remessa dos Acórdãos e decisões judiciais de desaplicação (JUSTINO, 2018, p. 35).

A norma do n.º 2 do artigo 246.º da CRM, “a lei regula o regime de admissão dos recursos previstos nesta disposição”, também não habilita o legislador ordinário a prever o recurso de inconstitucionalidade, pois parte de uma falsa premissa, a de que o n.º 1 do artigo 246.º prevê algum recurso, quando, na verdade, não o prevê (JUSTINO, 2018, p. 35). Ora, não prevendo nenhum Recurso o artigo 246.º, a lei ordinária não regularia nenhum Recurso, senão, o regime de remessa de Acórdãos de desaplicação ao Conselho Constitucional (JUSTINO, 2018, p. 35).

Concordamos com Armindo Rita que a solução adoptada pelo legislador moçambicano, em sede de fiscalização concreta, para a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos, foge à

solução adoptada por outras ordens jurídicas como, por exemplo, a portuguesa, em que os cidadãos têm legitimidade processual activa para recorrer ao Tribunal Constitucional, nos termos do artigo 80.º da Constituição Portuguesa e do artigo 72.º da Lei n.º 28/82 (Lei do Tribunal Constitucional Português) (RITA, 2012, p. 497).

Neste sentido, Armindo Rita conclui que o modelo de fiscalização concreta adoptado pelo legislador constituinte moçambicano, para a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos pelo Conselho Constitucional, é um modelo limitado e restrito, pois os cidadãos não têm legitimidade para ali chegarem (RITA, 2012, p. 497).

Perante este cenário de falta de legitimidade dos cidadãos para o acesso individual à justiça constitucional em sede de recurso no âmbito da fiscalização concreta da constitucionalidade, Armindo Rita suscita duas questões. A primeira, é se o Juiz não decidir pela inconstitucionalidade, o que poderá fazer a parte interessada? E a segunda reside se a parte interessada dispõe de meios alternativos para a defesa dos seus direitos fundamentais.

Relativamente à primeira questão apresentada, Armindo Rita entende que a parte interessada apenas pode recorrer, mesmo no âmbito da inconstitucionalidade, aos Tribunais Superiores de Recurso, nos termos da lei aplicável. Se, por exemplo, o processo estiver a decorrer numa sessão do Tribunal Judicial de Maputo, o Recurso de Inconstitucionalidade será para o Supremo Tribunal de Justiça. Por outro, poderá também recorrer ao Provedor de Justiça, para que exerça as competências previstas no artigo 259.º da CRM. Em relação à segunda questão, é da opinião de que o cidadão não tem meios alternativos individuais e concretos para a defesa dos seus direitos fundamentais (RITA, 2012, p. 497-498).

Concordamos com Armindo Rita em relação à segunda questão, mas não acompanhamos na primeira parte, pois, primeiro não há lugar a Recurso no âmbito da inconstitucionalidade para o Tribunal Superior de Recurso, pois a Constituição e a lei não prevem

a possibilidade de Recurso no âmbito da inconstitucionalidade para nenhum Tribunal, incluindo para o Tribunal Supremo, e nem há possibilidade de Recurso para o Conselho Constitucional (CC). Só há, sim, a possibilidade de reenvio prejudicial com efeitos suspensivos de qualquer Tribunal directamente para o Conselho Constitucional, pois este é o órgão que detém a exclusividade do poder de decidir no âmbito da inconstitucionalidade.

Em segundo lugar, não há possibilidade de Recurso das decisões dos Tribunais ao Provedor da Justiça, pois tal como define o artigo 255.º da CRM, o Provedor da Justiça é um órgão que tem como função a garantia dos direitos dos cidadãos, a defesa da legalidade e da justiça na actuação da Administração Pública, pelo que não sendo os Tribunais parte da Administração, as suas decisões não são passíveis de Recurso ao Provedor da Justiça. Ademais, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 258.º, o Provedor da Justiça não tem poder decisório, e só produz recomendações, não podendo, por isso, fazê-lo em relação aos Tribunais por serem órgãos independentes. Por isso é que, nos termos do plasmado no artigo 214.º da CRM, as decisões dos Tribunais são de cumprimento obrigatório para todos os cidadãos e demais pessoas jurídicas e prevalecem sobre as de outras autoridades, pelo que havendo lugar a um Tribunal sempre só poderia ser ao nível de um Tribunal e nunca para um órgão não jurisdicional, como é o caso do Provedor da Justiça.

Em nosso entender, não há Recurso em sede da fiscalização concreta, mas sim o Reenvio Prejudicial pelo Juiz do Tribunal *a quo* ao Conselho Constitucional e com efeitos suspensivos. Haveria Recurso se o Tribunal *a quo* tivesse poderes para decidir sobre a inconstitucionalidade, mas não é o caso. Aliás, seria paradoxal que fosse o próprio Juiz a recorrer das suas próprias decisões.

Para que haja Recurso dos Tribunais para o Conselho Constitucional é necessário que, para atribuição da competência ao Conselho Constitucional da competência para receber e decidir sobre recursos provenientes dos Tribunais, é necessário que aos Tribunais

seja atribuído o poder de decidir em primeira instância sobre a inconstitucionalidade e conferir às partes legitimidade para interpor recurso. Porém, não é o caso do sistema moçambicano como se pode aferir do Acórdão n.º 8/CC/2023 de 25 de julho:

No sistema jurídico moçambicano, vigora o modelo concentrado de decisão da questão de inconstitucionalidade. Isto é, cabe única e exclusivamente ao Conselho Constitucional apreciar e decidir pleitos sobre a inconstitucionalidade dos actos normativos, conforme dispõe a alínea a) do n.º 1 do artigo 243 da CRM.

O Tribunal Judicial da Província de Tete, ao ter firmado a decisão de que o artigo 184 da Lei do Trabalho, sendo norma infraconstitucional não pode coartar o direito constitucional de acesso e de recorrer aos tribunais, pois são direitos fundamentais, e ter admitido e julgado o fundo da causa, sem suspender o processo e solicitar a intervenção do Conselho Constitucional, decidiu uma questão constitucional. Isto é, removeu o obstáculo constitucional que se lhe colocava, o que constitui uma afronta ao sistema moçambicano de fiscalização da constitucionalidade.

Com efeito, os tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição nos casos que julgam (art. 213 da CRM). Mas, este facto não os habilita a tomar decisões sobre a questão constitucional. Havendo dúvidas sobre a constitucionalidade da norma a aplicar, os tribunais devem suspender a causa e remeter a questão para decisão pelo Conselho Constitucional, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo do artigo 243 CRM, o que Tribunal Judicial da Província de Tete.

O pedido de fiscalização da constitucionalidade da norma em processo de fiscalização sucessiva concreta deve sempre ser feito pelo juiz da causa em primeira instância, o que prelude a possibilidade de recurso aos tribunais superiores sobre a questão de inconstitucionalidade na ordem jurisdicional ordinária comum, administrativa, aduaneira, fiscal e militar em Moçambique por um lado. Por outro, as partes nos processos em primeira instância não têm legitimidade para recorrer ao Conselho Constitucional sobre a questão de inconstitucionalidade.

Consequentemente, é inútil uma decisão de mérito do Conselho Constitucional sobre o pedido do Tribunal Superior de Recurso da Beira perante o processo recorrido.

Pelo que, todos os tribunais, distritais, provinciais, superiores de recurso e de topo de qualquer ordem jurisdicional, não são

competentes para decidir matérias de inconstitucionalidade das leis e dos actos normativos, devendo, sempre que a questão seja levantada e havendo convicção formada de que a norma pode ser inconstitucional (art. 213 da CRM), suspender o processo e remeter a questão ao Conselho Constitucional para decisão, pois é o único órgão competente para o efeito.

Embora a Constituição fale em Recurso e o próprio Acórdão supracitado do CC também fale de Recurso, em nosso entender não se trata de um Recurso, pois das decisões dos Tribunais em matéria de inconstitucionalidade e de direitos fundamentais não há lugar a Recurso para o Conselho Constitucional (CC). Ademais, os Tribunais não têm poder de decisão em matéria de inconstitucionalidade, pois em caso de um incidente de inconstitucionalidade, eles têm a obrigação de suspender o julgamento, remeter o processo ao Conselho Constitucional e aguardar pelo veredito do Conselho Constitucional ao qual se vinculam. Não há lugar a Recurso para o Conselho Constitucional das decisões dos Tribunais, mesmo em caso de uma decisão judicial lesiva aos direitos fundamentais, excepto no contexto do contencioso eleitoral.

Em todo o caso, não deixa de ser controversa a formulação constitucional, pois o n.º 1 do artigo 246.º da CRM dispõe que os Acórdãos e outras decisões com fundamento na inconstitucionalidade devem ser remetidos obrigatoriamente para o Conselho Constitucional. A questão que este comando suscita, *a priori*, é que decisões são estas tomadas com fundamento na inconstitucionalidade? O sistema moçambicano de fiscalização da constitucionalidade é concentrado, o que não habilita os Juizes dos Tribunais de poder de decisão sobre a matéria de inconstitucionalidade, pois no caso de um incidente de inconstitucionalidade, têm a obrigação de suspender o julgamento, remeter o processo sobre a questão da inconstitucionalidade, com efeitos suspensivos e aguardar pela decisão do Conselho Constitucional.

No caso do sistema angolano, a Lei n.º 3/08, de 17 de junho, Lei Orgânica do Processo Constitucional, consagra dois tipos de

Recurso, o Recurso Ordinário de Inconstitucionalidade e o Recurso Extraordinário de Inconstitucionalidade. No âmbito do Recurso Ordinário de Inconstitucionalidade, o artigo 36.º define o seu objecto, estatuidando que podem ser objecto de Recurso Ordinário de Inconstitucionalidade para o Tribunal Constitucional as Sentenças dos demais Tribunais que:

- recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento em inconstitucionalidade;
- apliquem norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada durante o processo;
- apliquem norma já anteriormente julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional;
- recusem a aplicação de normas com fundamento na violação pela mesma de uma Convenção Internacional de que Angola seja parte;
- apliquem norma constante de Convenção Internacional em desconformidade com Acórdão anteriormente proferido pelo Tribunal Constitucional.

O n.º 2 da mesma disposição adita que os Recursos de Inconstitucionalidade têm natureza incidental e são restritos à questão da inconstitucionalidade suscitada. E o n.º 2 clarifica que só pode interpor-se Recurso Ordinário de Inconstitucionalidade de Sentença final proferida pelo Tribunal de causa.

O artigo 37 confere legitimidade para a interposição do recurso ordinário de inconstitucionalidade, ao Ministério Público e às pessoas que, de acordo com a lei reguladora do processo em que a decisão foi proferida, tenham legitimidade para dela interpor Recurso Ordinário, desde que tenham suscitado inconstitucionalidade perante o Tribunal que proferiu a decisão recorrida e em termos deste estão obrigado a dela reconhecer.

Relativamente ao Recurso Extraordinário de Inconstitucionalidade, o seu âmbito é definido pelo artigo 49.º, o qual define que podem ser objecto de recurso extraordinário de inconstitucionalidade para o Tribunal Constitucional, as Sentenças dos demais Tribunais que contenham fundamentos de Direito e decisões que contrariem princípios, direitos, liberdades e garantias previstas na lei Constitucional e actos administrativos definitivos e executórios que contrariem princípios, direitos, liberdades e garantias previstas na Lei Constitucional.

Portanto, no sistema angolano, o objecto do Recurso é mesmo a Sentença do Tribunal. E o âmbito do Recurso Extraordinário de Inconstitucionalidade vai para além das Sentenças dos Tribunais, ou de actos incluem também actos administrativos definitivos e executórios, o que permite que também o cidadão possa recorrer ao Tribunal Constitucional, em sede de Recurso Extraordinário de Inconstitucionalidade até de actos administrativos ou actos de natureza administrativa praticados pela Administração Pública. Fato que confere um elevado grau de tutela dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional angolana.

Quanto à legitimidade para a interposição do Recurso Extraordinário, o artigo 50.º prevê que no caso de Sentenças, podem interpor Recurso Extraordinário de Inconstitucionalidade para o Tribunal Constitucional, o Ministério Público e as pessoas que, de acordo com a lei reguladora do processo em que a Sentença foi proferida, tenham legitimidade para dela interpor recurso ordinário. E no caso dos actos administrativos, as pessoas que tenham legitimidade para os impugnar contenciosamente, nos termos da lei.

Relativamente à Cabo Verde, a Constituição da República consagra o Recurso de Amparo. E a Lei n.º 56/VI/ 2005, de 28 de fevereiro, Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, confere legitimidade para interposição de Recurso ao Ministério Público e às pessoas que, de acordo com a lei reguladora do processo em decisão foi proferida, tenham legitimidade para dela interpor recurso.

O artigo 77.º da lei já aludida elenca as decisões, dos Tribunais, passíveis de Recurso. Designadamente, as decisões dos Tribunais que:

- recusem a aplicação de qualquer norma ou resolução de conteúdo material normativo ou individual e concreto, com fundamento em inconstitucionalidade;
- apliquem normas ou resoluções de conteúdo material e concreto cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo;
- apliquem normas ou resoluções de conteúdo material normativo ou individual e concreto que tenha sido anteriormente julgada inconstitucionais pelo próprio Tribunal Constitucional;
- apliquem resoluções de conteúdo material normativo ou individual e concreto que tenham sido julgadas anteriormente ilegais pelo próprio Tribunal Constitucional ou cuja ilegalidade haja sido suscitada no processo;
- recusem a aplicação, com fundamento em ilegalidade de uma resolução de conteúdo material normativo ou individual e concreto.

Segundo a lei cabo-verdiana, o Recurso para o Tribunal Constitucional só pode ser interposto depois de esgotadas as vias de Recurso estabelecidos na lei do processo em que foi proferida a decisão (n.º 2 do artigo 77.º). E considera-se que se acham esgotados todos os Recursos Ordinários quando tenha havido renúncia, haja decorrido o respectivo prazo seu a sua interposição ou os Recursos interpostos não possam ter seguimento por razões de ordem processual (n.º 5 do artigo 77.º).

O âmbito do Recurso de decisões judiciais para o Tribunal Constitucional é restrito à questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade suscitada (artigo 78.º) e o artigo 79.º fixa o princípio da irrenunciabilidade do direito ao Recurso.

Como ficou demonstrado, tanto a jurisdição constitucional angolana como a cabo-verdiana consagram o Recurso tanto Ordinário como Extraordinário (Amparo) para o Tribunal Constitucional. E incide sobre as decisões dos Tribunais e confere legitimidade ao cidadão.

No caso português, embora não consagre o Recurso de Amparo, o sistema admite Recurso das decisões dos Tribunais para o Tribunal Constitucional em três situações:

- a) decisões que recusem a aplicação, de certa norma com fundamento em inconstitucionalidade ou em ilegalidade [art. 280.º, n.º 1, alínea a), e n.º 2, alíneas a), b) e c) da Constituição ou em contradição com uma convenção internacional [art. 70.º, n.º 1, alínea i), da Lei n.º 28/82 após 1989];
- b) decisões que apliquem norma cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade haja sido suscitada durante o processo [art. 280.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2, alínea d)] e em que a norma aplicada seja um dos fundamentos normativos da decisão;
- c) decisões que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional (art. 280.º, n.º 5), ou anteriormente julgada inconstitucional pela Comissão Constitucional [art. 70.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 28/82] ou que apliquem norma legislativa em desconformidade com anteriormente decidido pelo Tribunal [art. 70.º, n.º 1, alínea i), 2.ª parte da Lei n.º 28/82, após 1989]. (MIRANDA, 2022, p. 249)

Quanto ao primeiro tipo, a recusa de aplicação relevante não tem de ser sempre expressa. Pode ser uma recusa implícita, como ocorre quando a decisão do Tribunal extrai consequências correspondentes ao julgamento da norma como inconstitucional ou ilegal (MIRANDA, 2022, p. 249).

Os recursos de decisões do segundo tipo não se reconduzem a Recursos de Amparo (MIRANDA, 2022, p. 249). O direito de os interpor pode ser considerado um direito de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, mas os recursos não se configuram em si mesmos como meios específicos de defesa de direito, liberdades e garantias (MIRANDA, 2022, p. 249-250).

Quanto aos Recursos do terceiro tipo, o modo mais objectivo de determinar a anterioridade consiste em aferi-la pelo trânsito da decisão do Tribunal Constitucional (MIRANDA, 2022, p. 250). Além disso, se a mesma norma estiver sindicada perante este Tribunal e perante qualquer caso concreto noutra Tribunal, não haverá nenhum fundamento para suspender a instância à espera da decisão do Tribunal (MIRANDA, 2022, p. 250).

Em segundo lugar, tem de verificar-se uma dupla *relação de identidade*: em primeiro lugar, exige-se que a norma que o recorrente quer ver apreciada tenha sido efectivamente aplicada pela decisão recorrida da sua *ratio decidendi*. Em segundo lugar, tem de haver identidade entre a norma efectivamente aplicada na decisão recorrida e a norma anteriormente julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, não bastando que possa ser sustentado que as mesmas razões que levaram a julgar inconstitucional determinada norma justificariam que juízo de igual sentido fosse formulado a propósito da norma aplicada na decisão recorrida (MIRANDA, 2022, p. 250).

O sistema moçambicano não consagra o Recurso de Amparo ou Extraordinário de Inconstitucionalidade.

Embora a Constituição da República contenha uma disposição atinente a Recursos e com a epígrafe, “Recursos”, em rigor não se trata de recursos. Consideramos que o título não corresponde ao corpo do artigo, pois não consagra Recursos, mas sim a possibilidade de remissão dos Acórdãos e outras decisões dos Tribunais com fundamento na inconstitucionalidade, pois em nenhum momento permite o Recurso das decisões dos Tribunais para o Conselho Constitucional.

Para Elysa Vieira (2011, p. 236), o âmbito do Recurso na fiscalização concreta da constitucionalidade constitui uma significativa limitação porquanto cinge-se às situações de recusa de aplicação de norma com fundamento em inconstitucionalidade. É uma limitação significativa porque a Constituição moçambicana não

admite o recurso de constitucionalidade em relação às decisões em que tenha ocorrido aplicação de norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo quando a experiência do direito comparado. Em particular, o direito português revela que os Recursos de decisões que aplicam normas arguidas de inconstitucionais ultrapassam os recursos de decisões que recusam a aplicação de normas com fundamento em inconstitucionalidade (VIEIRA, 2011, p. 237-238).

Em sede da fiscalização concreta em Moçambique, não existe um Recurso como sucede por exemplo nos sistemas português, cabo-verdiano e angolano, mas sim um Reenvio Prejudicial, pelo Juiz por um lado, e uma remessa obrigatória para o Conselho Constitucional (CC), dos Acórdãos e outras decisões com fundamento na inconstitucionalidade em duas situações: quando se recuse a aplicação de qualquer norma com base na sua inconstitucionalidade e quando o PGR ou o Ministério Público solicite a apreciação abstracta da constitucionalidade de qualquer norma, cuja aplicação tenha sido recusada, com a justificação de inconstitucionalidade ou ilegalidade por decisão judicial, insusceptível de Recurso, segundo o disposto no artigo 246.º da CRM com a epígrafe, “Recursos”.

Portanto, o equívoco começa mesmo na própria Constituição, pois o artigo 246.º tem como epígrafe “recursos”, porém o seu corpo regula sobre o processo de Remissões ou Reenvio para o Conselho Constitucional e não sobre o Recurso e como se não bastasse o mesmo artigo 246.º faz uma remissão à lei ordinária para a regulação dos tais Recursos que diz estarem previstos, quando na verdade não está previsto nenhum Recurso, como se lê: a lei regula o regime de admissão dos Recursos previstos nesta disposição (n.º 2 do artigo 246.º).

A Lei Orgânica do Conselho Constitucional (LOCC), Lei n.º 2/2022, de 21 de janeiro, que revoga a Lei n.º 5/2008, de 9 de julho, em nenhum momento regula sobre Recursos e nem sequer tem algum artigo com a epígrafe “Recurso”. E, em todo o seu articulado, em nenhum momento regula sobre Recursos e nem sequer tem

algum artigo com a epígrafe “recurso” e em todo o seu articulado em nenhum momento utiliza o termo “Recurso”, o que significa que o legislador ordinário em sede da Lei Orgânica do Conselho suprimiu qualquer possibilidade de Recurso dos Tribunais judiciais para o Conselho Constitucional.

A Lei Orgânica regulou apenas sobre Remissões e Reenvios em sede da fiscalização concreta da inconstitucionalidade ou ilegalidade, e não sobre Recursos.

Com efeito, o n.º 1 do artigo 71.º Lei n.º 2/2022, de 21 de janeiro, com a epígrafe recusa de aplicação da norma com fundamento em inconstitucionalidade ou ilegalidade estabelece que o Juiz da causa que se recusar a aplicar uma norma ou princípio com fundamento na sua inconstitucionalidade ou ilegalidade deve, de imediato, suspender o processo e remetê-lo obrigatoriamente ao Conselho Constitucional para efeitos de apreciação da alegada questão de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

O artigo 72.º da Lei Orgânica do Conselho Constitucional estabelece que para os efeitos previstos no artigo 71.º, proferida a decisão judicial, o Juiz da causa remete oficiosamente os autos, de imediato, ao Conselho Constitucional, com efeitos suspensivos.

Relativamente ao papel do Ministério Público, a Lei Orgânica do Conselho Constitucional não lhe reconhece nenhum protagonismo no processo de Reenvio ou de Remissão, pois ao Ministério Público apenas é reconhecida a legitimidade para suscitar a questão de inconstitucionalidade ou ilegalidade perante o Tribunal da causa (n.º 1 do artigo 71 da lei n.º 2/2022, de 21 de janeiro).

A lei orgânica do Conselho Constitucional fez referência apenas ao caso previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 246.º da CRM, que é da obrigatoriedade de remissão para o Conselho Constitucional dos Acórdãos e outras decisões, com fundamento na inconstitucionalidade quando se recuse a aplicação de qualquer norma com base na inconstitucionalidade e ficou em silêncio

relativamente ao caso previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 246.º que é da obrigatoriedade de remissão para o Conselho Constitucional dos Acórdãos e outras decisões com fundamento na inconstitucionalidade quando o Procurador-Geral da República ou o Ministério Público solicitem a apreciação abstracta da constitucionalidade ou da ilegalidade de qualquer norma, cuja aplicação tenha sido recusada, com a justificação de inconstitucionalidade ou ilegalidade, por decisão judicial insusceptível de Recurso.

A questão da possibilidade de Recurso das decisões dos Tribunais para o Conselho Constitucional emergiu como uma questão controvertida no processo de debate sobre a revisão constitucional que culminou com a adopção da Constituição de 2004, no contexto da tentativa de manter o *status quo* relativamente à posição do Tribunal Supremo. Daí, a recusa em transformar o Conselho Constitucional em Tribunal Constitucional na Constituição de 2004.

O enquadramento histórico, com recurso aos trabalhos preparatórios, pode descortinar a génese do imbróglio sobre a questão de Recursos e o pensamento do legislador constituinte.

O Recurso das decisões dos Tribunais para o Conselho Constitucional estava previsto no texto final de revisão constitucional de 2004, no artigo 232.º, com a epígrafe “Recursos”.

O projecto de Revisão da Constituição previa a possibilidade de Recursos das decisões dos Tribunais ao Conselho Constitucional no seu artigo 232.º nos seguintes termos: “cabe recurso das decisões dos tribu”nais: a) que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou ilegalidade; e b) que apliquem normas cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade hajam sido suscitadas durante o processo.”

A epígrafe “Recursos” do artigo 232.º do texto final do projecto de revisão constitucional tinha razão de ser no texto final da revisão da Constituição, pois previa e consagrava a existência de um Tribunal Constitucional investido de competências para julgar

recursos das decisões dos Tribunais. Porém, com a oposição feita pelo Tribunal Supremo, apoiado pela Bancada da Frente de Libertação de Moçambique (FRELIMO) foi suprimida a competência atinente à apreciação de Recursos das decisões dos Tribunais. Mas não houve o cuidado de alterar a epígrafe para corresponder a nova configuração de um Conselho Constitucional (CC) sem poderes para julgar Recursos das decisões dos Tribunais. Isto é, manteve-se a epígrafe e alterou-se o corpo do artigo, gerando esta incongruência.

Compulsando os trabalhos preparatórios, constata-se que houve uma proposta da Bancada da FRELIMO para a eliminação do aludido artigo 232.º do projecto de revisão da Constituição da República, para acomodar uma “pressão” do Tribunal Supremo, que defendia a manutenção do *status quo*.

Uma vez que o projecto final de revisão constitucional já tinha sido concluído e consensualizado entre as bancadas parlamentares, a proposta para a eliminação do artigo 232.º sobre Recurso foi apresentada à posterior pela Bancada Parlamentar da FRELIMO. E foi anexada como uma adenda ao texto final do projecto da Constituição da República com a seguinte fundamentação preambular:

O ponto de vista da Bancada Parlamentar da FRELIMO era a de consolidação do Conselho Constitucional, e consequente reforço das suas competências, aspecto que é reforçado com apresentação de uma proposta concreta que, dentre outros aspectos, consistiria na supressão do actual figurino de captação de um membro pelos membros saídos da Assembleia da República visto que é a continuação da aplicação do princípio da proporcionalidade parlamentar. Neste sentido, a Bancada Parlamentar da FRELIMO entende que tal competência devia ser deferida para um órgão com legitimidade e maior garantia de imparcialidade, o Conselho Superior de Magistratura Judicial, cuja indicação dos membros a Assembleia da República participa.

Sendo que sim à proposta da Bancada Parlamentar da FRELIMO, o artigo 232 sobre decisões dos tribunais que caibam recurso ao Tribunal Constitucional seria eliminado, pois para os tribunais há-de-caber a função de fiscalização concreta e, por outro, o sistema

Francês de Fiscalização através do Conselho Constitucional se não compadece com o conteúdo do artigo 232 sobre recursos. Analisada a proposta pela Bancada Parlamentar da RENAMO, esta chegou à conclusão de que “não acolhe”, e é pelo texto já consensualizado. Não temos outra hipótese de consulta. O nosso não é definitivo, e vamos transmitir na bancada que a nossa posição é esta.

De referir que a adenda apresentada pela Bancada Parlamentar da FRELIMO não apresentou uma proposta de um artigo com uma nova redacção em substituição do artigo 232.º, limitou-se a propor apenas a sua eliminação.

Da sua eliminação e porque não foi apresentada uma proposta de um novo artigo em substituição, verificou-se que gerou um vazio na regulação da ligação entre os Tribunais e o Conselho Constitucional em sede da fiscalização concreta da Constitucionalidade. Em face desta situação, foi introduzido um novo artigo, que é o actual artigo 246.º, mantendo a epígrafe do eliminando artigo 232, “Recursos”.

O n.º 1 do artigo 246.º da CRM estabelece que devem ser remetidos obrigatoriamente para o Conselho Constitucional os Acórdãos e outras decisões com fundamento na inconstitucionalidade, nos seguintes casos:

- quando se recuse a aplicação de qualquer norma com base na sua inconstitucionalidade;
- quando o Procurador-Geral da República ou o Ministério Público solicitarem a apreciação abstracta da constitucionalidade ou da aplicação tenha sido recusada, com a justificação de inconstitucionalidade ou ilegalidade, por decisão judicial insusceptível de recurso. O n.º 2 remete a regulação do regime de admissão dos recursos para uma lei ordinária.

Qual será o efeito da remessa obrigatória dos Acórdãos e outras decisões ao CC? Desencadear um processo de fiscalização concreta de constitucionalidade ou se, pelo contrário, com essa “remessa

obrigatória”, pretende apenas dar a conhecer àquele Órgão a existência de uma decisão de inconstitucionalidade de uma dada norma?

O Conselho Constitucional estabelece o sentido e alcance da figura de remessa obrigatória dos acórdãos e outras decisões:

Ao contrário da Constituição de 1990, que se limitou a consagrar o dever dos tribunais de não aplicar leis ou princípios inconstitucionais, a Constituição de 2004 evoluiu, ao introduzir, em consonância com o mesmo dever de abstenção, a figura de remessa obrigatória para o Conselho Constitucional dos “acórdãos e outras decisões com fundamento na inconstitucionalidade”, *inter alia*, “quando se recuse a aplicação de qualquer norma com base na sua inconstitucionalidade”.

O legislador constitucional de 2004 estabeleceu, mediante esta solução, o necessário elo de ligação entre os tribunais em geral e o Conselho Constitucional, quando se trata da fiscalização concreta da constitucionalidade.

É sintomático que ao se referir a “acórdãos e outras decisões”, no n.º 1 do artigo 246 da Constituição, o legislador constitucional quis conferir maior amplitude à ação fiscalizadora dos tribunais em matéria da conformidade constitucional das normas do Direito ordinário, não se tratando apenas de acórdãos ou sentenças que se produzam na fase processual do julgamento propriamente dito, mas de todas e quaisquer decisões com fundamento na inconstitucionalidade, sem distinção da fase do processo judicial em que tenham sido proferidos (Acórdão n.º 10/CC/2014, de 24 de setembro, atinente ao Processo n.º 03/CC/2014).

O artigo 246.º da Constituição da República tem suscitado dúvidas e alguma controvérsia na comunidade jurídica moçambicana, sobre a sua interpretação e particularmente quanto à possibilidade de interposição do Recurso, como se pode constatar da colocação feita por Pedro Nhatitima:

Os tribunais remetem para o Conselho Constitucional os assentos e outras decisões com fundamento na inconstitucionalidade, nos casos em que: (1) recusem a aplicação de qualquer norma com

base na sua inconstitucionalidade; (2) o Procurador-Geral da República ou o Ministério Público solicite a apreciação abstracta da constitucionalidade ou da legalidade de qualquer norma aplicação tenha sido recusada, com a justificação de inconstitucionalidade ou ilegalidade, por decisão judicial insusceptível de recurso (artigo 246 da CRM).

Entretanto, este artigo nos parece algo impreciso, porquanto limita-se a estabelecer a obrigação de remeter ao Conselho Constitucional os assentos e outras decisões com fundamento de inconstitucionalidade, sem, contudo, se referir expressamente para que efeito.

Nos termos da alínea a) do artigo 246 da Constituição, quando se recuse a aplicação de qualquer norma com base na sua inconstitucionalidade, parece resultar tácito que, com a remessa ao Conselho Constitucional das decisões que recusem a aplicação de uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, se pretende apenas que este tome conhecimento na sua inconstitucionalidade, se pretende apenas que este tome conhecimento da decisão dos tribunais. De todo o modo, há que retirar um efeito útil desta disposição. Esta alínea teria alguma utilidade se, desse conhecimento, o Conselho Constitucional ou Ministério Público, em nome do interesse público, verificada a recusa reiterada de aplicação de uma determinada norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou ilegalidade, pudessem, oficiosamente, iniciar o processo da sua apreciação abstracta e fixação de jurisprudência com força obrigatória geral.

Diversamente a alínea a) e a alínea b) do mesmo artigo 247 da da Constituição trata de clarificar que a remessa tem por objectivo a solicitação da fiscalização abstracta da constitucionalidade ou da legalidade de qualquer norma cuja aplicação tenha sido recusada, com a justificação de inconstitucionalidade ou ilegalidade, por decisão judicial insusceptível de recurso.

Desconhece-se como é que os particulares que se achem ofendidos por uma decisão judicial que considerem manifestamente inconstitucional ou ilegal, num processo de partes, poderão, para além do recurso ordinário, defender os seus interesses junto do Conselho Constitucional, uma vez que, ao abrigo do artigo 245 da Constituição da República, não gozam de legitimidade activa, ficando assim, na dependência do Procurador-Geral da República, Ministério Público, o que nos parece limitar o direito dos cidadãos de recolher aos tribunais contra actos que violem os seus direitos e interesses reconhecidos pela Constituição e pela lei.

Se a CRM avança no sentido de entender a legitimidade activa acerca de dois mil cidadãos, peca, no entanto, pela exclusão do particular directamente interessado na lide em aceder à justiça constitucional (NHATITIMA, 2012, p. 80-81).

Armindo Rita suscita três questões controvertidas, com as quais nos identificamos embora não o acompanhamos de perto as suas posições em face duas delas:

- I. qual o sentido e alcance da expressão “Procurador-Geral da República ou Ministério Público?
- II. Qual o sentido e alcance da expressão “apreciação abstracta da constitucionalidade ou da legalidade de qualquer norma cuja aplicação tenha sido recusada com a justificação de inconstitucionalidade ou ilegalidade?
- III. Qual o sentido e alcance da expressão *decisão judicial insusceptível de recurso?*

Em relação à primeira questão, concordamos com Armindo Rita que o legislador não devia utilizar a expressão “Procurador-Geral da República” ou “Ministério Público”, pois, nos termos do artigo 234.º da CRM e do artigo 1 da Lei Orgânica do Ministério Público, o Ministério Público constitui uma Magistratura hierarquicamente organizada subordinada ao Procurador-Geral da República. Assim sendo, o legislador constituinte deveria utilizar apenas a expressão “Ministério Público”.

Em relação à segunda questão, Armindo Rita entende que a intenção do legislador constituinte é a de transformar a fiscalização concreta em sucessiva abstracta, tendo em conta os seus efeitos – força obrigatória geral – nos termos do artigo 66., n.º 1, da Lei Orgânica do Conselho Constitucional (CC). Se, por um lado, os efeitos *inter partes*, que não permitem a expurgação da norma inconstitucional do ordenamento jurídico, como adiante analisaremos, por outro lado, os efeitos gerais *erga omnes*, em sede da fiscalização sucessiva, garantem, de forma efectiva, o princípio da constitucionalidade.

Quanto à última questão, “decisão judicial insusceptível de recurso”, para Armindo Rita, significa que o Tribunal Supremo é o último destinatário, na hierarquia dos Tribunais Judiciais, da norma

do artigo 214.º da CRM. Ou seja, também intervém nas questões de inconstitucionalidade, nos feitos que são submetidos a julgamento, ou pela via de recurso de inconstitucionalidade, cabendo sempre a última decisão ao Conselho Constitucional (artigo 247, n.º 1, al, a), da CRM, e artigo 67, al, a), da Lei Orgânica do Conselho Constitucional).

Não acompanhamos Armindo Rita no seu entendimento quanto às últimas duas questões. Não acolhemos o entendimento de Armindo Rita segundo o qual a intenção do legislador é a de transformar a fiscalização concreta em sucessiva abstracta, tendo em conta os seus efeitos-força obrigatória geral nos termos do artigo 66.º, n.º 1, da Lei Orgânica do Conselho Constitucional, pois estes efeitos aqui aludidos são decorrentes da fiscalização sucessiva abstracta, enquanto que os efeitos da fiscalização sucessiva concreta circunscrevem-se ao caso subjudice e estão consagrados no artigo 73. da Lei Orgânica do Conselho Constitucional (LOCC), designadamente:

- se o Conselho Constitucional der provimento ao Recurso, ainda que só parcialmente, os autos baixam ao Tribunal de onde provieram, para reformar a decisão em conformidade com o julgamento sobre a questão da inconstitucionalidade;
- no caso de o Juízo de constitucionalidade sobre a norma a que a decisão recorrida tiver recusado aplicação se fundar em determinada interpretação da mesma norma, esta deve ser aplicada com tal interpretação no processo em causa;
- faz caso julgado no processo quanto à questão da inconstitucionalidade suscitada.

Noutra sede, a mesma lei em alusão previa, no seu artigo 74.º, que todas as decisões judiciais insusceptíveis de Recurso em que tenha sido recusada a aplicação da norma com justificação de inconstitucionalidade ou ilegalidade são notificados, conforme

os casos, ao Procurador-Geral da República que pode solicitar, ao todo o tempo, a apreciação abstracta da constitucionalidade ou da legalidade. Portanto, este é um processo diferente e autónomo do processo da fiscalização concreta. Daí que o Juiz do Tribunal *a quo* não tem legitimidade para o impulsionar, assim como o Juiz do Conselho Constitucional, podendo, sim, o Procurador-Geral da República que, nos termos da Constituição, é uma das entidades com legitimidade para impulsionar a fiscalização abstracta.

Se a intenção do legislador constituinte fosse de transformar a fiscalização concreta em sucessiva, estão os efeitos da declaração da inconstitucionalidade em sede da fiscalização concreta teriam efeitos de força obrigatória geral. Ou então, pelo menos o Juiz do Tribunal *a quo* ou do Conselho Constitucional teria legitimidade processual activa para o efeito em regime de obrigatoriedade, mas não é o caso.

Relativamente à tese de que a decisão judicial insusceptível de Recurso significa que o Tribunal Supremo é o último destinatário, na hierarquia dos Tribunais, da norma do artigo 214.º da CRM, também não colhe o nosso apoio, pois o último e único destinatário da norma do artigo 214.º da CRM é o Conselho Constitucional e não o Tribunal Supremo, pois só o Conselho Constitucional pode declarar a constitucionalidade de uma norma em sede da fiscalização concreta da constitucionalidade.

O Tribunal Supremo não tem competência para declarar a inconstitucionalidade de uma norma. Todos os Tribunais, incluindo o Tribunal Supremo, quando ocorre um incidente de inconstitucionalidade, têm a obrigação de suspender o julgamento, submeter a questão da inconstitucionalidade ao Conselho Constitucional para deliberação, retomando o julgamento após a decisão do Conselho Constitucional, vinculando-se à sua decisão. Qualquer Juiz de qualquer Tribunal e de qualquer nível, ocorrendo um incidente de inconstitucionalidade não envia para o Tribunal hierarquicamente superior, envia directamente para o Conselho Constitucional sem precisar de passar pelo Tribunal Supremo.

Sufragamos a tese de Lúcia Ribeiro segundo a qual

na interpretação do artigo 246 ressalta, desde logo, o desalinhamento (confusão) entre a epígrafe do artigo “Recursos” com o corpo do mesmo que estabelece a “remessa obrigatória” dos acórdãos e outras decisões de recusa de aplicação. Se do teor das alíneas a) e b) do n.º 1, do artigo 246, nos parece tratar-se do mecanismo de “remessa”, o n.º 2 do mesmo artigo diz claramente tratar-se de recursos. Ora, quanto a nós, afigura-se de extrema importância, por um lado, a percepção e a aceção da natureza jurídica da remessa dos acórdãos e outras decisões ao CC (com fundamento na inconstitucionalidade) e, por outro, os efeitos dessa remessa como cerne da abordagem (RIBEIRO, 2021, p. 186).

Mais ainda, Lúcia Ribeiro afirma:

se por um lado, parece-nos que esse seja o entendimento do legislador constituinte, vedando a continuidade do processo, por outro, afigura-se-nos haver um evidente desalinhamento entre a epígrafe e o n.º 1 do artigo 246 da CRM, da “obrigatoriedade de remessa”, por não decorrer desta o desencadeamento de um recurso de fiscalização concreta de constitucionalidade, facto improvável por força do regime jurídico processual de um recurso em sentido próprio, nem da alínea a) nem da alínea b) se depreenda a possível existência de uma decisão passível de recurso junto do CC, que aliás, seria o objecto do recurso (RIBEIRO, 2021, p. 119).

No seu labor, Lúcia Ribeiro elucida que

das disposições então referidas, retira-se a ideia de que o objecto processual tratado seria um recurso interposto para o CC de decisão do tribunal *a quo* que recusa, num dado processo que esteja submetido a julgamento, a aplicação de uma norma, com fundamento na sua inconstitucionalidade. tratar-se-ia, portanto, de uma decisão sobre questão de inconstitucionalidade proferida no caso concreto por um juiz de um tribunal de primeira instância. Não

obstante, tal como aflorado acima, quer da alínea a), quer da alínea b) do n.º 1, do artigo 246 da CRM, não resulta a possibilidade de qualquer recurso (RIBEIRO, 2021, p. 202).

No entanto, Lúcia Ribeiro analisando a jurisprudência do CC, constata que

este Órgão parece usar indistintamente os termos “recurso” e “remessa”, isto é, sem qualquer consequência jurídica, referindo, por vezes, que “o presente recurso” foi remetido pelo juiz do tribunal *a quo*. Por outro lado, apesar de os artigos 70, 72, 73 da LOCC nos remeterem para uma concepção de um regime de recurso de partes, da jurisprudência do CC não se constata algum processo que tenha sido interposto por uma das partes do processo pretexto ou pelo Ministério Público. Todos os processos foram desencadeados pelo juiz do tribunal *a quo*, através do mecanismo de remessa, que tem por suporte legal a recusa de aplicação de uma dada norma, por a julgar inconstitucional. Referimo-nos, por exemplo, ao Acórdão 1/CC/2012, de 10 de Abril”, no qual se refere que, “A Mma Juíza Profissional do Tribunal Aduaneiro da Cidade de Maputo diz solicitar”, “por via deste recurso”, a declaração de inconstitucionalidade dos preceitos relativos à figura do vogal, nos termos da Lei n.º 10/2001, de 7 de Julho. Mais adiante, refere o Conselho Constitucional que o processo de fiscalização da constitucionalidade foi “acionado pela remessa dos autos pela Mma Juíza Profissional, imposta pela CRM e pela LOCC” (RIBEIRO, 2021, p. 202).

Por fim, Lúcia Ribeiro, conclui que

o CC interpreta o sentido dos “acórdãos e outras decisões”, como manifestação expressa da vontade de remessa. Quer a Constituição da República, quer a LOCC, não estabelecem nenhum regime específico de fundamentação para a remessa ao CC de tais “decisões de recusa de aplicação, da norma, o que leva, algumas vezes, a que parte dos juízes dos tribunais da causa tenham procedimentos diferenciados.” (RIBEIRO, 2021, p. 207).

Portanto, não havendo possibilidade de Recurso para o Conselho Constitucional, Elysa Vieira conclui que aplicada a norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitado no processo, o Recurso Ordinário constitui a única via de protecção dos direitos ou interesses dos particulares que tenham sido lesados. E estes devem fazer uso, a exaustão, dos Recursos Ordinários. Ou seja, devem esgotar as Instâncias judiciais que caibam a questão suporte. Esta solução justifica-se com fundamento no direito a defesa, que abrange o direito a que tal decisão seja reapreciada nos termos gerais da lei processual (VIEIRA, 2012, p. 449).

Porém, sendo certo que só o Conselho Constitucional pode, em definitivo, afastar a aplicação de leis por motivo de inconstitucionalidade, seria de se supor que, esgotados os Recursos Ordinários, tratando-se, portanto, de decisão judicial insuscetível de Recurso, se oferecesse ao particular a possibilidade de Recurso para o Conselho Constitucional. No entanto, esta possibilidade não existe (alínea b) do n.º 1 do artigo 247.º da CRM (VIEIRA, 2012, p. 449).

Segundo Elysa Vieira, a opção do legislador parece partir do seguinte pressuposto: quando o Tribunal *a quo* e as demais instâncias de recurso aplicarem a norma cuja inconstitucionalidade foi suscitada no processo, presume-se menor o risco de lesão de um direito ou interesse do particular e maior a possibilidade de o particular estar a levantar uma questão com reduzida probabilidade de êxito no constitucional português responder atempadamente às queixas dos particulares, afirma que “colocar a tónica em questões de logística processual, que podem ser solucionadas através de reformas perspicazes e destemidas, não pode de modo algum servir de justificação para a negação de mecanismos eficazes de protecção de direitos fundamentais” (VIEIRA, 2012, p. 449).

Em outras passagens, afirma ainda a mesma autora que parte da doutrina portuguesa defende que, em Portugal, existe um “quase-recurso de amparo” devido à faculdade que a alínea b) do n.º 1 do artigo 280.º da CRP atribui aos particulares (VIEIRA, 2012, p. 450). Essa faculdade é precisamente a possibilidade de Recurso das decisões

dos Tribunais que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo, estabelecendo a Constituição o dever de a lei regular o regime de admissão desses recursos (VIEIRA, 2012, p. 450).

Concordamos com Elysa Vieira que os progressos da Constituição de 2004 na defesa dos direitos fundamentais mostraram-se insuficientes, para a garantia de uma tutela efectiva e eficaz dos direitos fundamentais já que o Recurso de constitucionalidade em fiscalização concreta não cumpre cabalmente esse desiderato, por estar concebido apenas para as situações de recusa de aplicação de uma norma reputada inconstitucional (VIEIRA, 2012, p. 450).

Segundo Armindo Rita, as motivações do legislador constituinte de não atribuir legitimidade aos cidadãos, em sede de fiscalização concreta, prendem-se com o facto de não transformar o Conselho Constitucional num “cemitério” de processos (RITA, 2012, p. 499).

Aqui, acompanhamos de perto Armindo Rita quando afirma:

não podemos concordar com esta posição, pois atendendo a composição do Conselho Constitucional (artigo 242 da CRM e do artigo da Lei Orgânica do Conselho Constitucional), que é de sete juízes conselheiros, o problema ficaria resolvido com a afectação de mais juízes conselheiros, sem prejuízo de outras competências que lhe sejam atribuídas, nos termos do artigo 244 da CRM (RITA, 2012, p. 499).

Apesar de toda a “engenharia” feita para evitar que houvesse a possibilidade do Recurso das decisões dos Tribunais para o Conselho Constitucional, não se logrou alcançar este desiderato, tendo apenas sido possível alcançar no capítulo do Recurso da inconstitucionalidade e dos direitos fundamentais, pois no capítulo eleitoral, depois de várias excitações, o legislador ordinário acabou consagrando o direito do Recurso das decisões dos Tribunais Distritais

ao Recurso ao Conselho Constitucional (n.º 6 do artigo 140 da Lei n.º 7/2018 de 3 de agosto). Esta lei afastou o princípio da exaustão, não permitindo a intervenção dos Tribunais Provinciais, de Recurso e o Tribunal Supremo, posicionando o Conselho Constitucional como um Tribunal Provincial e de última Instância.

Esta possibilidade existente do recurso das decisões dos Tribunais Distritais para o Conselho Constitucional, em sede do contencioso eleitoral poderia ter sido também criada relativamente às decisões dos tribunais no domínio dos direitos fundamentais.

3 QUE REFORMAS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Não basta a consagração de um catálogo de direitos fundamentais, para que esteja perante um Estado de Direitos Fundamentais. Com efeito, a materialização do Estado de direitos fundamentais exige a consagração de mecanismos jurisdicionais que garantem a materialização e a tutela efectiva dos direitos fundamentais, o que passa necessariamente pelos mecanismos que asseguram a efectivação da tutela, o acesso individual dos particulares à jurisdição constitucional e o direito ao recurso em caso de decisões lesivas aos direitos fundamentais.

No contexto moçambicano, a construção de um Estado de Direitos Fundamentais passa necessariamente por uma mudança de paradigma da jurisdição constitucional nos seguintes termos.

3.1 NA SISTEMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM MOÇAMBIQUE

É fundamental que na sistemática dos direitos fundamentais se estabeleça uma relação entre o Estado de direito democrático, os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais não podem ser apresentados apenas

como um catálogo isolado, que parece que cai de forma abrupta. Os direitos fundamentais devem ser equacionados como o amado do princípio do Estado de direito democrático, pois como afirma António D'Atena (2018, p. 19), a tutela dos direitos fundamentais constitui o centro da gravidade, o coração do constitucionalismo. Portanto, uma Constituição que não garante a tutela dos direitos fundamentais seria uma Constituição vazia no seu essencial. Pelo que o sistema dos direitos fundamentais deve estar intrinsecamente ligado à protecção da dignidade da pessoa humana como um fim último. Este enlace entre Estado de Direito Democrático, Direitos Fundamentais e Dignidade da pessoa humana está esbatida na Constituição moçambicana, o que fragiliza todo o sistema dos direitos fundamentais, pois parece que o legislador constitucional ocupou-se mais na sua catalogação. E ficou muito aquém do que poderia ser a consagração dos direitos fundamentais como uma materialização do Estado de Direito Democrático e tendo como fim último a protecção da dignidade da pessoa humana. O que passaria pela consagração de mecanismos concretos de tutela dos direitos fundamentais, um capítulo que não se revela desbravado, particularmente quanto à jurisdição constitucional.

3.2 A NÃO CONSAGRAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO AO DIREITO E À TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

Uma das lacunas do catálogo dos direitos fundamentais reside na não consagração do direito a tutela jurisdiccional efectiva.

Não basta a apresentação de um catálogo extenso dos direitos fundamentais sem que, em primeiro lugar, se consagre e se concretize o direito à tutela jurisdiccional efectiva. A mera consagração de um catálogo de direitos fundamentais a uma mera proclamação formal que não agrega nenhum valor e reduz a força normativa da Constituição como lei suprema, guardiã dos direitos fundamentais, inclusive contra os excessos dos poderes públicos.

A tutela jurisdiccional efectiva é um direito fundamental condicionante à materialização da carta dos direitos fundamentais

e da própria Constituição da República. Sem a tutela efectiva dos direitos fundamentais, a Constituição deixa de assumir a sua primordial função e perde a sua relevância para os cidadãos que devem ter nela a garantia jurídica de protecção dos seus direitos fundamentais.

3.3 NO CAPÍTULO DAS COMPETÊNCIAS DOS TRIBUNAIS COMUNS

A questão que se suscita é: qual é a relevância dos Tribunais comuns na fiscalização da constitucionalidade e por esta via na tutela dos direitos fundamentais?

De acordo com o disposto no artigo 213.º da CRM, nos feitos submetidos a julgamento, os Tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição. Esta proclamação é uma decorrência do princípio da constitucionalidade, consagrada no artigo 2 da CRM, sob a epígrafe “soberania e legalidade”, que dispõe no artigo 2, n.º 3, que o Estado se subordina à Constituição e funda-se na legalidade; e no n.º 4, adensa que as normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico.

Qual é o efeito utilitário do princípio da constitucionalidade na tutela dos direitos fundamentais ao nível dos Tribunais?

Na verdade o supra-aludido artigo 213.º da CRM é o fundamento para a fiscalização concreta da constitucionalidade. Porém, estes não têm poder de decisão, pois o sistema de fiscalização é concentrado com reenvio prejudicial, cuja fiscalização da constitucionalidade pelos Tribunais comuns é incidental, sendo que quando esta acontece, os Tribunais comuns não decidem: suspendem o julgamento e enviam o processo ao Conselho Constitucional, e ficam à espera da decisão do Conselho Constitucional.

Este processo pode gerar morosidade, pois os Tribunais comuns são obrigados a suspender os julgamentos e aguardar pelo veredito do Conselho Constitucional. O Conselho Constitucional

pode não responder com a celeridade que seria de se esperar, tendo que é chamado a responder a processos enviados por diferentes Tribunais com julgamentos em suspensão. Conferindo aos Tribunais comuns a competência para decidir em Primeira Instância, haveria uma maior amplitude de tutela dos direitos fundamentais com o concurso dos Tribunais comuns, os quais, estando implantados em todos os Distritos, estão fisicamente mais próximos dos cidadãos. E também podem oferecer a capacidade de responder com relativa celeridade à demanda dos cidadãos pela justiça constitucional.

Na actual configuração, os Tribunais comuns não têm uma grande relevância na administração da justiça constitucional. Por ser o Conselho Constitucional sediado na capital e actuando como Instância de Recurso e como última Instância, não existe uma Primeira Instância para a qual os cidadãos possam recorrer, o que fragiliza a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais.

3.4 O ALARGAMENTO DO ÂMBITO DA FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE

O Conselho Constitucional só fiscaliza a constitucionalidade de actos normativos dos órgãos do Estado, o que torna o âmbito da sua competência bastante reduzido, pois ficam de fora todos os actos dos órgãos de Estado de carácter não normativos, os actos normativos e não normativos de entidades privadas. Isso reduz a esfera de intervenção do Conselho Constitucional na tutela dos direitos fundamentais, pois não fiscaliza os actos políticos e administrativos dos órgãos do Estado. Embora estes também estejam vinculados ao princípio da constitucionalidade e de respeito pelos direitos fundamentais.

A Constituição angolana tem um âmbito alargado do objecto de fiscalização da constitucionalidade, pois estabelece na sua alínea a) do n.º 2 no seu artigo 180.º que, compete ao Tribunal Constitucional, apreciar a constitucionalidade de quaisquer normas e demais actos do Estado. Com esta largura da competência, o Tribunal

Constitucional angolano tem a sua esfera de intervenção para além dos actos normativos, podendo também intervir nos demais actos de Estados sejam políticos, administrativos.

A maior parte dos actos que violam princípios e normas constitucionais não acontece em sede dos actos normativos, mas sim dos actos políticos e administrativos e da actuação dos órgãos e agentes do Estado e de entidades privadas que no dia-a-dia violam os direitos fundamentais ou desrespeitam a Constituição. Situações que se situam fora da alçada do Conselho Constitucional, reduzindo a sua relevância para o cidadão comum que não tem a possibilidade de recorrer ao Conselho Constitucional em busca de amparo.

O Conselho Constitucional não fiscaliza a inconstitucionalidade por omissão. Há uma deficiência no exercício dos direitos fundamentais em decorrência da omissão legislativa. Os direitos fundamentais são de aplicação directa e não carecem de intermediação legislativa. Porém, existem certos direitos fundamentais que, embora estejam consagrados na Constituição da República e que por isso sejam de aplicação directa, não são eficazmente aplicáveis ou exequíveis por carecerem de regulação legal. Sem essa regulação legal, o seu exercício e tutela tornam-se ineficazes.

São casos de omissões legislativas no ordenamento moçambicano, a falta de leis sobre a acção popular, objecção de consciência, direito de resistência, lei sobre o referendo, lei do estatuto da oposição, lei sobre o direito de antena, resposta e réplica política. A ausência destas leis prejudica o exercício e gozo destes direitos fundamentais e não permite a sua tutela jurisdicional, não havendo, porém, nenhuma consequência que se possam assacar de situação, pois o sistema moçambicano não permite a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. O que não obriga a responsabilização do legislador.

O reducionismo do âmbito da fiscalização da constitucionalidade apenas aos actos normativos dos órgãos do Estado, a ausência de poder de decisão dos Tribunais comuns como Primeiras Instân-

cias em sede da fiscalização concreta da constitucionalidade e a falta da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, esvaziam a relevância do sistema de fiscalização da constitucionalidade na tutela dos direitos fundamentais. Portanto, é um sistema de fiscalização da constitucionalidade que parece mais interessar para os poderes públicos e pouco revelar para os cidadãos, pois não protege os direitos fundamentais dos cidadãos. Isto é, o cidadão não pode recorrer ao sistema de fiscalização da constitucionalidade para a tutela dos seus direitos fundamentais.

Neste contexto, indaga-se: para que serve a fiscalização da constitucionalidade? Há uma necessidade de uma reforma pragmática para assegurar que o sistema de fiscalização da constitucionalidade esteja voltado para a tutela dos direitos fundamentais, sob pena de se tornar irrelevante e furtar-se do que deve ser a função fundamental da fiscalização da constitucionalidade que deve ser a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos.

3.5 ACESSO DOS PARTICULARES À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

De acordo com o disposto na alínea g) do n.º 1 do art. 244.º da Constituição da República, só dois mil cidadãos podem requerer a fiscalização da constitucionalidade.

Esta fasquia de dois mil cidadãos é muito alta e constitui uma barreira no acesso dos cidadãos à Justiça constitucional, pois é muito difícil reunir dois mil cidadãos para esse fim. Aliás, desde que o Conselho Constitucional foi criado, nenhum pedido de fiscalização da constitucionalidade já foi submetido ao Conselho Constitucional impulsionado por um particular que tenha consagrado mobilizar dois mil cidadãos sem que tenha uma estrutura organizacional que a posse suportar.

Esta barreira faz com que só apenas organizações possam ter possibilidade de requerer a fiscalização da constitucionalidade de mobilizar dois mil cidadãos para o efeito.

Com esta limitação, só apenas determinados Tribunais dirigentes ou titulares de certos órgãos do Estado é que têm a possibilidade de requerer a fiscalização da constitucionalidade. Designadamente, o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República, um terço, pelo menos, dos Deputados da Assembleia da República, o Primeiro-Ministro, o Procurador-Geral da República e o Provedor da Justiça. Portanto o impulso à fiscalização da constitucionalidade tornou-se um privilégio da elite dirigente do Estado, o que configura uma inversão da lógica da justiça constitucional. É precisamente contra os actos praticados pelos órgãos do Estado que o cidadão deveria recorrer ao Conselho Constitucional em busca de tutela jurisdicional. Na prática, pelo contrário, são os mesmos órgãos do Estado que têm essa possibilidade, o que coloca o cidadão em uma frágil posição de desprovido de uma tutela jurisdicional pela jurisdição constitucional.

Mesmo em termos de uma análise de custos e benefícios, não se justifica manter um Conselho Constitucional a funcionar às moscas, para durante um ano apenas apreciar um processo de fiscalização da constitucionalidade impulsionado por um dos órgãos do Estado com legitimidade para o efeito. E ter que aguardar por cinco anos para exercer a função de Tribunal Superior Eleitoral de recurso para o contencioso eleitoral, validação e proclamação de resultados eleitorais.

Há uma necessidade de abertura do Conselho Constitucional para que os cidadãos tenham acesso à justiça constitucional.

Os cidadãos e não os órgãos do Estado, é que são a razão da criação de uma jurisdição constitucional. É para os cidadãos que as portas do Conselho Constitucional devem ser abertas. Aliás o artigo 69.º da CRM dispõe que o cidadão pode impugnar os actos que violem os seus direitos estabelecidos na Constituição e nas demais leis e o artigo 70.º adensa que o cidadão tem direito de recorrer aos Tribunais contra os actos que violem os seus direitos e interesses reconhecidos pela Constituição e pela lei.

A Constituição da República de Cabo Verde confere aos cidadãos a possibilidade de recorrer ao Tribunal Constitucional, ao estabelecer no artigo 20.º que a todos os indivíduos é reconhecido o direito de requerer ao Tribunal Constitucional, o que se faz por meio de Recurso de Amparo, a tutela dos seus direitos, liberdades e garantias fundamentais, constitucionalmente reconhecidos. No Direito angolano, a Constituição, ao consagrar o Recurso de Amparo, permite que o cidadão, no disposto na alínea m) do artigo 2 da Lei n.º 2/08, de 17 de julho, o cidadão possa recorrer ao Tribunal Constitucional, após esgotamento dos Recursos Ordinários legalmente previstos, de Sentenças e de actos administrativos que violem princípios, direitos fundamentais, liberdades e garantias dos cidadãos estabelecidos na Constituição.

3.6 A AUSÊNCIA DO RECURSO DE AMPARO

Uma das fraquezas da jurisdição constitucional na tutela dos direitos fundamentais reside na falta do Recurso de Amparo.

De acordo com Catarina Santos Botelho (reportando-se à realidade portuguesa, análoga à moçambicana, também sem o Recurso de Amparo), a inserção de um Recurso de Amparo constitucional contra decisões judiciais teria *as seguintes vantagens*:

- (i) em primeiro lugar, uma tal “democratização” da justiça constitucional alteraria significativamente o modo como os cidadãos perspectivam o TC, incluindo neles uma cultura democrática, com substrato na protecção efectiva dos direitos fundamentais dos particulares e promoveria uma atitude de militância em defesa dos seus direitos;
- (ii) depois, não os deixaria tao profundamente reféns de uma atitude generosa do TC e/ou do mérito técnico-jurídico do seu advogado, permitindo maior certeza e segurança jurídicas;
- (iii) algo inesperadamente, a jurisdição ordinária também lucraria, com um acréscimo de confiança no aparelho judicial, dada a hipótese do cidadão poder recorrer contra decisões judiciais lesivas de direitos, liberdades e garantias e direitos fundamentais de natureza análogo;

(iv) e, por fim, teria como consequência a atribuição ao TC de uma tarefa de unificação permanente da interpretação sobre o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais. Se os juízes ordinários não estiverem vinculados à interpretação de um órgão de topo em assuntos constitucionais – o TC – teria que aceitar-se a existência simultânea de duas interpretações igualmente válidas da Constituição: uma realizada pelo TC frente aos actos ou omissões do legislador ou da Administração e outra efectuada pelos tribunais ordinários (ou pelo Supremo), frente a decisões judiciais. Desta forma, inexistindo segurança jurídica ao nível de como deverão ser interpretadas as normas constitucionais, não se atinge um limiar de optimização que seria exigível num Estado de Direito (BOTELHO, 2010, p. 289-290).

3.7 A IRRELEVÂNCIA DO CONSELHO CONSTITUCIONAL NA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Conselho Constitucional tem o seu âmbito de competências limitado à fiscalização da constitucionalidade dos actos normativos dos órgãos do Estado.

Qual é a relevância do Conselho na tutela dos direitos fundamentais?

O Conselho Constitucional não funciona como órgão máximo na tutela dos direitos fundamentais. Ou seja, se o cidadão esgota os mecanismos estabelecidos pelo Recurso Ordinário, não tem a possibilidade de em última Instância recorrer ao Conselho Constitucional.

A confinação das competências do Conselho Constitucional à fiscalização da constitucionalidade dos actos normativos, a concentração de todos os poderes da jurisdição constitucional ao Conselho Constitucional, a não consagração do Recurso de Amparo e não fiscalização da inconstitucionalidade por omissão e imposição de barreira dos dois mil cidadãos para o impulso da fiscalização abstracta, esvaziam a jurisdição constitucional, minimizam a sua utilidade na tutela dos direitos fundamentais, resvalando para uma situação mesmo de irrelevância na protecção dos direitos fundamentais do Estado. O que faz posicionar precisamente mais

do lado oposto da defesa dos poderes públicos. Fato que desvirtua a essência que está origem da jurisdição constitucional.

Reconhecendo a importância e a necessidade de construção de uma jurisdição constitucional de direitos fundamentais, subscrevemos as propostas articuladas por Elysa Vieira no sentido de:

- consagração do princípio da dignidade como um critério válido de aferição da fundamentalidade material dos direitos fundamentais;
- alargamento das garantias constitucionais da igualdade e universalidade aos cidadãos estrangeiros e a previsão constitucional de direitos fundamentais titulados por estes por ser esta a necessidade, internacionalmente reconhecida, de protecção da dignidade das pessoas para além da cidadania numa visão universalista de atribuição de direitos, deveres e garantias, com ressalva dos direitos políticos e demais direitos expressamente reservados por lei aos seus nacionais;
- melhor salvaguarda do carácter restritivo das restrições dos direitos, liberdades e garantias, atribuindo ao princípio da proporcionalidade a sua tríplice dimensão da adequação (idoneidade), necessidade (exigibilidade) e proporcionalidade *strito sensu* (razoabilidade);
- inclusão do princípio do devido processo legal como elemento aglutinador e da efectividade dos demais direitos, garantias e princípios processuais, como cláusula de abertura do sistema na busca por resultados formal e substancialmente justos e como meio de colmatar quaisquer omissões ou insuficiências na tutela dos direitos, liberdades e garantias;
- alargamento da eficácia e do âmbito do modelo de fiscalização sucessiva concreta das normas;
- e, finalmente, a consagração do recurso de amparo constitucional contra actos ou omissões dos poderes públicos, sejam estes tribunais sejam órgãos da administração pública depois de esgotadas todas as vias de recurso ordinário admissíveis no processo em que foi proferida a decisão (VIEIRA, 2011, p. 259).

4 CONCLUSÕES

A jurisdição constitucional moçambicana não garante uma tutela jurisdicional efectiva, pois é um sistema concebido com

enfoque, por um lado, para a fiscalização da constitucionalidade e da legalidade dos actos normativos. E, por outro, como um Tribunal eleitoral de recurso.

O próprio direito à tutela jurisdicional efectiva não tem a consagração constitucional, estando avulsamente consagrado numa lei ordinária, ganhando dignidade constitucional por força da abordagem material dos direitos fundamentais.

Os factores críticos que concorrem para a falta de uma tutela jurisdicional efectiva dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional são:

- a falta do acesso individual dos particulares ao Conselho Constitucional;
- a falta de consagração do recurso das partes das decisões dos Tribunais para o Conselho Constitucional, isto é, a ausência do Recurso de Amparo;
- a falta de Recurso Ordinário de Inconstitucionalidade, pelo facto de os Tribunais não estarem investidos de poder de Juiz constitucional, isto é, não dispõem de poder de decisão em matéria de inconstitucionalidade, pois este poder é adstrito exclusivamente ao Conselho Constitucional;
- a confinação das competências do Conselho Constitucional na fiscalização da constitucionalidade dos actos normativos dos órgãos de Estado, ficando de fora os actos não normativos dos órgãos do Estado e todos os actos de entidades não estaduais ainda que lesidos dos direitos fundamentais;
- a não atribuição de nenhuma competência ao Conselho Constitucional no domínio da garantia da efectiva tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos.

No domínio dos princípios, há dois os estruturantes que estão omissos designadamente o da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade.

A dignidade da pessoa humana que devia ser o fundamento da própria República no geral e dos direitos fundamentais em particular, conformando-lhes a necessária unidade sistemática.

A secundarização da dignidade da pessoa humana é incompressível, tendo em conta que Moçambique é um Estado de Direito Democrático e tendo em conta que nos termos do disposto no 43.º da CRM, os preceitos constitucionais relativos são interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos de Homem e a Carta África dos Direitos de Homem e dos Povos e o disposto do artigo 42.º da CRM. Artigo esse que estabelece que os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis pela sua força integradora, unificadora e fundamento dos direitos fundamentais. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana deve merecer uma consagração expressa e com todas as consequências daí decorrentes.

Em outros ordenamentos, o princípio da dignidade da pessoa humana, merece uma consagração cimeira, logo como primeiro artigo definidor da natureza do Estado. Com efeito, na Constituição de Cabo Verde, logo no n.º 1 do artigo 1 se estabelece que Cabo Verde é uma República soberana, matéria e democrática que garante o respeito pela dignidade da pessoa humana e reconhece a inviolabilidade e inalienabilidade dos direitos humanos como fundamento de toda a comunidade, paz e da justiça. A Constituição angolana também consagra no artigo 1 que Angola é uma República soberana e independente, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade do povo angolano, que tem como objectivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa, democrática, solidária, de paz, igualdade e progresso social. A Constituição portuguesa, que é fonte de inspiração das Constituição dos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (PALOP), também consagra no artigo 1 que Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

O outro princípio omissivo é o da proporcionalidade. É um princípio fundamental na materialização do carácter restritivo das restrições dos direitos fundamentais, e da defesa da dignidade da pessoa humana.

A mera proclamação do carácter restrito das restrições sem a consequente materialização com base no princípio da proporcionalidade, esvazia o enunciado do princípio da restrição das restrições dos direitos fundamentais, colocando uma porosidade que permite restrições desproporcionais lesivas aos direitos fundamentais.

A defesa dos direitos fundamentais é primariamente feita em face dos poderes públicos por intermédio da limitação dos poderes públicos, definição de uma esfera de direitos fundamentais que devem ser respeitados e protegidos, e fixação de mecanismos que fiscalizem, e órgãos que asseguram o respeito pela ordem constitucional, e pelos direitos fundamentais pelos poderes públicos, privados e pelos próprios cidadãos. Fundamentalmente voltados para os poderes públicos.

Com efeito, a Constituição da República de Moçambique consagra um extenso catálogo de direitos fundamentais, mas não consagra mecanismos jurisdicionais eficazes que garantam a sua tutela e efectivação.

Há uma necessidade de uma mudança paradigmática da jurisdição constitucional do modo a, por um lado, construir uma jurisdição constitucional do cidadão. Isto é, democratizar a jurisdição constitucional e garantir o acesso dos particulares à jurisdição constitucional, assim como alargar o âmbito das competências do Conselho Constitucional para que possa apreciar os casos de violação dos direitos fundamentais. Por outro, é fundamental a construção do Estado de Direitos fundamentais, um Estado que para além de ser formalmente proclamado como Estado de Direito Democrático, consagra mecanismos jurisdicionais concretos de tutela dos direitos fundamentais e de sua concretização. Entre os quais, avultam a consagração do direito ao Direito e à tutela jurisdicional efectiva,

assegurando não apenas que esteja consagrado na Constituição da República mas que, sobretudo, estejam estabelecidos os mecanismos jurisdicionais de sua materialização e concretização. E a consagração da queixa Constitucional e do Recurso de Amparo como mecanismos concretos que permitam que os particulares possam recorrer individualmente à jurisdição constitucional é irrelevante na tutela dos direitos fundamentais.

Na actual configuração, a jurisdição constitucional é irrelevante na tutela dos direitos fundamentais e encontra-se distante dos cidadãos. Aliás, a utilidade do Conselho Constitucional só se revela de forma cíclica nos períodos eleitorais devido ao contencioso eleitoral, como último campo de batalha política dos partidos e dos candidatos. O que gera uma percepção de o que o Conselho Constitucional é um Tribunal Eleitoral Superior de Recurso.

O movimento processual do Conselho Constitucional revela alguma ociosidade pelo impedimento no acesso dos particulares à jurisdição constitucional e pela limitação das competências do Conselho Constitucionalidade à fiscalização da constitucionalidade e legalidade dos actos normativos e ao contencioso eleitoral.

A ausência do Conselho Constitucional contrasta com uma sedente procura pela justiça constitucional por parte dos cidadãos que no dia a dia veem os seus direitos fundamentais violados por acção ou omissão dos poderes públicos e privados e mesmo em decorrência de relações privadas.

Portanto, em Moçambique não existe uma jurisdição constitucional do cidadão e um Tribunal Constitucional de direitos fundamental, o que gera um desamparo dos cidadãos pela jurisdição constitucional em matéria de garantia de uma tutela efectiva e eficaz.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais:** introdução geral. Lisboa: Príncípa, 2015.

BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro. Tutela judicial efectiva e acesso dos cidadãos ao Tribunal Constitucional. In: **Revista Julgar**, Coimbra, Ed. Almedina, n.º 29, p. 61-75, 2016.

BOTELHO, Catarina Santos. **A tutela directa dos direitos fundamentais**: avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional. Coimbra: Almedina, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. (18. reimp.).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Seminário Internacional, Acesso à Justiça Constitucional, Comunicação. In: CONFERENCIA DAS JURISDIÇÕES CONSTITUCIONAIS DOS PAÍSES DE LÍNGUA PORTUGUESA. Luanda, 24 de Junho de 2011.

CISTAC, Giles (Coord.). **Contributo para o debate sobre a revisão constitucional**. Maputo: Ed. Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, 2004.

D'ATENA, António. **Lições de direito constitucional**. Tradução de Silvia Steiner. Porto: Ed. Universidade Católica Portuguesa, 2018.

JUSTINO, Justino Felizberto. **O regime jurídico do cesso de cidadãos à justiça constitucional moçambicana, em fiscalização concreta à luz da Constituição de 2004**. Beira: Fundza, 2018.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Direitos fundamentais**: teoria geral e dogmática da constituição portuguesa. Coimbra: Almedina, 2023.

MAÇÃS, Maria Fernanda. A relevância constitucional da suspensão judicial da eficácia dos actos administrativos. In: **Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional**. Lisboa: Aequitas; Editorial Notícias, 1993.

MARTINS, Maria D'Oliveira. **Contributo para a compreensão da figura das garantias institucionais**. Coimbra: Almedina, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Fiscalização da constitucionalidade**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2022.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Direito constitucional: teoria da constituição**. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2018.

NHATITIMA, Pedro Sinais. A jurisdição constitucional moçambicana. In: CHUVA, António et al. **Estudos de direito constitucional moçambicano: contributos para reflexão**. Maputo: Ministério da Justiça, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2012.

PEDRO, Ricardo. **Introdução à responsabilidade civil extracontratual pública angolana e à sua efectivação**. Lisboa: AAFDL, 2003.

RIBEIRO, Lúcia da Luz. **Fiscalização concreta da constitucionalidade no direito moçambicano**. Maputo: Escolar, 2021.

RITA, Armindo. Fiscalização concreta da constitucionalidade na ordem jurídica moçambicana. In: CHUVA, António et al. **Estudos de direito constitucional moçambicano: contributos para reflexão**. Maputo: Ministério da Justiça, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2012.

TIMBANE, Tomás Luís. **Acesso à justiça em tempos de covid-19**. Maputo: Escolar, 2020.

VIEIRA, Elysa. Os direitos fundamentais na perspectiva da revisão constitucional: ampliação e efectivação. In: INSTITUTO DE

APOIO À GOVERNAÇÃO E DESENVOLVIMENTO. Proposta de revisão constitucional para boa governação. Maputo, 2011.

VIEIRA, Elysa. **Limitações constitucionais ao efeito automático da pena no direito moçambicano.** 2012.

Recebido em: 27-9-2023

Modificado em: 23-10-2023

Aprovado em: 22-3-2024

A CADUCIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL QUE OBRIGA O JUIZ A RESIDIR NA COMARCA¹

*Fábio Ribeiro Porto*²

RESUMO

O estudo aborda a questão relativa à necessidade de o juiz fixar residência na Comarca onde exerce a jurisdição em um mundo cada vez mais digital vivenciando a quarta revolução industrial. Tradicionalmente, a residência do Juiz na Comarca era vista como uma forma de garantir sua presença física no local de atuação, o que permitiria um melhor conhecimento das particularidades locais e uma maior proximidade com as partes e com a comunidade local. No entanto, com a evolução tecnológica e o aumento do uso de ferramentas digitais, essa necessidade de residência física se tornou irrelevante, seja pela possibilidade de acesso remoto aos processos, seja pela realização de audiências e atendimento virtuais, ou pelo conhecimento da Comarca pelos meios digitais, o Juiz pode atuar de forma eficiente e célere mesmo sem residir

¹ **Como citar este artigo científico.** PORTO, Fábio Ribeiro. A caducidade da norma constitucional que obriga o juiz a residir na comarca. In: **Revista Amagis Jurídica**, Belo Horizonte, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, v. 16, n. 1, p. 105-184, jan.-abr. 2024.

² Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito. Pós-Graduado em Direito. Juiz de Direito no Estado de Rio de Janeiro. Ex-Juiz-Auxiliar no Conselho Nacional de Justiça. Professor-Palestrante na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Professor da Escola de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal Fluminense. Membro de Grupos de Trabalho do Conselho Nacional de Justiça e da Rede de Cooperação Jurídica e Judiciária Internacional dos Países de Língua Portuguesa. *E-mail*: fabioribeiroporto@uol.com.br

na Comarca. Dentro do estudo realizado será abordado o tema relativo às vicissitudes constitucionais, para identificar se o inciso VII do artigo 93 da Constituição Federal Brasileira sofreu alguma, passando pela questão da “desmaterialização” do prédio físico do Fórum e a necessidade de repensar o modelo de organização judiciária no mundo digital. Esse “novo mundo” desperta uma série de questões. Em especial, se a exigência de residência do Juiz na Comarca pode se tornar um obstáculo à escolha dos melhores profissionais para ocupar as vagas disponíveis, especialmente em regiões mais afastadas ou com menor número de habitantes. Além disso, a flexibilização dessa exigência pode contribuir para a modernização do Poder Judiciário e para a ampliação do acesso à Justiça. Nesse contexto que se analisa a caducidade do art. 93, VII, da Constituição, ou seja, a ineficácia prática, em virtude das mudanças nas circunstâncias, na realidade social, econômica e cultural do país. Sendo certo que a constituição não é imutável e deve se adaptar às transformações do mundo contemporâneo, em especial quando o texto constitucional se torna incompatível com a realidade social do país. O estudo está direcionado à necessidade de residência do Juiz na Comarca, a partir do reconhecimento fático do modelo de Justiça digital em utilização no Brasil. Reconhecendo ao final que a questão não é simples e envolve uma série de fatores, sendo indispensável um debate amplo e profundo sobre o assunto, de forma a garantir a eficiência da Justiça e o respeito aos direitos dos cidadãos, bem como a necessidade de resguardar a presença física do Magistrado na Comarca, quando se fizer necessário.

Palavras-Chave: Caducidade Constitucional. Mutações Constitucionais. Justiça 4.0. Desmaterialização da Justiça. Residência do Juiz na Comarca.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Contextualização do Tema: Vicissitudes Constitucionais. 2.1. As Vicissitudes Constitucionais. 2.2 A Mutações Constitucionais no Direito Brasileiro. 3. Caducidade de Norma Constitucional. 4. Residência do Juiz na Comarca. 5. Alteração do Paradigma Cultural e Social do Inciso VII do ART. 93 da Constituição. 6. Enquadramento Final do Estado de Letargia do Inciso VII do art. 93 da CF. 7. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

No último milênio, duas **inovações tecnológicas** de grande impacto modificaram as estruturas sociais do período (a *primeira* foi a invenção da *impressão tipográfica*; a *segunda* foi a *industrialização*). Como salienta Hoffmann-Riem, “No final do último milênio, iniciamos uma revolução tecnológica, que já está provocando uma mudança social tão grande quanto ou maior que as duas anteriormente mencionadas” (2020, p. 52). Estamos nos referindo às inovações tecnológicas ocorridas ao longo da história, destacando especialmente a digitalização (2020, p. 54).

A digitalização tem transformado a forma como nos comunicamos, como consumimos, como produzimos e como interagimos com o mundo. Isso tem gerado novos modelos de negócios, novas formas de trabalho, novas oportunidades de aprendizado e desenvolvimento, além de novos desafios e riscos, como a privacidade e a segurança da informação.³ A digitalização que vem no bojo da transformação digital é um processo que envolve toda a sociedade e tem impacto em todas as áreas da vida.

O impacto dessa aceleração tecnológica pode ser visto desde o comportamento das pessoas até os setores mais tradicionais da economia. Vivemos a era *exponencial* (sobre o tema: PICCOLI, 2018a) onde a acelerada transformação tecnológica está conduzindo a humanidade a uma alteração global de padrões sem paralelo na história (PICCOLI, 2018, p. 192).

Nesse contexto, a transformação digital está provocando mudanças profundas em diversas áreas, revolucionando, como nunca, a sociedade e, em especial, o modo como o Poder Judiciário atua.⁴ O mundo digital se relaciona de modo ambivalente com a teoria

³ A respeito dessa nova realidade social, indispensável a leitura de: Han (2018) e Han (2017). Recomendável também a leitura de Harari (2015; 2016 e 2018), na trilogia que aborda o passado, o futuro e o presente. Veja-se ainda: Lévy (2009) e Lemos e Lévy (2010).

⁴ Como destacam Garapon e Lassègue (2018), espera-se muito mais do sistema judicial do que antes: não apenas a facilitação de certos procedimentos, mas um

constitucional e os Direitos Fundamentais,⁵ não por outro motivo se fala em um processo de digitalização dos Direitos Fundamentais.⁶

Caminhamos para uma nova era também no Direito (PINHEIRO, 2021, p. 31)⁷ e, indubitavelmente, da Administração Judiciária, de modo que todo alicerce legal que regula a organização judiciária precisará dentro em breve ser revisto, conceitos antigos e seculares, como o de comarca e a exigência da residência do magistrado na mesma, precisarão necessariamente serem revisitados e adaptados à nova realidade digital.

O uso da tecnologia intensifica uma mudança radical em toda a sociedade, incluindo o Poder Judiciário. Isso ocorre porque qualquer mudança tecnológica implica uma modificação social e comportamental e, conseqüentemente, jurídica.

O Judiciário precisa estar em sintonia com essas transformações e evoluir junto com a sociedade. Assim, é necessário adotar uma nova perspectiva, uma abordagem inovadora do Direito, compreendendo que as transformações sociais atuais requerem uma reflexão profunda (PINHEIRO, 2021, p. 31) sobre o conceito de Administração Judiciária e, em especial, sua divisão territorial. E, por via de consequência, a necessidade de o Magistrado residir nesse segmento geográfico delimitado em séculos passados, que hoje parece não ter razão de existir.⁸

instrumento de verdade, uma *máquina de confiança*, uma representação de nós próprios.

⁵ De um lado emerge como um ferramenta social de suma relevância; de outro, está a exigir novas conformações protetivas dos Direitos Fundamentais (SIMONCINI, 2016, p. 1-13).

⁶ Nesse sentido, já há três décadas, v. Rosnagel et al (1990). Veja-se ainda: Hoffmann et al (2015).

⁷ Garapon e Lassègue (2018) realizam uma reflexão profunda sobre a revolução já em Curso no Direito e na Justiça, para compreender as grandes modificações introduzidas pelas tecnologias, mostrando claramente como a informática, enquanto nova fase da escrita, introduz mudanças na antropologia e, em particular, no Direito, enquanto regulador essencial das relações sociais.

⁸ “Esse fenômeno, denominado *virada tecnológica no Direito*, mais do que representar o emprego de tecnologias no exercício das profissões jurídicas, acarreta verdadeira mudança nos institutos jurídicos e alterações nas formas tradicionais de exercício das profissões jurídicas, seja na atividade jurisdicional

Nesse contexto, pretendemos com o presente estudo identificar se toda essa revolução digital ocorrida no mundo e no Judiciário, em especial, tem o condão de retirar a eficácia⁹ (*rectius*¹⁰: vigência¹¹) do inciso VII do art. 93 da Constituição em decorrência da sua caducidade.

ou na advocacia. Ela se efetiva pela percepção que a tecnologia deixa de cumprir um papel meramente instrumental para o Direito e passa a demandar uma necessária releitura de institutos, a criação de outros e, no sistema de Justiça, a percepção de novas abordagens customizadas e mais bem preparadas para ofertar soluções adequadas, efetivas e mais corretas.” (PRESGRAVE *et al.*, 2021, p. 13). O texto indica, ao citar “virada tecnológica no Direito”, ser termo atribuído a Dierle Nunes (2020).

⁹ Segundo Olguín Juárez (1961) a caducidade se traduz como “a perda de eficácia”, que experimenta a norma constitucional por circunstâncias supervenientes que fazem desaparecer um pressuposto de fato ou de direito, indispensável para sua existência.

¹⁰ Vigência e eficácia são qualidades próximas, contudo, não idênticas. A primeira refere-se ao *tempo de validade*. A segunda, à *produção de efeitos*. O Professor Arnaldo Vasconcelos (1996, p. 11), ensina que “a expressão formal do Direito como disciplina de conduta é a norma jurídica”, e para se observar validade na lei, deve-se atender a atributos como a legitimidade, eficácia e vigência. Sobre o tema: Nader (1998, p. 68-78); Reale (2001, p. 14-15) e Diniz (2001, p. 48). Logicamente que discussão, envolveria um aprofundamento na matéria e na própria teoria da norma jurídica, algo que fugira por completo do nosso objetivo. Assim, seguiremos os ensinamentos do professor Jorge Miranda (conforme indicado na próxima nota), destacando, contudo que a questão não é pacífica, mas, menos tranquila é na literatura jurídica a distinção entre vigência, validade, eficácia e fundamento: Venosa (2006, p. 106); Batalha (2000); Diniz (2000); Lima (1983); Secco (1988); Sgarbi, (2007).

¹¹ Posição defendida pelo Professor Jorge Miranda (2014, p. 283, grifo nosso): “Não é, provavelmente, por acaso que este seminário se encerra com uma intervenção sobre a caducidade. Encerra-se com uma das formas extremas de mutação, uma das que *põem fim* à **vigência de normas constitucionais**”. A vigência de uma norma se refere ao período em que ela está em vigor, ou seja, é aplicável e obrigatória a todos. É o período em que a lei está em pleno efeito e pode ser aplicada pelos órgãos competentes. Dito de outra forma, é a aptidão em abstrato que uma norma tem para *produzir efeitos*. Quando uma norma perde a vigência, ela deixa de ser aplicável e não pode mais ser utilizada para reger situações futuras. Nesse contexto a vigência representa a obrigatoriedade da observância de uma determinada norma, ou seja, é uma *qualidade da norma que permite a sua incidência no meio social*. (COUTO, 2014, p. 8). Sobre o tema: Ferraz Júnior (2018, p. 207); Teles (2000, p. 25-53). Embora, como dissemos acima a distinção não seja tranquila no plano acadêmico, contudo, iremos aqui aderir a posição defendida pelo Professor Jorge Miranda, posto que a vigência foca a possibilidade, *em tese*, de produção de *efeitos*, enquanto que a *eficácia* diz respeito à possibilidade *concreta* de produção de *efeitos*.

Em outras palavras, pretendemos entender se nesse novo Judiciário que está a se formar: **Justiça 4.0**,¹² em que cada

¹² Estamos aqui utilizando a denominação dada pelo Conselho Nacional de Justiça (disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/>>. Acesso em: 8 mar. 2023). Acreditamos que a nomenclatura tem referência direta a 4.^a revolução industrial, e por este motivo se fala em Justiça 4.0. Desse modo, nos parece que o termo **Justiça 4.0** tem inspiração direta na indústria 4.0 (resultado da 4.^a Revolução Industrial), que tem um contexto de inovação e novas tecnologias. Parece não existir um só setor das esferas da vida pública e privada que não tenha sido impactado de forma significativa pela conhecida Revolução 4.0. Segundo Schwab (2016, p. 16) as “mudanças são tão profundas que, na perspectiva da história humana, nunca houve um momento tão potencialmente promissor ou perigoso.”. A evolução do Direito e, por consequência, do Poder Judiciário, sempre esteve intimamente ligada às transformações sociais. Nas últimas décadas, assistimos a um ritmo de mudanças *sem precedentes*, moldado pelo avanço tecnológico e pela globalização, o que, por sua vez, afetou profundamente a concepção e a função do Poder Judiciário. Sem dúvida alguma o propósito do Poder Judiciário se expandiu além do seu papel tradicional de mero aplicador da lei. A necessidade do jurisdicionado evoluiu em suas expectativas e na busca do resultado desejado. O cidadão contemporâneo, inserido em uma sociedade em constante mutação, demanda uma Justiça que não apenas esteja acessível, mas que também seja capaz de responder adequadamente à crescente complexidade de suas necessidades. Essas necessidades se desdobram em diversas dimensões da vida social e abrangem um espectro amplo de campos da vida que simplesmente não se imaginava um século atrás. Estruturalmente, há uma necessidade de sistemas judiciais eficientes e acessíveis. Economicamente, há uma demanda por Justiça que consiga se adaptar e responder às complexidades do mundo financeiro moderno. No campo do conhecimento, há um clamor por um Judiciário que esteja atualizado e seja capaz de lidar com questões complexas, tais como as levantadas pelo avanço tecnológico. No cotidiano do cidadão, em meio à economia em massa e a uma proliferação de leis, a complexidade se intensifica. Assim, torna-se cada vez mais claro que o Poder Judiciário deve se reinventar, se reescrever e principalmente se atualizar e modernizar. Nesse contexto que entendemos a visão do **Judiciário 4.0**. Ele reflete o trabalho de construção de um novo Poder Judiciário, pautado na transformação digital e com o uso intenso da tecnologia de modo a permitir a prestação de serviços jurisdicionais de forma mais eficiente, melhor e menos oneroso para a sociedade. Assim, o programa **Justiça 4.0** situa o Poder Judiciário no atual processo global de renovação dos processos de gestão organizacional, que permite um ganho efetivo na prestação jurisdicional. Nesse modelo, destacam-se elementos como colaboração, trabalho em rede dentro do ecossistema da Justiça, descentralização e uso intensivo de novas tecnologias: *cloud*, *business intelligence*, inteligência artificial, dentre outros. Em resumo a **Justiça 4.0** representa a ideia de “inovação e efetividade” com a finalidade da realização de uma Justiça mais célere, eficiente e menos onerosa. Desse modo, como muitos especialistas dizem estarmos diante da

vez mais os *bytes* estão substituindo os tijolos, e o futuro sinaliza para a *desmaterialização* e *desterritorialização* do lugar da prestação jurisdicional, com os atos jurisdicionais sendo praticados exclusivamente em meio digital, ainda se mostra necessário que o Juiz resida na Comarca?¹³

Para tanto iremos analisar brevemente o conceito de mutação constitucional, dedicando, logicamente, maior atenção a caducidade, de modo a identificar os requisitos necessários para a sua consolidação, apontando, por via de consequência, a diferença

revolução 4.0, ou 4.^a Revolução Industrial, esses termos acabam atraindo ao Direito as nomenclaturas de *Justiça 4.0*, ou *Justiça digital*, ou mesmo *Judiciário 4.0*, que iremos utilizar ao longo do presente estudo. Portanto, a **Justiça 4.0** representa o uso das novas tecnologias e da inteligência artificial a serviço da efetividade no provimento jurisdicional e na própria realização da Justiça, promovendo e facilitando o acesso ao Judiciário, melhorando os procedimentos internos e os fluxos processuais e adotando a tecnologia como fator impulsionador da nova Administração Judiciária. Em suma, os modelos de **Justiça 4.0** adotados pelo Poder Judiciário brasileiro buscam melhorar sua governança e eficiência, aprimorando a Administração da Justiça, aumentando a celeridade processual, reduzindo os custos do Poder Judiciário, facilitando o acesso à Justiça, colocando o cidadão no centro e no foco das atenções e amplificando a transparência e a sustentabilidade. Deste modo, o conceito de **Judiciário 4.0** envolve necessariamente a integração profunda das tecnologias digitais no sistema judicial, transformando não apenas a maneira como as ações são processadas e julgadas, mas também, a maneira como a Justiça é administrada, organizada e estruturada, bem como os atos processuais são praticados: *representa o abandono do mundo analógico e a entrada no mundo digital* (processo eletrônico, atendimento de partes e advogado online, audiências e sessões virtuais etc.). Posto isso, iremos utilizar como sinônimos os termos: *Justiça 4.0*, *Judiciário 4.0* e *Justiça digital*.

¹³ A residência do Juiz na Comarca onde exerce suas funções é uma tradição que remonta ao início da formação do sistema judicial na idade média. O sistema de Juízes residentes com sede fixa para exercer jurisdição se desenvolveu ao longo de séculos, variando muito de acordo com a região e o sistema jurídico adotado (*civil law*, *common law*, sistema oriental, islâmico, etc.). No contexto romano, por exemplo, a ideia de um Magistrado fixo começou a se consolidar durante o período republicano e imperial (séculos VI a. C. a V d. C.). No entanto, o modelo judicial como o conhecemos hoje, com Juízes permanentemente alocados em Tribunais ou Palácios da Justiça, só começou a se solidificar na Idade Média, em grande parte na Europa. Contudo, é importante ressaltar que a implementação de um sistema judicial com sedes fixas e juízes residentes ocorreu em ritmos diferentes em todo o mundo, dependendo da evolução histórica, política e social específica de cada país ou região. Confira-se: Gilissen (1995).

com institutos similares, como o *desuso* e a *revogação*, por exemplo.

O tema das *mutações constitucionais* começou a ser estudado em finais do século XIX¹⁴ e princípios do XX, “por autores ligados à Escola Alemã de Direito Público” (CAVALCANTI, 2017). A doutrina de modo praticamente unânime, aponta a origem do termo no Direito brasileiro, a tradução da expressão cunhada por Paul Laband que estabeleceu a distinção entre “reforma constitucional” (*Verfassungänderung*) e “mutação constitucional” (*Verfassungswandlung*) (1895).¹⁵ O jurista alemão cunhou esta última expressão com a finalidade de designar o fenômeno da mudança de significado ou sentido da Constituição, sem alteração formal do seu texto (CAVALCANTI, 2017, folhas 18). Anos depois Jellinek também tratou do tema, observando que a estabilidade das leis fundamentais não é maior que a das outras (JELLINEK, 1991, p. 5).

Com o passar dos anos – destaca Ana Victoria Urrutia – parte da doutrina alemã entre as duas guerras procura “integrar a mudança informal a um conceito complexo de Constituição. Nesta linha, Heller e Smend descrevem a Constituição como um ente dinâmico, em constante movimento, que interage continuamente com a realidade política” (URRUTIA, 2000, p. 106). E Dau-Lin Hsü (1998) utiliza o sistema “conceitual de Smend para ordenar de forma sistemática todas as possibilidades nas quais podem produzir-

¹⁴ Importante aqui destacar que a noção de “*living constitution*” criada pela prática política e pela jurisprudência norte-americana. A questão ganhou destaque com o *case McCulloch vs. Maryland* (1819) tendo o *judge* Marshall defendido o construtivismo constitucional (MORAIS, 2013a, p. 61). Segundo David Strauss (2010, p. 1), a *living Constitution* é aquela que evolui, muda ao longo do tempo, e se adapta a novas circunstâncias, sem ser formalmente emendada. Para Strauss a *living constitution* nos Estados Unidos não é uma alternativa, mas uma realidade, impulsionada, principalmente, pelo congelamento do processo formal de emenda conforme descrito por Bruce Ackerman (2007, p. 1.741).

¹⁵ Em posição divergente, Sarlet; Marinoni; Mitidiero, com base na doutrina de Klaus Stern (1987, p. 334) sustentam que foi Jellinek o primeiro a “adotar o conceito em contraposição ao de reforma constitucional, no âmbito mais amplo da mudança da (e na) constituição” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 168).

-se mutações constitucionais”.¹⁶

O tema é muito rico, em especial, na doutrina europeia e norte-americana (Cf: ACKERMAN, 1995, p. 63-88; ALBERT, 2010; AMAR, 1988; BALKIN; LEVINSON, 2001; BELLAMY; CASTIGLIONE, 1997; GREENHOUSE; SIEGEL, 2011). Contudo, nosso foco principal é o desenvolvimento e a evolução do tema no Direito brasileiro. Mais ainda: nossa meta é analisar, apenas, e tão somente, uma forma de mutação constitucional tácita: a **caducidade**. Por isso, não iremos aprofundar a questão da evolução histórica da mutação constitucional. Faremos simplesmente um breve apanhado do tema para ingressar no cerne do nosso trabalho que é a **caducidade** da norma constitucional prevista no inciso VII do art. 93 da CF.

Logo em seguida, iniciaremos uma incursão no dispositivo constitucional objeto do nosso estudo, para entender as razões e os motivos que justificaram a redação da norma à época da sua elaboração.

Pretendemos ainda, identificar a evolução e a transformação digital ocorridas no Poder Judiciário brasileiro, de modo a verificar se as razões e os fundamentos que ensejaram a redação do dispositivo ainda encontram aplicabilidade prática, bem como se os pressupostos essenciais para manutenção da norma constitucional ainda são válidos.

Após a delimitação dos principais temas, faremos uma abordagem do estado da arte na atualidade, verificando como está ocorrendo a revolução digital e o impacto dela no Poder Judiciário (**Judiciário 4.0**), de modo a averiguar se é possível identificar os requisitos indispensáveis para o reconhecimento da caducidade no contexto estudado.

Como sabiamente advertiu Rui Figueiredo Marcos (2008, p. 9), “o Direito não irrompe por actos solitários de gênio, nem

¹⁶ Ensina Alves (2020) que Dau-Lin propõe muito mais do que uma “sistematização das mutações constitucionais”. Além de analisar uma série de casos específicos na história constitucional europeia e norte-americana, o jurista chinês tenta refutar diferentes teorias do Direito e da Constituição.

desaparece, fugidamente na noite do acaso. Insere-se num certo contexto histórico constituinte e reconstituente”, por este motivo o Direito demanda que se entenda sempre “vinculado à existência cultural e histórica do homem” (MARCOS, 2008, p. 9). Por isso, iremos justificar com base na mudança do contexto histórico¹⁷, social e cultural¹⁸ os fundamentos para a caracterização da mutação constitucional (caducidade) do dispositivo em análise.

Veremos, então, ainda que de forma breve e com foco específico no art. 93, VII da Constituição, os preceitos básicos da mutação constitucional e como as vicissitudes constitucionais, podem se materializar, bem como, o surgimento e a evolução do modelo de Justiça digital, para verificar se de fato estamos diante do *fenômeno*¹⁹ da caducidade constitucional em decorrência da disrupção do modelo de Justiça que se desponta no horizonte brasileiro: **Justiça 4.0**. Vale ressaltar que cada revolução experimentada pelo Judiciário deve ser interpretada à luz do contexto histórico e dos eventos de cada período, a fim de melhor entender o presente.

No fim, concluiremos que, de fato, estamos diante do fenômeno da caducidade do art. 93, VII, da Constituição, percebendo que a mutação constitucional no caso em análise ocorre justamente pela ausência de correlação entre a *norma constitucional* e a *realidade constitucional*. Significa dizer que, atualmente, a realidade para a qual foi criada a norma que prevê a necessidade de o Juiz residir na Comarca, já não coincide com a realidade social, cultural e, por via de consequência, constitucional “*provocando uma tensão entre*

¹⁷ O conceito do Judiciário que se tinha em 1600 era bastante diferente do que temos agora, da mesma forma o conceito de Justiça. Tudo deve ser interpretado e entendido no seu tempo. A fronteira entre passado, presente e futuro é tênue. O Judiciário é responsável pela guarda de sua memória. Mas, isso não significa que ele deve petrificá-la, mas, sim guardá-la, para compreender seu lugar no tempo e perceber a necessidade de evolução.

¹⁸ De acordo com o pensamento de François Ost (2005), do Direito se exige, nos dias atuais, uma qualidade tal que o credencie a desligar ou ligar o passado, desligar ou ligar o futuro.

¹⁹ Como explica Carlos Blanco de Moraes (2018, p. 230) a mutação constitucional informal “não é um instituto é um fenômeno. E um fenômeno difícil de definir, delimitar e de qualificar quanto à natureza jurídica.”

a *Constituição escrita e a situação constitucional real*” (AMORIM, 2014), resolvida justamente pelo reconhecimento da caducidade da norma em análise.

Importante, desde já, destacar que estamos somente analisando a caducidade da norma que prevê a *obrigatoriedade* de o Juiz **residir** na Comarca. O foco do estudo é justamente verificar essa compulsoriedade no mundo moderno. Não estamos aqui discutindo a questão da *Justiça digital*. Essa é um fato, é uma realidade, já acontece, está sedimentada no Brasil. Mas isso não significa dizer que estamos dispensando *totalmente* a presença física do Juiz na Comarca. Dito de outra forma, a Justiça digital é um acontecimento atual. Em decorrência disso, é necessário questionar a exigência que o Juiz resida na Comarca.²⁰ Isso não quer dizer que o Juiz não precisa **frequentar a Comarca**, portanto, não devemos confundir, *presença* na Comarca, com residência nela.²¹

Assim, concluímos pelo reconhecimento da caducidade do inciso VII do artigo 93 da Constituição, tendo em vista que a norma constitucional não pode ser isolada da realidade social, cultural e econômica. Contudo, isso não significa que o Magistrado não deva frequentar a Comarca ou esteja totalmente dispensado de nela comparecer. Ele não precisa nela *residir*, mas sem dúvida deve

²⁰ Por exemplo, qual diferença faz o Juiz que trabalha no Fórum de São Gonçalo (no Estado do Rio de Janeiro) e mora na cidade de Niterói (no mesmo Estado), ou o contrário? Absolutamente nenhuma!

²¹ O próprio Richard Susskind (2017, p. 118-119), sem dúvida um dos maiores defensores do modelo digital e das chamadas “cortes *on line*”, embora argumente que a natureza do trabalho jurídico está mudando devido à tecnologia, isso não significa necessariamente que os litigantes perderão seu “*dia na corte*” (“*day in court*”). Em vez disso, o que pode mudar é a maneira como esse dia no Tribunal acontece. Por exemplo, em vez de comparecer pessoalmente, um litigante pode participar de uma audiência virtual. Da mesma forma, muitos processos podem ser resolvidos por meio de plataformas de resolução de disputas *online*, dispensando a realização de uma audiência formal no Tribunal. Mas, não descarta o autor, de todo a necessidade da presença física, em especial em julgamentos mais complexos, apontando a imprescindibilidade de nesses casos seguir o modelo tradicional.

conhecer e frequentar o local onde exerce a judicatura. Logicamente, quando e enquanto²² *se fizer necessário*.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA: VICISSITUDES CONSTITUCIONAIS

2.1 AS VICISSITUDES CONSTITUCIONAIS

Parece ser inquestionável a afirmação que o “sentimento constitucional, exprimindo a adesão popular à Constituição, não é generalizado, nem constante” (HORTA, 1996, p. 17). As constituições evoluem²³ – “crescem”, disse Wheare.²⁴ Fácil assim concluir que as Constituições “mais do que *modificáveis*, são *modificadas*” (MIRANDA, 2016, p. 279)²⁵ Sendo certo que nenhuma “Constituição se esgota no *momento único de sua criação*” (MIRANDA, 2016, p. 279).²⁶

²² Caminhamos para desmaterialização e desterritorialização da Justiça. Sem dúvida alguma, em um futuro não muito distante, os conceitos de competência territorial serão revistos e adaptados à nova realidade digital e quando isso acontecer, o modelo “tradicional” deverá ser reescrito e reinventado para possibilitar a prestação jurisdicional no judiciário desmaterializado, deformalizado e desterritorializado.

²³ Como diz o Professor Carlos Blanco de Moraes (2018, p. 230) “a normatividade de uma constituição nunca se reduz ao seu texto, porque toda a constituição positivamente decidida nunca é uma construção acabada”. Nas palavras do Professor Canotilho “A identidade da constituição não significa a continuidade ou permanência do ‘sempre igual’, pois num mundo sempre dinâmico a abertura à evolução é um elemento estabilizador da própria identidade” (CANOTILHO, 2002, p. 1.059).

²⁴ “*Constitution are not made: they grow*” (WHEARE, 1973, *apud* FERREIRA FILHO, 2015, p. 67).

²⁵ Afirma Bulos (1996, p. 26) que “as leis constitucionais logram uma *inalterabilidade relativa*, dado que podem sofrer alterações, independentemente das formalidades especiais oriundas do princípio da rigidez”.

²⁶ Salienta Burdeau (1969, p. 211 e segs., Tradução nossa): “uma Constituição não se conserva como um monumento histórico. É explorando as possibilidades que ela oferece aos governantes de agir regularmente que se pode mantê-la entre as regras vivas”. Sobre o tema: Silva (2014, p. 291). Não por outro motivo que o Professor Jorge Miranda (2016, p. 279) afirma que “*se a cada*

Por este motivo, torna-se inevitável a modificação da Constituição, seja em decorrência da tensão com a realidade constitucional,²⁷ seja pela necessidade de efetividade que se demanda da Carta Magna (MIRANDA, 2016, p. 279).²⁸

Amudança da Constituição se propõe, geralmente, a introduzir aperfeiçoamentos, adaptações e correções no texto constitucional. Posto isto, as *vicissitudes constitucionais*,²⁹ termo cunhado pelo Professor Jorge Miranda (2020, p. 581), para designar “quaisquer eventos que se projetem sobre a subsistência da Constituição ou de algumas das suas normas” se apresentam de múltiplas e variadas formas, com diferença de natureza e manifestação,³⁰ sendo certo

tempo tem a sua Constituição, todo o tempo tem de ser constitucionalizado”. A Constituição escrita não encerra nem esgota o Direito Constitucional, que vai além do seu texto. Nas palavras do nosso Mestre e mentor, Professor Jorge Miranda (1996, p. 50), “Não há, nunca terá havido, nem, porventura, poderá vir a haver uma completa codificação das normas constitucionais, que seria o equivalente à coincidência da Constituição material, da Constituição formal e da Constituição instrumental”. As Constituições são realidades vivas, somente quando de sua promulgação é que se refletem em parte na realidade, por essa razão, são necessários instrumentos de atualização para mantê-las moldadas a uma realidade cambiante.

²⁷ Afirma Loewenstein (1976, p. 218), que as Constituições não mudam somente mediante emendas, mas em maior volume, há mudanças imperceptíveis que a norma estabelecida sofre ou por efeito do ambiente político ou pelos costumes.

²⁸ A Constituição é dotada de um elemento dinâmico e outro estático. O primeiro refere-se a um comportamento para mudanças informais e outorga estabilidade às normas que constituem a estrutura do Estado. Nesse sentido, a inalterabilidade da Constituição é relativa, podendo sofrer alterações mesmo sem as formalidades previstas no próprio texto, o que é denominado de mutação constitucional (BULOS, 1996).

²⁹ Michele Carducci aproxima o seu conceito de mutação constitucional ao de vicissitude cunhada pelo Professor Jorge Miranda. Para ele, as mutações são todos os fenômenos de alteração da Constituição, de acordo com práticas da realidade, produzidas por quaisquer causas, por meio de um procedimento formal ou informal, e de qualquer conteúdo. Dessa forma, o tema não se restringe a fontes não escritas ou *extra ordinem* (CARDUCCI, 2009, p. 1643).

³⁰ Divide o Professor Jorge Miranda em **cinco grandes critérios**: (i) quanto ao modo; (ii) quanto ao objeto; (iii) quanto ao alcance; (iv) quanto às consequências sobre a ordem constitucional e (v) quanto à duração dos efeitos (MIRANDA, 2020, p. 581). Quanto ao **modo** podem ser *expressas* ou *tácitas*. Quanto ao **objeto** podem ser *totais* e *parciais*. Em relação ao **alcance** se dividem em *geral* e *abstrato e concreto e excepcional*. Quanto as consequências sobre a ordem

que não é foco do nosso trabalho analisar cada uma delas. Por esse motivo, faremos um recorte apenas nas mutações constitucionais. E, dentre as mutações, o foco específico será a **caducidade**.

Assim, o ponto de partida para o estudo das mutações³¹ ou modificações constitucionais,³² nas lições do Professor Jorge Miranda, “consiste na dupla distinção entre mutações totais e parciais, e entre mutações expressas e tácitas ou informais (MIRANDA, 2016, p. 279)³³

Isto posto, passamos de forma breve a analisar o conceito de mutação constitucional no Direito brasileiro, tendo em vista que o cerne do nosso estudo será uma forma de mutação constitucional tácita.³⁴ a **caducidade**.

constitucional podem se apresentar como *uma evolução constitucional* ou *uma rutura*. Por fim quanto a **duração dos efeitos** distinguem-se em: vicissitudes de *efeitos temporários* e de *efeitos definitivos* (MIRANDA, 2020, p. 581-583).

³¹ “As mudanças constitucionais, não decorrentes de atuação formal do poder de revisão constitucional, uma realidade na vida constitucional dos Estados, que não pode ser ignorada” (FERRAZ, 1986, p. 8).

³² “A normatividade e a realidade estão tão intrinsecamente ligadas que uma afeta significativamente a outra. É por isso que é crucial que os textos normativos estejam alinhados com a realidade, caso contrário, correm o risco de cair em desuso e serem esquecidos. É necessário reconhecer o poder que uma norma tem de moldar a realidade e promover mudanças sociais, influenciando o comportamento humano. A mutação constitucional transita por esse caminho sinuoso entre a realidade e a normatividade”. (KREPSKY; CIPRIANI, 2021, p. 95).

³³ Canotilho entende que as mutações ou são *endogenéticas* e consistem num ato legítimo de interpretação, ou são *exogenéticas* envolvendo, fora do processo de revisão, a criação silenciosa de normas constitucionais que exorbitariam o programa normativo e o compromisso constitucional, provocando a derrocada das suas normas (CANOTILHO, 1999, p. 1.228). Nesse ponto importante destacar que como sói acontecer no Direito existe forte controvérsia quanto a classificação dessas manifestações, não existindo posição pacífica. Sobre o tema: Carducci (2010, p. 202); Morais (2013b, p. 496); Di Ruffia e Rozmaryn (1966, p. 60-68); Ferraz (1986, p. 13). Logicamente que fugira totalmente do nosso escopo uma análise detalhada das diferentes formas de classificação doutrinária, sendo certo também que não existem classificações certas e erradas, mas sim úteis e aplicáveis a um determinado caso e eventualmente não aplicáveis, razão pela qual, embora existam diferentes classificações, apesar dos diversos nomes, há certa aproximação entre elas, também, e por isso adotamos classificação do nosso Mestre Professor Jorge Miranda.

³⁴ “Nas mutações tácitas, o evento é um resultado indireto, uma consequência de factos ou factores historicamente localizados. Além da revolução, da transição e da revisão, distingue-se nas primeiras a derrogação constitucional e a ruptura

2.2 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO

A doutrina constitucional brasileira, em sua grande maioria, adotou o conceito jurídico de mutação constitucional (MIRANDA, 2016, p. 280-281) como tradução³⁵ de um termo de origem germânica,³⁶ conforme visto anteriormente.

A expressão *Verfassungswandlung*, cunhada por Paul Laband³⁷⁻³⁸ em 1895,³⁹ referia-se a uma mudança na Constituição

não revolucionária. As segundas incluem o costume, a interpretação evolutiva (sobretudo a jurisdicional), a revisão indireta e a caducidade”. (MIRANDA, 2016, p. 280-281).

³⁵ A simples tradução da expressão de origem germânica está longe de ser incontroversa. No Espanhol, Pablo Lucas Verdú traduziu o termo como *mutación de la Constitución* (na tradução da obra de Hsü Dau-Lin em DAU-LIN, 1998). Arthur Jacobson e Bernhard Schlink utilizaram a expressão *constitutional transformations* para traduzir o termo para o inglês do texto de Georg Jellinek. (2002, p. 54 e ss.). Nos Estados Unidos, as mudanças constitucionais informais são comumente referidas como *informal constitutional amendments* (LEVINSON, 1995, p. 3 e ss.), tendo em vista que tradicionalmente não se faz relação entre essas e a expressão formulada na doutrina alemã.

³⁶ Sem dúvida alguma o termo foi introduzido em nosso sistema constitucional amparado na herança da tradição europeia, em especial da doutrina alemã. No entanto, é importante destacar que os processos informais de mudança da Constituição já vinham sendo desenvolvidos nos Estados Unidos da América, onde o termo *mutação constitucional* não é utilizado, contudo, no âmbito do debate acerca da interpretação constitucional e do controle judicial de constitucionalidade as repercussões teóricas e políticas de tais processos foram analisadas minuciosamente. Sobre o tema na doutrina americana dentre inúmeros outros autores: Ackerman (1991); Ackerman (2007, p. 1.746-1.747); Balkin (2014); Dworkin (1978); Ely (2002); Sunstein (2009) e Tribe (2008).

³⁷ Segundo destaca Caldwell (1997, p. 15), Laband que se tornou a face do Direito Público na Alemanha Imperial, iniciou sua carreira como professor no ano de 1872, tendo explorado de forma ampla e profunda o sistema constitucional imperial.

³⁸ Espantado com o modo como se vinham processando as mudanças da Constituição do *Reich* alemão, sem o acionamento dos mecanismos institucionais de “reforma constitucional” (*Verfassungänderung*), Paul Laband (1895, p. 149-186) criou o conceito de “mutação constitucional” (*Verfassungswandlung*). Veja-se: Urrutia (2000, p. 110).

³⁹ Nas lições de Caldwell (1997, p. 37), a primeira vez que Laband tratou do tema foi em um discurso proferido em Dresden em 1895 (LABAND, 1895) e depois em um artigo publicado em 1907 (LABAND, 1907).

que se distinguia da reforma constitucional⁴⁰ (*Verfassungsänderung*) (CAVALCANTI, 2017, folhas 18) por sua natureza informal.⁴¹⁻⁴²

Apesar do termo “mutação constitucional”⁴³ não ter sido utilizado com frequência na doutrina brasileira antes da década de 1980, o vocábulo era mencionado em alguns casos para descrever mudanças constitucionais entre os doutrinadores que “enxergavam o sistema constitucional – e por consequência o Estado por ele estabelecido – como um organismo” (CAVALCANTI, 2017, folhas 17). Fato é, que a expressão *mutação constitucional* no Direito brasileiro levou um tempo para encontrar seu lugar em

⁴⁰ O autor destacou que as mudanças tácitas da constituição representavam uma “contradição entre a situação constitucional e a lei constitucional” (HESSE, 1992, p. 79-104) e estabeleceu uma distinção conceitual entre reforma e mutação constitucional.

⁴¹ No discurso de 1895, Laband identificou três mudanças informais sofridas pela Constituição Imperial: (1.^a) vinculada ao art. 17 do texto constitucional, que tratava do relacionamento entre o kaiser e o chanceler, resultando dentre outras questões no crescimento da máquina administrativa além do previsto na Constituição; (2.^a) a segunda mudança afetou os artigos 38 e 70 da Constituição e ocorreu por meio da edição de uma lei tributária que instituiu a chamada “cláusula de Frankenstein” de 1879 (URRUTIA, 2000, p. 109). A mencionada cláusula violava o art. 38 na medida em que determinava que tributos instituídos pelo Reich não tinham como destino final os cofres públicos federais, o que diminuía o poder do parlamento; (3.^a) a criação de um Judiciário nacional, que não tinha previsão constitucional expressa, retirando funções constitucionalmente atribuídas às Cortes estaduais (cf. STOLLEIS, 2004, p. 28-29; LABAND, 1901, p. 314-316; e LABAND, 1907, p. 12 e 22).

⁴² A metáfora utilizada por Laband para descrever a mutação constitucional é perfeita “assim como a fundação e a fachada de um prédio podem permanecer inalteradas, enquanto no interior mudanças essenciais são realizadas; também a construção constitucional do império mostra, num exame externo, as mesmas formas e linhas arquitetônicas da época em que foi erguida. Quem quer que penetre em seu interior, no entanto, percebe que não é mais o mesmo que fora no início, que foi alterado e estendido conforme outras necessidades e visões, e que no processo muito apareceu que não é de fato compatível com o plano original e que se harmoniza inteiramente nem consigo mesmo” (LABAND *apud* CALDWELL, 1997, p. 38).

⁴³ Carlos Blanco de Morais (2018, p. 232), conceitua mutação constitucional da seguinte forma “um fenômeno em que as normas em sentido material de conteúdo politicamente inovador, geradas e consolidadas gradualmente no tempo e à margem do poder formal de revisão, são aditadas à Constituição, alteram o significado de disposições constitucionais vigentes ou desvitalizam a sua eficácia”.

meio à variedade de conceitos destinados a designar as mudanças constitucionais.

Sem dúvida alguma, o tema foi inicialmente estudado no Brasil com maior profundidade na obra de Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986), na sua tese de Doutorado na Universidade de São Paulo no ano de 1982, valendo-se a autora do conceito de mutação constitucional⁴⁴ constante na obra de Karl Loewenstein (1959; 1979).

Muitos anos se passaram até que o tema voltasse a despertar interesse nos constitucionalistas brasileiros. Assim, mais de uma década depois, o Professor Uadi Lamêgo Bulos (1996, p. 26) escreve um artigo a respeito da questão intitulado *Da Reforma à Mutação da Constituição*, concluindo que as mutações podem ser

- i. operadas em virtude de interpretação constitucional;
- ii. decorrentes de práticas constitucionais;
- iii. por meio da construção constitucional; e
- iv. as que contrariam a Constituição: mutações inconstitucionais.⁴⁵

Passado um tempo, o Professor José Afonso da Silva (2000) se debruça sobre o tema das mutações constitucionais e delimita que elas são as mudanças que se operam na Constituição *sem alterar o enunciado formal ou a letra do texto* (SILVA, 2000), “por força da modificação das tradições, da adequação político-social, dos costumes, de alteração empírica e sociológica, pela interpretação e

⁴⁴ Qualifica a autora as mutações constitucionais de “processos indiretos, processos não formais ou processos informais para designar todo e qualquer meio de mudança constitucional não produzida pelas modalidades organizadas de exercício de poder” de emenda constitucional (FERRAZ, 1986, p. 12).

⁴⁵ Definindo o autor as mutações constitucionais da seguinte forma: “Assim, denomina-se mutação constitucional, o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da Lex Legum, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais” (BULOS, 1996, p. 27).

pelo ordenamento de estatutos que afetam a estrutura orgânica do Estado.” (SILVA, 2014, p. 294).

Nos anos seguintes, vários autores trataram do tema, em especial o Ministro Gilmar Mendes, no artigo intitulado “*O papel do Senado Federal no controle de Constitucionalidade*” (2010), que pouco tempo depois foi objeto de uma decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito⁴⁶ do mesmo assunto e desde então inúmeras publicações surgiram (confira-se a título meramente exemplificativo: BARATA, 2023; MENDES; COELHO; BRANCO, 2008; MORAES, 2010; NEVES, 2004. p. 32; PEDRON, 2012; PEDRA, 2012; MENDES, 2016, p. 175-256; STRECK; BARRETTO; OLIVEIRA, 2010; STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2007).

Assim, o termo *mutação constitucional* vem sendo utilizado no contexto constitucional brasileiro para designar as **mudanças informais** da Constituição, na condição de “mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação de seu texto” (BARROSO, 2000, p. 124).⁴⁷

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4.335 Acre. Reclamação. 2. Progressão de Regime. Crimes Hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2.º, § 2.º, da Lei n.º 8.072/90, declarado inconstitucional [...]. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de março de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 21 out. 2022. Importante observar que o julgamento que se iniciou em 2007 só foi concluído em 2014, quando já se havia editado a Súmula Vinculante n.º 26, que trouxe, na prática, efeito vinculante ao mesmo conteúdo da norma de decisão constante do *habeas corpus* referido na reclamação. Assim, por inobservância da Súmula superveniente é que se julgou pela procedência. O tema voltou a ser discutido no STF na ADI n.º 3.406/RJ – 7 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.470 Rio de Janeiro. Lei n.º 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro. Substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. [...] Declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2.º da Lei n.º 9.055/1995. Efeito vinculante e *erga omnes*. Relatora: Min. Rosa Weber, 29 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501>>. Acesso em: 21 jan. 2023).

⁴⁷ Como destaca Cavalcanti (2017, folhas 82) “É interessante notar que o conceito de mutação constitucional desenvolvido pela doutrina alemã, inicialmente

carregado de inúmeras vertentes – mutação mediante a edição de leis contrárias à Constituição, mutação mediante práticas estatais constitucionais e inconstitucionais, mutação mediante a impossibilidade de aplicação de previsões constitucionais, mutação mediante usos e costumes contrários à Constituição – acabou sendo despido no contexto brasileiro à noção da mutação constitucional interpretativa, tendo a prática atribuído ao Supremo Tribunal Federal a função de realizar, no exercício do controle de constitucionalidade, mudanças constitucionais informais”. Alguns exemplos são ilustrativos do tema: A mutação que no século passado sofreu o *habeas corpus*, se transformando de um remédio processual penal em uma garantia geral dos Direitos (a Doutrina do *habeas Corpus*, desenvolvida por Rui Barbosa, serviu para assegurar a posse de governadores e outros ocupantes de cargos públicos, assim como para garantir a liberdade de imprensa, a imunidade parlamentar, o direito de greve e as prerrogativas da magistratura). Outro exemplo inclui a vedação da consolidada prática do nepotismo pela releitura do princípio da moralidade pelo Supremo Tribunal Federal, a qual resultou na edição da Súmula Vinculante n.º 06. Ainda, o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal dos Mandados de Injunção n.º 708 e 712. Impetrados respectivamente pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa – SINTEM e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP, contra a omissão do Congresso Nacional em legislar acerca do direito de greve dos servidores públicos. Diante disso o Supremo conheceu dos Mandados de Injunção para determinar, enquanto não sanada a omissão, a aplicação da Lei n.º 7.783/89, a qual dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. Sendo possível observar que a evolução da interpretação do alcance do Mandado de Injunção, passou: 1. em um primeiro momento, pelo reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão e *notificação do legislador para sanar*; 2. em um segundo momento, pela fixação de prazo para sanar a mora; 3. em um terceiro momento, pela aplicação de sanção caso não fosse sanada a mora, até que finalmente, 4. em um quarto momento, a Sentença aditiva para substituir o legislador. Cite-se ainda a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união homoafetiva como família, por meio de técnica de interpretação conforme em que se excluiu a possibilidade de se interpretar o art. 1.723 do Código Civil como impeditivo do reconhecimento desse tipo de união. A decisão deu-se na ADI 4.277/DF e na ADPF 132/RJ, sendo esta última, com efeito, reconhecida pela Corte como Ação Direta de Inconstitucionalidade. Nesse julgamento, é possível identificar inúmeras referências à doutrina da mutação constitucional, sendo um dos fundamentos utilizados para a decisão final a mutação do art. 223, § 3.º da Constituição (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. [...] Interpretação do art. 1.723 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal (técnica da “interpretação conforme”). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. Relator: Min. Ayres Britto, 5 de maio de 2011, p. 73. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 21 jan. 2023). Outro exemplo de mutação constitucional é o da individualização da pena (HC 82959), que se encontra previsto no art. 5.º, XLVI da CF. A Lei n.º 8.072/90 (Lei dos crimes hediondos), vedava, em seu art. 2.º, § 1.º, a progressão de regime de cumprimento

Contudo, a questão relativa à **caducidade** constitucional não foi desenvolvida na doutrina brasileira.⁴⁸⁻⁴⁹ E por isso, passamos analisar em tópico separado o tema.

de pena nesses tipos de delitos. Em 1992, o STF declarou a constitucionalidade do referido dispositivo legal ao julgar o HC n.º 69.657-1/SP (STF – RE 69.657-1/SP, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 18-12-1992, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 18-6-1996). Em 2006, o tema foi reanalisado no Supremo, em virtude da impetração do HC 82.959/SP, que tinha como pano de fundo o mesmo debate. Com a sua composição alterada, o STF modificou o entendimento, julgando inconstitucional a vedação à progressão de regime por ofensa ao princípio da individualização da pena (STF – RE 82.959/SP, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 23-2-2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 1.-9-2006). Por fim, nesse destaque meramente exemplificativo e não exauriente, temos a questão relativa a fidelidade partidária do art. 55, incisos I a VI (MS 26602). O tema foi inicialmente discutido no STF no MS 20.927/DF, julgado em 1989 (STF – MS 20.927/DF, Voto do Min. Moreira Alves, Data de Julgamento: 11-10-1989). Do julgado se extrai que em razão da inexistência de regra expressa prescrevendo a sanção da perda do mandato ao parlamentar por infidelidade partidária, somada a não-repetição, pela CF/88, do art. 152, parágrafo único da Constituição anterior, bem como a taxatividade do art. 55 da atual Carta, fundamentaram o entendimento do STF, à época, pela inexistência do princípio da fidelidade partidária no ordenamento pátrio. Em 2007, a mesma questão foi novamente discutida. Com a nova decisão, o entendimento do STF, quanto ao tema previu que a infidelidade partidária passou a ser uma possibilidade de perda do mandato parlamentar, não havendo que se falar em direito, nem expectativa de direito, à manutenção pessoal do cargo, pois a desfiliação e a transferência injustificada são incompatíveis com a função representativa do ideário político em cujo nome o parlamentar foi eleito. (STF – MS 26.602, Rel. Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 4-10-2007).

⁴⁸ De regra os autores nacionais apontam três modalidades de mutações constitucionais: (a) a *mutação por meio da interpretação, em especial, mas não, exclusivamente, por meio da atuação dos órgãos jurisdicionais*; (b) a *mutação mediante o costume*; (c) a *mutação constitucional por obra da legislação infraconstitucional*. (conf. SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 168 e p. 170; BULOS, 1996, p. 63 e ss.; BARROSO, 2011, p. 125-129)

⁴⁹ Foram pesquisados, dentre outros autores, os seguintes: Agra (2006); Barroso (2011); Bastos (1999); Bonavides (2011); Bonavides, Miranda e Agra (2009); Bulos (2015); Ferreira Filho (1989); Franco (2019); Canotilho, Mendes, Sarlet e Streck (2013); Lenza (2021); Maluf (1977); Mendes, Coelho e Branco (2008); Moraes (2010); Silva (2002); Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018); Souza Neto e Sarmento (2014).

3 CADUCIDADE DE NORMA CONSTITUCIONAL

A polissemia jurídica⁵⁰ do vocábulo *caducidade* pode conduzir o intérprete em direções diversas quando se trata de analisar o fenômeno como uma vicissitude constitucional.

Assim, apesar dos conceitos distintos ofertados pelo Direito Civil e pelo Direito Administrativo, nosso foco será exclusivamente o Direito Constitucional.⁵¹

Para Castanheira Neves (1995), a **caducidade** consubstancia um instituto relacionado com a fluência do decurso do tempo sobre o

⁵⁰ Destaca Cordeiro (2004, p. 819, grifo nosso) que em “**sentido lato**, a caducidade corresponde a um esquema geral de cessação de situações jurídicas, mercê da superveniência de um facto a que a lei ou outras fontes atribuam esse efeito. Ou, se se quiser: ela traduz a extinção de uma posição jurídica pela verificação de um facto *stricto sensu* dotado de eficácia. Em **sentido estrito**, a caducidade é uma forma de repercussão do tempo nas situações jurídicas que, por lei ou por contrato, devam ser exercidas dentro de certo termo. Expirado o respectivo prazo sem que se verifique o exercício, há extinção extintiva”. Caducidade no **Direito Civil**, por exemplo, prevista no artigo 1.971 do Código Civil, que trata da caducidade no testamento. Em outro sentido é tratada como a perda do direito potestativo pela inércia do seu titular no período determinado em lei. (Cf. AMARAL, 2002; DINIZ, 2003; LEAL, 1982; MIRANDA, 1954/1956; PEREIRA, 2002). No **Direito do Trabalho**, quando se refere a impossibilidade, com caráter absoluto e permanente, do trabalhador prestar o seu trabalho. No **Direito Administrativo** brasileiro, a palavra caducidade tem múltiplos significados: (i) o de *extinção de contrato público por inadimplência do particular* (sentido utilizado na Lei n.º 8.987/95 - Lei de Concessão de Serviços Públicos); (ii) de *extinção do ato administrativo por proibição posterior por nova lei da atividade antes permitida* (sentido utilizado na Lei Federal n.º 9.472/97 – Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações); (iii) extinção do *ato administrativo* – extinção do ato administrativo que ocorre em razão de mudança normativa que afeta supervenientemente a existência e compatibilidade do ato com o ordenamento jurídico. Confira-se: Mello (2009, p. 440); Amaral (2008, p. 85); Medeiros (2009, p. 110); Cammarosano (1980); Oliveira (2001, p. 101); Valim, Oliveira e Dal Pozzo (2013, p. 311); Nohara (2016, p. 228). Deriva do latim *cadere* (cair, perecer) e *caducus* (*de cado*, cair), que significa decrépito, antigo e que formou, também, *caducar* (cf. CAPITANT, 1973, p. 88). No dicionário “decadência, caduquez [...] prescrição, invalidade” (HOUAISS; VILLAR, 2009). Sendo comum também encontrar como significado: *envelhecer, perder a validade, extinguir-se*.

⁵¹ O Professor Blanco de Moraes (2013a, p. 80) utiliza a expressão “*perda de efetividade normativa*”. No plano jurídico a palavra está ligada a extinção ou perda de um direito pelo decurso do tempo (CASTRO, 1980, p. 17).

Direito, em especial, sobre as normas jurídicas. “Nesta perspectiva, uma norma é considerada caduca quando estiver irremediavelmente ultrapassada ou superada pelos fundamentos em que assentava” (MONIZ, 2011, folhas 231). Ou, em outras palavras, quando perder a vigência por carecer de validade.⁵²

Iremos nos valer das lições do Professor Jorge Miranda (2020, p. 535) quanto ao tema, para quem a caducidade é uma forma de vicissitude constitucional que se enquadra entre as modificações tácitas da Constituição, não se confundindo com o *desuso*,⁵³ com o

⁵² O termo validade comporta diversos significados. Sobre tal aspecto e com bastante precisão e clareza, trazemos à baila o pensamento de Tércio Sampaio Ferraz Jr.: “O termo validade tem muitos usos, inclusive, não jurídicos. Nossa análise se refere apenas à validade jurídica, aparecendo os outros usos apenas na delimitação do uso jurídico, não sendo diretamente tematizados. Mesmo na análise da validade como qualidade do discurso normativo é possível, entretanto, distinguir: a própria doutrina costuma empregar o termo, ora como significando que a norma assim qualificada é aplicável ao caso, ou aos casos em geral, ou que se trata de norma obrigatória (deve ser cumprida), ou que faz parte do sistema, etc. A questão se complica, quando ouvimos expressões como ‘norma válida, com eficácia suspensa’, isto é, a norma faz parte do ordenamento, mas não pode ser aplicada; ou ‘norma eficaz mas sem vigência’, isto é, norma que foi e vem sendo aplicada, gerando, inclusive consequências, embora não exista para o sistema. Sabemos que a teoria jurídica mesma tem proposto várias classificações. Por exemplo, toma-se validade como termo gênero, distinguindo-se então eficácia como validade fática, vigência como validade formal e, às vezes, legitimidade como validade ética ou fundamento ético da norma; outros tomam a validade como um complexo, com aspectos de eficácia, vigência e fundamento, outros, ainda, reconhecem diferentes conceitos, sem a possibilidade de um que seja geral e abarcante, falando, assim, em validade fática, como o caso em que, preenchida a hipótese normativa, a consequência jurídica ocorre, validade constitucional como conformidade aos preceitos constitucionais, validade ideal como proposta doutrinária de uma norma como solução genérica para um conflito de interesses.” (FERRAZ JÚNIOR, 2016, p. 89-90). Veja-se: Kelsen (1998, p. 43); Bobbio (1989); Silva (1998).

⁵³ No *desuso* temos uma prática ou não prática, que equivale a um comportamento assumido como juridicamente relevante. O fenômeno do *desuso* de uma norma jurídica representa a inversão do processo de formação do Direito Consuetudinário. Se no costume se forma a partir de uma prática social reiterada no tempo, ocorrendo a transformação de uma regra material em formal; no *desuso* acontece justamente o contrário, ou seja, uma regra jurídica formal perde gradativamente seu conteúdo normativo material, tornando-se obsoleta *com o passar do tempo* (VECCHI, 2005, folhas 85)

*costume constitucional negativo*⁵⁴ ou com a *revogação* (MIRANDA, 2020, p. 535; MIRANDA, 2016, p. 284).⁵⁵

A caducidade se refere a uma norma específica, e não à Constituição como um todo, no que se aproxima do desuso. Distancia-se, contudo, do desuso, por *simplesmente já não se verificarem os pressupostos ou as condições de que dependia a vigência do preceito* (MIRANDA, 2016, p. 284), enquanto no desuso,⁵⁶ temos uma “não prática assumida como relevante (com a consciência de não obrigatoriedade da norma em causa).” (MIRANDA, 2016, p. 284)⁵⁷

De outro lado, também se distingue da revogação, posto que na caducidade a cessação de vigência “encontra-se preestabelecida ou provém da conjugação de mutações, de direito ou de fato.”

⁵⁴ O costume constitucional *praeter e contra legem*, explica o Professor Jorge Miranda que “O costume possui, decerto, um relevo bem secundário no domínio do Direito constitucional. A verificação mais elementar assim o comprova. Mas não porque o proíba a Constituição em sentido formal, e sim porque a vocação desta vem a ser a de regular a totalidade das relações políticas (e apenas onde ela não chega ou onde não é efetiva pode entrar o costume).” Destacando mais a frente que “A essa luz, quando se estipula que o poder é exercido nos termos da Constituição (como consta dos arts. 32 e 1.082 da Carta Magna portuguesa), tem de se entender que Constituição abrange, em primeiro lugar, a Constituição formal escrita e, em segundo lugar, as normas consuetudinárias que, de diversos modos, a venham completar. Constituição é o todo, e é essa Constituição que os órgãos do poder têm de acatar” E finaliza esclarecendo que “o costume constitucional forma-se quase sempre a partir de certos atos ou omissões; todavia, só aparece, em rigor, quando esses atos ou omissões deixam de ser interpretados como tais para passarem a ser interpretados como elementos integrantes de algo qualitativamente diverso, de um facto normativo” (MIRANDA, 2016, p. 281-282).

⁵⁵ Ensina Jorge Miranda (2016, p. 284) que “na revogação dá-se a cessação de vigência da norma por ato expresso que a decreta ou por superveniência de norma contrária. Na caducidade, a cessação de vigência encontra-se preestabelecida ou provém da conjugação de mutações, de direito ou de fato, que tal provoca”.

⁵⁶ Desuso e caducidade constitucional são conceitos diferentes, embora tenham alguma proximidade.

⁵⁷ Com base nessa distinção, o caso que estamos analisando mais se assemelha a caducidade, que ao desuso. No desuso tem de haver “a consciência de que não se trata de simples derrogação por momentânea necessidade; tem de haver a consciência de que um novo sentido é adotado para valer em situações futuras idênticas” (MIRANDA, 2016, p. 284).

(MIRANDA, 2016, p. 284), que a ensejam. Já na revogação, a cessação dos efeitos da norma ocorre por *ato expresso que a decreta ou por superveniência de norma contrária* (MIRANDA, 2016, p. 284). Dito de outra forma, *revogar significa retirar a validade por meio de outra norma constitucional* (FERRAZ JÚNIOR, 2018, p. 213).

Assim, na caducidade a norma constitucional perde a validade por ineficácia⁵⁸ (e, por via de consequência, deixa de vigorar) em decorrência de uma *situação* superveniente, cuja ocorrência torna a norma inválida sem que ela precise ser *revogada* (por norma revogadora implícita ou expressa). Essa *situação* pode se referir *ao tempo*: “uma norma fixa o prazo terminal de sua vigência; quando este é completado, ela deixa de valer.” (FERRAZ JÚNIOR, 2018, p. 213). Pode referir-se *à condição de fato*: uma norma é editada para fazer frente à calamidade que, deixando de existir, torna inválida a norma.” (FERRAZ JÚNIOR, 2018, p. 213). Nas duas hipóteses, “a superveniência da situação **terminal** é prevista pela própria norma.” (FERRAZ JÚNIOR, 2018, p. 213).

Contudo, a questão que nos interessa é justamente quando a perda de validade – que põe fim a vigência – da norma ocorre em decorrência de uma alteração de **fato**. Isto é, o pressuposto fático que ensejou a criação da norma e, por via de consequência, a sua aplicação não mais existe. Dito de outra forma, o significado expresso no texto deixou de possuir qualquer alcance prático, caducando, em decorrência de uma mutação constitucional tácita. A norma constitucional caduca porque os pressupostos de aplicabilidade fática nela previstos não mais existem. A modificação social e cultural, com a evolução natural da sociedade, faz com que apareça um evento que faz por extinguir a *razão de ser da norma*.

⁵⁸ A norma perdeu a capacidade de produzir seus efeitos. Uma norma se diz socialmente eficaz quando encontra na realidade condições adequadas para produzir seus efeitos. Essa adequação entre a prescrição e a realidade de fato tem relevância semântica (FERRAZ JÚNIOR, 2018, p. 208). Efetividade ou eficácia social é uma forma de **eficácia**. Assim, no caso em questão a norma prescreve uma obrigatoriedade que no mundo atual, não faz mas, qualquer sentido, nesse contexto a norma é ineficaz nesse sentido.

Analisadas brevemente as vicissitudes constitucionais, passamos agora a verificar se o art. 93, VII, caducou em decorrência da evolução social, cultural e da revolução digital ocorrida no Poder Judiciário. Para isso, iremos dividir a questão em tópicos distintos, iniciando pela rápida análise do dispositivo em comento, passando em seguida para a transformação digital do Poder Judiciário, para então conjugar os dois tópicos e delimitar o alcance da questão em análise.

4 RESIDÊNCIA DO JUIZ NA COMARCA

Dispõe o inciso VII do art. 93 da Constituição que:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...].

VII - o juiz titular **residirá** na respectiva comarca, salvo autorização do tribunal; [...]. (Grifo nosso)

O tratamento do Poder Judiciário na Constituição de 1988 teve uma alteração significativa em relação à Constituição anterior.⁵⁹ Na sua construção histórica podemos observar que o inciso em comento não constou do texto apresentado inicialmente, tendo surgido ao longo das discussões da Assembleia Constituinte.⁶⁰

⁵⁹ O “Estatuto Constitucional da Magistratura” (previsto na CF/88) não tinha previsão nas Constituições de 1891, 1934, 1937 e 1946. No “pacto de abril” de 1977, surgiu a previsão de Lei Complementar denominada Lei Orgânica da Magistratura Nacional, no parágrafo único do art. 112. Nada obstante, ainda que na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional de 1969 se tenha a previsão do “Estatuto da Magistratura”, a matéria era relegada a Lei Complementar não constando no texto constitucional (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2013, p. 1.319).

⁶⁰ Emenda proposta pelo Deputado Vivaldo Barbosa, na Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público (OLIVEIRA, 1993).

Portanto, esse dispositivo é inovação da Constituição de 1988, não constando em nenhuma Constituição anterior. Mas tem sua fonte de inspiração na Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN),⁶¹ Lei Complementar n.º 35, de 1979, que no art. 35, inciso V, prevê como dever do Magistrado “residir na sede da Comarca, salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado”.⁶²

Verifica-se de plano que essa obrigação *não é matéria constitucional típica* (NALINI, 2020, p. 351). E deveria ser tratada, apenas e tão somente, na Lei Complementar da Magistratura. Contudo, apesar de não constar no projeto original, o dispositivo foi incluso por emenda parlamentar ainda nos trabalhos da Assembleia Constituinte na elaboração da *Constituição Cidadã*, tornando-se, portanto, norma constitucional em *sentido formal*.⁶³ Sem dúvida,

⁶¹ Como destaca José Renato Nalini (2012, p. 947-949), “à época de sua edição, a LOMAN foi denominada camisa de força do juiz brasileiro, pois produzida em decorrência da Emenda Constitucional n. 7/77, repudiada pela maioria do Judiciário brasileiro [...] que a maior parte dos profissionais do Direito considerava *entulho autoritário* e foi chamada de a *camisa de força do juiz brasileiro*”.

⁶² Em sentido aproximado, mas, sem dúvida com interpretação muito mais aberta, encontramos a disciplina do artigo 8.º (Domicílio necessário) da Lei Portuguesa n.º 21/85, de 30 de julho, que diz “1 - Os magistrados judiciais têm domicílio necessário na sede do juízo onde exercem funções, podendo, todavia, residir em qualquer ponto da comarca, desde que não haja inconveniente para o exercício de funções. 2 - Quando as circunstâncias o justificarem, e não haja prejuízo para o exercício das suas funções, os Juízes de Direito podem ser autorizados pelo Conselho Superior da Magistratura a residir em local diferente do previsto no número anterior. 3 - Os juizes do Supremo Tribunal de Justiça e das relações estão dispensados da obrigação de domicílio, salvo determinação em contrário do Conselho Superior da Magistratura, por motivo de serviço”. Matéria que encontra em Portugal antecedente histórico no Decreto de 30 de agosto de 1845, Portarias de 17 de dezembro de 1845 (GRAES, 2014, p. 914-915).

⁶³ Como anota o Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2010, p. 37) “fora da constituição escrita, encontram-se leis ordinárias de matéria constitucional (como entre nós a lei eleitoral). Tais leis são ditas, em vista disso, *materialmente constitucionais*”. Destaca ainda que, “se há regras que, por sua matéria, são constitucionais ainda que não estejam contidas numa Constituição escrita, nestas costumam existir normas que, rigorosamente falando, não têm conteúdo constitucional. Ou seja, regras que não dizem respeito à matéria constitucional [...] Tais regras têm apenas a forma de constitucionais. São, portanto, normas (apenas) formalmente constitucionais”. Verdade é que o fato da Constituição formal (escrita) não conter todas as normas constitucionais não é novidade para os autores de Direito Constitucional: Lisboa (2012, p. 16). Assim, as

sua inclusão reflete a preocupação do constituinte com o fato de o Juiz não residir na sede da Comarca (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2013, p. 1.323). “Ao morar fora da comunidade a que está preordenado a servir, ele frustra o ideal de uma Justiça permanentemente pronta a ser acionada.” (NALINI, 2020, p. 351).

Importante então buscar os fundamentos e a razão de ser da norma. Não sem antes tentar encontrar sua origem. Em tempos remotos, no início da colonização brasileira a figura do Magistrado era de *uma pessoa da comunidade que conhecia os seus problemas* (BALTAZAR JÚNIOR, 2005, p. 60) e que nela residia.

Sem dúvida, estamos falando de um quadro que remonta ao período colonial e a ideia do *Juiz ordinário*,⁶⁴ que se fazia presente na localidade e dela participava ativamente, representado por “um bastão vermelho que simbolizava a autoridade do magistrado” (SOUSA, 1947).⁶⁵

Esse Magistrado era responsável pela manutenção da lei e da ordem no município. Também conhecido por **juiz da terra**, era eleito pela comunidade e lhe incumbia a aplicação da Justiça na sua área de atuação jurisdicional, normalmente nominada de *Comarca*, em que obrigatoriamente teria de *residir*.⁶⁶⁻⁶⁷ Parece que aqui se encontra a origem da norma em análise. Estamos falando de um

normas *formalmente constitucionais*, referem-se àquelas disposições que estão incluídas na Constituição. Portanto, elas são constitucionais pela forma como são adotadas e reconhecidas, não necessariamente pelo *conteúdo* que possuem.

⁶⁴ “Para fazerem bem o seu lugar gastam de sua fazenda [...] e para aqueles lugares largam os ditos juizes ordinários as suas casas [...] porque para castigar os criminosos e rebeldes é muito preciso que se elejam para juizes pessoas principais que tenham respeito dos moradores” (Carta dos oficiais da câmara da Vila do Carmo para o governador das Minas, 1722. **Arquivo Público Mineiro**, CMM 004, p. 91. Data: 7 de janeiro de 1722).

⁶⁵ Na frase de Raymundo Faoro (2012, p. 187), “a vara traduz e simboliza, em sinal de poder e jurisdição”.

⁶⁶ O Juízo ordinário consistia numa Magistratura de Primeira Instância, com origem medieval. O Juiz ordinário era eleito localmente, pelas pessoas aptas a votarem na sua área de jurisdição. Administrava a Justiça de acordo com o Direito Costumeiro, os forais e as posturas locais. Era uma pessoa da comunidade.

⁶⁷ Sobre o tema: Wehling e Wehling (2004); Duarte (1993); Russell-Wood (2014); Monteiro (1999) e Homem (2003).

período superior a meio milênio.⁶⁸

Com a evolução do modelo de administração judiciária e a modificação na estrutura do Poder Judiciário,⁶⁹ alterando significativamente a forma de ingresso na Magistratura⁷⁰, a figura do Juiz ordinário deixou de existir. Mas permaneceu a ideia subjacente de que o Juiz deve estar próximo da comunidade que serve, ciente

⁶⁸ Apesar de reconhecidamente terem sua importância e relevância nessa época, destaca Schwartz que “como funcionário eleito e membro da comunidade, o juiz ordinário e sua família ficavam expostos às ameaças e pressões dos fidalgos e de outros indivíduos e grupos poderosos. Em contrapartida, o magistrado municipal podia abusar da autoridade para favorecer amigos e parentes” (SCHWARTZ, 2011, p. 30). Na visão do mencionado autor foi isso que ensejou a criação em 1352, do cargo de “juiz de fora (literalmente, *Juiz que vinha de fora*) para substituir o juiz municipal em certas comunidades. Nomeados pelo rei, os Juizes de fora eram, teoricamente, menos sujeitos a pressões locais. Além disso, a política da Coroa era garantir que esses Magistrados não tivessem ligações pessoais nas áreas de sua jurisdição. Como os Juizes municipais, os Magistrados reais podiam ouvir casos civis e criminais em Primeira Instância, exceto aqueles que envolvessem prerrogativas reais” (SCHWARTZ, 2011, p. 30). A introdução da figura judicial do Juiz de Fora, segundo parcela significativa dos historiadores jurídicos, encontra justificativa na necessidade de nomear um juiz isento, imparcial e, literalmente, *de fora da localidade*, a fim de garantir julgamentos justos. De fato, o cargo (Juiz de fora) não podia ser exercido no *local de origem* ou na **residência habitual do Magistrado**. Também não eram permitidos quaisquer outros vínculos com a população local, por meio de matrimônio ou amizade íntima.

⁶⁹ Com a Constituição de 1824 o Juiz ordinário foi substituído pelo Juiz municipal, sendo posteriormente extinto e unificada a Magistratura na figura do Juiz de Direito.

⁷⁰ A evolução da forma de ingresso na Magistratura brasileira é longa e passou por várias fases (eleição, indicação, nomeação, concurso), sendo certo que fugiria do escopo do nosso estudo um detalhamento maior da questão. Apenas a título ilustrativo, buscando algumas fontes históricas (v.g. AZEVEDO; CARMIGNANI, 2000, p. 35-42; MEDINA, 2012, p. 209-24; NEQUETE, 1975; POVEDA VELASCO, 2007, p. 83-90), é possível identificar que conviveram ou sucederam-se, considerando apenas o **período colonial**, “juizes nomeados pela autoridade (como o Ouvidor-Geral) ou eleitos (como os Almotacés); leigos (como os Juizes de Vintena), proprietários (como os Juizes Ordinários) ou letrados (como os Juizes de Fora); com mandato (como os Juizes de Órfãos) ou destituíveis pela autoridade (como praticamente eram todos os cargos e funções públicas na Colônia, a despeito da existência de determinadas formas de relativa inamovibilidade)” (ZARDO, 2020, folhas 17-18). Depois tivemos a figura da nomeação, da indicação e do concurso público. Sobre o tema: Faria (1988, p. 48-56) e Leal (2012).

assim da sua realidade e nela convivendo e residindo⁷¹, para deste modo participar de suas atividades e ao mesmo tempo conhecer e se relacionar com as demais autoridades locais.

Assim, é possível identificar os seguintes fundamentos do dispositivo em comento: o ***primeiro*** fundamento apontado para norma é que *aproxima* o Magistrado da população (CAMBI, 2023) e, por via de consequência, contribui para tornar a prestação jurisdicional mais *efetiva*, permitindo ao Magistrado conhecer dos *casos de urgência* (pronto atendimento).⁷² Nas lições de Cláudio Luiz Bueno de Godoy, a previsão constitucional tem por objetivo: “garantir a efetividade e presteza da jurisdição, assegurando que, com a presença constante do juiz na comarca, casos urgentes pudessem ser de pronto atendidos. [...] em síntese, pretendeu-se que o juiz estivesse sempre acessível ao usuário do serviço judicial.” (GODOY, 2003, p. 82. No mesmo sentido: MARTINS, 2019, p. 67; MARTINS FILHO, 2016, p. 124).

Permitir a fiscalização dos subordinados (CAMBI, 2023), é o ***segundo*** fundamento apontado, para justificar a norma. Na Comarca o Juiz é o Corregedor nato. Então, para fiscalizar as atividades, ele precisa estar presente.

O ***terceiro*** fundamento reside na necessidade de *resguardar a celeridade dos feitos*, posto que estando o Magistrado fora da Comarca, os processos não teriam o andamento adequado. E, por via de consequência, tornar-se-ia moroso (MACHADO; FERRAZ, 2020, p. 577; ALVES, 2014, p. 355; PELUSO; GONÇALVES, 2010, p. 97).

Por fim, o ***quarto*** fundamento apontando é que a presença do Juiz na Comarca é *simbólica*: representa o Poder na localidade (BUHATEM, 2023).

⁷¹ Apesar disso não podemos esquecer os problemas apontados pelos historiadores em relação a vinculação direta do magistrado a uma localidade e a respectiva criação da figura do “Juiz de Fora”.

⁷² Nesse sentido: Costa (2013, p. 275); Nalini (2020, p. 351); Bonavides, Miranda e Agra (2009, p. 1.183); Cruz (1998, p. 64); Peluso (2010, p. 97); Canotilho, Mendes, Sarlet e Streck (2013).

Outros autores: Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck e Gilmar Ferreira Mendes, em: Leoney e Cruz (2022, p. 64).

Em resumo, seria possível afirmar que essa obrigação está relacionada à garantia constitucional de efetividade e celeridade processual, bem como com o princípio da transparência.⁷³ Por este princípio se vislumbra o direito da população “ao seu juiz” e de encontrá-lo quando for preciso, para providências que reclamam conhecimento instantâneo de situações de evidente injustiça.

A verdade é que com a informatização e a transformação digital que se operou no Poder Judiciário, o que interessa é saber se o Juiz será encontrado para decidir, mesmo *à distância*. Não é a **presença física** a exclusiva garantia de que o Judiciário solucionará a contenda⁷⁴ quando vier a ser chamado.⁷⁵ Muito ao contrário, diríamos até que hoje é totalmente irrelevante essa presença, podendo, em alguns casos, ser inclusive prejudicial.

Assim, atualmente com os processos desenvolvidos de forma eletrônica, as audiências, sessões e atendimento dos Advogados e das partes sendo realizadas de modo totalmente virtual, a pergunta que fica é: ainda precisamos que o Magistrado resida na Comarca? Será de fato necessário a **residência** no local de trabalho em pleno século XXI com todos os avanços tecnológicos experimentados pelo sistema de Justiça? Isso que passamos a analisar no tópico a seguir.

⁷³ Cardoso (2012); Nalini (2009). “A obrigação de residir na respectiva comarca significa o dever de se aproximar da comunidade. A obrigação de conhecer e de interagir com o universo em que atuará. Esse dever está vinculado ao princípio da transparência, essencial à democracia participativa instaurada com o pacto fundante de 1988”.

⁷⁴ O juiz pode residir na Comarca e não ser encontrado para decidir os casos de urgência.

⁷⁵ Nesse sentido, importante destacar que tanto os princípios da conduta judicial de Bangalore que foram elaborados no ano 2000, em Bangalore (Índia), e aprovados em 2002, em Haia (Holanda), como o Código Ibero-Americano de Ética Judicial, de autoria de Manuel Atienza e Rodolfo Luís Vigo (publicado em 2006, pela Cúpula Judicial Ibero-Americana), não preveem a necessidade de o Juiz residir no local que exerce a judicatura.

5 ALTERAÇÃO DO PARADIGMA CULTURAL E SOCIAL DO INCISO VII DO ART. 93 DA CONSTITUIÇÃO

A questão que iremos verificar agora é: esse novo paradigma de administração judiciária (**Justiça 4.0**) tem o condão de gerar uma alteração constitucional de modo informal? Em outras palavras, seria possível identificar alguma mutação constitucional no art. 93, VII da Constituição?

Adiantando a conclusão que iremos chegar, entendemos que sim. Os *motivos* e as *realidades* (social, cultural e econômica) que existiam em 1979⁷⁶ foram totalmente modificados. Quando da elaboração da Constituição, nem sequer computadores eram utilizados no Poder Judiciário. O processo era físico, não se imaginava à época que seria possível fazer audiência de modo virtual, que o processo poderia ser movimentado e decidido de qualquer lugar do mundo. Essa realidade não existia à época. Hoje, é o corriqueiro, é o dia a dia do “fórum virtual”.

Lado outro, a forma de convivência social se alterou drasticamente. Hoje, não é necessário estar num local para conhecer a realidade dele. Não seria ousadia dizer que é mais fácil conhecer essa realidade pelas redes sociais, pela internet, pelos meios digitais disponíveis, do que no próprio local. Assim, recapitulando os fundamentos da norma, iremos analisar se algum deles ainda sobrevive. Vejamos.

O *primeiro fundamento* do inciso VII do art. 93 da Constituição *deflui da necessidade de aproximação* do Magistrado com a população da Comarca onde exerce a jurisdição, o que contribuiria para tornar a prestação jurisdicional mais *efetiva*, permitindo ao Magistrado conhecer os *casos de urgência* (pronto atendimento)⁷⁷. Parece indiscutível que em razão das transformações

⁷⁶ Ano da publicação da LOMAN que inspirou a redação do artigo constitucional.

⁷⁷ De início importante destacar que tanto os casos de urgência fora do período de expediente, como a apresentação de presos, não podem ser realizados diretamente ao Magistrado que reside na Comarca, isto porque, hoje temos a instituição e regulamentação do Plantão Judiciário e das Audiências de

sociais e culturais, hoje é mais fácil isso acontecer pelos meios digitais do que presencialmente. Além disso, não é a residência na Comarca a única forma de viabilizar esse contato. Ele pode perfeitamente acontecer com “*frequência*” no local de trabalho, não precisando lá residir.

Assim, embora a compreensão das particularidades da região e dos problemas enfrentados pela população seja importante para uma prestação jurisdicional efetiva, essa compreensão pode, *sem dúvida*, ser mais bem alcançada atualmente pelos meios digitais, por intermédio de uma observação *on-line* (redes sociais, *sites*, etc.). Logicamente, sem prejuízo da *vivência* (presença) do Magistrado na Comarca. Mas isso não significa que ele tenha que residir nela.

Hodiernamente, com o avanço da tecnologia, é possível acessar informações sobre a região e os problemas enfrentados pela população por meio de bancos de dados disponíveis *on-line*, estatísticas, pesquisas e redes sociais, entre outras fontes digitais. Indiscutivelmente essa realidade não existia na década de 1970 e 1980. Nem sequer naquela época era possível conhecer das notícias da região se lá não se estivesse. Hoje, tudo mudou.

Da mesma forma, a convivência social foi drasticamente alterada pelas redes sociais. Hoje, também não é necessária a presença física e, muito menos, a frequência em comunidades menores para se conhecer a realidade local e seus problemas. Tivemos também uma mudança significativa no plano cultural. Hodiernamente, a convivência em Comarcas menores pode ser inclusive prejudicial ao Magistrado. A exposição do Magistrado em Comarcas menores

Custódia (Resolução CNJ n. 71/2009 e Resolução CNJ n. 213/2015). Assim, o principal fundamento que ensejava a regra deixou de existir. Antes dessas regulamentações, era comum que o Juiz fosse procurado para resolver e decidir casos de urgência. Hoje, o Magistrado não pode decidir não estando de Plantão ou designado para realizar a audiência de Custódia.

atualmente é prejudicial a sua *imparcialidade*.⁷⁸⁻⁷⁹

⁷⁸ A imparcialidade do Magistrado é um pressuposto fundamental e elementar da boa administração da Justiça. Além disso, a imparcialidade do Juiz é pressuposto de **validade do processo**, sendo esta a primeira condição para que possa o Magistrado exercer sua função jurisdicional. A imparcialidade do Juiz é, assim, uma garantia de Justiça para as partes. É indiscutível a importância de resguardar a imparcialidade do Magistrado para a consagração da democracia e do respeito ao devido processo legal. A rigor, a imparcialidade é elemento indispensável ao conceito de jurisdição (MIRANDA, 2007, p. 251-252). A posição do Magistrado requer equidistância dos interesses das partes e compromisso com a Justiça.

⁷⁹ Residir em Comarcas menores pode representar um desafio para a imparcialidade dos Magistrados, especialmente nas hipóteses em que eles possam ter relações pessoais ou profissionais com pessoas envolvidas em processos judiciais. Ainda, com os vínculos familiares (cônjuge e filhos) é comum se formar laços de amizades maiores, sendo certo que inúmeras pessoas acabam por se aproximar do Juiz apenas pelo fato de ser ele a “autoridade judicial” do local. Além disso, é possível que se identifique: (i) *conflitos de interesse*, tendo em vista que em Comarcas menores, é mais comum que os Magistrados tenham relações pessoais ou profissionais com pessoas que estão envolvidas em processos judiciais, como familiares, amigos ou conhecidos. Essas conexões podem criar conflitos de interesse que podem prejudicar a capacidade do Magistrado de tomar decisões imparciais; (ii) *pressões externas*: nessas Comarcas menores, pode haver uma pressão maior por parte da comunidade local para que o Magistrado tome decisões favoráveis a determinados grupos ou indivíduos. Isso pode ser especialmente verdadeiro em áreas onde as pessoas se conhecem bem e onde as relações pessoais e vínculos de amizades são mais comuns. Essa pressão externa pode em alguma medida afetar a imparcialidade do magistrado; (iii) *dificuldades para manter distância*: em locais menores, pode ser mais difícil para o Magistrado manter a distância emocional necessária para tomar decisões imparciais em um processo judicial. Se o Magistrado conhece pessoalmente as partes envolvidas em um processo e isso acontece porque convive com a sociedade daquela região; (iv) *apego à comunidade*: é possível que Magistrados residentes em Comarcas menores desenvolvam um apego emocional à comunidade local. Isso pode afetar sua imparcialidade. Sem dúvida, o momento atual, quando os vínculos, a privacidade e a convivência social são completamente diferentes daqueles que existiam na década de 1970, pode afetar a imparcialidade do Magistrado que seja obrigado a residir em Comarcas pequenas. Assim, mesmo como todo o cuidado que o Magistrado possa tomar, a própria convivência em Comarca menores poderá despertar simpatias ou antipatias por partes ou procuradores em decorrência de uma maior proximidade e uma convivência muito mais intensa que aquela que existia em décadas passadas. É indispensável reconhecer que o modelo de convivência e relação social foi alterado nas últimas décadas, a forma de relacionamento social não é igual ao da década de 1980. A transformação da convivência social e dos relacionamentos nas últimas décadas é um tema complexo e multifacetado, influenciado por inúmeros fatores, desde mudanças socioculturais até os avanços da tecnologia digital e logicamente fugiria completamente do escopo do nosso estudo. Sobre o tema: Pedrosa e Branco (2008).

Ele irá julgar pessoas conhecidas que convivem⁸⁰ com ele em uma pequena localidade de uma forma muito mais *intensa e próxima*, do que aquela que acontecia em tempos passados.^{81,82}

⁸⁰ Ao Magistrado não é vedado viver socialmente e, muito menos, se privar de amizades. Logicamente que em Comarcas pequenas, esse convívio terá impacto nas atividades profissionais, como acontece em todas as profissões exercidas, mas, na imensa maioria delas, não se exige a “imparcialidade”. Eis aqui o grande diferencial. Não é possível comparar o Juiz da Comarca com o médico, com o prefeito, com o dentista: eles não precisam ser imparciais. Mas, ao frequentar a vida social de pequenos municípios, impreterivelmente, o Magistrado terá vínculos de amizades, terá simpatia por uns e, fatalmente, antipatia por outros, isso pode acarretar um problema no tocante a imparcialidade.

⁸¹ O que implica uma total *falta de privacidade*, tendo em vista que em uma Comarca pequena, é mais difícil para o Magistrado manter sua privacidade, posto que com o avanço das redes sociais e da comunicação “on-line”, o Juiz pode ser reconhecido com mais facilidade e frequência na rua, e sua casa pode ser mais facilmente identificada por membros da comunidade. Além disso, o modelo de convivência social atualmente é muito menos respeitoso que aquele que existia na década 1970. Basta observar que se os próprios Ministros da Suprema Corte são assediados nos grandes centros (cf: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/carolina-brigido/2022/11/14/ataques-a-ministros-do-stf-no-exterior-nao-devem-ser-apurados-ou-punidos.htm>>; <<https://valor.globo.com/politica/noticia/2022/11/14/bolsonaristas-xingam-ministros-do-stf-em-ny.ghtml>>; <<https://veja.abril.com.br/coluna/radar/a-resposta-de-barroso-aos-ataques-sofridos-no-aeroporto/>>; <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2022/11/14/interna_politica,1421011/viagem-de-ministros-do-stf-aos-eua-tem-xingamentos-e-ameacas.shtml>). Imagina o Magistrado que eventualmente venha a prolatar uma decisão que possa gerar clamor social numa cidade pequena e do interior. Sem dúvida fica o Juiz mais sujeito a *pressão social*, tendo em vista que seu cônjuge, seus filhos ali residem e frequentam a comunidade. O que demonstra, sem dúvida alguma, que tal fato pode gerar impacto significativo na sua *imparcialidade*, por se tornar mais suscetível a influências externas e ameaças.

⁸² Importante destacar que mesmo no período colonial essa questão já tinha despertado críticas a figura do “juiz ordinário”, justamente em razão da proximidade com a comunidade e o fato de ter domicílio nela. Segundo Laura de Mello e Souza, no início da década de 1780, os oficiais da Câmara de Vila Nova da Rainha pediram um *juiz de fora* “para coibir a maldade da maior parte dos habitantes, que vendo-se tão longe das Justiças, e sem quase nenhuma sujeição, cometiam continuamente crimes horrorosos, e escapavam quase sempre a inútil vigilância de comandantes distritos, tão remotos” (SOUZA, 2004, p. 165). Lado outro, os avulsos do Arquivo Histórico Ultramarino referente à Capitania de Minas Gerais, D. Lourenço de Almeida, Governador da Capitania à época da instalação do cargo de Juiz de fora, em provisão à margem da documentação expressa a “[...] justíssima razão [...] do lugar de Juiz de Fora para aquela Vila porque devidas vezes experimentas vexações no Juizes ordinários, assim por

Lado outro, a necessidade de o Juiz frequentar as atividades sociais na Comarca, em especial o relacionamento com os demais Poderes,⁸³ hoje inclusive, acaso realizado, deve ser precedido da máxima cautela e precaução, não sendo sequer **recomendável**.

Diga-se ainda, que sua **segurança** fica *vulnerável* em Comarca menores. Diferentemente do que acontecia no passado, atualmente é comum e frequente que Magistrados sejam ameaçados pelo exercício escorregado de suas funções. E, estando em local de difícil acesso, ou região com pouca segurança, essa vulnerabilidade reflete não apenas na sua segurança pessoal, como de sua família,⁸⁴

causa de alguns excessos que alguns fazem, como pela falta da administração da Justiça.”(AHU, Cx:16, Doc: 74, *apud* SOUZA, 2009, p. 4).

⁸³ A frequência do Juiz em eventos sociais e políticos nas Comarcas pequenas pode prejudicar a imagem do Poder Judiciário, pois pode ser interpretado como uma conexão pessoal com pessoas e grupos envolvidos em processos judiciais ou relacionamento não puramente institucional. Assim, se o Juiz é visto com frequência em eventos sociais e políticos com pessoas envolvidas em processos judiciais, isso pode gerar uma percepção de que ele é parcial a essas pessoas ou grupos. Isso pode afetar a confiança das partes envolvidas no processo judicial e prejudicar a imagem do Poder Judiciário.

⁸⁴ Nesse contexto é possível identificar 1. Exposição a criminosos locais: em uma Comarca pequena, pode ser mais fácil para criminosos locais identificar e ameaçar um Magistrado. Eles podem se sentir mais capazes de intimidar ou agir contra a autoridade local em um ambiente onde conhecem bem a comunidade e sabem como e onde se esconder. 2. Limitações na segurança: Comarcas menores muitas vezes têm menos recursos disponíveis para garantir a segurança dos Magistrados. A falta de equipamentos de segurança, veículos adequados, ou pessoal de segurança pode deixar o Magistrado mais vulnerável a ataques ou ameaças; 3. A convivência social do Magistrado: a própria convivência social do Magistrado numa Comarca menor, pode coloca-lo em situação de risco, tendo em vista que existe por consequência um policiamento menos ostensivo, as pessoas em sua grande maioria conseguem identificar o Juiz com facilidade o que o expõe (e sua família) a um risco maior. Importante aqui novamente frisar: situações de risco e ameaças a Magistrados eram pouco frequentes nas décadas de 1970 e 1980. Hoje, esse panorama mudou radicalmente. Infelizmente, tornaram-se corriqueiras as notícias de Juizes ameaçados por todo o Brasil. Muitos deles, vítimas de atentados. Outros, trancafiados em suas residências ou no próprio Fórum, não podendo seguir uma vida normal. Não por outro motivo se encontra em tramitação o Projeto de Lei n.º 2.191/2023 que tem como objetivo reconhecer a Magistratura como atividade de risco permanente. Assim, aquilo que praticamente não existia na década de 70 e 80, hoje em dia se tornou comum. Com múltiplos exemplos, alguns terminando tragicamente na morte do Magistrado, em 2023 o primeiro ataque do crime organizado a uma autoridade

podendo inclusive influenciar em sua imparcialidade.

Atualmente se o Magistrado quiser conhecer a comunidade em que está inserto, não é passeando na praça central, pela Igreja, indo na festa da cidade ou morando nela que irá conhecer seus costumes, suas peculiaridades, suas características. Temos que reconhecer que tudo mudou. O mundo mudou, e muito, nos últimos quarenta anos. As relações sociais e os modelos comportamentais se concretizam pela via virtual. E o Juiz que vai julgar essas pessoas precisa estar atento a essa mudança. Contudo, isso não significa necessariamente que ele precisa **residir na Comarca para conhecer a realidade dos jurisdicionados**. Todavia, não quer dizer que ele *não precise frequentar a Comarca*, residir num local e trabalhar nele são coisas completamente distintas. É perfeitamente possível residir numa cidade e trabalhar em outra, frequentando com certa *assiduidade* o local de trabalho. Mas tal fato não implica que é preciso morar lá.⁸⁵

O relacionamento social também foi significativamente alterado no mundo digital. A internet e a transformação digital mudaram a maneira como as pessoas se comunicam, se relacionam e interagem umas com as outras. As redes sociais, por exemplo, permitem que as pessoas se conectem e compartilhem informações e experiências com outras pessoas em qualquer parte do mundo, em tempo real.

do Judiciário completou vinte anos. Em março de 2003, na saída do Fórum da Comarca de Presidente Prudente (SP), o Juiz Antônio José Machado Dias foi morto a tiros, quando retornava para sua casa. A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) divulgou em 2023 um estudo que demonstra que metade dos Juízes do país sofre ou já sofreu ameaças à vida ou à integridade física. Sobre o tema: <<https://www.poder360.com.br/opinioao/o-preco-dos-atentados-as-autoridades/>>; <<https://www.poder360.com.br/brasil/metade-dos-juizes-brasileiros-afirma-ter-sofrido-ameacas-de-morte/>>.

⁸⁵ A evolução dos meios de transporte atualmente permite com facilidade essa residência em local diferente do exercício, posto que o deslocamento é fácil e rápido na maior parte dos casos. Logicamente que exceções existem. Mas as exceções nada mais fazem que confirmar a regra. Assim, em casos excepcionais, o Magistrado, por ausência de opção viável, eventualmente deverá residir na Comarca, mas isso hoje é a regra, quando deveria ser a exceção.

Da mesma forma, as redes sociais têm facilitado a conexão e a comunicação entre as pessoas. Tudo isso a comprovar que o Magistrado não precisa **residir** na Comarca para interagir e conhecer a localidade. Pode fazer isso pelos meios digitais e *frequentando* a comarca, mas não precisa nela **residir**.

Por fim, em relação a este fundamento temos a questão da efetividade e do conhecimento dos pedidos de urgência. Sem dúvida alguma, o Juiz não precisa residir na Comarca para despachar, decidir e sentenciar os processos, assim como conhecer dos pedidos de urgência. É perfeitamente possível praticar todos os atos processuais a distância sem qualquer problema. O pedido inicial já é obrigatoriamente formulado de modo eletrônico e o Magistrado também tem de conhecer e decidir o requerimento da mesma forma, com uma velocidade muito superior daquela que acontecia em tempos passados.

Além disso, a realização de audiências e atendimento aos Advogados por meio de videoconferência também permitem que o Magistrado tenha contato com as partes e os patronos, e conheça os casos de urgência, mesmo sem estar fisicamente presente na Comarca.

A efetividade da prestação jurisdicional é maior no meio eletrônico e virtual, que no meio presencial e físico, conforme demonstram cabalmente os números levantados pelo Conselho Nacional de Justiça.⁸⁶ Deste modo, é totalmente **desnecessário** que o Juiz resida na Comarca para prestar jurisdição de modo efetivo. Os dados estatísticos comprovam justamente o contrário no período em que todos estavam em trabalho remoto. Portanto, longe do Fórum,

⁸⁶ O Relatório Justiça em Número do ano de 2022 indica que o tempo médio de duração dos processos caiu de cinco anos e três meses para quatro anos e seis meses, uma expressiva redução na duração dos processos (CNJ, 2022, p. 213). Sendo certo que essa redução aconteceu em diversos Tribunais, para citar o exemplo do maior Tribunal do país, quiçá o maior do mundo (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo), no ano de 2019 o tempo de sentença era de oito anos e quatro meses, já no ano de 2020 o tempo foi reduzido para dois anos e dez meses.

foi expressivo o aumento da celeridade processual, com crescimento exponencial da produtividade e significativa queda da morosidade.

A residência do Magistrado na Comarca onde atua é um conceito com séculos de existência e tinha como objetivo aproximar o Magistrado da população, de modo a garantir que a Justiça fosse prestada de forma mais efetiva. Em tempos remotos, as dificuldades de transporte e comunicação eram infinitamente maiores do que as de hoje, o que tornava necessário (até indispensável) que o Magistrado estivesse fisicamente presente na Comarca para tomar conhecimento dos casos e decidir com mais rapidez. Além disso, não era possível conhecer a Comarca de outra forma que não fosse a presencial. E, por fim, era simplesmente impossível trabalhar à distância. Tudo isso foi alterado. Hoje, é perfeitamente possível que o Magistrado resida em outro local que não aquele que exerce a jurisdição, sem que tenha qualquer prejuízo no exercício diário dos seus afazeres.

Posto isto, em relação a este fundamento entendemos que não existe mais razão de subsistir a norma. Todo o seu contexto foi drasticamente alterado pelo avanço cultural, social e tecnológico.

Em relação ao ***segundo fundamento***, *permitir a fiscalização dos subordinados*, também, atualmente se mostra totalmente desnecessário que o Magistrado resida na Comarca para exercer essa fiscalização.

Primeiro, é importante lembrar que à época da elaboração da redação do texto constitucional em análise, não se imaginava a possibilidade de existir um processo judicial eletrônico e muito menos o trabalho à distância. No modelo tradicional, a presença física era indispensável para realizar essa fiscalização. Contudo, com a mudança de paradigma realizada, é completamente desnecessária a presença física para exercer o controle e a fiscalização.

Com o processo eletrônico, o Magistrado não consegue – mesmo querendo – visualizar *in locu* o bom andamento do feito e a atividade realizada pelos servidores. Essa fiscalização é feita pelo

sistema de processo eletrônico, podendo ser realizada de qualquer lugar. Lado outro, o atendimento ao público passando para o digital, também não pode ser fiscalizado presencialmente, o que comprova a desnecessidade da residência na Comarca com base nesse fundamento.

No mundo digital essa fiscalização é muito mais efetiva e eficiente que no modelo presencial com os processos físicos. O controle e a gerência da Serventia podem perfeitamente ser realizados à distância. Basta verificar que hoje centenas de empresas trabalham sem uma sede física e o controle dos funcionários é realizado “*online*” sem qualquer dificuldade.

Apenas pelo prazer de argumentar, ainda que possível fosse a fiscalização física – o que efetivamente não é – essa pode ser exercida com a simples presença e frequência na Comarca, não sendo necessária a *residência* nela, posto que, morar no local onde trabalha não implica necessariamente que a fiscalização aconteça.

Quanto ao terceiro fundamento consiste na necessidade de resguardar a *celeridade dos feitos*, os dados demonstrados anteriormente comprovam que o modelo de Justiça digital é muito mais ágil que o modelo tradicional. Isto é, com o processo eletrônico, a residência do Juiz na Comarca é totalmente indiferente para acarretar aumento de celeridade nos feitos. É possível que a presença física diária possa gerar morosidade. Isso porque o tempo que o Magistrado se desloca da residência para o trabalho (*tempo morto de serviço*) pode ser aproveitado para aumentar a produtividade, da mesma forma os tempos de convívio social – indispensável, é verdade – e o gasto de tempo com deslocamento para almoço, lanche, café etc., são significativamente reduzidos no modelo de trabalho remoto, ocasionando, sem dúvida, maior produtividade e com isso maior celeridade.

O trabalho remoto permite que os Magistrados realizem suas tarefas em locais diferentes do tradicional ambiente do Tribunal, como em casa ou em outras localidades. Além disso, o

trabalho remoto reduz a necessidade de deslocamentos físicos, o que indiscutivelmente gera economia de tempo, e, por via de consequência, aumento de eficiência e celeridade.

Desse modo, não é o fato de o Magistrado residir na Comarca que irá aumentar a celeridade dos feitos judiciais em trâmite, como visto, essa residência pode até impactar negativamente na agilidade dos processos. De modo que, atualmente, não se vislumbra a subsistência deste fundamento.

Por fim, em relação ao *quarto fundamento* que indica o caráter *simbólico* da residência do Juiz na Comarca, atualmente também não se justifica. Vejamos.

Um poder não se consolida pela sua *presença física*. Não é o fato de o Magistrado **residir** na Comarca que irá resguardar a autoridade do Poder Judiciário. Essa é uma visão que remonta à figura do Magistrado da época do Brasil Colônia, na qual a *autoridade imperial era simbolizada* pelo cetro branco do “juiz de fora” (*juiz de vara branca*) (SOUSA, 1947).⁸⁷

Na atual sociedade da informação, a autoridade dos pronunciamentos judiciais não mais se legitima por um título, por um lugar, por um rito, pela *residência*, pela presença ou por uma solenidade; *a autoridade das decisões depende do esforço ético de justificação e da capacidade de comunicação dos motivos determinantes das escolhas realizadas* (ARAÚJO; GABRIEL; PORTO, 2022). Isso que legitima o Poder, não a *residência* do Magistrado na Comarca.⁸⁸

⁸⁷ Ensina Schwartz (2011, p. 28) que eles eram “nomeados pelo rei, os juizes de fora eram, teoricamente, menos sujeitos a pressões locais. [...]. Em 1580 a autoridade real e central – simbolizada pelo cetro branco do juiz de fora – já tinha suplantado o controle judiciário municipal em mais de cinquenta cidades de Portugal”.

⁸⁸ Como disse a Ministra Rosa Weber no discurso de abertura do ano Judiciário (2023) no CNJ o sentimento de “reverência à Justiça, que não reside na argamassa e dos tijolos dos prédios e sim no espírito das instituições democráticas” (disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/em-abertura-do-ano-judiciario-rosa-weber-afirma-que-democracia-permanece-inabalada/>>. Acesso em: 15 fev. 2023).

Não se duvida que o Direito e a Justiça também vivem de *imagens, de formas, de objetos, de sinais, de símbolos, de edifícios, que enchem a nossa cultura e que têm um poder próprio* (HOMEM, 2003, p. 723; SARAT, 2000, p. 3-46). Mas, na atualidade, não se pode imaginar esse modelo como aquele que existia no século XIX ou no início da colonização do Brasil.⁸⁹

Precisamos avançar rompendo com a **tradição secular de uma Justiça ritualística** (GARAPON, 1997; BOURDIEU, 1989).⁹⁰ Não parece que para legitimar ou representar a Justiça, mostre-se necessário que o Magistrado *resida* na Comarca. A residência não permite realizar essa *correlação* ou retirar dela esse significado.

Assim, não é **residência do Magistrado** na Comarca que *simbolicamente* representa o Poder Judiciário. Hoje, nem sequer o prédio físico (o *palácio da Justiça*) representa a Justiça:⁹¹⁻⁹² é ela um

⁸⁹ Como destacam Garapon e Lassègue (2018) as revoluções políticas, sociológicas e cognitivas convergem para um universo mais horizontal e livre, sem uma terceira figura, uma espécie de mundo dessimbolizado e desespecializado. A dimensão sagrada, típica de qualquer instituição, é enfraquecida. Estas revoluções excluem o sagrado da dimensão real, seja ela republicana, religiosa ou ritual. A revolução simbólica a que estamos a assistir impõe-se como não-simbólica, segundo os autores.

⁹⁰ “O ritual judiciário reforça a ideia de uma ordem jurídica impermeável às influências sociais quando ela não é mais do que uma pressão suplementar da classe dominante. Isso nos remete ao poder simbólico: um poder invisível que só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem. O poder simbólico é um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem gnoseológica, o sentido imediato do mundo, em particular do mundo social” (BOURDIEU, 1989); (HENRIQUES, 2019, p. 20).

⁹¹ A Justiça é muito mais que um prédio. Como disse o Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, as “*instituições não são feitas só de tijolos, são feitas de pessoas, coragem e determinação*” (Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2023/01/17/interna_politica,1445863/alexandre-de-moraes-as-instituicoes-nao-sao-feitas-so-de-tijolos.shtml>. Acesso em: 25 abr. 2023), sua representatividade não se consolida num espaço geográfico (cf. RESNIK, 2008; e BRANCO, 2015, p. 21).

⁹² Atualmente descaracterizado do que um dia foi o palácio da Justiça, a Justiça é um **serviço**. A partir da década de 1960, ocorreu uma mudança na maneira como os palácios da Justiça eram concebidos e construídos. O que levou Garapon (2010) a afirmar que estamos perante um “silêncio simbólico” dos edifícios. Apesar de alguns prédios ainda demonstrarem sua suntuosidade e imponência,

serviço.⁹³

Posto isto, não encontramos, atualmente, razão de existir em nenhum dos fundamentos do inciso VII do art. 93 da Constituição Federal, motivo pelo qual indiscutivelmente o dispositivo *caducou*. Novamente destacamos que isso não significa que o Magistrado não precisa frequentar a Comarca e se deslocar até o Fórum. Ele não precisa *residir* na Comarca. Mas deve estar presente nela.

Não se duvida que uma norma constitucional pode se tornar incompatível com a *realidade social, cultural* e política, sendo necessária sua revisão ou até mesmo sua revogação. Nesse contexto, parece possível entender que no caso em análise, a norma em questão foi superada pelo tempo, não encontrando fundamento de validade para sua sobrevivência atualmente.

Dessa forma, o inciso VII do art. 93 da Constituição perdeu seu *substrato de existência* em razão da mudança na realidade social, cultural e política do país, isso porque com a construção do novo modelo de administração judiciária, ocasionando uma verdadeira revolução do sistema até então adotado, aliado a introdução e consolidação da Justiça digital, não subsiste fundamento para o

deixaram de ter elementos comuns, como lembra Branco (2015, p. 83) “perderam a reconhecibilidade”.

⁹³ A visão da Justiça como serviço está relacionada a uma abordagem inovadora para o fornecimento de serviços jurídicos, em que o sistema de Justiça é visto como um prestador de serviços aos cidadãos, em vez de apenas um conjunto de processos e procedimentos formais. A ideia é trazer uma mentalidade mais centrada no usuário para a administração da Justiça, com foco em oferecer serviços eficientes, acessíveis e adaptados às necessidades dos usuários. Sem dúvida, Richard Susskind (2019) é um dos grandes defensores da ideia de Justiça como serviço. Na sua clássica obra *Online Courts and the Future of Justice*, propõe o professor escocês uma transformação do sistema judicial, deixando de ser focado na litigância para se tornar um provedor de serviços ao cidadão. Para Susskind, a Justiça como serviço implica na reorganização do sistema judicial, de forma a ser mais orientado ao usuário, com um enfoque maior na prevenção de conflitos, na resolução consensual de disputas, na automação de processos e na simplificação de procedimentos. Isso implica em uma mudança de mentalidade, em que o sistema judicial passa a ser visto como uma forma de fornecer soluções justas e eficazes aos cidadãos, em vez de um lugar e de um conjunto de processos formais e complexos.

Juiz residir na Comarca atualmente. Em outras palavras, a norma constitucional não mais *atende às necessidades* da sociedade por completa obsolescência e incompatibilidade com a realidade do momento.

Ficou claro do que foi exposto acima que a norma caducou por estar ultrapassada, não correspondendo mais às necessidades da sociedade. Isto porque, com a evolução social e tecnológica materializada nos últimos anos, não existe razão para a subsistência da norma.

Nesse contexto, parece imperioso a necessidade de avançar em direção à *racionalidade* e na *perspectiva de aprimoramento* dos trabalhos forenses. Na era digital, quando o ciberespaço redefine as dinâmicas procedimentais, e, estando as causas ambientadas nas “*cybervias processuais*”, desvinculadas dos antigos conceitos de *tempo* e *espaço*, é inconcebível que ainda estejamos apegados a tradições e dogmas cuja origem remonta às capitânias hereditárias. Insistir na obrigatoriedade de que o Juiz resida na Comarca, mesmo em um cenário de processos inteiramente virtuais e de uma Justiça totalmente digital, não parece *lógico*, restando claro dessa forma que norma constitucional perdeu sua razão de existir. Toda evolução anteriormente narrada comprova isso.

A modificação da norma prevista no inciso VII do art. 93 da Constituição ocorre justamente em razão de uma nova percepção do Direito por conta da alteração dos valores da sociedade em decorrência da digitalização da vida humana e da transformação digital e cultural que a tecnologia promoveu. Ora, se até a “*ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo*” (BARROSO, p. 98), com muito mais razão deve variar a necessidade de o Juiz residir na Comarca, entendendo-se que na atualidade sua concepção inicial se alterou, não se mostrando necessária no presente momento.

Temos assim, a transformação no âmbito da realidade da estrutura social, mostrando-se indispensável o equilíbrio de interesses, com o reconhecimento da caducidade do texto constitucional que

prevê a necessidade da residência do Juiz na Comarca, sem que tal *atualização* encontre reflexo expresso no texto constitucional escrito, que permanece intocado (LÖWENSTEIN, 1976, p. 165).⁹⁴ Dito de outra forma, *em virtude da evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma*, bem como por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar sobre o tema (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 266) (mudança do modelo de Administração Judiciária: **Justiça 4.0**), “a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 266).

Como adverte o Professor Jorge Miranda, a existência de uma Constituição formal “não determina a sua exclusividade; determina (parafrazeando Heller) a primazia da normatividade constitucional” (MIRANDA, 2016, p. 281). Significa dizer: não existe proibição de alteração de norma constitucional por outra via que não seja a **formal** (MIRANDA, 2016, p. 281)⁹⁵ sendo nesse caso imprescindível que haja um entroncamento e uma *incindível contextura sistêmica* (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 339). No caso em análise, a caducidade aqui defendida proporciona justamente isso, na medida que atenderá aos princípios da eficiência (art. 37 da CF), da impessoalidade (art. 37 da CF), da duração razoável do processo (art. 5.º, inciso LXXVIII, da CF) e os preceitos dos arts. 93 e 94 da Constituição.

⁹⁴ (numa aproximação do texto contido na obra com tradução livre do espanhol de nossa parte: “*una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional: el texto de la constitución permanece intacto*”).

⁹⁵ “se a norma constitucional não se confunde com seu texto, abrangendo também a fragmentada realidade sobre a qual este incide, é evidente que nem toda mudança na Constituição supõe alteração textual.” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 339).

6 ENQUADRAMENTO FINAL DO ESTADO DE LETARGIA DO INCISO VII DO ART. 93 DA CF⁹⁶

Como analisamos, a Constituição por suas normas, *conforma* a realidade. Mas é por ela *conformada* (CLÈVE, 1995).⁹⁷⁻⁹⁸ Deste modo, a Constituição é estruturada em um composto de abertura e obrigatoriedade.⁹⁹ Não é completa, fechada, perfeita e disposta em pormenores exaustivos, porque necessita de espaço para o diálogo sócio-político (DUARTE NETO, 2009). Em outras palavras: precisa de *oxigenação*.¹⁰⁰

Normatividade e realidade se intercalam, de tal modo, que há uma recíproca¹⁰¹ influência de uma sobre a outra. Demonstrando

⁹⁶ O título deste item foi sugerido pelo senhor Professor Ricardo Branco, a quem agradecemos não apenas a gentileza da sugestão, mas, todo o apoio, toda a sugestão de leitura e, acima de tudo, o diálogo e o debate em torno do tema objeto do nosso estudo.

⁹⁷ “A força normativa da Constituição implica a construção de uma via de duas mãos: a Constituição conforma a realidade, mas ao mesmo tempo, é, de certo modo, também por ela, realidade, conformada” (CLÈVE, 1995, p. 95).

⁹⁸ “[...] A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. [...] A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.” (HESSE, 1991, p. 14- 15).

⁹⁹ A Constituição reúne *abertura* e *permanência*, por óbvio que a estabilidade e a mobilidade não são ideias excludentes. Ao reverso, complementam-se, e estruturam a própria dinâmica constitucional (HESSE, 1998, p. 38-43).

¹⁰⁰ “A modificabilidade da constituição constitui, mesmo, uma garantia de sua permanência e durabilidade, na medida mesma em que é mecanismo de articulação da continuidade jurídica do Estado e instrumento de adequação entre a realidade jurídica e a realidade política, realizando, assim, a síntese dialética entre a tensão contraditória dessas realidades” (SILVA, 2014, p. 291).

¹⁰¹ Como destaca, Milton Campos (1960) “os processos indicados se destinam

a importância do fato de os textos não poderem estar descolados da realidade, sob pena de se transformarem numa “simples folha de papel”.¹⁰² Daí, a necessidade de acreditar na força que possui a norma de influenciar a realidade, a mudança social, operando modificação dos comportamentos. A mutação constitucional caminha nessa estrada sinuosa entre realidade e normatividade.¹⁰³

O fenômeno da mutação constitucional ocorre a partir da pressão e influência da evolução cultural, econômica e social (BULOS, 1996). Aliás, não é por outro motivo que o Ministro Barroso (2011, p. 150) explica que “a mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de determinada sociedade.”. É essa a hipótese que estamos analisando. Os valores, os preceitos e os fundamentos da norma foram alterados em decorrência da evolução natural da sociedade no mundo pós-moderno.¹⁰⁴

Nesse contexto, que identificamos no ordenamento jurídico brasileiro, a obrigatoriedade de o Juiz residir na Comarca onde exerce suas funções como uma regra constitucional que *caducou*. Esta regra contida no artigo 93, VII, da Constituição Federal de 1988, e prevista originalmente no artigo 35 da Lei Complementar n.º 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN), atualmente perdeu sua relevância e aplicabilidade, em decorrência do avanço da Justiça

a pôr as Constituições rígidas em estado de eventual flexibilidade, para se adaptarem, sem deformações maliciosas e sem subversões traumatizantes, às mutações da vida dos povos [...]”.

¹⁰² Como se sabe Ferdinand Lassalle (1903) na conhecida conferência sobre a “Essência da Constituição”, opôs a Constituição escrita à Constituição real. Estabeleceu o autor, um antagonismo entre a verdadeira ou real, que exprime a correlação das forças reais do país, e a Constituição escrita ou formal, qualificada de “*folha de papel*”.

¹⁰³ A mutação constitucional transforma o sentido, o significado e o alcance das normas textuais da constituição, sem lhe alterar o enunciado formal, sem mudar a letra do texto. (HESSE, 2009, p. 147-171).

¹⁰⁴ Essa parece ser a nomenclatura mais utilizada para explicar os fenômenos da atualidade, justamente o rompimento das certezas da modernidade. Contudo, existem diversas outras expressões para se referir a essa época contemporânea que vivenciamos, a exemplo de “modernidade líquida” ou “fluída” de Zygmunt Bauman (2001) e “tempos fraturados” de Eric Hosbawm (1995).

digital e da desterritorialização da Justiça.

Como vimos, a caducidade é um fenômeno no qual uma regra constitucional perde sua vigência por não mais corresponder à realidade social, ou por se tornar incompatível com o sistema constitucional devido à sua evolução. Em outras palavras, a norma constitucional ficou *ultrapassada* no tempo.

Assim, a obrigatoriedade de o Juiz residir na Comarca onde exerce a jurisdição se tornou obsoleta na era digital, quando os avanços tecnológicos, especialmente no campo jurídico, têm possibilitado a prestação jurisdicional sem a necessidade de presença física. Seja em decorrência da desmaterialização, seja em razão da desterritorialização da Justiça, o que transforma drasticamente o modo como os processos são gerenciados e a forma como a Justiça é prestada.

Isso porque, com a implementação do processo eletrônico e a expansão da Justiça digital, a norma que previa a obrigatoriedade de residência na Comarca perdeu de vez o sentido, na medida em que a vinculação física do Juiz ao seu local de trabalho deixa de ser necessária para a execução efetiva de suas funções. Com o advento da virtualização e da desmaterialização dos processos judiciais, os Juízes agora podem desempenhar suas tarefas de qualquer lugar, sem a necessidade de estarem fisicamente presentes na Comarca.

De forma que os fundamentos que justificavam a norma deixaram de existir. Portanto, diante das transformações trazidas pela Justiça digital e a desterritorialização, é possível perceber que a regra da obrigatoriedade do Juiz residir na Comarca se tornou totalmente obsoleta. A caducidade constitucional da norma reflete a necessidade de adaptação do ordenamento jurídico brasileiro à realidade contemporânea e às demandas do sistema de Justiça do século XXI.

Essa caducidade ainda se justifica pela visão do tema na perspectiva da “boa administração da Justiça” (sobre o tema: RODRÍGUEZ-ARANA, 2010, p. 142-149; DIDIER JÚNIOR; FERNANDEZ, 2022; AMARAL, 2016; MONCADA, 2019;

RAIMUNDO, 2016, p. 253-290; FREITAS, 2014) e da “análise econômica do Direito”.¹⁰⁵ Como vimos, o modelo de Justiça digital acarretou significativa redução da morosidade e, por via de consequência, aumento de eficiência do Poder Judiciário.

A boa administração da Justiça não pode prescindir de um requisito essencial: **efetividade!** Em um país de dimensão continental, onde temos quase toda a população adulta litigando¹⁰⁶ em Juízo, é indispensável que se atente a esse ponto fundamental da administração da Justiça.

¹⁰⁵ De forma resumida, pode-se dizer que a análise econômica do Direito (AED) é uma abordagem interdisciplinar que utiliza métodos econômicos para analisar e entender o funcionamento do sistema jurídico e o impacto das leis e políticas públicas sobre o comportamento humano. Dito de outro modo, é uma forma de estudo que propõe transportar o método científico para o estudo das mais diversas expressões do comportamento humano que sejam relevantes para questões jurídicas (FUX; BODART, 2021, p. 23). Seu ponto de partida ocorreu no final da década de 1950 e início dos anos 1960, com os trabalhos de Gary Becker (1955), Ronald Coase (1960) e Guido Calabresi (1961). Cuida-se de movimento iniciado por economistas e juristas inspirados pelo moderno pensamento econômico. Na década de 80, encontramos em Richard Posner (1987, p. 1-13) e Richard Posner (1990) um grande expoente da teoria. Por meio da utilização de ferramentas da Ciência Econômica, busca-se uma compreensão mais ampla dos institutos jurídicos e de suas consequências sociais. Ivo Teixeira Gico Júnior (2010, p. 11) registra que: “A Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o Direito no mundo e o mundo no Direito.”). Sobre o tema confira-se ainda: Gabriel (2022, p. 88).

¹⁰⁶ Se cada processo tem, em regra, um autor e um réu, portanto, no mínimo duas pessoas distintas, em uma conta simplista, chegamos à conclusão que temos quase toda a população adulta brasileira em juízo. Logicamente que isso é apenas um argumento de retórica, posto que existem processos nos quais se tem apenas uma parte (v.g. inventário), outros em que o Autor é o Ministério Público ou Estado, etc. A título de comparação, as grandes economias da União Europeia possuem a média de 0,02 casos *per capita*. No Brasil esse patamar é de 2,62 processos por habitante (MORA-SANGUINETTI, 2016). Significa dizer que pesa sobre os Magistrados brasileiros uma carga processual desarrazoada e descomunal que não encontra similar no mundo. Para uma análise mais apurada da questão: Parizzi (2019).

O grande desafio do Poder Judiciário brasileiro é justamente prestar a jurisdição de forma escalável, e entregue aos milhões diariamente cada vez mais rápida, eficiente e com ainda mais qualidade do que temos hoje. Para superar esse desafio precisamos, sem dúvida, de mais *eficácia* e *eficiência* nos serviços judiciários. O modelo de Justiça digital permitiu avançar neste ponto, sendo certo que o aumento de celeridade e eficiência justifica a mutação constitucional operada.

Lado outro, na perspectiva da *Análise Econômica do Direito*, tivemos não apenas redução drástica das despesas do Poder Judiciário, mas diminuição exponencial da morosidade,¹⁰⁷ o que sem dúvida valida a mutação constitucional aqui defendida.

Além disso, obrigar o Juiz a residir na Comarca implicará em curto espaço de tempo numa ausência significativa de profissionais gabaritados que tenham interesse na carreira.¹⁰⁸ Sem dúvida, na atual conjuntura, essa obrigatoriedade pode se tornar um obstáculo para a

¹⁰⁷ “A morosidade dos processos judiciais e a baixa eficiência de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático” (“Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano” formalizado pelos Chefes dos Poderes da República”).

¹⁰⁸ Já é possível observar hoje uma enorme redução dos candidatos nos concursos públicos para Magistratura e, além disso, um grande movimento de modificação de carreira. Se em tempos passados a carreira da Magistratura era vista como o “topo”, o ápice da carreira jurídica, hoje é tida como um “ritual de passagem” para outras carreiras mais atrativas. Veja que foi a própria Constituição que erigiu a Magistratura como o topo das carreiras públicas. Isso, sem qualquer demérito aos demais agentes públicos. Contudo, infelizmente, o que temos vivenciado ultimamente é que a carreira de fundamental importância para o Estado Democrático de Direito, tem se transformado em “carreira de passagem” um “*step*” ocupada apenas temporariamente por profissionais que acabam atraídos pelas melhores condições oferecidas por outras instituições públicas (sem falar na iniciativa privada). A título de exemplo: A Advocacia-Geral da União registrou 22,6 mil inscritos no último concurso para Advogado da União. Com centenas de Magistrados concorrendo para o cargo. No ano passado, o TRF-4 recebeu apenas 5,7 mil inscrições para concurso de Juiz Federal. Para maiores detalhes veja: <<https://www1.folha.uol.com.br/blogs/frederico-vasconcelos/2023/04/desinteresse-pela-profissao-de-juiz-foi-registrado-ha-dez-anos.shtml>>. Ainda é grande o número de Magistrados fazendo concurso para outras carreiras jurídicas.

escolha dos melhores profissionais para ocupar as vagas disponíveis, especialmente em locais mais afastados ou com menor número de habitantes. Isso porque, muitas vezes, os profissionais mais capacitados preferem trabalhar em grandes centros urbanos, onde há melhores condições de trabalho e mais qualidade de vida. Além disso, com as demais carreiras jurídicas possibilitando o “*home office*” e se apresentando, economicamente e financeiramente, mais interessantes que a Magistratura,¹⁰⁹ em futuro não muito distante, o Poder Judiciário estará fadado a deixar de atrair os melhores para os seus quadros, com prejuízo não apenas para instituição, mas para a população, de um modo geral, e, em última análise, para o regime democrático.

7 CONCLUSÃO

As mudanças constantes e aceleradas no paradigma tecnológico constituem a marca característica da atualidade para a sociedade contemporânea. Ao mesmo tempo que trazem oportunidades, produzem desafios com desdobramentos múltiplos e não raramente surpreendentes. Como destacou o Ministro Toffoli (2022, p. 67), essa realidade para as “instituições democráticas, trata-se de uma tarefa com importância dobrada, já que a eficiente gestão dos novos recursos tecnológicos é crucial para responder adequadamente às demandas de uma sociedade cada vez mais conectada e exigente.”.

¹⁰⁹ O fenômeno já acontece e é noticiado nos períodos específicos do meio jurídico. Confira-se a título de exemplo: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-05/cresce-numero-juizes-abandonam-carreira-brasil>>. Tornou-se comum e corriqueiro, na atualidade, a notícia de Magistrados que deixam a carreira para ingressar em outros quadros públicos. O que era exceção em décadas passadas, está se tornando a regra atualmente. A título de exemplo: <https://www.folha1.com.br/_conteudo/2013/07/blogs/pontodevista/1094683-analista-judiciario-passa-em-concurso-para-juiza-mas-prefere-ficar-onde-esta.html>. Ainda temos o caso de Magistrados que deixam a carreira para se dedicarem exclusivamente ao Magistério: <<https://jurinews.com.br/justica/da-toga-para-coaches-juizes-pedem-exoneracao-para-se-dedicar-ao-ensino-nas-redes/>>.

Assim, enquanto as tecnologias estão evoluindo exponencialmente, as organizações estão se modificando de forma logarítmica, o que leva a um *gap*, um descompasso cada vez maior. “Motivo esse que levou a Justiça a abraçar a tecnologia, permitindo uma prestação jurisdicional de forma efetiva e em tempo razoável” (GABRIEL; PINTO, 2020, p. 167-197). O mundo digital em que vivemos demanda, **necessariamente**, uma Justiça digital. Ou seja, uma Justiça célere, eficiente, dinâmica e digitalmente conectada. Esse novo momento demanda revisão de institutos consolidados ao longo dos anos e ao mesmo tempo adaptação da legislação em vigor ao novo modelo de prestação jurisdicional.

O desafio gerado pela pandemia consolidou a ideia de uma Justiça que não está materializada em um projeto arquitetônico físico (um prédio: o Fórum). Como ressaltou Steven Pinker, “a revolução digital, ao substituir átomos por bits, está desmaterializando o mundo bem diante de nossos olhos” (PINKER, 2018, p. 179). O modelo de Justiça digital está *desmaterializando* o “palácio da Justiça” (Fórum/Tribunal) e criando o “Fórum virtual” (ARAÚJO; GABRIEL; PORTO, 2021).

Nesse contexto, a tecnologia da informação aliada à desmaterialização¹¹⁰, a desterritorialização e à transformação digital do Poder Judiciário, permitem repensar os espaços da Justiça, alterando drasticamente o conceito que se tinha anteriormente, assumindo a tecnologia como um *novo símbolo de justiça* (GARAPON; LASSÈGUE, 2018), que sequer demanda de um *espaço físico* para se concretizar.

¹¹⁰ A desmaterialização constitui um elemento basilar da Sociedade da Informação, permitindo que a informação tradicionalmente escrita no papel passe para os suportes digitais, o que por si só, oferece um conjunto imenso de oportunidades e alterações substanciais no sistema de Justiça. A desmaterialização dos processos significa a possibilidade de eliminar ou reduzir substancialmente o papel em circulação nos Tribunais, concretizando a desnecessidade de espaços físicos para realização dos trabalhos forenses, podendo ser realizados de qualquer local.

Como Mulcahy (2011) salienta, a desmaterialização da Justiça muda a experiência e o ritmo do processo e dos procedimentos, desafiando a noção tradicional de “*espaço da Justiça*”. De fato, atualmente, já se reconhece a prescindibilidade de um local físico para a prestação jurisdicional: o processo é completamente eletrônico, as partes e os advogados recebem atendimento digital pelos meios eletrônicos disponíveis (como videoconferências, aplicativos de mensagens instantânea, telefone, *e-mail*, entre outros), e as audiências e sessões podem ser realizadas virtualmente em sua totalidade, de regra, sem a necessidade de presença física no Fórum.¹¹¹ E em decorrência da alteração da realidade fática, social e cultural, não se mostra necessário que o Juiz **resida**¹¹² na Comarca onde exerce a jurisdição.

Nessa perspectiva é que analisamos o disposto no inciso VII do art. 93 da Constituição, para entender que os fundamentos que ensejaram sua criação, não subsistem no momento atual, sendo certo que a norma **caducou**.¹¹³

¹¹¹ Esse é um ponto que permite reformular todo o modelo de Administração Judiciária até hoje consolidado, de modo que o impacto será profundo embebecido na assimilação da ideia do modelo de Justiça digital como elemento catalisador da disruptividade do desenho tradicional da Administração Judiciária.

¹¹² Residência é o local onde a pessoa mora com *intuito permanente*, que pode coincidir com o domicílio legal. Diferente das moradas provisórias, como os casos de hotéis ou aquelas temporadas em casa de um amigo ou parente. A residência exige o intuito de permanência: ânimo definitivo diz o Código Civil (art. 70).

¹¹³ A alteração da forma de tramitação dos autos processuais (processo eletrônico), aliada à larga utilização dos meios virtuais para: (i) a realização de atos processuais (“Juízo 100% digital” e “Núcleo de Justiça 4.0” Resoluções CNJ n.ºs 345/2020 e 381/2021); (ii) atendimento aos Advogados e partes (balcão virtual – Resolução CNJ n.º 372/2021) e (iii) comunicação e convivência social (internet, rede social, etc.), bem como a possibilidade de conhecer as peculiaridades e costumes locais pelos meios eletrônicos (*sites*, redes sociais, jornal digital, aplicativos, etc.) demonstra que o inciso VII do art. 93 não é mais aplicável ou relevante em relação às condições atuais. Em outras palavras, a norma constitucional se tornou totalmente obsoleta e inadequada ante as mudanças sociais, políticas, econômicas, tecnológicas e culturais. Fato esse que ocasiona a sua caducidade, com a consequente perda da eficácia social, deixando a norma de vigorar. Justamente pelo fato de a Constituição ser dinâmica e se adaptar às mudanças e evoluções da sociedade é que se mostra possível reconhecer no caso em análise a caducidade da norma.

Como vimos, o núcleo essencial da mutação constitucional se encontra na natureza do Estado como uma *realidade viva* (DAU-LIN, 1998, p. 161). Essa realidade, por sua vez, cria uma oportunidade e uma obrigação de transformar o Estado e suas instituições,¹¹⁴ e essa transformação é essencial para a Constituição do Estado e para a regulação jurídica de sua forma de existência, que continua a evoluir constantemente (DAU-LIN, 1998, p. 161).¹¹⁵

Desse modo, o distanciamento entre o Direito escrito “no papel” e a realidade social (incongruência entre a Constituição escrita e a realidade), permite afirmar que uma norma pode perder sua validade jurídica em função da perda de sua eficácia.¹¹⁶ É justamente o caso que estamos analisando, não sendo possível encontrar justificativa plausível para manter o conteúdo normativo do inciso VII do art. 93 da Constituição na atualidade.

Diante do que foi exposto, percebe-se claramente uma ausência de integração entre a norma constitucional em análise e a realidade constitucional (AMORIM, 2014). É dizer, a realidade social, cultural e econômica para a qual foi emanada a norma em

¹¹⁴ Logicamente que as constituições são feitas para perdurar, regendo as estruturas, situações, comportamentos e condutas que a interpretação do constituinte teve como aferidas aos valores de convivência social na comunidade a que se referem. Mas – como nota Pedro de Vega García (1991, p. 58-59, tradução nossa) –, derivada da própria noção de poder constituinte, se compartilharia igualmente a crença de que o poder constituinte de um dia não poderia condicionar o “poder constituinte de amanhã; o que, em outros termos, significa que a constituição não pode nem deve entender-se como uma lei eterna. Assim o disse o art. 28 da Constituição Francesa de 1793, ao declarar: ‘Um povo tem sempre o direito de rever, reformar e mudar sua Constituição. Uma geração não pode submeter a suas leis as gerações futuras’.”. Como disse Miguel G. Teles (2000, p. 53) a Constituição é uma herança, “e uma herança vincula, que as gerações novas recebem e que aceitam ou repudiam, reformulam ou põem em causa.”.

¹¹⁵ Ressaltando mais à frente que esta exigência que “la vida estatal impone a su Constitución, se satisface sólo insuficientemente al establecer la posibilidad de una mutación constitucional. Causas humano-psicológicas y de técnica legislativa producen, juntas, el efecto que la mutación de la Constitución sólo ocurre en raras ocasiones” (DAU-LIN, 1998, p. 163).

¹¹⁶ A eficiência do Direito depende do fato de sua observância no meio social no qual é vigente. Eficaz é o Direito efetivamente observado e que atinge a sua finalidade.

análise (art. 93, VII da CF) já não coincide com a conjuntura atual, “provocando uma tensão entre a Constituição escrita e a situação constitucional real.” (AMORIM, 2014).

Entendendo-se assim a natureza do Estado como *realidade dinâmica*, sendo perfeitamente compreensível – e ao mesmo tempo possível – a necessidade de adaptar seus organismos e sua Constituição (AMORIM, 2014), é de se reconhecer a mutação constitucional do dispositivo em análise. Isso porque, é possível notar que as mutações não são apenas implicitamente incorporadas na transformação do Estado e sua regulamentação jurídica, mas também são desejadas e incentivadas pela própria Constituição (AMORIM, 2014), “uma vez que diante das exigências vitais do Estado as normas constitucionais são incompletas e a norma não pode ser isolada da realidade.” (CAVALCANTI, 2017, folhas 83).

Nesse cenário, o modelo de Justiça digital tem o potencial de redesenhar, reorganizar e reestruturar o Poder Judiciário brasileiro. Num futuro próximo,¹¹⁷ isso levará inevitavelmente à revisão de estruturas fundamentais, como os conceitos territoriais de “Comarca” e “Seção Judiciária”. Isso significa que a competência

¹¹⁷ Como destacou Santo Agostinho (2006, p. 354-355) “[...]. Quem se atreve a negar que o futuro ainda não existe? No entanto, já existe no espírito a expectativa do futuro. Quem pode negar que o passado não mais existe? Contudo, existe ainda no espírito a lembrança do passado. [...] Portanto, não é o tempo futuro que é longo, pois não existe, mas o longo futuro é a longa espera do futuro. Também não é longo o tempo passado inexistente, mas o longo passado é a longa recordação do passado.” Assim, a fronteira entre passado, presente e futuro é tênue. É necessário que, ao vivenciarmos o presente, possamos dilatá-lo em direção ao passado e ao futuro. Só assim conseguiremos identificar as oportunidades e as necessidades de alterações de rumo. Indiscutivelmente, as oportunidades do modelo de Justiça digital deixa transparecer como o avanço tecnológico está remodelando a nossa percepção de tempo e espaço no âmbito da Justiça. A Justiça digital, ao conectar o passado, o presente e o futuro, permite uma interação e resolução de conflitos em tempo real, independentemente das barreiras geográficas. Isso nos permite olhar para o passado e aprender com ele, aplicar essas lições no presente e projetar um futuro com uma Justiça mais eficiente, célere e acessível. Os benefícios do modelo de Justiça digital evidenciam como a tecnologia pode ser uma grande aliada na transformação e modernização do sistema judiciário, promovendo maior eficiência, transparência e acessibilidade para todos os cidadãos.

territorial do magistrado não precisará mais estar limitada a um único município, microrregião ou estado (ARAÚJO; GABRIEL; PORTO, 2021), gerando uma verdadeira revolução no modelo tradicional de prestação jurisdicional e na relação direta do magistrado com a gerência da serventia judicial (“Vara”), fato esse que comprova a obsolescência da norma constitucional em análise.

Assim, como destaca Häberle (1997) não existe norma jurídica, senão *norma jurídica interpretada*, ressaltando que *interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no seu tempo ou integrá-lo à realidade que se encontra*. Precisamos colocar o inciso VII do art. 93 da Constituição no tempo atual e na realidade da sociedade digital. E, ao assim fazermos, é inevitável reconhecer que a norma caducou.

Numa palavra final: apesar da norma prevista no inciso VII do art. 93 da Constituição ter *caducado*,¹¹⁸ isso não significa que o Juiz não precisa frequentar a Comarca. Ele está dispensado de nela *residir*. Isto é, fazer da Comarca o local onde se estabelece de maneira permanente, onde habita. Mas não se encontra dispensado de estar na Comarca e no Fórum (enquanto ainda existir um).

Sem dúvida, nenhum estudo científico é autossuficiente e fechado sobre si. Embora as conclusões representem a *linha de chegada*, o ponto final do trabalho, é fundamental que elas também possam funcionar como um ponto de *partida*, possibilitando o recomeço, de modo a incentivar um novo ciclo de debates sobre a matéria (DUARTE NETO, 2009). Assim, como a orquestra conclui sua sinfonia, mas deixa no ar a promessa de uma nova melodia, também nosso estudo termina aqui, com a ambição de semear dúvidas e reflexões, e o desejo de germinar em novos debates. Da mesma forma que a última nota musical não encerra a arte, nossas conclusões não selam o fim da discussão, mas acenam para um novo início,¹¹⁹ uma renovação no ciclo de debates. Nascido e esculpido no

¹¹⁸ “[...] extinção da norma constitucional por ação de circunstâncias” (GOUVEIA, 2009, p. 652),

¹¹⁹ Já se disse que “o fim só existe para quem não percebe o recomeço”.

diálogo,¹²⁰ o presente trabalho aspira ser a faísca que acende a chama do questionamento, incentivando o debate e estimulando a discussão a respeito do tema.

Logicamente que as ponderações feitas não têm a ambição de, em definitivo, resolver a questão apontada. *Também não estão livres de falhas, contradições e predispostas às mais diversas críticas* (DUARTE NETO, 2009). O estudo, da mesma forma que uma tapeçaria tecida à mão, certamente contém falhas e inconsistências. Por isso, convidamos todos os críticos que busquem aprimorar o entrelaçado de nossos argumentos. Seu propósito é colocar em “debate as causas, as características, as consequências e as alternativas de uma situação” (DUARTE NETO, 2009), que precisa urgentemente ser tratada com seriedade e cautela, posto que está em causa um elemento fundamental para o bom recrutamento dos futuros Magistrados e, ao mesmo tempo, a permanência no Poder Judiciário de muitos outros. Em outras palavras, o que está em jogo é a capacidade do Judiciário manter e agregar aos seus quadros, os melhores profissionais do Direito, como sempre aconteceu no Brasil, mas que atualmente está posto à prova.

Como uma árvore que busca as profundezas da terra para se firmar e alcançar as alturas do céu para florescer, o Judiciário necessita dos melhores profissionais do Direito¹²¹ para garantir sua

¹²⁰ Novamente agradecemos aos Professores Jorge Miranda e Ricardo Branco que possibilitaram um grande debate a respeito do tema e com isso germinaram o presente estudo, bem como seu amadurecimento.

¹²¹ É indiscutível a importância do papel do Magistrado na concretização do Direito e na construção de um Poder Judiciário, independente, autônomo e imparcial. Algumas frases mundialmente consolidadas refletem bem isso. “Eu não recriaria muito as más leis se elas fossem aplicadas por bons Juizes. Não há texto de lei que não deixe campo à interpretação. A lei é morta. O Magistrado, vivo. É uma grande vantagem que ele tem sobre ela”. (Anatole France). Embora a lei seja a expressão formal da vontade do legislador e o instrumento para o exercício do poder regulatório do Estado, ela depende, em última instância, de uma interpretação precisa e adequada para a realização da Justiça. Nesse sentido, o Juiz desempenha um papel crucial. Uma boa lei, cuidadosamente elaborada e refinada, é sem dúvida um recurso valioso no sistema jurídico. Ela expressa a vontade coletiva da sociedade e estabelece as normas que regem a convivência social. No entanto, a lei, por si só, é estática e

força, vitalidade, independência, eficiência e imparcialidade.

Esperamos que as observações feitas no presente trabalho estimulem o debate a respeito do tema e ao mesmo tempo ajudem a iluminar o caminho para a superação desse desafio.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. Higher lawmaking. In: LEVINSON, Sanford (Org.). **Responding to imperfection: the theory and practice of constitutional amendment**. Princeton: Princeton University Press, 1995.

ACKERMAN, Bruce. The living constitution. In: **Harvard Law Review**, Harvard, Ed. The Harvard Law Review Association, vol. 120, number 7, p. 1.737-1.812, May 2007.

impessoal. Ela não tem a capacidade de se adaptar a cada situação concreta que possa surgir, nem pode levar em conta as circunstâncias únicas e os contornos humanos que estão em jogo em cada caso. Além disso, a linguagem da lei pode ser ambígua ou aberta a várias interpretações. E a lei pode não prever todas as situações que podem surgir na prática. Portanto, mesmo que tenhamos as melhores leis, elas são apenas ferramentas nas mãos dos Juízes. Se os Juízes não forem competentes, preparados, éticos, imparciais e dedicados, mesmo as melhores leis podem falhar em proporcionar Justiça. Daí “Mais vale um Juiz bom e prudente que uma lei boa. Com um Juiz mau e injusto, uma lei boa de nada serve, porque ele a verga e a torna injusta a seu modo” (Código Geral da Suécia, 1734). Como o disse o saudoso Hélio Tornaghi (1977, p. xi-xiii), “A grande aspiração do jurista é a Justiça. O legislador busca traduzi-la em fórmulas; o jurista a estuda, esquadrinha, investiga, sonda; o juiz, mais que qualquer outra pessoa, é quem a realiza. Na verdade, os homens dependem mais da Justiça que da lei; muito mais do juiz que do legislador. É utilíssimo para um povo ter boas leis; mas é melhor ainda ter bons juízes. O bom juiz resiste às leis manifestamente iníquas, corrige as imperfeitas, dá polimento e vida às excelentes e põe em prática a norma que se aproxima do ideal. E, sem arranhar as garantias do jurisdicionado, encontra meios de fazer Justiça.”. E por fim, segundo as palavras de Piero Calamandrei (1989, p. 261-262, tradução nossa), “tão elevada é, na nossa estima, a missão do juiz e tão necessária é a confiança nele depositada, que as debilidades humanas que não se notam ou que se perdoam noutro qualquer funcionário público, parecem inconcebíveis num magistrado [...] Os juízes são como os que pertencem a uma ordem religiosa. Cada um deles tem que ser um exemplo de virtude, se não quiserem que os crentes percam a fé.”.

ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

AGOSTINHO, Santo. Livro XI. In: **Confissões**. Tradução de Maria Luiza Jardim Amarante. 19. ed. São Paulo: Paulus, 2006.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ALBERT, Richard. Constitutional handcuffs. In: **Arizona State Law Journal**, Tempe, Ed. College of Law Arizona State University, v. 42, p. 663-715, 2010.

ALVES, Alexandre Henry. **Regime jurídico da magistratura**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ALVES, Pedro de Oliveira. Mutações constitucionais na “Escola de Smend”: divergências entre as perspectivas de Hsü Dau-Lin e Konrad Hesse. In: **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, Ed. UFRGS, v. 17, n. 1, p. 103-130, 2022.

AMAR, Akhil Reed. Philadelphia revisited: amending the constitution outside article V. In: **The University of Chicago Law Review**, Chicago, Ed. University of Chicago, v. 55, n. 4, p. 1.043-1.104, 1988.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Teoria do ato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. v. II. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

AMORIM, Pedro Rocha. Mutações constitucionais: conceito, espécies e limites. In: **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**,

Pouso Alegre, v. 30, n. 1, p. 237-252, jan./jun. 2014.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de; GABRIEL, Anderson de Paiva; PORTO, Fábio Ribeiro. **Justiça 4.0**: uma nova onda de acesso à Justiça. 6 de julho 2022. Disponível em: <<https://www.trt20.jus.br/10-noticias/13735-artigo-justica-4-0-uma-nova-onda-de-acesso-a-justica>>. Acesso em: 22 fev. de 2023.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de; GABRIEL, Anderson de Paiva; PORTO, Fábio Ribeiro. Os “Núcleos de Justiça 4.0’”: inovação disruptiva no Poder Judiciário brasileiro. 2021. In: JOTA. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/os-nucleos-de-justica-4-0-inovacao-disruptiva-no-poder-judiciario-brasileiro-13042021>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

AZEVEDO, Luiz Carlos de; CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. A organização judiciária no Brasil colônia. In: **Revista UNIFIEO**, Osasco, Ed. Centro Universitário da Fundação Instituto de Ensino para Osasco, v. 2, n. 3, Osasco, 2000.

BALKIN, Jack M. **Living originalism**. Cambridge (MA): The Belknap Press of Harvard University Press, 2014.

BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. Understanding the constitutional revolution. In: **Virginia Law Review**, Charlottesville (VA), Ed. University of Virginia School of Law, p. 1.045-1.109, 2001.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Função correicional dos tribunais e deveres dos magistrados. In: **Revista CEJ**, Brasília, Ed. Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF), n. 28, p. 54-63, jan./mar. 2005.

BARATA, Rodrigo Sarmiento. A mutação constitucional e o STF: sua utilização e algumas perspectivas. (Monografia)– Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/152_Monografia%20Rodrigo.pdf>. Acesso em 18 abr. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luiz Roberto. **Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Nova introdução ao direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECKER, Gray S. **The economics of racial discrimination**: Ph.D. dissertation. Chicago: The University of Chicago, 1955.

BELLAMY, Richard; CASTIGLIONE, Dario. Constitutionalism and democracy: political theory and the American constitution. In: **British Journal of Political Science**, Cambridge (UK), Ed. Cambridge University Press, v. 27, n. 4, p. 595-618, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Ed. Polis/Universidade de Brasília, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à constituição federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRANCO, Patrícia. **Os tribunais como espaços de**

reconhecimento, funcionalidade e de acesso à justiça. Porto: Vida Económica, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números. 2022. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT>. Acesso em: 15 dez. 2022.

BUHATEM, Marcelo. Trabalho remoto dos magistrados e a Constituição Federal. In: Poder 360. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/opiniao/trabalho-remoto-dos-magistrados-e-a-constituicao-federal-por-marcelo-buhatem/>>. Acesso em: 21 abr. 2023.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, v. 33, n. 129, p. 25-43, 1996.

BURDEAU, Georges. **Traité de science politique.** v. 4. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1969.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distributions and the law of torts. In: **Yale Law Journal**, Danvers (MA), Ed. Yale Law Journal Company, v. 70, number 4, p. 499-553, 1961.

CALAMANDREI, Piero. **Elogio de los jueces escrito por abogados.** Tradução de Sentis Melendo, Medina Gaijo y C. Finzi. Buenos Aires: Europa América, 1989.

CALDWELL, Peter C. **Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law: the theory and practice of Weimar Constitutionalism.** Durham: Duke University Press Books, 1997.

CAMBI, Accácio. O relacionamento do juiz na comarca e sua atuação no processo. In: IDDFAM. Disponível em: <<https://>

ibdfam.org.br/artigos/205/O+relacionamento+do+juiz+na+comarca+e+sua+atua%C3%A7%C3%A3o+no+processo>. Acesso em: 21 abr. 2023.

CAMMAROSANO, Márcio. Decaimento e extinção dos atos administrativos. In: **Revista de Direito Público**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 13, n. 53/54, p. 161-172, jan./jun. 1980.

CAMPOS, Milton. Constituição e realidade. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 187/22, janeiro-fevereiro 1960.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luis (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. Reimpressão.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPITANT, Henri. **Vocabulário jurídico**. Buenos Aires: Depalma, 1973.

CARDOSO, Antônio Pessoa. Residência do juiz na comarca. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3291, 5 jul. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22149>>. Acesso em: 21 abr. 2023.

CARDUCCI, Michele. I mutamenti costituzionali informali come oggetto di comparazione: introduzione: dualismo e monismo nella osservazione dei mutamenti costituzionali informali. In: **Diritto Pubblico Comparato ed Europeo**, Milano, Ed. Università Commerciale Luigi Bocconi, Dipartimento di Studi giuridici Angelo Sraffa, n. 4, p. 1.643, 2009.

CARDUCCI, Michele. Sobre a distinção entre mutações constitucionais informais - puras e - impuras. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, Ed. Fórum, v. 4, n. 15, p. 199-215, jul./set. 2010.

CASTRO, Aníbal de. **A caducidade**: na Doutrina, na lei e na jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Petrony, 1980.

CAVALCANTI, Ana Beatriz Vanzoff Robalinho. **Mutação constitucional: origem, (des)construção e justificação**. 2017. 162 f. (Dissertação de Mestrado)– Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlim. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COASE, Ronald. H. The problem of social cost. In: **The Journal of Law & Economics**, Chicago, Ed. Chicago University Press, v. 3, p. 1-44, 1960.

CORDEIRO, António Menezes. Da caducidade no direito português. In: MIRANDA, Jorge (Dir.). **O Direito**, ano 136, v. V, Lisboa, Ed. Almedina, p. 819-842, 2004.

COSTA, Elcias Ferreira da. **Deontologia jurídica: ética das profissões jurídicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

COUTO, Reinaldo. Considerações sobre a validade, vigência e eficácia das normas jurídicas. In: **Revista CEJ**, Brasília, Ed. CJF, v. 18, n. 64, p. 7-12, 2014.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. **A lei orgânica da magistratura nacional interpretada**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la constitución**. Trad. Pablo Lucas Verdú y Cristian Forster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual**: administração judiciária, boas práticas e competência normativa. Salvador: JusPodivm, 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti; ROZMARYN, Stefan. **La constitution comme loi fondamentale dans les états de l'Europe occidentale et dans les états socialistes**. Torino: G. Giappichelli, 1966.

DUARTE, Luís Miguel. **Justiça e criminalidade no Portugal medievo (1459-1481)**. Dissertação (Doutoramento)– Universidade do Porto, 1993.

DUARTE NETO, José. **Rigidez e estabilidade constitucional: estudo da organização constitucional brasileira**. 2009. Tese (Doutorado em Direito do Estado)– Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Azul, 2012.

FARIA, José Eduardo. A justiça e a formação da magistratura. In: **OAB: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Brasília, Ed. OAB, n. 43/48, 1988.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional. In: **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 16, n.º 40, p. 67-81, abril-junho 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de direito constitucional brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GABRIEL, Anderson de Paiva. **O pragmatismo como paradigma do direito processual penal contemporâneo**: tecnologia, consenso e whistleblowing. Londrina (PR): Thoth, 2022.

GABRIEL, Anderson de Paiva; PINTO, Esdras Silva. O Futuro da justiça: prestação jurisdicional efetiva e em tempo razoável. In: SALOMÃO, Luís Felipe (Coord.). **Magistratura do futuro**. Rio de Janeiro: JC, 2020.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar**: ensaio sobre o ritual judiciário. São Paulo: Instituto Piaget, 1997.

GARAPON, Antoine. Imaginer le palais de justice du XXI^e siècle. In: CLAUSTRE MATTEONI, Julie Olivier; OFFENSTADT, Nicolas (Org.). **Un moyen âge pour aujourd'hui**. Paris: PUF, 2010.

GARAPON, Antoine; LASSÈGUE, Jean. **Justice digitale**: révolution graphique et rupture anthropologique. Paris: Presses Universitaires de France - PUF, 2018.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. In: **Economic Analysis Of Law Review**, Brasília, Ed. Universidade Católica de Brasília, v. 1, 2010.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Controle interno da magistratura**: corregedorias e o Poder Judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito constitucional**: introdução, parte geral, parte especial. v. 1. Coimbra: Almedina, 2009.

GRAES, Isabel. **O poder e a justiça em Portugal no século XIX**. Lisboa: AAFDL, 2014.

GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva B. Before (and after) Roe v. Wade: new questions about backlash. In: **The Yale Law Journal**, New Haven (Connecticut), Ed. Yale Law School, p. 2.028-2.087, 2011.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a

interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997.

HAN, Byung-Chul. **No enxame**: perspectivas do digital. Tradução de Lucas Machado. Petrópolis: Vozes, 2018.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade da transparência**. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2017.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus**: uma breve história do amanhã. São Paulo. Cia. das Letras, 2016.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: uma breve história da humanidade. São Paulo: Cia. das Letras, 2015.

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. São Paulo: Cia. das Letras, 2018.

HENRIQUES, Catarina Gordiano Paes; SILVA, Sandro José da. Rito e testemunho na produção da verdade jurídica. In: **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Niterói, Ed. Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito (ABraSD), v. 6, n. 1, 2019.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. 20. ed. Porto Alegre: SAFE, 1998.

HESSE, Konrad. Limites da mutação constitucional. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. In: HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HESSE, Konrad. Límites de la mutación constitucional. In: HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

HOFFMANN, Christian; LUCH, Anika; SCHULZ, Sönke E.; BORCHERS, Kim Corinna. **Die digitale dimension der grundrechte**: das grundgesetz im digitalen Zeitalter. Baden-Baden: Nomos, 2015.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria geral do direito digital**: transformação digital desafios para o direito. Tradução de Italo Fuhrmann. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

HOMEM, António Pedro Barbas. **Judex perfectus**: função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal 1640-1820. Coimbra: Almedina, 2003. (Colecção *teses*).

HORTA, Raul Machado. Mudança na constituição e reforma. In: **Revista do Centro Acadêmica Afonso Pena**, Belo Horizonte, Ed. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n. 1, p. 17-29, 1996.

HOBSBAWN, Eric J. **A era dos extremos**: o breve século XX (1914-1991). São Paulo: Cia. das Letras, 1995.

JELLINEK, Georg. Constitutional amendment and constitutional transformation. In: JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard. **Weimar**: a jurisprudence of crisis. Berkeley: University of California Press, 2002.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la constitución**. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KREPSKY, Giselle Marie; CIPRIANI, Thiago. O costume no ordenamento jurídico brasileiro como elemento de mutação

constitucional. In: **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, Florianópolis, Ed. Conpedi, v. 7, n. 1, p. 90-107, jan./jul. 2021.

LABAND, Paul. **Die geschichtliche entwicklung der reichsverfassung seit der reichsgründung**. Tübingen: Mohr, 1907.

LABAND, Paul. Die wandlungen der Deutschen reichsverfassung. In: Jahrbuch der Gehe-Stitung zu Dresen. 1895. Collections Kyushu University Library. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/2324/1000130530>>. Acesso em: 22 mar. 2023.

LABAND, Paul. **Le droit public de l'empire allemande**. v. 2. Paris: V. Giard & E. Brière, 1901.

LASSALLE, Ferdinand. **Discours et pamphlets: de l'essence d'une constitution**. Paris: Giard-Brière, 1903.

LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Da prescrição e da decadência**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Cia. das Letras, 2012.

LEMOS, André; LÉVY, Pierre. **O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária**. São Paulo: Paulos, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LEONCY, Léo Ferreira; CRUZ, José Raimundo Gomes da (Coord.). **A lei orgânica da magistratura nacional: interpretada**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2022.

LEVINSON, Sanford. Introduction: imperfection and amendability. In: LEVINSON, Sanford (Org.). **Responding to imperfection: the theory and practice of constitutional amendment**. Princeton: Princeton University Press, 1995.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 2009.

LIMA, Hermes. **Introdução à ciência do direito**. 27. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. **Normas constitucionais não escritas: costumes e convenções da constituição**. São Paulo: Almedina, 2012.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

LOEWENSTEIN, Karl. **Verfassungsrecht und verfassungspraxis der vereinigten staaten**. Heidelberg: Springer-Verlag, 1959.

MALUF, Sahid. **Direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1977.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.); FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (Coord.). **Constituição Federal interpretada artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. Barueri: Manole, 2020.

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. **A história do direito e o seu ensino na escola de Coimbra**. Coimbra: Almedina, 2008.

MARTINS, Lidiane Rafaela Araújo. **Regime jurídico-disciplinar da magistratura: procedimentos e estruturação das Corregedorias-Gerais dos Tribunais de Justiça**. Salvador: JusPodivum, 2019.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **O controle disciplinar da magistratura e o perfil ético do magistrado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDEIROS, Fábio Mauro de. **Extinção do ato administrativo em razão da mudança de lei: decaimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. A organização judiciária do Brasil colônia. In: **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, Ed. Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 40/41, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. rev. e atual. até a emenda constitucional 57, de 5-7-2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Org.). **Mutações constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. In: **Revista Direito Público**, Brasília, Ed. IDP, v. 1, n. 4, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Francisco Pontes de. **Tratado de direito privado**. v. 6. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954/1956.

MIRANDA, Jorge. Caducidade das normas constitucionais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (Org.). **Mutações constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 279-291.

MIRANDA, Jorge. Caducidade de normas constitucionais. In: MIRANDA, Jorge (Dir.). **O Direito**, ano 146, v. II, Lisboa, Ed. Almedina, p. 283-295, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Curso de direito constitucional: estado e constitucionalismo: sistemas políticos: a constituição como fenômeno jurídico**. v. 1. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MONCADA, Luís Cabral de. **Código do procedimento administrativo anotado**. 3. ed. Lisboa: Quid Juris, 2019.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. A recusa de aplicação de regulamentos pela administração com fundamento em invalidade. Tese (Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas)– Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, 2011.

MONTEIRO, Nuno Gonçalo. Os concelhos e as comunidades. In: MATTOSO, José (Dir.); HESPANHA, António Manuel (Coord.). **História de Portugal: o antigo regime**. Lisboa: Estampa, 1999.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas. 2010.

MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: JusPodivm, 2013b.

MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais implícitas e seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso. In: **Jurismat: Revista Jurídica**, Portimão, Ed. Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez (CEAD) / Edições Universitárias Lusófona, n. 3, p. 55-90, 2013a.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional: teoria da constituição**. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2018.

MORA-SANGUINETTI, Juan S. Evidencia reciente sobre los efectos económicos del funcionamiento de la justicia en España. In: Boletim Económico, Banco de España, Enero 2016. Disponível em:

<<https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/.../be1601-art3.pdf>>.
Acesso em: 14. Abr. 2018.

MULCAHY, Linda. **Legal architecture: justice, due process and the place of law.** Londres/Nova Iorque: Routledge, 2011.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional.** 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

NALINI, José Renato. O Poder Judiciário na constituição de 1988. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Tratado de direito constitucional.** v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NALINI, José Renato. Virtudes cardeais do juiz brasileiro. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ed. RT, v. 881, p. 57, mar 2009.

NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil: crônica dos tempos coloniais.** v. II. Porto Alegre: Ajuris, 1975.

NEVES, António Castanheira. Fontes do direito. In: **Digesta:** escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 2. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

NEVES, Carmen Nasaré Lopes. Mutação constitucional em face da hermenêutica judicial no controle por via de exceção. In: **Revista da Funda o Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, Ed. MPFT, ano 12, abril 2004.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2016.

NUNES, Dierle. Virada tecnológica no direito processual (da automa o   transforma o): seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia? In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos

Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). **Inteligência artificial e direito processual**: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Jus Podivm, 2020.

OLGUÍN JUÁREZ, Hugo A. **Extinción de los actos administrativos**: revocación, invalidación y decaimiento. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1961.

OLIVEIRA, Mauro Márcio. **Fontes de informações sobre a Assembleia Nacional Constituinte de 1987**: quais são, onde buscá-las e como usá-las. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: EDUSC, 2005.

PARIZZI, João Hagenbeck. **Os atores da crise numérica do judiciário brasileiro**: uma análise econômica da cadeia de incentivos à litigância abusiva. Belo Horizonte: EdUEMG, 2019.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação constitucional**: interpretação evolutiva da constituição na democracia constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico**: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

PEDROSO, João; BRANCO, Patrícia. Mudam-se os tempos, muda-se a família: as mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal. In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, Ed. Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, v. 82, 2008.

PELUSO, Vinícius de Toledo Piza; GONÇALVES, José Wilson. **Comentários à lei orgânica da magistratura nacional**: lei

complementar 35/1979 – LOMAN. São Paulo: RT, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 19. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário exponencial: 7 premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação no ecossistema da Justiça**. São Paulo: Vidaria dos Livros, 2018a.

PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário exponencial: premissas para acelerar o processo de inovação**. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). **Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia – 2018**. Belo Horizonte: Fórum, 2018b.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 7. ed. São Paulo: SaraivaJUR, 2021.

PINKER, Steven. **O novo iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo**. Tradução de Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Cia. das Letras, 2018.

POSNER, Richard A. The law and economics movement. In: **The American Economic Review**, Broadway, Ed. American Economic Association, v. 77, n.º 2, 1987.

POSNER, Richard A. **The problems of jurisprudence**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990.

POVEDA VELASCO, Ignacio Maria. **Os esposais no direito luso-brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PRESGRAVE, Ana Beatriz *et al.* **Visual law: o design em prol do aprimoramento da advocacia**. Brasília: OAB, 2021.

RAIMUNDO, Miguel Assis. Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular. In: GOMES, Carla

Amado; NEVES, Ana F.; SERRÃO, Tiago. **Comentários ao novo código do procedimento administrativo**. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2016.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito: situação Atual**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RESNIK, Judith. Courts: in and out of sight, site, and cite: the norman shachoy lecture. In: **Villanova Law Review**, Villanova (PA), Ed. Charles Widger School of Law, v. 53, Issue 5, p. 771-810, 2008.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. El derecho fundamental a la buena administración en la constitución española y en la Unión Europea. In: **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, Ed. Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, ano 10, n.º 40, abr./ jun. 2010.

ROSSNAGEL, Alexander; WEDDE, Peter; HAMMER, Volker; PORDESCH, Ulrich. **Digitalisierung der grundrechte?**: zur verfassungsverträglichkeit der informations-und kommunikationstechnik. Opladen: Westdeutscher, 1990.

RUSSELL-WOOD, Anthony John R. O governo local na América portuguesa: um estudo de divergência cultural. In: RUSSELL-WOOD, Anthony John R. **Histórias do Atlântico português**. São Paulo: Editora UNESP, 2014. DOMINGUES, Ângela; MOURA, Denise A. Soares de (Comp.).

SARAT, Austin. Imagining the law of the father: loss, dread, and mourning in the sweet hereafter. In: **Law and Society Review**, Amherst (MA), Ed. Law and Society Association, v. 34, n. 1, p. 3-46, 2000.

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

- SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução: Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.
- SECCO, Orlando de Almeida. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.
- SCHWARTZ, Stuart. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: a suprema corte da Bahia e seus desembargadores (1609-1751)**. Tradução Berilo Vargas. São Paulo: Cia. das Letras, 2011.
- SGARBI, Adrian. **Teoria do direito: primeiras lições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SIMONCINI, Andrea. The constitutional dimension of the internet: some research paths. In: **EUI Working Paper Law**, San Domenico di Fiesole (FI) (Italy), Ed. European University Institute / Department of Law, v. 16, p. 1-13, 2016.
- SOUSA, Otávio Tarquínio de. Vara branca e vara vermelha. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Ed. Forense, p. 245-246, nov. 1947.
- SOUZA, Débora Cazalato de. Administração e justiça: a criação do cargo de Juiz de Fora no Termo de Mariana em 1730. In: **XXV SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA**. ANPUH. Fortaleza, 2009.

SOUZA, Laura de Mello e. **Desclassificados do ouro: a pobreza mineira no século XVIII**. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

STERN, Klaus. **Derecho del estado de la Republica Federal Alemana**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

STOLLEIS, Michael. **A history of public law in Germany 1914-1945**. Trad. Thomas Dunlap. Oxford: Oxford University Press, 2004.

STRAUSS, David. **The living constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

STRECK, Lênio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo (RS), Ed. Unisinos, v. 1, n. 2, p. 75-83, 2010.

STRECK, Lênio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista Argumenta Journal Law**, Jacarezinho (PR), Ed. UENP, n. 7, p. 45-68, 2007.

SUSSKIND, Richard. **Online Courts and the future of justice**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

SUSSKIND, Richard. **Tomorrow’s lawyers: an introduction to your future**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

SUNSTEIN, Cass R. **A constitution of many minds**. Princeton:

Princeton University Press, 2009.

TELES, Miguel Galvão. Temporalidade jurídica e constituição. In: Boletim da Faculdade de Direito/**Stydia Ivridica** 46/ Colloquia – 5. 20 anos da Constituição de 1976/ Coordenador Científico do Colóquio José Joaquim Gomes Canotilho. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

TOFFOLI, José Antônio Dias. Inovação tecnológica na gestão do sistema de justiça. In: CHINI, Alexandre; GABRIEL, Anderson de Paiva; PORTO, Fábio Ribeiro (Org.); FUX, Luiz; MARTINS, Humberto; SHUENQUENER, Valter (Coord.). **O judiciário do futuro: Justiça 4.0 e processo contemporâneo**. São Paulo: Thomson Reuters (Revista dos Tribunais), 2022. p. 67-77.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

TRIBE, Laurence H. **The invisible constitution**. New York: Oxford University Press, 2008.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución: una aproximación al origen del concepto. In: **Revista Española de Derecho Constitucional**, año 20. núm. 58, p. 105-135, Enero-Abril 2000.

VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves. **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

VECCHI, Cristiano Brandão A mutação constitucional: uma abordagem alemã. Dissertação (Mestrado)– PUC / Departamento de Direito, Rio de Janeiro, 2005.

VEGA GARCÍA, Pedro de. **La reforma constitucional y la**

problemática del poder constituyente. 2. ed. Madri: Tecnos, 1991. 2.^a reimpressão.

VENOSA, Sílvio. **Introdução ao estudo do direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808).** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WHEARE, Karl C. **Modem constitutions.** London: Oxford University Press, 1973.

ZARDO, Norton Thomé. Para além dos organogramas: a história da organização judiciária brasileira no período pré-republicano sob a perspectiva da figura do magistrado. 2020. Dissertação (Mestrado)– Programa de Pós-Graduação em Direito Civil - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

Recebido em: 22-3-2024

Aprovado em: 26-4-2024

4

OS LIMITES DA COLABORAÇÃO PROBATÓRIA NO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL PORTUGUÊS¹

Hermínio Carlos Silva Rodrigues²

RESUMO

A sociedade pós-moderna (ou tardo-moderna) é marcada pelo advento de novas formas de criminalidade altamente organizada e exponencialmente complexa, a qual se enraizou nas próprias instituições sociais, tornando-se global e estrutural. A noção de que se está perante uma criminogénese sem precedentes, criou a convicção de que os paradigmas juspenais, materiais e processuais, já não são capazes de dar uma resposta eficaz aos novos desafios. À investigação criminal exigem-se novos padrões de eficácia, o que, não raro, tem conduzido à adopção de modelos diferenciados para certos sectores de criminalidade, marcados pela flexibilização de garantias materiais e processuais. Os Tribunais são, mais do que nunca, confrontados com novas exigências de eficiência, as quais,

¹ **Como citar este artigo científico.** RODRIGUES, Hermínio Carlos Silva. Os limites da colaboração probatório no direito penal e processual penal português. In: **Revista Amagis Jurídica**, Belo Horizonte, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, v. 16, n. 1, p. 185-229, jan.-abr. 2024.

² Doutorando e Mestre e em Direito (Ciências Jurídico-Criminais); Assistente do Instituto Superior Politécnico Jean Piaget de Benguela (Angola); Professor Convidado do Curso de Mestrado Direito Penal e Criminal da Faculdade de Direito da Universidade Katyavala Bwila (Angola); Formador Convidado do INEJ – Instituto Nacional de Estudos Judiciários (Angola), Investigador do JusGov (JusCrim) da Escola de Direito da Universidade do Minho; Investigador do CEsP – Centro de Estudos e Pesquisa do ISP – Jean Piaget de Benguela (Angola); Investigador convidado do CET – Centro de Estudos Tributários da Administração Geral Tributária de Angola; Jurisconsulto. *E-mail*: hcsrod@gmail.com

perante a escassez dos meios disponíveis, a complexidade dos processos e a morosidade dos procedimentos legais têm revelado as dificuldades do sistema judicial em responder às expectativas. Assim, têm sido propostas estratégias baseadas numa ampliação dos espaços de consenso, com vista a uma resolução mais célere dos pleitos criminais. Esta tendência convoca novas interrogações em face da natureza e das finalidades do processo penal, questões que suscitam uma reflexão profunda em torno dos limites constitucionais, dogmáticos e teleológicos do consenso em sede do processo penal português.

Palavras-chave: Criminalidade; justiça; eficiência; legalidade; consenso

ABSTRACT

Postmodern (or late-modern) society is marked by the advent of new forms of highly organized and exponentially complex criminality, which has become rooted in social institutions themselves, becoming global and structural. The notion that there is an unprecedented criminogenesis has created the conviction that justice, material and procedural paradigms, are no longer able to respond effectively to new challenges. Criminal investigation requires new standards of effectiveness, which has often led to the adoption of different models for certain criminal sectors, marked by the flexibility of material and procedural safeguards. Courts are confronted with new efficiency requirements, which, given the scarcity of available resources, the complexity of cases and the length of legal proceedings have revealed the difficulties of the judicial system in meeting expectations. Thus, strategies have been proposed based on an extension of the spaces of consensus, with a view to a faster resolution of criminal lawsuits. This trend calls for new questions in the face of the nature and purpose of the criminal process, questions that give rise to a deep reflection around the constitutional, dogmatic and teleological limits of the consensus in the portuguese criminal proceedings.

Keywords: Criminality; justice; efficiency; legality; consensus

SUMÁRIO. 1. Criminalidade organizada, eficácia do sistema e as novas fronteiras do estado de direito. 2. Novos espaços de interação no processo penal português. 3. Justiça penal

negociada e justiça penal consensual. 3.a. O *Plea Bargaining*. 3.b. Os acordos no processo penal: a jurisprudência alemã e o § 257 c) da *StPO*. 3.c. A proposta de Figueiredo Dias sobre os “acordos sobre sentenças” para o processo penal português. 4. Incidências constitucionais, substantivas e processuais de uma “justiça penal negociada” em sede do processo penal português. 4.a. O sistema de *Plea Bargaining*. 4.b. O § 257 c) da *StPO* alemã: “Conversas prévias” e acordos sobre a pena. 4.c. A proposta de Figueiredo Dias: os “acordos sobre sentenças” em processo penal. 5. Conclusão. Bibliografia.

1 CRIMINALIDADE ORGANIZADA, EFICÁCIA DO SISTEMA E AS NOVAS FRONTEIRAS DO ESTADO DE DIREITO

A sociedade de hoje convive com uma criminalidade estrutural, estruturada e global. A globalização económica, política, tecnológica e cultural (GIDDENS, 2000, p. 22 e ss.) alargou os horizontes da criminalidade³, a qual, aproveitando ao máximo os novos espaços de actuação, as novas tecnologias e as novas dinâmicas de organização social (RODRIGUES, 2009, p. 187) resultantes do recuo da influência dos Estados no tecido social, internacionalizou-se, integrou-se socialmente (MAILLARD, 1995, p. 94) e organizou-se, assumindo características alheias à ideia de delinquência como fenómeno marginal.

A criminalidade deixou de estar à margem da sociedade para fazer parte dela, de modo que, hoje, pode dizer-se que existe uma simbiose entre crime e sociedade, estando a criminalidade infiltrada nos centros de decisão políticos, económicos e financeiros, processando-se em complexas redes criminosas, as quais se aproveitam das estruturas e instituições sociais, confundindo-se com elas⁴. Há como que uma porosidade entre a sociedade oficial e a sociedade do crime (MAILLARD, 1995, p. 91), aumentando

³ Sobre a relação entre globalização e criminalidade global, *vide* Duarte (2002, p. 17). Céptico (estamos em crer) acerca desta relação está Prittwitz (2003, p. 149).

⁴ É, no fundo, a “sociedade fractal” de que nos fala Jean de Maillard (1997, p. 43 e ss., *apud* RODRIGUES, 2009, p. 185).

exponencialmente a dificuldade da detecção e, inclusive, a percepção da actividade criminosa (Cfr. RODRIGUES, 2003b, p. 207; CANAS, 2004, p. 10; SCHNEIDER, 1993, p. 723).

Anova criminogénese, a da pós-industrialidade, provém, então, da criminalidade organizada, empresarial, transnacional (conosco, ZUÑIGA RODRIGUEZ, 2003, p. 5). A noção de criminalidade organizada, pela sua complexidade e polimorfismo, está longe de ser pacífica.⁵ Daí que a compreensão da fenomenologia que lhe está associada, quer o crime, como produto, quer os custos sociais como resultado não seja tarefa fácil. No entanto, são traços comuns da criminalidade organizada (cfr. ALBRECHT 2010, p. 78; DAVIN, 2007, p. 112 e ss.):

- a forte implantação e simbiose com o meio em que operam numerosos actores organizados em rede ou em sistemas;
- a altíssima fungibilidade desses actores;
- a partilha de valores e normas de comportamento de acordo com um “código deontológico” comum;
- a criação de esquemas de branqueamento de capitais ilícitos que envolvem, não raras vezes, o uso dos meios das comunidades em que operam, o envolvimento de elementos dessas comunidades em relações forçadas com o mundo do crime;
- a relação privilegiada com os governos marcada pelo financiamento de campanhas, pelo tráfico de influências e pela corrupção no seu sentido mais vasto.

A crescente complexidade técnica e sofisticação dos instrumentos usados para a prática de crimes de índole económico-

⁵ Cfr. Zuñiga Rodriguez (2002). No entanto, uma definição uniforme e consensual é importante para a concretização do princípio da legalidade. Veja-se o caso do 177.º, n.º 2, alínea a), do Código de Processo Penal, que permite que uma busca domiciliária, nos casos de criminalidade altamente organizada, se realize entre as 21 e as sete horas.

-financeira e de branqueamento de capitais, as intrincadas redes em que se processam as condutas criminosas, envolvendo praticamente todos os sectores económico-sociais e a dissociação espaço-temporal entre execução material e tomada de decisões pelos centros de responsabilidade, fazem com que a investigação criminal esteja sempre um passo atrás das redes criminosas, necessitando, instantaneamente, de novos meios de acção para tentar acompanhar as diferentes estratégias da criminalidade organizada. Estas requerem mais eficácia dos meios de investigação e recolha de prova (cfr. MONTE, 2018, p. 54; COSTA, 2009a, p. 113), exigência essa que começa a pôr em causa a viabilidade das estratégias de prevenção e repressão da criminalidade complexa e altamente organizada no respeito integral pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais.

Não obstante, ao longo dos anos e por influência da União Europeia e da sua política de combate à criminalidade organizada, designadamente a transnacional⁶, várias foram as concessões em

⁶ A influência da legislação internacional sobre esta matéria tem sido decisiva na adopção de novas soluções pelo legislador português. Algumas delas revogando totalmente os regimes vigentes; outras consagrando apenas excepções de relevo. Ao nível do Direito Internacional, veja-se a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, de 2000 e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas, de 1998. A intenção é garantir, na União Europeia, um espaço de liberdade, segurança e justiça (art.º 2.º do Tratado de Amesterdão, e 3.º do Tratado da União Europeia) reforçou a preocupação da UE face ao combate à criminalidade organizada (art.º 29.º do Tratado de Amesterdão, art.º 83.º, e 87.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia). Também o Plano de Acção do Conselho, denominado “Prevenção e controlo da criminalidade organizada: estratégias da União Europeia para o início do novo milénio” de março de 2000, versa sobre esta matéria, reunindo as contribuições dos Planos de Acção de Amesterdão (1997) e Viena (1998), bem como as conclusões do Conselho Europeu de Tampere, de 1999. Este Plano de Acção resultou da Resolução do Conselho, de 21-12-1998, sobre as linhas de acção para a prevenção da prevenção da criminalidade em geral e da criminalidade organizada em especial. Em termos de instrumentos jurídicos, há a destacar uma série de acções comuns, as quais tinham a pretensão de vincular os Estados Membros à adopção de medidas concretas ao nível do direito interno. São elas a Acções Comuns, de 24-2-97 (acção contra o tráfico de seres humanos e exploração sexual de crianças), que esteve na origem das alterações ao CPenal operadas pela Lei n.º 65/98 de 2 de setembro; de 3-12-1998 (identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda de instrumentos e produtos do crime); de 22-12-98 (corrupção no sector privado), que

matéria de proibição de meios de obtenção de prova com prejuízo para a integridade de direitos fundamentais, tudo em prol de uma maior eficácia da investigação criminal na descoberta da verdade material. O regime especial de recolha de prova relativo à criminalidade organizada e económico-financeira é exemplo disso⁷, nomeadamente os regimes do agente infiltrado e das escutas telefónicas e outras intercepções de comunicações pessoais (cada vez mais amplo e incondicional) (COSTA, 2009a, p. 115). Isto demonstra uma extraordinária preocupação do legislador com a descoberta da verdade material, no sentido de uma melhor e mais célere realização da justiça, sendo, no entanto, algumas destas medidas de duvidosa constitucionalidade (BRITO, 2007, p. 79-85).

É neste contexto que convém reflectir sobre a ampla negociabilidade no exercício da Justiça penal, como meio de promoção da celeridade processual. Poderão instrumentos como o

conduziu, em Portugal, à Lei n.º 108/2001, de 28-11; de 21-12-98 (incriminação da participação em organização criminosa). Significativas foram a Decisão do Conselho de 28-2-2002 (Decisão EUROJUST), a Decisão-Quadro do Conselho, de 13-6-2002 (mandado de detenção europeu e processos de entrega entre os Estados-Membros), a Decisão-Quadro do Conselho, de 6-10-2006 (relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda), a Decisão-Quadro, de 24-11-2008 (luta contra a criminalidade organizada). Foram relevantes, também, por terem estado na origem da Lei n.º 93/99, de 14 de junho, a Decisão-Quadro do Conselho, de 26-6-2001 (branqueamento de capitais e identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda de instrumentos e produtos do crime), a Resolução do Conselho da EU, de 23-11-1995 (protecção de testemunhas no âmbito da luta contra a criminalidade organizada internacional), e a Resolução, de 20-12-1996 (pessoas que colaboram com a Justiça no âmbito da luta contra a criminalidade organizada internacional), bem como a Recomendação do Conselho da Europa n.º (97) 13, de 10 de setembro, sobre intimidação das testemunhas e direitos de defesa. Importantes foram, também, a Convenção Europol, a Convenção relativa ao Processo Simplificado de Extradicação, de 10-3-95, a Convenção relativa à Extradicação entre os Estados-Membros da União Europeia, de 27-9-96, e a Convenção Relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados-Membros da União Europeia, de 29-5-2000.

⁷ Nos termos do art.º 174.º, n.º 5, alínea a), do Código de Processo Penal, nos casos “de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade física de qualquer pessoa”, as revistas e buscas não estão sujeitas a autorização prévia por parte da autoridade judiciária competente. Note-se ainda o regime de prova instituído pela Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

Direito Penal premial, em especial a colaboração premiada, e os acordos em sede de processo penal constituir uma solução adequada para o combate à criminalidade organizada, sem comprometer os direitos fundamentais dos arguidos, bem como os princípios estruturantes do processo penal, e, assim, contribuir para estabelecer novos equilíbrios na dialética: garantias fundamentais / eficácia da Justiça? A resposta a esta questão depende da compatibilidade entre as figuras em causa e o quadro axiológico constitucional. Isto porque, admitir, ainda que para um certo sector da criminalidade, a flexibilização controlada de certos princípios político-criminais, quer substantivos, quer processuais, significa uma ruptura susceptível de causar graves perigos para os valores e instituições do Estado de Direito (cfr. CAEIRO, 1996, p. 207; SILVA-SÁNCHEZ, 1999, p. 72 e ss.). A intencionalidade teleológica veiculada numa dada política criminal não pode olvidar que a eficácia e a maximização dos resultados são objectivos limitados por garantias constitucionais que tornam, à partida, inalcançáveis certos padrões de eficácia.

Embora se tenha por adquirido que a criminalidade organizada representa grave perigo para os sistemas políticos democráticos e para os valores essenciais das comunidades, uma política criminal destinada à sua prevenção e repressão deve respeitar as regras do Estado-de-Direito. É o Estado-de-Direito em si mesmo que está em causa sempre que o legislador adopta instrumentos de controlo susceptíveis de negar os seus princípios fundamentais.⁸ Nas palavras de Faria Costa (2009a, p. 123): “Aqui, como em tantas outras coisas, a facilidade não compensa. Por isso, escolhamos a via difícil de tentar cumprir a justiça penal no mundo contemporâneo com os instrumentos de uma razão modelada [...] e ciente das suas inescapáveis limitações.”.

⁸ Neste aspecto, não deixa de ser sintomático que o Conselho Europeu, no Programa de Estocolmo, aprovado em 4 de maio de 2010, que define a agenda da União Europeia no domínio do espaço de liberdade, segurança e justiça para o período de 2010 a 2014, tenha proposto a adesão da UE (prevista no art.º 6.º do TUE) à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, a qual propõe, justamente, o reforço das garantias do arguido em processo penal.

2 NOVOS ESPAÇOS DE INTERACÇÃO NO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS

Existe, na actualidade, a percepção generalizada de uma profunda crise da Justiça penal. Para alguns, instalou-se mesmo a descrença nas reais capacidades do processo penal actual para aplicar a Justiça com eficiência e eficácia, sendo urgente reformular a sua estrutura e os seus princípios. Começa a ser *communis opinio* que a razão da crise da Justiça penal está na excessiva formalização processual e no excessivo garantismo dispensado pelo sistema. A percepção da rigidez do processo penal, pautado por um rígido princípio de legalidade não é, todavia, novidade. Em Portugal, foram e têm vindo a ser amplamente adoptados, desde o advento do Código de Processo Penal de 1987, instrumentos que visam a simplificação, celeridade, oportunidade, e espaço para soluções consensuais no processo penal (cfr. ANDRADE, 1988, p. 319 e ss.; RODRIGUES, 1996, p. 525 e ss.). Veja-se as formas de processo sumário e abreviado (arts. 381.º e 391.º-A do CPP), suspensão provisória do processo (arts. 281.º e 307.º, n.º 2, 384.º e 391.º-B do CPP) e o regime probatório assim instituído, a dispensa de julgamento em processo sumaríssimo (art.º 392.º do CPP), o regime da confissão em julgamento (art.º 344.º do CPP), a atribuição de competência ao Tribunal singular (arts. 16.º, n.ºs 3 e 4, do CPP), o arquivamento em caso de dispensa de pena (art.º 280.º do CPP) e, muito especialmente, a Lei de Mediação Penal de adultos (Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, em execução do artigo 10.º da Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de março). No caso do processo sumaríssimo, a reforma de 2007 até veio introduzir mudanças com vista à sua mais ampla aplicação prática (cfr. FIDALGO, 2008, p. 297 e ss.; ALBERGARIA, 2008, p. 466 e ss.). Trata-se de uma forma processual de, até há bem pouco tempo, quase nula aplicação, mas que tem vindo a ser cada vez mais adoptada, estando, na opinião de alguma doutrina, longe de esgotar o seu potencial (ALBERGARIA, 2008, p. 489; COSTA, 2013, p. 91 e ss.).⁹

⁹ O regime do processo sumaríssimo, ao permitir dispensar de julgamento mediante acordo do arguido, não configura, propriamente, um expediente de

Não obstante, permanece a convicção de que, mantendo-se o processo penal fiel ao seu paradigma acusatório mitigado (por um princípio de investigação), preso ao seu pendor garantista e, sobretudo, a uma interpretação do princípio da legalidade como um princípio absoluto, o que obstará à admissibilidade de qualquer franja de disponibilidade do processo penal, não será possível obter os melhores resultados e a Justiça penal não será capaz de enfrentar os desafios do novo milénio, pois serão, justamente, essas características do processo penal a causa da sua ineficácia e do consequente descrédito social de que padece. Já no ano de 2007, FIGUEIREDO DIAS se mostrava bastante preocupado com o potencial colapso da justiça penal por um “insuportável *overloading*” dos tribunais e, estando consciente da existência, em sede de processo penal, de acordos particulares susceptíveis de configurar uma autêntica “justiça negociada”, apressou-se a alertar para a existência de uma justiça penal negociada latente (cfr. DIAS, 2009, p. 814).¹⁰

Para uma certa corrente doutrinal, é, pois, necessário dotar o processo penal de instrumentos que lhe permitam não só ir em busca da verdade dos factos, mas também pautar a sua actuação por uma certa racionalidade de custo-benefício (BOTTOMLEY, 1979, p. 104 e ss.), não obstante o facto de se sacrificarem princípios caros ao Estado de Direito. Ou, em alternativa, adoptar-se um autêntico processo de partes em matéria penal, sacrificando-se definitivamente, os princípios processuais da legalidade e da objectividade. Para a maioria da doutrina europeia, que olha com desconfiança a influência anglo-saxónica nesta matéria (cfr. RODRIGUES, 2003a, p. 49 e ss.; DIAS, 1983, p. 212 e ss. e 236 e ss.; MONTE, 2018, p. 60;

“justiça negociada”, porquanto o arguido nada negocia com o Tribunal, apenas adere a uma proposta peremptória que o Tribunal lhe apresente. Todavia, a partir da reforma de 2007, o art.º 392.º, n.º 1, do CPP, obriga a uma audição prévia do arguido pelo MP, antes de se lhe apresentar a proposta de sanção, o que consistirá, no mínimo, na abertura de um novo espaço de interacção entre o MP e o arguido. (cfr. BRANDÃO, 2015, p. 163, nota 16).

¹⁰ O ilustre Professor chama a atenção para os perigos dos acordos à margem do processo penal porque “podem obedecer a mecanismos perversos e comportam riscos incontestáveis: pense-se nos fenómenos da barganha próximos da extorsão que, muitas vezes, subjazem às desistências de queixa.” (DIAS, 2009, p. 814).

ALBERGARIA, 2007, 109 e ss.; COSTA, 2013, p. 88 e ss.), o que há a fazer é, pura e simplesmente, achar um novo equilíbrio, uma nova harmonização entre os interesses conflitantes, conservando a fidelidade aos princípios da legalidade, da investigação, da verdade material, da indisponibilidade do objecto do processo, da culpabilidade. Portanto, mantendo a estrutura acusatória mitigada do processo, no estrito respeito pelos princípios do Estado de Direito Democrático (DIAS, 2011, p. 15-16; COSTA, 2013, p. 88 e ss.). Tratar-se-á, tão-só, de introduzir novas formas comunicacionais ainda não institucionalizadas, bem como a procura cooperativa da verdade, sem que, com isso, se induza qualquer coacção ou perturbação da vontade do arguido no sentido de este transigir sobre o objecto do processo, a culpa ou a pena.

Fruto da dialética entre as duas tendências referidas, têm-se aberto novos caminhos ao princípio da oportunidade e à simplificação dos processos no sentido de estimular uma “gestão eficiente do sistema” (CAEIRO, 2000, p. 31-47). Hoje pensam-se, sobretudo, novos espaços de interacção entre o Tribunal e o arguido, muito por iniciativa do próprio aparelho judiciário, que começa a revelar tendências para promover o acordo, “instrumento desformalizador que torna mais barata e célere a justiça penal, à custa das tradicionais formalidades do processo, mediante um acordo entre os participantes.” (HASSEMER, 2008, p. 184. Cfr. sobre esta prática, designadamente nos Tribunais alemães, ROXIN, 2009, p. 390 e ss.). É um dado incontornável que alguma doutrina estrangeira, as instâncias supranacionais¹¹ e a jurisprudência dos Tribunais internacionais¹² têm vindo a propor a adopção de soluções consensuais no processo penal como forma de atingir, não só melhores índices de eficiência, mas, também, a tão desejada eficácia. Desenvolve-se, hoje em dia, aquilo que se tem vindo a chamar de “justiça penal negociada”, fenómeno a

¹¹ Vide a Recomendação do Conselho de Ministros da Europa de 17 de setembro de 1987, a qual recomenda, abertamente, a adopção do *guilty plea* no sentido de acelerar a aplicação da Justiça.

¹² Quanto à doutrina, vide, por todos, Dias (2011); Albergaria, Lima e Neves (2011, 109 e ss.). Quanto à jurisprudência, cfr. Stephen Thaman (2010, p. 27 e ss.).

que não é estranha a influência do processo penal anglo-saxónico, e norte-americano em especial, de tão sedutores que são os resultados de tal processo ao nível das estatísticas de eficiência que a Justiça norte-americana logra atingir.

Há quem fale mesmo numa “americanização” irreversível do processo penal em nível mundial (cfr. TULKENS, 2001, p. 641; contra, LANGER, 2004, *passim*), tal é a influência que o modelo americano tem vindo a exercer sobre os diversos ordenamentos jurídicos (cfr., quanto a esta influência, DIAS, 2011, p. 22 e s.), sendo o *Plea Bargaining* prática usual também nos Tribunais internacionais (cfr. ALBERGARIA; LIMA; NEVES, 2011, p. 109, nota 4). Também em Portugal, esta discussão teve lugar e, sintomaticamente, por iniciativa de Magistrados (cfr. ALBERGARIA; LIMA; NEVES, 2011; COSTA, 2013), ainda que a doutrina (*vide* DIAS, 2011; ALBERGARIA, 2007) se haja debruçado sobre a matéria.

A celeuma doutrinal consiste, então, em saber se qual o caminho que o processo penal deve seguir para responder ao clamor por mais e melhor Justiça. E, assim, superar a crise existencial em que se encontra. Deverá enveredar pelo caminho de uma autêntica Justiça negociada, nos moldes anglo-saxónicos? Deverá, pelo contrário, manter-se amplamente fiel ao um certo mito de “Justiça absoluta”, negando qualquer possibilidade de adopção de uma política de gestão eficiente do sistema por meio da abertura de espaços de consenso? Ou dever-se-á achar um ponto intermédio? A resposta a estas questões passa por responder a uma questão prévia: até que ponto o princípio do Estado-de-Direito permite a negociabilidade da Justiça penal?

3 JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA E JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

Não é objectivo deste trabalho responder a todas as questões formuladas *supra*, senão à última. Em boa verdade, uma aproximação aos institutos em causa levar-nos-á a tirar algumas conclusões que

nos permitirão ensaiar uma resposta à questão: até onde se pode conceber a negociabilidade no exercício da Justiça penal sem comprometer o Estado de Direito?

Para o efeito, convém clarificar alguns conceitos e analisar algumas figuras que, a um olhar menos atento, poderão passar por idênticos ou equivalentes. Aquilo que usa designar-se por “Justiça penal negociada” é um conceito polissémico e abrangente, agregando sob a mesma designação realidades e soluções diversas (TULKENS; KERCHOVE, 1996, p. 447 e ss.). Por Justiça negociada deve entender-se “um modelo de justiça que reconhece aos envolvidos um poder de discussão do pleito que é susceptível, mediante concessões recíprocas, de influenciar, ao menos parcialmente, o conteúdo das propostas em jogo e de assim conduzir a um verdadeiro acordo negociado.” (BRANDÃO, 2015, p. 163, nota 15.). Por Justiça consensual deve entender-se a possibilidade de os interessados exprimirem a sua concordância ou recusa face a uma proposta final que o Tribunal lhes faça, sem que isso passe pela negociação da acusação, da culpa ou da possibilidade de recurso, limitando-se o âmbito do consenso à questão da pena (sobre esta distinção, *vide* DIAS, 2011, p. 20 e ss.).

Assim, o *Plea Bargaining* do sistema americano situa-se no âmbito da “Justiça penal negociada”, levando-a ao seu expoente máximo, estruturando o processo penal como um autêntico processo de partes, pelo menos em termos de disponibilidade do objecto do processo. Os acordos sobre Sentenças trabalhados pela jurisprudência alemã e, mais tarde, introduzidos no § 257.º c) da lei processual penal alemã, o “*patteggiamento sulla pena*” do art.º 441.º, n.º 1, do CPP italiano, a “*conformidad*” prevista nos arts. 695.º, 787.º e 801.º da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de Espanha, a “*reconnaisse prénable de culpabilité*” da lei francesa, a “transacção penal” da lei brasileira, bem como a proposta de Figueiredo Dias dos “acordos sobre sentenças em processo penal”, orientam-se para o campo de justiça consensual¹³.

¹³ Para uma visão de conjunto dos sistemas processuais mais significativos nesta matéria a nível europeu, *vide* Delmás-Marty (2000, p. 665-695).

Analisemos agora aquelas que consideramos ser as mais expressivas propostas de “justiça penal negociada” e de “justiça penal consensual”.

3.A O *PLEA BARGAINING*

O processo penal norte-americano é a expressão máxima do que pode ser uma “Justiça negociada”. Isto porque, neste sistema penal, é possível negociar-se tudo, desde o conteúdo da acusação à pena concreta, passando pela admissão da culpa. Não há, na teoria do processo penal, nada mais funcionalmente orientado para a eficiência. Isto porque o processo penal americano é um sistema acusatório puro, isto é, constitui um autêntico processo de partes (DIAS, 2011, p. 3), um processo absolutamente adversarial orientado pelo princípio da oportunidade (MONTE, 2018, p. 58), no qual o Promotor Público é, portanto, parte do processo, juntamente com o arguido. Este modelo processual não é funcionalizado à descoberta da verdade material. Logo, a sua estrutura acusatória não é mitigada por qualquer princípio de investigação, estando reservado ao Tribunal o simples papel de árbitro (DIAS, 2011, p. 3). Destarte, o Promotor Público tem a plena disponibilidade do processo e pode tomar decisões praticamente discricionárias (DIAS, 2011, p. 3) sobre a oportunidade da perseguição penal. Até porque a sua legitimidade no exercício da acção penal não advém de ser representante do Estado na defesa da legalidade, mas sim da sua eleição democrática (ALBERGARIA, 2007, p. 33 e ss.).

Este modelo processual, constituindo um perfeito processo de partes, em que cada uma delas prossegue o seu objectivo apenas com a vigilância do tribunal, favorece imenso a feitura de acordos sobre o objecto do processo, sobre a culpa e sobre a pena (ALBERGARIA, 2007, p. 48), pois que tudo é negociável para se chegar a uma solução a contento dos envolvidos. Todavia, um modelo deste tipo, que pode oferecer as suas vantagens em termos de eficiência, suporia, para ser justo, uma efectiva igualdade entre as partes. Ora, essa igualdade

não existe. Desde logo, porque a negociabilidade começa e depende sempre da admissão da culpa (*guilty plea*) (ALBERGARIA, 2007, p. 18)¹⁴. O arguido terá de admitir que cometeu o crime para que lhe possa ser dada a hipótese de negociar o objecto do processo e/ou a pena. A admissão da culpa é a “*moeda de troca*” (cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA, 1997, p. 29-36). O mais grave de tudo é que é mesmo aceitável a admissão de culpa sob protesto de inocência, ou seja, o arguido pode confessar sob reserva mental: aceita aquilo em que não acredita nem, em boa verdade, admite, apenas para garantir uma pena mais suave, preferindo não arriscar o resultado duvidoso do pleito (cfr. BELEZA, 1997, p. 11)¹⁵. E isto é assim porque não vigora, no processo penal americano, um princípio de investigação. Todavia, apesar do seu papel de árbitro no “processo de partes”, o Tribunal pode rejeitar a admissão de culpa, com base no princípio da discricionariedade judicial (ALBERGARIA, 2007, p. 84 e ss.), bem como rejeitar o próprio acordo firmado se entender que o procedimento não foi correcto. Quanto ao conteúdo do acordo em si, é da total disponibilidade das partes. Isto faz com que, na verdade, não haja propriamente uma decisão judicial sobre a matéria de facto, mas uma homologação jurisdicional de um acordo.

Quais as virtualidades do sistema de *plea bargaining*? Apresenta, indubitavelmente, vantagens em termos de eficiência aferida em termos de celeridade processual. É um processo muito expedito na medida em que se reduz substancial as fases processuais e os formalismos atinentes à produção e apreciação da prova. Para

¹⁴ O *guilty plea* representa dos factos imputados ao arguido, aceitando este a imposição imediata de uma pena, renunciando ao direito ao julgamento, dispensando, assim, o ónus probatório ao acusador, ou seja, o processo, no essencial, perde a sua razão de ser. O reconhecimento da sua culpa pelo arguido ocorre numa audiência denominada *arraignment*, que tem lugar depois de deduzida acusação, com o fim de esclarecer os termos desta e de questionar o posicionamento do réu sobre sua inocência (cfr. HENDLER, 1996, p. 195).

¹⁵ Atentemos nas palavras de Anabela Miranda Rodrigues (2003a): “Neste contexto, a liberdade para negociar é mais ilusória do que real. Longe de contribuírem para a igualdade das partes, estes processos negociados reforçam a desigualdade, já que “o contrato é também o instrumento privilegiado de domínio do forte sobre o fraco.”.

uma melhor compreensão das razões de ser deste sistema, teremos de ter em conta que, se não tivesse estas características, ele soçobriaria ao peso da sua própria dimensão (cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA, 1997, p. 27 e ss.). Deste modo, nem todos os ordenamentos jurídicos reclamam uma solução tão pragmática.

3 B OS ACORDOS NO PROCESSO PENAL: A JURISPRUDÊNCIA ALEMÃ E O § 257 C) DA *StPO*

Tal como o processo penal português, o sistema processual penal alemão tem uma estrutura acusatória mitigada por um princípio de investigação oficial, de onde decorre, nos termos do § 152, 2. do *StPO* (*Strafproceßordnung*), o princípio da legalidade como motor da acção penal. O Ministério Público exerce officiosamente a acção penal em defesa da legalidade, estando, portanto, vinculado por uma estrita objectividade e pela fixação do objecto do processo. Estas características, por si só, são motivo suficiente para que não possa ser acolhido, no processo penal alemão, uma solução de “justiça negociada” no sentido amplo do termo.

Não obstante, o avolumar de processos nos Tribunais e uma cada vez maior exigência de eficiência no seu funcionamento, ditaram que, na prática, os Tribunais alemães há muito tenham procurado resolver os pleitos criminais com base numa solução consensual, para o que se tornou usual o recurso aos “*Verständigung*” ou “*Absprachen*”, os quais, não raro, consistiam em verdadeiros acordos sobre Sentenças (cfr. ROXIN, 2009, p. 390 e ss.; HUBER, 2009, p. 116 e ss.) celebrados entre a acusação e o arguido, mais tarde apresentados ao Juiz para homologação. Não se prescindia propriamente do julgamento, mas este consistia, na maior parte dos casos, num acto de homologação do acordo firmado, podendo, sendo caso disso, produzir-se alguma prova para que o Tribunal pudesse verificar da verosimilhança do que se confessava, havendo fundadas dúvidas. Era, de resto, comum que nestes “*Verständigung*” se renunciasse ao recurso.

Todavia, tais acordos foram tendo lugar no silêncio da lei sobre esta matéria, sendo a sua institucionalização motivada pela escassez de recursos alocados à Justiça, bem como pela percepção de um eminente colapso do sistema por sobrecarga (cfr. MADLENER, 2009, p. 648 e ss.). Diz-nos Figueiredo Dias que, “apesar do conhecido e quase sacral respeito que a praxis judiciária alemã manifesta pelo seu Direito positivo, os acordos em processo penal tornaram-se, desde os finais dos anos 70 do século passado, uma realidade *sine lege e praeter legem* da prática judiciária germânica.” (DIAS, 2011, p. 23).

Neste contexto, o próprio Supremo Tribunal Federal Alemão (*BGH - Bundesgerichtshof*) acabou por subscrever, em dois Acórdãos, em 1997 (28-8) e em 2005 (3-3) esta prática, no pressuposto que uma qualquer resolução consensual do processo se limitasse à questão da pena (não é permitido *charge bargaining*), sem, no entanto, se acordar uma pena concreta, senão um limite máximo da moldura penal. A confissão sobre os factos deve ser livre e espontânea, sem qualquer tipo de coacção, o que deve ser verificado pelo Tribunal a partir do conteúdo dos autos. A punição deve refletir a gravidade do delito e a culpabilidade do autor e o acordo não pode incluir renúncia ao recurso. Portanto, o acordo há-de ter lugar no processo e a partir dele (ROXIN, 2009, p. 391). De qualquer modo, o *BGH*, apercebendo-se das proporções (SCHÜNEMANN, 2004, p. 180)¹⁶ que este expediente estava a tomar e consciente de que, tanto as conversas prévias como os acordos sobre a medida da pena antes do julgamento são práticas susceptíveis de violar direitos fundamentais, exortou ao legislador que equacionasse o enquadramento legal desta matéria, definindo com exactidão os seus pressupostos e limites.

O legislador veio, pois, a fazê-lo, em 2009, com o intermédio da introdução do § 257 c) na *StPO*¹⁷. Este regime jurídico consagra o instituto dos acordos sobre Sentenças no processo penal alemão. Em

¹⁶ Segundo este autor, os acordos informais chegaram a ter lugar em cerca de 30-50% dos processos penais na Alemanha.

¹⁷ § 257c *StPO*: (1) “Nos casos adequados e conforme as regras dos seguintes parágrafos, o tribunal pode acordar com as partes a respeito do andamento e do resultado do processo”.

que moldes? Trata-se de uma solução excepcional que permite ao Tribunal estabelecer um acordo com os envolvidos no processo acerca do seu curso e resultado. Este acordo é firmado entre o Tribunal e o arguido, e não entre este e o Ministério Público, mesmo sendo, neste caso, sujeito a eventual homologação judicial. Tal fica a dever-se à predominância do Juiz no âmbito do processo penal alemão, uma espécie de “acumulação de funções” muito próxima de um modelo inquisitorial de processo, de que nos dá conta Schünemann (2013, p. 225). Para um melhor entendimento, o Tribunal pode discutir com os intervenientes o andamento do processo – § 257 b) da *StPO*.

Normalmente, precederá o acordo um debate prévio sobre a situação processual, funcionando como um acto preparatório, iniciado pelo Ministério Público, nos termos do § 160 b) da *StPO*, ou pelo Tribunal, de acordo com o § 202 a) da *StPO*. Não se permite qualquer acordo entre o Tribunal e arguido no que respeita ao objecto do processo, seja no que toca à factualidade, quer no que respeita à qualificação jurídica da mesma. O possível acordo só pode ter como objecto a espécie e/ou medida da pena, dentro daquilo que o objecto do processo determinar – § 257 c) (2) da *StPO*.¹⁸ Não pode, portanto, o Tribunal firmar um acordo no sentido de se aplicar uma pena que, à partida, atenta a qualificação dos factos, não fosse possível, ou suficiente. É sempre ao Tribunal que cabe delimitar os termos do acordo (§ 257 c) (3) da *StPO*, o qual transmite aos interessados, sendo sempre necessário obter a concordância do arguido e do Ministério Público. No entanto, qualquer acordo depende, em qualquer caso, de uma confissão prévia, espontânea, livre, integral e sem reservas por parte do arguido (§ 257 c) (2) da *StPO*), em relação à qual o Tribunal conserva a sua discricionariedade, nos termos da § 244 do *StPO*. O Tribunal não está adstrito a respeitar os limites fixados no acordo, se considerar que estes não refletem a gravidade do delito e a culpabilidade do arguido, ou se as atitudes deste, no decorrer do processo, não se coadunarem com as expectativas que existiam sobre a sua ressocialização à data do acordo – § 257 c) (4) da *StPO*.

¹⁸ Ou seja, o objecto deste acordo está limitado à possível substituição das penas típicas, dentro dos limites legalmente estabelecidos.

A renúncia ao recurso não é permitida, pois que isso inviabilizaria a apreciação destes acordos pelos Tribunais superiores. Aliás, em face da discricionariedade do Tribunal nesta matéria, a admissibilidade da cláusula de renúncia ao recurso seria incompreensível e lesaria o direito à tutela jurisdicional efectiva.

3 C A PROPOSTA DE FIGUEIREDO DIAS SOBRE OS “ACORDOS SOBRE SENTENÇAS” PARA O PROCESSO PENAL PORTUGUÊS

No ordenamento jurídico português vigora o princípio da legalidade e da oficiosidade nos crimes públicos, com poucas excepções introduzidas pelo princípio da oportunidade e pelas formas especiais de processo, além da Lei de Mediação Penal de adultos. O que significa que o Ministério Público tem o dever de promover a acção, não podendo dispor do processo por motivos de oportunidade (além das excepções expressamente previstas). De igual forma, o Tribunal tem um poder-dever de investigar no sentido da descoberta da verdade material. Sendo assim, e como vimos *supra*, está completamente afastada a introdução de soluções de ampla “Justiça negociada”, dir-se-ia, *à americana*. No entanto, mesmo contando com todas as formas de simplificação processual, a Justiça penal portuguesa denota sintomas de ineficiência, o que projecta na opinião pública dúvidas sobre a sua eficácia.¹⁹ Os próprios Tribunais, por meio dos seus titulares (cfr. por todos, ALBERGARIA; LIMA; NEVES, 2011), começam a dar conta da necessidade de introdução de instrumentos de resolução consensual dos pleitos, podendo-se já detectar alguma implementação prática dessa solução (DIAS, 2009, p. 814), um pouco como sucedeu na Alemanha, no virar do século.

¹⁹ A percepção da lentidão da Justiça penal incute na opinião pública a sensação de que não se faz Justiça. Por outro lado, a crescente complexidade dos processos faz com que os seus trâmites se “arrastem” por anos e anos nos Tribunais, para, muitas vezes, serem proferidas decisões absolutórias por insuficiência de prova. A mediatização da Justiça penal expõe esta realidade à opinião pública em termos susceptíveis de deturpar a percepção e entendimento que a sociedade civil tem do seu funcionamento.

Assim, consciente da necessidade de se levar a sério esta tendência e da grande conveniência de uma regulamentação futura da matéria, Figueiredo Dias (2009, *passim*), avançou, em 2011, uma proposta para a introdução de uma Justiça consensual em sede penal. Para o ilustre Professor, esse desiderato deveria ser atingido por via de “acordos sobre Sentenças”, firmáveis em qualquer processo, independentemente da tipicidade em causa, à imagem do previsto no § 257.º, c) da *StPO* na Alemanha. Destarte, tal como preconizado na lei alemã, o acordo nunca poderia ter por objecto a acusação (*charge bargaining*), sob pena de se ferir o princípio da indisponibilidade do processo e imodificabilidade do seu objecto, nem a culpabilidade²⁰ do arguido (*guilty plea*) pois, no entender de Figueiredo Dias (2009, p. 43 e ss.), admitir a negociabilidade nestes termos seria retirar ao Tribunal a possibilidade apurar o “abstracto fáctico da acusação ou da pronúncia e, por aí, a conclusão sobre a verdade e a culpabilidade do arguido.” Fica, pois, arredada qualquer negociabilidade atinente aos factos que o arguido se disponha a confessar, bem como sobre a sua subsunção. Não obstante, o autor considera que uma confissão integral, livre, espontânea e sem reservas feita em julgamento e validada (art.º 344.º, n.º 3, b) do CPP) pelo Tribunal pode servir de base a um acordo entre o arguido e o tribunal (DIAS, 2009, p. 44)²¹.

Assim, o âmbito do acordo cingir-se-ia à determinação da sanção a aplicar, sendo o respectivo objecto a fixação de uma moldura penal (DIAS, 2009, p. 51 e ss.) dentro da qual o Tribunal se compromete a achar a pena concreta, devendo o acordo envolver todos interessados, designadamente, o Tribunal, o Ministério Público e o arguido, mas também o assistente (DIAS, 2011, p. 87)²², sendo que assim se garante que a formação do acordo se faz em relação de igualdade, ainda que nos termos do estatuto processual penal de cada um.

²⁰ Aqui, no sentido da “globalidade do processo probatório tendente à comprovação da factualidade contida na acusação e do processo de subsunção jurídica”

²¹ Figueiredo Dias entende que a confissão deve ser validada pelo tribunal quando este “decida, em livre apreciação, se reputa a confissão credível à luz dos factos constantes da acusação ou da pronúncia.” (DIAS, 2009, p. 44).

²² Entende o autor que o assistente deve participar, sem, todavia, ter o poder de invalidar o acordo.

Quanto ao momento em que o acordo poderia ser feito, Figueiredo Dias propõe que seja feito, preferencialmente, na fase de julgamento (até ao início de produção de prova, após as declarações do arguido), mas o autor admite que possa ser feito em qualquer fase processual (DIAS, 2011, p. 101 e ss.), tendo em vista o princípio do favorecimento do processo, contribuindo-se, assim, para uma tutela jurisdicional efectiva (art.º 20.º da Constituição da República Portuguesa - CRP). Não é admissível, em qualquer caso, a renúncia ao recurso. Os acordos sobre a Sentença seriam, igualmente, aplicáveis em formas especiais do processo penal, ao processo contraordenacional e, bem assim, a processo por outros tipos de infracção (DIAS, 2011, p. 103 e ss.).

Assim, a proposta de Figueiredo Dias, sem ser final, como o próprio Professor admite, mas sim passível de uma profunda e abrangente discussão entre todos os operadores da Justiça, tem imenso mérito por inaugurar, no âmbito do processo penal português, a consideração séria, ao nível dogmático, de institucionalização de uma Justiça penal mais consensual. O que o autor propõe é a abertura de novos horizontes para uma tentativa de resolução de um problema complexo e, ao que parece, crónico da Justiça penal, que a tem conduzido ao descrédito e à desconfiança por parte da sociedade.

Figueiredo Dias propõe a introdução de novas estruturas comunicacionais endógenas ao processo, que mais não visam senão o acordo, no sentido de uma procura cooperativa da verdade livre de qualquer coacção. Outrossim, o autor considera importante não perder de vista que a tarefa fundamental do Direito Penal, a protecção subsidiária e fragmentária de bens jurídicos, requer um processo penal eficaz e funcionalmente orientado, no sentido de que o Estado de Direito só se realiza quando o agente da prática de crimes é, nos termos da legalidade, perseguido, julgado e sentenciado em tempo razoável e com uma pena justa (DIAS, 2011, p. 38). A proposta de Figueiredo Dias (2011, p. 37) tenta ir de encontro aos actuais imperativos para a sobrevivência do sistema de Justiça penal, designadamente, de celeridade, de simplificação e de economia

processual. Imperativos que, destarte, não-de ser assumidos como condições de legitimação material do próprio processo penal (RODRIGUES, 2003a, p. 39 e ss.), o que, sem dúvida, abona em favor da legitimação de modelos de acordo sobre a sentença penal.

4 INCIDÊNCIAS CONSTITUCIONAIS, SUBSTANTIVAS E PROCESSUAIS DE UMA “JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA” EM SEDE DO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS

Depois de termos feito uma abordagem necessariamente perfunctória, atentos os objectivos deste trabalho, dos institutos que, de um modo mais expressivo e com maior relevância para desenvolvimento do processo penal português, retratam a actual tendência para a introdução de soluções negociadas ou consensualizadas em processo penal, vejamos agora alguns problemas que tais institutos suscitam em face do actual quadro constitucional e legal no ordenamento jurídico português.

4.A O SISTEMA DE *PLEA BARGAINING*

Já anteriormente admitimos as vantagens que o sistema de *plea bargaining* apresenta em termos de eficiência e celeridade processual. É um processo muito expedito na medida em que se reduz substancialmente as fases processuais e os formalismos atinentes à produção e apreciação da prova. No entanto, os custos que apresenta, do ponto de vista da dignidade da pessoa humana, são consideráveis. O arguido não toma uma decisão em plena liberdade de consciência, e isto por dois motivos: primeiro, porque a opção que lhe é apresentada consiste, pode dizer-se, numa autêntica coacção moral. Não há condições para considerar a *guilty plea*, pressuposto do início das negociações, como uma confissão livre, espontânea, plena e sem reservas, expressão da autodeterminação do arguido. Desde logo porque esta confissão não é incondicional. Ela é o

pressuposto inescapável para aceder a uma situação mais vantajosa. É a condição para uma “troca do incerto pela certeza do possível.” (MONTE, 2018, p. 59). É a troca definitiva de um “idealismo da justiça pelo pragmatismo da justiça eficiente.” (MONTE, 2018, p. 59). Por outro lado, a confissão do arguido é, muitas das vezes, tomada sem o conhecimento efectivo da matéria de prova que existe contra ele, já que, a coberto do segredo de Justiça, lhe são ocultados elementos do processo durante as negociações para a formação do acordo (ALBERGARIA, 2007, p. 66 e ss.). O que, no mínimo, coloca em causa o direito à defesa.

Assim, e desde já, se pode verificar que o *guilty plea* é susceptível de violar o princípio da culpa, pois não há como sindicar se o que o arguido confessa é verosímil. Logo, isto conduzirá, frequentemente, ao cumprimento de uma pena que excede largamente (se não totalmente) a culpa do arguido. Só um processo mitigado por um princípio de investigação permitiria solucionar este problema ao pressupor, como o faz o art.º 344.º do Código de Processo Penal português, a discricionariedade do Juiz nesta matéria.

Seria, pois, inconstitucional, por ofensa ao Estado de Direito e aos princípios constitucionais em que este se projecta (DIAS, 2011, p. 17), aceitar a implementação, no processo penal português, de um instituto de “Justiça negociada” nestes termos. Em primeiro lugar, o processo penal tem, nos termos do art.º 32.º, n.º 5, da Constituição de República Portuguesa, uma estrutura basicamente acusatória (fr. CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 522; SILVA; MONTEIRO, 2010, p. 720 e ss.), sendo esta *temperada* por um princípio de investigação oficial. Trata-se, pois, de um processo penal sob o qual o Ministério Público não pode considerar-se parte. Antes, promove officiosamente a acção penal em obediência ao princípio da legalidade, nos termos do disposto no art.º 219.º, n.º 1, da CRP, e no art. 48.º do CPP, regendo-se, de acordo com o art.º 53.º, n.º 1, do CPP, por critérios de objectividade. Daí, decorrendo a indisponibilidade do objecto do processo e a regra da imodificabilidade da acusação (DIAS, 1974, p. 126 e ss., e 251 e ss.). Assim, o Tribunal rege a sua actuação pelo princípio da investigação e da busca pela verdade material, pelo que

pode e deve instruir autonomamente as provas necessárias à sua decisão sobre o objecto da causa (DIAS, 1974, p. 148).

Visto assim o processo e as suas consequências, viola-se, também, o princípio da igualdade (art.º 13.º da CRP), uma vez que se trata de uma Justiça absolutamente casuística, sem definição de parâmetros mínimos e máximos, tudo dependendo do acordo que se obtenha. Não pode, pois, oferecer-se ao arguido uma vantagem desde que confesse (mesmo factos que haja praticado). Deste modo estar-se-ia a “obrigar” o arguido a confessar para poder aceder às mesmas vantagens oferecidas a outros arguidos em sede de *barganha* – uma vantagem por uma assunção de culpa²³. O acesso à vantagem está sempre dependente da vontade de um terceiro, pois um acordo implica duas vontades: a vontade do arguido e a vontade do Ministério Público. A vontade do arguido, sem a vontade do Ministério Público, de nada vale. Assim, o arguido, ele próprio, poderá não conseguir aceder à vantagem que foi dada a outrem.

Por outro lado, o arguido é, no âmbito da Constituição e o Código do Processo Penal, um autêntico sujeito processual, a quem deve ser reconhecido o direito à participação efectiva na declaração do direito do caso (DIAS, 1974, p. 137; SILVA; MONTEIRO, 2010, p. 729). Tal direito compreende a faculdade de autoincriminação por meio da confissão. Mas esta há-de constituir, necessariamente, expressão livre da sua autorresponsabilidade e do seu direito de autodeterminação.²⁴ Não pode ser motivada por receio de consequências nefastas. Ora, usar a qualificação dos factos imputados como instrumento de persuasão, ou mesmo de coacção (uso da ameaça da pena de morte ou da pena de prisão perpétua) (ALBERGARIA, 2007, p. 96), para obter do arguido o seu acordo com uma certa acusação (*charge bargaining*), é ofensivo do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito ao silêncio e do princípio

²³ Aliás, estamos em crer que o legislador levou isso em conta ao não consagrar a confissão como causa de atenuação especial da pena. *Vide* art.º 344.º do CPP.

²⁴ Diz-nos Manuel da Costa Andrade (1992, p. 121 e ss.): “O que aqui está [...] em jogo é garantir que qualquer contributo do arguido, que resulte em desfavor da sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre de autorresponsabilidade.”.

nemo tenetur se ipsum accusare. Porquanto, fazer depender a situação concreta do arguido da admissão dos factos e da culpa é colocar o arguido sem opção que não lhe seja desfavorável. Isto é, pois, obrigar, ainda que tacitamente, à confissão, logo, a prova assim obtida seria inadmissível nos termos do art.º 32.º, n.º 8, da CRP, e do art.º 126.º, n.º 1, do CPP, e até do n.º 2, al. a) do mesmo artigo?

Outrossim, não pode aceitar-se como válida e eficaz uma confissão dos factos acompanhada de protestos de inocência (ALBERGARIA, 2007, p. 88 e ss.), pois que isto fere de morte o princípio da descoberta da verdade material e o princípio *in dubio pro reo*. Acresce que, obter uma confissão mediante a promessa de uma acusação mais favorável, violando-se o princípio da indisponibilidade do processo, faria com que a confissão fosse inadmissível como prova, nos termos do art.º 126.º, n.º 2, al. e) do CPP.

Por fim, um sistema que visa uma condenação a todo o custo, usando, para tal, da sedução do arguido que, desse modo, tudo confessa por uma vantagem, atento o facto de que se trata de um sistema acusatório puro, é usar a pessoa do arguido como forma de prevenção geral, o que constitui ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana (art.º 1.º da CRP).

O *plea bargaining* do processo penal americano corresponde, então, ao exemplo paradigmático da Justiça penal negociada, sendo que esta, nos moldes apresentados, demonstra-se incompatível com os parâmetros do Estado de Direito, nos moldes em este é desenhado pela Constituição da República Portuguesa, algo muito diferente do *rule of law* anglo-saxónico.

4.B O § 257 C) DA STPO ALEMÃ: “CONVERSAS PRÉVIAS” E ACORDOS SOBRE A PENA

Esta solução, embora seja muito diversa do *plea bargaining* do sistema americano, não deixa de colocar sérias dúvidas em relação à efectiva liberdade e autodeterminação do arguido no âmbito do

processo. Isto porque, de alguma forma, embora não tanto como no processo penal americano, a confissão do arguido, pressuposto que é de qualquer solução consensual, pode apresentar-se viciada na sua genuinidade. Pode questionar-se acerca do verdadeiro arrependimento daquele que confessa no sentido de obter um acordo. É que a razão de se oferecer uma consequência jurídica do crime mais branda ao criminoso confesso está no facto de que, ao reconhecer o seu crime, ele já deu um passo para a respectiva ressocialização. Sendo assim, a necessidade de aplicação de uma pena, no sentido da prevenção especial, já não se faz sentir de modo tão intenso. Pode dizer-se que o mesmo se verifica quando a única razão da confissão é a condição *sine qua non* para a obtenção de um acordo? Pensamos que não. Há aqui uma situação de barganha indesmentível. Em face da promessa de uma vantagem, o arguido poderá confessar mesmo o que não fez, até por receio de uma pena mais elevada no final.

Quanto a nós, a confissão deverá ser sempre incondicional e incondicionada para que se possa dizer livre. Não concordamos com o entendimento, propugnado pelo Supremo Tribunal Federal Alemão, de que a confissão, mesmo não tendo a marca da contrição e do arrependimento, ainda assim é demonstração do reconhecimento pelo arguido da sua responsabilidade e que, nesse sentido, pelo menos, se contribui para o estabelecimento da paz jurídica e da confiança das comunidades. Ora, valorar uma confissão nestes termos é utilizar o arguido e a pena única e exclusivamente como meio de prevenção geral, é uma instrumentalização inadmissível da pessoa, violando a dignidade da pessoa humana, o que é inconstitucional.

Também Schünemann hesita perante a admissibilidade de uma tal confissão, colocando mesmo em causa se ela respeita o princípio da legalidade em processo penal (SCHÜNEMANN, 2002, p. 118)²⁵.

²⁵ No que concerne ao direito italiano, Luigi Ferrajoli (2009, p. 746 e ss.) mostra-se crítico em relação à aceitação do processo abreviado e do *patteggiamento*, por dúvidas quanto à respectiva constitucionalidade. E lamenta a formação de um consenso acrítico sobre estas figuras. Não obstante, o Tribunal Constitucional Italiano tem-se pronunciado favoravelmente quanto a estas figuras. Cfr. os Acórdãos da *Corte Costituzionale* n.ºs 313/1990, 100/2003 e 225/2003.

No seu entender, ao subverter-se a espontaneidade da confissão do arguido está-se de menosprezar a descoberta da verdade material e, como tal, a defesa da legalidade. Para o autor, trata-se de uma decadência da cultura jurídica (SCHÜNEMANN, 2013, p. 256).

Digno de reflexão é, também, o facto de, neste modelo, ser o próprio Tribunal a conduzir as negociações, o que, se por um lado é melhor garantia de que não haverá um autêntico *guilt bargaining* entre o arguido e o Ministério Público, pode, todavia, revelar-se problemático em termos de independência e equidistância do Tribunal. Muito embora, no modelo do *StPO* alemão, esta questão se reduza na sua importância, já que apenas se admite o acordo, propriamente dito, em fase de julgamento. Não obstante, ao substituir-se o Ministério Público nas negociações, de algum modo se subverte o princípio acusatório.

Por outro lado, nota-se no modelo alemão a concessão de demasiado poder ao Tribunal, na medida em que se atribui um poder discricionário ao Juiz para incentivar o acordo e, posteriormente, optar por cumprir ou não as promessas realizadas, ou seja, os limites da sanção penal anteriormente definidos. Somos de opinião que tal possibilidade é susceptível de ferir o princípio da confiança.

Apesar de tudo, esta solução tem a virtualidade de não acompanhar os excessos do *plea bargaining*, já que não há um afastamento total da matriz acusatória mitigada do processo penal. O Tribunal continua a poder decidir sobre as questões fundamentais do pleito, designadamente sobre a questão da culpabilidade. Todo o consenso a que haja lugar parte de uma posição do Tribunal e não há qualquer liberdade negocial quanto ao objecto do processo, à acusação, à culpa, assim como a confissão continua a poder ser livremente valorada pelo Tribunal. De outra forma, estar-se-ia perante, não uma decisão judicial, mas sim um acto homologatório jurisdicional.

4.C A PROPOSTA DE FIGUEIREDO DIAS: OS “ACORDOS SOBRE SENTENÇAS” EM PROCESSO PENAL

Há, perante a redacção actual da Constituição e da lei, alguma hipótese de implementação destes “acordos sobre Sentenças” no processo penal português? Sem colocar em causa a bondade da solução proposta, a qual, pensamos, poderá contribuir para melhor responder à demanda de Justiça pelas sociedades da pós-modernidade²⁶, devemos, antes de mais, questionar se o legislador não terá ido já tão longe quanto poderia²⁷ sem correr risco de subverter o carácter acusatório do processo penal português. Por outro lado, e aqui pensamos residir o argumento mais forte contra esta proposta (apesar de a mesma estar longe de ser uma proposta de verdadeira e própria “justiça negociada”), pensamos que podem levantar-se problemas atinentes à admissibilidade da valoração da confissão feita no âmbito de um acordo.

Há que convir que, em face da vulnerabilidade associada à posição de arguido se impõe que o seu processo de decisão seja protegido de qualquer forma de intimidação, coação ou perturbação, “de modo a garantir que a sua participação num acordo representa efectivamente uma expressão informada da sua liberdade.” (BRANDÃO, 2015, p. 167; *vide*, sobre este aspecto, RODRIGUES, 2003a, p. 50 e ss.). Ora, o que dizer de uma confissão obtida em face da possibilidade de um acordo? Entendeu o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, no Acórdão de 10-4-2013 (processo n.º

²⁶ A qual, sem dúvida, espera da justiça penal mais e melhores respostas em face do recuo do Estado interventivo a partir, *maxime*, do fim dos anos 80 do séc. XX.

²⁷ Atente-se nas palavras de Anabela Miranda Rodrigues (2003a): “opção do processo penal português por ideias como o consenso não foi fruto ocasional ou de uma intenção desesperada de atacar estrategicamente problemas característicos do nosso tempo [...] Esta opção foi-se sedimentando, com a consciência de que a tentativa de consenso deve ser levada tão longe quanto possível [...]. O que não significa que o processo penal fique inteiramente nas mãos das partes. Nem o processo penal se estrutura em termos de consensualidade absoluta, nem isso seria tão-pouco desejável: ou seja, nem a aplicação da pena pode, por princípio, depender da aceitação do condenado, nem o roubo do conflito que o consenso postula pode ir tão longe que se corra o risco de que a redução da complexidade em que se analisa dê azo, paradoxalmente, a um processo inquisitorial.”

224/06.7GAVZL.C1.S1.)²⁸, que a prova resultante da confissão do arguido, motivada pela obtenção de um acordo cujo objecto seja a fixação de uma moldura penal com um limite máximo mais favorável, é nula, sendo prova proibida, de acordo com o disposto no art.º 32.º, n.º 8, da CRP, e art.º 126.º, n.º 2, e) do CPP, por se tratar de prova obtida por confissão intermediada de promessa de uma vantagem legalmente inadmissível (*vide* ANDRADE, 1992, p. 120 e ss.). O que, no entender do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), consiste numa nulidade insanável por se tratar de um meio de obtenção de prova que viola a integridade moral da pessoa. Este Acórdão é extremamente importante nesta matéria pois, por ele, o STJ conseguiu, de algum modo, contrariar a tendência para a prática dos “acordos” de iniciativa do Ministério Público nos Tribunais portugueses, que se verificava, pelo menos, desde a orientação n.º 1/2012, da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, de 13-1-2012, e do memorando de 19-1-2012, da Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra.²⁹

Não obstante as considerações críticas que tecemos acerca da nulidade da prova decorrente de confissão no âmbito do sistema de *plea bargaining*, é nossa convicção de que elas não se aplicam à proposta de Figueiredo Dias, porquanto nesta existe uma diferença fundamental: o objecto do acordo. No sistema de *plea bargaining* negocia-se tudo, desde acusação à pena, desde que o arguido se mostre disposto a confessar. O âmbito do acordo influi no objecto do processo, pois o sistema não obedece a qualquer princípio de legalidade e de objectividade na promoção da acção penal. Logo, não respeita a indisponibilidade do processo. Não existe princípio

²⁸ *Vide*: <www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/533bc8aa516702b980257b4e003281f0?OpenDocument>. Consultado a 24-2-2018.

²⁹ É exemplo dessa tendência, entre outros, o Acórdão do TRC de 27-2-2013 (Proc. 292/10.7GAMGL.C1, disponível em: <www.dgsi.pt>. Consultado a 22-2-2018), com o seguinte sumário: “I - Muito embora não exista regulamentação legal específica, é certo que a obtenção de “acordos sobre a sentença em processo penal” não é proibida pela lei, podendo mesmo encontrar sustentáculo no regime do artigo 344.º do Código de Processo Penal. II - Esta via negocial permitirá dar cumprimento ao princípio constitucional do Estado de Direito, ao propiciar uma maior agilização, celeridade e economia processuais”.

de investigação e, por regra, não se questiona a culpabilidade do arguido. Aliás, principal moeda de troca.

No sistema americano, negocia-se a qualificação dos factos, a acusação no seu todo, a culpa e a pena. No modelo proposto por Figueiredo Dias nada disso está em causa. O objecto do acordo é, em regra, a fixação de um novo limite máximo da moldura aplicável no respeito pelo qual o Tribunal irá achar a pena concreta. Ora, isso não é algo que ao Tribunal esteja vedado, pois que, fundamentadas as penas em necessidades ético-preventivas, a culpa do agente é sempre o limite máximo da pena concreta. Não pode o Tribunal condenar alguém para além da sua culpa. É o princípio da culpa que o determina.

Ora, revelando a confissão o arrependimento e a contrição do arguido, demonstrando este, assim, sinais positivos para sua ressocialização, deve o Tribunal valorar a confissão na determinação da pena concreta. Algo que poderia e deveria fazer mesmo sem qualquer acordo. Ademais, no nosso processo penal, nos termos do art.º 344.º, n.º 3, do CPP, o princípio da investigação dita que o Tribunal pode aclarar as dúvidas que tenham sobre a veracidade dos factos confessados, o que é uma garantia que, no sistema americano, à partida, não existe. Assim, não há, ao acenar-se com a possibilidade de acordo, qualquer promessa de uma vantagem legalmente inadmissível, como aconteceria se o processo penal português adopta-se o sistema do *plea bargaining*.

Acrescidas dúvidas nos suscitam a confissão nos acordos que tenham lugar em fase anterior ao julgamento. Nesse aspecto, estamos de acordo com o Supremo Tribunal de Justiça (STJ). É que, em fase anterior à acusação, é muito duvidosa a legitimidade do Ministério Público para se comprometer numa qualquer solução negociada. Isto porque, de acordo com o art.º 53.º, n.º 1, do CPP, e com o art.º 3.º, n.º 1, c) da Lei n.º 47/86 de 15 de outubro (Estatuto do Ministério Público), este rege-se pelo princípio da legalidade, devendo promover a acção penal em moldes de estrita objectividade. Isto significa que o espaço

para discricionariedade (oportunidade), quando exista, é estipulado por lei. Assim, perante a notícia de um possível crime público ou queixa por crime semipúblico, o Ministério Público deve investigar e, sendo caso disso, acusar. Excepto se, nos estritos termos da lei, puder arquivar por dispensa de pena ou suspender provisoriamente o processo. Poderá, ainda, no termos da lei, optar por processos simplificados, cumprindo-se alguns pressupostos. Mas, fora disto, terá de acusar, pois não dispõe plenamente do objecto do processo em termos de oportunidade e conveniência da acusação. Então, se assim é, não estará vedado ao Ministério Público, nesta fase, firmar um acordo sobre o desfecho do processo? Nessa medida, a confissão motivada pelo acordo teria, sim, por base uma vantagem legalmente inadmissível, por falta de legitimidade do Ministério Público em comprometer-se nesta fase do processo.

Não obstante, mantemos as nossas reservas quanto à total espontaneidade do acordo, a qual, quanto a nós, estaria mais garantida se o arguido confessasse sem expectativa de qualquer transacção e, feita e validada a confissão pelo Tribunal, fosse esta tida em conta para a atenuação especial da pena. Ganhar-se-ia em celeridade, por dispensa de produção de prova, sem correr (tanto) risco de a confissão não ser bem motivada. É que, insistimos, apesar de não consistir em vantagem ilegal, não deixa de ser uma vantagem. Deverá o processo penal admitir uma confissão da prática de um crime a que esteja associada uma vantagem certa, isto é, que lhe é, logo à partida, prometida? Inclina-mo-nos pela negativa.

Mas, a proposta de Figueiredo Dias suscita ainda outras questões. Se o acordo há-de ocorrer, em julgamento, antes de produzida a prova, ou mesmo, como admite o autor, nas fases anteriores do processo, como poderá o Tribunal aferir da liberdade, espontaneidade e verosimilhança dos factos confessados, perante a suspeita de que a confissão foi extorquida ou de que, por qualquer forma, o arguido estava limitado na sua vontade, sem ultrapassar a estrutura acusatória do processo? É que, assim sendo, o Tribunal não dispõe de quaisquer outros factos e provas que não aqueles produzidos

em inquérito ou em instrução. Não significará isto uma autêntica reestruturação do processo penal?³⁰ Mais, já em fase de julgamento, mas não produzida qualquer prova, como poderá o tribunal dar-se conta de que a confissão é infundada por falta de correspondência com o conteúdo dos autos, sem, do mesmo passo, aperceber-se de que a acusação é manifestamente infundada, pelo que deveria ter sido recusada? O que fazer perante os limites à rejeição da acusação previstos no n.º 3 do art.º 311.º do CPP?

Ainda no que concerne à fase processual susceptível de nela se firmar o acordo, admitindo-se que este pode ser firmado em inquérito, cabe perguntar: qual o possível interesse de o fazer nessa fase processual? Tal como apontámos *supra*: o art.º 53.º, n.º 1, do CPP (assim como o art.º 3.º, n.º 1, c) da Lei n.º 47/86, de 15 de outubro) estabelece que o Ministério Público actua, quanto aos crimes públicos, regido pelo princípio da legalidade, o que implica que, mediante um critério de pura objectividade, deve investigar todos os factos de que tenha conhecimento e que possam constituir um crime, no sentido da descoberta da verdade material e da realização da Justiça. Afastadas que sejam as possibilidades de arquivamento por dispensa de pena ou de suspensão provisória do processo, mais não resta senão investigar e, sendo caso disso, acusar. Ora, isto implica, desde logo, a indisponibilidade do objecto do processo. Assim, cabe perguntar: qual será o objectivo de um acordo nesta fase processual? Qual a utilidade da confissão? Poderá o Ministério Público abster-se de acusar? Pensamos que não. O que pode, isso sim, acontecer, é que o acordo sobre a sanção nesta fase possa desvirtuar-se e consistir num puro acordo sobre a culpabilidade, o que, como vimos, seria inadmissível.

Uma outra questão que se levanta é atinente ao problema da comparticipação. Caso haja mais do que um arguido constituído e apenas um ou alguns deles confessarem, poderá firmar-se acordo com

³⁰ O próprio Professor Figueiredo Dias já avançava esta hipótese como sendo, na verdade, uma consequência inevitável, em caso de revisão do Código do Processo Penal (cfr. MONTE, 2018, p. 66).

um deles e, assim, fixar-se uma moldura penal abstracta especial, que o Tribunal se compromete a não ultrapassar, só para o confitente? O que dizer em face do art.º 344.º, n.º 3, a) do CPP? Talvez seja mesmo necessária uma revisão do Código do Processo Penal...

Problemática, também será a situação em que o arguido seja acusado em concurso efectivo, sendo que algum ou alguns deles podem ser puníveis com pena de prisão cujo limite máximo da respectiva moldura abstracta seja superior a cinco anos. Pode o acordo abranger apenas uma parte da acusação? Aqui, temos uma proposta: se o acordo apenas puder abranger algum ou alguns dos crimes, ou o arguido não se dispuser a confessar todos eles, a negociação valerá apenas para a fixação do limite máximo da moldura aplicável aos crimes abrangidos, para efeito de determinação da pena parcelar. Não será possível a celeridade processual que se pretendia, mas sempre se ganhará algum tempo com a dispensa de produção de prova relativamente a esses crimes. Subsiste apenas o facto de que, muito provavelmente, atentas às regras de cálculo da pena única aplicável ao concurso, o arguido não ficará em muito melhor situação do que ficaria se não tivesse firmado acordo nenhum.

Em relação à fixação, pelo Tribunal, de uma moldura penal no âmbito de um consenso, pensamos que é necessário ter em atenção os limites de negociabilidade da pena dentro daquilo que são as prescrições legais. O princípio da legalidade das penas implica que o Tribunal não possa aplicar tipologia de pena, ou moldura penal, que a lei não estipule para o crime em causa, nem poderá operar a substituição fora dos casos em que tal esteja abstractamente previsto na lei substantiva (art.º 29.º, n.º 3, da CRP, e art.º 71.º do CPenal). Pelo que, o objecto da possível negociação não só haverá de se limitar à sanção, com o que concordamos, como também deverá respeitar a tipologia e a dosimetria abstracta das penas cominadas na lei, com a eventual margem de atenuação especial legalmente prevista (art.º 72.º do CP entre outros casos).

Queremos, então, dizer que nada obsta a que o Tribunal proponha uma nova moldura cujo limite máximo se situe aquém do

estipulado na lei, já que a determinação da pena é competência do Tribunal, o qual sempre pode, em qualquer caso, condenar em pena concreta inferior ao limite máximo abstractamente previsto, tendo em conta a culpa do arguido como limite máximo da pena concreta. Ademais, nos termos do art.º 16.º, n.ºs 3 e 4, do CPP, já é possível que o Ministério Público recomende um limite máximo com efeitos vinculativos para o tribunal.

Já não será assim quanto à liberdade de fixação de um limite mínimo aquém do previsto em abstracto. O art.º 71.º, n.º 1, do CPP, refere-se à determinação da medida da pena “dentro dos limites definidos na lei”. Assim, o Tribunal não pode, salvo os casos de atenuação especial da pena previstos na lei (art.º 72.º do CP), condenar em pena concreta inferior ao limite mínimo da moldura abstractamente prevista, nem oferecer ao arguido uma moldura especial com um limite mínimo inferior ao previsto em abstracto, sob pena de cometer uma ilegalidade e desatender às necessidades de prevenção geral. É o próprio Figueiredo Dias que nos diz que o recurso aos casos de atenuação especial da penal depende de os factos denotarem “uma gravidade tão diminuída que possa razoavelmente supor-se que o legislador não pensou em hipóteses tais quando estatuiu os limites normais da moldura cabida ao tipo de facto respectivo.” (DIAS, 1993, p. 453-454).

Tal como Roxin, consideramos que o legislador, ao fixar o limite mínimo da moldura penal, pretendeu estabelecer o mínimo de pena susceptível de defender a integridade do ordenamento jurídico, ou seja, finalidades de prevenção geral.

Não poderá o Tribunal, portanto, ficar aquém desse mínimo estabelecido por lei. Até porque, entendemos, poderá estar aqui em causa, novamente, o princípio da igualdade³¹ (art.º 13.º da CRP). Além do que já tivemos oportunidade de apontar *supra*, a propósito deste mesmo problema, mas face ao *plea bargaining*, tenha-se em consideração que, se um arguido, obtido o acordo com o Tribunal,

³¹ Cfr. Jorge Miranda (1998, p. 213 e ss.). Em particular, a questão do tratamento igual em situação igual.

pode beneficiar de um limite mínimo aplicável “especial”, tal limite mínimo não aproveita (e poderá não vir a aproveitar) a outros arguidos que tenham cometido o mesmo crime, os quais não tenham obtido ou não venham a obter igual acordo. Note-se que a diferença da pena não resulta de diferente grau de culpa ou de necessidade prevenção, mas sim de uma situação, à partida, desigual perante a lei. Por isso, há que conservar, pelo menos, o limite mínimo aplicável. Além de que, nenhum arguido é obrigado a confessar (*nemo tenetur se ipsum accusare*) e tem direito ao silêncio sem que isso o possa prejudicar (art.º 61.º, n.º 1, e 343.º, n.º 1, do CPP).

Assim, pensamos que Figueiredo Dias, ao admitir a fixação pelo Tribunal, em acordo, de um limite mínimo “especial” para o arguido em causa, está a referir-se a um limite mínimo superior àquele previsto na moldura penal abstracta, em honra às expectativas jurídicas da comunidade, à necessidade de prevenção geral integradora, portanto. Daí que, neste aspecto, refira-se expressamente à concordância do Ministério Público. Daí que seja nosso entendimento que, atenta à caracterização do papel daquele órgão no processo penal, nunca lhe seria lícito aceitar um limite mínimo inferior àquele que consta da moldura abstracta legalmente prevista, pois que, nesse caso, estaria a incorrer em ilegalidade (art.º 71.º, n.º 1, do CPP) e a comprometer valores que lhe cumpre defender, quais sejam a integridade da ordem jurídica e a realização do Direito.

Mas, neste particular, sempre se poderá apontar laivos de contradição: atenta à necessidade, apontada pelo autor, de se publicitar o acordo: se o objectivo desta publicidade é, justamente, satisfazer as expectativas jurídicas da comunidade, como justificar, *in casu*, um limite mínimo da moldura negociada superior àquele que se prevê em abstracto?

Estamos em crer que o actual enquadramento constitucional e legal oferece algumas dificuldades importantes à implementação de a Justiça consensual nos moldes propostos por Figueiredo Dias, pelo menos sem se operar uma reforma profunda do processo penal

português. Outrossim, o ordenamento penal, tanto substantivo, como processual, permite, sem grandes dificuldades, dar relevância à confissão integral e sem reservas, desde que livre, espontânea e incondicionada, como motivo de atenuação especial da pena³².

Pensamos que muitos dos problemas apontados poderiam ser, assim, ultrapassados, uma vez que esta confissão não apresentaria maiores riscos do que aqueles que lhe são naturalmente inerentes. A ausência de qualquer promessa em troca da confissão é motivo bastante para que se lhe reconheça maior liberdade e espontaneidade. Os problemas da nulidade da prova proveniente da confissão mediante a promessa de uma vantagem ilegal, assim como o problema da violação do princípio da igualdade ficariam resolvidos, já que a confissão não dependeria de qualquer outra motivação que não o arrependimento e contrição do arguido. Também, ao não depender de qualquer acordo, os benefícios da confissão estariam ao alcance de qualquer arguido que dela quisesse beneficiar *motu proprio*, sem depender da aquiescência de terceiros, pelo menos ao nível negocial *tout court*.

5 CONCLUSÃO

Na actualidade, a criminalidade internacionalizou-se, tornou-se estrutural e socialmente implantada, de tal forma que atinge os mais relevantes interesses económicos e sociais. Esta criminogénese desenvolve-se na conformidade da actuação de densas redes criminosas, que se servem das instituições públicas e privadas como suporte e disfarce para a prossecução da sua actividade criminosa, o que tem criado a percepção generalizada de que o crime está a comprometer as estruturas do Estado de Direito. A sociedade,

³² Aliás, como era intenção de Figueiredo Dias, nos termos da proposta apresentada na Comissão Revisora do Código de Processo Penal, em 1985. O legislador não veio, todavia, a acolher este parecer na redacção do art.º 344.º do Código do Processo, regime no qual não se dá qualquer relevância à confissão como circunstância susceptível de ser valorada como causa de atenuação especial da pena.

alarmada por discursos populistas, exige do Estados medidas que lhe permitam restaurar uma sensação de segurança, o que tem provocado, por parte destes, um recurso mais intenso à Justiça criminal, à qual se exige cada vez mais eficiência na resolução dos pleitos.

No sentido de reforçar a confiança no sistema de Justiça, os Tribunais têm procurado espaços para soluções baseadas no consenso em processo penal, justificando essa necessidade com a escassez de recursos e legitimando as soluções com a necessidade de restabelecimento da confiança nos sistemas penais e de incremento da ressocialização.

O recurso às “Sentenças penais negociadas” e aos “acordos sobre Sentenças em processo penal” estriba-se na celeridade processual garantida pela brevidade da produção da prova assente na confissão do arguido genuinamente arrependido que, assim, dá o primeiro passo para a sua ressocialização, podendo e devendo beneficiar de uma moldura penal mais reduzida.

Pensamos que este expediente pode conduzir a bons resultados, desde que se respeite integralmente o cariz acusatório do processo penal, a espontaneidade da confissão, o respeito pela tipicidade das penas e os princípios da legalidade, da oficiosidade e da objectividade no exercício da acção penal. É nossa convicção que o alargamento de espaços de negociação no processo penal, se não respeitar os estritos limites da legalidade e da objectividade, poderá subverter o papel do Estado no controlo da legalidade democrática e na protecção dos bens jurídicos penais, em prol de uma aparência de eficiência do aparelho judiciário e de eficácia na preservação da integridade do sistema.

BIBLIOGRAFIA

ALBERGARIA, Pedro Soares de. Os processos especiais na revisão de 2007 do código de processo penal. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, Ed. Almedina / Gestlegal, n.º 4, 2008.

ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea bargaining**: aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Almedina, 2007.

ALBERGARIA, Pedro Soares de; LIMA, Pedro Mendes; NEVES, José Francisco Moreira das. Uma proposta de justiça negociada. In: **Revista do CEJ**, Lisboa, Ed. Centro de Estudos Judiciários, n.º 15, 2011.

ALBRECHT, Hans-Jörg. Criminalidade organizada na Europa: perspectivas teórica e empírica. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Coord.). **II Congresso de investigação criminal**. Coimbra: Almedina, 2010.

ANDERSON, Peter J. **Política global do poder, justiça e morte**. Lisboa: Piaget, 1998.

ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade (reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo). In: Centro de Estudos Judiciários - CEJ (Org.). **Jornadas de direito processual penal: o novo código de processo penal**. Coimbra: Almedina, 1988.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.

BAPTISTA, Bruno de Souza Martins. A inconstitucionalidade da delação premiada no Brasil. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n.º 2.507, 13 maio 2010.

BARQUÍN-SANZ, Jesús. Notas acerca del chantaje y de la cláusula de oportunidad en su persecución. In: **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada, Ed. Universidad de Granada, n.º 4, 2002.

BELEZA, Teresa Pizarro. A recepção de regras de oportunidade no direito penal português: resolução processual de problemas substantivos? In: **Revista Jurídica**, Lisboa, Ed. AAFDL, n.º 21, p. 9-15, junho de 1997.

BOTTOMLEY, A. Keith. **Criminology in focus**: past trends and future prospects. Oxford: Martin Robertson, 1979.

BRANDÃO, Nuno. Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução. In: **Revista Julgar**, Lisboa, Ed. Associação Sindical dos Juizes Portugueses, n.º 25, p. 161-178, 2015.

BRITO, José de Sousa e. O inimigo no direito penal. In: **Lusíada**, Série II, n.º 4/5, p. 79-85, 2007.

CAEIRO, Pedro. Cooperação judiciária na União Europeia. In: **Direito penal económico e europeu**: textos doutrinários. v. III. Coimbra: IDPEE / Coimbra Ed., 2009.

CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da ‘justiça absoluta’ e o fetiche da ‘gestão eficiente’ do sistema. In: **Revista do Ministério Público**, Lisboa, Ed. Ministério Público, n.º 84, 4.º trimestre 2000.

CAEIRO, Pedro. Perspectivas de formação de um direito penal da União Europeia. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, Ed. Almedina / Gestlegal, v. 6, p. 189-208, 1996.

CANAS, Vitalino. **O crime de branqueamento de capitais**: regime de prevenção e repressão. Coimbra: Almedina, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa**: anotada. v. I, 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

COSTA, Eduardo Maia. Justiça negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo. In: **Revista Julgar**, Lisboa, Ed. Associação Sindical dos Juizes Portugueses, n.º 19, p. 87-97, 2013.

COSTA, José de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um direito penal não securitário. In: **Direito penal económico e europeu**: textos doutrinários. v. III. Coimbra: IDPEE / Coimbra Ed., 2009a.

COSTA, José de Faria. O fenómeno da globalização e o direito penal económico. In: **Direito penal económico e europeu: textos doutrinários**. v. III. Coimbra: IDPEE / Coimbra Ed., 2009b.

CUBILLO LÓPEZ, Inácio José. **La protección de testigos en el proceso penal**. Madrid: Thomson, 2009.

DAVIN, João. **A criminalidade organizada transnacional: a cooperação judiciária e policial na UE**. Coimbra: Almedina, 2007.

DELMÁS-MARTY, Mireille. **Processos penales de europa**. Tradução de Morenilla Allarda. Zaragoza: Edijus, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português: parte geral II: as consequências jurídicas do crime**. Lisboa: Aequitas /Ed. Notícias, 1993.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 1974.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma reforma global do processo penal português: da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais. In: CORREIA, Eduardo (Coord.). **Para uma nova justiça penal: ciclo de conferências no concelho distrital do Porto da Ordem dos Advogados**. Coimbra: Almedina, 1983.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Que futuro para o direito processual penal? In: MONTE, Mário Ferreira (Dir.); CALHEIROS, Maria Clara; MONTEIRO, Fernando Conde; LOUREIRO, Flávia Novera (Coord.). **Que futuro para o direito processual penal?: simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português**. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del arrepentido. In: **Diario La Ley**, Madrid, Ed. LaLay, n.º 4.132, 27 set. 1996.

DUARTE, Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias. **Branqueamento de capitais: o regime do D.L. 15/91, de 22 de janeiro, e a normativa internacional**. Porto: Ed. Universidade Católica, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009.

FIDALGO, Sónia. O processo sumaríssimo na revisão do código de processo penal. In: **Revista do CEJ**, Lisboa, Ed. Centro de Estudos Judiciários, n.º 9 (especial), 2008.

GARCÍA DE LA PAZ, Isabel Sánchez. El coimputado que colabora con la justicia penal (con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las leyes 7 y 15/2003). In: **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada, Ed. Universidad de Granada, n.º 7, 2005.

GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização**. Tradção de Saul Barata. Queluz de Baixo / Lisboa: Presença, 2000.

HASSEMER, Winfried. **A segurança pública no estado de direito**. Lisboa: AAFDL, 1995a.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Traducción de Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

HASSEMER, Winfried. El derecho penal del estado de derecho en tiempos de terrorismo. In: REIA ALFARO, Luis Miguel; CUARÉSMA TERÁN, Sérgio (Org.). **Derecho penal y estado de derecho: reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad**. Montevideo / Buenos Aires: B. de F., 2008.

HASSEMER, Winfried. **História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra**. Lisboa: AAFDL, 1995b.

HENDLER, Edmundo S. **Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996.

HUBER, Barbara. Por fin socialmente aceptables: ¿acuerdos procesales en Alemania? In: ALBRECHT, Hans-Jörg et al. (Org.). **Criminalidad, evolución del derecho penal y crítica al derecho penal en la actualidad**. Tradução de Gómez Colomer. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009.

KAUFMANN, Artur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Artur; HASSEMER, Winfried. (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: FCG, 2002.

LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. In: **Harvard International Law Journal**, Cambridge (MA), Ed. Harvard University, v. 45, n.º 1, 2004.

LUCIANI, Edoardo. Il sistema di protezione dei “pentiti”: evoluzione storica e aspetti critici della normativa. 195 folhas. Dissertação (Mestrado Corso di Laurea in Giurisprudenza)– Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Pisa, 2014.

MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1995.

MADLENER, Kurt. Meios e métodos para alcançar-se no processo penal as metas de “prazo razoável” e de “celeridade”: observações a respeito da justiça alemã. In: MONTE, Mário Ferreira (Dir.); CALHEIROS, Maria Clara; MONTEIRO, Fernando Conde; LOUREIRO, Flávia Novera (Coord.). **Que futuro para o direito processual penal?:** simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

MAILLARD, Jean de. **Crimes e leis**. Lisboa: Piaget, 1995.

MAILLARD, Jean de. **L'avenir du crime**. Paris: Flammarion, 1997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t. IV. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. (Reimp.).

MONTE, Mário Ferreira. Os limites da justiça penal negociada. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord). **Os desafios do direito (penal) do séc. XXI**. Lisboa: Legit, 2018.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. El difícil encaje del delator en el proceso penal. In: **Diario La Ley**, Madrid, Ed. LaLay, n.º 5.860, p. 1-10, 12 jun. 2015.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, Ed. Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal – IBRASPP, v. 3, n.º 1, 2017.

PINTO, Frederico Lacerda da Costa. **Direito processual penal**: curso semestral. Lisboa: AAFDL, 1998.

PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y derecho penal. In: ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto; NEUMANN, Ulfrid, NIETO MARTÍN, Adán. **Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo**: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Celeridade e eficácia: uma opção político-criminal. In: **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria**. Coimbra: Coimbra Ed., 2003a.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Criminalidade organizada: que política criminal? In: **Direito penal económico e europeu**: textos doutrinários. v. III. Coimbra: IDPEE / Coimbra Ed., 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo

Penal. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, Ed. Almedina / Gestlegal, v. 6, n. 4, p. 525-544, 1996.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Política criminal: novos desafios, velhos rumos. In: ANDRADE, Manuel da Costa (Org.). **Liber discipulorum para Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Ed., 2003b.

RODRIGUES, José Narciso da Cunha. Os senhores do crime. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, Ed. Almedina / Gestlegal, ano 9.º, Fasc. 1.º, p. 7 e ss., 1999.

RODRIGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Delitos contra la libertad y la seguridad. In: **Derecho penal español: parte especial**. Madrid: Dyckinson, 1995.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. **La justicia penal negociada: experiencias de derecho comparado**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1997.

ROXIN, Claus. Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão In: MONTE, Mário Ferreira (Dir.); CALHEIROS, Maria Clara; MONTEIRO, Fernando Conde; LOUREIRO, Flávia Noversa (Coord.). **Que futuro para o direito processual penal?: simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português**. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

RUBIO EIRE, José Vicente. La posible inviabilidad de una denuncia anónima o fundada en fuentes no verificables como elemento precursor de una investigación penal. Disponível em: <www.elderecho.com/penal/inviabilidad-verificables-elemento-precursor-instrucción_11_56_560680001.html>. Consultado em: 25 fev. 2018.

SCHNEIDER, Hans Joachim. Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada. In: **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, Ed. UNED / Facultad de Derecho, n. 3, p. 723-746, 1993.

SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento:

modelo inquisitorial ou adversarial?: sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3.º milénio. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. In: **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, Ed. San Bernardo, n.º 49, fasc. 1, jan.-abril, 1996.

SCHÜNEMANN, Bernd. Crisis del procedimiento penal? (marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). In: SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global. In: **Derecho Penal y Criminología**, Lima (Colômbia), Ed. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, v. 25, n.º 76, p. 175-198, 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: GRECO, Luís (Coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

SILVA, Germano Marques da. Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos: os princípios democrático e da lealdade em processo penal. In: **Direito e justiça**, Lisboa, Ed. Universidade Católica Portuguesa, v. VIII, n. II, p. 27-34, 1994.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. v. II. 5. ed. Lisboa: Babel, 2011.

SILVA, Germano Marques da; MONTEIRO, Henrique Salinas. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui (Org.). **Constituição portuguesa anotada**. v. I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del derecho penal**. Madrid: Civitas, 1999.

THAMAN, Stephen. Introduction. In: THAMAN, Stephen (Org.). **World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial**. Durham: Carolina Academic Press, 2010.

TULKENS, Françoise. Una giustizia negoziata? In: DELMAS-MARTY, Mireille; CHIAVARIO, Mario (Org.). **Procedure penali d'Europa**. 2. ed. Padova: Cedam, 2001.

TULKENS, Françoise; KERCHOVE, Michel. La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée? In: **Revue de Droit Pénal et de Criminologie**, Paris, Ed. Sirey, n.º 5, 1996.

VELASCO NUÑEZ, Eloy. El confidente. In: **La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía**, Madrid, Ed. La Ley (Wolters Kluwer España), n. 2, p. 823-830, 1993.

ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido. In: DÍAZ-SANTOS, María Rosario Diego; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Ángel (Coord.). **El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad**. Madrid: Colex, 2003.

ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. **Política criminal**. Madrid: Colex, 2001.

ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de participación en organización criminal. In: ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura; MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina; DÍAZ-SANTOS, María Rosario Diego (Coord.). **El derecho penal ante la globalización**. Madrid: Colex, 2002.

Recebido em: 25-1-2024

Aprovado em: 23-4-2024

THE VOCABULARY OF *A PRIORI* IN AND AROUND THE LAW¹

*Jean-Sylvestre Bergé*²

ABSTRACT

This article is the first in a series devoted to the study of a priori in law. It is part of the ANTECEDENT research project³ supported by a Chair of the Initiative of Excellence Université Côte d'Azur sponsored by the French government⁴. The aim of the project is to revisit the law through its preunderstandings, leave behind the law only better to return to it, propose an “antecedent” theory of law and apply this theoretical reflection to major topical issues. It is based on the following general hypothesis: if a priori are everywhere, and if the law is capable of dealing with a priori, then the law is everywhere, and not just where we want to leave it. To begin the research, this first study takes stock of the vocabulary of a priori in and around the law.

Keywords: Legal knowledge, A priori, Multidisciplinary, Vocabulary

JEL Classification: K10, K19

¹ **Como citar este artigo científico.** BERGÉ, Jean-Sylvestre. The vocabulary of *a priori* in and around the law. In: **Revista Amagis Jurídica**, Belo Horizonte, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, v. 16, n. 1, p. 231-274, jan.-abr. 2024.

² Law Professor at Université Côte d'Azur (Nice, France) – CNRS GREDEG. e-courrier : jean-sylvestre.berge@univ-cotedazur.fr. Professional profile : <<https://univ-cotedazur.fr/annuaire/jean-sylvestre-berge>>.

³ For an overview of the project hosted by Université Côte d'Azur see: <<https://docs.google.com/document/d/1kmDjBprx1y-Ocv3pnAExFYUqkRZifXZW/edit>>.

⁴ This program is supported by the French government through the France 2030 investment plan managed by the National Research Agency (ANR) with the reference number ANR-15-IDEX-01. The English version of this article was supported by the IdEx program's international visibility unit.

The *a priori* approach to law deserves an open, eclectic and sometimes even anecdotal analysis. As we will see in a forthcoming article on the grammar of *a priori*, there is no *a priori* theory of law that covers all the meanings that this term can have in the legal field. To counter this state of affairs, it is necessary to be open to what might constitute, in the broadest possible way, the vocabulary of an encompassing approach to *a priori* in law.

What are the words associated with *a priori*, whether the expression itself (1) or its derivatives that are likely to be of interest in law (2)?

1 THE EXPRESSION *A PRIORI*

The expression *a priori* is used in law (1.1) and, of course, outside law (1.2).

1.1 IN LAW

There are two main ways in which jurists use the expression *a priori*: either they give it a precise and specific legal meaning, or they borrow it from everyday language, but integrate it completely into legal discourse. These two uses are often intertwined. In an attempt to establish the state of the art, we will distinguish between different types of doctrinal, textual or jurisprudential corpus, distinguishing sub-categories for each of these categories. Finally, we will present the first elements of synthesis at this preliminary stage of the research.

Doctrinal Corpus: Legal Dictionaries

What place does the expression *a priori* occupy in French or English dictionaries of legal terms?

In the two leading French-language legal dictionaries that are

regularly republished (GUINCHARD; DEBARD, 2023; CORNU, 2022) the expression *a priori* does not appear among the entries. The situation is no different in older legal dictionaries⁵ or more specialized dictionaries (for example: ARNAUD, 1993; ALLAND; RIALS, 2003). If we extend the search to full text, bearing in mind that only a small proportion of dictionaries are available in digital format, the result is disappointing to say the least. The term *a priori* is rarely used, and when it is, it has no particular legal connotation. If we now look in printed dictionaries for entries that might include the expression *a priori*, such as *présomption* (presumption) or *ex ante*, we find nothing of this kind.

The situation is different for English dictionaries. For example, in *Black's Law Dictionary* (GARNER, 2019) we find one entry: “*A priori*: Deductively; from the general to the particular, or from previous experiences or facts to an inference of what the likely result or effect will be <as an analyst, he reasoned *a priori* — from seemingly self-evident propositions to particular conclusions”. The same is true of another dictionary, where the term is associated with another and has a fairly general meaning:

A priori assumption: an assumption that is true without further proof or need to prove it. It is assumed the sun will come up tomorrow. However, it has a negative side: an *a priori* assumption made without question on the basis that no analysis or study is necessary, can be mental laziness when the reality is not so certain.⁶

The Latin origin of the expression *a priori* certainly explains why the situation is not the same in works compiling legal adages and idioms. In a famous French work (ROLAND, 2016) of Latin expressions (H. Roland, LexisNexis, 2021), we find the following entry:

⁵ Available on the website *Gallica de la Bibliothèque de France*: <<https://gallica.bnf.fr>>.

⁶ Legal Dictionary, Law.com; compare with the WEX dictionary, published by Cornell University: <https://www.law.cornell.edu/wex>

A priori - Beforehand: As opposed to a posteriori, refers to data that are accepted at face value, without any examination of the facts. In law, it characterizes the anteriority of processes. This is the case for the constitutionality review of laws, which is exercised on the one hand a priori, i.e., before the law is promulgated on the initiative of certain political authorities, and on the other hand a posteriori, once the law has come into force, on the initiative of a litigant claiming that the provision invoked against him or her is contrary to the Constitution.⁷

In the English literature on the use of legal Latin, the expression *a priori* is generally used in its argumentative sense (FELLMETH; HORWITZ, 2021): “From the former. Derived by deductive reasoning from self-evident or assumed propositions; derived by a chain of reasoning starting at general propositions to deduce specific conclusions.”.

Doctrinal Corpus: Law Textbooks and Treatises

There are a great many textbooks and treatises on the law and its various branches. In our necessarily limited reading experience, we have never come across the expression *a priori* as a main index entry, although it is sometimes found in association with other terms, as we will point out later. This does not mean that the expression does not appear as such in the body text of the books.

To take the measure of this state of affairs, we begin by taking the example of an introduction to French law (GHESTIN; BARBIER; BERGÉ, 2018). Of the 61 instances in which the expression *a priori* is used, 16 refer to a priori constitutionality review and 25 to an initial opinion on a question. In these latter cases, it is worth noting that some analyses offer a general reflection on the law or legal reasoning, such as:

- “A priori, these rules resulting from laws, customs, and even judicial precedents, can be considered as the hypotheses

⁷ Unless otherwise noted, all translations are original.

of a deductive system whose consequences can simply be developed, without having to worry about their intrinsic value” (n.º 97);

- on the process of legal qualification: “We will choose the *a priori* applicable rule and then determine whether or not the facts of the case fall within the situation governed by it” (n.º 98);
- “The jurist uses rules to determine what is prohibited, authorized or imposed in given circumstances. *A priori* these rules are, in themselves, neither true nor false” (n.º 100);
- quoting an author (P. Perrot) “The judicial syllogism may, however, be reduced to a ‘formal overgarment [...] insofar as, holding the conclusion to be an immutable given predetermined on the basis of an *a priori* judgment, for perfectly respectable reasons of legal policy, the judge bends the premises accordingly in order to justify a solution which, from the outset, seems desirable” (n.º 117);
- “In the field of legal theory, the answer to the question of whether case law is a source of law depends *a priori* on the definition of law previously given” (n.º 632);
- “*A priori*, the existence of antinomies [between rules belonging to the same legal system] seems excluded. It is in fact the hierarchically superior rule that prevails and, between rules of the same level, the most recent” (n.º 649).

What is the situation in works of general legal theory? If we take one of the most comprehensive in the French literature (BERGEL, 2012), we see that it contains five occurrences of the expression *a priori*: three are drawn from everyday or technical usage, unrelated to general theoretical reflection, but two are relevant to this type of analysis. Thus, we can read the following completely different meanings:

- “the law has its own philosophy [...]. This must not be separated from its immediate purpose. We must then adopt a ‘phenomenological method’ [citing the work of P. Amselek] consisting of observing concrete realities, free from any preconceived ideas, and approaching the law through ‘its phenomenal aspect’ of norms objectively subjected to examination, rather than apprehending it through the distorting prism of an ‘a priori’” (n.º 14);
- [quoting F. Geny] “Legal methodology is, in short, ‘an extremely complex and nuanced procedure, steeped in casuistry and dialectic, a constant blend of analysis and synthesis, where a posteriori procedures, which provide adequate solutions, presuppose a priori directions, proposed by reason and will’” (n.º 246).

We continue our examination with a work of legal method (CHAMPEIL-DESPLATS, 2022). The expression *a priori* is used 23 times, 5 times in a common, technical sense and 18 times in a theoretical sense. Without quoting all the occurrences, we note that depending on the nature of the elaboration, the meaning of the expression varies somewhat, even if the notion of the metaphysical or abstract *a priori* remains dominant in this work. Here are just a few excerpts:

- [quoting L. Duguit] “Legal science must [...] banish from the field of law all *a priori* concepts, objects of metaphysical or religious belief [...] that are not at all scientific” (n.º 57);
- regarding a certain formalist approach to law: “Kelsen calls on [...] positivist theorists to concentrate on the formal and structural dimensions of law in order to be able to identify their object by means of criteria determined *a priori*, intended to be universally valid and operative whatever the subjective or local appreciations of what constitutes law and whatever the content of legal norms” (n.º 58);

- on Roman jurists [citing J.-M. Cabasse]: “For [them], the rule is not an *a priori*. It is not about imposing a pre-established standard against the force of reality. The approach is exactly the opposite. The idea is to take actual legal situations as a starting point in order to derive, *a posteriori*, a principle [called] a rule” (n.º 64);
- on natural law [quoting H. Grotius]: “There are two ways of proving that something is governed by natural law: *a priori* and *a posteriori*. It is proved *a priori* by demonstrating the suitability or unsuitability of a thing with reasonable and social nature; it is proved *a posteriori* by concluding [...], that a thing is governed by natural law because it is believed as such among all nations [...].” (n.º 87).

Other references to theoretical *a priori* are also presented in this work. Most of these are based on schools of thought that are hostile to *a priori* concepts/principles/directions: the proponents of organic (n.º 100), historical (nos. 117, 331), inductive or experimental (nos. 127, 130, 240, 261), comparative (n.º 338) or pragmatic (n.º 562) methods. One reference is the favorite of promoters of mathematical models in the legal field (n.º 92).

It should be noted that the two scholarly monographs devoted to the theory of *a priori* in law (REINACH, 1913 ; GARDIES, 1972), to which we will return in the next article on the grammar of *a priori*, are not referred to in the abovementioned works, although our selection is not completely exhaustive (MATHIEU, 2015, p. 332; MONGOIN, 2022, p. 373).

Doctrinal Corpus: Legal Encyclopedias

Legal encyclopedias can also be used to identify the main uses of the expression *a priori* generally found in legal literature.

If we take the example of the French legal encyclopedia *Répertoire Dalloz*, all volumes combined, *a priori* occurs more than 2,800 times.

Unsurprisingly, the *Répertoire de droit civil* (French Civil Law Digest) contains no entry that includes the expression *a priori*. A full-text search reveals 552 occurrences. The vast majority of cases are based on a common, literary use of the expression to denote a *prima facie* approach that is likely to be contradicted on closer examination of the question or situation under analysis. In a stricter, essentially technical legal sense, the term refers to what comes before, what is prior, in keeping with the Latin origin of the expression. For example, the obligation to provide information and advice is presented as an *a priori* test for the integrity of consent, more effective than the *a posteriori* control exercised by defects of consent (Entry *Echange* [Exchange]). Another example: a distinction is made between proof of a person's status, which is provided *a priori* by civil status records, and *a posteriori* by possession of status (Entry *Etat et capacité des personnes* [Status and capacity of persons]). Finally, more rarely, the expression may have a broader and possibly more abstract legal meaning. For example, Philippe le Tourneau states that “Any *a priori* and schematic conception [of causality] is doomed to failure (even if, in econometrics, causality is evaluated by statistical models). Law, like history, would exhaust itself in the search for scientific truth, where there can only be approximation” (Entry *Responsabilité: généralités* [Responsibility: generalities]).

The *Répertoire de droit international* (French International Law Digest) shows similar results: 250 occurrences, no entries referring to *a priori*, frequent common usage and a few technical uses, notably procedural (for example, in arbitration, the term *a priori* refers to acceptance of this method of dispute settlement prior to any dispute, as opposed to acceptance *a posteriori* (Entry *Arbitrage* [Arbitration])); it also refers to national criminal justice, which operates *a priori*, while international justice has, in principle, only a subsidiary nature (Entry *Compétence pénale internationale* [International Criminal Jurisdiction]).

Textual Corpus: International and EUROPEAN Texts

We begin with international treaties.

Countless texts feed into international law. If we limit ourselves to the treaties collected in the United Nations Treaty Series⁸, a search for the expression *a priori* yields 54 occurrences, many of them redundant (model agreements – different language versions of the same agreement), which is not very many.

The use of the expression generally has two main meanings:

- the first is a precaution regarding the language used to describe a first impression or *prima facie* analysis; for example, it refers to the handling of complaints by Djibouti's local or national police forces in cases where they do not fall *a priori* within the jurisdiction of French authorities or courts (France – Djibouti Cooperation Protocol, 1988); In another example, in an economic and industrial cooperation agreement (and others of the same type), it is specified that no sector of activity is *a priori* excluded (Egypt - Spain Agreement, 1991);
- a second meaning refers to what happens beforehand: for example, a proposal to change the status of an entity with which the United Nations is cooperating must be communicated *a priori*, i.e., beforehand, to the international organization (UN - Austria, 1974); a conciliation agreement between two countries which provides for possible recourse to arbitration on certain points of disagreement, with the obligation to refer to the arbiter *a priori* in the event of a dispute over the scope of the said points (e.g., the interpretation of the treaty) (Hungary - Switzerland Agreement, 1924).

We now move on to the European Union's secondary legislation.

⁸ Available at: <<https://treaties.un.org>>.

In the EU's EUR-LEX database⁹, if we restrict ourselves to the categories of regulations and directives, we find 68 occurrences of the expression *a priori* for regulations and 21 for directives, which is also low (there are several thousand EU regulations and directives).

Examples include:

- references to a chronological *a priori* with a strong legal aspect: “Pre-established [*a priori* in the French version], systematic written procedures for the organization, conduct, data collection, documentation and verification of clinical trials shall be required” (Dir. 2001/83/EC); “It is desirable that provision also be made for official pre-control [*a priori* in the French version] of certified seed, and that the obligations should be laid down which are to be fulfilled by the person marketing standard seed and certified seed made up in small packages” (Dir. 2002/55/EC); “It is therefore appropriate to exclude the fixing of any prior [*a priori* in the French version] upper limit for such compensation” (Dir. 2006/54/EC); “At the time of submission of requests to participate or of tenders, contracting authorities shall accept the European Single Procurement Document (ESPD), consisting of an updated self-declaration as preliminary [*a priori* in the French version] evidence in replacement of certificates issued by public authorities or third parties confirming that the relevant economic operator fulfils the following conditions” (Dir. 2014/24/EU);
- a reference to a more literary *a priori* to temper a legal statement: “A previous visa refusal shall not lead to an automatic [*a priori* in the French version] refusal of a new application.” A new application shall be assessed on the basis of all available information (Reg. EC 810/2009); “[...] Some of those end-user protection provisions which *a priori* apply only to consumers” (Dir. EU 2018/1972); “Other substances in which incidental contaminants cannot be assumed *a priori*

⁹ Available at: <<https://eur-lex.europa.eu>>.

to be absent or be easily excluded, including mixtures, oligomers, and polymers produced from waste should be subject to this Regulation.” (Reg. EU 2022/1616).

Textual Corpus: National Texts

A search of the French legal database *Légifrance*¹⁰ reveals the expression *a priori* only 6 times in the codes. The Civil Code contains no reference to the term. However, it does appear in the French Commercial Code regarding the situation where “the price of a service cannot be determined *a priori*” (art. L441-1 in particular). The Labor Code refers to it in a way that we have not yet encountered: “The agents of the labor inspection system carry out their duties impartially, without expressing any preconceived ideas [*a priori* in the French version] in their behavior, words or actions” (art. R8124-18). The same applies to the Pensions for Military Invalidity and War Victims Code: “The expert’s attitude must be benevolent, marked by a clear neutrality, and devoid of a *a priori* suspicion” (Appendix 2). The remainder are references to a *a priori* control by the public authority (see also in this sense, below).

It is worth noting that the expression *a priori* is absent from the French Constitution. On the other hand, considering all national texts, it appears in 29 titles, essentially designating the presence or absence of a *a priori* control exercised by the administration in budgetary matters (for example: Decree n.º 97-845 of September 10, 1997 modifying the Intellectual Property Code and replacing a *a priori* control of the execution of the budget of the National Institute of Industrial Property by a *a posteriori* control). In this small corpus, we also find a text relating to a completely different field: the *a priori* fight against fraud in certain legal acts (“Circular of March 20, 2019 relating to the presentation of provisions intended to fight a *a priori* against fraudulent acknowledgements of paternity and maternity”).

¹⁰ Available at: <<https://www.legifrance.gouv.fr>>.

Case Law Corpus: European Courts

To what extent do the two major European courts - the European Court of Human Rights (ECtHR) and the European Court of Justice (ECJ) - use the expression *a priori* in their decisions?

When queried, the HUDOC¹¹ legal database, which contains all the decisions of the ECtHR, returns 1,117 occurrences of the expression *a priori* (with numerous redundancies). Restricting our search to Grand Chamber judgments alone, which are generally the most reasoned, this number drops to 239 occurrences (again with numerous redundancies). If we confine ourselves to the Court's reasoning (excluding the arguments of the parties and dissenting opinions of judges), we can draw up the following sample:

- we find *a priori* assessments of situations of violation or non-violation of the European Convention on Human Rights (ECHR); for example, with regard to the care provided to a detainee (over a well-defined period covering only part of the case), we read that “It thus appears that, in accordance with the requirement to provide appropriate therapeutic care, the authorities have adopted a multidisciplinary and – on the face of it – [‘*a priori*’ in the French version] coherent approach” (App no 18052/11, *Rooman v Belgium*, ECtHR (GC), 31 Jan. 2019, § 250); or regarding the potential violation of the right to life: “In this regard, it stresses that *Cihan Tunç*’s death did not occur in circumstances which might, *a priori*, give rise to suspicions against the security forces as an institution” (App no 24014/05, *Tunç v Turkey*, ECtHR (GC), 14 Apr. 2015, § 255);
- this type of *prima facie* approach can also be found in relation to the rules of the ECHR; for example, on the absence of an *a priori* hierarchy between the right to a fair trial and freedom of expression, in relation to the disclosure by a journalist of information covered by the secrecy of a

¹¹ Available at: <<https://hudoc.echr.coe.int>>.

judicial investigation, we can read: “While emphasizing that the rights guaranteed by Article 10 and Article 6 § 1 deserve equal respect in principle [‘a priori’ in the French version], the Court reiterates that it is legitimate for special protection to be afforded to the secrecy of a judicial investigation, in view of what is at stake in criminal proceedings, both for the administration of justice and for the right of persons under investigation to be presumed innocent” (App no 56925/08, *Bédât v. Switzerland*, ECtHR (GC), 29 March 2016, § 68);

- finally, in another register, the a priori assessment may characterize the regulatory context of the case, without any direct connection with the ECHR: for example, concerning an elected official’s use of his Facebook account: “In the present case, no regulation required the automatic filtering of comments and there was no practical possibility of prior content moderation on Facebook” (App no 45581/15, *Sanchez v France*, ECtHR, 15 May 2023, § 191).

What is the situation in the European Court of Justice?

Taking all ECJ documents together, the EUR-LEX¹² database contains 2,395 occurrences of the term a priori. If we limit the search to judgments of the “Court of Justice” *stricto sensu*, the figure falls to 544, of which 327 are preliminary rulings, i.e., decisions handed down on referral from a Member State court. This latter corpus, which is different from the previous cases brought before the ECtHR, notably includes:

- regarding an a priori assessment of a situation giving rise to a reference for a preliminary ruling: for example, “In the present case, the minor child of M.D, and the child’s mother, enjoy, as citizens of the European Union, the rights enshrined in Article 20 TFEU. Therefore, it cannot a priori be excluded that the ban on entry and stay imposed on M.D. would lead to

¹² Available at: <<https://eur-lex.europa.eu>>.

those Union citizens being, de facto, deprived of the genuine enjoyment of the substance of the rights which they derive from their status as Union citizens” (Case C-528/21, M.D., ECJ, 27 April 2023, § 61);

- concerning the interpretation of a European text: for example, “Finally, an interpretation of Article 8(1) and (5) of Directive 95/46 or Article 9(1) and Article 10 of Regulation 2016/679 that excluded *a priori* and generally the activity of a search engine from the specific requirements laid down by those provisions for processing relating to the special categories of data referred to there would run counter to the purpose of those provisions, namely to ensure enhanced protection as regards such processing, which, because of the particular sensitivity of the data, is liable to constitute, as also follows from recital 33 of that directive and recital 51 of that regulation, a particularly serious interference with the fundamental rights to privacy and the protection of personal data, guaranteed by Articles 7 and 8 of the Charter” (Case C-136/17, CNIL, ECJ (GC), 24 Sept. 2019, § 44);
- concerning the application of a European text in the context of the case presented to the referring court: for example, “In the present case, evidence such as that relied on in the main proceedings relating to the temporal proximity between the administering of a vaccine and the occurrence of a disease and the lack of personal and familial history of that disease, together with the existence of a significant number of reported cases of the disease occurring following such vaccines being administered, appears on the face of it [*a priori* in the French version] to constitute evidence which, taken together where applicable, may lead a national court to consider that a victim has discharged his burden of proof under Article 4 of Directive 85/374” (Case C-621/15, Sanofi, ECJ, 21 June 2017, § 41);

- finally, with regard to a fundamental European right that should not suffer due to any *a priori* on the part of judges: for example, “Observance of the right to be presumed innocent requires that court to be free of any bias and any prejudice [‘*a priori*’ in the French version] when it carries out that examination” (Case C-205/21. V.S., ECJ, 26 Jan. 2023, § 108).

We now consider the French context.

Case Law Corpus: French Jurisprudence

We will base our analysis solely on the jurisprudence of the Constitutional Council.

The *Légifrance* database shows only 10 instances of the expression *a priori* being used by the Constitutional Council, in all decisions since its creation in 1958. The vast majority of these relate to the factual or contextual account of the referral or the reasons behind it. Only two instances relate strictly speaking to a judicial reasoning formulated by the Constitutional Council:

- to define the constitutional system of an *a priori* rule: “[...] the *a priori* limitation on the number of students who may have access to medical or pharmaceutical studies [...] falls within the scope of the law [...]” (Decision 91-167 L - December 19, 1991);
- to describe a *prima facie* analysis: “*A priori*, it seems difficult to accept that expenses incurred by a committee supporting a presidential candidate should not be included in the candidate’s accounts” (Decision 95-93 PDR - December 08, 1995).

This selection of the uses of the expression *a priori* in the doctrinal, textual and jurisprudential legal corpora provides an initial, if far from completely rigorous, idea of the place of *a priori* in law.

Without prejudging future analyses, we can, at this preliminary stage of the research, note a wide variation in legal expression:

- *a priori* refers to everything that is the subject of a *prima facie* legal analysis, at first glance, based on first elements, on what has been previously observed, all of which is subject, more often than not, to further examination;

- it describes also that which comes before, in advance, in law; it may refer to purely technical mechanisms, such as an *a priori* test or the implementation of a step or an action required *a priori*, but its meaning may be broader: everything that comes into the law before anything else, such as the concept, principle, direction or rule that the law grants *a priori*, and which plays a potentially central, sometimes transcendental, role in all or part of the subsequent legal construction;

- *a priori* is sometimes found as a prejudice or bias, especially when assessing the work of a person (a judge, an authority, a decision-maker) charged with adjudicating on a situation of legal significance;

- finally, in the normal usage of *a priori* by jurists, we observe that *a priori* is an argument - the *a priori* argument - used in a wide variety of reflections on the law, its justification, interpretation and application, which surprisingly does not necessarily appear in the terminology provided in works on legal argumentation.

1.2 Outside of Law

To research the use of the term *a priori* outside of law, we will limit ourselves to non-legal dictionaries and artificial intelligence tools.

In French-Language Dictionaries

The *Dictionnaire Historique de la Langue Française* (Historical Dictionary of the French Language) (RAY, 2022) states that the expression

appears in scientific language (1626) borrowed from the scholastic Latin terms “a” and “priori”, which is itself from prior ‘that which is first’, although “a priore” would have been more classically correct. The more general scientific word means “before verification by observation or experiment”; it took on a pejorative sense (1738): “before examining the facts, based on prejudice”. When it became a noun (1845), it kept both meanings.

The *Dictionnaire de l’Académie Française*¹³ (Dictionary of the French Academy) states the following for this entry:

Seventeenth century. Borrowed from the scholastic Latin, meaning “starting from what is before”. 1. Logical. From data prior to experience, based on the principles of reason [...]. To argue a priori. Adjectival. A priori reasoning. 2. By extension. Prior to examination, at first sight, or, pejoratively, on the basis of a preconceived idea, principle, prejudice, etc. A priori, I accept your proposition. They are hostile to this project a priori. Invariable n. An a priori. To pose or formulate one or more a priori.

Searches in other dictionaries, especially English-language dictionaries, gave the following results.

In English-Language Dictionaries

In the Cambridge Dictionary¹⁴, we find the following definition of a priori: “Relating to an argument that suggests the probable effects of a known cause, or using general principles to

¹³ Available at: <<https://www.dictionnaire-academie.fr>>.

¹⁴ Available at: <<https://dictionary.cambridge.org>>.

suggest likely effects: ‘It’s freezing outside; you must be cold’ is an example of a priori reasoning.”.

In the Oxford English Dictionary¹⁵, which has a strong historical dimension, the entry for a priori reads:

- adjective: relating to or denoting reasoning or knowledge which proceeds from theoretical deduction rather than from observation or experience: a priori assumptions about human nature;
- adverb: in a way based on theoretical deduction rather than empirical observation: sexuality may be a factor but it cannot be assumed a priori;
- origin late 16th century: Latin, “from what is before”;
- meanings: 1710– A phrase used to characterize reasoning or arguing from causes to effects, from abstract notions to their conditions or consequences, from propositions or assumed axioms (and not from experience); deductive; deductively. 1834– Hence loosely: Previous to any special examination, presumptively, in accordance with one’s previous knowledge or prepossessions. 1841– By some metaphysicians used for: Prior to experience; innate in the mind.

What can be found in more specialized dictionaries?

In Specialized Dictionaries: Turning To Philosophy

Le Dictionnaire Philosophique (The Philosophical Dictionary) (COMTE-SPONVILLE, 2001) states:

¹⁵ Available at: <<https://www.oed.com>>.

Everything in the mind that is independent of experience, and especially that which makes it possible (the transcendental), which must therefore, at least logically, precede it. Thus, for Kant, the *a priori* forms of sensibility (space and time) and of understanding (categories). *A priori* should not be confused with innate. Innate refers to a chronological or *de facto* anteriority; *a priori*, to a logical or *de jure* anteriority. The innate belongs to metaphysics, psychology or, increasingly, genetics; the *a priori*, to gnoseology or the theory of knowledge. [...]. The *a priori*, if it exists, is this logical anteriority of the mind in relation to all the empirical data that give it the opportunity to operate. [...]. In everyday language, the expression *a priori* designates a hypothesis yet to be verified, or even a prejudice or bias. This usage, which leads to confusion, should be avoided in philosophical discourse. This is what makes it impossible to say that the concept of *a priori* (in the technical sense) is an *a priori* (in the trivial sense). But that does not prevent us from thinking it.

The *Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie* (Technical and Critical Vocabulary of Philosophy) (LALANDE, 2010) states:

A. From a gnoseological point of view, we call [...] *a priori*, knowledge that experience presupposes and is not sufficient to explain, even though it only has application in experience. *A priori* therefore does not designate a chronological (psychological) anteriority, but a logical anteriority [...]. B. From a methodological point of view, any idea or knowledge prior to a given experiment or series of experiments is called *a priori*. [...] Thus, an *a priori* idea is a hypothesis. Critique – The oldest meaning of this expression, which is found in the Middle Ages but has fallen almost completely into disuse, is to designate *a priori* reasoning (starting from the antecedent), that which goes from cause to effect, from principle to consequence [...]. It seems useful for the clarity of philosophical language to reserve *a priori* [...] for sense A.

Finally, in the *Dictionnaire d'Histoire et de Philosophie des Sciences* (Dictionary of the History and Philosophy of Science)

(LECOURT, 2006), we find an *a priori* entry written by J. Benoit. The notion is closely linked to its opposite – *a posteriori* - to which we will return later (see *infra*, § 2 of this section). The author explains that throughout the different ages of thought, *a priori* has made it possible to “deduce God’s existence from his essence”. He established “knowledge through reason”, in a “transcendental” dimension, “independent of all experience”, or as a “pure *a priori* condition of possible experience”. It could also have a “material” dimension in a form of “reontologization”, “which characterizes [in phenomenology] the *a priori* constitution of a thing insofar as its nature comprises, outside of any logical implication, this or that property.”.

A Search Using Artificial Intelligence Tools

The following example is taken from ChatGPT¹⁶.

ChatGPT, what is the definition of *a priori* in English?

The term “*a priori*” is a Latin phrase that has been adopted into English. It is used primarily in philosophy and epistemology to describe a type of knowledge or reasoning. In English, ‘*a priori*’ is typically used as an adjective, and it refers to knowledge or reasoning that is based on theoretical or abstract principles, independent of empirical evidence or experience.

In essence, something that is known ‘*a priori*’ is known or deduced through pure reason or prior to any specific sensory experience. [...]. Here’s a more formal definition: *A priori* (adjective) - Relating to knowledge, judgment, or reasoning that is based on principles, concepts, or deductive reasoning prior to, and independently of, empirical evidence or experience. It implies knowledge that is self-evident or known to be true without the need for empirical verification.

For example, in mathematics, certain truths, such as mathematical axioms or theorems derived through formal logic, are often considered *a priori* knowledge because they are known to be true based on logical principles rather than empirical observation.

¹⁶ Available at: <<https://chat.openai.com>>. Consulted: September 27, 2023.

Similarly, some philosophical arguments and ethical principles may be considered *a priori* if they are derived from reason and not dependent on empirical data.

This brief incursion into extralegal vocabulary explicitly referring to *a priori* highlights, as in the case of law, a wide variation in the expression:

- *a priori* was first used as an adjective or adverbial phrase before also becoming a noun (in French; in English, the derivative “apriorism” seems to be more commonly used, which also exists in French in a rare form: *apriorité*);
- its history and etymology show that it has evolved considerably over time: from “that which comes before or first” to “the condition or possibility for experience”, then to the “constitutive essence” of a thing;
- the expression has a distinct philosophical, scientific and technical meaning, but it also has a more common meaning, sometimes described as trivial;
- these two main meanings are not equally accepted, especially in philosophy, which shows a clear preference for the transcendental or phenomenological aspect of *a priori*.

2 DERIVATIVES OF THE EXPRESSION *A PRIORI* LIKELY TO BE OF INTEREST TO THE LAW

Without claiming to be exhaustive, and in a less systematic way than we have been able to do previously, we will focus on three main types of derivatives of the expression *a priori* likely to be of interest to law: its main antonym: *a posteriori* (2.1), its potential synonyms: hypothesis, postulate, presupposition, commonplace, paradigm, prejudice, bias, belief, imaginary, emotion (2.2) and its other extensions: anteriority, antecedent, precedent, preconception, preunderstanding, prenotion, anticipation, prediction (2.3).

2.1 ITS ANTONYM: A POSTERIORI

The expression *a posteriori* is used in three main ways: in everyday language, in philosophy and in law.

The expression *a posteriori* is used in three main ways: in everyday language, in philosophy and in law.

In Everyday Language

The *Dictionnaire Historique de la Langue Française* (RAY, 2022) has an entry for *postérieur* (posterior), which includes the following:

borrowed (1475) from the scholastic Latin *posterior*, meaning “from behind” and “that which comes after, follows”, especially in both spatial and temporal terms, and “last”, also figuratively “that which is below, inferior”. It’s the comparative of *posterus* “coming after, following”, derived from *post* “after, then, since.”.

The *Dictionnaire de l’Académie Française*¹⁷ states the following elements:

Etymology: Seventeenth century. Borrowed from the scholastic Latin, meaning “starting from what comes after”. 1. Domain: logical. Starting with data from experience, going from effects to causes, as opposed to *A priori*. Formulate a physical law *a posteriori*. Adjectival. *A posteriori* reasoning. 2. By extension. After the fact, experience has shown. I recognized afterwards [“*a posteriori*”, in the French version] that this man could not be trusted.

In Philosophy

Le Dictionnaire Philosophique (COMTE-SPONVILLE, 2001) offers the following definition: “Everything that comes

¹⁷ Available at: <<https://www.dictionnaire-academie.fr>>.

after experience and depends on it. Opposes *a priori*, supposes it (according to Kant) and is better (according to common usage). You are only right after the fact. Even a calculation or a demonstration – which are like thought experiments – are only true, for us, once we have done them.”

The *Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie* (LALANDE, 2010) refers to the entry on *a priori*, defining the two expressions in opposition to each other. In particular, there is a reference to:

From a gnoseological point of view, knowledge that comes from or depends on experience is called *a posteriori*. Critique – The oldest meaning of this expression, which is found in the Middle Ages but has fallen almost completely into disuse, is to designate [...] by *a posteriori* reasoning, that which goes back from consequences to principles, from what is conditioned by nature to what conditions it [...].

Finally, in the *Dictionnaire d'Histoire et de Philosophie des Sciences* (LECOURT, 2006), reference to *a posteriori* is also included in the *a priori* entry. Its author (J. Benoist) points out that, throughout the ages, we have been able to speak of “*a posteriori* proof of God with regard to that which goes back from his effects (created things) to him as cause”, that is “knowledge from experience”, or even “experience proves *a posteriori* the possibility of a thing”.

In Law

The expression *a posteriori* is absent from French legal dictionaries, but it can be found in legal works containing Latin adages and idioms.

In the famous lexicon of Latin expressions (ROLAND, 2016), we find an entry on *a posteriori* with the following statement: “After the fact, subsequently. An ellipsis of a *posteriori ratione*

quam experientia (based on data from experience). Indicates the posteriority of the legal mechanism, especially the control exercised by the supervisory authority over decentralized institutions.”.

In an earlier work (ROLAND; BOYER, 1998), we also find other elaborations:

Indicates subsequence, whether it involves the creation of a subjective right or the control exercised over the pertinence or lawfulness of a legal situation. This is how the guarantee for civil servants works [...]. There is nothing to prevent the victim from taking direct action before the judicial courts: the guarantee consists in the fact that the conflict will be dealt with by the Administration, once the action has been taken: it comes into play *a posteriori*.

Black’s Law Dictionary (GARNER, 2019) devotes two entries to it:

A posteriori: adv. [Latin ‘from what comes after’] (16c) Inductively; from the particular to the general, or from known effects to their inferred causes <as a legal analyst, she reasoned *a posteriori* — from countless individual cases to generalized rules that she finally applied>;

Posteriority (16c): The quality, state, or condition of being subsequent.

- This word was formerly used to describe the relationships existing between a tenant and the two or more lords the tenant held of; the tenant held the older tenancy ‘by priority’ and the more recent one “by posteriority.”.

This brief examination highlights the undeniable existence of an *a priori* - *a posteriori* pairing.

Outside of law, *a priori* and *a posteriori* do not carry the same weight. In the philosophy of science, the former is highly

structured from a theoretical point of view, while the latter has a more descriptive dimension of simply what comes after, i.e., more often than not, experience. In linguistics, there seems to be a difference too. *A priori* can have a noun form that is not used for the expression *a posteriori*. But they still form a pair, in the sense that they are systematically defined in relation to each other.

In law, although the two expressions present a lower level of construction, *a priori* and *a posteriori* can also function together as a kind of dialectic that makes it possible to question when and how legal constructions intervene [...] before or after. We will no doubt come across the notion of *a posteriori* again and again in this work focused on *a priori*.

2.2 POTENTIAL SYNONYMS OF A PRIORI: HYPOTHESIS, POSTULATE, PRESUPPOSITION, COMMONPLACE, PARADIGM, PREJUDICE, BIAS, BELIEF, IMAGINARY, EMOTION

The expression *a priori* is apt to have multiple synonyms. Keeping the broadest possible range of perspectives open at this preliminary stage of the research, the following can be listed: hypothesis, postulate, presupposition, commonplace, paradigm, prejudice, bias, belief, imaginary, emotion.

For each of these terms, taken separately or together, we will seek to identify their use and meaning, where they are likely to relate to the theme of *a priori*. We will conclude with an initial summary.

Hypothesis

How is the term “hypothesis” used outside of law and in law?

The Dictionnaire du Centre National de Ressources Textuelles

*et Lexicales*¹⁸ (Dictionary of the National Center of Textual and Lexical Resources) offers three separate entries for the term *hypothèse* (hypothesis). In the usual sense: “Supposition or conjecture by which the imagination anticipates knowledge in order to explain or foresee the possible realization of a fact, to deduce consequences.”. In the mathematical sense: “A proposition supplied as a datum of a problem, or which, without needing to be demonstrated, serves as the basis for proving a theorem by logical means.”. In the philosophical sense: a) “A proposition taken, independently of its truth value, and from which a given set of propositions is deduced; b) Proposition (or set of propositions) put forward, provisionally, as an explanation of facts or natural phenomena, and which must subsequently be verified by deduction or experience.”. *Le Dictionnaire Philosophique* (COMTE-SPONVILLE, 2001) specifies that this usage applies to “hypothetical-experimental sciences: their hypotheses are scientific [...] only insofar as they can be subjected to experiment and, where appropriate, refuted by it.”.

In legal vocabulary, the expression is absent from the most commonly used French dictionaries. However, it is described in detail in the French-language Canadian legal¹⁹ dictionary, which states:

A frequent procedure in legislative and regulatory drafting, the hypothesis in legal reasoning consists in foreseeing cases and stating a rule, a procedure, a sanction, an effect, or a consequence, if what is foreseen happens. Propositional phrases (in case of, in the event of), conjunctive phrases (in the case that, in the event that, in any case, each time that, for the case that, every time that, supposing that, if it happens that, if it occurs that) and conjunctions (if, whenever, when) introduce the hypothesis.

¹⁸ Available at: <<https://www.cnrtl.fr>>.

¹⁹ Available at: <<https://www.noslangues-ourlanguages.gc.ca/fr/juridictionnaire/index-fra>>.

These linguistic means express a pure and simple hypothesis, in other words a supposition, a mental conjecture, or an eventuality, stated in an antecedent subordinate proposition (If this happens, such and such a consequence will follow), and, in the main proposition, the legal effect or consequence that follows. This is why we usually begin by evoking the hypothesis, before formulating the effect or consequence of its realization or refutation. “If, within one month of this request, the planned agreement has not been reached (= formulation of the hypothesis), the seats will be distributed in accordance with the above conditions. In this case, the period for exercising the right of withdrawal is extended by six months.”.

Black’s Law Dictionary (GARNER, 2019) devotes an entry to it with two distinct definitions: “1. A supposition based on evidence but not proven; a proposed explanation, supported by evidence, that serves as a starting point for investigation. 2. A theory or supposition proposed for the sake of debate.”.

As we can see, there are both practical and more theoretical hypotheses, which have the characteristic of being able to introduce a line of reasoning or a demonstration, i.e., to intervene at an early stage – or we could also say *a priori* – in the construction of the law.

Postulate

How is the term “postulate” used outside of law and in law?

The *Dictionnaire du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales* lists various definitions for *postulat* (postulate), one of which is intended to be legal (although the term is absent from the French and English legal dictionaries we consulted). It includes the following details:

SCI. An unproven principle that is accepted and formulated as the basis of research or theory; *LAW, regional*. (Switzerland). A statement made by a parliamentarian to the executive (with this

example: *This week, we have had the rare personal satisfaction of seeing one of our postulates come to fruition, one from more than a year ago, calling for the introduction of summer time, Le Pays, 17 June 1977).*

In Christian Atias's book (ATIAS, 1985, n.º 37), we find a telling reference to the postulate in law:

Legal epistemology must study the postulates on which the knowledge of the law is based. There are undoubtedly many of them: it would be a very difficult but useful task to try and list them all. There is, for example, probably a postulate of continuity over time. [...]. Another postulate that inspires legal science is that of the relative identity of observed phenomena. Cases can be compared with one another and, consequently, any legal solution is, *a priori*, generalizable. Such a postulate is put into practice on a daily basis, without any verification by jurists [...].

This latter analysis finds an extension, for example, in a study by Danielle Pinard, who describes this identity of observed phenomena as “factual postulates” or “fact-postulates” which, even though they do not have to be legally verified empirically, form the basis of the rule of law. A case in point is the assertion that “seeing a witness's face is necessary for a fair trial.”. The author wonders: “Should we not instead believe in this necessity to provide the rationale for certain rules of evidence?” (PINARD, 2014, p. 44)

The postulate is a potentially very powerful *a priori* in law, even if it is only identified as such in works of an essentially theoretical nature.

Presupposition, Commonplace

How are the terms “presupposition” and “commonplace” used outside of law and in law?

The *Dictionnaire du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales* defines the common usage of the term *présupposé* (presupposition) as “that which is implicitly or explicitly admitted prior to an act, conduct or intellectual approach.”.

The word is also present in the *Vocabulaire Juridique* (Legal Vocabulary) (CORNU, 2022) with the following two meanings:

Data taken for granted *a priori* as a basis for reasoning. 2. In the structure of a rule, the case it governs with regard to the consequence attached to it; the hypothesis in which it applies in relation to the effect it produces; the presupposition of its application in relation to its legal effect [...].

It has been shown that presuppositions are particularly significant when they are given a common dimension. For example, appeals to “common opinion” or “common values” often play a decisive role in legal argumentation. But these are usually presuppositions, in the sense that they are generally not supported empirically (MATHIEU, 2015, p. 372).

This is also true of “commonplaces,” understood as “widely accepted presuppositions, habitual sources from which speakers can draw their arguments.” (MATHIEU, 2015, p. 376).

Paradigm

How is the term “paradigm” used outside of law and in law?

The *Dictionnaire du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales* gives the following definition for *paradigme* (paradigm): The “dominant theoretical conception current at a given time in a given scientific community, which is the basis for the types of explanation that can be envisaged, and the types of facts to be discovered in a given science.”.

One author in particular has appropriated the word in law (ATIAS, 1985, n.º 84) in a sense that brings it closer to the concept of *a priori*. Referring to “good and bad paradigms,” he points out that: “Legal concepts and theories are founded on intuitive convictions and more or less formalized postulates. [...]”. Quoting the well-known work of Thomas S. Kuhn (*La structure des révolutions scientifiques* [The Structure of Scientific Revolutions], reprinted by Flammarion in 2018), he continues: “the establishment of a paradigm provides a scientific community [...] with the means to choose problems that can be assumed to have a solution, as long as the paradigm is taken for granted [...]”. And Christian Atias adds that:

Legal science offers many illustrations of this type of approach. The adoption of the positivist paradigm has relieved jurists of the need to continue questioning the content of natural law and the correspondence of positive law with it. The same paradigm that emphasizes the subsumption of the concrete case under the rule may have helped dissuade jurists from using the teachings of sociology or anthropology: most of their findings could not be directly linked to the application of the law.

Even if the study of paradigms is inseparable from the practices that may prevail among jurists in an identified circle at a given time, and even if paradigms are thus often constructed *a posteriori* to legal statements, the fact is that they are likely to acquire the stature of an *a priori* that is not, or only very weakly, discussed and that guides the way in which law is made and thought.

Prejudice, Bias

How are the terms “prejudice” and “bias” used outside of law and inside law?

The *Dictionnaire du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales* lists four meanings of the term *préjugé* (prejudice), the

first of which has a legal scope:

A. What has been judged in a similar or analogous case. This ruling is *unpréjugé* (a precedent) for our cause. B. 1. A favorable or unfavorable *a priori* opinion of someone or something based on personal criteria or appearances [...]. 2. Pej., often pl. Hasty, preconceived opinion often imposed by the environment, era, education, or due to the generalization of a personal experience or a particular case [...]. PSYCHOSOCIOLOGICAL. Racial prejudice. Pejorative opinions and feelings established on the basis of superficial assessments of representatives of another race considered inferior [...].

Le Dictionnaire Philosophique (COMTE-SPONVILLE, 2001) devotes an entry to it in the following terms: “What has been judged before. Before what? Before having really thought it through. It is the classic and pejorative name for opinion [...] insofar as it is preconceived [...]”.

The term prejudice is absent from the French-language legal dictionaries we consulted. It does, however, appear in Black’s Law Dictionary (GARNER, 2019) “Prejudice: a preconceived judgment formed without a factual basis; a strong bias”, as well as in Chaïm Perelman and Lucie Olbrechts-Tyteca: “Prejudice can be seen as a braking technique, a technique that prevents having to constantly revisit the conception we have of a person, and which contributes greatly to its stability.” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2008, p. 423).

Belief, Imaginary

How are the terms “belief” and “imaginary” used outside of law and in law?

The *Dictionnaire du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales* offers two sets of definitions for the term *croyance* (belief):

1. A greater or lesser degree of certainty by which the mind admits the truth or reality of something. [...] 2. An adherence of the mind which, without being entirely rational, excludes doubt and involves a degree of personal conviction, of intimate persuasion. [...] B. 1. In relig. mat. Religious belief(s). [...] 2. Opinions which, without being religious, have the character of an intimate conviction and which exclude doubt [...].

The *Vocabulaire Juridique* (CORNU, 2022) speaks of “the fact of believing, the fact of trusting [...]”. In its definition, the Encyclopedic Dictionary of Theory and Sociology of Law (ARNAUD, 1993) refers to another entry [“Opinion”], for which three meanings, common, sociological and philosophical, are described. The last one specifies: “a state of mind consisting in thinking that an assertion is true while admitting that one may be mistaken in one’s judgment” (with an explicit reference to Kant and his *Critique of Pure Reason*).

The *Dictionnaire du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales* lists the following elements for the term *imaginaire* (imaginary): “Created by the imagination, existing only in the imagination [...]” and “An oeuvre, domain, or world of the imagination.”. The Encyclopedic Dictionary of Theory and Sociology of Law (ARNAUD, 1993; see also: DEL MAR, 2020; KASSOUL, 2023) devotes an entry to it:

An approach to legal phenomena that sees law as an active representation of reality, as an active vision of the world. [...] the approach in terms of the imaginary responds [...] to a new expectation of legal science: to recognize and interpret law as a global social object, and not simply to study it as a technique [...]. G. Bachelard emphasizes the creative force of the imaginary, its “power to inspire” that anticipates the reality to come, and gives meaning to the reality already formed [...]. While the peculiarities of legal discourse often lead jurists to engage with the legal imaginary without realizing it, its influence is easier to spot in certain circumstances, at times of change and innovation [...]. By periods of change we mean those

[...] when existing legal categories have ceased to be able to meet political or social needs and expectations, and must give way to new categories or standards. [...] The new legal discourse generally echoes, rather than precedes, other political, sociological and economic discourses. It is not, however, conflated with them, as is shown by the frequent coexistence in the same text of an explanatory statement and a normative mechanism, but it reduces these external representations to highly simplified terms and categories [...].

Reading these different definitions, we understand that belief and imagination are likely to be part of an *a priori* approach, anticipating legal solutions, even if belief and imagination can naturally be part of the legal process as a whole and not just at a preliminary stage.

Emotion

How is the term “emotion” used outside of law and in law?

The *Dictionnaire du Centre National de Ressources Textuelles et lexicales* defines *émotion* (emotion) in the following way: “Reactive, reflexive, involuntary state experienced at the level of the body in a more or less violent manner and at the same time affectively in the form of pleasure or pain.”

No French-language legal dictionary devotes an entry to it. On the other hand, it is found in a derived form in Black’s Law Dictionary (GARNER, 2019) with the expressions “emotional abuse; emotional distress; emotional harm; emotional incapacity; emotional insanity” which refer to the assessment of agents’ behavior whenever it can be interpreted legally (establishing liability, assessing evidence, etc.).

Little or nothing in these definitions specifically prefigures an *a priori* function for emotion, which can be present at every stage of legal intervention. But nothing prevents us from understanding it in this way.

What can we deduce from the ways these different synonyms for *a priori* are used?

Three points are worth highlighting at this stage of the research. The first, which we have already noted in the analysis above, is that a term can sometimes carry an *a priori* dimension in essence (hypothesis, postulate, presupposition, prejudice), or it can have a scope that is broader but does not exclude this *a priori* function (commonplace, paradigm, bias, belief, imaginary, emotion).

The second, to which we will return later, reflects a philosophical distinction between expressions that denote rational *a priori* (hypothesis, postulate, presupposition, paradigm) and those that refer to perceived *a priori* (bias, belief, imagination, emotion), bearing in mind that some of them clearly belong to both categories (prejudice, commonplace).

The third relates to the approbatory or pejorative dimension of expressions used specifically in the legal world: a pejorative connotation is more frequent for perceived *a priori* (bias, belief, imaginary, emotion) than for rational *a priori* (hypothesis, postulate, presupposition, paradigm), and also tends to prevail for a *a priori* belonging to both categories (prejudice, commonplace).

2.3 OTHER EXTENSIONS OF A PRIORI: ANTERIORITY, ANTECEDENT, PRECEDENT, PRECONCEPTION, PREUNDERSTANDING, PRENOTION, ANTICIPATION, PREDICTION

Many other extensions to the expression *a priori* can be found. Without claiming to be exhaustive, we have selected the following terms: anteriority, antecedent, precedent, preconception, preunderstanding, prenotion, anticipation and prediction.

In addition to a brief review of common meanings (where they exist), we will focus on some of the most salient academic meanings given to these terms by various disciplines, both outside of law and in law. We will conclude with an initial summary.

Anteriority, Antecedent, Precedent

How are the terms anteriority, antecedent and precedent used outside of law?

In everyday language, anteriority, antecedent and precedent refer to everything that comes before, as opposed to everything that comes after (see, for example, the *Dictionnaire du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*). As commonly understood, the terms have a temporal meaning. On a given time scale, events follow on from one another, and approaching them with the concepts of anteriority, antecedent and precedent situates them a timeline in relation to one another. The terms under analysis here generally have a neutral meaning, in the sense that, except in special cases, nothing says that what is before is absolutely primary, in relation to what comes after. For example, an earlier, antecedent or precedent event may be later than another event that is earlier, antecedent or precedent to it.

In a more academic sense, the terms anteriority, antecedent and precedent are given other meanings. Without claiming to be exhaustive, we note that in philosophy, anteriority has a logical meaning that “consists in being the principle, premise or condition of a proposition.” (LALANDE, 2010).

The term antecedent has an even richer meaning. The *Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie* (LALANDE, 2010) proposes

1. a logical meaning: “In any implication, the implying term is said to be the antecedent and the implied term the consequent. In particular, in a hypothetical relationship, the proposition

- that states the condition is called the antecedent, and the proposition that is conditional is called the consequent,”;
2. a meaning in psychology and theory of knowledge: “antecedent of a phenomenon, any phenomenon that precedes it in time”; and
 3. a meaning in psychoanalysis: “antecedents, all events, either individual or hereditary, that can explain certain psychological abnormalities of a subject under consideration.”.

Finally, the term precedent is sometimes used in a perspective that can be described as historical: “A fact or event that occurred at an earlier time insofar as it can be evoked as identical (partially or wholly) to a later event or fact,” sometimes as an argument from authority: “A fact, event, or previous case cited as authoritative” (*Dictionnaire du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*).

What is the case in legal language?

The terms “anteriority”, “antecedent” and “precedent” are not used equally in law.

For anteriority (or anterior and the Latin term *ante*), both general and precise references can be found in the legal vocabulary. In general terms, the *Vocabulaire Juridique* (CORNU, 2022) refers to “that which comes before, which precedes a given fact or event in time.”. The same dictionary refers (for the term *antérieur* [anterior]) to an archaic meaning: “bygone, existing in the past, as opposed to new.”. The *Lexique Juridique des Expressions Latines* (Legal Lexicon of Latin Expressions) (ROLAND, 2016) devotes an entry to the expression “*ex ante*”: “Starting from what is before – Marks anteriority in time and means that it is on the basis of pre-existing data that a calculation is made, a check carried out, a decision made.”. In another French legal dictionary, we find the following specific meaning: “Older law or fact, enforceable

against an industrial property title and rendering it null and void.” (GUINCHARD; DEBARD, 2023). But it is unquestionably in Black’s Law Dictionary (GARNER, 2019) that the harvest is most abundant: *ante litem motam*, *ante mortem* interest (or statement), *antenatus*, *antenuptial*, *ante omnia*, *ante redditas rationes* [...] with essentially factual meanings that describe the situation prior to the occurrence of a given fact.

The term antecedent is not treated in the same way. Absent as a main entry from the most common French-language legal dictionaries, it once again occupies an important place in Black’s Law Dictionary (GARNER, 2019) with 18 entries. As is often the case in this dictionary, we find common definitions, referring to the idea of what comes before (see above), indiscriminately combined with definitions that have more legal connotations. Without being exhaustive, we can cite the following expressions: antecedent basis, antecedent crime (or offense), antecedent debt, rule of the last antecedent [...]. If we focus on the expression “rule of the last antecedent,” we find the following definition:

An interpretive principle by which a court determines that qualifying words or phrases modify the words or phrases immediately preceding them and not words or phrases more remote, unless the extension is necessary from the context or the spirit of the entire writing. For example, an application of this rule might mean that, in the phrase “Texas courts, New Mexico courts, and New York courts in the federal system”, the words in the federal system might be held to modify only New York courts and not Texas courts or New Mexico courts.

This leaves the term precedent. The *Lexique de Termes Juridiques* (Lexicon of Legal Terms) (GUINCHARD; DEBARD, 2023) devotes an entry to *précédent* (precedent) and defines it in these terms: “Solution previously given in a similar dispute, invoked as a reference, endowed with de facto authority, sometimes of a binding

nature, particularly in Common Law countries.”. The *Vocabulaire Juridique* (CORNU, 2022) gives it two main meanings:

1. Antecedent: a previous decision taken as a reference; in relation to a decision to be made, a solution already adopted in the past in a similar case or circumstances; denotes [...] a decision [...] which, depending on the legal system, may have exemplary value, de facto authority or a binding character (*stare decisis*).
2. Sometimes, a fact, act or previous behavior to be taken into consideration in determining a custom [...].

As this precedent has its strongest roots in Common Law countries, it is naturally in Black’s Law Dictionary (GARNER, 2019) that we find the most extensive references. The noun precedent is defined as:

1. Something of the same type that has occurred or existed before.
2. An action or official decision that can be used as support for *later* actions or decisions; esp., a decided case that furnishes a basis for determining later cases involving similar facts or issues (*stare decisis*).

The long list of derived expressions includes: binding precedent, original precedent, condition precedent, persuasive precedent, declaratory precedent, precedent *sub silencio*, authoritative precedent, doctrine of precedent, duty to disclose adverse precedent, failure of a condition precedent. If we take, for example, the entry “doctrine of precedent,” we find:

1. The rule that precedents not only have persuasive authority but also must be followed when similar circumstances arise.
 - This rule developed in the 19th century and prevails today [in US].
2. A rule that precedents are reported, may be cited, and will probably be followed by courts.
 - This is the rule that prevailed in England until the 19th century.

Preconception, Preunderstanding, Prenotion

How are the terms preconception, preunderstanding and prenotation used outside of law and in law?

In law, none of these three expressions – preconception, preunderstanding, prenotation – is found in any of the dictionaries or indexes we have consulted, in either French or English.

We have to turn to everyday language, the language produced by other forms of knowledge, or to very specific legal literature, in order to find them.

The *Dictionnaire du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales* defines *préconception* (preconception) as an “Idea formed in advance; prejudice.”. But the term is absent from specialized dictionaries, notably in philosophy.

The term preunderstanding is absent from most standard dictionaries. It appears in the Encyclopaedia Universalis dictionary under this brief definition: “prior understanding.”²⁰ But it is mainly used in philosophy, particularly in studies that consider that interpretation passes through a phase of preunderstanding (GADAMER, [1960], 2013).

This leaves the term prenotation. The *Dictionnaire du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales* offers two definitions, one philosophical and the other sociological, for *prénotation* (prenotion): “*PHILOS.* [P. ref. to Epicureanism and Stoicism] Spontaneous, general knowledge drawn from experience, prior to any reflection. *SOCIOLOG.*, gen. *plural*. Concept formed spontaneously by practice and which has not yet undergone the test of scientific criticism,” with for this last meaning, the concise judgment of E. Durkheim: “All prenotations must be systematically ruled out [...]. The sociologist [...] must [...] resolutely refrain from using those concepts which have been formed outside science and for needs which have nothing to do with science” (DURKHEIM, [1894] 1901, p. 40).

We will return to this later.

²⁰ Available at: <<https://www.universalis.fr/dictionnaire>>.

Anticipation, Prediction

How are the terms “anticipation” and “prediction” used outside of law and in law?

In everyday language, as well as in fields of knowledge other than the law, the terms anticipation and prediction are discussed in detail. In the *Dictionnaire du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*, anticipation has the following two definitions: “EPIST. [Action of] representing a priori what will then be given *a posteriori*. Thus, we call the hypothesis the anticipation of the experiment; the hypothesis is considered as one of the stages of the experimental method and is subjected to a test of facts in the process that academics call experiment. PSYCH. Anticipation is not the simple attempt at forecasting by which we often try to guess what is going to happen: it involves the preparation and even the outline of future action, subjects orienting their present actions to direct the subsequent course of events in their favor.”. For prediction, the same dictionary includes the following common definition: “Action of announcing an event in advance by calculation, reasoning or induction.”.

In the language of law, the term anticipation has an essentially factual meaning (e.g., in relation to what is “anticipated”, such as payment: see *Vocabulaire Juridique* (CORNU, 2022)). As for the expression prediction, it is of interest to the theme of a priori only if it is taken in its theoretical dimension. For example, in Black’s Law Dictionary (GARNER, 2019), we find this entry

Predictive theory of law: The view that the law is nothing more than a set of predictions about what the courts will decide in given circumstances. This theory is embodied in Holmes’s famous pronouncement, “The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.”. Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, 10 Harv. L. Rev. 457, 460-61 (1897) [on this doctrine, see also: Encyclopedic Dictionary of the Theory and Sociology of Law (ARNAUD, 1993, p. 563)].

Interest in the term has been renewed with the controversial topic of predictive justice.

What can we conclude from the ways these different terms are used, at this stage of the analysis?

The possible extensions to the expression *a priori* reveal a huge variety of approaches.

Extensions can take the form of nouns, adjectives, both singular and plural, each of which can affect their meaning (see, for example, “antecedent”).

They can have an essentially descriptive dimension (see, for example, anteriority, antecedent, precedent), especially when used to describe the situation where one event occurred before another on a given time scale.

But they can also be used to explain or demonstrate (this applies to all the expressions) the sequence of events or operations that lead to a given result.

All these expressions exist outside of law, whether in everyday language or in the academic language of a discipline.

In law, none of these expressions generally predominates.

In their abstract form, however, these expressions offer great potential.

This is what we will be looking at in a forthcoming article on the grammar of *a priori* in law and outside of law.

More to follow...

REFERENCES

ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane (Ed.). **Dictionnaire de la culture juridique**. Paris: PUF, 2003.

ARNAUD, André-Jean (Ed.). **Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit**. Paris: LGDJ, 1993.

ATIAS, Christian. **Epistémologie juridique**. Paris: PUF, 1985.

BERGÉ, Jean-Sylvestre (Ed.). **The a priori method in the social sciences: a multidisciplinary approach**. Berlin: Springer, 2023.

BERGEL, Jean-Louis. **Théorie générale du droit**. 5^e édition. Paris: Dalloz, 2012.

CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. **Méthodologies du droit et des sciences du droit**. Paris: Dalloz, 2022.

COMTE-SPONVILLE, André. **Le dictionnaire philosophique**. Paris: PUF, 2001.

CORNU, Gérard (Ed.). **Vocabulaire juridique**. 15^e édition. Paris: PUF, 2022.

DEL MAR, Maksymilian. **Artefacts of legal inquiry: the value of imagination in adjudication**. London: Hart, 2020.

DURKHEIM, Émile. **Les règles de la méthode sociologique**. Paris: Alcan, [1894] 1901.

FELLMETH, Aaron Xavier; HORWITZ, Maurice. **Guide to latin in international law**. Oxford: Oxford University Press, 2021.

GADAMER, Hans-Georg. **Truth and method**. London: Bloomsbury, [1960], 2013.

GARDIES, Jean-Louis. **Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique**. Paris: LGDJ, 1972.

GARNER, Bryan A. (Ed.). **Black's law dictionary**. 11th ed. New York: Thomson Reuters, 2019.

GHESTIN, Jacques; BARBIER, Hugo; BERGÉ, Jean-Sylvestre. **Traité d'introduction générale au droit**. Paris: LGDJ, 2018.

GUINCHARD, Serge; DEBARD, Thierry (Ed.). **Lexique de termes juridiques**. 31^e édition. Paris: Dalloz, 2023.

KASSOUL, Hania. The *a priori*: a structure of an ascendant imaginary. In: BERGÉ, Jean-Sylvestre (Ed.). **The *a priori* method in the social sciences: a multidisciplinary approach**. Berlin: Springer, 2023. p. 77-99.

LALANDE, André. **Le vocabulaire technique et critique de la philosophie**. Paris: PUF, 2010.

LECOURT, Dominique (Ed.). **Dictionnaire d'histoire et de philosophie des sciences**. Paris: PUF, 2006.

MATHIEU, Marie-Laure. **Logique et raisonnement juridique**. Paris: PUF, 2015.

MONGOIN, David. **Philosophie du droit**. Paris: Dalloz, 2022.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité de l'argumentation**. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles (ULB), 2008.

PINARD, Danielle. Au-delà de la distinction du fait et du droit en matière constitutionnelle: les postulats nécessaires. In: **Revue Juridique Thémis**, Montréal, Ed. Faculté de Droit/ Université de Montréal, v. 48, n. 1, 2014.

RAY, Alain (Ed.). **Dictionnaire historique de la langue française**. Martinica: Le Robert, 2022.

REINACH, Adolf. **Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts**. München: Kösel, 1913.

REINACH, Adolf. **The *a priori* foundations of the civil law**.

Translated by Crosby, John F. Boston: De Gruyter, 2012.

ROLAND, Henri. **Lexique juridique des expressions latines**. Paris: LexisNexis, 2016.

ROLAND, Henri; BOYER, Laurent. **Locutions latines en droit français**. Paris: LexisNexis, 1998.

Recebido em: 16-1-2024

Aprovado em: 12-4-2024

6

LA CRISIS DE LA CULPABILIDAD Y LA CULPABILIDAD POR VULNERABILIDAD¹y²

*Marcelo A. Riquert*³

“La verdad del mundo colonial latinoamericano no está en las enjundiosas y numerosas leyes de Indias, sino en cada cadalso y la picota, clavados al centro de cada Plaza Mayor” (Eduardo Galeano)⁴

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El contexto en que se presenta la “culpabilidad por vulnerabilidad”. 3. La superación de un

¹ **Como citar este artículo científico.** RIQUEERT, Marcelo A. La crisis de la culpabilidad y la culpabilidad por vulnerabilidad. In: **Revista Amagis Jurídica**, Belo Horizonte, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, v. 16, n. 1, p. 275-306, jan.-abr. 2024.

² La presente versión de este trabajo fue preparada en el marco del Proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación (España) que lleva por título “*La tutela penal de las personas vulnerables: análisis de realidades criminológicas y propuestas sustantivas de “lege lata y de lege ferenda”*” (REF: PID2020-116407RB-I00), bajo dirección del Prof. Dr. Norberto de la Mata Barranco y la Profa. Dra. Ana Isabel Pérez Machío, ambos de la Universidad del País Vasco (UPV). Se trata de una revisión y ampliación orientada al nuevo marco, del artículo titulado “*En busca de las penas perdidas y la crisis de la culpabilidad: la culpabilidad por vulnerabilidad*”.

³ Profesor Titular Regular de Derecho Penal y Director del Área Departamental Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Ex Presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal. Correo electrónico: riquertm@hotmail.com

⁴ Tomo esta maravillosa frase de Galeano de la cita de su amigo Gonzalo Fernández (1995, p. 27) quien, con toda razón, nos dice que “encierra toda una lección de derecho penal.” En nota al pie 26 la referencia al texto de Galeano).

juicio de reproche solo formalmente ético. 4. Balance tres décadas después. 5. Colofón. 6. Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

Dentro del marco analítico que propone la teoría del delito, una vez afirmado que el hecho constituye un injusto (una acción humana típica y antijurídica), se impone la verificación de si además es culpable, en cuyo caso, finalmente, se establecerá si merece pena y, de ser así, cuál y cuánta. La primera advertencia, nos recuerda García Rivas, es que la culpabilidad no es un rasgo intrínseco a la persona, sino una cualidad que se predica jurídicamente de alguien en relación con el hecho ilícito realizado, que es el objeto de la responsabilidad penal. Es que la adecuación del sistema penal al principio de culpabilidad reclama precisamente la configuración de un Derecho penal de hecho y el abandono de un Derecho penal de autor, porque este puede hacer penalmente responsable a alguien por lo que es y no por lo que ha hecho (cf. GARCÍA RIVAS, 2016, p. 259).

El contenido de este estrato de la teoría del delito ha sido objeto de grandes discusiones, alentadas al calor tanto de la evolución de los diferentes modelos de explicación como de avances del conocimiento en otras áreas. Consecuencia de ello, se trata de uno que atraviesa en la actualidad una singular crisis. Aclarado ello, comenzaré con una precisión acerca del recorte que se asume aquí para poder avanzar sobre el tópico propuesto: más allá de la referencia en el título a la crisis de la culpabilidad, en lo que sigue no me centraré en su explicación y pormenores, es decir, no trataré de justificar la afirmación sino que básicamente me limito a mencionarla como un dato objetivo sobre el que media el mayor de los consensos⁵ y señalar que, ante esta situación que lejos de ser

⁵ Recuerda Carlos Parma que en una de sus visitas a la Argentina, en 1996, en la Universidad Nacional de Córdoba, el Prof. Roxin abrió su conferencia diciendo: “Ninguna categoría es tan discutida como la culpabilidad y ninguna es tan imprescindible [...] por ello ningún Derecho Penal moderno puede subsistir sin el principio de culpabilidad, se lo puede designar de otro modo, pero no anular” (PARMA, 1997, p. 19).

nueva atraviesa la historia de la discusión penal, voy a hacer foco en un aporte concreto en esta temática que tiene vinculación con el marco de la investigación para la que se preparara el texto (la tutela penal de las personas vulnerables), retomando esta cuestión.

En este sentido, no integrarán este breve texto las discusiones entre libre albedrío y determinismo, así como el singular reverdecer de este último al amparo de los aportes de las neurociencias que parecen situarnos ante lo que Cancio Meliá describió como la asistencia a “un verdadero vendaval en el marco de la discusión filosófico-moral y jurídico-penal” y Hassemer calificó como una “discusión interminable” (CANCIO MELIÁ, 2013, p. 530; HASSEMER, 2011, hojas 2; FEIJOO SÁNCHEZ, 2012; LUZÓN PEÑA, 2012; AROCENA; BALCARCE; CESANO, 2015; PASTOR, 2016; PASTOR; ROCA, 2019; PASTOR; ROCA, 2021). La exclusión se impone tanto por razones de espacio como, singularmente, la verificación de que, como apunta Cancio, el estado de la discusión es que “en la amplia mayoría de sus participantes han llegado a la conclusión de que los descubrimientos neurocientíficos no deben afectar a los pilares esenciales del Derecho Penal, y, en particular, que no deben tampoco remover los fundamentos del concepto de culpabilidad” (CANCIO MELIÁ, 2013, p. 531).

En esta última línea apunta Pastor que

[...] las disciplinas legales dependen de los hechos del mundo real, pero no son ciencias naturales, por lo cual están mucho más vinculadas, como tales, a los datos del mundo político, especialmente respecto de las referencias axiológicas positivizadas en el derecho, cuando estas entran en conflicto con los resultados de las investigaciones de las ciencias de la vida. Por eso, en esta materia y más allá de las coacciones, automatismos, sesgos y condicionamientos de todo tipo, que por supuesto existen y tienen su repercusión, queda en pie, como lo ha destacado Hirsch, la idea general de que existe libertad de optar. Y es esa idea política, y no la libertad de voluntad en sí misma, la que lleva al derecho a proceder con el ser humano, para respetar su dignidad, tal como

él se entiende, esto es, como *zoon politikón* diferente de los demás animales y de los objetos, dado que se considera con capacidad de discernir y elegir, de atribuir responsabilidad por el comportamiento de otros y ser responsable por el propio. Su lucha proverbial por la libertad política, históricamente plena de costosos sacrificios, muestra hasta qué punto el orden jurídico está obligado a respetar esta concepción política que el ser humano tiene de sí mismo. Si las personas crearon el derecho para la protección de sus bienes e intereses fundamentales, entonces resultaría inconcebible que el derecho por ellas creado entre en contradicción con la imagen que el ser humano tiene de sí mismo, aunque la idea de una libertad de voluntad consciente solo sea un autoengaño (PASTOR, 2020, hojas 13).

Tampoco se incursionará en el recordatorio de las tradicionales explicaciones sobre las visiones psicológicas y normativas de la culpabilidad, estas últimas en sus variadas y sucesivas versiones, o las negacionistas. Las referencias a los modernos modelos funcionalistas se acotarán a lo imprescindible para contextualizar el tema asumido.

2 EL CONTEXTO EN QUE SE PRESENTA LA “CULPABILIDAD POR VULNERABILIDAD”

Yendo ahora al punto, hace poco más de treinta años el Profesor Zaffaroni presentaba una obra, “En busca de las penas perdidas”, que calificaba de “suerte de ensayo de realismo jurídico-penal desde la perspectiva de un margen del poder planetario”⁶. Allí anunciaba además la necesidad de ulteriores desarrollos que, en lo atinente a la criminología, completaran la inicial formulación de otro ensayo del año anterior, “Criminología: aproximación desde un margen” (1988) y, en lo concerniente a la parte general del derecho penal, derivaría

⁶ La cita corresponde a la “Presentación” de la primera edición (1989b). Del mismo año, edición colombiana por Temis, Bogotá (1989a). La traducción al portugués de Vânia R. Pedrosa y Amir L. da Conceição, “*Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*”, pub. por Revan, Río de Janeiro, 1996.

en la reelaboración del “Manual de derecho penal: parte general” (1977)⁷ y del “Tratado de derecho penal: parte general” (1980a) (esto último se concretaría poco más de una década después, en la obra conjunta con Alejandro Alagia y Alejandro W. Slokar, “Derecho penal: parte general” (2000; asimismo, 2001, 2003, 2013), con su posterior versión sintética del respectivo “Manual” (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2005).

En el “Prefacio” que escribiera a la reimpresión del año 2003, a la vez que explicó por qué se optó por no actualizar y complementar el texto, evocó la importancia del trabajo de Alessandro Baratta como provocador del intento de reconstrucción realista de la dogmática penal. Esto, a partir de haber demostrado que la dogmática jurídico penal con la que nos habituamos a trabajar, con la que estamos familiarizados (en este sentido, “tradicional”), encerraba conceptos cuya falsedad era palmariamente demostrada por la sociología (también “tradicional”)⁸.

Dos décadas después de su inicial aparición, la Academia Boliviana de Ciencias Jurídico Penales publicó su propia edición de la obra en La Paz⁹, versión que cuenta con un extenso “Prólogo” del autor quien, con la perspectiva que el tiempo brinda, lo divide en dos segmentos, el primero dedicado a explicar qué paso con el ensayo tanto en su período de escritura como en esos veinte años de publicado y el segundo con foco en lo que fueron los desarrollos posteriores, incluyendo el por entonces anticipo de la aparición de

⁷ Tuvo numerosas ediciones y reimpressiones. Por la misma casa editorial, con la misma impronta finalista, puede recordarse su “Teoría del delito”, publicada en 1973.

⁸ En particular, individualiza a un artículo publicado en 1979 por Baratta en la revista “La Questione Criminale”, que anticipaba un capítulo de su posterior obra de 1986).

Pocos años después de tal Prefacio, la discusión del momento y la reflexión subsiguiente dio lugar a otro ensayo trascendente: “El enemigo en el Derecho Penal” (2006). Y, al año siguiente, suerte de “reverso”, la “lectio doctoralis” titulada “Humanitas en el Derecho Penal” (2007).

⁹ Edición de la propia Academia, La Paz, Bolivia, n.º 6 de la “Colección Bibliográfica de Ciencias Jurídico Penales”, 2009.

un “Esquema básico de derecho penal”¹⁰, destinado a los estudiantes. Más reciente, puede agregarse su “Lineamientos de derecho penal” (2020).

No albergo duda alguna de que “En busca de las penas perdidas” es de los textos más importantes que produjo Zaffaroni, uno en el que junto a la mencionada y casi coetánea “Criminología: aproximación desde un margen” (1988), marca una suerte de “quiebre” o ruptura con lo anterior¹¹. Y, ciertamente, no puedo olvidar las dificultades para su asimilación que provocaba y las discusiones que generó. Corría el año 1991 cuando, en la revista “No hay Derecho”, Carlos Santiago Nino publicaba una crítica del ensayo con el título “La huida frente a las penas”¹². No se trata ahora de evocar ese momento ni el tenor de tal discusión académica, sino sólo de resaltar que en unas 240 páginas Zaffaroni presentaba las bases del trabajo que lo ocuparía las tres próximas décadas. Lo hacía anunciando que lo que seguiría no sería fácil, pero para la mirada externa, volver ahora a repasar aquéllas líneas y confrontarlas con la labor posterior habilita concluir que, al menos, gran parte del programa trazado e autoimpuesto se ha cumplido. Esto último,

¹⁰ El título finalmente fue “Estructura básica de Derecho Penal” (2009), incluyendo en la caja además del texto dos DVD con clases grabadas por el propio Zaffaroni, material audiovisual de alrededor de cuatro horas de duración.

Dos años después, suerte de actualización a la vez que evolución de la criminología desde el margen de los años ochenta, se publica “La palabra de los muertos. Conferencias de Criminología Cautelar” (2011).

¹¹ Por cierto, esta ruptura es, sin duda, un dato objetivo pero que, en mi opinión, lejos estuvo de significar lo que Edgardo Alberto Donna (1992, p. 70) calificó como “El último ataque a la dogmática penal...” o “...la destrucción del concepto de culpabilidad en la teoría del delito”, para concluir que “Esta teoría no es otra cosa que la teoría de Lombroso al revés” (1992, p. 74). Es claro, se verá, si hubiera alguna impronta vinculada al derecho penal de autor en la construcción, claramente sería en un sentido reductor y no amplificador del poder punitivo.

¹² Pub. en el n.º 4. El mismo año, en el n.º 5 de la misma revista, Zaffaroni contesta el escrito de Nino en el artículo “¿Vale la pena? Una réplica a Carlos S. Nino, de un agnóstico del Derecho Penal”. El número siguiente, compartiendo sectores de las mismas páginas aparecen la “Réplica de Carlos S. Nino” y la “Réplica de E. Raúl Zaffaroni”. Los cuatro textos fueron publicados juntos en las “Fichas del INECIP”, Ediciones del Instituto, bajo el título “Carlos Santiago Nino vs. E. Raúl Zaffaroni. Un debate sobre la pena”, Buenos Aires, 2004.

valga la aclaración, en el sentido de que los desarrollos anunciados se concretaron más allá de sus sucesivas correcciones, revisiones y ajustes propios de un objeto de estudio ciertamente dinámico¹³.

Dentro de un texto que ofrece los primeros pasos para construir un novedoso programa tanto del derecho penal como de la criminología, confrontando paradigmas que gozaban de singular consenso, hay un arco temático de una enorme amplitud para abordar dentro del que es posible encontrar una cuestión de la mayor afinidad con el objeto de análisis del grupo de investigación: las personas vulnerables que, al fin y al cabo, están en general de uno y otro lado del conflicto penal. En mi opinión, coincide con uno de los que estimo como de los principales aportes del profesor Zaffaroni en un aspecto central de la teoría del delito: el que se ocupa de los requisitos de la responsabilidad, que habitualmente llamamos “culpabilidad”.

Como dice Gonzalo Fernández, el surgimiento de la idea de culpabilidad marca un hito fundamental dentro del desarrollo histórico del derecho penal, que siempre se desenvuelve como un auténtico derecho de resistencia al poder. Así, resalta el reconocido profesor uruguayo, actuando a modo de bisagra entre dos épocas, el reconocimiento de la culpabilidad, convertida de pronto en un momento central e indispensable del juicio de imputación, dejó clausurado el período del pensamiento penal primitivo, donde imperaba aquel crudo objetivismo de la pura responsabilidad por el resultado. En adelante, ya no bastará la mera causación física del evento (atribuibilidad objetiva) para legitimar la imposición de pena, pues deberá relevarse también el nexo de imputación subjetiva (FERNÁNDEZ, 2001, p. 95-97).

Es una cuestión que, dice Zaffaroni, encuentra raíces en la Edad Media habida cuenta que la idea de una pena conforme a la medida de la culpabilidad, es decir, la pena conforme a un reproche

¹³ En este sentido, acierta Ricardo Narváez (2013, p. 14) cuando resalta que “como toda tarea de contención del poder punitivo, se trata de un *unfinished* porque siempre podrá mejorarse y porque no faltarán quienes, intentando resucitar dinosaurios o clonándolos con especies nuevas, postularán las ventajas del poder punitivo para la sociedad o el individuo”.

personal formulado a un humano (persona) con autonomía moral, se remonta a los primeros penalistas (glosadores y prácticos), en contradicción con los “demonólogos”, que reclamaban penas duras para las brujas por su “peligrosidad policial”, pese a que según la misoginia de la época, se las consideraba menos inteligentes que el hombre y, por eso, merecían menor reproche (ZAFFARONI, 2017/2018, p. 35).

La importancia del tema fue resaltada por el propio Zaffaroni eligiéndola como tema de su “*Lectio Doctoralis*” al recibir el Doctorado Honoris Causa otorgado por la Universidad de Macerata (Italia) en 2002. Vale la pena, por su elocuencia, recordar la justificación que hizo de la elección:

Podría haber escogido un tema menos ambicioso, pero he preferido referirme a la culpabilidad porque considero que es el capítulo más delicado y significativo del derecho penal, el más específicamente penal de toda la teoría del delito y el que, en razón de esto, nos proporciona la clave de la crisis por la que atraviesa nuestro saber desde hace algunos lustros y que parece acentuarse (ZAFFARONI, 2002).

Dentro del marco del programa “pautador limitador y no legitimante”, Zaffaroni asigna a la teoría del delito un rol fundamental y la entiende “constituida por el conjunto de requisitos que, en cualquier caso, deben darse para que la agencia judicial no suspenda o interrumpa el ejercicio de poder del resto del sistema penal” (ZAFFARONI, 1990, p. 200). Así, ante la realidad de un sistema penal que selecciona personas arbitrariamente,

los requisitos de tipicidad y antijuridicidad (que se sintetizan en la categoría de “injusto penal”) no son más que los requisitos mínimos que la agencia judicial debe demandar para responder, permitiendo que avance el proceso de criminalización en curso sobre la persona arbitrariamente seleccionada (ZAFFARONI, 1990, p. 203).

Advierte entonces que en ese ámbito, vale decir, lo que tradicionalmente se presenta como “teoría del injusto” y corresponde a los “requisitos elementales y mínimos”, sin perjuicio de que el realismo marginal deba penetrar más profundamente en algunos aspectos (por ejemplo, tipicidad conglobante, causas de justificación, afectación de bienes jurídicos), las diferencias “son relativamente pequeñas” (ZAFFARONI, 1990, p. 210).

En cambio, no sucede lo mismo cuando se avanza a los “requisitos de la responsabilidad” que la doctrina llama “culpabilidad” (ZAFFARONI, 1990, p. 210) [al que califica como “el más torturado de los caracteres del delito” (ZAFFARONI, 1990, p. 214)]. Así, señala que “En este momento de análisis de los requisitos limitadores de la arbitrariedad selectiva aparecen elementos que no es posible seguir sosteniendo en la misma forma y se produce –ahora sí– un ‘vaciamiento’ de la culpabilidad”. Nos dice que “[...] requiere, sin duda, una referencia directa y personalizada al autor en su condición personal y en la particular situación en que llevó a cabo su conducta” (ZAFFARONI, 1990, p. 214).

También, que el concepto de culpabilidad normativa sostenido desde 1907 (la culpabilidad como un juicio de reproche personalizado), entró en crisis con la deslegitimación del ejercicio de poder del sistema penal teñido por la selectividad que neutraliza al reproche en cuanto se demuestra incapaz de responder a las preguntas “¿Por qué a mí? ¿Por qué no a los otros que hicieron lo mismo?” (ZAFFARONI, 1990, p. 210-211).¹⁴ La selectividad y la reproducción de la violencia le restan todo contenido ético (ZAFFARONI, 1990, p. 214).

¹⁴ Este aspecto es resaltado también por Daniel Erbetta (2003, p. 88) en los siguientes términos: “El reproche de culpabilidad basado en la autodeterminación tiene una incuestionable base ética pero no puede ser considerado un reproche de esa naturaleza porque naufraga ante la comprobable realidad de que el reprochado podría objetar que el sistema no formula reproche alguno a otras personas que han cometido injustos más graves”.

3 LA SUPERACIÓN DE UN JUICIO DE REPROCHE SOLO FORMALMENTE ÉTICO

Tiempo después, aquella idea será concretada denunciando que el juicio de reproche personalizado “tradicional” es sólo “formalmente ético” al no hacerse cargo de la selectividad criminalizante del poder punitivo, por lo que así se lesiona el principio de igualdad y legitima un ejercicio de poder arbitrario sobre los más vulnerables¹⁵. Más reciente, enfatizará que la mera magnitud del injusto no sirve para orientar la cuantía de la pena, pues eso supondría falsamente que todos los humanos son iguales y no cambian con el tiempo [sería una “antropología aberrante” (ZAFFARONI, 2020, p. 245)¹⁶, por eso, se necesita un “puente personalizado individual” entre el injusto y la pena, que indique un desvalor capaz de reflejarse en la pena (ZAFFARONI, 2020, p. 243)¹⁷.

En torno al objetivo dato de la diferente vulnerabilidad, bien describe Rafecas la existencia de grupos de baja, media, alta y extrema vulnerabilidad. Entre los primeros cuentan quienes encarnan los factores de poder imperantes en una sociedad, entre los segundos aquellos con niveles considerables de contención y resguardo social (profesionales y propietarios, por ejemplo), entre los terceros los que carecen de esa protección por carencias económicas y socioculturales y, entre los últimos, naturalmente, cuentan los casos más dramáticos, como las personas en situación de calle, inmigrantes ilegales, adictos,

¹⁵ Cf. su última versión en “Estructura básica...”, (2009, p. 209). Antes, en “*Derecho Penal...*”, con Zaffaroni, Alagia y Slokar (2005, p. 13) que, coincido con la señalado por Ricardo Narváez, es la obra donde exponen más acabadamente su concepto de culpabilidad penal.

¹⁶ Aclara que, al mismo tiempo, al presumirse que el poder punitivo se reparte igualitariamente en la sociedad, se construiría una “sociología aberrante”. Ccte.: Guido Croxato (2014), en cuanto apunta que si la desigualdad no es mencionada, visibilizada o asumida, lo que se cristaliza es la selectividad del sistema penal, se hace partir al derecho penal de un postulado inaceptable como es la injusticia, que naturaliza la desigualdad en lugar de combatirla.

¹⁷ También ha insistido sobre la idea hablando de la culpabilidad como “*conectivo*” entre el injusto y la pena, el concepto más esencialmente penal de la teoría del delito para el que el penalista sólo puede acudir en ayuda al derecho constitucional (2017/2018, p. 35, punto 1).

reincidentes, oferentes sexuales en la vía pública, es decir, los que decisivamente encuadran en los llamados “estereotipos criminales” (RAFECAS, 2021, p. 658-665)¹⁸. Y agrega el nombrado otro dato óntico insoslayable: en nuestra región existen amplios sectores de la población por debajo de la línea de la indigencia y, por ello, en condiciones de vulnerabilidad alta o extrema, lo que en gran medida se debe al incumplimiento por parte del Estado de los derechos sociales mínimos garantizados constitucionalmente, circunstancia que muchas veces se perpetúa por generaciones y de allí que termina acompañando a una persona desde la niñez y por toda su vida (RAFECAS, 2021, p. 659).

Retomando, junto a Alagia y Slokar, Zaffaroni (2000, p. 622) puntualizará que “el estado no procede éticamente sino que usa elementos formales de la ética para reprochar personalizadamente a los seleccionados por el poder punitivo”¹⁹ y que la culpabilidad es un juicio de reproche que “no tiene por objeto legitimar el ejercicio del poder punitivo, sino señalar un filtro, o sea, proporcionar un criterio racional de limitación al ejercicio de ese poder. No convierte al poder punitivo en racional, sino que sólo dota de racionalidad a la actividad de contención” ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2005, p. 508).

Volviendo a la presentación original, se señaló entonces que era claro no se trató de la primera crisis, que hubo otros cuestionamientos a la culpabilidad normativa como las propuestas de reemplazo por distintos conceptos “funcionales” de culpabilidad (en este caso, la respuesta a aquella pregunta –¿por qué a mí y

¹⁸ Con mayor extensión sobre la “*vulnerabilidad penal*”, ver p. 118/122.

¹⁹ Con relación a esto formula una observación Daniel A. De Marco: desde una perspectiva teórica agnóstica, ningún reproche debiera efectuar el derecho penal al sujeto, se trate de lo realizado conforme a su porción de espacio autodeterminado, sea por conspirar contra el propio derecho penal. En su consideración, la base ética del reproche y su traducción jurídica, conserva el sabor de la retribución. Los indicadores que se usan para la construcción de la respuesta punitiva (el dolo, la motivación, el esfuerzo personal por alcanzar la concreta situación de vulnerabilidad) sugieren la idea de un derecho penal que retribuye. En contraposición, a un sistema construido sobre base de una teoría agnóstica de la pena debiera bastarle con cumplir su objetivo reductor y acotante (DE MARCO, 2002, p. 29).

no a otros que hicieron lo mismo?– es: “Porque es útil para mí”) (ZAFFARONI, 1990, p. 213). Se enfatiza en aquél momento que “la máxima señal de la crisis [que se observa en todo el derecho penal] es la renuncia a la culpabilidad como reproche y su reformulación como criterio político-criminal funcional al servicio del sistema” (ZAFFARONI, 1990, p. 214)²⁰.

Para superar lo que se percibe como suerte de “cuadratura del círculo” (ZAFFARONI, 1990, p. 214) (seguir en una forma tradicional de construcción de un concepto de culpabilidad cuyos momentos éticos son pura racionalización o prescindir de ellos reduciéndola a un instrumento funcional al poder), se hace necesario que el “momento ético” se mantenga pero de otro modo: no se tratará de una serie de requerimientos éticos formulados a un procesado, sino en una serie de requerimientos éticos que deben serle formulados a la agencia judicial, que es la que debe comportarse éticamente frente a un ejercicio deslegitimado de poder (ZAFFARONI, 1990, p. 215).

De tal suerte,

no es la ‘culpabilidad’ por el injusto lo que puede hacer valer la agencia judicial para que su intervención decisoria sea racional y, por ende, legítima. Tampoco se trata de que la agencia judicial reproche nada, sino que se encuentre un criterio racional, que no resulte éticamente descalificado, desde el cual se pueda pautar sus decisiones (ZAFFARONI, 1990, p. 218)²¹.

Siendo que es el grado de vulnerabilidad al sistema penal lo que decide la selección y no la comisión de un injusto (hay muchos injustos iguales o peores ante los que el sistema penal es indiferente), el espacio del que dispone la agencia judicial para ejercer su limitado

²⁰ En esta línea, apuntó Bustos Ramírez (1989, p. 325) que “Tanto mediante el recurso a la norma como a la expectativa, si bien se señala un ‘funcionamiento social’, se hace en forma aparentemente neutra, acrítica, sin colisiones, con lo que se esconde la realidad del proceso social”.

²¹ Esto pareciera ser la respuesta a quienes toman la idea de “reproche” como una suerte de vestigio retributivo en la construcción o modelo.

poder racionalizador, de contención, va a ser condicionado por “el grado de esfuerzo que una persona realiza para colocarse en situación de vulnerabilidad” (ZAFFARONI, 1990, p. 218)²². Como se vio, la vulnerabilidad es graduable y, en concreto, el grado está dado por la magnitud del riesgo de selección que corresponde a la situación de vulnerabilidad en que se colocó el sujeto. Tal situación se produce en función de factores que pueden clasificarse en dos grandes grupos: posición o estado de vulnerabilidad (predominantemente social, condicionada por el encaje en un estereotipo en función de características que la persona recibió) y el esfuerzo personal por la vulnerabilidad (predominantemente individual, en la medida de su decisión autónoma, la realización del injusto es parte de éste esfuerzo) (ZAFFARONI, 1990, p. 219-220).

En la evolución de la precisión conceptual indicará Zaffaroni que el “estado de vulnerabilidad”, es decir, su status social y la vulnerabilidad que de éste se deriva, no puede reprochársele a nadie (ZAFFARONI, 2009, p. 212; ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2005, p. 513)²³. Siendo que la “peligrosidad” del poder punitivo recae en general sobre los disidentes y más desfavorecidos sociales y que, entre estos, se ensaña con los “portadores de ciertos estereotipos” (lo que revela que la peligrosidad del poder punitivo se relaciona con el grado de injusticia social), lo cierto es que “no todo estereotipado es atrapado”. En otras palabras, aun el portador de estereotipo “casi de caricatura” algo debe hacer para que el poder punitivo lo seleccione, por poco que sea (ZAFFARONI, 2009, p. 212-213)²⁴.

²² La adopción de una noción de culpabilidad que incorpora el dato fáctico de la selectividad penal en el marco de una teoría agnóstica de la pena es resaltado por Juan Manuel Fernández Buzzi y Martín Daniel Lorat (2004) como “el elemento más novedoso e interesante que este conjunto de ideas inscribe en la discusión dogmática actual”, en particular, porque se trata la incorporación de un factor que no era alcanzado por las concepciones tradicionales en la materia.

²³ Nuevamente, parece despejarse aquí la supuesta nota retributiva.

²⁴ En cuanto a la vinculación entre peligrosidad del poder punitivo y el grado de injusticia social, es importante no soslayar que ningún estado del mundo puede pretender que realiza una justicia social perfecta y acabada, por eso dice Zaffaroni que con la cuota de injusticia social debe cargar el estado y no la persona (2009, p. 213).

Y ya decía antes que no es que la agencia judicial le reproche a la persona ése esfuerzo, ni que le proporcione un título originario e independiente para que le reclame por la vulnerabilidad, “sino que no puede evitar que el poder del sistema se la cobre, simplemente porque no puede hacer otra cosa sin poner en crisis su propio ejercicio de limitado poder” (ZAFFARONI, 1990, p. 219).

Debe entenderse que, por regla general, la posición o estado de mayor vulnerabilidad habrá de generar un bajo nivel de culpabilidad por la vulnerabilidad, porque el esfuerzo personal para la vulnerabilidad por parte de la persona no es alto (ZAFFARONI, 1990, p. 222). Esto constituirá lo que luego se indicará con mayor precisión como el pasaje del estado a la “situación concreta de vulnerabilidad”, paso que se logra a partir de aquel esfuerzo personal que es lo único que se reprocha sin que jamás pudiera sobrepasar el máximo que señala la culpabilidad de acto pura (ZAFFARONI, 2009, p. 213).

Al respecto, la agencia judicial deberá poner en juego su espacio de poder para reducir al mínimo la reproducción de violencia que implica la fabricación de “desviados” a medida de los comportamientos que se asignan a los estereotipos inventados (ZAFFARONI, 1990, p. 223). A su vez, cuanto mayor sea el grado de culpabilidad por la vulnerabilidad, menor debe ser el interés judicial por limitar la pena. La culpabilidad por vulnerabilidad, nos dice Zaffaroni, obra siempre como límite máximo de la violencia tolerada, siempre por debajo o, cuanto más, coincidente, con el límite que surgiría de la mera culpabilidad por el injusto²⁵, ya que se trata de un concepto mayor, abarcativo y reductor de ésta (ZAFFARONI, 1990, p. 224-225).

²⁵ Por eso, en términos de la antítesis tradicional entre una culpabilidad de acto y una de autor, enmarca en la primera que es a la que corresponde la culpabilidad por el injusto, que opera como su límite máximo (a la pretensión de encontrar aquí una “culpabilidad de autor”, lo sería en todo caso para limitar la culpabilidad y no para ampliarla).

Aclara esto aun cuando en realidad no se trata de un encaje en ninguna de ambas categorías ya que es un desarrollo superador de la culpabilidad de acto hacia un concepto más limitativo de la responsabilidad criminalizante de la agencia judicial (ZAFFARONI, 1990, p. 228).

Años más tarde de “*En busca...*”, junto a Alagia y Slokar definirá a la culpabilidad como el tercer carácter específico del delito, consistente en un juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, de este modo, operar como principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona el paso y la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste²⁶, es decir, si se puede reprochar el injusto al autor y, en consecuencia, si se puede imponer pena y hasta qué medida según el grado de reproche.

Una década después, en su versión más sintética y en forma individual, Zaffaroni reafirma la necesidad de construir el “puente” entre el injusto y la pena y que, en un estado de derecho, debe ser un reproche que se le formula a una persona por lo que ha hecho y no por lo que es. En este juicio de reproche personalizado, siguiendo canon de la ética tradicional, la personalidad del agente se tiene en cuenta pero no para reprochársela sino para dimensionar su ámbito concreto de autodeterminación en la constelación situacional del injusto (ZAFFARONI, 2009, p. 208-209)²⁷. Y así como en los distintos elementos del injusto, también en el ámbito de la “culpabilidad” la siempre presente tensión entre el estado de policía y el estado de derecho, debe resolverse dialécticamente. Mientras el primero aspira a lograr se reproche la personalidad (culpabilidad de autor²⁸), opción rechazada por el derecho positivo (art. 19, CN) (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2005, p. 511) y que lo obliga a replegarse hacia una culpabilidad de acto “pura” (por lo tanto, que no releva a la selectividad como componente estructural del ejercicio del poder punitivo), el segundo toma aquella como marco máximo de la respuesta penal y le opone como antítesis la culpabilidad por “vulnerabilidad selectiva”. Será de su “síntesis”

²⁶ Con cita a Baumann-Weber-Mitsch, en la obra “Derecho Penal. Parte General” (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2000, p. 620), referencia en nota al pie n.º 4. En igual sentido Zaffaroni, Alagia y Slokar (2005, p. 503).

²⁷ Es claro que a nadie se le puede reprochar lo que no pudo hacer u omitir, el reproche sólo es admisible en la medida de la inevitabilidad (ZAFFARONI, 2009, p. 210).

²⁸ Esta no es más que “una espiritualización grosera de la vieja peligrosidad positivista” (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2005, p. 507).

que resulte, en definitiva, la “culpabilidad penal” (ZAFFARONI, 2009, p. 211-212). En los términos propuestos, resalta junto a Alagia y Slokar que la culpabilidad por vulnerabilidad “no es un correctivo de la culpabilidad por el acto, sino su contracara dialéctica, de la que surge la culpabilidad penal como síntesis” (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2005, p. 515).²⁹

4 BALANCE TRES DÉCADAS DESPUÉS

En una simplificación de trazo grueso podría decirse que, en lo sustancial, la discusión en nuestro país en torno al actual momento de crisis del derecho penal discurre entre distintos modelos funcionalistas: uno que opera sobre el presupuesto de un funcionamiento social presidido por la convivencia con innumerables riesgos que deben contenerse y regularse para proteger bienes jurídicos; otro, bajo premisa de que es necesario generar consensos que posibiliten que el sistema social actúe estabilizada y armónicamente, que cada subsistema confíe en que ello será así por lo que el foco se hará en la protección de las normas y sólo mediatamente en los bienes jurídicos; finalmente, el que partiendo de una visión social conflictivista se concentra en el esfuerzo por reducir lo máximo posible la irracionalidad en el ejercicio del poder punitivo.

Los dos primeros son de matriz alemana mientras que el último es local, de este “margen” del mundo lo que, en definitiva, no debiera causar ninguna sorpresa ya que, como enseña la elegante y aguda prosa de Gonzalo Fernández (1995, p. 27), “Por desgracia, el poder penal constituye una llaga lacerante en América Latina, enquistada a lo largo y a lo ancho de nuestra borrascosa historia continental” y de allí que afirmara que “En virtud de ello, me he esforzado por no resbalar a la aceptación sumisa de modelos teóricos ‘importados’, de cautivante pulcritud conceptual y trasiego fluido a

²⁹ Afirman luego que la culpabilidad por vulnerabilidad no es una alternativa a la culpabilidad como reproche formalmente ético, sino un paso superador de ésta, que –como todo proceso dialéctico– la conserva en su síntesis.

la periferia, pero elaborados –casi indefectiblemente– de espaldas a la realidad social”.

Con razón resalta Zaffaroni que toda teoría del derecho penal y, como parte de ella, toda teoría del delito, es tributaria de una teoría de la pena (ZAFFARONI, 2002, punto 5). Desde esta perspectiva, la forma en que se construye el puente entre injusto y pena viene determinada o condicionada por la teoría sobre la última. Concordante, Gonzalo Fernández apunta que, para entender la trabajosa evolución sufrida por la culpabilidad a lo largo de la teoría del delito, el “elemento clave sigue siendo, fuera de dudas, la *concepción del derecho penal* de que se parte y, por lo tanto, la asignación de funciones que se realice respecto de la pena.” (1995, p. 127).

Los modelos que le asignan función preventiva, sea en versión moderada o extrema, lo hacen de un modo cuya exposición y crítica no es del caso aquí desarrollar. Baste, en todo caso, la observación general que formula Hormazábal Malarée en torno a que el problema de fundamentación de la culpabilidad no debe buscarse en la metafísica, sino en otras disciplinas que entiendan al hombre y sus conflictos como fenómenos históricos y políticos, como serían ciertas corrientes de la sociología y la antropología y, sobre todo –indica–, en la filosofía política. Este último camino es el que han transitado, con sus diferencias, tanto Juan Bustos Ramírez (acompañado por el propio Hormazábal³⁰), como Gonzalo Fernández³¹ y Zaffaroni (junto a Alagia y Slokar) (HORMAZÁBAL MALARÉE, 2005, punto 3, p. 5)³².

³⁰ Entre otros trabajos conjuntos, puede verse la “teoría del sujeto responsable” en Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée (1999). Antes, en Bustos Ramírez (1989, capítulo XX, en particular el punto 71, titulado “Concepto crítico de culpabilidad: el sujeto responsable”).

³¹ En este caso con la introducción de una variante a la propuesta de los dos anteriores con su “teoría del sujeto” (puede consultarse en la monografía y artículo corto del profesor uruguayo que fueron antes citados).

³² Aclara Hormazábal (trabajo citado, nota pie n.º 34), que ya en la primera edición del “Manual de Derecho Penal Español” de Juan Bustos, del año 1984 (Barcelona: Ariel), se afirmaba que el punto de partida de la responsabilidad

Así, retomo, el “agnosticismo penal” concreta el “puente” de otra forma sustancialmente distinta de los del “preventivismo”, una que ciertamente es poco acompañada en el reconocimiento de la “más fuerte objeción de la sociología (que) radica en la innegable selectividad con que el deber ser penal se realiza en el campo de la realidad del poder punitivo y del sistema penal”³³. La referencia a la soledad se impone porque, de su lado, sólo puede contarse a la postura de Bustos Ramírez con la que, pese las diferencias, comparte el mismo punto de partida que Hormazábal sintetiza como la “posición de antinomia” de la persona con el Estado y que “en la culpabilidad lleva a invertir el planteamiento del problema [...] no es la persona la que tiene que demostrar que no estaba en condiciones de cumplir con la norma, sino el Estado el que tiene que demostrar que a esa persona concreta le podía exigir un comportamiento conforme a la norma”³⁴.

Aquella concepción cuyos primeros trazos se expusieron en la obra de hace más de tres décadas indicada al comienzo, puede decirse sin temor a error que se mantuvieron y perfeccionaron en este tiempo transcurrido. Producto de su evolución conceptual, Zaffaroni junto a Alagia y Slokar reformula la categoría en crisis diciendo que la culpabilidad es

el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en su caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste.

debía ser el sujeto concreto en sociedad, idea que amplió en la 3.º edición, en el año 1989 (es decir, el de aparición de “*En busca...*”).

³³ Ídem, nota anterior, punto 24.

³⁴ Hormazábal, ya citado, punto 3, pág. 5. Esta coincidencia entre Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée (1999) y Zaffaroni, Alagia y Slokar (2005) es resaltada por Claudia Marcela Cárdenas Aravena (2008, p. 75) como la “crítica al parangón del hombre medio”, apuntando a la idea en común de que el reproche no ha de dirigirse contra un ser abstracto dotado de libre albedrío y con una racionalidad homogénea, sino contra un hombre concreto en una sociedad desigual y discriminatoria. Agrega luego: “Postulan incluso que al momento de aplicar una pena no ha de mirarse solamente la responsabilidad individual de la persona, sino también la responsabilidad social por la conducta”.

Este juicio resulta de una síntesis de un juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona en el momento del hecho (formulado conforme a elementos formales proporcionados por la ética tradicional) con el juicio de reproche por el esfuerzo del agente para alcanzar la situación de vulnerabilidad en que el sistema penal ha concretado su peligrosidad, descontando del mismo el correspondiente a su mero estado de vulnerabilidad (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2005, p. 516)³⁵.

En una de sus últimas obras, vuelve brevemente sobre el tema justificando la necesidad de sostener este marco teórico al decir que “Así como se debe cuantificar el contenido ilícito del delito tomando en cuenta la *pluriofensividad* natural de todo conflicto tipificado, también deben tomarse en cuenta las condiciones subjetivas del infractor para determinar el grado de culpabilidad” (ZAFFARONI, 2017, p. 189). Otros autores tienen en cuenta esta indicación dentro de la “co-culpabilidad”. Así, por ejemplo, Chiara Díaz, Obligado y Grisetti cuando, invocando “*En busca...*”, apuntan que todo sujeto actúa en una circunstancia dada y con un ámbito de autodeterminación también dado y que, en su personalidad misma, hay una contribución a éste último, pero hay algunos sujetos que, por causas sociales, tienen un menor ámbito de autodeterminación. En ese caso, “No será posible poner en la cuenta del sujeto estas causas sociales y cargarle con ellas a la hora del reproche de culpabilidad” (CHIARA DÍAZ; GRISSETTI; OBLIGADO, 2011, p. 457)³⁶.

³⁵ Zaffaroni ha insistido en la idea de que el reproche al esfuerzo por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad no es sólo más correcto éticamente, sino que también es el único posible y exigible en el espacio de decisión de los jueces ya que, en una sociedad más o menos democrática, un juez puede, sin temor a ser estigmatizado o linchado mediáticamente, habilitar una pena menor para un “ratero”, pero no tiene similar arbitrio si se trata de un estafador financiero que perdió cobertura por violar reglas vigentes entre los grandes delincuentes corporativos transnacionales, como sería el escandaloso caso de Bernard Madoff (ZAFFARONI, 2017/2018, p. 44).

³⁶ La incidencia de las condiciones sociales de la responsabilidad personal es relevada por Alberto M. Binder como configuradoras de uno de los principios limitadores de la respuesta penal: el de “corresponsabilidad social” (BINDER, 2004, p. 277-283). Rafecas (2021, p. 659) recuerda también como un defensor del reconocimiento de la co-culpabilidad en nuestro país a Luis F. Niño.

Zaffaroni, Alagia y Slokar reconocen expresamente que la idea de co-culpabilidad social es un antecedente importante de la culpabilidad por vulnerabilidad, que significó un notorio progreso, pero, no obstante, resulta insuficiente en varios sentidos:

- a) en cuanto evoca el prejuicio de que la pobreza es la causa del delito (tesis tributaria de la vieja criminología etiológica de cuño socialista), ignorando que desde Sutherland (o antes) sabemos que campea en todas las capas sociales;
- b) si se corrigiese ese error (es decir, el acento en la pobreza y sólo en la delincuencia criminalizada), la consecuencia lógica de la co-culpabilidad consistiría en menor poder punitivo para los pobres y más para los ricos, de allí que deriva actualmente en el derecho penal de las dos velocidades (más garantías para el delito común y menos para el delito organizado empresarial, etc.): mayor o menor contención del poder punitivo con olvido que la excepción siempre termina ordinarizándose. De allí que enfatizan que no hay dos velocidades sino sólo avance o retroceso y, derogar límites al poder punitivo, es una marcha atrás hacia la inquisición;
- c) la co-culpabilidad sigue ignorando el problema de la selectividad del poder punitivo.

En función de ello concluyen que incluso considerando el correctivo de la co-culpabilidad, la culpabilidad de acto no es un juicio ético porque no puede responder a la objeción de que habilita un poder que se ejerce discriminatoriamente sobre la población (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2005, p. 626-627)³⁷.

Al abordar la medida de la culpabilidad apunta Zaffaroni que, en el mundo, ningún Estado ha podido nunca pretender el logro de una justicia social perfecta y acabada, haberle dado a todos sus habitantes el mismo espacio de realización personal en sociedad. De allí que

³⁷ En similares términos en su "*Lectio doctoralis*" (ZAFFARONI, 2002, punto 35).

señale que, por eso, el Estado debe descontarle o descargarle a la persona la cuota de injusticia social que haya tenido en comparación con otros (ZAFFARONI, 2020, p. 248).

En línea coincidente, Rafecas señala que, si se trata de una persona de alta o extrema vulnerabilidad, la corresponsabilidad del Estado en mantener a esa persona a lo largo de su historia vital en tal penosa cuan criminógena condición, sumado al sesgo discriminatorio con el que opera el sistema penal, “habrá de matizar el reproche. No lo va a eliminar, pero sí va a atenuarlo.” (RAFECAS, 2021, p. 662).

Las críticas no académicas de la pretensión de una suerte de “derecho penal proletario” o de adoptar criterios de “benignidad gratuitos”, suerte de favorecimiento sin sentido por pertenencia a clase social desfavorecida, encuentran adecuada respuesta del autor cuando insiste sobre la idea de que

[...] tomar en cuenta los datos de la realidad que hacen a la vulnerabilidad de los criminalizados para determinar dentro de las escalas penales el grado de reproche de culpabilidad, como antes tener en cuenta la cantidad y magnitud de los bienes jurídicos afectados de la víctima, no significa pretender un derecho penal proletario ni la condena o benignidad gratuita de nadie, sino dar lugar a una cuantificación punitiva menos irracional en el marco de una sociedad altamente estratificada, sin por eso caer una omnipotencia penal inmadura (ZAFFARONI, 2017, p. 189).

Al momento en que todo lo expuesto se traslada a la fase de la individualización de la pena, Zaffaroni insiste en que cuando la razón de estado entra en tal cuantificación es necesario reafirmarse en que no puede responder a otros criterios que los que emergen de la teoría del delito, esto es, de la magnitud del injusto precisada dentro del máximo indicado por la reprochabilidad por el acto sintetizado con la magnitud del esfuerzo realizado por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad, lo que se resume en que “la pena no puede exceder la medida del reproche personalizado del acto” (ZAFFARONI, 2009, p. 260).

No puede cerrarse este sintético recordatorio sin resaltar la que estimo una suerte de falta de correspondencia entre la importancia del aporte del profesor Zaffaroni a la discusión en torno al estrato analítico de la culpabilidad y el nivel, en realidad, escaso de su incorporación en aquélla dentro de la manualística de la parte general en nuestro país³⁸. Pareciera que, en todo caso, apoyos y críticas han encontrado espacio en manuales foráneos³⁹ y en trabajos específicos publicados en distintas revistas especializadas⁴⁰.

Recientemente, Natalia L. Taddeo (2022) ha planteado que la culpabilidad por vulnerabilidad es en particular de adecuada consideración en el ámbito del régimen penal juvenil, afirmando que si es necesaria como contracara dialéctica de la culpabilidad de acto puro para juzgar a quienes son captados por su grado de vulnerabilidad por el sistema penal en general, “mucho más lo es en relación a estos jóvenes, adolescentes, cuasi analfabetos, marginales, en la mayoría de los casos sin referentes que los contengan y acompañen por los sinuosos caminos de sus difíciles y dolorosas vidas”.

Es claro, la referencia descriptiva se corresponde con la observación compartida con Zulita Fellini en cuanto a que los adolescentes en conflicto con la ley penal judicializados en nuestro margen, en general, son jóvenes que, por sus condiciones de vida con múltiples carencias, se ven encaminados al delito casi como una elección predeterminada. Siendo esto así, aquella franja poblacional y etaria sobre la opera el fuero juvenil es la más vulnerable no sólo porque el presunto autor tiene una condición de necesitado de una especial protección por su inmadurez, sino porque además la selectividad penal recae sobre esos desvalidos que son percibidos socialmente como los más peligrosos, paradoja predicable respecto

³⁸ Entre quienes incorporan el tema en el capítulo específico cuentan: Rusconi (2007); De la Rúa y Tarditti (2014); Nardiello (2013); Rafecas (2021).

³⁹ Por ejemplo, Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée (2006); Gomes y García-Pablos de Molina (2007).

⁴⁰ Sin ninguna pretensión de exhaustividad, además de los ya fueran citados, pueden tenerse en consideración: Vitale (2010); Gómez Urso (2013); Castañeda García (2017); Croxato (2014).

de los se conocen vulgarmente como “los pibes chorros” o los “chicos de la calle” (LUJÁN TADDEO, 2022)⁴¹.

Podría agregarse que, antes, había transitado la senda de vincular la culpabilidad por vulnerabilidad con el sistema penal juvenil María Laura Böhm (2009), quien sostuvo que

Si aplicásemos las ideas de Zaffaroni, lo cual lamentablemente sucede muy poco en los ámbitos judiciales, tendríamos que concluir además, desde lo dogmático, que el nivel de culpabilidad individual y reproche, va a tender siempre a ser muy baja: Si su estado de vulnerabilidad es muy elevado... eso significa que con un mínimo esfuerzo individual va a ser captado por el sistema penal. Un chico de catorce años que sale de la villa 31 a “chorear”, o un chico de 14 años que en la casa no es contenido y que en la escuela llama la atención por ser violento con sus compañeros... con un mínimo esfuerzo van a ser captados por el sistema. Porque, entre otras cosas, la edad es uno de los factores para evaluar el estado de vulnerabilidad. Y un chico, aunque tenga abogado, es un blanco más fácil del sistema penal y sus funcionarios que un adulto⁴².

Similar déficit ha observado con razón Ricardo Narváez en torno a la recepción jurisprudencial que, además, en ocasiones estima ha sido incorrecta⁴³. Entiendo que acierta cuando señala

⁴¹ Más adelante, aclara refiriéndose en particular al régimen penal juvenil argentino vigente que, en el marco de la teoría de la culpabilidad por vulnerabilidad, puede la agencia judicial suspender el proceso de criminalización secundaria del caso concreto a partir del juicio de necesidad de pena que debe hacerse siguiendo las pautas brindadas por la CSJN in re “Maldonado” en torno a las exigencias de la prevención general positiva que predomina en el fuero, lo que se concreta con una posible absolución por la falta de aquella (LUJÁN TADDEO, 2022, p. 65).

⁴² Luego agrega: “Si se comparten estas ideas y si se comparte que “la” sociedad y su Estado no son ajenos al estado de vulnerabilidad en que viven muchos de sus chicos, no puede postularse seriamente al sistema penal como solución. Todas las garantías constitucionales y procesales juntas no van a evitar que los chicos vulnerables devengan aún más vulnerables si se los encierra en una institución del sistema penal. El mejor defensor no va a evitar la imposición de penas que impliquen la pérdida de la libertad y la marca enajenante del encierro. El penitenciario más dedicado no va a poder evitar los abusos que cometan otros penitenciarios. La “granja” penitenciaria más abierta, no va a poder brindar el aire puro que cada chico debe tener en su cuerpo y en su alma”.

⁴³ Cita en tal sentido la sentencia del TOC n.º 1 de La Plata, en causa n.º 1105/382,

como uno de los motivos lo que no es otra cosa que un déficit tradicional o habitual en nuestras sentencias (lo que, por cierto, no lo hace más justificable): “rara vez se hace una detenida evaluación de la culpabilidad que deje de lado las fórmulas por todos conocidas” (NAVÁREZ, 2013, p. 16).

5 COLOFÓN

Es de esperar que, más temprano que tarde, se rescate tanto para el elemento de la teoría del delito “culpabilidad” como su consecuencia en términos de determinación de la pena, la visibilidad

pub. en <http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/2392> (trabajo citado, p. 14, nota al pie n.º 74). Consultada la página, se trata de un informe del INECIP Sede Regional Trelew titulado “Polémica aplicación de la culpabilidad por vulnerabilidad”. En lo medular se critica que la construcción se utilizó prácticamente como un agravante diciendo: “En el caso, el tribunal consideró ‘el escaso grado de vulnerabilidad’ (bastante discutible) como una agravante del injusto penal. Así, el tribunal sostuvo citando el informe socio ambiental que ‘considero también agravante el escaso grado de vulnerabilidad en que el causante se encuentra respecto de los delitos cometidos, atento sus condiciones sociales, culturales y laborales ya que proviene de un grupo familiar organizado, estable, con sólidos lazos afectivos y adecuado desempeño de roles parentales. Ha conformado una familia nuclear, conviviendo con ella en el hogar paterno. Cuenta con una actividad laboral en el taller mecánico de su progenitor. Desde lo social no aparecen disfunciones relevantes en el grupo familiar’. Seguidamente y citando la obra de Zaffaroni, los jueces argumentaron que ‘adquiere así un mayor grado de reproche penal su conducta a la luz del superior esfuerzo en su decisión por delinquir’ [...]”.

Sin conocer los detalles del caso, no es tan claro que medie error interpretativo por el Tribunal si para definir la pena adecuada a la culpabilidad penal la obtuvo como síntesis dialéctica de la culpabilidad por acto puro y la culpabilidad por vulnerabilidad (en lo que se señala antes, valorando que el esfuerzo por ser alcanzado por el poder punitivo ha sido significativo por partir de una situación personal de escasa vulnerabilidad).

Entre otras podrían agregarse, en sentido correcto, la sentencia del TOC n.º 1 de Mar del Plata en causa “Guffanti”. Ha sido comentada por Manuel F. Serrano (2016); o la del TOF de Neuquén que absolvió a una mujer acusada por comercio de drogas por ser víctima de violencia doméstica y estar en situación extrema “por su calidad de mujer, madre de niños pequeños, desempleada” y por “la falta de recursos simbólicos y materiales” (noticia publicada en “Diario Judicial”, 8-10-2020, con el título “*Culpabilidad por vulnerabilidad extrema*”. Disponible en: <<https://www.diariojudicial.com/nota/87558>>).

que a la selectividad como dato estructural inevitable del sistema penal le otorgó Zaffaroni con su “culpabilidad por vulnerabilidad”. Esto, incluso más allá de que se comparta o no el total de la teoría en que se inserta (agnosticismo penal) ya que, en definitiva, el correctivo a la culpabilidad de acto puro resulta de estricta justicia aun cuando se asigne otra función a la pena en particular y al derecho penal en general. En este último contexto, ciertamente, habrá no pocas dificultades para la armonización/inserción de la idea.

Con la mira en alentar el esfuerzo lo que no puede soslayarse es que la selectividad existe y que las personas poseen un distinto grado de vulnerabilidad al poder punitivo que aquella refleja. Estos datos ónticos están ahí y lo peor que puede pasar es ignorarlos, seguir haciendo de cuenta que media una igualdad que no es otra cosa que una ficción.

BIBLIOGRAFÍA

AROCENA, Gustavo A.; BALCARCE, Fabián I.; CESANO, José D. **Derecho penal y neurociencias: culpabilidad, determinismo y libre albedrío: determinación de la inimputabilidad penal; tratamiento penitenciario: abordaje del comportamiento violento y perverso.** Buenos Aires: Hammurabi, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal.** Buenos Aires: Siglo XXI, 1986.

BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho penal.** Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

BÖHM, María Laura. Recordando a Zaffaroni: sobre la vulnerabilidad de los chicos frente al sistema penal. 2009. En: Centro de Estudios en Política Criminal y Derechos Humanos (CEPOC). Disponible en: <<http://cepoc-cepoc.blogspot.com/2009/04/recordando-zaffaroni-sobre-la.html>>.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal**: parte general. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1989.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**: parte general. 2. ed. Madrid: Trotta, 2006.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. v. II. Madrid: Trotta, 1999.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Psicopatía y derecho penal. En: CRESPO, Eduardo Demetrio (Dir.). **Neurociencias y derecho penal**. Montevideo / Buenos Aires: BdF, 2013.

CÁRDENAS ARAVENA, Claudia Marcela. El principio de culpabilidad: estado de la cuestión. En: **Revista de Derecho**, Antofagasta (Chile), Ed. Universidad Católica del Norte, año 15, n.º 2, 2008.

CASTAÑEDA GARCÍA, Duván de Jesús. La culpabilidad por la vulnerabilidad como medida de la pena: una revisión al concepto de culpabilidad. En: **Revista Nuevo Derecho**, Antioquía (Colombia), Ed. Institución Universitaria de Envigado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, n.º 13, 2017.

CHIARA DÍAZ, Carlos Alberto; GRISSETTI, Ricardo Alberto; OBLIGADO, Daniel H. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: La Ley, 2011.

CRESPO, Eduardo Demetrio (Dir.). **Neurociencias y derecho penal**. Montevideo / Buenos Aires: BdF, 2013.

CROXATO, Guido. Derecho penal y culpabilidad por vulnerabilidad social. En: Pensamiento Penal. 13-10-2014. Disponible en: <<https://www.pensamientopenal.org/entre-rios-derecho-penal-y-culpabilidad-por-vulnerabilidad-social/>>.

DE LA RÚA, Jorge; TARDITTI, Aída. **Derecho penal**: parte general. t. 2. Buenos Aires: Hammurabi, 2014.

DE MARCO, Daniel A. La culpabilidad por la vulnerabilidad: el esfuerzo personal por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad como vínculo entre el sujeto y el derecho penal para la formulación del reproche jurídico: ¿retribucionismo en la teoría agnóstica de la pena? En: **Libro de Ponencias del X Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología en Homenaje a Alessandro Baratta**. Buenos Aires: Ed. UBA, 2002.

DONNA, Edgardo Alberto. **Teoría del delito y de la pena 1: teoría de la pena y la culpabilidad**. Buenos Aires: Astrea, 1992.

ERBETTA, Daniel. **Proceso formativo de la teoría del delito**. Rosario: UNR, 2003. (Colección *Temas y Problemas de Derecho Penal y Criminología*, 1).

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (Coord.). **Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias**. Madrid: Civitas/Aranzadi, 2012.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Culpabilidad y teoría del delito**. Montevideo: BdeF, 1995. Prólogo del Dr. David Baigún.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. El principio de culpabilidad: para una teoría del sujeto. En: **Revista Derecho Penal**, Rosario, Ed. Juris, n.º 7, 2001.

FERNÁNDEZ BUZZI, Juan Manuel; LORAT, Martín Daniel. La culpabilidad por la vulnerabilidad como medida de la pena ¿o la crueldad estatal en su “justa” medida? En: *Derecho Penal Online*. Sección doctrina. 27-11-2004. Disponible en: <<http://www.derechopenalonline.com>>.

GARCÍA RIVAS, Nicolás: Lección 17: la culpabilidad. En: CRESPO, Eduardo Demetrio; RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina (Coord.). **Curso de derecho penal**: parte general. 3. edición. Barcelona: Experiencia, 2016.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Direito penal**: parte geral. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GÓMEZ URSO, Juan Facundo. Culpabilidad, vulnerabilidad y pena: disensos respecto de la “culpabilidad por vulnerabilidad”. En: ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dir.). **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Buenos Aires, Ed. La Ley, año II, n.º 11, diciembre de 2013.

HASSEMER, Winfried. Neurociencias y culpabilidad en derecho penal. En: InDret, Barcelona, n.º 2/2011. Disponible en: <<https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/821.pdf>>.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad. En: **Revista de Derecho**, Valdivia (Chile), v. 18, n. 2, diciembre de 2005.

LUJÁN TADDEO, Natalia. Culpabilidad por vulnerabilidad: una teoría adecuada para el derecho penal juvenil. En: **Nueva Crítica Penal**, Mar del Plata, Ed. EUEM, v. 4, n.º 8, p. 42-70, 2022.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Libertad, culpabilidad y neurociencias. En: InDret, Barcelona, n.º 3/2012. Disponible en: <<https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/904a.pdf>>.

NARDIELLO, Angel Gabriel. **Estructura del hecho punible**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2013.

NARVÁEZ, Ricardo. Culpabilidad por vulnerabilidad y agnosticismo penal o “los muertos que vos matáis”. En: ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dir.). **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Buenos Aires, Ed. La Ley, año III, n.º 3, abril 2013.

PARMA, Carlos. **Culpabilidad**: lineamientos para su estudio. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997.

PASTOR, Daniel R. Libre albedrío y responsabilidad jurídica: tal vez un mito pero muy funcional. 2020. En: Hammurabi Digital. Disponible en: <<https://biblioteca.hammurabidigital.com.ar/reader/libre-albedrio-y-responsabilidad-juridica-1605201784?location=7>>.

PASTOR, Daniel R. ¿Quién le teme a las neurociencias?: acerca de la relación entre neurociencias y derecho penal. 2016. En: Pensamiento Penal. Disponible en: <<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/09/doctrina44107.pdf>>.

PASTOR, Daniel R.; ROCA, María (Dir.). **Neurociencias y derecho**. v. 1. Buenos Aires: Hammurabi, 2019.

PASTOR, Daniel R.; ROCA, María (Dir.). **Neurociencias y derecho**. v. 2. Buenos Aires: Hammurabi, 2021.

RAFECAS, Daniel Eduardo. **Derecho penal sobre bases constitucionales**. Buenos Aires: Didot, 2021.

RUSCONI, Maximiliano. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.

SANTIAGO NINO, Carlos; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Un debate sobre la pena**: Carlos Santiago Nino vs. Eugenio R. Zaffaroni. Buenos Aires: Ediciones del Instituto, 2004. (Serie *Fichas del INECIP*).

SERRANO, Manuel Francisco. Disminución de los mínimos penales y exigibilidad de los derechos humanos: análisis del fallo Guffanti. 31-10-2016. En: Pensamiento Penal. Disponible en: <<http://www.pensamientopenal.com.ar>>.

VITALE, Gustavo. Culpabilidad como límite a la pena (co-culpabilidad y esfuerzo por la vulnerabilidad). 16-3-2010. En: Pensamiento Penal. Disponible en: <<http://www.pensamientopenal.com.ar>>.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**: aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidad por vulnerabilidad. En: *Lectio Doctoralis* en la Universidad de Macerata (Italia), 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidad por vulnerabilidad. En: Sistema Argentino de Información Jurídica. 2007a. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf070010-zaffaroni-culpabilidad_por_vulnerabilidad.htm#>.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho penal humano: la doctrina de los juristas y el poder en el siglo XXI.** Buenos Aires: Hammurabi, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El enemigo en el derecho penal.** Buenos Aires: Ediar, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** Traducción de Vânia R. Pedrosa y Amir L. da Conceição Río de Janeiro: Revan, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas.** Bogotá: Temis, 1989a.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas.** Buenos Aires: Ediar, 1989b.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas.** 2. ed. Bogotá: Temis, 1990.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Estructura básica de derecho penal.** Buenos Aires: Ediar, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Humanitas en el derecho penal. En: **Reforma penal y política criminal: la codificación en el estado de derecho.** Buenos Aires: Ediar, 2007b.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar.** Buenos Aires: Ediar, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Lineamientos de derecho penal.** Buenos Aires: Ediar, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Los disfraces de la peligrosidad (la pena del delito común contra la propiedad). En: **Redea. Revista Derechos en Acción**, La Plata / Buenos Aires, Ed. Universidad Nacional de La Plata, año 3, n. 6, verano 2017/2018. Sección “Ensayos”.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1977.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Teoría del delito**. Buenos Aires: Ediar, 1973.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general. v.1. Buenos Aires: Ediar, 1980a.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general. v.2. Buenos Aires: Ediar, 1980b.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general. v.3. Buenos Aires: Ediar, 1980c.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general. v.4. Buenos Aires: Ediar, 1980d.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general. v.5. Buenos Aires: Ediar, 1980e.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro W. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro W. **Derecho penal**: parte general. México: Porrúa, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro W. **Manual de derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro W.; BATISTA, Nilo. **Direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro W.; TENORIO TAGLE, Fernando. **Derecho penal**: parte general. México: Porrúa, 2013.

Recebido em: 23-2-2024

Aprovado em: 2-4-2024

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTRA EL ESTADO ARGENTINO EN LOS CASOS DE PERSONAS VULNERABLES^{1y2y3}

EXECUTION OF SENTENCES AGAINST THE ARGENTINE STATE IN CASES OF VULNERABLE PEOPLE

Mauricio Goldfarb⁴

“Ganarle un juicio al Estado parece Crimen y Castigo. Al crimen de iniciar un juicio porque se quiere la reparación del perjuicio ocasionado por el Estado, el condigno castigo de ganarlo y tener que empezar entonces todo de vuelta, a

¹ **Como citar este artículo científico.** GOLDFARB, Mauricio. Ejecución de sentencias contra el estado argentino en los casos de personas vulnerables. In: **Revista Amagis Jurídica**, Belo Horizonte, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, v. 16, n. 1, p. 307-326, jan.-abr. 2024.

² Una síntesis de este artículo ha sido expuesta oralmente en el Congreso Internacional de Derecho Administrativo “Desafíos e institutos del derecho administrativo de cara al derecho internacional de los derechos humanos. Una mirada desde el federalismo”. Con especial referencia a la jurisprudencia de la CIDH y de la CEDH” organizado por el Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE. Tema: Ejecución de sentencias contra el Estado y la prioridad de las situaciones vulnerables, del 9 al 11 de noviembre de 2022.

³ La Revista Amagis Jurídica agradece al IUS ET PRAXIS, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (Perú), por permitir la publicación de este estudio.

⁴ Abogado, Especialista en Derecho Administrativo, Doctor en Derecho. Docente de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste de la República Argentina. Orcid.org/0000-0002-9152-7638. *E-mail*: estudiogoldfarb@hotmail.com

peregrinar y mendigar por cuanta oficina pública, judicial y administrativa fuera menester... Es la vieja maldición andaluza: “que tengas juicios, y los ganes.” que habría que perfeccionar aquí como “que tengas juicios contra el Estado, y los ganes e intentes cobrarlos.”

Agustín Gordillo

RESUMEN

La ejecución de sentencias contra el Estado es siempre un tema complejo, por el conflicto que habitualmente se presenta entre el interés público en la asignación presupuestaria y ordenada de los recursos y el derecho de los particulares a que sean cumplidas las sentencias condenatorias contra los entes estatales. En este trabajo, que considera como unidad de análisis el Estado Federal argentino, pero cuyas conclusiones pueden ser extendidas a otros ordenamientos jurídicos nacionales por su similitud, se pasa revista al sistema general de cancelación de las deudas y se hace especial referencia a los supuestos que involucran a personas físicas especialmente vulnerables.

Palabras clave: tutela efectiva – derechos humanos – responsabilidad del estado – vulnerabilidad.

ABSTRACT

The forced execution of sentences against the State is always a complex issue, due to the conflict that usually arises between the public interest in the budgetary and orderly allocation of resources and the right of individuals to enforce sentences against state entities. In this work, which considers the Argentine Federal State as the unit of analysis, but whose conclusions may be extended to other national legal systems due to their similarity, the general debt cancellation system is reviewed and special reference is made to the assumptions that they involve especially vulnerable natural persons.

Keywords: effective protection - human rights - responsibility for the state - vulnerability

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La ejecución de sentencias contra el Estado. 2.1. Ejecución de sentencias que obligan a hacer o no hacer. 2.2. Ejecución de sentencias que condenan

al pago de una suma de dinero. 3. La vulnerabilidad como categoría jurídica. 4. La vulnerabilidad en la jurisprudencia. 5. Algunas posibles soluciones. Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

El objeto de esta obra es exponer y analizar críticamente el procedimiento de ejecución de las sentencias contra el Estado nacional argentino, considerando especialmente la situación de las personas físicas vulnerables. Si bien el estudio se centra en la normativa aplicable al caso particular en Argentina, muchas de las apreciaciones resultan aplicables a otros regímenes nacionales por sus similitudes normativas.

La importancia del tema ya fue destacada por la doctrina (ABERASTURY, 2001; HUTCHINSON, 2004; GALLEGOS FEDRIANI, 2007; BALBÍN, 2013) y se vincula en forma directa e inmediata con las garantías constitucionales del debido proceso, la tutela judicial efectiva y con el derecho de propiedad, todos ellos con raigambre constitucional y supranacional. Como señala González Pérez (2001) “la tutela judicial efectiva exige investir al juez de plenas potestades para la total y completa satisfacción de las pretensiones que ante él se formulen”.

Además, la satisfacción de la tutela judicial efectiva depende de la posibilidad de hacer valer el resultado (la sentencia), ya que la pretensión no queda satisfecha con el mero dictado de la resolución judicial, sino cuando esta es cumplida. Pocas cosas son más tristes para los titulares de los derechos lesionados –y para sus abogados– que obtener una sentencia favorable y, sin embargo, no verla realizada en tiempo y forma. Ello resulta especialmente irritante, cuando se ha recorrido todo el largo y sufrido procedimiento administrativo y, agotado éste, la vía judicial, peregrinar que en la mayoría de los casos lleva varios años, y en particular cuando el acreedor es una persona en especiales condiciones de vulnerabilidad.

La idea central de este artículo es brindar una guía y a la

vez una descripción crítica del complejo procedimiento de cobro de acreencias al Estado Nacional argentino, considerando de manera especial a las personas en situación de vulnerabilidad. Para ello, describiremos en líneas generales el sistema de pagos, para luego examinar los casos de las personas vulnerables que son titulares de créditos contra la Administración. Pondremos especial énfasis en los aspectos prácticos de la cuestión, con referencia a los criterios jurisprudenciales vigentes en los órganos judiciales de máxima jerarquía. Finalmente, incluiremos las conclusiones y algunas propuestas para una mayor efectividad de los derechos de los particulares.

2 LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTRA EL ESTADO

El procedimiento de ejecución de sentencias no debe ser considerado aisladamente, sino como una parte –muy significativa– del debido proceso, como una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, como lo destacan Schafrik de Nuñez (2017) y Alposta y Del Campo (2017). Si realmente queremos una Administración sometida a la juridicidad como nos enseñara Comadira (2015), las conductas que generan afectación de los derechos de las personas deben ser reparadas, sino por la propia Administración (tantas veces remisa o corregir sus propios errores) por el Poder Judicial. Y no hay tutela efectiva de los derechos, si no se obtiene una respuesta justa y oportuna de parte de los tribunales.

El problema de la ejecución de las sentencias tiene un antecedente previo, y se complica porque los procesos demoran mucho hasta llegar a la sentencia firme. En los últimos años se ha trabajado mucho en la cuestión del acceso a la justicia y los aspectos referidos a la legitimación. Sin embargo, se ha descuidado lo relativo al efectivo cumplimiento de las decisiones judiciales, más allá de su permanente referencia la tutela judicial efectiva, que solo puede ser efectiva si es oportuna. Desde esta perspectiva, la tutela judicial efectiva estará vinculada con el efecto útil de las sentencias, su

ejecución en tiempo y forma. El acceso a la justicia comprende no solo la regularidad de un proceso, el respeto a los tiempos procesales, la independencia e imparcialidad de los jueces, y el cumplimiento de los principios básicos del derecho, sino el cumplimiento efectivo de las decisiones definitivas en tiempo y forma (ALBANESE, 2010).

Estamos convencidos de que la falta de esta respuesta oportuna tiene mucho que ver con la falta de satisfacción de nuestra sociedad con su sistema jurídico en general y con el Poder Judicial en particular. Entendemos que debemos hacernos cargo de esta realidad, porque sin asumir como estamos, es imposible definir estrategias para cambiar la situación.

Empezaremos entonces por formular un esquema del sistema de pago de las acreencias del Estado cuando las mismas resultan de condenas judiciales firmes. La primera distinción que debemos realizar es entre las sentencias que condenan a pagar algo de las que ordenan hacer o abstenerse de determinada conducta.

2.1 EJECUCIÓN DE SENTENCIAS QUE OBLIGAN A HACER O NO HACER

En el caso de sentencias condenatorias contra el Estado, pero sin un contenido patrimonial directo (p. e. abstenerse de realizar una obra, reponer a un funcionario en su cargo, dejar sin efecto una clausura, etc.) el procedimiento a seguir es el siguiente:

La autoridad administrativa vencida en juicio deberá dar cumplimiento a las obligaciones impuestas en la sentencia dentro de un plazo de sesenta días de haber quedado firme. Si la sentencia no hubiere sido cumplida por los funcionarios estatales dentro de este plazo, a petición de parte el tribunal ordenará su ejecución directa, mandando que el o los agentes correspondientes, debidamente individualizados, procedan a dar cumplimiento a lo resuelto en el fallo. Para ello, se determinará concretamente lo que deben hacer y el plazo en que deben realizarlo, bajo apercibimiento de las sanciones administrativas y penales que correspondan por la desobediencia.

Los agentes a quienes se hubiere ordenado el cumplimiento de la sentencia no podrán excusarse en la obediencia jerárquica. Si la decisión de no ejecutar la sentencia fuere adoptada por un órgano colegiado, los disidentes –para deslindar su responsabilidad– deberán presentar ante el tribunal copia del acta donde consta su voto.

Los agentes públicos a quienes se ordene cumplir la sentencia son solidariamente responsables con la entidad estatal respectiva por los daños y perjuicios que ocasione su incumplimiento.

El tribunal puede adoptar, de oficio o a pedido de parte, las providencias y resoluciones que fueren convenientes para la ejecución de sus fallos.

2.2 EJECUCIÓN DE SENTENCIAS QUE CONDENAN AL PAGO DE UNA SUMA DE DINERO

A diferencia de los casos anteriores, cuando la sentencia condena al Estado Nacional a pagar sumas de dinero, por cualquier concepto y sin perjuicio de la ejecución que correspondiere de otras disposiciones del fallo, el procedimiento es más complejo.

De acuerdo al sistema previsto en la Ley 24.624,⁵ el procedimiento a seguir en caso de una sentencia que ordena el pago de una suma de dinero por parte del Estado provincial es el siguiente:

- a) una vez que la sentencia queda firme, el particular debe solicitar el pago de su acreencia por ante la propia Administración central o el ente descentralizado condenado;
- b) con dicha presentación, se forma un expediente administrativo, y luego del procedimiento correspondiente (que incluye un informe de los letrados que llevaron el pleito sobre la existencia de una condena líquida y exigible) y la intervención de los organismos contables y de registración presupuestaria, se dicta un acto administrativo que dispone el pago de la deuda. Esta cancelación debe realizarse, de acuerdo

⁵ Publicada en el Boletín Oficial de la Nación argentino el 29/12/1995.

a la ley, siguiendo un estricto orden de antigüedad conforme la fecha de notificación judicial, y siempre y cuando exista crédito presupuestario disponible;

- c) para el caso de no existir tal crédito, la ley manda efectuar las provisiones necesarias a fin de su pago en el ejercicio siguiente, comunicando a la Dirección de Presupuesto del Ministerio de Economía el monto que corresponde abonar antes del día 31 de agosto, a fin de su inclusión en el proyecto de presupuesto del año siguiente. Aprobado el mismo, con el inicio del año fiscal deberá procederse al pago, siguiendo nuevamente el orden de prelación, de los más antiguos a los más nuevos, considerando la fecha de notificación de la aprobación de la planilla (suma líquida y exigible).

Así, el titular de un crédito judicial contra el Estado Nacional tiene que iniciar el largo camino de la registración de la deuda para que, previa inclusión el presupuesto y siempre y cuando los fondos sean suficientes, se cancele en los próximos 2 ejercicios, por estricto orden cronológico. Es decir, que una persona que ha sido –fuera de toda duda, por haber sido declarado judicialmente– dañada injustamente por el Estado resulta sometida a una nueva revictimización el proceso en el procedimiento administrativo posterior ¿Podemos afirmar que es esto tutela efectiva de los derechos? ¿Existe una reparación integral? La respuesta negativa parece clara en ambos casos. No podemos negar que es mucho más fácil plantear o señalar un problema que encontrar o proponer la solución. Pero poner sobre la mesa el problema, decir con todas las letras que el rey está desnudo, es la primera –aunque insuficiente– etapa de la solución del problema.

3 LA VULNERABILIDAD COMO CATEGORÍA JURÍDICA

Expuesto el sistema general de pago de las deudas del estado, debemos definir ahora el concepto de vulnerabilidad, para luego

aplicarlo al procedimiento antes descripto y examinar su compatibilidad constitucional y convencional. El artículo 16 de la Constitución Nacional consagra la garantía de igualdad ante la ley (en términos formales), como expresión cabal del espíritu liberal de la Constitución de 1853/60. Este principio se ha visto complementado –como fruto de la evolución del constitucionalismo– con el principio de igualdad real de oportunidades, receptado en el artículo 75 inciso 23 (incorporado en la reforma constitucional de 1994), en un paso del estado liberal y abstencionista que solo garantiza la igualdad con su no obrar, al de un estado con mayor intervención en los aspectos sociales y económicos, por medio de acciones positivas en favor de los grupos históricamente menos favorecidos (GELLI, 2008). Así el nuevo artículo, incluido entre las facultades del Congreso de la Nación, obliga a éste a:

Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

En la misma línea de reconocimiento de la necesidad de brindar un diferente tratamiento (que garantice la igualdad real de oportunidades) debe inscribirse la adopción de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad. Estas 100 reglas aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que tuvo lugar en Brasilia en 2008 han sido adoptadas normativamente por varios países, entre ellos la Argentina (Acordada 05/2009 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

La Regla 3 de Brasilia conceptualiza a las personas vulnerables: Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante

el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

En la Regla 4 se aclara que podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

En un muy interesante artículo Sacristán (2022) distingue las herramientas que pueden utilizar los sistemas normativos y los operadores jurídicos para determinar la vulnerabilidad. Ello son los de la categorización y la contextualización. En la primera, la norma prevé que determinadas personas sean consideradas vulnerables por el solo hecho de pertenecer a una categoría definida por el legislador (p. e. personas embarazadas, adultos mayores) mientras que en la segunda, ello resulta del contexto (la realidad que hace que una persona sea particularmente vulnerable, por ejemplo, por hallarse enferma y desempleada, o en situación de calle, aun sin pertenecer a un grupo especialmente vulnerable). De hecho, la regla 4 de Brasilia adopta este criterio mixto.

Otra categorización útil es la de Basset (2017) quien distingue entre las personas en situación de vulnerabilidad estable (niños, adultos mayores, discapacitados) donde la respuesta estatal debe ser mejorar las condiciones políticas y sociales de dignidad y equidad y las de vulnerabilidad transitoria (embarazadas, pobres, migrantes) donde las políticas y las pautas interpretativas deben apuntalar la mayor autonomía y amplitud en el ejercicio de los derechos.

4 LA VULNERABILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido a la vulnerabilidad como un elemento trascendente a la hora de resolver

las causas judiciales. Así, el alto tribunal ha declarado inaplicables las restricciones a las ejecuciones de sentencias a los casos en que el sometimiento al régimen implica una degradación o desnaturalización de la sentencia y no una mera dilación de su cumplimiento. En el *leading case* *Iachamet, María L. c. Armada Argentina* dictado el 29/04/199, la actora de 92 años y con graves problemas de salud, era titular de un crédito, que, de acuerdo al procedimiento normal, se debía pagar con bonos a 16 años de plazo. La Corte Suprema dispuso el pago en efectivo, ya que sostuvo que resultaba virtualmente imposible conforme a desenvolvimiento natural de los hechos, que se llegara a percibir la totalidad del crédito reconocido en el pronunciamiento judicial pasado en autoridad de cosa juzgada.

El mismo Tribunal ha declarado también la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad del régimen de consolidación para otros casos en los que su aplicación implica no solo un mero diferimiento del pago, sino una desnaturalización de la Sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. En tal sentido se ha expedido en autos *Mesquida, Gregorio Hugo y otro c/ Estado Nacional – Armada Argentina*, fallado el 28 de noviembre de 2006, declarando la inconstitucionalidad para el caso concreto del Régimen de Consolidación de la Ley 23.544, que también disponía el pago en Bonos de Consolidación a 16 años. En una línea similar de razonamiento, también cabe citar la causa *Petrelli, Claudio Omar c/ Ministerio del Interior Policía Federal*, en la cual el Tribunal entendió que cabía considerar la naturaleza alimentaria del crédito y la situación de indigencia del demandante, por lo que excluyó del régimen de consolidación de la Ley 25.344 la indemnización por lesiones en actos de servicio. La Corte sostuvo que tratándose de afecciones de orden físico, psíquico y estético derivados del evento dañoso la exclusión de la acreencia del régimen de consolidación se imponía porque un aspecto esencial de la reparación es el cese del proceso de degradación mediante una rehabilitación tempestiva.

La Corte Suprema de Justicia también ha declarado que los jueces tienen la obligación de excluir los créditos de la consolidación

cuando sus acreedores se encuentren en especiales condiciones de desamparo (Fallos: 329:5769 y causas *Aliprandi, Luisa c/ PAMI s/ sumario*, fallada el 23 de febrero de 2010 y *Cots, Libia Elda c/ Estado Nacional Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y otros s/sumario –Incidente de embargo*, sentencia del 12/03/13. En el caso *Aliprandi*, es preciso resaltar el voto del Dr. Fayt, quien señala:

2) Que la protección a la inviolabilidad física, psíquica y moral del individuo constituye un rasgo dominante del principio “*pro homine*”, es un derecho preexistente a toda legislación positiva y resulta garantizado por la Constitución Nacional. El ser humano, desde luego, es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (“Campodónico de Beviacqua”, Fallos: 323:3229 y sus citas; y doctrina de “Floreancig”, Fallos: 329:2552) [...] 5) Que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de su lado, es asaz concluyente al respecto, pues su artículo 27 establece que las razones de emergencia que afecten la seguridad del Estado no autorizan la suspensión, siquiera limitada o transitoria, del derecho a la vida y a la integridad física reconocidos en los arts. 4 y 5 de aquélla. Por su parte, el art. 63.1 de dicha convención faculta a la Corte Interamericana a imponer las reparaciones pertinentes cuando esos derechos sean lesionados. En el caso de la privación del derecho a la vida, la restitución al statu qua ante resulta imposible y, por ello, la reparación a que alude el arto 63.1 solo puede asumir la forma de una indemnización sustitutiva, conforme a la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Aloeboetoe”, sentencia del 10 de septiembre de 1993, Serie C, N° 15; “Bulacio”, sentencia del 18 de septiembre de 2003, Serie C, N° 100; “Garrido y Baigorria”, sentencia de 27 de agosto de 1998, Serie C, N° 39, y sus citas (del voto de los jueces Petracchi y Lorenzetti en la causa “Mesquida”).

En el caso “*Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo*” fallado el 24/04/2012, la Corte Suprema revocó la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, en consecuencia, ordenó al gobierno

local que garantice a una madre y su hijo discapacitado, que se encontraban en “situación de calle”, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada. Para resolver de este modo, el tribunal destacó que la Constitución Nacional, en los tratados internacionales a los que Argentina ha adherido, y también como en la propia Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se reconoce el derecho de acceso a una vivienda digna y el deber de protección de sectores especialmente vulnerables, como lo son las personas con discapacidad y los niños en situación de desamparo. Pero, en lo que nos interesa en relación a nuestra materia, el voto de la mayoría sostuvo que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer, a cargo del Estado, con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Ello significa que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad.

El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 26 de marzo de este año, en la causa *García, María Isabel contra Administración Federal de Ingresos Públicos s/acción declarativa de inconstitucionalidad*, también marca un hito importante en la materia. El fallo del máximo tribunal federal confirmó la inconstitucionalidad del impuesto a las Ganancias aplicado a los haberes de la actora, una jubilada de 79 años de edad. La Corte Suprema no dejó de lado el tradicional estándar cuantitativo de la confiscatoriedad utilizado para invalidar tributos por afectar el derecho de propiedad, pero subrayó que el principio:

Resulta insuficiente si no se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo concernido. La falta de consideración de esta circunstancia como pauta de diferenciación tributaria supone igualar a los vulnerables con quienes no lo son, desconociendo la

incidencia económica que la carga fiscal genera en la formulación del presupuesto de gastos que la fragilidad irroga, colocando al colectivo considerado en una situación de notoria e injusta desventaja. En esas condiciones el estándar de revisión judicial históricamente adoptado por esta Corte, según el cual los términos cuantitativos de la pretensión fiscal solo deben ser invalidados en caso de confiscación, no permite dar una adecuada respuesta a la protección constitucional de contribuyentes como los anteriormente descriptos (considerando 17).

Por ello, el voto de la mayoría concluyó que la consideración legislativa del universo de contribuyentes (jubilados y pensionados) como un todo homogéneo responde a un modelo constitucional previo a la reforma de 1994, pero actualmente incompatible con el texto de la Constitución, ya que en verdad se trata de un colectivo heterogéneo en razón de los distintos grados de vulnerabilidad que pueden presentar sus integrantes (considerando 18). Este mantenimiento de una categoría tributaria carente de matices deviene en una manifestación estatal incoherente e irrazonable, violatoria de la Constitución Nacional.

En el caso “*Caldeiro Juan c/ Estado Nacional – Ministerio de Defensa s/ daños y perjuicios*”, fallado el 30/04/2020 la Corte Suprema sostuvo que, en materia de ejecución de deudas no consolidadas, son aplicables las mismas excepciones para disponer el pronto pago que en las alcanzadas por aquél régimen. En el caso, el voto de la mayoría enfatizó que:

El hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo, la inviolabilidad de la persona constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Y así, a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), ha reafirmado en diversos pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud y destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública garantizar ese derecho con acciones positivas.

En apoyo a esta definición, la Corte recordó la especial protección que se garantiza a las personas vulnerables en el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional, la Convención Interamericana para la Eliminación de toda forma de discriminación contra las personas con discapacidad (Ley 25.280, del 6 de julio de 2000) y la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (Ley 27.360, del 31 de mayo de 2017). El voto de la mayoría recordó el precedente “*García*”, también referido a una persona jubilada, e hizo notar que:

El envejecimiento y la discapacidad son causas predisponentes determinantes de vulnerabilidad, que normalmente obligan a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales. Y frente a esta realidad, el imperativo constitucional es transversal a el Estado actúe con una mirada humanista en ámbitos carentes de contenido económico inmediato (libertades de expresión; ambulatoria o tránsito, etc.) y sea insensible al momento de definir su política fiscal y/o presupuestaria.

En apoyo a esta definición, la Corte recordó la especial protección que se garantiza a las personas vulnerables en el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional, la Convención Interamericana para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Ley 25.280, del 6 de julio de 2000) y la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (Ley 27.360, del 31 de mayo de 2017).

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado especialmente la condición de vulnerabilidad en materia de ejecución de sentencias, en el caso “*Furlán y familiares vs. Argentina*” (sentencia del 31 de agosto de 2012)⁶ donde se condenó

⁶ La sentencia completa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede consultarse en <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf>.

al estado argentino por violación de los artículos 5.1, 8.1, 21, 25.1 y 25.2.c del Pacto de San José de Costa Rica. En dicha causa se atribuyó responsabilidad internacional por la demora en reconocer la indemnización a favor de Sebastián Furlán, de la que dependía su tratamiento médico. En relación al tema que nos hallamos tratando, resultan especialmente relevantes los considerandos 134 y 196 de la sentencia, donde se subraya que:

134. En este sentido, la Corte Interamericana reitera que toda persona que se encuentre en una *situación de vulnerabilidad* es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que *no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos*, sino que *es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho*, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad [...].

196. En casos de *personas en situación de vulnerabilidad*, como lo es una persona con discapacidad, es imperante tomar las medidas pertinentes, como por ejemplo la priorización en la atención y resolución del procedimiento por parte de las autoridades a su cargo, con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos, de manera que se garantice la pronta resolución y ejecución de los mismos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado también que la vulnerabilidad puede agravarse si hay factores de vulnerabilidad que se añaden a otros. Así, una persona puede ser pobre, ser migrante, estar embarazada y estar detenida, todo ello al mismo tiempo. En ese caso, las violaciones a su integridad física y los tratos crueles se verán agravados por estas circunstancias y el Estado debería preventivamente considerar que mujeres en esas circunstancias son especialmente vulnerables a las violaciones de sus derechos (CIDH, “Caso Penal Miguel Castro c. Perú”, 02/08/2008;

CIDH, “Caso Contreras y otros c. El Salvador”, 31/08/2011), como hace notar Vargas Vera (2016).

5 ALGUNAS POSIBLES SOLUCIONES

Hemos planteado aquí el problema de la ejecución de las sentencias de condena contra Estado Nacional argentino, con una especial consideración a los casos de personas vulnerables. Y también hemos señalado que la ejecución es solo un aspecto de la tutela judicial efectiva, la cual no puede pensarse sin una sentencia cumplida en tiempo y forma.

Por eso, resulta necesario y urgente, como primer paso para la efectividad de los derechos, agilizar los procesos judiciales –para todas las personas, pero especialmente para aquellas más vulnerables– y que estos insuman tiempos razonables y acordes a la naturaleza de las cuestiones debatidas. ¿Cómo hacerlo? No parecen existir recetas mágicas, pero un punto de partida –además de identificar el problema– podría arrancar con la medición y estandarización de la información con la que ya cuenta el Poder Judicial, mensurar y hacer pública la información de cuanto demoran los distintos procesos en cada tribunal. Deben existir datos objetivos: Cantidad de causas, cantidad de sentencias, tiempo de tramitación, porcentaje de revocación, etc. Y una vez identificados los nudos problemáticos, incorporar tecnología, medios alternativos de solución de conflictos e incentivos para soluciones no controversiales y jurisdiccionales de los conflictos.

Considerando especialmente el caso de las personas vulnerables, es necesario facilitar los mecanismos de acceso a la instancia judicial, de otorgamiento de medidas cautelares y de notificaciones adaptadas a las especiales condiciones de estas personas. Y, una vez dictada la sentencia definitiva, hacerla cumplir en un tiempo razonable y oportuno. Estas condiciones demuestran que el exclusivo orden cronológico a los fines de la cancelación de las deudas estatales se muestra insuficiente para hacer efectivos los derechos, especialmente en los casos de urgencia acreditada.

No somos indiferentes a que el criterio puramente cronológico de notificación de las sentencias para determinar el orden de pago es una pauta objetiva y que evita discrecionalidades que pueden esconder otros intereses. Pero a riesgo de que el sistema pueda ser complejizado, nos parece que debe establecerse –además del orden normal y sucesivo de cancelación– un mecanismo de urgencia o acelerado, para los casos de personas en especiales condiciones de vulnerabilidad, que no admiten dilaciones. Todo ello, con los debidos controles de transparencia y rendición de cuentas de la Administración, tanto internos como externos.

La instrumentación de este canal de pago especial (al estilo de los protocolos de emergencia o código rojo de los hospitales) permitirá reconocer que todos somos iguales ante la ley, pero que algunas personas requieren una atención prioritaria: los discapacitados, los niños, los adultos mayores y especialmente las personas con vulnerabilidades múltiples (edad, enfermedad, pobreza, aislamiento, etc., combinadas).

Tampoco aparece justificada la excusa de la falta de presupuesto para tales situaciones. Ya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sostuvo que las autoridades estatales no pueden alegar la carencia de fondos para no cumplir con una deuda fundada en una decisión judicial (*Société de gestion du port de Campoloro et Société fermière de Campoloro c. France*, N.º 57516/00, del 26 de septiembre de 2006; *Tchokontio Happi c. France*, N.º 65829/12, del 9 de abril de 2015) ambos referidos por Corti (2017).

Por último, queremos subrayar que este deber no es solo de los jueces todos los órganos estatales están obligados a respetar la juridicidad. Surge entonces la pregunta acerca de quién debe definir los casos en que la Administración puede y debe activar estos mecanismos de tutela preferente. Entendemos que le corresponde al legislador la determinación –al menos *a priori*– de los casos en que procede la cancelación preferente, al menos para evitar arbitrariedades. Pero incluso hasta tanto sea dictada la ley –como

lo manda el artículo 75 inc. 23 de la Constitución Nacional– no existiría obstáculo para que los jueces o la propia Administración apliquen de modo directo la Constitución Nacional, los tratados de Derechos Humanos y las leyes que otorgan preferencia a las personas en condiciones de vulnerabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

ABERASTURY, Pedro. **Ejecución de sentencias contra el Estado**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

ALBANESE, Susana. **Garantías judiciales**. Buenos Aires: Ediar, 2010.

ALPOSTA, María Soledad; DEL CAMPO, Agustina. El planteo presupuestario en la ejecución de sentencias internacionales y locales. En: **Revista Institucional de la de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Defensoría General, Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 7, número 11, p. 441-452, junio 2017.

BALBÍN, Carlos F. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2013.

BASSET, Ursula C. La vulnerabilidad como perspectiva: una visión latinoamericana del problema: aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En: BASSET, Ursula C. (Dir.). **Tratado de la vulnerabilidad**. Buenos Aires: La Ley, 2017.

COMADIRA, Julio Rodolfo. El juez contencioso administrativo y el principio de juridicidad (legalidad administrativa): los intereses a proteger. En: **El Derecho**, Buenos Aires, n.º 13.825, año LIII, 2015.

CORTI, Horacio. Plurales procesos históricos y un problema global: ley de presupuesto y derechos humanos. En: **Revista Institucional de la de la Defensa Pública de la Ciudad**

Autónoma de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Defensoría General, Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 7, número 11, p. 43-77, 2017.

GALLEGOS FEDRIANI, Pablo Oscar. Ejecución de sentencias contra el estado nacional. En: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Tratado general de derecho procesal administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2007.

GELLI, María Angélica. **Constitución de la nación argentina**: comentada y concordada. 4. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El derecho a la tutela jurisdiccional**. Madrid: Cívitas, 2001.

GORDILLO, Agustí. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas**: parte general. 10. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2009.

HUTCHINSON, Tomás. El proceso de ejecución de sentencias contra el estado. En: **Revista Latinoamericana de Derecho**, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) / Instituto de Investigaciones Jurídicas, año I, n.º 1, p. 289-355, enero-junio de 2004.

SACRISTÁN, Estela B. Vulnerabilidad: categorización y contextualización como herramientas legislativas. En: **RDA Derecho Administrativo: Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Practica**, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, p. 19-34, marzo-abril 2022.

SCHAFRIK DE NUÑEZ, Fabiana. La ejecución de sentencias contra el estado y el respeto a la tutela judicial efectiva. En: **Revista Institucional de la de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Defensoría General, Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p. 394-440, 2017.

VARGAS VERA, Georgina. Interseccionalidad de la discriminación, formas agravadas de vulnerabilidad: El caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. En: **Revista Iuris Dictio**, Quito, Ed. Universidad San Francisco de Quito, n. 18, p. 143 y ss., 2016.

Recebido em: 16-2-2024

Aprovado em: 14-4-2024

DA PENA ÚNICA: ALGUNS CONTRIBUTOS LEGAIS, DOUTRINAIS E JURISPRUDENCIAIS¹e²

*Paulo Ferreira da Cunha*³

RESUMO

O presente artigo procura ser uma síntese ponderadora de elementos legais, doutrinários e sobretudo jurisprudenciais do Supremo Tribunal de Justiça sobre a determinação da pena única em sede de concurso de penas em Portugal.

Palavras-chave: Crimes / Pena / Pena única / Concurso de crimes / Jurisprudência das penas

ABSTRACT

This article seeks to be a ponderous synthesis of legal, doctrinal and, above all, jurisprudential elements of the Supreme Court of Justice on the determination of the single penalty in terms of competition /

¹ **Como citar este artigo científico.** CUNHA, Paulo Ferreira da. Da pena única: alguns contributos legais, doutrinários e jurisprudenciais. In: **Revista Amagis Jurídica**, Belo Horizonte, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, v. 16, n. 1, p. 327-347, jan.-abr. 2024.

² Para a elaboração de vários textos da índole do presente, contribuiu o apoio das Juízas e do Juiz que integram ou integraram a Assessoria Criminal do Supremo Tribunal de Justiça, nomeadamente as Senhoras Dr.^a Andreia Valadares Ferra, Dr.^a Carla Cardador, Dr.^a Maria Franco, Dr.^a Raquel Sousa Lima e o Senhor Dr. Tiago Milheiro. O nosso vivo agradecimento. Obviamente que as opiniões e os erros aqui expressos apenas o autor comprometem.

³ Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (com funções suspensas para exercício da Magistratura). *E-mail:* lusofilias@gmail.com

plurality of penalties (“concurso de penas”) in Portugal.

Keywords: Crimes / Punishment / Single penalty / Competition / Plurality of crimes / Jurisprudence of penalties

SUMÁRIO. I. Parâmetros gerais enquadradores. II. Alusão aos sistemas de punição do concurso de crimes. III. do geral ao concreto. IV. Atenuação especial da pena. V. Proporcionalidade, *et alia*. V.1. Da Proporcionalidade e da proporcionalidade penal em geral. V.2. Elementos ponderadores em concreto. VI. Vetores de apreciação factual. VII. Final. Referências.

I PARÂMETROS GERAIS ENQUADRADORES

A determinação da pena única, em cúmulo jurídico, é feita todos os dias por todos os Tribunais competentes criminalmente. Contudo, dado o sistema de recursos, pode vir a ser o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) a ter o direito (e o dever) de por último se pronunciar sobre essa matéria. É especialmente sobre a determinação da pena única pelo STJ que falaremos nesta breve síntese.

Antes de mais, importa recordar que é universalmente aceite na *communis opinio* que a intervenção do STJ na concretização da medida da pena, ou melhor, no controlo da proporcionalidade no respeitante à fixação concreta da pena, tem de ser necessariamente parcimoniosa, e jamais ilimitada, sendo entendido de forma uniforme e reiterada que

no Recurso de Revista pode sindicar-se a decisão de determinação da medida da pena, quer quanto à correcção das operações de determinação ou do procedimento, à indicação dos factores que devam considerar-se irrelevantes ou inadmissíveis, à falta de indicação de factores relevantes, ao desconhecimento pelo Tribunal ou à errada aplicação dos princípios gerais de determinação, quer quanto à questão do limite da moldura da culpa, bem como a forma de actuação dos fins das penas no quadro da prevenção, mas já não a determinação, dentro daqueles parâmetros, do *quantum exacto*

da pena, salvo perante a violação das regras da experiência, ou a desproporção da quantificação efectuada⁴.

Assim, a jurisprudência do STJ tem reiteradamente enfatizado que, na concretização da medida da pena, deve partir-se de uma moldura de prevenção geral, definindo-a, depois, em função das exigências de prevenção especial, sem ultrapassar a culpa do arguido.

⁴ Cf. Acs. de 9-11-2000, proc. n.º 2693/00 – 5.ª; de 23-11-2000, proc. n.º 2766/00 – 5.ª; de 30-11-2000, proc. n.º 2808/00 – 5.ª; de 28-6-2001, procs. n.ºs 1674/01 – 5.ª, 1169/01 – 5.ª e 1552/01 – 5.ª; de 30-8-2001, proc. n.º 2806/01 – 5.ª; de 15-11-2001, proc. n.º 2622/01 – 5.ª; de 6-12-2001, proc. n.º 3340/01 – 5.ª; de 17-1-2002, proc. n.º 2132/01 – 5.ª; de 9-5-2002, proc. n.º 628/02 – 5.ª, in *CJSTJ* 2002, tomo 2, p. 193; de 16-5-2002, proc. n.º 585/02 – 5.ª; de 23-5-2002, proc. n.º 1205/02 – 5.ª; de 26-9-2002, proc. n.º 2360/02 – 5.ª; de 14-11-2002, proc. n.º 3316/02 – 5.ª; de 30-10-2003, in *CJSTJ* 2003, tomo 3, p. 208; de 11-12-2003, proc. n.º 3399/03 – 5.ª; de 4-3-2004, proc. n.º 456/04 – 5.ª, in *CJSTJ* 2004, tomo 1, p. 220; de 11-11-2004, proc. n.º 3182/04 – 5.ª; de 23-6-2005, proc. n.º 2047/05 – 5.ª; de 12-7-2005, proc. n.º 2521/05 – 5.ª; de 3-11-2005, proc. n.º 2993/05 – 5.ª; de 7-12-2005 e de 15-12-2005, in *CJSTJ* 2005, tomo 3, pp. 229 e 235; de 29-3-2006, in *CJSTJ* 2006, tomo 1, p. 225; de 15-11-2006, proc. n.º 2555/06 – 3.ª; de 14-2-2007, proc. n.º 249/07 – 3.ª; de 8-3-2007, proc. n.º 4590/06 – 5.ª; de 12-4-2007, proc. n.º 1228/07 – 5.ª; de 19-4-2007, proc. n.º 445/07 – 5.ª; de 10-5-2007, proc. n.º 1500/07 – 5.ª; de 14-6-2007, proc. n.º 1580/07 – 5.ª, in *CJSTJ* 2007, tomo 2, p. 220; de 4-7-2007, proc. n.º 1775/07 – 3.ª; de 5-7-2007, proc. n.º 1766/07 – 5.ª, in *CJSTJ* 2007, tomo 2, p. 242; de 17-10-2007, proc. n.º 3321/07 – 3.ª; de 10-1-2008, proc. n.º 907/07 – 5.ª; de 16-1-2008, proc. n.º 4571/07 – 3.ª; de 20-2-2008, procs. n.ºs 4639/07 – 3.ª e 4832/07 – 3.ª; de 5-3-2008, proc. n.º 437/08 – 3.ª; de 2-4-2008, proc. n.º 4730/07 – 3.ª; de 3-4-2008, proc. n.º 3228/07 – 5.ª; de 9-4-2008, procs. n.ºs 1491/07 – 5.ª e 999/08 – 3.ª; de 17-4-2008, procs. n.ºs 677/08 e 1013/08, ambos da 3.ª secção; de 30-4-2008, proc. n.º 4723/07 – 3.ª; de 21-5-2008, procs. n.ºs 414/08 e 1224/08, ambos da 5.ª secção; de 29-5-2008, proc. n.º 1001/08 – 5.ª; de 3-9-2008, proc. n.º 3982/07 – 3.ª; de 10-9-2008, proc. n.º 2506/08 – 3.ª; de 8-10-2008, procs. n.ºs 2878/08, 3068/08 e 3174/08, todos da 3.ª secção; de 15-10-2008, proc. n.º 1964/08 – 3.ª; de 29-10-2008, proc. n.º 1309/08 – 3.ª; de 21-1-2009, proc. n.º 2387/08 – 3.ª; de 27-5-2009, proc. n.º 484/09 – 3.ª; de 18-6-2009, proc. n.º 8523/06.1TDLSB – 3.ª; de 1-10-2009, proc. n.º 185/06.2SULSB.L1.S1 – 3.ª; de 25-11-2009, proc. n.º 220/02.3GCSJM.P1.S1 – 3.ª; de 3-12-2009, proc. n.º 136/08.0TBGGC.P1.S1 – 3.ª; e de 28-4-2010, proc. n.º 126/07.0PCPRT.S1 (cf. Acórdão do STJ de 23-9-2010, proferido no proc. n.º 10/08.0GAMGL.C1.S1).

Como assinala Jorge de Figueiredo Dias,

(2) a pena concreta é limitada, no seu máximo inultrapassável, pela medida da culpa; (3) Dentro deste limite máximo ela é determinada no interior de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto ótimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico (DIAS, 2019a, p. 84; DIAS, 2019b, p. 227-227, *apud* SANTOS; LEAL-HENRIQUES, 2020, p. 192).⁵

Atente-se ainda neste passo do referido Acórdão de 23-9-2010, proferido no proc. n.º 10/08.0GAMGL.C1.S1: “Ou seja, devendo ter um sentido eminentemente pedagógico e ressocializador, as penas são aplicadas com a finalidade primordial de restabelecer a confiança colectiva na validade da norma violada, abalada pela prática do crime, e, em última análise, na eficácia do próprio sistema jurídico-penal.”⁶

Embora por vezes seja muito complexa, e quiçá um pouco formal, a distinção sobre o uso dos diversos fins das penas, não deverá custar admitir, como princípio fundamental, a primazia do fim último das penas, a proteção dos bens jurídicos, o qual, porém, crê-se que pelo menos as mais das vezes, só poderá concretamente atualizar-se, densificar-se, encarnar na realidade das coisas, através de formas que tenham em consideração os fins imediatos, ou seja, a prevenção geral e a prevenção especial. Dir-se-á que uma e outra são como que o corpo, ou a corporização, da intencionalidade que anima a alma e o espírito das penas, sendo complexa (se se admitir que é mesmo possível) uma decisão penal em comunicação direta com a simples questão do bem jurídico (salvo a reputação da gravidade da sua violação, por exemplo, o que é comum e correto fazer-se,

⁵ Muito proveitoso é o diálogo destes Juízes Conselheiros com o consagrado Mestre de Coimbra.

⁶ Cf. ainda os Acórdãos do STJ, de 8-10-1997, proc. n.º 976/97, e de 17-12-1997, proc. n.º 1186/97 (in Sumários de Acórdãos, n.º 14, p. 132, e n.ºs 15/16, novembro/dezembro 1997, p. 214).

obviamente) sem passar por muito concretas considerações de prevenção, geral e especial.

Importará ainda salientar que a jurisprudência do STJ sublinha que a sua intervenção no controlo da proporcionalidade com que há que pesar os crimes e as penas não é ilimitada e que o *quantum* da pena se deve manter quando se revele, em geral, o acerto dos vários enfoques analíticos e judicatórios em questão (v. g., Acórdão de 19-9-2019, proc. n.º 14/15.6SULSB.L1.S1 – 3.ª Secção).

II ALUSÃO AOS SISTEMAS DE PUNIÇÃO DO CONCURSO DE CRIMES

É sabido que nos diferentes países não vigora uma mesma técnica de apuramento da punição do concurso de crimes⁷. Entre nós, não temos um sistema de pura e simples acumulação material, de adição pura e simples das penas (nem de exasperação). Entretanto, em alguns países, a comunicação social, para além da prisão perpétua (e em certos casos, até, da pena de morte), relata casos de condenados em dezenas e dezenas de anos.

Por burlas em cadeia (ou pirâmide) foi noticiado que uma arguida foi condenada a 141.078 anos de cárcere, na Tailândia, em 1989. Mas, ao mesmo tempo, também se acrescentava, passado o momento do sensacionalismo da notícia, que a respetiva legislação não permite o cumprimento de penas para além dos vinte anos de prisão.

Há, com efeito, vários países em que, sabida a existência de um limite máximo de pena a cumprir, contudo se proclama uma pena avultada, que não será efetivamente cumprida. Creem vários observadores que esta “dupla pena” (a grande pena da condenação e a pena a cumprir efetivamente, dentro do teto legal) acaba por ser uma forma de aplacar a sede de punição das massas mais punitivamente exigentes e agitadas, dando-lhes um número fictício, que não será o real, o efetivo.

⁷ Recentemente, cf. a síntese de Cunha (2022, p. 187 e segs.).

Por exemplo, no Brasil, em que a pena máxima suscetível de ser cumprida é hoje de quarenta anos (ainda há alguns anos era de trinta), um médico renomado, acusado de múltiplos estupros a pacientes, foi primeiramente condenado a 278 anos, pena que viu ulteriormente reduzida para 181, mas, dada a sua idade e estado de saúde, pelas últimas notícias que nos chegaram, cumpria prisão domiciliária, o que ocorrerá, obviamente, até ao limite legal de anos de prisão. Contudo, estes números sonantes de penas têm, ao que parece, sobretudo uma função legitimadora (ou legitimante) do próprio conjunto e coerência da ordem jurídica e suas sanções (cf., desde logo, MACHADO, 1985), contrabalançando a ideologia, repetida em muita comunicação social, que culpa o sistema jurídico, e penal em particular, pela sua alegada brandura.

Já Montesquieu advertia com diversos exemplos de direito comparado para a necessidade da proporcionalidade da pena ao crime, e de como em vários países se não alcançava um resultado de prevenção geral pela falta de critério na avaliação (dir-se-ia “diferencial”) das diferentes infrações. Começava o Senhor de La Brède por afirmar, no capítulo respetivo do *De l’Esprit des Lois*: “É essencial que as penas tenham harmonia entre si; porque é essencial que se evite antes de mais um grande crime que um menor; o que ataca mais a sociedade, que aquele que a choca menos” (Montesquieu, 1979, p. 218, tradução nossa, a partir da edição de Victor Goldschmitt).

Não se pode deixar de ver aqui um *fumus* ao menos da preocupação diuturna do julgador em apreciar a coerência entre julgados, a medida da culpa e do dolo, e o alarme social (em sentido e grau) que um crime pode gerar. Tudo elementos a ter em consideração, hoje, no nosso sistema penal democrático.

III DO GERAL AO CONCRETO

A pena única deve determinar-se pela ponderação de fatores do critério que consta do art. 77.º, n.º 1, *in fine*, do Código Penal:

1 – Quando alguém tiver praticado vários crimes antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles é condenado numa única pena. Na medida da pena são considerados, em conjunto, os factos e a personalidade do agente.

Há assim que considerar as necessidades de prevenção no caso em concreto (maiores ou menores) e o respetivo grau de culpa e de ilicitude (que também têm graduação). A pena única de modo algum poderá exceder um quadro de razoabilidade e proporcionalidade e deve revelar-se como potencialmente adequada e necessária para se cumprirem as finalidades preventivas, enquadrando-se nos padrões admissíveis de justiça. A apreciação do STJ, parcimoniosa e prudente, como se disse, deve ponderar se a pena atribuída se conforma com estes parâmetros, ou se deles se aparta muito notoriamente, de forma a tornar-se irrazoável, desproporcionada (e não proporcional), pela sua severidade. Já que a indulgência ou magnanimidade não poderão ser corrigidas *in pejus* (CUNHA; FERRA, 2022, p. 203-219).

IV ATENUAÇÃO ESPECIAL DA PENA

Pretendem por vezes os recorrentes que seja efetuada uma *atenuação especial da pena*, alegando, nomeadamente, que se verificariam circunstâncias que diminuiriam acentuadamente a necessidade da pena.

Porém, a atenuação especial da pena só seria possível para cada pena singular (se o fosse, quando o seja). Não se aplica à pena única. Se a questão quanto às penas parcelares estiver já resolvida, porque abrangida pela dupla conforme, nada mais haverá a considerar, neste âmbito. Porque a dupla conforme inclui todas as questões atinentes às penas parcelares aplicadas e confirmadas, incluindo a da respetiva atenuação especial. É jurisprudência uniforme do STJ e entendimento da doutrina. Veja-se, por todos, a síntese deste passo de um Acórdão do STJ:

A moldura penal abstracta do cúmulo é assim bem diversa da moldura de cada crime, pelo que não cabe em relação a ela uma atenuação especial da pena, por não proceder aqui a mesma justificação. A ser diferentemente, aliás, valorizar-se-ia duplamente (isto é, na pena parcelar e na pena única) o mesmo circunstancialismo atenuativo (Acórdão do STJ de 11-12-2008, proferido no proc. n.º 08P3632).

Por vezes, os recorrentes apelam não só para a proporcionalidade (e criticam a alegada falta dela), a equidade, e até invocam elementos modeladores como a bondade, a magnanimidade, etc. É já antiga a ideia de que deve haver uma magnanimidade, desde logo do Príncipe, mas também do julgador: “Principis non decere punire semper, nec semper ignorare, punire tamen saepe accepis ignorare officium regium esse.” (*Apud* HESPANHA, 1990, p. 176)⁸.

Quando se trata de determinar a medida da pena, não possui o nosso sistema de instrumentos de medição taxativos nem de precisão absolutos, e ao mesmo tempo formal(ista). Há aproximações, mas não imposições jurídicas⁹. Não prescindindo do rigor (e sem prejuízo de inspiração em contabilidades possíveis), antes se prefere, em geral, a caracterização do sistema com a metáfora de uma proporção geométrica e a velha régua de Lesbos do Estagirita, que se afeiçoa ao objeto medido (ARISTÓTELES, 1985; QUEIROZ et al, 2012, *passim*; HIGA, 2018, p. 80 e segs.).

⁸ “O príncipe não deve punir sempre nem ignorar sempre, o ofício do rei é punir frequentemente mas ignorar ainda mais frequentemente”.

⁹ Por exemplo, sintetizando uma tentativa de tendência jurisprudencial Albuquerque (2022, anotação n.º 3 do artigo 77.º), refere: “Em regra, a ponderação da imagem global dos crimes imputados e da personalidade é feita nos seguintes termos: tratando-se de uma personalidade mais gravemente desconforme com o Direito, o Tribunal determina a pena única somando à pena concreta mais grave metade (ou, em casos excepcionais, dois terços) de cada uma das penas concretas aplicadas aos outros crimes em concurso, tratando-se de uma personalidade menos gravemente desconforme ao Direito, o Tribunal determina a pena única somando à pena concreta mais grave um terço (ou, em casos excepcionais, um quarto) de cada uma das penas concretas aplicadas aos outros crimes em concurso.”. Mas não se trata, de forma alguma, de uma imposição do Direito.

O objeto (seja o *quid* factual, seja a pessoa do agente) não é indiferente ao sujeito cognoscente e decisor, muito pelo contrário.

Temos, ademais, intramuros remissões da Justiça para outros vetores como brandura, suavidade, afabilidade, caridade, misericórdia e até amor. Todos eles se encontram, por exemplo, no século XVI, em Amador Arrais (1944, cap. I, p. 137-138). E já em António de Lisboa, e mais perto de nós, v. g., em Sampaio Bruno e Teixeira de Pascoaes. No estrangeiro, entre muitos, em Raissa Maritain e Luigi Lombardi Vallauri¹⁰.

Porém, o caminho que vai dessas altas associações ao Direito concreto e aplicável passa pela mediação da Lei, e da jurisprudência, não sendo legítimo ao julgador, porque não comunga ou contacta diretamente com tais essências (nem possui uma *ciência infusa* medieval), julgar por aplicação direta de qualquer delas, o que seria uma forma de subjetividade, perigosíssima. Por isso, aliás, nem sequer o direito natural é recomendado ao comum dos juristas por um expoente contemporâneo do jusnaturalismo como Michel Villey (1985).

V PROPORCIONALIDADE, *ET ALIA*

V.1 DA PROPORCIONALIDADE E DA PROPORCIONALIDADE PENAL EM GERAL

Atentem-se, antes do mais, nos parâmetros essenciais convocados no Acórdão do STJ, de 19-1-2022, proferido no proc. n.º 327/17.2T9OBR.S1:

Sustenta-se no Acórdão de 30-11-2016, deste Supremo Tribunal, [17 – Proc. 804/08.6PCCSC.L1.S1, www.dgsi.pt/Jstj.] que “a medida da pena unitária a atribuir em sede de cúmulo jurídico reveste-se de uma especificidade própria.

¹⁰ Remetendo, a este propósito, para as respetivas obras, Cunha (1999, *maxime* p. 216 e segs.).

Por um lado, está-se perante uma nova moldura penal, mais ampla, abrangente, com maior latitude da atribuída a cada um dos crimes. Por outro, tem lugar, porque se trata de uma nova pena, final, de síntese [...]”.

A proporcionalidade e a proibição do excesso, que deve presidir à fixação da pena conjunta, deverá obter-se através da ponderação da gravidade dos crimes do concurso (enquanto unidade de sentido jurídico), as características da personalidade do agente neles revelado (no conjunto dos factos ou na atividade delituosa) e a dimensão da medida das penas parcelares e da pena conjunta no ordenamento punitivo.

“A pena conjunta tenderá a ser uma pena voltada para ajustar a sanção – dentro da moldura formada a partir de concretas penas singulares – à unidade relacional de ilícito e de culpa, fundada na conexão *auctoris* causa própria do concurso de crimes”.

Assim, “se a pena parcelar é uma entre muitas outras semelhantes, o peso relativo do crime que traduz é diminuto em relação ao ilícito global, e portanto, só uma fracção menor dessa pena parcelar deverá contar para a pena conjunta”.

“É aqui que deve continuar a aflorar uma abordagem diferente da pequena e média criminalidade, face à grande criminalidade, para efeitos de determinação da pena conjunta, e que se traduzirá, na prática, no acrescentamento à parcelar mais grave de uma fracção menor das outras”.

Se a aplicação de qualquer pena deve ser orientada pelo princípio da proporcionalidade (à gravidade do crime, ao grau e intensidade da culpa e às necessidades de reintegração do agente), essa orientação deve ser especialmente ponderada quando se determina o *quantum* da pena conjunta. Tanto porque a moldura penal resultante da soma das penas aplicadas a cada um dos crimes do concurso pode assumir amplitude enorme e/ou atingir molduras com limiar superior muito elevado, não raro, iguais ao máximo de pena consentida, quanto porque os crimes englobados no concurso podem incluir-se apenas na pequena criminalidade, “uma das manifestações típicas das sociedades modernas”, tratando-se de uma realidade distinta da criminalidade grave, quanto à sua explicação criminológica, ao grau de danosidade social e ao alarme coletivo que provoca. Por isso, não poderá deixar de ser diferente, numa e na outra, não só a espécie como também a medida concreta da reação formal. O legislador deixou claramente expressa a vontade de conferir tratamento distinto àquelas fenomenologias criminais.

Têm estas considerações plena aplicação em tela de fundo. Podendo também convocar-se, no mesmo registo, a explicitação constitucional sobre as várias dimensões ou modalidades de que se reveste a proporcionalidade (designadamente nos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 634/93, 187/2001 e 632/2008).

A lição de síntese do referido Acórdão do STJ de 19-1-2022, proferido no proc. n.º 327/17.2T9OBR.S1, pela sua clareza, merecerá ser recordada, pelo menos no Sumário:

I – No vigente regime penal, a função primordial do direito penal é a de tutelar os bens jurídicos tipificados, de modo a assegurar a paz jurídica dos cidadãos.

II – A culpa na execução do facto estabelece o limiar máximo acima do qual a pena aplicada é excessiva, subalternizando à “paz” comunitária a dignidade humana do agente.

III – Entre aquele limiar mínimo e este limiar máximo, o modelo de individualização da pena judicial completa-se com a finalidade de prevenção especial de socialização¹¹ (nota nossa).

IV – O abuso sexual de crianças e de menores dependentes, violando a autodeterminação sexual e o harmonioso desenvolvimento da personalidade global das crianças na esfera sexual, demandam assertiva reafirmação da validade do bem jurídico e da vigência da proteção penal.

V – O concurso de crimes, por opção de política criminal, é punido com uma pena única, obtida através da ponderação dos factos cometidos e da personalidade do agente.

Convoque-se ainda nesta sede geral, *brevitatis causa*¹², Jürgen Schwabe:

A aplicação do critério da proporcionalidade como limite dos limites não se confunde com uma ponderação de bens, interesses ou valores jurídicos, mas representa a busca ‘do’ meio necessário de intervenção,

¹¹ Cf. com a teorização de Carvalho (2016, p. 79 e segs., 104 e segs.). Carvalho, ao contrário de Figueiredo Dias, entende que a prevenção geral já está espelhada na moldura legal. Cf. ainda Cunha (2022, p. 146 e segs.).

¹² Para maiores desenvolvimentos, Cunha (2021, p. 95-120).

assim entendido (como) o meio adequado de intervenção (adequado ao propósito da intervenção) que seja, em face da liberdade atingida, o menos gravoso. Aplicar o critério da proporcionalidade significa, portanto, interpretar e analisar o propósito perseguido pelo Estado e o meio de intervenção em si, no que tange às suas admissibilidades e à relação entre os dois. Esta deve poder ser caracterizada como uma relação de adequação e necessidade, nos seus sentidos técnico-jurídicos (SCHWABE, 2005, p. 89).

É, pois, num sentido técnico-jurídico rigoroso, já seguido pela jurisprudência e acolhido pela doutrina, que se encara a proporcionalidade, e jamais como uma vaga imagem da régua de Lesbos (não a original, referida por Aristóteles nas *Éticas a Nicómaco*), quiçá entre a equidade e alguma modalidade de pensamento tópico-problemático, em que, no limite, podem entrar considerações de pura subjetividade.

V.2 ELEMENTOS PONDERADORES EM CONCRETO

A lei, ao mandar atentar nos factos e na personalidade do agente, remete para uma consideração global, em que uns e outros dialogam no seu diferente sentido e peso relativo.

Jorge de Figueiredo Dias (e vária jurisprudência que com ele é concorde) aponta também para um critério holístico na escolha da medida da pena única. Assim,

[...] como se o conjunto dos factos fornecesse a gravidade do ilícito global perpetrado, sendo decisiva para a sua avaliação a conexão e o tipo de conexão que entre os factos concorrentes se verifique. [...]. De grande relevo será também a análise do efeito previsível da pena sobre o comportamento futuro do agente (exigências de prevenção especial de socialização) (DIAS, 1993, p. 291).

Ainda na perspetiva holística, note-se o Acórdão do STJ, de 6-2-2019, proferido no proc. n.º 71/15.5JDLSB.S1:

[...] impõe-se uma apreciação global dos factos, tomados como conjunto, e não enquanto mero somatório de factos desligados, na sua relação com a personalidade do agente. Essa apreciação deverá indagar se a pluralidade de factos delituosos corresponde a uma tendência da personalidade do agente, ou antes a uma mera pluriocasionalidade, de carácter fortuito ou acidental, não imputável a essa personalidade, para tanto devendo considerar múltiplos factores, entre os quais a amplitude temporal da actividade criminosa, a diversidade dos tipos legais praticados, a gravidade dos ilícitos cometidos, a intensidade da actuação criminosa, o número de vítimas, o grau de adesão ao crime como modo de vida, as motivações do agente, as expectativas quanto ao futuro comportamento do mesmo.

A questão de saber se se trata da expressão de uma tendência criminosa (uma parafilia) ou uma simples pluriocorrência (ou pluriocasionalidade) de factos criminosos é deveras relevante. Deve ponderar-se que o número elevadíssimo de crimes e o largo tempo em que foram praticados não pode deixar de ser fator a considerar, de um lado, ou, de banda contrária, a situação de crimes escassos e ocasionalmente praticados apenas.

Parece útil e relevante que o Acórdão recorrido tenha uma argumentação consistente, com dados e referências significativas. Nomeadamente invocando pertinentes referências doutrinárias e jurisprudenciais (não meramente adjacentes ou eruditas, mas com interesse prático e objetivo para a decisão da causa), explicitando convincentemente as razões da pena atribuída, com clareza, e evidenciando equilíbrio e prudência. A Sentença proferida deve ser justa, adequada, proporcional e necessária.

Importa analisar o “facto global” a partir muitas vezes de factos singulares plúrimos, vendo-se o tipo de ilicitude e de culpa.

Por exemplo, na reiteração criminosa não se encontrará sistematicamente uma espécie de “meia desculpa” – mas, pelo contrário, existem casos em que ocorreram muitas ocasiões de refletir e de perseverar (*perseverare diabolicum*, como diria a formulação

de Bernardo de Claraval) na grave atitude criminosa.

Um dos casos relativamente frequentes é a invocação da existência de crime continuado, procurando-se essa requalificação.

Por vezes, não há sequer ensejo a apreciar essa questão. Mas, quando haja de fazer-se, importa antes do mais ler bem a lei, porque são requisitos do crime (cf. n.ºs 2 e 3 do art. 30.º do Código Penal):

- a) a realização plúrima de violações típicas do mesmo bem jurídico, *desde que este não proteja bens eminentemente pessoais* (itálico nosso);
- b) estando em causa uma execução essencialmente homogênea das referidas violações;
- c) no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que lhe diminua consideravelmente a culpa.

Parece poder considerar-se ainda, para além do simples texto da lei, na sua literalidade, um elemento subjetivo que se há de estender a toda a relação de continuação, abrangendo as hipóteses de um dolo conjunto (planeamento prévio pelo agente das diversas resoluções típicas), ou de um dolo continuado (o plano do agente de que repetiria a realização típica sempre que a ocasião se proporcionasse). Porém, não é uma questão pacífica.

O caráter eminentemente pessoal dos bens desde logo afasta a hipótese de crime continuado.

De entre vasta jurisprudência do STJ, cf., desde logo, este trecho do sumário do Acórdão de 13-5-2020, proferido no proc. n.º 396/18.8PBLRS.L1.S1:

II. O crime continuado reconduz-se à punição como um só, de vários crimes que preenchem o mesmo ou idêntico tipo de ilícito, cometidos pelo agente em circunstâncias tais que diminuem de forma acentuada a culpa – art. 30.º, n.º 2, do Cód. Penal.

III. A Lei n.º 40/2010, de 2-9, suprimiu o trecho final do até aí vigente n.º 3 do artigo 30.º citado, pelo que, a repetida ofensa de bens eminentemente pessoais criminalmente protegidos, ainda que a vítima seja a mesma, independentemente das circunstâncias, consubstancia concurso efetivo de crimes.

IV. Nos crimes sexuais, em cada um dos repetidos e temporalmente separados atos sexuais de relevo praticados pelo agente na mesma vítima, consoma-se uma decisão, uma opção de vontade, perfeitamente delimitada na sua autonomia em relação a todas as outras, a sustentar uma renovação da formulação de igual juízo de culpa.

V. Consequentemente, nos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de crianças e adolescentes não tem cabimento legal unificar através da categoria normativa do crime continuado as várias condutas que, cada uma, em si mesma, isoladamente preenche todos os elementos constitutivos do tipo de ilícito.

Há vários recorrentes, em diversos processos, que partilham um conjunto de traços. Sem entrar numa indagação psicossociológica profunda, apenas empiricamente se podem traçar alguns elementos várias vezes comuns, como uma infância difícil, com famílias desestruturadas e violência doméstica, escolaridade que não deixou marcas de normatividade, pautada por retenções, abandonos e desinteresse, entrada precoce no mercado de trabalho, em atividades pouco remuneradas e com mudança de empregos, consumo de álcool e droga, relacionamentos afetivos conflituosos e sucessivas ruturas, etc.

Ressaltam casos de não arrependimento, de personalidade transtornada num sentido parafilico, egoísta e insensível, culpabilizando os outros, até, ou então de mera verbalização formal de arrependimento.

Não é infrequente que a gravidade dos factos (agora tratados em cúmulo, considerando o “facto global” e a respetiva “culpa global”) e a personalidade do

arguido necessitem, em prevenção especial, de uma censura não laxista, que o desmotive de voltar a delinquir no futuro, e de molde ainda a que a comunidade se não sinta ameaçada e descrente nas capacidades reconstitutivas da paz social do sistema jurídico (agora em prevenção geral).

Evidentemente que se entrelaçam as duas prevenções e apontam ambas para uma punição que não contribua para a trivialização destas condutas. Crimes de abuso sexual e de violação de crianças, *por exemplo*, não só causam repulsa e alarme sociais profundos na comunidade circundante, como, sendo midiaticamente noticiados, criam no conjunto da sociedade (que é também o destinatário se não mesmo partícipe da ordem jurídica) sentimentos de anomia.

Além disso, não se trata apenas de um sentimento subjetivo ou de comoção de massas de algum modo superficial, mas, pelo contrário, estão em causa bens jurídicos valiosos, que constituem insofismavelmente pilares da ordem social e da consciência jurídica geral, tendo, assim, uma componente ético-social. São alguns dos mínimos do ordenamento jurídico de que fala Jorge de Figueiredo Dias (que também nos recorda a importância da culpa, outro relevante elemento ético-penal), neste passo, aliás, sempre habitualmente citado, mas que de novo se deve recordar:

(2) a pena concreta é limitada, no seu máximo inultrapassável, pela medida da culpa; (3) Dentro deste limite máximo ela é determinada no interior de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto ótimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico (DIAS, 2019a, p. 84; DIAS, 2019b, p. 227-228).

Mas importa matizar as questões. Como tem assinalado Claus Roxin, entre outros, o que não deixa de ser recordado, entre

nós, por Figueiredo Dias, há também uma compreensão social de situações de diminuição da culpa, e a aceitabilidade comunitária de que possa existir uma menor exigibilidade, em certos casos, da tutela de bens jurídicos (DIAS, 2019a, p. 83; DIAS, 2019b, p. 230; SANTOS; LEAL-HENRIQUES, 2020, p. 188). Mas nunca poderá estar em causa (em nenhum crime grave, ou, pelo menos de uma certa gravidade, a ponderar com bem calibrada balança) cogitar-se a aplicação de uma pena única que pudesse vir a ser tão baixa que colocasse em risco os limites mínimos de prevenção. Como seria o caso de uma pena que consentisse a suspensão da sua execução, como tantas vezes pretendido pelos recorrentes.

VI VETORES DE APRECIÇÃO FACTUAL

Mandando a lei atender aos factos e à personalidade do agente, há que ter em conta, na consideração dos factos, várias vertentes ou vetores, avultando a *condição pessoal e económica do arguido*.

O arguido pode ter ou não antecedentes criminais.

Cedendo a alguma sociologia empírica (se tal se pode consentir), fica-se com a sensação, pela repetição das circunstâncias pessoais, que os arguidos não poucas vezes provêm de agregado familiar não infrequentemente numeroso, mas sobretudo de humilde condição socioeconómica, com uma dinâmica familiar disfuncional, com ocorrência de maus-tratos físicos e psicológicos infligidos à mãe e aos irmãos pelo pai. Muitas vezes se tratando, nos crescentes crimes de violência doméstica e até de abusos sexuais a menores, de reprodução de um padrão de origem familiar: o agressor que fora já agredido...

No mesmo contexto, em geral, a escolaridade dos recorrentes costuma ser escassa e eventualmente com retenções. No plano profissional, em geral também, uma atividade que muitas vezes é irregular. Assinala-se ainda a recorrência de casos de consumo de bebidas alcoólicas em excesso, eventualmente também de drogas, e conflitos e violência contra a esposa ou companheira.

VII FINAL

Em alguns casos, no que toca às exigências de prevenção especial, se é certo que os elementos positivos, favoráveis ao arguido (conquanto por vezes matizados – e alguns ambivalentes, em certas situações), algo atenuariam o alarme perante a possibilidade de reincidência, a verdade é que os hábitos, por vezes já antigos, de adição às drogas e/ou de alcoolismo, entre outros, poderão ser um fator potenciador de novos ilícitos. Por outro lado, avulta a própria personalidade do arguido, que, em geral, como que “exala” dos próprios factos criminosos cometidos, em apreciação nos autos. Por exemplo, circunstâncias, *modus operandi*, serão elementos que parecem modular um vulto da personagem que se vai tornando mais clara, mais nítida, com a junção de elementos que se vão conhecendo com a familiaridade do julgador com o processo em mãos.

Há evidentemente situações em que pode ter havido mão mais pesada das Instâncias, e não tenha sido suficientemente ponderada a dinâmica “factos e personalidade do arguido”. É, aliás, pensando nessa possibilidade que se instituíram os recursos. Mas o mais frequente (em casos de condenações mais severas que sobem em recurso ao Supremo Tribunal de Justiça) é que a culpa do arguido seja muito elevada, pelo desvalor das ações que quis empreender e concretizou e do desvalor dos resultados que procurou e conseguiu efetivar. A personalidade dos arguidos (pesem todas as invocações e alguns elementos que podem algo atenuar a culpa) não é, muitas vezes, de molde a tranquilizar a comunidade quanto ao seu comportamento futuro (que, obviamente, se deseja venha a ser normativo, aproveitando da possibilidade de “repensar a sua vida”, em reclusão, normalmente), reclamando-se quer em prevenção especial quer em prevenção geral, e não ultrapassando a sua culpa, uma pena não abaixo do razoável para manter as expectativas sociais de defesa da legalidade.

É um ponto de ponderação relativamente frequente. Em que se acredita nas virtualidades do sistema, nomeadamente prisional.

Pelo menos, no esforço social para a regeneração e ressocialização, que, porém, pode ser aproveitado ou não.

Enfim, tendo em atenção a moldura penal em concreto, a pena aplicada não se deve revelar desproporcional nem contrária às regras da experiência, nem às exigências de prevenção e não pode exceder a culpa do arguido.

Assim, não podendo afirmar-se existir desproporcionalidade no *quantum* da pena do cúmulo jurídico operado, será a mesma de manter, confirmando-se o Acórdão recorrido. Caso contrário, o Supremo Tribunal de Justiça pode baixar a pena, e tem-no feito, nos casos em que tal se tem mostrado legal e justificável, para que Justiça seja feita.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do código penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 5. ed. Lisboa: Ed. Universidade Católica Portuguesa, 2022.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicómaco**. Livro V. 131 a); 14. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Ed. Universitária de Brasília, 1985.

ARRAIS, Frei Amador. **Diálogo V**: das condições e partes do bom príncipe. Lisboa: Sá da Costa, 1944.

CARVALHO, Américo Taipa de. **Direito penal**: parte geral. Porto: Ed. Universidade Católica, 2016.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **As reações criminais no direito português**. Porto: Ed. Universidade Católica, 2022.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Em torno do princípio da proporcionalidade. In: **Revista do Ministério Público**, Lisboa, Ed. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, v. 168, outubro-dezembro de 2021.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Mysteria ivris**. Porto: Legis, 1999.

CUNHA, Paulo Ferreira da; FERRA, Andreia Valadares. Em torno do princípio da proibição da *reformatio in pejus*: entre justiça e segurança. In: **Revista do Ministério Público**, Lisboa, Ed. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, v. 169, p. 203-219, janeiro-março de 2022.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: as consequências jurídicas do crime. v. II. 3. ed. Lisboa: Gestlegal, 2019b.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. v. I. 3. ed. Lisboa: Gestlegal, 2019a.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português**: parte geral: as consequências jurídicas do crime. v. II. Lisboa: Aequitas, 1993.

HESPANHA, António M. De la “iustitia” a la “disciplina”. In: TOMÁS Y VALIENTE, Francisco et al. **Sexo barroco y otras transgresiones premodernas**. Madrid: Alianza, 1990.

HIGA, Flávio da Costa. A equidade como ferramenta hermenêutica: distinções epistemológicas entre as acepções do CPC e da CLT. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, Ed. Tribunal Superior do Trabalho, v. 80, n.º 2, abril-junho 2014.

MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1985. Reimp.

MONTESQUIEU. **De l'esprit des lois**. I, VI, 16. vol. I. Paris: Garnier-Flammarion, 1979.

QUEIROZ, Ana Elisa Spaolonzi et al. **Noções gerais de direito e formação humanística**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel. **Noções de direito penal**. 7. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2020.

SCHWABE, Jürgen (coletânea original). In: MARTINS, Leonardo (organização e introdução da edição em português). **50 anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

VILLEY, Michel. **Réflexions sur la philosophie et le droit**. Paris: PUF, 1985 (póstumo).

Recebido em: 19-3-2024

Aprovado em: 27-4-2024

FENOMENOLOGIA DELLA VIOLENZA PSICOLOGICA: INTERVENTI LEGISLATIVI E AUSPICABILE TIPIZZAZIONE¹

Rachele Scandura²

RIEPILOGO. 1. Risvolti penali di un'analisi socio-criminologica e possibili forme di prevenzione. 2. I dati degli ultimi anni. 3. La normativa: la legislazione nazionale in materia, il Codice Penale, il diritto europeo e internazionale. 4. Abuso psicologico e manipolazione. 5. La giurisprudenza sul tema della violenza psicologica. 6. Manipolazione E Plagio. l'auspicabile tipizzazione della condotta per una puntuale repressione del fenomeno. 7. Strumenti di prevenzione alla luce delle attuali innovazioni tecnologiche. 8. Conclusioni.

1 RISVOLTI PENALI DI UN'ANALISI SOCIO-CRIMINOLOGICA E POSSIBILI FORME DI PREVENZIONE

Nella poliedrica fenomenologia della violenza può scorgersi una netta cesura: da una parte, la si può carpire come modello comportamentale interpersonale “innocuo”; dall'altra quale elemento che connota un facere penalmente rilevante.

¹ **Como citar este artigo científico.** SCANDURA, Rachele. Fenomenologia della violenza psicologica: interventi legislativi e auspicabile tipizzazione. In: **Revista Amagis Jurídica**, Belo Horizonte, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, v. 16, n. 1, p. 349-359, jan.-abr. 2024.

² Avvocato Cassazionista. Penalista Cultrice Universitaria in Criminologia. Curatore Speciale di Minori. manager e mediatore dei conflitti familiari. *E-mail:* avv.rachelescandura.convenzioni@gmail.com

Nel corso dei decenni ci si è mossi verso una progressiva delineatura e schematizzazione delle varie forme di violenza, promuovendone un distinguo sempre più analitico. Tra queste possono menzionarsi quelle ai più note come la violenza fisica, psicologica, economica, domestica, di genere e sessuale finchè alle nuove forme, progenie del progresso tecnologico, tra cui il cyberbullismo ed il revenge porn.

Nella diversità empirica con cui il fenomeno si palesa, possono scorgersi tratti convergenti. Primariamente si assiste sempre ad uno squilibrio tra le parti che ha quale vettore la forza (sia essa fisica, numerica, gerarchica, psicologica, ecc.). In secondo luogo, questa forza è statisticamente diretta verso vittime qualificabili come soggetti vulnerabili. Si significhi prodromicamente un elemento di rilievo: quando si menzionano “soggetti vulnerabili”, l’immaginario collettivo cade erroneamente nella convinzione che trattasi necessariamente di donne e minori; esiste, invero, un numero “oscuro” nettamente superiore ai dati riportati in cui è l’uomo il soggetto vulnerabile, vittima delle più efferate forme di violenza di genere. La violenza non ha sesso, non ha genere. Si manifesta nello stesso modo creando situazioni di coercizione psicologica come gli stessi “indici oscuri” dimostrano.

2 I DATI DEGLI ULTIMI ANNI

Nel primo quadrimestre del 2024 i casi di femminicidio, in Italia, hanno superato la dozzina. Un dato, seppur tra i più bassi a livello europeo, sicuramente drammatico ed esemplificativo della costante attualità del tema della violenza di genere. Ancora, recenti indagini condotte dal Servizio Analisi Criminale, in collaborazione con *Save The Children*, evidenziano come sono più di cinquemila i minori che, nel 2023, sono stati coinvolti, direttamente o indirettamente, in episodi di violenza domestica. Unitamente a ciò, secondo un report di PermessoNegato APS, sarebbero oltre due milioni le vittime di *revenge porn* in Italia. Più di quattordici milioni gli account italiani

che avrebbero visualizzato immagini online carpite o diffuse senza consenso.

3 LA NORMATIVA: LA LEGISLAZIONE NAZIONALE IN MATERIA, IL CODICE PENALE, IL DIRITTO EUROPEO E INTERNAZIONALE

A partire dai primi del duemila, si è assistito, sul piano nazionale, sovranazionale ed internazionale, ad un proliferare normativo volto a prevenire nonché contrastare il fenomeno della violenza di genere. Con la Legge n. 38/2009 è stato introdotto Codice Penale l'art. 612-bis, rubricato "Atti persecutori" (c.d. *stalking*) diretto a contrastare condotte idoneamente e dirette a provocare alla vittima un perdurante stato di ansia, paura e timore per l'incolumità propria e altrui.

La **Legge n. 119/2013**, rubricata "*Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere*", ha istituito il reato di omicidio volontario aggravato dal rapporto di parentela o convivenza con la vittima di sesso femminile. Ha altresì inasprito le pene in materia di maltrattamenti familiari e violenza sessuale.

Si segnala poi la **Legge n. 4 del 2018** (*Disposizioni a favore degli orfani di crimini domestici*) che da un lato mira a dare pari dignità alle unioni civili e alle convivenze *more uxorio* con modifiche al su menzionato art. 577 Cod. Pen., e dall'altro facilita per gli orfani di crimini domestici tutte quelle attività processuali conseguenti al reato, agevolando per esempio l'accesso al gratuito patrocinio. Si permetta di menzionare parimenti il provvedimento "pietra miliare" noto ai consociati come "Codice Rosso", emanato con la **Legge n. 69/2019**; essa fu promossa con l'obiettivo di istituire un canale preferenziale di accesso alla giustizia per prevenire il fenomeno della vittimizzazione secondaria nei casi di violenza attraverso un intervento celere e coordinato degli organi dell'Autorità Giudiziaria,

potendosi così disporre misure urgenti atte a inibire le condotte violente attraverso misure pre-cauterale e cautelari.

Ha, altresì, introdotto l'art. 612-ter C.P.V. il reato di "Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti" (*Revenge Porn*). Seguì, in anni più recenti, la **Legge n. 53/2022**, in materia di "*statistiche in tema di violenza di genere*", all'art.1, rubricato "Finalità", dispone come la stessa sia "*volta a garantire un flusso informativo adeguato [...] al fine di progettare adeguate politiche di prevenzione e contrasto e di assicurare un effettivo monitoraggio del fenomeno*".

Infine, quale rafforzamento a livello nazionale, si evidenzi, da ultimo, la **Legge 168/2023** recante "*Disposizioni per il contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica*", figlia dei deprecabili fatti di cronaca che hanno scosso l'opinione pubblica a seguito dell'omicidio di Giulia Cecchettin. Tra le novazioni di rilievo si ravvisi l'arresto in flagranza differita fino a 48 ore nonché la prelazione processuale attribuita ai procedimenti per maltrattamenti, stalking, revenge porn e violenza sessuale.

A livello sovranazionale, si segnali la **Direttiva 2011/99 attraverso** la quale si riconosce una tutela comunitaria alle vittime di violenza, potendo sì queste godere dello stesso grado di protezione in ogni altro Stato UE nonché la legittimazione in capo agli Organi Giudicanti di emettere un ordine di protezione europeo. In ultimo, a livello internazionale trova corpo la Convenzione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, meglio nota come **Convenzione di Istanbul**, sottoscritta nel 2011 ed entrata in vigore nel 2014.

La Convenzione si presenta quale primo strumento internazionale diretto a predisporre un quadro normativo organico a tutela delle vittime di violenza. Essa impone agli Stati standards minimi di prevenzione e tutela nonché l'adozione di ogni strumento in tal senso necessario qual anche la presenza di un adeguato numero di centri antiviolenza, rifugi, centri di consulenza psicologica e linee telefoniche gratuite h24.

4 ABUSO PSICOLOGICO E MANIPOLAZIONE

Affrontando *hic et nunc* la *species* della “violenza psicologica”, vari ed eterogenei sono i comportamenti che, con gradazioni, concretizzano un abuso psicologico sulla vittima.

Anche la violenza psicologica configura violenza di genere qualora si traduca in condotte dirette a produrre uno stato di soggezione nei confronti dell’altro sesso. Tipicamente essa si manifesta in ammonimenti verbali che sostanziano offese, denigrazioni e vessazioni attraverso le quali si svilisce la vittima, annullandone la psiche. Talora gelosia, ossessività e controllo diventano un corollario imprescindibile nella quotidiana violenza. Può altresì tradursi in minacce, effettive o potenziali, con chiaro intento ricattatorio. Effetto naturale delle summenzionate condotte è la privazione della libertà in capo alla vittima, di un costante stato di ansia e di inazione ingenerato dal timore delle ripercussioni e dalla completa abnegazione di sé conseguente alla manipolazione del carnefice.

La vittima, ne consegue, entrerà un vizioso circolo di auto-colpevolizzazione.

Statisticamente gli abusi psicologici vengono tollerati per lungo tempo, fin quando la vittima, divenuta completamente inerme a causa del malessere psichico ed emotivo, trova la forza interiore per chiedere assistenza uscendo dalla dinamica relazionale, familiare, sociale o lavorativa alcova dell’abuso psicologico.

È chiaro che questa, tuttavia, non è sempre la strada intrapresa dalle vittime; talora si assiste ad esiti ben più nefasti. Alcuni esempi odierni di violenza psicologica possono riguardare il cd. *Gaslighting*, una forma di manipolazione che induce la vittima a mutare la percezione della realtà e minandone la capacità decisionale attraverso l’arte del convincimento del carnefice. Altri comportamenti che denotano nuovi fenomeni relazionali disfunzionali sono poi l’*orbiting* e il *breadcrumbing*.

In una società ove i rapporti interpersonali sono sempre più intessuti nella matassa dei Social Media, l'*orbiting* consiste nel manipolare, via Social, la vittima, mostrando un apparente interesse veicolato dalle interazioni on line ed intermittente, lasciando la vittima in una posizione volutamente precaria e che, nei casi, di soggetti particolarmente vulnerabili, potrebbe ingenerare una qual forma di violenza.

Con *breadcrumbing* si intende, invece, la condotta di coloro i quali intraprendono una relazione interpersonale al sol fine di trarre vantaggio dal coinvolgimento e dall'affezione della vittima per tornaconto personale, imponendo sì le proprie "regole di condotta" certi della posizione di "superiorità" nel rapporto. Questo può portare la vittima, sentimentalmente o socialmente soggiogata, a manifestare stati di ansia, stress e malessere emotivo.

5 LA GIURISPRUDENZA SUL TEMA DELLA VIOLENZA PSICOLOGICA

Alla luce di quanto evidenziato, sorgerebbe spontaneo un quesito: in presenza di uno scenario così diversificato ove non è sempre ed immediatamente possibile "intercettare" una condotta psicologicamente abusante, come dovrebbe intervenire e quali strumenti sarebbero atti a reprimere simili condotte?

Orbene, la violenza psicologica è astrattamente configurabile quale ipotesi di reato solo laddove sia possibile ricondurla, non essendo tipicizzata, nell'alveo di condotte già penalmente rilevanti per il Legislatore. È, pertanto, possibile reprimere atti vessatori, offensivi e denigratori nell'ambito dei reati *ex art. 572 C.P.V.*, purché questi abbiano carattere di abitudine e reiterazione ed avvengano in un contesto di stabile convivenza della vittima con il reo.

Secondo costante Giurisprudenza, difatti, nella *species facti* rientrano non solamente le percosse e le lesioni bensì parimenti tutte quelle condotte dirette a procurare sofferenza morale e psicologica essendo

inammissibile l'interpretazione limitativa e ridimensionante, di confinare il reato di cui all'art. 572 cod.pen. ai soli casi in cui vi siano continuative forme di violenza fisica, omettendo del tutto la valutazione di forme ancora più pregnanti, ma meno visibili, come la violenza psicologica o economica (*ex plurimis* Cass. Pen. n.19847/2022).

Ancora, la Corte EDU si è espressa in materia argomentando come

un maltrattamento deve raggiungere un livello minimo di gravità [...]. Un maltrattamento che raggiunge tale soglia minima di gravità implica, in generale, lesioni al corpo o forti sofferenze fisiche o psicologiche. Tuttavia, anche in assenza di sevizie di questo tipo, nel momento in cui il trattamento umilia o svilisce un individuo, dando prova di mancanza di rispetto per la sua dignità umana o sminuendola, o suscita nell'interessato sentimenti di paura, angoscia o inferiorità tali da annientare la sua resistenza morale e fisica, questo trattamento può essere qualificato degradante e rientrare così nel divieto di cui all'articolo 3 (Bouyid c. Belgio [GC], n. 23380/09, §§ 86-87, CEDU 2015).

Bisogna, purtuttavia, non omettere *il* principio di tipicità che permea il Diritto Penale ed in tal senso la Corte di Cassazione ha chiarificato come

Il fatto che la persona offesa sia totalmente succube del soggetto maltrattante può rilevare, ma solo in senso dimostrativo dell'intensità e dell'effetto conseguente al reato, ma non può attribuirsi a tale condizione soggettiva il ruolo di elemento costitutivo del reato [...] ove si ritenesse che i maltrattamenti integrino il reato di cui all'art. 572 cod. pen. solo in presenza della soggettiva percezione della loro offensività, [...], si farebbe dipendere la configurabilità del reato da un elemento estraneo alla condotta dell'agente e ricollegato alla maggiore o minore sensibilità e capacità di resistenza della persona offesa.

Alla luce di quanto pronunciato, ciò che rileva è una persistente azione vessatoria idonea a ledere la personalità della vittima e la consapevolezza dell'agente di persistere in una tale condotta idonea a ledere la personalità della vittima e la sua dignità.

6 MANIPOLAZIONE E PLAGIO. L'AUSPICABILE TIPIZZAZIONE DELLA CONDOTTA PER UNA PUNTUALE REPRESSIONE DEL FENOMENO

Giova quivi evidenziare, *ius vigens*, la difficoltà di assicurare una puntuale tutela alla vittima di violenza psicologica laddove le condotte poste in essere esulino dallo schema normato della relazione stabile. Altrettanto ostica è la possibilità di avvalersi, ai fini della repressione delle summenzionate condotte della fattispecie degli atti persecutori poiché, si permetta di reputarla, come eccessivamente incasellata nei suoi parametri tipicizzati, seppur a tutela del principio di legalità e del “*favor rei*”.

Per tali ragioni, si è tornati a parlare dell'abrogato ed incostituzionale reato di plagio. La Corte Costituzionale aveva in tal senso evidenziato come sia

estremamente difficile se non impossibile individuare sul piano pratico e distinguere a fini di conseguenze giuridiche [...] l'attività psichica di persuasione da quella anche essa psichica di suggestione;

L'accertamento se l'attività psichica possa essere qualificata come persuasione o suggestione con gli eventuali effetti giuridici a questa connessi, nel caso del plagio non potrà che essere del tutto incerto e affidato all'arbitrio del giudice. Infatti in applicazione dell'art. 603 qualunque normale rapporto sia amoroso, sia di professione religiosa, sia di partecipazione a movimenti ideologici, sia di altra natura, se sorretto da un'aderenza “cieca e totale” di un soggetto ad un altro soggetto e sia considerato socialmente deviante, potrebbe essere perseguito penalmente come plagio.

Le considerazioni della Corte Costituzionale in tema di plagio mettono ben in evidenza, orbene, come le reazioni e le percezioni

siano necessariamente personali e, pertanto, insuscettibili di una oggettiva valutazione idonea a configurare la perseguibilità del reato. Si argomenta, de facto, come la configurabilità del plagio richieda una pressione mentale ed il convincimento altrui, pilastri dai confini definitivi incerti; differentemente, invero, la violenza psicologica si riconduce ad un novero eterogeneo di criteri, da poter afferire ad una “sintomatologia” dai contorni inquadriati.

Condizioni di stress, ansia, svilimento, mancanza di autostima, finanche ad episodi depressivi vengono identificati dagli esperti in psicologia e psichiatria quali elementi ridondanti nello studio di pazienti vittime di violenza psicologica. Il *facere* manipolatorio in seno ad un individuo sottintende la volontà, con intento tipicamente egoistico, di raggiungere i propri scopi ed interessi ed assecondare le proprie necessità esercitando la propria influenza dominante sull’altro in maniera ingannevole, condizionandone credenze e percezioni.

Un atteggiamento che spesso trova riscontro nelle personalità di tipo narcisistico, istrionico o antisociale. Manipolazione psicologica ad oggi certamente di rilievo, non solo nei rapporti sentimentali-affettivi, ma parimenti quando si analizzino realtà settarie, gruppi che manipolano gli adepti, i quali solo con sforzi significativi riescono ad uscirne e, talora a distanza di anni, parlarne ingenera in loro un forte senso di vergogna nonché la paura di possibili ritorsioni.

Raccontano di come la loro vita e la loro mente sia stata totalmente soggiogata giorno dopo giorno, dell’impossibilità a sganciarsi anche a causa delle minacce che spesse volte si accompagnano a richieste di sudditanza totale, dovendo persino interrompere i rapporti con familiari e amici.

7 STRUMENTI DI PREVENZIONE ALLA LUCE DELLE ATTUALI INNOVAZIONI TECNOLOGICHE

Evidenziate le difficoltà di un inquadramento normativo delle condotte di cui sopra, parrebbe opportuno indi riportare casi

pratici di iniziative volte ad aiutare le vittime di violenza psicologica avvalendosi di mezzi concreti e di pronta operatività che denotano l'importanza che la tutela legislativa vi attribuisce oggigiorno, ancorché non organica ed esaustiva.

Innanzitutto, merita menzione l'introduzione, a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le Pari Opportunità, del numero telefonico, gratuito ed attivo h24, “*antiviolenza ed antistalking 1522*”, ove operatrici specializzate curano le richieste di aiuto e sostegno delle vittime di siffatti delitti.

Altresì, di recente sono state sviluppati applicativi di pronto intervento per chi si trova in situazioni di imminente pericolo, permettendo di mandare un allarme in tempo reale. “*Safee*”, ad esempio, è una custodia per cellulare che nasconde un dispositivo antiaggressione attivabile in meno di 3 secondi e che offre fino a cinque funzioni di autodifesa.

Save the woman, associazione di promozione sociale nata nel 2020, ha sviluppato un applicativo per individuare un profilo di rischio violenza sulle donne attraverso le risposte ad un questionario sviluppato da un team di esperti. Due sono i progetti in corso curati dall'associazione e basati sulle *innovation technologies*: il test *save the woman (ut supra)* e il *chat-bot nonpossoparlare*.

Donne x strada, associazione no-profit per la sicurezza in strada e contro la violenza di genere, fra i vari progetti che cura ha ideato “*Safe Taxi*”, un taxi di riferimento nel territorio, che ha la sensibilità e gli strumenti per accogliere la persona nelle diverse situazioni di difficoltà. L'associazione sostiene inoltre il servizio di video-accompagnamento internazionale @*violawalkhome* offerto da V. Srl, *start-up* a vocazione sociale presieduta dalla creatrice dell'associazione Laura De Dilectis, che si propone di utilizzare sempre più la tecnologia al servizio della sicurezza delle persone.

E ancora l'applicativo “*Wher*” che permette alle donne di sentirsi più sicure mappando le principali città italiane. Basata su

una community femminile che condivide recensioni sulle strade cittadine nonché segnala i servizi a misura di donna. Ivi sono le stesse cittadine a recensire le piazze e le strade che frequentano in base al grado di sicurezza percepito, la presenza od assenza di illuminazione, affollamento della via, ecc.

Infine, si menzioni @*scriviquandoseiacasa*, progetto che consente alle donne di entrare nel gruppo WhatsApp così chiamato e di poter comunicare eventuali situazioni di pericolo quando si è per strada.

8 CONCLUSIONI

Le considerazioni finali, alla luce di quanto ivi riportato, accompagnano la non univoca convinzione che numerosi interventi legislativi ed extra-giuridici sono stati promossi dall'ordinamento italiano al fine di tutelare le vittime di violenza di genere e psicologica; dalla normazione in materia alle forme di ausilio e supporto offerti dal progresso tecnologico, dall'attenzione, dal coinvolgimento alla partecipazione oggigiorno quanto mai vivi nel cuore della collettività ed altresì confermati dal susseguirsi di eventi finalizzati alla sensibilizzazione ed informazione propriamente sul tema della manipolazione e della violenza psicologica, tanto silenziosa quanto lesiva.

Si permetta, in ultima battuta, di rimarcare un punto di rilievo: ciò che, auspicabilmente, potrebbe fare la differenza nel futuro prossimo è l'educazione delle nuove generazioni. Educare all'ascolto, di sé stessi e degli altri. Sensibilizzare gli adulti ed educare gli adulti del domani.

Recebido em: 2-4-2024

Aprovado em: 28-4-2024

**OS JUÍZES DISCUTEM *FREE FIRE*?
(A BOA-FÉ OBJETIVA COMO CAMINHO
INTERPRETATIVO PARA OS CONTRATOS
ELETRÔNICOS. A ETICIDADE COMO
FUNDAMENTO DO CÓDIGO CIVIL)¹**

**DO THE JUDGES DISCUSS FREE FIRE?
(OBJECTIVE GOOD FAITH AS AN
INTERPRETATIVE PATH FOR ELECTRONIC
CONTRACTS. ETHICALITY AS THE
FOUNDATION OF THE CIVIL CODE)**

Sérgio Henrique Cordeiro Caldas Fernandes²

RESUMO

O ensaio tem por objetivo discutir a eticidade como princípio básico do direito contratual brasileiro, máxime em relação à interpretação dos contratos eletrônicos, tendo como parâmetro a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

¹ **Como citar este artigo científico.** FERNANDES, Sérgio Henrique Cordeiro Caldas. Os juízes discutem *free fire*? (a boa-fé objetiva como caminho interpretativo para os contratos eletrônicos: a eticidade como fundamento do código civil). In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 16, n. 1, p. 361-379, jan.-abr. 2024.

² Mestrando em Direito. Especialista em Direito. Juiz de Direito da Comarca de Belo Horizonte.

Palavras-chave: Contratos eletrônicos. Boa-fé objetiva. Jogo eletrônico. *Blockchain*.

ABSTRACT

The essay aims to discuss ethics as a basic principle of Brazilian contractual law, especially in relation to the interpretation of electronic contracts, having as a parameter the jurisprudence of the Court of Justice of Minas Gerais.

Keywords: Electronic contracts. Good faith. Electronic game. Blockchain.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. O admirável(?) mundo novo dos *smart legal contracts*. 3 Realidade(?) virtual. 4. Eticidade como fundamento do Código Civil. 5. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O artigo tem por objetivo contribuir com a análise do comportamento das Cortes de Justiça aos desafios ao sistema de direito contratual trazidos pelas novas plataformas digitais de operações econômicas, estas que apresentam uma nova metodologia baseada na ausência de controle ou verificação por terceiro confiável, como seriam as agências reguladoras e o próprio sistema estatal de Justiça.

O estudo tem por base dois casos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), representativos de uma miríade de Acórdãos de conclusão semelhante e não muito diferentes da estruturação lógica apresentada por *leading case* da Corte de Cingapura. Acórdãos que bem espelham o sistema de Justiça de países que seguem o *common law*. Percebe-se a necessidade do conhecimento profundo dos sistemas que embasam as transações digitais, bem como sobreleva a importância do Poder Judiciário em uma democracia de dar concretude aos valores civilizatórios encartados na Constituição.

O Acordão a ser estudado inicialmente é relativo à Apelação Cível n.º 1.0000.20.561817-6/002/ 5002412-73.2020.8.13.0034, de Súmula publicada em 15-9-2022, cuja Ementa será abaixo transcrita na parte da verbetização e do dispositivo que interessa ao presente artigo, relatado pela Eminente Desembargadora Mariangela Meyer, da 10.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. A escolha do tema tem por objetivo discutir a interpretação pelo ângulo da boa-fé objetiva dos contratos eletrônicos ou inteligentes na estrutura do Código Civil.

Eis a Ementa:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - BLOQUEIO DE CONTA DO AUTOR NO JOGO ELETRÔNICO “FREE FIRE” - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO GOOGLE - QUESTÃO JÁ APRECIADA NO JULGAMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO - PONTO SUPERADO - PROVAS INDICATIVAS DA UTILIZAÇÃO DE VANTAGEM IRREGULAR (DENOMINADA “HACK”) - AUTOR QUE DESISTIU EXPRESSAMENTE DA PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL – VIOLAÇÃO AOS TERMOS DE USO DO JOGO - AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE NA SUSPENSÃO DA CONTA - CIÊNCIA DOS TERMOS E CONDIÇÕES DE USO - REQUISITO PARA ACESSAR O JOGO DISPONIBILIZADO - PEDIDO DE DEVOLUÇÃO DE ITENS VIRTUAIS ADQUIRIDOS PELO AUTOR – DESCABIMENTO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

[...].

- O uso de *softwares* suspeitos/não autorizados dentro do jogo, ou seja, o “hack”, leva à vantagem desleal, em afronta à segurança ao ambiente virtual e ao direito de propriedade intelectual da empresa ré, configurando contrariedade aos termos de uso ao qual aderiu o autor.

- Portanto, não se mostrou abusiva a conduta das requeridas ao bloquearem o cadastro da conta por violação dos termos de serviço em questão, agindo no exercício regular de seu direito ao desativarem a possibilidade de utilização.

- A leitura efetiva dos termos de uso, ou não, é de responsabilidade de cada um, mas evidentemente que ao indicar que houve leitura

e aceitação não pode pretender por questão verdadeiramente ética alegar desconhecer o regramento que acabou de mencionar conhecer.

- Os jogos virtuais não podem ser considerados um serviço essencial, ao qual o usuário é obrigado a aderir, assim, se este não estiver satisfeito com as regras do jogo tem a liberdade de sair e não jogar. Ninguém é obrigado a jogar ou utilizar-se de jogos de empresas das quais não concorda com os termos de uso.

- Não ocorre, na espécie, a alegada apropriação indevida pela ré de “saldo de diamantes”, uma vez que há mero direito de fruição atrelado à conta, sem possibilidade de reembolso, conforme prevê o item 6.8.

No caso julgado, foi reconhecida a existência de relação contratual consumerista entre o jogador (“gamer”), autor da ação indenizatória decorrente de eventual banimento indevido de sua conta de usuário no jogo eletrônico denominado *Free Fire*, e a empresa Garena, fornecedora do respectivo jogo (“game”).

Em continuidade, foi decidido que não teria havido falha no serviço prestado pela empresa fornecedora do jogo, pois lícito o procedimento por ela utilizado para a detecção de fraude ou uso de “hack” e a consequente suspensão definitiva da conta do autor do jogo *online Free Fire*.

A base do referido Acórdão se assentou na conclusão de que o autor foi devidamente informado e concordou com os termos de uso do jogo e que sua ação de usar um programa que lhe propiciava vantagem desleal no jogo prejudicava aos demais jogadores que com ele compartilhavam o serviço prestado, bem como a ausência de eticidade do autor ao se manifestar de forma contraditória às suas próprias ações.

A primeira questão que se apresenta é a natureza do próprio contrato discutido e suas implicações e consequências no mundo jurídico.

O segundo Acórdão em referência, Apelação Cível n.º 1.0000.22.013439-9/001, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

(TJMG), relatado pela Eminente Desembargadora Jaqueline Calábria Albuquerque, da 10.^a Câmara Cível, em julgamento realizado em 30-8-2022, com publicação da Súmula em 1.^o-9-2022, versa sobre a apreciação de pedido de indenização de danos materiais e compensação pelos danos morais decorrentes do acesso indevido por terceiro não autorizado, qualificado como *hacker*, da carteira de *bitcoins* do demandante, por meio da invasão de sua conta de *e-mail*, com a posterior transferência de criptomoedas para a conta de outro usuário.

Eis a Ementa do Acórdão:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA E DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MATERIAL E MORAL. REITERAÇÃO DAS RAZÕES INICIAIS. FATO QUE NÃO CARACTERIZA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CORRETAGEM E CUSTÓDIA DE ATIVOS DIGITAIS. CRIPTOMOEDAS. TRANSFERÊNCIA DE ATIVOS REALIZADA PELO CONSUMIDOR A OUTRO USUÁRIO DA PLATAFORMA. NEGOCIAÇÃO VALIDADA PELO PRÓPRIO CONSUMIDOR COM EMPREGO DAS CREDENCIAIS E SENHA (PIN) PESSOAIS. SUPOSTO COMETIMENTO DE FRAUDE. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO FORNECEDOR. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA E/OU DE TERCEIROS. EXCLUSÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. A simples reiteração, no apelo, de argumentos já declinados na inicial, por si só, não representa violação ao princípio da dialeticidade, desde que seja possível extrair do recurso as razões de reforma do ato jurisdicional recorrido. O Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 14, § 3.^o, prevê hipóteses em que o fornecedor de serviço não responderá por dano ao consumidor, dentre as quais: (i) que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistiu; e, (ii) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros. Hipótese em que se controverte sobre responsabilidade civil por dano material e moral causado ao consumidor, imputada a fornecedor de serviços de corretagem e custódia de ativos digitais (“criptomoedas”, da espécie “Bitcoins - BTC”) resultante do suposto cometimento de fraude cibernética por terceiros, que, utilizando-se de *e-mail* falso,

teriam o induzido o usuário a transferir seus Bitcoins para a carteira do fraudador. Consumidor que, mesmo cogitando uma possível fraude, decidiu, por sua conta e risco, antes de obter resposta do suporte do fornecedor acerca da veracidade do contato feito pelo fraudador por *e-mail*, concretizar a transferência dos Bitcoins, de modo que excluía a causalidade, se não por sua culpa exclusiva, do terceiro que perpetrou a dita fraude, ou, quando nada, de ambos - consumidor e fraudador, que agiram determinantemente para a caracterização dos prejuízos.

A par de obstáculos instrutórios, como o reconhecimento de que os provedores de aplicações não teriam a obrigação de armazenar as mensagens recebidas ou enviadas e posteriormente delatadas pelo usuário, já que não haveria previsão para tal no Marco Civil da Internet, em muitos casos são considerados como provados a ação fraudulenta perpetrada de fraude em prejuízo do contratante, em operação de transferência de ativos digitais (“criptomoeda” ou “Bitcoin” - BTC), mantidos sob a custódia de uma corretora ou gerenciados com utilização de uma plataforma virtual de negociação e encadeamento das operações com criptoativos.

De forma semelhante, mesmo aventada a possibilidade de incidência da legislação consumerista, foi afastada a responsabilidade contratual da empresa que forneceu o serviço de intermediação por meio de sua plataforma negocial, antecedida pela oferta do serviço no mercado. Isto, ao se levar em conta a ação incauta do usuário na preservação do sigilo de sua senha de acesso (*private key*) e/ou a ação fraudulenta de terceiro.

Obviamente, o caso concreto e o convencimento motivado dos eminentes julgadores não são objetos de análise, mas sim a perspectiva a ser observada, logicamente longe de se tratar do efeito Rashomon, pela óptica da arquitetura dos *smart legal contracts* assentados na boa-fé objetiva.

2 O ADMIRÁVEL(?) MUNDO NOVO DOS *SMART LEGAL CONTRACTS*

A distinção logo a ser feita é entre *smart contracts* e *smart legal contracts* para uma definição de “contratos inteligentes”, que muito se desenvolveu daquela que Nick Szabo apresentou ainda nos idos dos anos 1990.

Na linha de doutrinadores como Max Raskin (2017), o contrato inteligente (*smart legal contract*) é aquele negócio jurídico obrigacional que se estrutura nos requisitos do contrato tradicional de manifestação de vontade, oferta e aceitação, e objeto lícito, observando a forma eletrônica, na linha do que permite o artigo 425 do Código Civil brasileiro, mas que deve ser traduzido em um código ou linguagem de programação eletrônica específica (*smart contract code*) para ser executado.

Contrato inteligente é também denominado na doutrina como contrato eletrônico, levando em conta o meio utilizado para a sua consecução; contrato digital, embora nem sempre haver certificação ou formato digital; contrato cibernético, realizado por meio de programas computacionais, entre outros.

A escolha do termo “contrato inteligente” no presente artigo é decorrente da expansão da inteligência artificial (IA) no âmbito jurídico.

No caso do primeiro Acórdão paradigma calha bem o artigo “*O ônus de ler o contrato no contexto da ‘ditadura’ dos contratos de adesão eletrônicos*”, de autoria de Cíntia Rosa Pereira de Lima (2014), pois foi reconhecido que o consumidor/*gamer* aceitou o ofertado contrato tipo “*click-wrap*”, sendo-lhe oportunizada a leitura das cláusulas contratuais, consubstanciadas nos termos de uso apresentados pelo fornecedor como condição para a instalação e execução do jogo eletrônico, firmando-se, então, o contrato de adesão.

Igualmente foi indicado que não configurada a linguagem “*boilerplate*”, que dificultaria o entendimento e a consequente livre

aceitação das cláusulas contratuais, levando à nulidade do contrato em face da “*substantial unconscionability*”, ou seja, a ausência de livre manifestação da vontade, não havendo, assim, ataque ao dever acessório de informação indicado na legislação consumerista, mas também discriminado como princípio geral no nosso Código Civil (CCB), como se observa pelo próprio artigo 422 do referido diploma.

Por consequência, não arranhados os deveres da boa-fé objetiva, prevaleceu a previsão nos termos de uso na linha em decorrência do “dever-de-ler” (“*duty to read*”) do direito inglês, inclusive em relação às microtransações *in-game*, no caso a apropriação não considerada indevida do “saldo de diamantes”.

O *Free Fire* pode ser considerado um jogo eletrônico da espécie “*Battle Royales*”, tendo sido lançado em 2017 e alcançado muito sucesso no Brasil, havendo até a estruturação de uma liga para a realização de torneios, a *National Free Fire Association* (NFA). Para tanto, como jogo cooperativo de multijogadores, estes são conectados entre si e no ambiente virtual por meio de um organizador eletrônico de jogos, “*matchmaking*”, que nada mais é que um algoritmo programado com certo viés e que se desenvolve de forma autônoma em relação aos jogadores. A questão é que existem consequências econômicas da interação dos jogadores e destes com a fornecedora do jogo.

E a pergunta que surge é se devemos tratar os contratos inteligentes tais quais os convencionais, sem levar em conta a complexidade da existência do algoritmo em um ambiente de expansão da inteligência artificial (IA).

Na Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), reunida em Paris em novembro de 2021, foi publicada a Recomendação sobre a Ética da Inteligência Artificial (IA), com o fim expresso de assegurar o respeito universal à Justiça, à lei, à dignidade e aos direitos humanos e às liberdades fundamentais que se reconhecem a todos os povos do mundo diante das preocupações éticas fundamentadas nos potenciais riscos da má utilização das tecnologias de IA.

Os riscos listados de forma aberta ressaltam o agravamento das divisões e desigualdades existentes no mundo; a ameaça da diversidade social, cultural e biológica; a geração de divisões sociais e econômicas a provocação ou exacerbação de discriminação, desigualdades, brechas digitais, exclusão digital, acesso assimétrico dos conhecimentos e tecnologias, aumentando a desigualdade e corrompendo a educação digital e cívica, que limita a capacidade das pessoas participarem plenamente da vida democrática, pois excluídos dos temas pertinentes à IA que hoje se entranham no nosso cotidiano.

Assim, é buscada a eticidade como meio necessário para a elaboração e aplicação de políticas e normas jurídicas baseadas nos direitos, em particular nos direitos humanos, proporcionando orientação com vistas à inovação e ao desenvolvimento tecnológico.

A Recomendação considera a ética como uma base dinâmica para a avaliação e a orientação normativas das tecnologias de IA tomando como referência a dignidade humana, o bem-estar e a prevenção de danos e apoiando-se na ética da Ciência e da Tecnologia. A ética deve permear todas as etapas do ciclo de vida do sistema de IA, inclusive a informação, comercialização, responsabilidade empresarial e relação com os consumidores, partes da estrutura da relação contratual.

Não é muito diferente das advertências de doutrinadores como a Juíza Isabela Ferrari, principalmente a respeito das incertezas sobre a *performance* dos algoritmos de reforço (*reinforced learning algorithms*) que têm certa autonomia na formulação de resultados, situação distinta dos algorítmicos supervisionados e não supervisionados dos quais se buscam um resultado com o nível de correção esperado pelo arquiteto do sistema. Um campo privilegiado de testes para os algoritmos de reforço são justamente os jogos – e não somente quanto ao *background* na linha de recursos como o *Chaos Physics* de programas de simulação constelados na *Unreal Engine*, mas cada vez mais o próprio desenvolvimento do jogo.

A partir desse patamar os algorítmicos de reforço atingem tal complexidade que a sua interação com outros aplicativos e a retroalimentação de informações por via de aprendizagem de máquinas podem atingir tal autonomia que os resultados, mesmo probabilísticos, passam a ser totalmente aleatórios para quem programou o sistema. É uma revisão da célebre frase juliana *alea jacta est*.

As consequências para o Direito são óbvias, pois a falta de transparência/ *accountability* em relação à ação encadeada pelo uso do algoritmo leva a consequências imprevisíveis. Para permanecer no mundo contratual, um singelo exemplo da complexidade que o Judiciário passou a enfrentar é o caso *Quoine Pte Ltd. v B2C2 Ltd. I* ('Quoine'), julgado pelo Tribunal de Apelação de Cingapura.

Em resumo do interessante artigo de Simon Gleeson na obra coordenada por Jason Allen e Peter Hunn (2022), um algoritmo de negociação firmou contratos eletrônicos vinculativos claramente equivocados com outros sistemas eletrônicos. Embora observado o equívoco pelos programadores horas depois, discutiu-se sobre as consequências econômicas do equívoco. No caso, levando em conta a interpretação restritiva da Teoria do Erro do sistema jurídico inglês, que acentua o receio inerente ao sistema de *common law* de considerar nulas todas as transações realizadas decorrentes daquele contrato viciado, a maioria entendeu que a Teoria do Erro só poderia ser aplicada se fosse comprovado o equívoco do programador, diga-se, a parte contratante, quando os programas de negociação foram acionados pela primeira vez, o que não era possível. Com efeito, a decisão do Juiz de Primeira Instância, observada pela maioria do Tribunal em grau de Apelação, considerou os contratos cibernéticos (ou seja, contratos formados por meio da "ação" de programas de computador) como contratos automatizados, robôs, não observando que em um sistema de inteligência artificial as consequências das interações dos sistemas eletrônicos de negociação estarão dissociadas da vontade original do programador, como já foi mencionado ao comentar sobre os algoritmos de reforço.

Uma luz pôde ser observada nesse julgamento com o voto minoritário proferido por Lord Mance, ex-Vice-Presidente da Suprema Corte do Reino Unido, que entendeu que a falha visível e fundamental no sistema computadorizado deveria ser considerada para a reversão das transações, devendo, então, ser observado algum alívio equitativo nas transações anuladas, em cotejo com a própria linha tradicional inglesa e majoritária, citada pelo Juiz Lord Aitken, em *Bell v Lever Bros*, de que os contratos devem ser observados se cumprirem honestamente os fundamentos de sua formação.

Equidade e honestidade são conceitos inerentes à boa-fé nas obrigações contratuais, não sendo diferente, muito pelo contrário, nos contratos inteligentes, eletrônicos ou cibernéticos.

Os algoritmos de negociação podem tanto refletir os preconceitos e vieses cognitivos dos seus programadores e arquitetos de conteúdo na sua criação, como bem lembra Cathy O'Neil (2016), pois modelos são, por natureza, simplificações. E para chegar a tais, o seu criador tem de fazer escolhas subjetivas do que é ou não importante, bem como podem gerar distorções durante a sua execução diante da falta de transparência e da ação randômica.

Muito mais, então, do que se definir quando o contrato cibernético foi firmado ou a própria necessidade de transparência, esta bifurcada, de acordo com o conceito de Mittelstadt (2016) trazido por Ferrari; Becker e Wolkart (2018), em acessibilidade e compreensibilidade, sobreleva-se a importância da interpretação ética do contrato eletrônico pelo julgador, de acordo com a boa-fé objetiva que incide nas fases pré, per e pós-contratual.

3 REALIDADE(?) VIRTUAL

É importante observar, como dito, que já estamos em um (admirável?) mundo novo em relação às transferências de ativos econômicos que poderia ter como marco simbólico a estruturação do conceito de *smart contracts* por Nick Szabo, em meados dos anos 1990, na esteira do desenvolvimento da tecnologia *blockchain*,

introduzida com a criptomoeda bitcoin, divulgada pela entidade Satoshi Nakamoto.

Como já desdobrado, *smart contracts* são apenas *scripts* (instruções para realização de tarefas automatizadas segundo programado) autoexecutáveis que armazenados no *blockchain*. A execução automatizada característica dos protocolos informatizados conhecidos como *smart contracts* foi idealizada para a realização de operações de transferência de ativos e direitos digitais de forma mais rápida e econômica, sem a intervenção de uma entidade centralizadora.

A diminuição dos custos de transação do sistema *blockchain*, pela execução dos *smart contracts*, passa pela hipotética resolução do “dilema dos generais bizantinos”, como conta Ilaria Vivaldi (2016). Com efeito, a questão de confiança decorrente da hipótese de como os comandantes bizantinos agiriam ao receber mensagens do Quartel General sobre um ataque inimigo, levando em conta a suspeita que um ou mais mensageiros eram traidores, até então só se resolveria com a presença de um terceiro certificador, como, no sistema financeiro, a autoridade monetária nacional.

A ideia por trás do sistema *blockchain* e seus protocolos de execução automatizados, os *smart contracts*, é a construção de um sistema de permite redes sem confiança (*trustless networks*), como indicam Konstantinos Christidis e Michael Devetsikotis (2016), permitindo que as partes realizem transações criptografadas com ativos digitais mesmo que não confiem umas nas outras e sem a necessidade da presença de um intermediário confiável.

Em verdade, os *smart contracts* possuem três elementos básicos, segundo Vivaldi (2016), que são a autonomia, a autossuficiência e a descentralização. A autonomia significa que depois de lançado e executado o sistema se comportará algoritmicamente como a princípio foi programado, sem contato do agente humano, sendo distribuídos e autoexecutados nos diversos nós – ou *nodes*, que são os sistemas de recebimento e distribuição

dos registros da transação que estruturam o *blockchain* – da rede. A autossuficiência se traduz na capacidade de o algoritmo introduzir e utilizar recursos. Finalmente são descentralizados, ou seja, são distribuídos e autoexecutados nos diversos nós da rede.

Dentro das características do *smart contracts* surge, desde já, uma, apontada por Vivaldi (2016), que desafia o controle da lisura do contrato pela observância da boa-fé objetiva: o contrato inteligente é definido por código e executado e aplicado pelo algoritmo, automaticamente e sem critério.

Nessa linha, Jheniffer Andrade (2022) percebeu que a ausência de confiança para contratar no sistema *blockchain*, que funciona com base *nontrusting* e *cryptographic proof*, não afasta a observância dos critérios da boa-fé objetiva, preconizada pelo art. 422 do Código Civil brasileiro, durante a cadeia de construção da operação econômica, seja no programador ou nos indivíduos anônimos que participam da validação do negócio na rede *blockchain*.

O *blockchain* não é um sistema que simplesmente permite o compartilhamento de dados entre os membros de uma rede. Na verdade, conforme Vivaldi (2016), o *blockchain* pode ser usado para documentar a transferência de qualquer ativo digital. Também, de forma original na internet, registrar transações de propriedade física e intelectual, incluindo ativos tangíveis, como os do setor imobiliário. E ativos intangíveis, como propriedade intelectual.

Na cadeia de blocos ou de registro sequencial de operações, compartilhado pelos usuários cadastrados em uma rede mundial de usuários de sistemas informatizados, que atuam com comunicação criptografada e tecnologia *peer-to-peer*, sob a concha da qual os usuários podem atuar de forma simétrica tanto como cliente quanto como servidor para os demais nós – que podem ser *hosts* ou mineradores – cabe a qualquer deles iniciar ou concluir uma transação econômica na rede.

Em verdade, os registros das operações são agrupados em blocos conforme programado, com uma codificação criptografada,

conhecida como *hash*, que é a base da segurança do tráfego de informações. De posse de sua chave pública e com o conhecimento da chave do contratante, as operações acontecem em curso, com as sequências alfanuméricas, *strings*, trafegando nos *hashs* como determinado pelo algoritmo, em intensa atividade dos usuários/mineradores na internet, sendo os blocos formados agrupados em ordem linear e cronológica.

E nesse ponto surgem novos questionamentos, com indicam Konstantinos Christidis e Michael Devetsikotis (2016), pois as regras dos *smart contracts* não são automaticamente vinculantes juridicamente para todas os participantes da operação econômica realizada via *blockchain*, seja de transferência de criptomoedas ou de direitos digitais. Pode haver a contestação por qualquer dos contratantes ou por aquele que sofreu prejuízos em virtude da operação realizada. Soluções tradicionais de vincular o *smart contract* a um contrato real ou codificar o contrato real para incluí-lo no sistema como um *hash*, tem por objetivo não só a comprovação do negócio jurídico, mas também das expectativas dos contratantes. Da mesma forma, citados autores alertam que, embora um minerador não possa falsificar uma transação ou reescrever o histórico, os nós do conjunto de mineração podem censurar transações e afetar toda a cadeia de negociação, afastando a preconizada segurança do sistema.

A questão se agrava à medida que o desenvolvimento tecnológico traz novas oportunidades de operações econômicas, dissociadas de qualquer controle ético, pautadas pela velocidade, ausência de regulação, de *accountability* social e de supervisão estatal, inclusive para verificação da conformidade das ações com os princípios norteadores de uma democracia.

Com efeito, nada impede que o mundo distópico sonhado por Neal Stephenson, em sua obra “Snow Crash”, que inspirou o termo “metaverso”, transforme-se em uma grande plataforma em que transações econômicas aconteçam de forma descentralizada, em mundos virtuais habitados por avatares, por meio de *smart contracts* criados por sistemas de inteligência artificial.

Outras tantas discussões surgiram com o desenvolvimento inicial do metaverso, com o desenvolvimento de interfaces inclusivas com uso da inteligência artificial (IA) e a comercialização de ativos e direitos digitais em um sistema descentralizado com a imersão no universo digital, na linha da Web 3.0 e do *blockchain*. Na espécie, a velocidade das transações e a ausência de supervisão centralizada são a tônica dos contratos inteligentes que se busca desenvolver.

Da mesma forma, surgiram Tokens Não Fungíveis (NFT's) com a busca de sistemas descentralizados, por meio de *blockchains*, para a criação e comercialização de ativos artísticos ou de jogos, sempre refletindo a circulação de riqueza.

Não obstante, contratos inteligentes ou eletrônicos refletem contratos e devem, assim, observar o nosso ordenamento jurídico, mas a interpretação judicial deve ser aprimorada de acordo com a sua estrutura constitucional e com os basilares princípios que estruturam o nosso Código Civil, entre eles a eticidade.

4 ETICIDADE COMO FUNDAMENTO DO CÓDIGO CIVIL

Como ressalta Gabriella Fregni (2022), a boa-fé objetiva, denominada por alguns como boa-fé contratual, foi desenvolvida pela doutrina e jurisprudência alemãs a partir de 1896, com base no § 242 do Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), o Código Civil alemão, onde se lê: “O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”. Estruturou-se um sistema protetivo contra práticas abusivas e vinculado à proteção constitucional da dignidade da pessoa humana. Para tanto, estabelece-se um padrão interpretativo, observando a busca do justo equilíbrio, supletivo, por meio de deveres acessórios como o de informação, e corretivo, para reequilibrar a relação e o sinalagma, tanto genético quanto o funcional.

Nesta toada, segue a normatização contratual mais moderna, como se vê dos princípios do International Institute for the

Unification of Private Law (UNIDROIT), cuja tradução é Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, que não se afastam da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para a Venda Internacional de Bens (CISG), estabelecendo o dever geral das partes de agir de acordo com a boa-fé e justa negociação.

Da mesma forma, Hein Kotz (2017, p. 101) ressalta que os conjuntos de regras internacionais são unânimes em apontar que a omissão contratual deve ser suprida por acordo informal, a ser determinado pelo Juiz, tendo em conta a vontade das partes, a natureza e o objeto do contrato, os usos habituais das partes, as práticas comerciais e boa-fé.

Não muito diferente do que expõem Fratini e Pensabene (2014, p. 222), pela óptica do Direito italiano, ao mencionarem que à luz do parâmetro de solidariedade consagrado no artigo 2.º da Constituição italiana, e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, passou-se a conceber a boa-fé não só como critério de avaliação da conduta das partes, mas também como um cânone para identificar um limite aos pedidos e poderes do titular do direito.

Sem destoar, o atual Código Civil brasileiro (CCB) nasceu sob a égide da eticidade, com ênfase na probidade, correção (*correttezza*), imperativo da sociabilidade e boa-fé, como bem expôs Miguel Reale, coordenador do Projeto do Código Civil, durante a palestra proferida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), por ocasião dos seminários sobre o Código Civil que então se inaugurava.

Ao discorrer sobre a eticidade, Miguel Reale ressaltou o artigo 422 do CCB, que enfatiza os princípios de probidade e boa-fé, como exemplo de princípio básico a toda a teoria dos contratos.

A eticidade está a cavaleiro em qualquer relação contratual e, em especial, nos contratos eletrônicos, em razão do risco, desequilíbrio e desigualdade que se aumenta na assimetria do conhecimento e das ferramentas tecnológicas.

5 CONCLUSÃO

Os contratos inteligentes são frutos do impacto socioeconômico decorrente das inovações tecnológicas, incluindo o alforje da Psicologia e da engenharia social, sendo essencial a percepção ética na sua concepção e na sua interpretação.

O substrato constitucional que sustenta a boa-fé objetiva como *standard* para a interpretação das relações contratuais firmadas com utilização de meios eletrônicos tem raiz no princípio da dignidade da pessoa humana.

Não obstante, se as regras de hermenêutica podem ser adequadas ao mundo dos contratos inteligentes, entender as *nuances* das trocas econômicas subjacentes necessita do apoio de expertos em uma miríade de assuntos, inclusive para permitir a acessibilidade e compreensibilidade do contrato eletrônico.

Aliás, Jane Stapleton (2021) ressalta que incentivar o diálogo reflexivo entre Juízes e Acadêmicos para a construção da decisão, prática tão comum nas Cortes inglesas, demonstra que distinguir argumentos normativos de reivindicações descritivas pode auxiliar no papel constitucional do Juiz na identificação e articulação do desenvolvimento do Direito.

O Código Civil vem demonstrando ser um diploma adequado ao seu tempo ao enfatizar a eticidade. Cabem aos seus intérpretes demonstrar que estão síncronos com a realidade e conscientes de sua responsabilidade.

REFERÊNCIAS

ALLEN, Jason; HUNN, Peter. **Smart legal contracts: computable law in theory and practice**. New York: Oxford University Press, 2022.

ANDRADE, Jheniffer. Boa-fé objetiva *vs non-trusting* nos contratos inteligentes: novos perfis de responsabilidade civil. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/boa-fe-objetiva-vs-non>

-trusting-noscontratos.inteligentes/1327182472?_gl=1*1g2t21z*_ga*MTM3NjEwMTYyLjE2MzY5OTUxMTg.*_ga_QCSXBQ8X-PZ*MTcwNzc4MzU2OC4yOS4xLjE3MDc3ODM1NzcuNTEuM-C4w>. Acesso em: 13 fev. 2024.

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.

CHRISTIDIS, Konstantinos; DEVETSIKIOTIS, Michael. Blockchains and smart contracts for the internet of things. In: *Advancing Technology for Humanity (IEEE)*, Nova Iorque, Ed. IEEE, v. 4, p. 2.292-2.303, 10 maio 2016. Disponível em: <<https://ieeexplore.ieee.org/abstract/document/7467408>>. Acesso em: 13 fev. 2024.

FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erick Navarro. *Arbitrium ex machina*: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 995, set. 2018.

FRATINI, Marco; PENSABENE, Anna. **Compendio di diritto civile**. Roma: Neldiritto, 2014.

FREGNI, Gabriella. O dever geral de boa-fé e o papel do juiz nos negócios jurídicos. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-fev-10/fregni-dever-geral-boa-fe-papel-juiz-negocios-juridicos>>. Acesso em: 13 fev. 2024.

KÖTZ, Hein. **European contract law**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. O ônus de ler o contrato no contexto da “ditadura” dos contratos de adesão eletrônicos the duty-to-read doctrine within the electronic adhesion contracts... Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=981322808aba8a03>>. Acesso em: 13 fev. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0000.22.013439-9/001. Relatora:

Desembargadora Jaqueline Calábria Albuquerque, 10.^a Câmara Cível. Julgamento em 30-8-2022. **Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais**, Diário do Judiciário, Belo Horizonte, 1.^o set. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0000.20.561817-6/002. Relatora: Desembargadora Mariangela Meyer, 10.^a Câmara Cível. Julgamento em 13-9-2022. **Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais**, Diário do Judiciário, Belo Horizonte, 15 set. 2022.

RASKIN, Max. The law and legality of smart contracts. In: **The Georgetown Law Technology Review**, New Jersey, Ed. United States Georgetown University Law Center, p. 305-341, 2017.

SCHREIBER, Anderson et al. **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

STAPLETON, Jane. **Three essays on torts (Clarendon Law Lectures)**. Oxford: Oxford University Press, 2021.

VIVALDI, Ilaria. Blockchain: la rivoluzione digitale nel mondo finanziario. Tesi (Laurea Magistrale in Finanza Aziendale e Mercanti Finanziari)– Universtà di Pisa, 2015/2016. 112 p. Disponível em: <<https://etd.adm.unipi.it/t/etd-06012016-164829/>>. Acesso em: 13 fev. 2024.

WACHOWICZ, Marcos. Theory of games and economic: jogos digitais educacionais como bens que integram a sua tutela jurídica enquanto bem intelectual. In: Informáticos. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/artigo_jogos_digitais_marcos_wachowicz_revisado.pdf>.

Recebido em: 12-1-2023

Reformulado em 26-2-2024

Reformulado em 18-3-2024

Aprovado em: 26-3-2024

