

REVISTA AMAGIS Jurídica

ISSN 2175-3849. v. 16 - n. 3 (set.-dez. 2024)



REVISTA AMAGIS JURÍDICA

EDITOR

Professor Doutor Richardson Xavier Brant

REVISTA AMAGIS JURÍDICA

Associação dos Magistrados Mineiros

v. 16, n. 3, set.-dez. 2024



Belo Horizonte

2024

REVISTA AMAGIS JURÍDICA
©COPYRIGHT: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS MINEIROS

REVISTA AMAGIS JURÍDICA
PERIODICIDADE: Quadrimestral (v. 16, n. 3, set.-dez. 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.

Professor Doutor Álvaro Afonso Penna de Oliveira Pires - Universidade de Ottawa - Ottawa, Canadá.

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 Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste - Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de la Cuenca del Plata - Corrientes, Argentina.

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).

Professor Doutor Ricardo Manoel de Oliveira Moraes – Faculdade de Direito Milton Campos – Belo Horizonte – Minas Gerais, Brasil.

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. 3 (set. / dez. 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

EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO Y
EL CONCEPTO DEL “*SUMAK KAUSAY*”: INTENTANDO
ALEJARSE DEL EUROCENTRISMO

Adela Perez del Viso..... 15

2

NOCH EINMAL: O PROBLEMA DA PUNIBILIDADE,
OU NÃO, DA BURLA PROCESSUAL NO DIREITO
PORTUGUÊS

Duarte Rodrigues Nunes..... 25

3

ESTUDO DE CASO: O PROCESSO
ESTRUTURAL E A FAVELA DA ROCINHA

Isadora Nicoli da Silva..... 91

4

POLÍTICA DE PAZ E O REFORÇO DA DEFESA
NACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO
MOÇAMBICANO

João Luís Araújo..... 119

5

LEGÍTIMA DEFENSA Y LOS ALCANCES DE LA LEY
N.º 32026, DE 15 DE MAYO DEL 2024

Kevin André Silva Carrillo..... 139

6

L'ASCESA DELLA VITTIMA, IL CREPUSCOLO
DELL'IMPUTATO: IL PENDOLO ALTERATO DEL
PROCESSO PENALE

Luca Lupária Donati..... 171

7

LAS DOS CONSTITUCIONES ROMANAS: DE LA
CONSTITUCIÓN ANTIGUA A LA SURGIDA EN TORNO
AL PODER IMPERIAL

María de los Ángeles Soza Ried..... 189

8

DEFINIÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA DELITOS
CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NOS
PARÂMETROS DO MICROSSISTEMA DE PROTEÇÃO
DE VULNERÁVEIS: CONFIGURAÇÃO DA VIOLÊNCIA
DOMÉSTICA E A AMPLIAÇÃO DE PADRONIZAÇÃO DO
TRATAMENTO ESPECIALIZADO

Richardson Xavier Brant..... 215

SEÇÃO ESPECIAL..... 249

9

A MAGISTRATURA E OS MEIOS PARA O ALCANCE DA
JUSTIÇA NESSES NOVOS TEMPOS

Ministro Afrânio Vilela..... 250

10

A SOCIOLOGIA DO DIREITO NAS LIÇÕES DE
RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES

Waldir de Pinho Veloso..... 267

EDITORIAL

É com renovada alegria que anuncio mais uma edição da nossa Revista Amagis Jurídica, relativa ao quadrimestre setembro a dezembro de 2024. Encerra-se mais um ano, animados por três números, em um total de 28 artigos, acrescidos das lições de uma festejada Aula Magna, e mais uma resenha sociológica.

Passar em revisão os temas abordados contou com a escolha temática e pesquisa científica de muitos colaboradores. As reflexões fazem parte da ativa formação continuada da Magistratura, sempre envolvida e disposta a debater e a amadurecer junto à comunidade jurídica, ampliada pelo intercâmbio acadêmico internacional, sobre os principais desafios para uma prestação jurisdicional de excelência, em dia com os reclamos dos jurisdicionados.

O término deste ciclo coincide com mais um período de gestão da Associação dos Magistrados Mineiros (Amagis), triênio 2022/2024, a qual se finda com a entrega de um significativo conjunto de conquistas e avanços. Tudo isso fruto de construção coletiva, participativa, em diretiva que estimulou e se manteve anunciadamente receptiva a todas as contribuições.

A Presidente eleita será a primeira mulher que presidirá a nossa Associação de Magistrados no próximo triênio de 2025/2027, depois de 70 anos de criação da Amagis. É um passo largo, seguro, rumo à equidade de gênero. Também se celebra a união em torno da liderança articulada pela atual Diretoria, com destaque para o acolhimento de todos e ingente esforço na defesa das prerrogativas dos Magistrados. A Magistrada Rosimeire das Graças do Couto, que estivera como Vice-Presidente na gestão que se encerra neste fim de 2024, comemorou a eleição aclamada por 1.145 votos dos

associados. Não houve comparecimento nem apoio maior em eleição anterior. A apresentação de chapa única evidencia força, maturidade e plena legitimidade, bom presságio de unidade e harmonia.

Em relação à Revista Amagis Jurídica, o Conselho Editorial atuou com o desejado rigor científico nas análises dos textos que foram submetidos à apreciação, cumprindo com zelo e dedicação o propósito de inovação e preservação do caráter genuíno. A qualidade, padronização e seleção das publicações foi assegurada pelo crivo dos pareceristas pelo método do duplo-cego, com inteira independência e sigilo.

Feito um breve balanço e o registro de memorável conquista associativa, passa-se à apresentação dos textos que compõem esta edição, preservando a tradição de informar ao leitor os dados da autoria, na contextualização da produção acadêmica.

A Professora Adela Perez del Viso leciona na Universidad Católica de Cuyo (sede San Luis) e atua como Juíza do Trabalho na Província de San Luis, Argentina. O artigo escrito assume tom filosófico e de Direito Constitucional. Pode se enquadrar como Filosofia do Direito. O tema abordado, sob o título “El Constitucionalismo Latinoamericano y el Concepto del ‘Sumak Kausay’: intentando alejarse del eurocentrismo” mostra que os europeus chegaram à América Latina e encontraram os povos originários. Ainda assim, os europeus se anunciaram como sendo os descobridores, encobrendo a primeira invasão de terras já antes ocupadas pelos povos ancestrais. O texto ainda demonstra que as Constituições recentes do Equador e da Bolívia fizeram constar dos seus textos o direito que os povos originários chamavam de “sumak kausay”, cuja tradução seria “viver bem” ou “viver em plenitude”, conceitos muito mais profundos do que os europeus quiseram implantar com o “viver em comum”. A amostra, constante do texto, é que somente em tempos mais modernos o valor às organizações comunitárias e aos antepassados dos povos originários, especialmente com valor à terra natal como “mãe” maior, passaram a ser valores impregnados nas Constituições. Antes tarde do que nunca, para reforçar o caráter espolizador do processo de colonização. Afinal, a

tradição dos povos latino-americanos não deve ser suplantada pelo discurso dos colonizadores.

Em Portugal, há duas características que merecem destaque, em comparação com o que existe no Brasil. A primeira delas é que, em Portugal, o Juiz de Direito não pode exercer o Magistério, ao contrário da regra (constitucional, por sinal) do Brasil. Por esse motivo, o Juiz de Direito Duarte Rodrigues Nunes preferiu deixar, ainda que provisoriamente, a condição de Juiz de Direito e se dedicar à atividade de Professor Universitário (em Portugal e em países africanos). A segunda observação é mais direcionada ao Direito. No caso, relativa ao Direito Penal. O nome brasileiro para o “crime de estelionato” é mudado para “crime de burla”, em Portugal. E há configuração do delito também em algumas formas de condução do processo em trâmite no Poder Judiciário. Assim sendo, Duarte Rodrigues Nunes, autor do artigo “*Noch einmal: o problema da punibilidade, ou não, da burla processual no direito português*”, define a “burla processual” como a oportunidade de “uma pessoa singular ou um ente coletivo, com o propósito de obter vantagens económicas indevidas para si ou para outrem, intentar um processo judicial ou utilizar um processo judicial intentado por outra pessoa (singular ou jurídica) contra si (mancomunado, ou não, com quem o intentou) ou contra outrem, em que irá manipular o sentido da atividade judicial (seja a prolação de uma decisão tendente a definir o direito aplicável ao caso concreto seja a adoção/autorização de medidas de cariz coercivo) mediante a invocação de factos falsos, o aproveitamento das regras legais relativas ao ónus de alegação ou de impugnação e/ou ao ónus da prova, a utilização de meios de prova falsos, etc.”. O artigo científico mostra que a “burla processual” pode trazer prejuízo patrimonial para pessoa inicialmente não integrante do processo, especialmente quando as partes litigantes se unem para causar um prejuízo a uma pessoa que tem vínculo para com um dos litigantes. A discussão demonstrada no artigo é sobre a forma de punição – e se há punição e como providenciar para que ela seja levada a efeito – aos litigantes que se valem das atitudes processuais em descompasso para com a honestidade processual. O texto apresenta coleção de julgados acerca do tema, e se funda em séria e profunda

doutrina. Obviamente, também busca alicerce nas Leis portuguesas. Na comparação com a legislação internacional, o autor se debruça em estudos sobre como a Alemanha, a Espanha e a Itália tratam das tentativas de manipulação, pelas partes, do rito processual, para que alguém leve vantagem com a utilização do Poder Judiciário para tentar dar ares de legalidades aos procedimentos indesejados.

A Juíza de Direito Isadora Nicoli da Silva, Magistrada que ingressou há breve tempo no exercício da Magistratura, tomou para si a tarefa científica de peso: analisar os autos de um processo com milhares de folhas e, do seu conteúdo, fazer um alentado estudo de caso. A tarefa central era identificar se se tratava de um processo estrutural, o que demandou a explicação do que qualifica um feito judicial como estrutural. O estudo narra o caso de um casal que adquiriu um terreno em uma favela carioca e lá começou edificar a morada. Com o primeiro andar já pronto, o Município do Rio de Janeiro embargou a obra e marcou o momento de começar a demolição do que já estava edificado, sob alegação de que o local era de proteção ambiental. A Justiça, uma vez acionada, ficou na encruzilhada entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente, ambos constitucionalmente garantidos. A Autora conduz a exposição demonstrando que há casos que o Poder Judiciário recebe para análise – e o Poder Judiciário não pode deixar de decidir – situações de conflitos cuja solução vem carregada da necessidade de transcender o tradicional, o normal, o comum. Para encontrar uma solução satisfatória, que beneficie todos os envolvidos, há vezes em que o Poder Judiciário deve coordenar novos indicadores para um ideal estado de coisas. E conduzir ao caminho da construção coletiva, horizontal, da solução alvitada.

O Brasil se tornou independente de Portugal sem passar por momentos de revolução, de luta armada, de formação de grupos guerrilheiros. Isso porquanto a elite de então assumiu as rédeas da transição, como aconteceria em variados momentos históricos, no fenômeno conhecido como “revolucao pasiva”. O mesmo, porém, não aconteceu com Moçambique. A qualidade de Colônia portuguesa ficou impregnada em Moçambique até 1975. Antes da conquista da independência, Moçambique viu a formação de grupos de pessoas

que lutavam pela independência, organizados como força armada popular. Alguns desses grupos tinham sede fora de Moçambique, porque as Forças Armadas portuguesas tinham a função de manter a unidade territorial da Colônia em poder dos colonizadores. Mesmo após a independência (1975), alguns grupos se mantiveram em outras lutas armadas, continuando o estado de beligerância. E ainda hoje há guerra interna no País. Entre os locais em que se situam os grupos, menciona-se o Cabo Delgado, uma região que fica a 2.600km da capital Maputo. Para estimular a busca da paz interna, há a proposta, no artigo “Política de Paz e o Reforço da Defesa Nacional no Ordenamento Jurídico Moçambicano”, de autoria do Professor Mestre (doutorando) João Luís Araújo, o qual defende a união das forças político-partidárias. O estudo tem feições constitucionais e de Direito Internacional. Centra-se, porém, na defesa e na luta pela paz interna e externa no território de Moçambique.

O Professor Mestre Kevin André Silva Carrillo leciona Derecho Penal na Universidad San Ignacio de Loyola, em La Molina, Peru. Estudioso do Direito Penal. E é o Autor do artigo “Legítima Defensa y los Alcances de la Ley n.º 32026, de 15 de mayo del 2024”. Demonstra a preocupação com as minúcias para as várias necessidades da atitude de legítima defesa, conforme palavras constantes na lei peruana. No texto, o Autor se preocupou em dar o máximo de detalhes sobre a legítima defesa que pode representar até em homicídio sem que o ator venha a ser condenado a prisão. Há casos de legítima defesa em crimes de violência doméstica que merecem maior destaque, visto serem as vítimas, em maioria, vulneráveis (mulheres, portadores de necessidades especiais, idosos), cuja defesa pessoal por condições físicas nem sempre é possível, dado à desproporção da força física do agressor. O texto se debruça em pontos da legítima defesa que podem mostrar novos caminhos doutrinários para ser observados pelos demais estudantes do tema e pelos aplicadores do Direito.

Com a experiência de lente de “Diritto Processuale Penale nell’Università degli Studi Roma” e Autor e Organizador de diversos livros, publicados pelas mais conceituadas editoras italianas, o Professor Doutor Luca Luária Donati dedicou vários tempos

de pesquisas para, como resultado, escrever o artigo científico denominado “L’Ascesa della Vittima, il Crepuscolo dell’Imputato: il pendolo alterato del processo penale”. A discussão centra-se na condição da pessoa vítima em processo penal. Por longos tempos, o papel processual da vítima foi quase que equiparada à do autor do crime. O tempo se encarregou de trazer um protagonismo à vítima, visto que ela já sofre a imposição da ofensa a ela dirigida e, assim, deve ser credora de amparo do Estado e da sociedade. A fundamentação está em livros e revistas especializadas em Direito Penal e, principalmente, Direito Processual Penal. Muitas das obras abordadas, por sinal, levam a assinatura do próprio Autor deste artigo.

A Professora Doutora María de los Ángeles Soza Ried, da Universidad de Los Andes (Santiago, Chile) leciona Direito Romano e, como tal, é estudiosa da disciplina. Conhece detalhes e desdobramentos que o exercício da atividade de professor proporciona. Acresce a essa experiência jurídica a qualidade de boa redatora. Com esse conjunto de boas qualidade, escreve um artigo científico sobre todas as Constituições da Roma antiga. Traz subsídios constantes das Constituições romanas que definiam o Direito Público e o Direito Privado e mostra que, com a era dos Imperadores e do próprio Império Romano, algumas modificações foram gradativamente sendo implantadas. E considera que, nesse período, houve uma “segunda” Constituição romana. Há pesquisas em textos antigos e em livros sobre a história do Direito Romano.

Registra-se que mais um texto foi enviado por um colaborador efetivo da Revista, na qualidade de Editor, versando sobre a definição de competências judiciais para os crimes contra crianças e adolescentes no âmbito do Estado de Minas Gerais. Informa o Autor que houve o aproveitamento de estudos direcionados à elaboração de nota técnica acerca do tema, no âmbito do Centro de Inteligência do Judiciário mineiro, mais especificamente na área de Direito Penal e Execução Penal. O Professor Doutor Richardson Xavier Brant, Professor da Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes) e Juiz de Direito, aborda os princípios do Direito Internacional aplicáveis, estabelecendo correlações com as diretrizes constitucionais para

formação de um campo específico de atuação e aplicação de vivências e normas na proteção de vulneráveis. Enquadrar-se-iam nesse campo as mulheres, as crianças e adolescentes, idosos, pessoas portadoras de necessidade especiais, e outros. Fica evidenciado no texto o propósito de garantir um tratamento especializado a todos os grupos vulnerabilizados, como previsto normativamente, em posição pioneira assumida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

A Revista Amagis Jurídica criou, a partir desta edição, uma “Seção Especial” destinada à publicação de textos metajurídicos relacionados aos temas científicos ou resultados de produção de outros assuntos de interesse jurídico. É a parte especialmente dedicada às resenhas de livros jurídicos, discursos relacionados aos temas jurídicos, comentários e fundamentos sobre jurisprudências ou novas leis, etc.

A inauguração da “Seção Especial” destaca-se pela qualidade da participação. O texto inaugural é de autoria do Ministro Afrânio Vilela, do Superior Tribunal de Justiça. Convidado a proferir Aula Magna na Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes (EJEF), o Ministro partilhou lições de vida para que os novos Juízes e Juízas de Direito do Estado de Minas Gerais tenham um autorizado parâmetro, sentido prático da verdadeira Justiça. Na Aula Magna, o Ministro desenvolveu o raciocínio de que cabe aos novos Juízes e Juízas do Estado de Minas Gerais a ocupação do espaço, em futuro próximo, que hoje está sendo ocupado pelos que já estão há mais tempo no Poder Judiciário. E que o Poder Judiciário deve atuar com unidade. Assim, as decisões no Primeiro Grau nada mais são do que reflexos do que seria julgado em grau máximo de recurso, se estivesse em Segunda Instância. A trajetória que deve ser trilhada pelos novos Magistrados foi mostrada pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça: busca de agilidade na prolação das decisões judiciais, pois isso é o que a sociedade – amparada em Lei – quer e precisa. E cabe ao Magistrado ser este Estado presente, eficiente, célere e capaz para apresentar a solução que, mesmo para a parte perdedora da ação, deve conter um senso de humanidade acima de qualquer outra pretensão.

Outra contribuição para a “Seção Especial” vem de Montes Claros, Norte das Gerais, da profícua lavra do Professor Waldir de Pinho Veloso, conhecido Professor e Escritor. Participa ele ativamente como revisor da Revista Amagis Jurídica. Da sua produção é a resenha sobre o livro “Sociologia e Antropologia do Direito”, livro este de autoria do Professor Doutor Ricardo Maurício Freire Soares. Por se tratar de uma resenha, o texto mostra comparações entre o livro analisado e figuras como Aristóteles e Zeno Veloso, unindo a antiguidade à modernidade. A resenha aponta elementos didáticos na criação de cada capítulo, bem como mostra, de modo resumido, o conteúdo de sete capítulos, para o alcance do objetivo de se aprofundar em outros dois capítulos. Sempre, no campo da Sociologia. Reserva-se o autor para o preparo de outra resenha sobre a parte antropológica do livro, o que demandará adiante outros estudos e uma abordagem específica.

Ao completar mais um ciclo da Revista, deve-se o registro de imensa gratidão ao apoio e incentivos prestados pelas Diretorias da Amagis e da Emajs a esta publicação. Fica o agradecimento, também, a todos que contribuíram para que a publicação fosse atualizada, sem medir esforços, nesses últimos quatro anos.

Fica ainda o desejo de que seja boa a leitura e o convite para envio de novos artigos.

Belo Horizonte, Verão de 2024.

Richardson Xavier Brant
Editor

1

EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO Y EL CONCEPTO DEL “SUMAK KAUSAY”: INTENTANDO ALEJARSE DEL EUROCENTRISMO¹

Adela Perez Del Viso²

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El des-cubrimiento de América según Europa. 3. La subvaloración del trabajo en los países “colonizados” o “civilizados”. 4. La colonización de nuestro pensamiento e identidad. 5. La lógica de producción del conocimiento propia de la ciencia originada en Europa. 6. El eurocentrismo origina binariamente una cara y una contracara; ambos eurocéntricos. 7. El eurocentrismo y el movimiento constitucionalista. 8. El nuevo constitucionalismo latinoamericano. 9. El Sumak Kawsay. 10. Palabras finales. Referencias.

¹ **Como citar este artículo científico.** PEREZ DEL VISO, Adela. El constitucionalismo latinoamericano y el concepto del “sumak kausay”: intentando alejarse del eurocentrismo. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 15-24, set.-dez. 2024.

² Juez Laboral número 3 y Juez laboral número uno (provisoria) en San Luis, Argentina. Abogada (Universidad Nacional del Litoral 1986), Notaria (Universidad N. del Litoral 1988), Magister en Derecho del Trabajo y relaciones laborales internacionales (UNTREF Argentina 2023), Profesora y Especialista en Educación en entornos virtuales (Universidad Nacional de Quilmes, 2023). Ha sido abogada en ejercicio de 1986 a 2021. Desde 2021 fue Juez Civil comercial y Laboral hasta 2022. En 2022 hasta 2023: Camarista Laboral en San Luis (provisoria). De Mayo 2023 en adelante: Profesora en la Universidad Católica de Cuyo sede San Luis, en Derecho Internacional Público, y en Oratoria y análisis de textos jurídico. Autora de numerosos artículos de derecho laboral y de inglés jurídico. *E-mail:* adelamperezdelviso@gmail.com

1 INTRODUCCIÓN

El presente documento constituye el trabajo final en la Diplomatura en Filosofía jurídica y función judicial, en el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, en el módulo “Filosofía y Constitucionalismo”, a cargo del Dr. Marcelo Koenig, durante el año 2023.

En este sentido, la llegada de los europeos a América en el siglo XV, descrita como un “descubrimiento”, fue en realidad una invasión, según Enrique Dussel (1988). Esta invasión trajo consigo violencia y un desprecio hacia las culturas locales, justificando la dominación con la imposición de creencias religiosas. El colonialismo europeo instauró una jerarquía racial y económica que persiste, relegando a los países colonizados a la producción de materias primas y al subdesarrollo. Además, el pensamiento y la identidad en América han sido moldeados por una mentalidad eurocentrista que desvaloriza los saberes y culturas locales. En la actualidad ha surgido un nuevo constitucionalismo latinoamericano que promueve el “Sumak Kawsay” o “Buen Vivir”, valorando las prácticas y conocimientos ancestrales y buscando una organización social y política más justa y equitativa.

2 EL DES-CUBRIMIENTO DE AMÉRICA SEGÚN EUROPA

Tal como lo concibió Enrique Dussel (1988), los europeos llegaron a estas tierras a fines del s. XV, y dijeron que “des-cubrieron” (quitaron el “velo” que nos cubría) un continente.

Si se mira desde Europa, “desde arriba”, es algo que “se descubre”; y si se mira desde el mundo del habitante de este continente, “desde abajo”, se trata de una invasión del extranjero, del ajeno, del que viene de afuera. Matan al varón, educan al huérfano y se acuestan (“amanceban”, en castellano del s. XVI) con la mujer india (DUSSEL, 1988).

El colonialismo está imbuido del racismo europeo, y esconde el desprecio y la subvaloración del “otro diferente”, desprecio que está

en la base de ese dominio colonial. Ese otro (también lo dice Dussel en el texto mencionado) es una persona a civilizar y a catequizar (o colonizar justificados con la imposición de una creencia religiosa).

Cabe destacar que, luego de la primera invasión de los españoles en 1492, y la expoliación de las tierras americanas, a esa primera modernidad, se sucede una “segunda modernidad”, originada en el norte de Europa, la cual se autoconstruye ideológicamente como la única modernidad existente y posible. Así surgieron nuevas potencias colonialistas hegemónicas (Holanda, Inglaterra, Francia) y un nuevo tipo de coloniaje. En este punto, Enrique Dussel (1999, p. 147) sostiene que, desde el punto de vista de la educación y la conformación de las ideas (inclusive pensémoslo en cuanto a lo que se enseña en las materias de historia en escuelas primarias y secundarias de Argentina) se “plasmó” un mito de que toda civilización tiene origen sólo europeo, sobre todo en Grecia y Roma, y luego el renacimiento posterior a la edad media.

3 LA SUBVALORACIÓN DEL TRABAJO EN LOS PAÍSES “COLONIZADOS” O “CIVILIZADOS”

Desde otro ángulo pero siguiendo con el mismo tema, cabe decir que, actualmente, se habla de la división internacional del trabajo (conforme David Ricardo y otros autores); esto, que parece neutro, significa en realidad la subvaloración del tipo de trabajo e industria que se pueda realizar en nuestros países, que quedan así reducidos a ser productores elementos agropecuarios, cuando en realidad un tipo de producción de este tipo nos condena a la falta de desarrollo y la pobreza para gran parte de la población.

A partir de la etapa de colonización y de imposición del poder desde los imperios, este sistema funcionó con la mayor cantidad de trabajos de personas infravaloradas y con sus derechos laborales disminuidos. Entonces: la división internacional de la producción ha implicado una estructura de infravaloración del trabajo de los pueblos “colonizados” o “civilizados”.

Las nuevas identidades históricas producidas sobre la base de la idea de raza, fueron asociadas a la naturaleza de los roles y lugares en la nueva estructura global de control del trabajo. Así, ambos elementos, raza y división del trabajo, quedaron estructuralmente asociados y reforzándose mutuamente, a pesar de que ninguno de los dos era necesariamente dependiente el uno del otro para existir o para cambiar (QUIJANO, 2014, p. 112).

4 LA COLONIZACIÓN DE NUESTRO PENSAMIENTO E IDENTIDAD

Esto es peor aún, cuando incluso algunos integrantes de nuestra sociedad no asumen lo que ocurre, y no admiten que hemos sido violentamente intervenidos por Europa. Al contrario, sobre todo, en Argentina, lo que ocurre es que muchas personas no admiten que tienen entre sus ancestros (que se entiende que al menos 70% de la población o más lo tiene) miembros de los pueblos originarios (UN ESTUDIO, 2018) o bien de los pueblos esclavizados de África (REPÚBLICA ARGENTINA, 2018) y se consideran “el país más europeo de América”, ello adicionado al “granero de mundo” con un “crisol de razas”, todos jingles que contribuyen a invisibilizar lo ocurrido. Es la mirada que tiene la gente que piensa “que nació en el lugar equivocado”. Y en ese aspecto, hay un filósofo llamado Rodolfo Kusch (2020; 2012) que sostiene que, como una forma más del colonialismo, lo que nos ocurre en América es que la cultura está imbuida de una composición de lugar o una mentalidad pergeñada en un ámbito cultural ajeno (Europa). Nuestro continente tiene un problema que suele presentarse (a menos que visibilicemos la cuestión, reflexionemos, y cambiemos la forma de pensar conscientemente) que implica que nuestro pensamiento fue elaborado en otro ámbito geocultural (Europa). A tal punto que, como hemos dicho, numerosos sectores de nuestra población no reconocen ningún antecedente en pueblos originarios o esclavizados/africanos, y buscarían inconscientemente “lavar el rostro sucio” de América. Según Kusch los que están imbuidos de estas categorías eurocentristas, están tratando siempre de “esconder el hedor” de los pueblos originarios, que podrían estar ensuciando las “categorías pulcras” originadas en Europa.

5 LA LÓGICA DE PRODUCCIÓN DEL CONOCIMIENTO PROPIA DE LA CIENCIA ORIGINADA EN EUROPA

Existe una exaltación de lo producido científicamente en Europa: pareciera que los profesores y científicos en Europa son mejores y “más científicos” que los de América o en otros lugares del mundo. Se trata de un Eurocentrismo epistemológico. Estamos acostumbrados a pensar que todo conocimiento debe ser “científico” al modo definido en Europa, descartando otros tipos de cosmogonías, o bien descartando los conocimientos producidos en América, o bien los originados en mitos o contenidos americanos como forma de apropiación de la realidad. Se trata de una lógica racista, que niega todo lo periférico: lo que se produce en todo otro lugar que no sea en Europa es anecdótico. Los americanos debemos terminar siendo reproductores de la cultura europea. Y la cultura es solamente una: la originada en Europa.

6 EL EUROCENTRISMO ORIGINA BINARIAMENTE UNA CARA Y UNA CONTRACARA; AMBOS EUROCÉNTRICOS

En efecto, produce un pensamiento oficial y a su vez un pensamiento en donde se puede criticar (el pensamiento crítico, el pensamiento que cuestiona al anterior). Durante la etapa imperialista este último pensamiento va a ser el marxismo. El tema es que el mismo marxismo no deja de ser europeizante, pues se sitúa desde Europa, no desde lugares de la periferia. Marx está pensando que ese socialismo no se va a dar en Rusia, donde él estaba, sino en Francia o Alemania. Es decir que el eurocentrismo genera su postura oficial, o bien genera su propia contracara, pero siempre en el centro, no abriéndose conscientemente a la posibilidad de que haya otros puntos de producción de sentido.

7 EL EUROCENTRISMO Y EL MOVIMIENTO CONSTITUCIONALISTA

En Europa, a partir de s. XVII, se dio un movimiento de ideas que intentaba poner un freno a las monarquías absolutistas. Allí se

originó la idea de una “Constitución nacional” emanada del poder constituyente del pueblo, que organizaría un Estado y le pondría un límite y división al poder, a las autoridades investidas de poder en el “poder constituido” u organizado. Tenemos en este aspecto a autores como Montesquieu, Rousseau, etc., que también nos han enseñado extensamente en materias como Filosofía, Historia y Derecho Constitucional, como fundantes de nuestro país democrático, republicano y organizado con una Constitución, deseada luego de luchas fratricidas durante el s. XIX.

El problema que se presenta es que ese tipo de Constitución que dio origen a la nuestra, está pensado también tanto desde Europa como por sus filósofos y políticos europeos; y no está creada desde nuestras necesidades como países americanos. En definitiva, el Constitucionalismo (originalmente constitucionalismo “liberal”) es en esencia, también “europeizante”.

Es más, ese Constitucionalismo no sólo es europeizante, sino también machista, esclavista y racista, ya que las personas que pueden ser ciudadanos en esa constitución pensada por estos autores es el hombre, propietario, libre, y blanco. En efecto, en la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” emitida en los albores del movimiento de la Revolución Francesa, la idea clave es que todo súbdito se transforma en ciudadano, pero al decirlo así, se hace referencia a los hombres blancos y libres, porque no se incluyen los hombres esclavos negros de las Antillas Francesas (luego cruelmente reprimidos) ni tampoco a las mujeres (que cuando quisieron realizar su propia declaración de derechos fueron ejecutadas en la misma revolución por atreverse a hacerlo). Además, tenían que ser propietarios, dado que, si eras propietario, podías pagar impuestos, y si sabías leer y escribir, podías votar. Caso contrario, no pagabas impuestos, pero no votabas.³

³ Apunte en Educ.ar Sociedad del Estado. Disponible en: <https://www.educ.ar/dinamico/UnidadHtml__get__fdb8264d-be3d-4589-9382-84e0beba16a2/110276/index.html>.

8 EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

El movimiento filosófico y político propio de un nuevo constitucionalismo latinoamericano, como primera medida, busca visibilizar las situaciones mencionadas en los puntos anteriores, y hacerlas conscientes.

Luego, se busca comprender que una Constitución Nacional así (sancionada tal como se ha llevado a cabo tanto en nuestro país como en varios estados de Latinoamérica) lo que hace es reproducir un pensamiento europeizante, que no reconoce la variedad de nuestras composiciones sociales, con sustrato en pueblos originarios, pueblos esclavizados y en su caso también pueblos migrados. Esas constituciones constituyeron de alguna manera un “hecho disciplinador” u homogeneizante que invisibilizaba aspectos de nuestra realidad latinoamericana.

9 EL SUMAK KAWSAY

El constitucionalismo latinoamericano toma también el concepto del “buen vivir” como opuesto al concepto liberal y europeizante de “bien común”. En efecto, en pos del “bien común” muchas veces se ha obligado a las personas del pueblo a hacer sacrificios excesivos que no eran compartidos por las clases que estaban acomodadas y que, debido a los bienes simbólicos y materiales que poseían, podían librarse de hacer efectivamente esos sacrificios.

En cambio, el concepto del buen vivir está plasmado por ejemplo en la Constitución de Ecuador, recordándose los términos “Sumak Kawsay”⁴, “Buen vivir” o “Buena vida”, como propuesta política y cultural de gobiernos que valoran a los sustratos indigenistas, lo que se adoptó en las Constituciones de Ecuador y Bolivia. Se trata de implementar una organización social independiente de las teorías europeas, y ligado a un estilo de vida propio de los pueblos

⁴ Sumak Kawsay: en quechua significa “En plenitud” (Sumak) “vivir” o “vida” (Kawsay).

latinoamericanos, incluyendo, por ejemplo, la valoración de las organizaciones comunitarias y ancestrales. Así, el concepto del “buen vivir” incluye la idea de la Madre tierra o Pachamama, y que debemos cuidarla porque somos parte de ella. Por ejemplo, se ha dicho para Ecuador:

Asumiendo el origen andino del Sumak Kawsay –Buen Vivir–, su conocimiento y reconocimiento se orienta a ofrecer una alternativa diferente de vida a la población de nuestros países y del mundo entero, para enfrentar la problemática más acentuada y persistente que atraviesa el mundo y en especial nuestros países andinos y entre ellos nuestro Ecuador, que es la inequitativa distribución de riqueza y recursos que afecta al 80% de la población. En esta desigual repartición de la riqueza tienen que ver directamente las políticas estatales y seccionales que se imprimen en el territorio. Por lo tanto, el pleno conocimiento de las potencialidades con las que cuenta el territorio, principalmente su gente y su cultura, constituirá un gran aporte en la búsqueda de caminos para transformar esta realidad y de ahí su importancia ética (RIVADENEIRA NUÑEZ, 2016, hojas 1).

10 PALABRAS FINALES

En la actualidad, es posible asociar la idea del “buen vivir” y la necesidad de abandonar una organización político-constitucional basada en la fijación liberal de que “somos todos iguales”, con un concepto fundamental que aprendí en el Profesorado al que asistí en el IFDC San Luis (Educación gratuita, estatal y de calidad), concepto que proviene de Pierre Bourdieu, que tomo aquí, aun cuando es europeo también él. Este concepto establece que ***no es verdad que las personas nacen todas iguales***. Todo lo contrario: hay personas que reciben riquezas al nacer y crecer, no sólo materiales, sino también simbólicas. Desde ese punto de vista, en el seno de los pueblos originarios, de los descendientes de los esclavizados, de los pobres y desclasados, de los que ya en el pasado no pudieron recibir una educación que les diera herramientas para emanciparse, nacen y se desarrollan personas que ***reciben mucho menos bienes (capital material y capital simbólico)*** que las otras. Estas personas

merecen positivamente que el Estado intervenga y les asegure el “buen vivir” o *Sumak Kawsay* plasmado en las constituciones de Ecuador y Bolivia, mediante acciones positivas concretas, educativas, económicas, financieras, políticas, de cupos mínimos, etc. Entonces, no debemos olvidar que un constitucionalismo liberal, que traslada a América (aún en su versión contemporizante como el de artículo 14 bis de la Constitución Nacional Argentina, emanado de una convención constituyente posterior a un golpe de estado) las categorías liberales europeas, no nos asegura en nuestro continente, el Sumak Kawsay, el “buen vivir”.

REFERENCIAS

DUSSEL, Enrique D. ¿Descubrimiento o invasión de América?: visión histórico-teológica. En: **Concilium: Revista Internacional de Teología**, Estella (Navarra), Ed. Verbo Divino, n. 220, p. 481-488, Noviembre 1988.

DUSSEL, Enrique. Más allá del eurocentrismo: el sistema-mundo y los límites de la modernidad. En: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GUARDIOLA-RIVERA, Oscar; MILLÁN DE BENAVIDES, Carmen (Ed.). **Pensar (en) los intersticios: teoría y práctica de la crítica pós-colonial**. Santafé de Bogotá: Pensar / Pontificia Universidad Javeriana, 1999.

KUSCH, Rodolfo. **Cultura y liberación**. Buenos Aires: Ross, 2012.

KUSCH, Rodolfo. **Geocultura del hombre americano**. La Serena (Chile): Ed. Universidad de La Serena, 2020.

QUIJANO, Anibal. **Textos de fundacion**. PALERMO, Zulma; QUINTERO, Pablo (compiladores). Buenos Aires: Signo, 2014.

REPÚBLICA ARGENTINA. Ministerio de Cultura de Argentina. El origen afro de la Argentina. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 18 de julio de 2018. Disponible en: <<http://tinyurl.com/38t6s99a>>.

RIVADENEIRA NUÑEZ, Guadalupe. Sumak Kawsay: esplendida existência: buen vivir. Noviembre 2016. Disponible en: <<http://infoandina.org/infoandina/sites/default/files/comments/files/SUMAK%20KAWSAY-Guadalupe%20Rivadeneira.pdf>>.

UN ESTUDIO genético logró determinar las ancestrías presentes en el ADN de los argentinos. 18 de mayo de 2018. En: Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018. Disponible en: <<http://tinyurl.com/ya3xj7v3>>.

Recebido em: 11-6-2024

Aprovado em: 30-11-2024

NOCH EINMAL: O PROBLEMA DA PUNIBILIDADE, OU NÃO, DA BURLA PROCESSUAL NO DIREITO PORTUGUÊS¹

Duarte Rodrigues Nunes²

SUMÁRIO. I. Introdução e colocação do problema. II. As medidas sancionatórias processuais. III. Exemplos de condutas subsumíveis à burla processual. IV. Os argumentos que têm sido esgrimidos a favor e contra a punibilidade da burla processual na jurisprudência portuguesa. V. Os princípios da dignidade penal e da carência de tutela penal. VI. As condutas subsumíveis à burla processual possuem dignidade penal e mostram-se carecidas de tutela penal? VII. A burla processual no direito comparado. VIII. A burla processual no direito português. IX. O bem jurídico protegido e o tipo objetivo e subjetivo do crime de burla. X. Da subsunção das condutas que constituem a burla processual ao crime de burla. XI. Conclusões. Bibliografia.

¹ **Como citar este artigo científico.** NUNES, Duarte Rodrigues. *Noch einmal: o problema da punibilidade, ou não, da burla processual no direito português*. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 25-89, set.-dez. 2024.

² Professor associado da Universidade Europeia e da Universidade Lusíada de Angola. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Jurisconsulto. Juiz de Direito (tendo exercido funções entre 2005 e janeiro de 2022 e estando atualmente em situação de licença sem retribuição). Investigador integrado do Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais e não integrado do Centro de Investigação Jurídica do Ciberespaço, ambos da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Conferencista. *E-mail*: duarterodriguesnunes@gmail.com

I INTRODUÇÃO E COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

O crime de burla³ (p. e p. pelos arts. 217.º e ss. do CP⁴), apesar de ser um crime de execução vinculada (na medida em que exige uma conduta astuciosa e enganosa do agente) (DIAS, 2019, p. 358-359; ALBUQUERQUE, 2011, p. 917; COSTA, 1999, p. 293), poderá ser cometido utilizando os mais variados expedientes (necessariamente de carácter astucioso e enganoso), como, por exemplo, mediante a utilização de documentos⁵, meios informáticos (*emails*, SMS, páginas da Internet) ou meios “tradicionais” (cartas, telefonemas, anúncios em jornais ou revistas), declarações expressas ou factos concludentes, *etc.*

Por isso, suscita-se a questão de saber se também é possível cometer um crime de burla através da utilização de processos judiciais (*i. e.*, a chamada burla processual)⁶.

A burla processual consiste em uma pessoa singular ou um ente coletivo, com o propósito de obter vantagens económicas indevidas para si ou para outrem, intentar um processo judicial ou utilizar um processo judicial intentado por outra pessoa (singular ou jurídica) contra si⁷ (mancomunado, ou não, com quem o intentou) ou

³ **Que, no Brasil, é designado por estelionato.**

⁴ O texto do Código Penal português (CP) é consultável em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&ficha=1&pagina=1.

⁵ A questão de saber se existe concurso efetivo ou aparente entre os crimes de burla e de falsificação ou contrafação de documento (p. e p. pelo artigo 256.º do CP) ou de falsidade informática (p. e p. pelo artigo 3.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro) ultrapassa o objeto deste estudo. De todo o modo, deixamos aqui a nossa opinião, que vai no sentido do concurso efetivo, dado que os bens jurídicos tutelados por cada uma dessas incriminações são diversos (com maiores desenvolvimentos e referências doutrinárias e jurisprudenciais, Nunes (2024, p. 112-113).

⁶ Tendo em conta o âmbito deste artigo, analisaremos a questão apenas no caso de processos judiciais instaurados contra particulares, deixando de fora situações em que o lesado seja o Estado, dado que tal implicaria analisar a *vexata quaestio* de saber se o Estado também poderá ser vítima de um crime de burla e, por outro lado, a análise circunscrita aos processos judiciais instaurados contra particulares (*v. g.*, ações cíveis ou ações de trabalho) já permite uma análise suficiente aprofundada.

⁷ O que inclui os casos em que o agente deduz um pedido reconvenicional, embargos de executado ou de terceiro, uma reclamação de créditos ou uma contestação numa ação de simples apreciação negativa (pois, nas ações de simples apreciação

contra outrem⁸, em que irá manipular o sentido da atividade judicial (seja a prolação de uma decisão tendente a definir o direito aplicável ao caso concreto seja a adoção/autorização de medidas de cariz coercivo)⁹ mediante a invocação de factos falsos, o aproveitamento das regras legais relativas ao ónus de alegação ou de impugnação e/ou ao ónus da prova, a utilização de meios de prova falsos, *etc.*, daí resultando um prejuízo patrimonial para um terceiro. Deste modo, também existe burla processual quando ambas as partes de um dado processo, visando obter, para si (para ambas ou apenas uma delas) ou para outrem, um benefício patrimonial, se conluíam, criando um simulacro de litígio, de que resulte um prejuízo patrimonial para um terceiro.

Não existem dúvidas quanto aos casos em que o agente desencadeia um processo ou uma nova instância num processo preexistente¹⁰, independentemente de se tratar de uma ação (da Jurisdição cível, administrativa, laboral, *etc.*) ou de um processo penal, de um procedimento cautelar, de um recurso ou de um

negativa compete ao réu alegar e provar os factos constitutivos do direito cuja inexistência o autor pretende ver declarada ao intentar a ação). São exemplos de ações de simples apreciação negativa a ação de impugnação da justificação notarial (cfr. Ac. do TRL, de 5-6-2018, disponível no sítio www.dgsi.pt, tal como as demais decisões judiciais em que não seja indicada uma fonte diversa) e, no âmbito do processo de insolvência, a ação de impugnação da resolução em benefício da massa insolvente prevista no artigo 125.º do CIRE (cfr. Ac. do TRL, de 7-7-2016).

⁸ Nos casos de intervenção principal ou acessória (cfr. artigos 311.º e ss. do CPC) do agente do crime.

⁹ No caso das ações executivas, em que o título executivo nem sempre é um ato judicial (sentença ou despacho) e em que, mesmo no caso de títulos executivos extrajudiciais, a execução para pagamento de quantia certa pode seguir a forma sumária (cfr. artigo 550.º do CPC), na qual a citação do executado só ocorre após a realização da penhora (cfr. artigo 856.º do CPC) e em que, em regra, não há lugar a despacho liminar do Juiz (cfr. artigo 855.º do CPC), o ato lesivo do património do ofendido pode ocorrer sem a prévia intervenção de qualquer Juiz, pelo que, em tais situações, o enganado será o agente de execução que efetua a penhora e não um Juiz [admitindo a burla processual também quando o enganado seja um agente de execução (*Gerichtsvollzieher*), CRAMER, 2001, p. 2.075].
Contudo, para simplificar a exposição, em regra, faremos referência apenas ao Juiz.

¹⁰ *V. g.*, no caso da dedução de um pedido reconvenicional ou de embargos de executado ou de terceiro.

incidente e podendo tratar-se de um procedimento declarativo ou executivo. Mais duvidosas são as situações em que o agente não desencadeia um processo nem uma nova instância num processo preexistente, limitando-se a defender-se¹¹, como sucede nos casos em que o réu/requerido/reconvindo invoca exceções dilatórias ou perentórias ou apresenta defesa por impugnação¹².

Contudo, a subsunção, ou não, desses casos duvidosos à burla processual deverá ser aferida casuisticamente, designadamente no que concerne à intenção do agente, à causação ou, pelo menos, à tentativa de causação de um prejuízo patrimonial e ao caráter fraudulento e astucioso da conduta em concreto.

A questão da punibilidade da burla processual não tem merecido uma particular atenção da Doutrina portuguesa e, na Jurisprudência, o número de arestos que se debruçaram sobre esta questão não é muito significativo, mas sendo maioritário o entendimento de que a burla processual não é punível (enquanto crime de burla)¹³.

Porém, tendo em conta o nível (muito pouco) ético que a litigância não poucas vezes atinge no caso concreto, esta questão deveria merecer uma maior atenção, até porque, na burla processual, não está apenas em causa a causação de prejuízos patrimoniais a outra

¹¹ Embora invocando factos falsos, aproveitando-se das regras legais relativas ao ónus de alegação ou impugnação e/ou do ónus da prova, utilizando meios de prova falsos, *etc.*

¹² *Maxime* nas situações [excepcionais e que devem ser evitadas ao máximo (cfr. GERALDES, 2000, p. 150, e Ac. do TRL, de 19-5-2009)] de dupla quesitação, em que os factos que sustentam a defesa por impugnação do réu/requerido/reconvindo terão de integrar também o objeto da produção de prova, como, por exemplo, nas ações de indemnização por acidente de viação, divórcio ou ações reais e também nos casos de litigância de má-fé [cfr. GERALDES, 2000, p. 150 (nota 236)].

¹³ Contra a punição da burla processual como crime de burla, pronunciaram-se Maia Gonçalves (1979, p. 765), e também em Gonçalves (1998, p. 666), Barreiros (1996, p. 149), e os Acs. do STJ, de 28-1-1948, BMJ 5, p. 150 e ss., 17-6-1953, BMJ 37, p. 121 e ss., 6-10-1960, BMJ 100, p. 449 e ss., 3-10-1962, BMJ 120, p. 207 e ss., 16-1-1974, BMJ 233, p. 67 e ss., e 29-10-2003, do TRL, de 22-9-2020 e do TRP, de 11-4-2007; pelo contrário, pronunciaram-se no sentido da punição, Marques (2010), *passim*, e os Acs. do STJ, de 4-10-2007 e do TRP, de 11-1-2017.

pessoa (física ou jurídica), mas também – ainda que reflexamente – a ocorrência ou o perigo de ocorrência de prejuízos ao nível da justa e correta administração da Justiça e da própria credibilidade dos tribunais aos olhos dos cidadãos, dois valores essenciais de qualquer Estado de Direito¹⁴.

Todavia, o âmbito de aplicação da sanção processual mais gravosa em termos de Direito processual civil (a condenação por litigância de má fé) apenas inclui comportamentos relativos à conduta processual (ainda que alguns deles estejam relacionados com o próprio mérito da pretensão ou da oposição formuladas por quem litiga de má fé), sendo certo que da relação material tal como (fraudulenta e astuciosamente) definida pelo agente também poderão resultar prejuízos graves para direitos ou interesses constitucional e/ou legalmente protegidos¹⁵, pelo que, em determinadas situações, a condenação por litigância de má-fé não tutelaré ou, no mínimo, não tutelaré suficiente e adequadamente esses direitos e/ou interesses.

É certo que existem crimes que punem condutas ilícitas adotadas em processos judiciais, como a falsificação ou contrafação de documento (p. e p. pelo artigo 256.º do CP) (no caso da utilização de documentos falsos como meios de prova), coação (p. e p. pelos artigos 154.º e 155.º do CP) (no caso de ameaças a arguidos, assistentes, ofendidos, testemunhas, peritos, *etc.*), falsidade de depoimento ou declaração (p. e p. pelos artigos 359.º e 361.º do CP) (no caso de uma parte¹⁶ ou o assistente¹⁷ mentirem quando prestarem declarações), falsidade de testemunho, perícia, interpretação ou tradução (p. e

¹⁴ Relativamente à essencialidade da condenação por litigância de má-fé sempre que se verifiquem os respetivos pressupostos e sem haver lugar a qualquer condescendência, *vide* os Acs. do STJ, de 26-9-2013 e do TRL, de 1-2-2006.

¹⁵ *V. g.*, por via da instauração de um processo judicial cujo desfecho o agente ou os agentes instiguem manipular, um cidadão e/ou um ente coletivo serem condenados a pagar uma dívida que não existe ou a entregar ou a ceder o gozo da sua residência ou de um outro bem, podendo, inclusivamente, resultar daí uma situação de penúria económica que coloque em causa a sua própria subsistência e/ou a de terceiros (membros do agregado familiar, trabalhadores da empresa, *etc.*).

¹⁶ Seja uma parte num processo cível seja uma parte civil num processo penal.

¹⁷ No caso do arguido, o âmbito da punição apenas tem a ver com os dados sobre a sua identidade e não tanto com o conteúdo das suas declarações.

p. pelos artigos 360.º e 361.º do CP) (no caso de uma testemunha mentir ou recusar ilegitimamente a prestação de depoimento ou de um perito, técnico, tradutor ou intérprete apresentar relatório pericial, informação ou tradução falsas ou recusar ilegitimamente a sua apresentação), suborno (p. e p. pelo artigo 363.º do CP) (no caso de convencimento ou tentativa de convencimento de outrem a praticar factos subsumíveis ao crime de falsidade de depoimento ou declaração ou ao crime de falsidade de testemunho, perícia, interpretação ou tradução), denúncia caluniosa (p. e p. pelo artigo 365.º do CP) (no caso de alguém denunciar ou lançar a suspeita da prática de um crime, contraordenação ou ilícito disciplinar sobre outrem, sabendo que tal é falso), simulação de crime (p. e p. pelo artigo 366.º do CP) (denunciar ou criar a suspeita da prática de um crime, contraordenação ou ilícito disciplinar que o agente sabe não ter ocorrido, mas sem o imputar a quem quer que seja), *etc.*

Todavia, nenhum destes crimes protege o património, pelo que a condenação por algum deles deixa sem tutela penal a lesão do património que resulta de uma conduta subsumível à burla processual. Também há que ter presente que o facto de uma determinada conduta gerar ou poder gerar o dever de indemnizar não implica, por si só, o afastamento da natureza criminal da conduta, que depende da sua previsão na lei como crime e da sua dignidade penal e carência de tutela penal¹⁸.

¹⁸ De resto, como, a respeito da burla processual, se entendeu no Ac. do STJ, de 4-10-2007, o mesmo comportamento humano pode constituir, de acordo com o critério de valoração e os pressupostos específicos do Direito civil, um ilícito civil e também, segundo a específica valoração jurídico-penal, um ilícito criminal. Ademais, como se afirma nesse mesmo aresto, bem como nos Acs. do mesmo STJ, de 20-3-2003 e 3-2-2005, o burlão pode utilizar expedientes constituídos ou integrados também por contratos civis, sendo certo que, uma vez que o dolo *in contrahendo* cível determinante da nulidade do contrato se configura em termos muito idênticos ao engano constitutivo da burla (inclusive quanto à eficácia causal para produzir e provocar o ato de disposição patrimonial), a linha divisória entre a fraude constitutiva da burla e o ilícito civil terá de ser encontrada nos diversos índices que a Doutrina e a Jurisprudência têm proposto, sendo que o dolo *in contrahendo* é facilmente criminalizável, bastando que se verifiquem os demais elementos do tipo do crime de burla.

II AS MEDIDAS SANCIONATÓRIAS PROCESSUAIS

A Lei processual civil prevê três tipologias de sanções diretamente destinadas a penalizar a adoção de condutas processuais ilícitas. A primeira tipologia dessas sanções é a multa processual. Encontramos, no CPC, várias normas em que é prevista a aplicação de uma multa¹⁹.

A segunda tipologia é a taxa sancionatória excecional, em que está em causa a punição da dedução/apresentação/interposição de ação, oposição, requerimento, recurso, reclamação ou incidente que, ainda que estejam previstos na lei (artigo 531.º do CPC), sejam manifestamente improcedentes e desde que a parte não tenha agido com a prudência e/ou a diligência devidas (artigo 531.º do CPC). No fundo, estão em causa situações mais graves do que aquelas em que a lei prevê a condenação em multa processual, como resulta dos próprios fundamentos legais da taxa sancionatória excecional, da excecionalidade da sua aplicação (Ac. do STJ, de 18-12-2019) e do facto de a sua moldura ser mais elevada²⁰. Na medida em que tanto a taxa sancionatória excecional como a multa processual têm carácter sancionatório, o legislador veda a condenação de uma parte, pela mesma conduta processual, cumulativamente com multa e taxa sancionatória excecional (artigo 27.º, n.º 5, do RCP).

E a terceira tipologia de sanção processual civil é a litigância de má-fé. Nos termos do artigo 542.º, n.º 1, do CPC, quem litigar de má-fé é condenado em multa²¹ (mesmo que não tenha sido

¹⁹ Como, por exemplo, os artigos 150.º, n.º 1, 417.º, n.º 2, 423.º, n.º 2, 433.º, n.º 2, e 508.º, n.º 4, do CPC, que se prendem com a punição de condutas de perturbação da ordem em atos processuais, falta de colaboração com o Tribunal, não junção de documentos tal como ordenado pelo Tribunal, junção tardia de documentos ou falta de comparação injustificada em ato processual.

²⁰ Tendo um limite mínimo de 2 UC e podendo ir até 15 UC, ao passo que a moldura da multa processual quando a lei não a preveja especificamente tem um limite mínimo de 0,5 UC e, mesmo nos casos mais graves, não pode ultrapassar as 10 UC.

²¹ Nos termos do artigo 27.º, n.º 3, do RCP, nos casos de condenação por litigância de má-fé a multa é fixada entre 2 UC e 100 UC, sendo que este limite máximo (que corresponde atualmente a 10 200,00 €) pode mostrar-se pouco dissuasor em termos de “prevenção geral” e “prevenção especial” de condutas subsumíveis à litigância de má-fé no caso de processos em que estejam em causa quantias ou bens cujo valor ascenda a centenas de milhar ou mesmo a milhões de euros.

peticionada a condenação como litigante de má-fé – Ac. do STJ, de 11-9-2012) e no pagamento de uma indemnização à parte contrária (desde que peticionada). De acordo com o artigo 542.º, n.º 2, do CPC, existe litigância de má-fé quando alguma das partes (ou ambas, pois a litigância de má-fé não depende do resultado da ação – no caso da má-fé instrumental – ²² nem da existência de qualquer prejuízo (CORDEIRO, 2006, p. 28; NUNES, ([2024?]), e cada uma das partes pode ter adotado alguma das condutas referidas nas alíneas desse n.º 2 do artigo 542.º²³), agindo com dolo ou negligência grave, tiver:

- a) deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar;
- b) alterado a verdade dos factos ou omitido factos relevantes para a decisão da causa;
- c) praticado omissão grave do dever de cooperação; ou
- d) feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objetivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a ação da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão.

²² Cfr. Freitas e Alexandre (2019, p. 457): “É corrente distinguir má-fé material (ou substancial) e má-fé instrumental. A primeira relaciona-se com o mérito da causa: a parte, não tendo razão, atua no sentido de conseguir uma decisão injusta ou realizar um objetivo que se afasta da função processual. A segunda abstrai da razão que a parte possa ter quanto ao mérito da causa, qualificando o comportamento processualmente assumido em si mesmo. Assim, só a parte vencida pode incorrer em má-fé substancial, mas ambas as partes podem atuar com má-fé instrumental, podendo portanto o vencedor da ação ser condenado como litigante de má-fé” (no mesmo sentido, CORDEIRO, 2006, p. 28; NUNES, ([2024?])).

²³ *V. g.*, *A* intenta contra *B* uma ação peticionando o pagamento de uma dívida que *B* já solvera e *B*, em sede de reconvenção, peticiona a condenação de *A* no pagamento de uma dívida resultante de um contrato que jamais foi celebrado. *C* intenta contra *B* uma ação peticionando o pagamento da quantia de 50 000,00 € (quando bem sabe que a dívida é de apenas 25 000,00 €, pois *B* já pagara parte da dívida) e *B*, em sede de contestação, alega o pagamento total da dívida (quando bem sabe que apenas pagara uma parte da mesma).

Relativamente à delimitação entre os campos de aplicação da condenação por litigância de má-fé e de aplicação da taxa sancionatória excecional, esta destina-se a sancionar condutas da parte que, não atingindo a gravidade pressuposta pela litigância de má-fé, se traduzem na formulação de uma pretensão ou na prática de ato processual que a parte não teria introduzido em juízo ou praticado no processo caso tivesse atuado com a prudência e/ou a diligência que lhe são exigíveis (cfr. Decisão Singular do TRE, de 7-6-2018), bastando-se com uma atuação com negligência “simples”, ao contrário da litigância de má-fé, que exige uma atuação com dolo ou negligência grave (como notam FREITAS; ALEXANDRE, 2019, p. 431-432; NUNES, ([2024?])).

Na Lei processual civil cumpre referir também o uso anormal de processo (que, em si, não é uma sanção processual, mas sim uma ocorrência que conduz à aplicação de uma sanção processual), previsto no artigo 612.º do CPC. Como referem Lebre de Freitas e Isabel Alexandre (2019, p. 726; no mesmo sentido, NUNES, ([2024?])):

a função do processo civil seria frustrada se às partes fosse consentido ficcionar a existência dum litígio inexistente para obter uma sentença que, aparentemente tutelando direitos ou interesses legalmente protegidos, na realidade proporcionasse a obtenção dum resultado proibido por lei ou o engano de terceiros sobre as situações jurídicas das partes. A lei contém, por isso, dispositivos que visam evitar o desvio da função processual por via de simulação ou fraude.

Assim, ocorre uma simulação processual quando as partes, de comum acordo, simulam a existência de um litígio para obterem uma sentença cujo efeito apenas querem relativamente a terceiros, mas não entre si, ao passo que ocorre uma fraude processual quando as partes, de comum acordo, criam a aparência de um litígio para obterem uma sentença cujo efeito pretendem, mas que lesa um direito de terceiro ou viola uma lei imperativa predisposta no interesse geral (REIS, 1981, p. 101; FREITAS; ALEXANDRE, 2019, p. 726, NUNES, [2024?] e Acs. do TRC, de 12-5-2009 e 20-11-2012). A simulação do

litígio, comum a ambas as figuras, passa quase sempre pela alegação, pelo autor/requerente/reconvinte, de uma factualidade inverídica, que não é contraditada ou é apenas ficticiamente contraditada pelo réu/requerido/reconvindo (FREITAS; ALEXANDRE, 2019, p. 727; NUNES, [2024?], e Acs. do TRC de 26-9-2006 e 20-11-2012).

As consequências da detecção do uso anormal do processo são a extinção da instância (devendo o Juiz anular oficiosamente o processo) (FREITAS; ALEXANDRE, 2019, p. 727; NUNES, [2024?], e Ac. do TRC, de 15-5-2007) e a condenação de ambas as partes como litigantes de má-fé (REIS, 1981, p. 103, FREITAS; ALEXANDRE, 2019, p. 727; NUNES [2024?]).

Por fim, cumpre referir que, embora não constitua *ex se* uma medida sancionatória, a condenação em taxa de justiça no caso de procedimentos ou incidentes anómalos²⁴ (quando a situação não assuma a gravidade necessária para justificar a aplicação de uma taxa sancionatória excepcional), que irá acrescer à taxa de justiça devida pelo processo *ex se*, acaba por, reflexamente, dissuadir a adoção de condutas processuais menos aceitáveis.

Por seu turno, a Lei processual penal prevê duas tipologias de sanções diretamente destinadas a penalizar a adoção de condutas processuais ilícitas. De notar que, no processo penal, o princípio da lealdade processual ou da boa fé processual – que é, antes de mais, um princípio de índole moral e não apenas jurídica, assente na lealdade, probidade e honestidade – que vincula *todos* os sujeitos e intervenientes processuais, pelo que, por força deste princípio, a conduta dos sujeitos processuais no processo terá de se pautar pela boa-fé e pelo respeito pela confiança legítima dos cidadãos nas decisões dos Tribunais, proibindo-se as atuações desleais não só do Tribunal, do MP, do assistente ou do seu mandatário e dos OPC, mas também do arguido e do seu defensor²⁵.

²⁴ Que consistem nas ocorrências estranhas ao desenvolvimento normal da lide que devam ser tributadas segundo os princípios que regem a condenação em custas (cfr. artigo 7.º, n.º 8, do RCP).

²⁵ Cfr. Nunes (2023c, p. 74 e 75); este princípio tem uma dupla vertente, pelo que, além da vertente da conduta dos sujeitos processuais no processo, possui também uma vertente relativa à obtenção e à valoração da prova (sobre esta última vertente, *vide* NUNES, 2019, p. 262 e ss.).

A primeira tipologia dessas medidas é a multa processual (por vezes designada como “pagamento de uma soma” ou “taxa”)²⁶. Ainda no que tange às multas processuais, merece uma referência especial a multa prevista no artigo 277.º, n.º 5, do CPP, nos termos do qual, se o processo for arquivado por se ter apurado que não foi praticado qualquer crime ou, tendo sido praticado, não foi o arguido quem o cometeu ou o procedimento criminal não é legalmente admissível²⁷ e se se concluir que o denunciante e/ou queixoso utilizaram o processo de forma abusiva (*maxime* nos casos de denúncia caluniosa ou de simulação de crime – artigos 365.º e 366.º do CP –, mas não só²⁸), serão condenados no pagamento de uma soma (*rectius* multa) entre 6 e 20 UC, sem prejuízo do apuramento de responsabilidade penal. Apesar de essa norma estar inserida no título relativo ao inquérito, a multa prevista no artigo 277.º, n.º 5, do CPP é também aplicável (por maioria de razão) quando os seus pressupostos se verificarem no momento da prolação do despacho de não pronúncia ou da Sentença absolutória (NUNES, 2023b, p. 338).

E a segunda tipologia de medidas sancionatórias processuais aplicáveis no processo penal é a taxa sancionatória excecional (cfr. artigo 521.º, n.º 1, do CPP), valendo aqui *mutatis mutandis* o que referimos quanto ao processo civil.

No que tange à litigância de má-fé, tem-se entendido que não tem aplicação no processo penal, uma vez que o CPP não prevê expressamente essa possibilidade nem é possível recorrer ao artigo 4.º desse mesmo Código, pois um instituto talhado para punir condutas processuais no quadro de um processo em que está em causa a prossecução de interesses e direitos privados e civilísticos (ao ponto de ser um processo de partes) não tem aplicação no processo

²⁶ Previstas, por exemplo, nos artigos 45.º, n.º 7, 116.º, n.º 1, 153.º, n.º 4, 221.º, n.º 4, 223.º, n.º 6, 456.º e 521.º, n.º 2, do CP.

²⁷ Nestes casos, será duvidosa a aplicabilidade da multa prevista no artigo 277.º, n.º 5, do CPP, salvo se, eventualmente, o denunciante e/ou o queixoso tiver(em) indicado às autoridades uma data falsa em que os factos ocorreram (a fim de obviar, por exemplo, à constatação da prescrição do procedimento criminal ou da caducidade do direito de queixa).

²⁸ A semelhança do que sucede com as custas processuais nos termos do artigo 520.º do CPP, consideramos que o artigo 277.º, n.º 5, também inclui os casos de negligência grave.

penal, que não é um processo de partes e prossegue apenas interesses públicos (Acs. do TRL, de 12-10-2005 e do TRE, de 7-2-2006). Contudo, a Lei processual penal prevê alguns casos de condenação em multa que guardam alguma similitude com o instituto da litigância de má-fé, como é o caso das multas previstas nos artigos 221.º, n.º 4, 223.º, n.º 6, 277.º, n.º 5, 456.º e 521.º, n.º 2, do CPP (NUNES, 2023b, p. 338).

E também vale no processo penal o que referimos quanto às custas incidentais no caso de procedimentos e incidentes anómalos. Contudo, no processo penal encontramos uma situação em que a condenação no pagamento das custas processuais se aproxima da prossecução de finalidades sancionatórias (que, no entanto, serão prosseguidas através da aplicação da multa prevista no artigo 277.º, n.º 5, do CPP e com a eventual responsabilização criminal). Com efeito, o denunciante e o queixoso não pagam custas processuais (a menos que se tenham constituído assistentes [artigos 515.º a 520.º (este *a contrario sensu*) do CP] ou tenham deduzido um pedido de indemnização civil de valor igual ou superior a 20 UC – artigos 523.º do CPP e 4.º, n.º 1, al. n), do RCP); todavia, nos termos do artigo 520.º do CPP, se se concluir que o denunciante e/ou o queixoso denunciaram de má fé (*i. e.*, com dolo) ou com negligência grave, serão condenados no pagamento das custas processuais (que, de outro modo, não pagariam). O pagamento de custas nos termos do artigo 520.º do CPP é cumulável com a condenação em multa prevista no artigo 277.º, n.º 5, do CPP, pois a multa visa sancionar o abuso processual e o pagamento das custas tem a finalidade de ressarcir o erário público dos custos que a sua conduta ilícita causou ao mesmo (NUNES, 2023b, p. 338; ALBUQUERQUE, 2023, p. 841).

Contudo, trata-se, apenas e só, de punir condutas processuais e não de prevenir e reprimir a violação de bens jurídico-penais, pelo que a previsão de sanções processuais, por si só, não afasta a punibilidade da burla processual.

III EXEMPLOS DE CONDUTAS SUBSUMÍVEIS À BURLA PROCESSUAL

Como referimos, na burla processual, uma das partes (ou ambas as partes conluídas entre si) visa(m) obter, para si ou para um terceiro, um determinado benefício económico através da indução em erro do Juiz, que é conseguida através da utilização de meios fraudulentos e astuciosos. Esses meios astuciosos e fraudulentos podem ser de variada natureza, como, por exemplo, a alegação de factos falsos (incluindo a omissão de factos relevantes, mas desfavoráveis para a pretensão do agente), o aproveitamento – obviamente abusivo – das regras legais relativas ao ónus de alegação e/ou de impugnação e/ou relativas ao ónus da prova, a confissão (expressa ou por via da não impugnação dos factos alegados pela contraparte), a prestação de depoimentos falsos (da parte ou de ambas as partes e/ou de testemunhas por si arroladas²⁹), a junção de documentos falsos, a manipulação das condições da pessoa, animal, coisa ou local que irá ser alvo de uma perícia, exame ou inspeção judicial, o suborno de um perito (para produzir um relatório pericial de conteúdo falso), *etc.*³⁰.

A vantagem económica (forçosamente ilegítima no plano jurídico) pode consistir num incremento patrimonial juridicamente indevido (*v. g.*, obter o pagamento de uma quantia a que o agente ou um terceiro não têm direito) ou numa não diminuição do património, que, do ponto de vista jurídico, deveria ter lugar (*v. g.*, evitar o pagamento de uma quantia que deveria ser paga por via da celebração de um contrato).

²⁹ De acordo com Cramer (2001, p. 2.075), a própria testemunha que presta um depoimento falso também poderá cometer uma burla processual, caso tenha conhecimento dos objetivos de quem a arrolou como testemunha e lhe solicitou que prestasse um depoimento falso.

³⁰ *Vide* exemplos de expedientes fraudulentos e enganosos em sede de burla processual em Cramer (2001, p. 2.075-2.076, Lackner e Kühn (2001, p. 989), Tröndle e Fischer (2004, p. 1.702), e Acs. do STJ, de 28-1-1948, BMJ 5, p. 150 e ss., 17-6-1953, BMJ 37, p. 121 e ss., 6-10-1960, BMJ 100, p. 449 e ss., 3-10-1962, BMJ 120, p. 207 e ss., 16-1-1974, BMJ 233, p. 67 e ss., e 29-10-2003, do TRL, de 22-9-2020, e do TRP, de 11-4-2007, e 11-1-2017.

Todavia, não basta a consecução de uma vantagem patrimonial, sendo também necessário que da conduta dos agentes e da utilização de meios astuciosos e fraudulentos resulte um prejuízo patrimonial (decorrente do não recebimento de uma prestação juridicamente devida ou da realização de uma prestação juridicamente indevida) para um terceiro diverso do(s) agente(s) do crime e, se for pessoa diversa do(s) agente(s), do beneficiário do enriquecimento.

Passando aos exemplos, podemos referir, entre outros, os seguintes casos:

- a) *A* intenta uma ação contra *B*, peticionando que seja declarado que adquiriu o direito de propriedade relativo ao r/c de um imóvel (constituído por r/c e 1.º andar) não constituído em propriedade horizontal, alegando factos constitutivos da aquisição por usucapião. *B*, devidamente citado, não contesta, mas deduz pedido reconvenicional contra *A* peticionando que seja declarado que ele (*B*) adquiriu o direito de propriedade relativo ao 1.º andar desse mesmo imóvel, alegando também factos constitutivos da aquisição por usucapião. *A*, devidamente notificado, não deduz réplica. Por força da confissão tácita de ambas as partes, o Juiz profere sentença, declarando que *A* e *B* haviam adquirido o direito de propriedade, respetivamente, do r/c e do 1.º andar do referido imóvel. Contudo, tal ação mais não era do que um expediente espúrio para *A* e *B* “retirarem” esse imóvel do acervo hereditário dos seus pais (visto que o início da posse³¹ que haviam alegado era anterior ao falecimento dos seus pais) em prejuízo dos demais herdeiros;
- b) *A* intenta uma ação contra *B*, peticionando a sua condenação no pagamento de uma quantia, alegando a existência de um contrato que jamais fora celebrado, e indicando, de forma deliberada (para obstar a que *B* tomasse conhecimento da ação e apresentasse contestação) a sua própria morada como sendo a morada de *B* e a residência dos seus pais como sendo a sua morada. Tendo recebido a carta de citação na

³¹ Nos termos do artigo 1288.º do CC, os efeitos da usucapião retroagem à data do início da posse.

sua casa, *A* falsifica a assinatura de *B* no aviso de recepção e destrói a carta. Dado que a ação não foi contestada e não se apercebendo do que sucedera, o Juiz profere sentença, julgando a ação procedente;

- c) *A*, gerente de uma empresa, tendo perfeita consciência de que fora o responsável por um acidente de viação, intenta uma ação contra a seguradora do outro veículo interveniente no sinistro (que declinara qualquer responsabilidade), alegando uma versão falsa dos factos, prestando declarações de parte falsas e arrolando testemunhas (seus funcionários) que prestam depoimentos falsos (com o objetivo de, mesmo não se provando a sua versão dos factos e não logrando o Tribunal estabelecer a culpa na produção do acidente, obter o ressarcimento de metade da reparação dos danos do seu veículo, por aplicação do disposto no artigo 506.º, n.º 2, do CC);
- d) *A*, com o objetivo de se furtar ao pagamento das prestações de vários empréstimos que havia contraído junto da banca, apresenta-se à insolvência e requer a concessão do benefício da exoneração do passivo restante nos termos dos artigos 255.º e ss. do CIRE, alegando falsamente que se encontra em situação de insolvência. Por força do disposto no artigo 28.º do CIRE e à míngua de elementos que levem a suspeitar de que *A* não se encontra na situação que alega, o Juiz decreta, de imediato, a insolvência de *A* e, subsequentemente, defere o pedido de exoneração do passivo restante, apesar da oposição dos credores;
- e) com o objetivo de recuperar o dinheiro que havia perdido por via de um investimento anterior, *A* instaura contra o Banco *B*, em cujo balcão subscrevera o referido investimento, uma ação a peticionar o valor que havia perdido, alegando falsamente que o Banco havia violado as obrigações a que estava adstrito para com os seus clientes. Além disso, *A* forja um *email* (simulando igualmente que o mesmo lhe havia sido enviado por um funcionário do Banco) cujo teor

pretende demonstrar o (falsamente) alegado por *A* na petição inicial, *email* esse que é junto como prova na referida ação³². Todavia, o “expediente” é descoberto pelo Juiz, que julga a ação improcedente;

- f) *A* intenta uma ação contra *B*, peticionando a sua condenação no pagamento de uma determinada quantia, alegando falsamente a celebração de um contrato, apresentando faturas forjadas e utilizando testemunhas consigo conluiadas, que prestam testemunhos falsos. Credo nas provas apresentadas por *A*, o Juiz julga a ação procedente, condenado *B* a pagar a *A* a quantia peticionada³³;
- g) *A* faleceu solteira, intestada e sem herdeiros conhecidos, além de *B*, que era um parente de grau muito afastado e não sucessível. Todavia, anos antes, *A* havia dito a *B* que pretendia fazer testamento e *B* contou a *C*, mãe de um seu amigo o que *A* lhe dissera, mais referindo que pretendia descobrir se esse testamento existia, pois esperava ser contemplado. *C* referiu a *B* que iria tentar descobrir o testamento e *B* entregou-lhe vários documentos relativos aos bens de *A*, o bilhete de identidade de *A* e todas as demais informações relativas a *A*, incluindo a data do óbito. Com tais documentos, *C* forjou um contrato-promessa (falsificando a assinatura de *A*) nos termos do qual *A* prometia vender-lhe todos os bens imóveis que havia deixado e *C* prometia comprar-lhos pelo valor total de 150 000,00 €, mais declarando *C* que havia entregado essa quantia a *A*, que dava quitação. Seguidamente, *C* instaura uma ação contra o Estado, peticionando que o Estado fosse reconhecido como herdeiro de *A*, tendo essa ação sido julgada procedente. De seguida, *C* propõe uma ação de execução específica desse contrato-promessa (que junta ao processo) contra o Estado e, por força desse contrato e do depoimento de algumas testemunhas (que prestam depoimentos falsos), a ação é julgada procedente e o Juiz declara celebrado o contrato definitivo, mais declarando que o preço já se encontra pago,

³² Trata-se de um resumo da factualidade em causa no Ac. do TRL, de 22-9-2020.

³³ Trata-se de um resumo da factualidade em causa no Ac. do TRP, de 11-1-2017.

tendo *C* registrado a seu favor o direito de propriedade sobre os referidos bens³⁴;

- h) *A*, embora sabendo que *B* já lhe pagara a quantia que lhe devia, intenta uma ação destinada a obter o pagamento dessa quantia, valendo-se de nunca ter emitido e entregado a *B* qualquer quitação. *A* logra demonstrar a existência do contrato (que, efetivamente, fora celebrado), mas *B* não consegue provar o pagamento (*A*, em declarações de parte, afirma falsamente que *B* não lhe pagou a quantia peticionada). Perante a falta de prova do pagamento, o Juiz condena *B* a pagar a quantia em causa a *A*³⁵;
- i) *A*, empregada doméstica de *B* (que se encontrava na fase terminal da sua vida), estava encarregada de movimentar as contas de *B* para efetuar depósitos, levantamentos e pagamentos de dívidas de *B*. Entretanto, tendo *B* falecido e sido instaurado um processo de inventário, *A* (que era herdeira testamentária de *B*), reclama várias quantias nesse inventário, ao mesmo tempo que oculta que tem em seu poder uma elevada quantia de dinheiro. Apesar de instada pelos herdeiros a informar onde se encontra o dinheiro, *A*, tendo arrolado várias testemunhas – que prestam depoimentos falsos (corroborando o que *A* alega) –, declara que procedera ao levantamento da quantia, mas tinha-a entregado a *B* ainda em vida deste, o que não corresponde à verdade³⁶;
- j) *A* propõe uma ação contra *B* e *C*, tendente a demonstrar ser também filho de *D* (pai de *B* e *C*, um empresário já falecido),

³⁴ Trata-se de um resumo da factualidade em causa nos Acs. do STJ, de 4-10-2007, e do TRP, de 11-4-2017 (o primeiro aresto revogou o segundo, que absolvera a arguida quanto ao crime de burla).

³⁵ Cfr. Otto (2005, p. 260), e Ac. do STJ, de 17-6-1953, BMJ 37, p. 121 e ss. No entanto, ao passo que, no exemplo dado por Otto, trata-se de uma ação declarativa, no caso julgado pelo STJ, tratava-se de uma ação executiva em que o exequente deu à execução uma letra em branco para garantia de um empréstimo que já fora pago, mas, apesar disso, o exequente procedeu ao seu preenchimento.

³⁶ Trata-se de um resumo da factualidade em causa no Ac. do STJ, de 6-10-1960, BMJ 100, p. 449 e ss.

mas pretendendo, na realidade, forçar *B* e *C* a dar-lhe uma avultada soma, para evitar o escândalo da propositura de uma ação de investigação de paternidade. Para provar essa qualidade, juntou aos autos um escrito, cuja autoria atribuía a *D*, tendo-se apurado que esse escrito era falso e que a finalidade da propositura daquela ação era coagir *B* e *C* a entregarem-lhe uma quantia substancial, para evitar o escândalo da propositura de uma ação de investigação de paternidade³⁷;

- k)* *A*, companheira de *B* (e muito mais jovem do que *B*, que já tinha uma idade avançada), pretendendo apoderar-se do património de *B* – sendo necessário “contornar” os efeitos de uma providência cautelar intentada pelos filhos de *B* (que fora decretada) para acautelar o efeito útil de uma ação de inabilitação de *B* (por demência) e que impedia que *B*, por influência de *A*, dissipasse o seu património –, conluída com *C* e *D*, criou falsas dívidas a favor de *C* e *D* e emitiu várias letras a favor destes, que intentaram ações executivas contra *B*, que não deduziu embargos. Com este esquema, *A*, após a morte de *B*, logrou apoderar-se de quantias que não lhe pertenciam, em prejuízo dos demais herdeiros de *B*³⁸;
- l)* *A*, pretendendo obter o pagamento de uma indemnização por parte de uma seguradora (*B*), conluído com *C* (mediador de seguros), adquire um veículo acidentado com “perda total”, celebra, através do mediador *C*, um contrato de seguro de danos próprios (sendo atribuído ao veículo um valor superior ao seu real valor) e simula um acidente de viação. O veículo é transportado para a oficina de *D*, que elabora um orçamento. Participado o acidente à seguradora *B*, esta declina a responsabilidade. Perante a recusa da seguradora, *A* intenta uma ação judicial contra a seguradora, alegando falsamente que adquirira o automóvel em bom estado de

³⁷ Trata-se de um resumo da factualidade em causa no Ac. do STJ, de 3-10-1962, BMJ 120, p. 207 e ss.

³⁸ Trata-se de um resumo da factualidade em causa no Ac. do STJ, de 16-1-1974, BMJ 233, p. 67 e ss.

conservação, que o veículo sofrera um acidente de viação e que – nesta parte, com verdade –, celebrara um contrato de seguro de danos próprios com *B*. No julgamento, *A* presta declarações de parte faltando à verdade e, tendo arrolado várias testemunhas (a quem industriou para prestarem depoimentos falsos), estas prestam depoimentos falsos;

- m) *A* apresenta uma denúncia contra *B*, imputando-lhe falsamente a prática de factos constitutivos de um crime de violência doméstica, com a finalidade de, sendo aplicada uma medida de coação³⁹ e, a final, a pena acessória de proibição de contactos a *B* (com afastamento da residência pertencente a *B*, mas em que ambos residem), conseguir usufruir da residência pertencente a *B*, que terá de arrendar ou adquirir um outro local para residir. Instaurado o processo, crendo o Juiz (e o MP) na veracidade dos factos e dos depoimentos de *A* e das testemunhas por si indicadas (que prestam depoimentos falsos), é aplicada a *B* uma medida de coação de obrigação de afastamento da casa de morada da família (onde *A* continua a residir) e, realizada a audiência de julgamento, é aplicada a *B* a pena acessória de proibição de contactos (com afastamento da residência pertencente a *B*, mas em que *A* reside). Em consequência do expediente engendrado por *A*, com a cooperação das testemunhas que arrolou, *B*, tendo de abandonar a sua residência, continua a ter de pagar a mensalidade do empréstimo que contraíra para a adquirir, bem como a renda de uma outra residência que se viu forçado a arrendar;
- n) *A*, visando obter uma indemnização, apresenta queixa contra *B*, imputando-lhe falsamente a prática de factos que integram o crime de ofensa à integridade física. Deduzida a acusação, apresentado o pedido de indemnização civil e realizada a audiência de julgamento, o Juiz, dando credibilidade aos

³⁹ *Maxime* no caso da medida de não permanecer nem se aproximar da residência onde o crime tenha sido cometido, onde habite a vítima ou que seja casa de morada da família (incluindo a imposição ao arguido da obrigação de a abandonar).

depoimentos falsos de *A* e das testemunhas por si indicadas, condena *B*, incluindo no que tange ao pagamento de uma indemnização a *A*.

IV OS ARGUMENTOS QUE TÊM SIDO ESGRIMIDOS A FAVOR E CONTRA A PUNIBILIDADE DA BURLA PROCESSUAL NA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

No sentido da não punibilidade, tem-se argumentado que:

- a) a atividade processual desenvolvida pelas partes, com o fim de obter uma vantagem patrimonial, não constitui um artifício fraudulento, ainda que sejam alegados factos falsos ou sejam omitidos factos relevantes (cfr. Acs. do STJ, de 28-1-1948, BMJ 5, p. 150 e ss., 6-10-1960, BMJ 100, p. 449 e ss., 3-10-1962, BMJ 120, p. 207 e ss., 16-1-1974, BMJ 233, p. 67 e ss., e 29-10-2003, e do TRP, de 11-4-2007);
- b) os bens patrimoniais que o agente pretende obter por via da burla processual não estão à disposição do Juiz (que, contudo, pode ordenar a sua entrega em consequência do reconhecimento de um direito, o que faz parte das suas atribuições e depende da sua convicção e da obediência à lei), sendo que as decisões judiciais, enquanto subsistirem, devem ser consideradas como a expressão da verdade legal (cfr. Acs. do STJ, de 28-1-1948, BMJ 5, p. 150 e ss., e do TRP, de 11-4-2007);
- c) se a burla processual fosse punível, muitos processos terminariam com a incriminação de uma das partes, pois, a entender-se que uma afirmação falsa constitui o artifício fraudulento exigido para a burla, em cada processo contraditório uma das partes incorreria sempre em responsabilidade penal, porque, das duas verdades em discussão, uma seria falsa (cfr. Acs. do STJ, de 28-1-1948, BMJ 5, p. 150 e ss., 6-10-1960, BMJ 100, p. 449 e ss., e 3-10-1962, BMJ 120, p. 207 e ss., e do TRP, de 11-4-2007);

- d) o processo judicial não é um meio de burlar, sendo que ainda que se tenha obtido judicialmente o pagamento do que não era devido, tal apenas configura responsabilidade civil e não responsabilidade criminal (cfr. Ac. do STJ, de 17-6-1953, BMJ 37, p. 121 e ss.);
- e) a Lei processual contém providências suficientes e adequadas para a elucidação dos julgadores, bem como para prevenir fraudes processuais (como a simulação processual) e punir a má-fé das partes (cfr. Acs. do STJ, de 28-1-1948, BMJ 5, p. 150 e ss., 17-6-1953, BMJ 37, p. 121 e ss., 6-10-1960, BMJ 100, p. 449 e ss., e 29-10-2003, do TRP, de 11-4-2007, e do TRL, de 22-9-2020);
- f) a aplicação do princípio *non bis in idem* obsta à punição da burla processual como crime (cfr. Ac. do STJ, de 17-6-1953, BMJ 37, p. 121 e ss.);
- g) o dolo nas ações judiciais só poderia vingar pela viciação das provas (cfr. Ac. do STJ, de 17-6-1953, BMJ 37, p. 121 e ss.), sendo que a lei já prevê o procedimento criminal em caso de falsidade das provas (cfr. Acs. do STJ, de 17-6-1953, BMJ 37, p. 121 e ss., e do TRP, de 11-4-2007);
- h) a mera instauração de um processo executivo para cobrança coerciva de letras que já tenham sido pagas não constitui erro ou engano que determine o executado a pagar de novo as letras, antes constituindo uma forma de coagir aquele a pagar duas vezes a mesma dívida (cfr. Ac. do STJ, de 29-10-2003);
- i) os advogados que patrocinam as partes estão sujeitos à ação disciplinar da Ordem dos Advogados pelas condutas processuais que infrinjam os seus deveres deontológicos (cfr. Ac. do STJ, de 29-10-2003);
- j) o legislador português conhecia a querela jurisprudencial que existia na vigência do CP de 1886 sobre a punibilidade da burla processual e que a jurisprudência constante do STJ, considerava que a burla processual não constituía crime e nada se referiu a esse respeito nos trabalhos preparatórios do

CP atual, que também nada refere quanto à punibilidade, ou não, da burla processual, o que significa que o legislador não pretendeu punir a burla processual como crime (de burla) (cfr. Acs. do TRP, de 11-4-2007 e do TRL de 22-9-2020);

- k) no crime de burla, para que o burlão⁴⁰ consiga a manipulação do burlado exigida pelo preceito incriminador, tem de se encontrar numa posição que lhe permita condicionar a decisão do segundo, por forma a que o erro da vítima possa ser visto como uma consequência adequada da astúcia daquele e tem de existir uma ligação direta entre o agente e a vítima que permita o reconhecimento da manipulação deste por aquele. Por isso, a invocação, em ação judicial, de um direito que não existe e a apresentação de documentos falsos para prova do mesmo não constituem uma conduta adequada a causar no julgador o erro exigido pelo artigo 217.º do CP nos casos em que estejam em causa factos atribuídos a um funcionário do demandado no exercício das suas funções e valores muito elevados, pois será sempre de esperar o exercício de contraditório do demandado e sendo que, no processo civil atual, o Juiz não tem uma posição passiva e está adstrito a fundamentar as suas decisões; deste modo, se o Juiz incorrer em tal erro, tratar-se-á de erro judiciário e não de erro causado por via da conduta astuciosa e fraudulenta do autor, que, nas circunstâncias concretas, é manifestamente incapaz de condicionar a decisão do Juiz, agindo este no exercício do seu *munus* constitucional de dirimir litígios, ou seja, se o Juiz não percecioner a realidade dos factos e a falsidade do documento, decidindo em erro com prejuízo para terceiro, as consequências patrimoniais desfavoráveis no património do terceiro não decorrem da conduta astuciosa do agente, mas sim do erro judiciário (cfr. Ac. do TRL, de 22-9-2020); e
- l) a possibilidade de ser proferida uma decisão materialmente incorreta por via da burla processual não implica automaticamente o prejuízo exigido pelo preceito incriminador

⁴⁰ Nota do Editor. Considerando que “Burla” é, no Brasil o estelionato, “burlão” é, no Brasil, o estelionatário.

da burla, pois existem formas de reagir à decisão judicial desfavorável e de deduzir oposição à respectiva execução (cfr. Ac. do TRL, de 22-9-2020).

Pelo contrário, no sentido da punibilidade da burla processual, tem-se argumentado que:

- a) nada resulta da lei no sentido de que o legislador tenha querido afastar a punibilidade da burla processual, sendo que a configuração atual do tipo legal do crime de burla é apta a abranger a burla processual, pelo que a pronúncia do legislador apenas seria necessária para esclarecer que tais condutas não são puníveis enquanto crime de burla (cfr. Ac. do STJ, de 4-10-2007);
- b) o facto de o legislador não ter autonomizado a burla processual tal como fez relativamente às modalidades da burla previstas nos artigos 219.º a 222.º do CP significa que entendeu que tal não se justificava, sendo a burla processual subsumível ao tipo fundamental do crime de burla (p. e p. pelo artigo 217.º do CP) (cfr. Ac. do STJ, de 4-10-2007, e da RP de 11-1-2017);
- c) o mesmo comportamento humano pode constituir, de acordo com o critério de valoração e os pressupostos específicos do Direito civil, um ilícito civil e, segundo a específica valoração jurídico-penal, constituir também um ilícito criminal (pois a fraude penal pode manifestar-se numa simples operação civil, designadamente quando esta não passe de um engodo fraudulento usado para envolver e espoliar a vítima, com desprezo pelo princípio da boa-fé, traduzindo-se num desvalor da ação que, pela sua intensidade ou gravidade, tem como única sanção adequada a pena), desde que se verifiquem os demais elementos do tipo do crime de burla (cfr. Acs. do STJ, de 4-10-2007, e do TRP, de 11-1-2017);
- d) no crime de burla, a conduta punível não é a fraude em si mesma, o engano ou o induzir em erro, mas sim a locupletação

- ilícita ou a injusta lesão patrimonial, sendo o engano somente um momento precursor do crime (cfr. Ac. do STJ, de 4-10-2007);
- e) ainda que os tribunais cíveis tenham ao seu dispor mecanismos processuais aptos a resolver dificuldades no âmbito da sua competência cível, por vezes, o contorno do litígio concreto extravasa o âmbito da competência dos tribunais cíveis, de tal sorte que é irrelevante saber se os meios processuais civis são, ou não, aptos para paralisar a pretensão fraudulenta, desde que a configuração do caso reclame uma intervenção jurídico-penal (cfr. Ac. do TRP, de 11-1-2017);
 - f) no tipo de burla não se exige que o enganado seja o próprio sujeito passivo da burla, podendo o engano ocorrer em outra pessoa autorizada a praticar o ato de disposição patrimonial induzido pela existência de um erro (cfr. Ac. do TRP, de 11-1-2017);
 - g) o exercício abusivo do direito de ação judicial é suscetível de causar prejuízos à parte contrária ou a terceiros, independentemente da verificação de litigância de má-fé (cfr. Ac. do TRP, de 11-1-2017);
 - h) a burla processual constitui um comportamento astucioso e fraudulento dirigido a obter um enriquecimento ilegítimo e a causar a outrem um prejuízo patrimonial através da instrumentalização do Tribunal e, por isso, integra o elemento objetivo do ilícito-típico da burla, pois, num caso em que alguém, através de um processo, pretende induzir em erro um julgador para assim satisfazer o plano que orquestrou, trabalha num sentido capaz de violar a ordem jurídica de forma especialmente intensa e grave, não olhando a meios para atingir os seus fins, ainda que tal implique entorpecer a administração da justiça para conseguir um fim que sabe ser contrário ao direito; assim, uma tal conduta exige, como única sanção adequada, a pena (cfr. Ac. do TRP, de 11-1-2017).

V OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE PENAL E DA CARÊNCIA DE TUTELA PENAL

Dado que a imposição de penas e de medidas de segurança constitui uma restrição de direitos fundamentais dos cidadãos, por força dos ditames do princípio da proporcionalidade, só é legítimo recorrer aos instrumentos do Direito penal quando esteja em causa a salvaguarda de bens jurídicos essenciais à convivência comunitária e ao livre desenvolvimento da pessoa (dignidade penal) e desde que essa proteção não se possa realizar, de modo suficiente e adequado, com recurso aos instrumentos de outros ramos do Direito menos gravosos do que as penas e as medidas de segurança (carência de tutela penal) (DIAS, 2019, p. 146 e ss.; NUNES, 2023a, p. 17 e 129-130). Ademais, por força da relação de mútua referência em termos de sentido e de fins entre a ordem de valores jurídico-constitucional e a ordem jurídico-penal dos bens jurídicos, o bem jurídico político-criminalmente tutelável terá de estar relacionado com um direito fundamental ou com um interesse constitucionalmente protegido (DIAS, 2019, p. 136-137; NUNES, 2023a, p. 95).

Como refere Figueiredo Dias (2019, p. 306) a dignidade penal e a carência de tutela penal refletem-se, em larga medida, no próprio *facto punível*, que é constituído, enquanto pressupostos mínimos, pelo tipo de ilícito e pelo tipo de culpa – que são expressões da dignidade penal tipificada (o tipo de ilícito como concretização central do conceito material de crime e o tipo de culpa como censurabilidade do agente referida ao ilícito praticado) –, aos quais acresce a punibilidade enquanto somatório das condições em que novamente se exprime, mas agora de modo específico e autónomo, a dignidade punitiva do *facto* como um todo (incluindo as condições objetivas de punibilidade e as causas de exclusão da punibilidade) e que permite estabelecer a ligação com uma consideração, também ela específica e autónoma, de carência de tutela penal enquanto ideia básica integradora de muitos institutos pertencentes à doutrina das consequências jurídicas do crime ou de cariz essencialmente processual penal (*v.g.*, a dispensa de pena, a queixa e a acusação particular, a suspensão provisória do processo, *etc.*).

Resta, pois, aferir se a punição, como crime, das condutas subsumíveis à burla processual se mostra legítima à luz dos princípios da dignidade penal e da carência de tutela penal.

VI AS CONDUTAS SUBSUMÍVEIS À BURLA PROCESSUAL POSSUEM DIGNIDADE PENAL E MOSTRAM-SE CARECIDAS DE TUTELA PENAL?

Começando pela dignidade penal, as condutas subsumíveis à burla processual lesam (no caso do crime consumado) ou, no mínimo, criam um perigo concreto (no caso da tentativa) para o património de outra pessoa, sendo que a tutela penal do património decorre do direito fundamental à propriedade (garantido pelo artigo 62.º da CRP, bem como pelos artigos 17.º da DUDH, 1.º do Protocolo adicional n.º 1 à CEDH e 17.º da CDFUE). Pese embora surja na CRP no título relativo aos direitos e deveres económicos, sociais e culturais, o direito à propriedade goza do regime dos direitos, liberdades e garantias na parte em que possua natureza análoga à natureza dos direitos, liberdades e garantias (cfr. artigo 17.º da CRP) (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 800).

Como veremos, o crime de burla tutela o património, sendo certo que os tipos legais de crime que punem factos ilícitos incidentes sobre bens patrimoniais (onde se inclui a burla) não protegem apenas os bens patrimoniais, mas também e sobretudo a “relação homem-bem”, o “bem-para-a-pessoa” (DIAS, 2019, p. 1.172; NUNES, 2023a, p. 755 e 760).

Aliás, nas situações subsumíveis à burla processual, a dignidade penal é ainda maior do que nas demais situações subsumíveis ao crime de burla, dado que – ainda que reflexamente – à causação de prejuízos patrimoniais a outra pessoa (física ou jurídica) acrescem os prejuízos ao nível da justa e correta administração da Justiça e da própria credibilidade dos tribunais, dois valores essenciais de qualquer Estado de Direito⁴¹.

⁴¹ No mesmo sentido, embora sem o afirmarem expressamente, Acs. do STJ, de 4-10-2007, e do TRP, de 11-1-2017.

Daí entendermos que as condutas subsumíveis à burla processual possuem inequivocamente dignidade penal. Aliás, mesmo os autores e a jurisprudência que se pronunciam no sentido da não punição da burla processual jamais afirmaram que tais condutas não possuem dignidade penal. Os argumentos vão habitualmente noutro sentido: afirma-se que a conduta não preenche o tipo do crime de burla ou que inexistente carência de tutela penal, visto que a lei prevê outros mecanismos sancionatórios de cariz não penal.

Passando à carência de tutela penal, como referimos, o princípio da carência de tutela penal exige que, apesar da dignidade penal, a proteção do bem jurídico naquela situação concreta não possa operar-se eficazmente com recurso a mecanismos diversos das sanções penais. No fundo, trata-se de uma concretização do (sub) princípio da necessidade do princípio da proporcionalidade.

Deste modo, desde que a conduta possua dignidade penal (como é inequívoco que a burla processual possui), não basta que existam mecanismos de outros ramos do Direito (nomeadamente ao nível do Direito processual civil) que sejam aplicáveis no caso concreto para que a burla processual não possa ser punida como crime. É, igualmente, necessário que esses mecanismos de cariz não penal permitam uma proteção suficiente e adequada do bem jurídico património (que decorre do direito fundamental à propriedade, garantido pelo artigo 62.º da CRP), o que depende, desde logo, de tais mecanismos terem por finalidade (em primeira linha e não de forma meramente reflexa) a tutela do bem jurídico património.

E afigura-se-nos que os arestos que negam a punibilidade da burla processual enquanto crime de burla incorrem nesse lapso, pois bastam-se com a existência de mecanismos de Direito processual civil (cfr. Acs. do STJ, de 28-1-1948, BMJ 5, p. 150 e ss., 17-6-1953, BMJ 37, p. 121 e ss., 6-10-1960, BMJ 100, p. 449 e ss., e 29-10-2003, do TRL, de 22-9-2020 e do TRP, de 11-4-2007) e/ou de Direito disciplinar (*maxime* no caso do Direito disciplinar dos advogados) (cfr. Ac. do STJ, de 29-10-2003) para afastar a responsabilização penal do agente nessas situações. Assim, um dos argumentos aduzidos consiste em afirmar que as leis processuais contêm mecanismos que

permitem a repressão das condutas subsumíveis à burla processual, como sucede com a condenação por litigância de má-fé (cfr. Acs. do STJ, de 28-1-1948, BMJ 5, p. 150 e ss., 17-6-1953, BMJ 37, p. 121 e ss., 6-10-1960, BMJ 100, p. 449 e ss., e 29-10-2003, do TRL, de 22-9-2020 e do TRP, de 11-4-2007); e também tem sido aduzido que, nos termos do artigo 545.º do CPC, os advogados que patrocinam partes que litigam de má-fé estão sujeitos à ação disciplinar da Ordem dos Advogados (o mesmo sucedendo com os solicitadores – nos casos em que seja admissível o patrocínio judiciário por solicitador – face à Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução), podendo ser alvo da aplicação de sanções disciplinares previstas no EOA e no EOSAE e de condenação no pagamento de uma quota-parte das custas, multas e indemnizações em cujo pagamento o mandante tenha sido condenado (cfr. Ac. do STJ, de 29-10-2003).

Contudo, nas situações subsumíveis à burla processual, está (e tem de estar) em causa a inflicção de um prejuízo patrimonial a um terceiro⁴², pelo que, como se referiu, só se pode afirmar que as leis processuais contêm mecanismos que permitem a repressão das condutas subsumíveis à burla processual se esses mecanismos tiverem por finalidade a proteção do património do burlado, sendo que essa finalidade terá de ser uma finalidade principal (ou uma das finalidades principais) e não um mero efeito reflexo.

Mas, analisemos separadamente cada um desses argumentos.

Quanto à condenação em multa por litigância de má-fé, está em causa a punição pela assunção de alguma ou algumas das condutas previstas no artigo 542.º, n.º 2, do CPC, que têm a ver com a violação do dever de boa-fé processual e não com a causação de prejuízos patrimoniais, ou seja, a condenação em multa por litigância de má-fé não tutela o património.

É certo que, no caso da litigância de má-fé, a lei prevê, além da condenação em multa (que é oficiosa), a condenação no

⁴² De resto, como se afirma no Ac. do STJ, de 4-10-2007, no crime de burla, a matéria punível não é a fraude em si mesma, o engano ou o induzir em erro, mas sim a locupletação ilícita ou a injusta lesão patrimonial, sendo o engano somente um momento precursor do crime.

pagamento de uma indenização à contraparte (que terá de ser peticionada), sendo que o artigo 543.º do CPC prevê dois tipos de indenização: (1) o reembolso das despesas que a má-fé do litigante tenha obrigado a parte contrária a realizar, incluindo o pagamento de honorários aos mandatários ou técnicos [artigo 543.º, n.º 1, al. a)] ou (2) o reembolso dessas despesas e o ressarcimento dos restantes prejuízos sofridos pela parte contrária como consequência direta ou indireta da má-fé [artigo 543.º, n.º 1, al. b)], sendo que, no primeiro caso, apenas são indenizados os danos emergentes causados à contraparte, ao passo que, no segundo, são indenizados todos os prejuízos sofridos pela contraparte, incluindo também os lucros cessantes. Como resulta do artigo 543.º, n.º 2, do CPC, a opção entre um ou outro tipo de indenização assenta na gravidade da conduta reprovável do litigante de má-fé, pelo que a indenização prevista no artigo 543.º, n.º 1, al. b), do CPC deverá ser arbitrada nos casos mais graves (FREITAS; ALEXANDRE, 2019, p. 463).

Contudo, ainda que, no caso da indenização prevista no artigo 543.º n.º 1, al. b), do CPC, sejam indenizados todos os prejuízos sofridos pela contraparte (incluindo também os lucros cessantes), estando a responsabilidade por litigância de má fé necessariamente associada à verificação de um puro ilícito processual, os danos referidos pelo artigo 543.º do CPC só podem ser os prejuízos que resultem desse ilícito processual e não os resultantes da ofensa de posições jurídicas substantivas que o litigante de má-fé poderá também lesar com o seu comportamento⁴³. Por isso, quando a contraparte sofrer também prejuízos ao nível de posições jurídicas substantivas, só lhe resta instaurar uma ação declarativa autónoma para obter o ressarcimento dos demais danos a título de responsabilidade civil (CORDEIRO, 2006, p. 138-139; MARQUES, 2010, p. 38).

Deste modo, ainda que indenização por litigância de má-fé tenha uma finalidade sancionatória e compensatória e não

⁴³ Cfr. Freitas e Alexandre (2019, p. 463) e Acs. do TRP, de 13-2-2017, e 6-2-2020, e do TRC, de 23-6-2020. De resto, como refere Menezes Cordeiro (2006, p. 93), o abuso de direito nos termos do artigo 334.º do CC (que também inclui o abuso de direito de ação) é mais amplo do que a litigância de má-fé.

ressarcitória como a indenização decorrente da responsabilidade civil (assim FREITAS; ALEXANDRE, 2019, p. 463; e Acs. do TRP, de 13-2-2017, e 6-2-2020, e do TRC, de 23-6-2020), a lesão do bem jurídico patrimônio decorrente da burla processual (que tem natureza substantiva) não é sancionada por meio da indenização prevista no artigo 543.º do CPC.

Ademais, transitando a sentença “viciada” em julgado, jamais haverá lugar a condenação do agente por litigância de má-fé no processo declarativo (pois a sua pretensão foi acolhida pelo Tribunal). E, nos casos em que um arguido que foi alvo de uma denúncia caluniosa por violência doméstica seja condenado numa pena acessória de proibição de contactos (com afastamento da residência a si pertencente, mas em que reside com a “vítima”), também não haverá lugar a condenação em multa prevista no artigo 277.º, n.º 5, do CPP; e, como veremos, o prejuízo patrimonial também pode ocorrer antes de ser proferida qualquer decisão transitada em julgado.

A Lei processual penal fornece mais um argumento no sentido de a indenização prevista no artigo 543.º do CPC não afastar a punibilidade da burla processual no plano do Direito penal. Com efeito, como vimos, a condenação por litigância de má-fé não tem aplicação no processo penal, mas, por outro lado, como também vimos, a Lei processual penal prevê vários casos de condenação em multa que se aproximam da condenação em multa por litigância de má-fé no processo civil. E, por força da inaplicabilidade da litigância de má-fé no processo penal, a indenização prevista no artigo 543.º do CPC não é aplicável no processo penal, *maxime* nos casos subsumíveis ao artigo 277.º, n.º 5, do CPP, sendo certo que não é possível lançar mão do disposto no artigo 4.º do CPP, pois este preceito exige que as normas do processo civil a aplicar no processo penal se harmonizem com o processo penal (o que jamais seria o caso do artigo 543.º do CPC, que se refere a um mecanismo que é inaplicável no processo penal).

No entanto, tendo em conta o disposto nos artigos 20.º da CRP, 483.º do CC e 1.º e 2.º do CPC, o denunciado tem

inequivocamente direito a ser ressarcido quanto às despesas que a conduta do denunciante/queixoso o tenha obrigado a realizar (incluindo os honorários que tenha tido de pagar ao defensor e/ou consultor técnico) e quanto aos restantes prejuízos sofridos como consequência direta ou indireta da utilização abusiva do processo penal. Só que, em face da inaplicabilidade do artigo 543.º do CPC ao processo penal, esse ressarcimento, apesar da sua similitude com a indemnização prevista no artigo 543.º do CPC, terá de ser peticionado numa ação declarativa autónoma.

Por isso, consideramos que a condenação ou a possibilidade de condenação por litigância de má-fé não afasta a possibilidade de responsabilização criminal pela burla processual⁴⁴. É que, ainda que os tribunais cíveis tenham ao seu dispor mecanismos processuais aptos a resolver as questões que se suscitem no âmbito da sua competência cível, por vezes, o contorno do litígio concreto extravasa o âmbito da competência dos tribunais cíveis, designadamente quando preencha a previsão de uma norma incriminadora, sendo, por isso, irrelevante saber se os meios processuais civis são, ou não, aptos a paralisar a pretensão fraudulenta (no mesmo sentido, Ac. do TRP, de 11-1-2017). É que, no limite, a restrição da punição da burla processual à condenação por litigância de má-fé (ainda que conjugada com a responsabilização disciplinar do mandatário nos termos do artigo 545.º do CPC e do respetivo estatuto profissional) poderia inclusivamente conduzir a um défice de proteção do direito fundamental à propriedade, de que resulta o bem jurídico património, que, como veremos, é o bem jurídico protegido pelo crime de burla.

E, especificamente no caso do processo penal, a multa prevista no artigo 277.º, n.º 5, do CPP não impede a responsabilização criminal do denunciante/queixoso, não só porque o próprio preceito o prevê expressamente, mas também porque, ainda que não o previsse expressamente, essa sanção não tem natureza penal, mas sim processual, pois visa apenas punir a utilização abusiva do

⁴⁴ No Ac. do TRP, de 11-1-2017, diz-se que “a litigância de má fé, quando tomada como limitadora da responsabilidade comum, seria sempre inconstitucional, pois o processo penal é para averiguar da existência de crimes, quem foram os seus autores e a sua responsabilidade (art.º 262.º CPP)”.

processo penal (ALBUQUERQUE, 2011, p. 748; COSTA, 2014, p. 973). Além disso, o artigo 277.º, n.º 5, do CPP fala em “*sem prejuízo do apuramento de responsabilidade penal*” sem limitar a responsabilidade penal aos crimes de denúncia caluniosa ou de simulação de crime ou sequer aos crimes que punem as condutas em que se pode traduzir a utilização/produção de meios de prova falsos. Daí que, porque *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, seja de concluir que o referido preceito também inclui a responsabilidade penal por burla processual.

Passando ao argumento de que a responsabilização disciplinar do advogado ou do solicitador nos termos do artigo 545.º do CPC e dos respetivos estatutos profissionais obsta à punibilidade da burla processual, trata-se de outro argumento improcedente.

É que, mesmo que ocorra uma responsabilização disciplinar do advogado ou do solicitador nos termos do artigo 545.º do CPC e dos respetivos estatutos profissionais, não ocorre qualquer violação do princípio *non bis in idem* em caso de punição de uma conduta como infração disciplinar e como crime (assim, CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 497-498; DIAS, 2019, p. 200; CARVALHO, 2016, p. 161; SILVA, 2020, p. 121-122; NUNES, 2023a, p. 131, e Acs. do TC n.ºs 263/94 e 161/95 e do STA, de 15-11-2018; manifestando dúvidas, BELEZA, [S. d.], p. 113 e ss.), porquanto se trata de fundamentos de responsabilidade diversos e aquilo que o princípio *non bis in idem* proíbe é o duplo julgamento e não a dupla penalização (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 497; NUNES, 2023a, p. 131). Ademais, ao nível das finalidades, o Direito disciplinar visa garantir especificamente o bom funcionamento dos serviços públicos, das empresas ou de outras organizações de Direito privado e de certas atividades profissionais a quem estão confiados interesses de particular relevância social (v. g., médicos, advogados, técnicos oficiais de contas) mediante a imposição de deveres funcionais e a cominação (e aplicação e execução) de sanções a quem não cumprir os seus deveres funcionais (e não punir a violação de bens jurídico-penais como o património), ao passo que o Direito penal visa salvaguardar os bens jurídicos essenciais à convivência comunitária e ao livre desenvolvimento da pessoa, tanto dentro

como fora do âmbito do funcionamento dos serviços públicos, das empresas e de certas atividades profissionais (assim, SILVA, 2020, p. 118-119; NUNES, 2023a, p. 102).

Por isso, não faz qualquer sentido invocar (como faz o STJ, no seu Ac. de 29-10-2003), como argumento para negar a punibilidade da burla processual no plano do Direito penal, o facto de os advogados e os solicitadores estarem sujeitos à ação disciplinar da Ordem dos Advogados (ou da Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução) pelas condutas processuais que infrinjam os seus deveres deontológicos. De resto, como afirmámos *supra*, no limite, a restrição da punição da burla processual à condenação por litigância de má-fé (ainda que conjugada com a responsabilização disciplinar do mandatário nos termos do artigo 545.º do CPC e do respetivo estatuto profissional) poderia inclusivamente conduzir a um défice de proteção do direito fundamental à propriedade nos termos sobreditos.

O que referimos *supra* permite igualmente refutar o argumento (utilizado no Ac. do STJ, de 17-6-1953, BMJ 37, p. 121 e ss.) de que, em face da existência de mecanismos sancionatórios no Direito processual civil (designadamente, a litigância de má-fé), a punição, como crime, da burla processual violaria o princípio *non bis in idem*, que, como vimos, proíbe o duplo julgamento e não a dupla penalização.

Na verdade, o ilícito penal e o ilícito civil, *rectius* processual civil, são realidades completamente diversas, pelo que, como referimos, a litigância de má-fé não esgota a intervenção sancionatória do Estado quando a conduta da parte preencha igualmente a prática de um crime (*in casu*, o crime de burla) (no mesmo sentido, MARQUES, 2010, p. 35, e Acs.do STJ, de 4-10-2007, e do TRP, de 11-1-2017). De resto, como se afirma nos Acs. do STJ, de 4-10-2007, e do TRP, de 11-1-2017, o mesmo comportamento humano pode constituir, de acordo com o critério de valoração e os pressupostos específicos do Direito civil, um ilícito civil e, ao mesmo tempo, à luz de uma valoração jurídico-penal, constituir um ilícito penal, podendo a fraude penal manifestar-se numa simples operação civil,

designadamente quando esta constitua um engodo fraudulento usado para envolver e espoliar a vítima, com desprezo pelo princípio da boa-fé, traduzindo-se num desvalor da ação que, pela sua intensidade ou gravidade, tem como única sanção adequada a pena.

Um outro argumento – aduzido nos Acs. do STJ, de 17-6-1953, BMJ 37, p. 121 e ss., e do TRP, de 11-4-2007 – (igualmente improcedente) consiste em afirmar que a lei já prevê a possibilidade de procedimento criminal em caso de falsidade das provas (o que é, de facto, verdade, assim como também é verdade que a burla processual não se basta com a alegação de factos falsos – cfr. Acs. do STJ, de 28-1-1948, BMJ 5, p. 150 e ss., 17-6-1953, BMJ 37, p. 121 e ss., 6-10-1960, BMJ 100, p. 449 e ss., 3-10-1962, BMJ 120, p. 207 e ss., e do TRP, de 11-4-2007). Só que, ainda que tal seja uma afirmação correta, os crimes de falsificação ou contrafação de documento (p. e p. pelo artigo 256.º do CP), coação (p. e p. pelos artigos 154.º e 155.º do CP) falsidade de depoimento ou declaração (p. e p. pelos artigos 359.º e 361.º do CP), falsidade de testemunho, perícia, interpretação ou tradução (p. e p. pelos artigos 360.º e 361.º do CP), suborno (p. e p. pelo artigo 363.º do CP), denúncia caluniosa (p. e p. pelo artigo 365.º do CP) e simulação de crime (p. e p. pelo artigo 366.º do CP) não tutelam o património. Por isso, uma vez que a responsabilização criminal por algum desses crimes (ou mesmo por todos) não tutela o património do ofendido que foi lesado pelo agente através da burla processual, o facto de a lei já incriminar a utilização de provas falsas (e mesmo a provocação da instauração de processos, que, contudo, não inclui os processos cíveis⁴⁵) não é um argumento válido no sentido da impossibilidade de subsumir a burla processual ao crime de burla.

Um argumento que milita no sentido da carência de tutela penal no caso da burla processual radica na circunstância de, na burla processual, à causação de prejuízos patrimoniais a outra pessoa (física ou jurídica) acrescerem, ainda que reflexamente, prejuízos ao nível da justa e correta administração da Justiça e da própria credibilidade

⁴⁵ Pois os artigos 365.º e 366.º do CP apenas incluem o desencadeamento de processos penais, contraordenacionais ou disciplinares.

dos tribunais, dois valores essenciais de qualquer Estado de Direito⁴⁶. Daí que esta maior danosidade das situações subsumíveis à burla processual face às demais situações subsumíveis ao crime de burla constitua, não apenas um reforço da dignidade penal, mas também um (forte) argumento no sentido da carência de tutela penal (por manifesta insuficiência dos mecanismos de outros ramos do Direito diversos das sanções penais para tutelar suficiente e adequadamente o património nos casos subsumíveis à burla processual).

De resto, tem-se assistido a um progressivo e significativo abaixamento do nível ético da litigância nos nossos Tribunais (inequivocamente uma das consequências da crise de valores de que padece a Sociedade atual), sendo cada vez mais frequente a utilização de processos judiciais para a consecução de finalidades espúrias e ilícitas (inclusivamente para tentar levar os tribunais a “branquearem” situações menos sérias e para burlar terceiros através da manipulação da atividade dos tribunais). E a tal realidade não são estranhos a existência de um sentimento de impunidade alicerçado, desde logo, numa aplicação demasiado minimalista do instituto da litigância de má-fé, bem como o entendimento prevalecente na Jurisprudência, no sentido da atipicidade da burla processual (o que, como tentamos demonstrar neste artigo, padece, em absoluto, de fundamento à luz do Direito vigente), sendo também chocante, em termos de justiça material, a não punição dos arguidos em alguns dos processos que analisámos.

Assim como também nos choca o argumento de que, se a burla processual fosse punível, então muitos processos terminariam pela incriminação de uma das partes porque, num processo contraditório, uma das duas verdades em discussão seria falsa (aduzido nos Acs. do STJ, de 28-1-1948, BMJ 5, p. 150 e ss., 17-6-1953, BMJ 37, p. 121 e ss., 6-10-1960, BMJ 100, p. 449 e ss., 3-10-1962, BMJ 120, p. 207 e ss., e do TRP, de 11-4-2007).

Na verdade, pela sua enorme danosidade (em termos de lesão de um bem jurídico-penal – *in casu*, o património – e de valores tão

⁴⁶ No mesmo sentido, embora sem o afirmarem expressamente, Acs. do STJ, de 4-10-2007, e do TRP, de 11-1-2017.

eminentes do Estado de Direito como a justa e correta administração da Justiça e a credibilidade dos tribunais), deverão existir tantos processos penais por burla processual quantos aqueles em que a mesma tenha sido detetada⁴⁷. E se, desde que tenha existido uma burla processual (ainda que tentada), forem instaurados processos penais ao agente do crime e o mesmo for, a final, condenado com uma pena dissuasória, certamente que, no futuro, aquele e outros potenciais burlões pensarão, pelo menos, duas vezes antes de terem o topete de instrumentalizar o sistema judiciário para cometerem burlas, o que significa que as finalidades de prevenção geral e especial estão a ser corretamente prosseguidas, beneficiando, com isso, quer os direitos fundamentais de terceiros (designadamente o património) quer a credibilidade da Justiça. Em suma, não existem/existiriam processos-crime por burlas processuais “a mais”, uma vez que, num Estado de Direito, os processos judiciais não podem ser utilizados para burlar terceiros.

E tal argumento padece também de qualquer fundamento pelo facto de nem sempre (e, na maioria dos casos, tal não sucede) uma das versões em conflito num processo cível ser falsa; e acresce que a burla apenas é punida a título de dolo (pelo que mesmo as condutas que constituam litigância de má-fé, mas por culpa grave, não constituem simultaneamente a prática de um crime de burla). Daí que a afirmação de que as partes agem processualmente de boa-fé e visando finalidades legítimas e que, por isso, a punição da burla processual poderia constituir um obstáculo (por intimidação) ao exercício legítimo dos direitos ao acesso à justiça e/ou de defesa num processo judicial não tenha qualquer fundamento.

Ademais, não se pode confundir o legítimo exercício do direito ao acesso à justiça e/ou de defesa com o exercício abusivo e/ou para finalidades espúrias à luz da ordem jurídica desses direitos,

⁴⁷ Desde que, nos casos em que o procedimento criminal dependa de queixa ou de acusação particular, o ofendido apresente queixa (e, no caso de se tratar de crime particular, se constitua assistente e deduza acusação particular). Todavia, não nos choca que, no caso da burla processual, o crime de burla pudesse possuir sempre natureza pública, tendo em conta o abuso do sistema de justiça, que é instrumentalizado para causar uma lesão ilícita do património de outra pessoa.

para mais pondo em causa os direitos da contraparte (e dos demais cidadãos) à justa e correta administração da Justiça e a credibilidade dos tribunais, enquanto valores irrenunciáveis de qualquer Estado de Direito. E, se quem pretender intentar processos ou utilizar processos contra si intentados para, através do uso de artifícios processuais fraudulentos e astuciosos, causar prejuízos patrimoniais a outrem se sentir intimidado a fazê-lo, como referimos, tal significa que as finalidades de prevenção geral estão a ser devidamente prosseguidas.

Deste modo, consideramos que as condutas subsumíveis à burla processual possuem dignidade penal e que a sua prevenção/repressão só pode realizar-se, de forma suficiente e adequada, por meio do recurso aos mecanismos sancionatórios do Direito Penal.

VII A BURLA PROCESSUAL NO DIREITO COMPARADO

No Direito alemão, inexistente qualquer norma que criminalize especificamente a burla processual, entendendo a Doutrina e a Jurisprudência que a burla processual (*Prozessbetrug*) é subsumível ao crime de burla (*Betrug*), p. e p. pelo § 263 do StGB, constituindo um caso de burla triangular (*Dreiecksbetrug*)⁴⁸.

No Direito italiano, a lei apenas prevê expressamente o crime de fraude processual (*frode processuale*) (p. e p. pelo artigo 374 do *Codice Penale*), o mesmo não sucedendo com a burla processual (*truffa processuale*). Todavia, a punibilidade da burla processual à luz da norma que pune o crime de burla (*truffa*) (artigo 640 do *Codice Penale*) é discutida, havendo quem considere que tal conduta não é punível por não se verificar o elemento objetivo do tipo consistente na coincidência entre a pessoa que é alvo da conduta fraudulenta do agente e a pessoa que sofre o prejuízo⁴⁹ e quem entenda que a

⁴⁸ Cfr. Tröndle e Fischer (2004, p. 1.702); Cramer (2001, p. 2.075-2.076); Wessels e Hillenkamp (2003, p. 280); Otto (2005, p. 260-261); Lackner e Kühl (2001, p. 988), e Sent. do BGH de 31-10-2019 (BGH I StR 219/17), disponível em: <<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/17/1-219-17-1.php>>. Acesso em: 20-5-2024).

⁴⁹ Casos das Sent. da Suprema Corte di Cassazione, de 22-1-2003 (II Sezione, n. 3153), disponível em: <<https://www.avvocato.it/massimario-25002/>>. Acesso em: 24-5-2024), e 28-11-2018 (II Sezione, n. 55430), disponível em: <<https://www.ilfogliodelconsiglio.it/wp-content/uploads/Cass.-Sez.-II-Pen.-28-novembre-2018-n.-55430.pdf>>. Acesso em: 24-5-2024).

conduta é punível enquanto crime de burla, porquanto a lei não exige que a pessoa que sofre o prejuízo patrimonial seja a mesma pessoa que foi alvo da atuação fraudulenta e enganosa do agente do crime⁵⁰.

Diversamente, no Direito espanhol, a burla processual (*estafa procesal*) está prevista no artigo 250, n.º 1, § 7.º, do *Código Penal*. Nos termos deste preceito, a *estafa procesal* consiste em alguém, num processo judicial de qualquer natureza, manipular as provas destinadas a demonstrar os factos por si alegados ou utilizar outra fraude processual análoga, induzindo o Juiz em erro e levando-o a proferir uma decisão que prejudique os interesses económicos da contraparte ou de um terceiro. A Doutrina e a Jurisprudência consideram que se trata de uma forma de burla triangular (*estafa en triángulo*)⁵¹.

VIII A BURLA PROCESSUAL NO DIREITO PORTUGUÊS

A burla processual não está expressamente prevista no Direito português, razão pela qual apenas resta aferir se as condutas subsumíveis à burla processual preenchem, ou não, a previsão do artigo 217.º, n.º 1, do CP (cfr. GONÇALVES, 1998, p. 666; MARQUES, 2010, *passim*; e Acs. do STJ, de 28-1-1948, BMJ 5, p. 150 e ss., 17-6-1953, BMJ 37, p. 121 e ss., 6-10-1960, BMJ 100, p. 449 e ss., 3-10-1962, BMJ 120, p. 207 e ss., 16-1-1974, BMJ 233, p. 67 e ss., 29-10-2003, e 4-10-2007, do TRL, de 22-9-2020, e do TRP, de 11-4-2007, e 11-1-2017), que incrimina o crime de burla simples, sem prejuízo de se aferir, consoante o caso concreto, se a conduta também poderá ser, ou não, subsumida a alguma das formas especiais do crime de burla.

⁵⁰ Casos de Antolisei, (2002, p. 361), Di Tullio D'Elisiis (2019, p. 4-5), e Sent. das Sezioni Unite da Suprema Corte di Cassazione de 29-9-2011 (n. 155/12), disponível em: <<https://www.penalecontemporaneo.it/upload/S.U.%20Rossi%20DPC.pdf>>. Acesso em: 24-5-2024.

⁵¹ Cfr. Muñoz Conde (2004, p. 430), e Sent. do Tribunal Supremo n.º 4244/2021, disponível em: <<https://www.poderjudicial.es/searc/documento/TS/9748283/Estafa/20211203>>. Acesso em: 24-5-2024.

IX O BEM JURÍDICO PROTEGIDO E O TIPO OBJETIVO E SUBJETIVO DO CRIME DE BURLA

Nos termos do artigo 217.º, n.º 1, do CP, “quem, com intenção de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou, determinar outrem à prática de atos que lhe causem, ou causem a outra pessoa, prejuízo patrimonial é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa”.

No que concerne ao bem jurídico protegido, o crime de burla é um crime contra o património de outra pessoa⁵² (física ou jurídica). O património, para efeitos do crime de burla, deve ser entendido à luz de uma conceção jurídico-económica, nos termos da qual, integram o património os direitos subjetivos (reais ou obrigacionais), os direitos patrimoniais resultantes do direito da família, as expectativas jurídicas (como a imagem e a clientela), as expectativas fácticas certas e determinadas de obtenção de vantagens patrimoniais, as obrigações naturais encabeçadas em “devedor” que pretende cumprir, as pretensões assentes em relações jurídicas de facto, incluindo as que resultem de negócios jurídicos atentatórios da moral, *etc.* (assim, ALBUQUERQUE, 2011, p. 916). Diversamente, não integram o património os direitos, as posições jurídicas ou expectativas sem valor económico (independentemente do seu valor afetivo) ou as pretensões resultantes de negócios em violação do Direito penal ou contraordenacional (neste sentido, ALBUQUERQUE, 2011, p. 916).

Relativamente à sua natureza, o crime de burla é um crime de dano (quanto ao grau de lesão do bem jurídico) e de resultado (quanto à forma de consumação do ataque ao objeto da ação) (ALBUQUERQUE, 2011, p. 916; COSTA, 1999, p. 276-277); e é também um crime de execução vinculada, dado que a lei exige a utilização, pelo agente, de meios enganosos e astuciosos (assim, DIAS, 2019, p. 358-359, ALBUQUERQUE, 2011, p. 917; COSTA, 1999, p. 293).

⁵² Cfr. Albuquerque (2011, p. 916); Costa (1999, p. 275); Ac. do STJ, de Fixação de Jurisprudência n.º 11/2013, disponível em: <<https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao-supremo-tribunal-justica/11-2013-498123>>. Acesso em: 24-4-2024; e Acs. do STJ, de 4-10-2007 e do TRP, de 11-1-2017.

No que tange ao ofendido no crime de burla, trata-se da pessoa (física ou jurídica) cujo património ficou empobrecido (através da realização de uma prestação indevida ou do não recebimento de uma prestação devida). Contudo, não é forçoso que a pessoa cujo património ficou empobrecido em consequência da burla seja a mesma pessoa que foi alvo da conduta fraudulenta e enganosa do agente do crime, pelo que a chamada burla triangular (*Dreiecksbetrug*) é subsumível ao tipo do crime de burla (ALBUQUERQUE, 2011, p. 916; SANTOS; LEAL-HENRIQUES, 2016, p. 931; Ac. do TRP, de 11-1-2017 e, à luz dos Direitos alemão e espanhol, LACKNER; KÜHL, 2001, p. 993; WESSELS; HILLENKAMP, 2003, p. 219 e 280; OTTO, 2005, p. 241 e 276; TRÖNDLE; FISCHER, 2004, p. 1.712; CRAMER, 2001, p. 2.074; MUÑOZ CONDE, 2004, p. 429). No fundo, o tipo de crime de burla inclui também aqueles casos em que o burlão se serve de outra pessoa como instrumento de boa-fé (sendo subsumível aos casos de autoria mediata por força de erro) para lesar o património de outrem (OTTO, 2005, p. 241).

Passando à análise do tipo, o tipo objetivo do crime de burla consiste em alguém (pois trata-se de um crime comum, como resulta da utilização do pronome indefinido “quem”) determinar outrem, induzindo-o em erro ou engano sobre factos, à prática de atos que causem prejuízo patrimonial a essa pessoa ou a um terceiro.

Assim, o primeiro elemento objetivo do tipo é a adoção, pelo agente, de uma conduta enganosa (a fim de causar engano ou erro a outrem). O erro ou engano consiste numa falsa representação da realidade fática, que pode ser provocada de uma qualquer forma (palavras, gestos, atos concludentes, *etc.*) (ALBUQUERQUE, 2011, p. 917; COSTA, 1999, p. 301 e ss.; e, à luz do Direito alemão, WESSELS; HILLENKAMP, 2003, p. 221; LACKNER; KÜHL, 2001, p. 984 e ss.; TRÖNDLE; FISCHER, 2004, p. 1.694; OTTO, 2005, p. 233 e ss.; CRAMER, 2001, p. 2.056 e ss.). Para que se possa afirmar a existência de erro ou engano é também necessário que as palavras, gestos, atos concludentes, *etc.* se refiram a factos (e não a meras opiniões ou juízos de valor) objetivamente falsos (neste sentido, ALBUQUERQUE, 2011, p. 917-918; e, à luz do Direito alemão, WESSELS; HILLENKAMP, 2003, p. 221; LACKNER;

KÜHL, 2001, p. 983; OTTO, 2005, p. 232; CRAMER, 2001, p. 2.053-2.054), o que inclui a afirmação de factos falsos (inclusive factos jurídicos) e a dissimulação de factos verdadeiros relevantes (ALBUQUERQUE, 2011, p. 917-918; COSTA, 1999, p. 302; SANTOS; LEAL-HENRIQUES, 2016, p. 930; e, à luz dos Direitos alemão e espanhol, WESSELS; HILLENKAMP, 2003, p. 219 e 227; LACKNER; KÜHL, 2001, p. 990; TRÖNDLE; FISCHER, 2004, p. 1.694-1.695; OTTO, 2005, p. 236; CRAMER, 2001, p. 2.053; MUÑOZ CONDE, 2004, p. 427).

Mas, porque, como referimos, estamos perante um crime de execução vinculada, nos termos do artigo 217.º, n.º 1, do CP, a falsa representação da realidade fáctica terá de ter sido provocada de forma astuciosa, consistindo a astúcia no aproveitamento de uma vantagem cognitiva do agente sobre a pessoa enganada (assim, ALBUQUERQUE, 2011, p. 919; MUÑOZ CONDE, 2004, p. 429). Dito de outra forma, a astúcia caracteriza-se pel’ “a manha, a habilidade, a arte utilizada para convencer terceiros a assumir uma determinada conduta que de outro modo não assumiriam” (SANTOS; LEAL-HENRIQUES, 2016, p. 930), mas sem que seja necessária qualquer encenação ou estratégia por parte do agente do crime (como nota ALBUQUERQUE, 2011, p. 919).

O segundo elemento objetivo do tipo é a prática de um ato de disposição patrimonial (que, embora a lei não o refira, constitui um elemento objetivo implícito – cfr., à luz do Direito alemão, mas transponível para o Direito português, CRAMER, 2001, p. 2.070). Como referem Santos e Leal-Henriques (2016, p. 930), num primeiro momento, deve verificar-se uma conduta astuciosa e enganosa por parte do burlão, que cause ou mantenha o erro ou o engano do burlado e, num segundo momento, deve ser praticado um ato de que resultará um prejuízo patrimonial para o ofendido (que, como se referiu, pode ser pessoa diversa do burlado). Assim, o ato de disposição patrimonial poderá ser de qualquer natureza: pagamento de uma quantia, entrega de um bem patrimonial diverso de dinheiro, renúncia ao recebimento de uma quantia ou de um bem patrimonial diverso de dinheiro, *etc.* (MUÑOZ CONDE, 2004, p. 429). É indiferente se o burlado tem, ou não, consciência de que está a realizar um ato de disposição

patrimonial (neste sentido, à luz do Direito alemão, LACKNER; KÜHL, 2001, p. 991; WESSELS; HILLENKAMP, 2003, p. 230; TRÖNDLE; FISCHER, 2004, p. 1.711; CRAMER, 2001, p. 2.071; contra, OTTO, 2005, p. 239), que não tem de ser entendido em sentido juscivilístico, mas sim num sentido meramente objetivo (daí que um ato de disposição patrimonial realizado por um incapaz, por pessoa que não seja proprietária do bem, por um representante sem poderes de representação para realizar um tal ato, *etc.* constitua um ato de disposição patrimonial para efeitos do crime de burla)⁵³. Ainda que se exija que o prejuízo patrimonial seja diretamente resultante do ato de disposição patrimonial, tal não implica que a conduta de disposição patrimonial se consubstancie na prática de apenas um ato, podendo ser constituída por vários atos (inclusivamente praticados por várias pessoas em cadeia), como tende a suceder, por exemplo, no âmbito das empresas ou de outras organizações (assim, à luz do Direito alemão, LACKNER; KÜHL, 2001, p. 991).

O terceiro elemento objetivo do tipo é a existência de um prejuízo patrimonial, que tanto pode consistir na realização de uma prestação indevida (*v. g.*, efetuar o pagamento de uma quantia ou entregar um bem diverso do dinheiro) como no não recebimento de uma prestação devida (*v. g.*, deixar de receber um dado pagamento ou a entrega de um bem diverso do dinheiro). No fundo, trata-se de um empobrecimento do património da pessoa enganada ou, no caso da burla triangular, de um terceiro (ALBUQUERQUE, 2011, p. 917; SANTOS; LEAL-HENRIQUES, 2016, p. 931; CRAMER, 2001, p. 2.081; TRÖNDLE; FISCHER, 2004, p. 1.720; WESSELS; HILLENKAMP, 2003, p. 237; OTTO, 2005, p. 243; LACKNER; KÜHL, 2001, p. 994; MUÑOZ CONDE, 2004, p. 431 e ss.).

E o quarto elemento objetivo do tipo é – dado que se trata de um crime de resultado – a existência de um nexo de causalidade entre a conduta astuciosa e fraudulenta do agente e o prejuízo

⁵³ Cfr., à luz do Direito alemão, Wessels e Hillenkamp (2003, p. 229); Lackner e Kühl (2001, p. 991); Tröndle e Fischer (2004, p. 1.710); Cramer (2001, p. 2.074); diversamente, à luz do Direito espanhol, Muñoz Conde (2004, p. 429), considera que se a pessoa que praticar o ato de disposição não possuir uma “capacidade jurídica mínima juridicamente reconhecida para dispor de bens”, tratar-se-á de um crime de furto e não de burla.

patrimonial do ofendido. No entanto, no caso da burla, exige-se um duplo nexo de causalidade: o engano/erro do burlado terá de resultar de uma conduta astuciosa do burlão e o ato de disposição patrimonial de que resulta um prejuízo patrimonial para o ofendido terá de resultar do engano/erro causado pelo burlão (COSTA, 1999, p. 293; ALBUQUERQUE, 2011, p. 919; SANTOS; LEAL-HENRIQUES, 2016, p. 930; CRAMER, 2001, p. 2.076; TRÖNDLE; FISCHER, 2004, p. 1.708 e 1.713-1.714; WESSELS; HILLENKAMP, 2003, p. 231; LACKNER; KÜHL, 2001, p. 1.004). A concausação do engano/erro do burlado pela conduta astuciosa do burlão e por uma outra causa, bem como a concausação do prejuízo patrimonial do ofendido pelo engano/erro do burlado e por uma outra causa são suficientes para que se possa afirmar o (duplo) nexo de causalidade no crime de burla⁵⁴. O nexo de causalidade é aferido à luz da teoria da adequação, tendo em conta as características de especial fragilidade da vítima da conduta fraudulenta e enganosa, incluindo a sua debilidade intelectual, doença, inexperiência ou a confiança no agente (ALBUQUERQUE, 2011, p. 920; COSTA, 1999, p. 294).

Passando ao tipo subjetivo, nos termos dos artigos 217.º e 13.º do CP, a burla apenas é punida a título de dolo (que terá de incidir sobre todos os elementos objetivos do tipo), podendo assumir as formas de dolo direto, dolo necessário ou dolo eventual⁵⁵. Mas, para além disso, o tipo exige um elemento subjetivo especial adicional: a intenção de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo. Todavia, a intenção de o agente obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo não tem de ser o seu único propósito, podendo inclusivamente ser uma intenção meramente instrumental de um outro propósito “final” (cfr. JAKOBS, 1997,

⁵⁴ Cfr., embora à luz do Direito alemão, mas sendo transponível para o Direito português, pois a nossa lei não exige a causação exclusiva, Tröndle; Fischer (2004, p. 1.708 e 1.713-1.714); Wessels e Hillenkamp (2003, p. 231); Lackner e Kühl (2001, p. 1.004).

⁵⁵ Cfr. Costa (1999, p. 309), e, à luz do Direito alemão, Lackner e Kühl (2001, p. 1.006); Otto (2005, p. 252); Wessels e Hillenkamp (2003, p. 252); Tröndle e Fischer (2004, p. 1.733); Cramer (2001, p. 2.097); diversamente, Albuquerque (2011, p. 921), considera que, dado que a astúcia é incompatível com o dolo eventual, o crime de burla só pode ser cometido com dolo direto ou com dolo necessário.

p. 339; LACKNER; KÜHL, 2001, p. 1.006; OTTO, 2005, p. 252; TRÖNDLE; FISCHER, 2004, p. 1.736; CRAMER, 2001, p. 2.100).

A intenção de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo consiste em o burlão agir com a intenção (dolo direto) de obter um incremento do seu patrimônio ou do patrimônio de um terceiro, seja através do recebimento de uma prestação seja através da evitação da realização de uma prestação (Cfr. ALBUQUERQUE, 2011, p. 921; SANTOS; LEAL-HENRIQUES, 2016, p. 931; e, à luz do Direito alemão, LACKNER; KÜHL, 2001, p. 1.006-1.007; OTTO, 2005, p. 252; WESSELS; HILLENKAMP, 2003, p. 253; TRÖNDLE; FISCHER, 2004, p. 1.734; CRAMER, 2001, p. 2.098). Só que esse enriquecimento terá de ser ilegítimo, o que, por sua vez, significa que a prestação recebida deverá ser juridicamente indevida e a prestação cuja realização é evitada terá de ser juridicamente devida (assim, ALBUQUERQUE, 2011, p. 921; COSTA, 1999, p. 309; SANTOS; LEAL-HENRIQUES, 2016, p. 931; e, à luz do Direito alemão, LACKNER; KÜHL, 2001, p. 1.007-1.008; OTTO, 2005, p. 253; WESSELS; HILLENKAMP, 2003, p. 253-254; TRÖNDLE; FISCHER, 2004, p. 1.736; CRAMER, 2001, p. 2.099).

Tratando-se de um crime de resultado cortado, a lei não exige que o agente ou o terceiro obtenham esse enriquecimento ilegítimo, sendo suficiente que o agente atue com esse propósito (cfr. ALBUQUERQUE, 2011, p. 921; COSTA, 1999, p. 309; SANTOS; LEAL-HENRIQUES, 2016, p. 931). O que se exige – para que estejamos perante um crime consumado – é que o ofendido sofra um prejuízo patrimonial. Se o ofendido não chegar a sofrer um prejuízo patrimonial, tratar-se-á de uma tentativa de burla, que é punível (cfr. artigo 217.º, n.º 2, do CP).

X DA SUBSUNÇÃO DAS CONDUTAS QUE CONSTITUEM A BURLA PROCESSUAL AO CRIME DE BURLA

Na medida em que o crime de burla é um crime contra o patrimônio de outra pessoa, para que as condutas que constituem a burla processual possam ser subsumidas ao crime de burla é

necessário que a conduta do agente ou dos agentes que intentar(em) ou aproveitar(em) um processo judicial intentado por outrem cause um prejuízo patrimonial (e não de outra natureza) a outra pessoa física ou jurídica.

Como também referimos, nos termos do artigo 217.º, n.º 1, do CP, não é forçoso que a pessoa cujo património ficou empobrecido em consequência da burla seja a mesma pessoa que foi alvo da conduta fraudulenta e enganosa do agente do crime (burla triangular), pelo que o crime de burla inclui aqueles casos em que o burlão se serve de outra pessoa como instrumento de boa-fé (sendo subsumível aos casos de autoria mediata por força de erro) para lesar o património de outrem. E é precisamente isso que sucede nos casos de burla processual, em que o agente vai induzir o Juiz em erro para que este adote uma conduta (proferir uma sentença, autorizar uma penhora, apreensão ou arresto, *etc.*) de que vai resultar uma disposição patrimonial forçada, que, por sua vez, causará um prejuízo patrimonial a quem se vê obrigado a realizar ou tolerar a diminuição do seu património ou a omitir a adoção de condutas tendentes a obstar a essa diminuição patrimonial, ou seja, o Juiz mais não é do que um instrumento (por força de erro) de boa-fé de que o burlão se serve para prejudicar patrimonialmente um terceiro (MUÑOZ CONDE, 2004, p. 430-431; CRAMER, 2001, p. 2.075; MARQUES, 2010, p. 26-27; e Ac. do TRP, de 11-1-2017; contra, embora se o afirmar expressamente, Ac. do TRL de 22-9-2020).

Passando à análise do tipo objetivo, quanto ao primeiro elemento objetivo do tipo que referimos, na burla processual, a conduta astuciosa e fraudulenta do burlão consiste em, numa primeira fase, intentar um processo judicial (cível, penal, laboral, insolvencial, *etc.*, declarativo ou executivo, ação principal, procedimento cautelar ou incidente) ou servir-se de um processo judicial intentado por outra pessoa, alegando factos falsos ou omitindo factos verdadeiros que sejam relevantes para a boa decisão da causa⁵⁶ e cujo conhecimento,

⁵⁶ Assim, estaremos perante a alegação de factos falsos não apenas quando, por exemplo, o autor invoca a celebração de um contrato de compra e venda que não foi celebrado, mas também quando, ao formular um pedido de pagamento do preço dos bens que vendeu ao réu, omite que o réu já lhe pagara esse valor (com o intuito de receber o pagamento duas vezes).

pelo Juiz, prejudique a pretensão do burlão. Todavia, a Doutrina e a Jurisprudência exigem que o agente do crime, além de alegar factos falsos, ofereça meios de prova falsos (CRAMER, 2001, p. 2.075; TRÖNDLE; FISCHER, 2004, p. 1.702; LACKNER; KÜHL, 2001, p. 989; MARQUES, 2010, p. 27; e Acs. do STJ, de 28-1-1948, BMJ 5, p. 150 e ss., 17-6-1953, BMJ 37, p. 121 e ss., 6-10-1960, BMJ 100, p. 449 e ss., 3-10-1962, BMJ 120, p. 207 e ss., 16-1-1974, BMJ 233, p. 67 e ss., 29-10-2003, e 4-10-2007, e do TRP, de 11-4-2007, e 11-1-2017), pelo que, numa segunda fase, o burlão irá utilizar meios de prova falsos (junção de documentos falsos, declarações de parte/sujeito processual, depoimentos de testemunhas falsos, *etc.*) para tentar convencer o Tribunal acerca da bondade da sua tese processual ou impedir a contraparte de o fazer.

No entanto, ainda que, na maior parte das situações, a consecução do objetivo visado pela burla processual dependa da apresentação de meios de prova falsos, pode suceder que tal não seja necessário, designadamente nos casos em que, por uma qualquer razão (por estar conluída com o autor/requerente, porque não foi efetivamente citada/notificada em virtude de o autor/requerente/reconvindo ter indicado uma morada falsa do réu/requerido, *etc.*), a contraparte não deduza oposição ou até confesse expressamente e, não carecendo os factos alegados pelo agente de ser provados por um determinado meio de prova (*v. g.*, por documento), não haverá produção de qualquer meio de prova, acabando o burlão por conseguir os seus intentos fraudulentos sem necessidade de “viciação” das provas. E, mesmo que conteste, a contraparte pode não apresentar provas ou, apresentando, os meios de prova tendentes a demonstrar os factos cujo ónus da prova recai sobre essa contraparte não serem credíveis, o que “dispensa” o burlão de apresentar meios de prova falsos relativamente a esses factos.

Ora, nesses casos, em que existe, *ad latus*, da alegação de factos falsos, um aproveitamento das regras legais relativas ao ónus de alegação ou de impugnação e/ou ao ónus da prova, consideramos que a conduta fraudulenta e astuciosa do agente também é subsumível à burla processual, pois o resultado obtido é em tudo similar ao que seria obtido com a utilização de meios de prova falsos.

Deste modo, a conduta fraudulenta e astuciosa do burlão na burla processual consistirá na alegação de factos falsos acompanhada, consoante a situação concreta, pelo aproveitamento das regras legais relativas ao ónus de alegação ou impugnação e/ou ao ónus da prova e/ou pela apresentação de meios de prova falsos.

E, caso o agente seja bem-sucedido, o Juiz será ludibriado e, fruto da falsa representação da realidade dos factos que lhe foi inculcada pelos meios fraudulentos e astuciosos utilizados, irá, sem o saber, praticar atos processuais (v. g., proferir uma Sentença) inquinados por essa falsa representação da realidade dos factos. De resto, o engano/erro provocado por astúcia é particularmente evidente na burla processual (quicá até mais do que nos demais casos de burla) em face da especial competência na análise do processo e na apreciação da prova que são exigíveis a qualquer Juiz.

Por isso, não vemos em que medida o facto de a pessoa que é enganada ser o Juiz impede a punição da burla processual, não fazendo qualquer sentido invocar que, no caso de o Juiz ser enganado, estaremos perante apenas um erro judiciário e que, por isso, não ocorre qualquer engano motivado por uma conduta fraudulenta e astuciosa do agente⁵⁷. Por várias razões.

Em primeiro lugar, a burla processual bem-sucedida nem sempre resulta de um erro judiciário do Juiz⁵⁸. Assim, se as partes estiverem conluiadas, a possibilidade de o Juiz descortinar a burla processual será certamente ínfima e só um descuido de ambas as partes ou de alguma delas poderá suscitar suspeitas (que, contudo, poderão não ser suficientes para que o Juiz possa concluir que existe simulação processual). Do mesmo modo, se não chegar a haver julgamento por força da confissão dos factos constantes da petição inicial (e nenhum desses factos depender de ser provado por meio diverso da confissão), o Juiz não tem como detetar a burla, salvo, eventualmente, nos casos em que se indície uma simulação processual. E também nos casos em que a contraparte não apresente

⁵⁷ Como se faz no Ac. do TRL, de 22-9-2020 e, embora sem que seja afirmado expressamente, no Ac. do TRP, de 11-4-2007.

⁵⁸ Nota do Editor: em Portugal, a Magistratura inclui os Promotores de Justiça (Ministério Público) e os Juizes de Direito.

quaisquer provas da sua versão ou, apresentando, essas provas, do ponto de vista objetivo (*i. e.*, não dependendo de uma concreta convicção do Juiz) não são manifestamente aptas para provar ou contraprovar os factos em causa (*v. g.*, depoimentos titubeantes de testemunhas, testemunhas que não se recordam dos factos, *etc.*) não é possível assacar qualquer erro na apreciação das provas ao Juiz. Por isso, nestas situações (e noutras), sendo a deteção da burla processual impossível ou, no mínimo, extremamente difícil, não faz sentido ver na não deteção da burla processual um erro judiciário.

Em segundo lugar, ainda que possa ocorrer um erro judiciário, a mera existência de um erro judiciário não constitui qualquer causa de interrupção donexo causal, pois o agente engana o Juiz e esse engano leva este a acolher erradamente uma pretensão de que resulta um prejuízo patrimonial para o ofendido, sendo certo que, apesar da sua especial formação e de atuar no exercício dos amplos poderes-deveres que a lei lhe confere/impõe, o Juiz não é capaz de dominar sempre a realidade de forma infalível; de facto, tratando-se de um ser humano e não de uma máquina perfeita, existe sempre a possibilidade de cometer erros (sobretudo quando sejam astuciosamente provocados) e proferir decisões materialmente incorretas por força de ter sido enganado pelo burlão⁵⁹. E é precisamente por isso que o próprio legislador previu todo um regime de recursos, que inclui recursos ordinários (em que podem existir dois graus de recurso, além do recurso de constitucionalidade) e recursos extraordinários (*i. e.*, recursos que podem ser interpostos após o trânsito em julgado da decisão, ainda que tivessem sido interpostos recursos ordinários), *maxime* o recurso de revisão, que visa precisamente a correção de decisões transitadas em julgado injustas/erradas (no mesmo sentido, MARQUES, 2010, p. 20).

⁵⁹ Aliás, como se afirma no Ac. do TRP, de 11-1-2017, “quem intenta uma acção judicial, assume uma estratégia no âmbito de um litígio. Para a mesma ser procedente, é necessário dar uma certa configuração factual, arrolar testemunhas, juntar documentação, ou outros elementos probatórios que sustentem aquilo que se leva ao processo com o objectivo de ver a sua pretensão reconhecida. Ora, para ludibriar o tribunal, é necessária toda uma certa encenação, suportada muitas vezes documentalmente, que permita assegurar a veracidade do que se alega, pelo que se trata de astúcia do agente”.

Em terceiro lugar, como vimos, a conduta astuciosa e fraudulenta do agente não tem de ser a única causa do engano/erro do Juiz (que, como também referimos, funciona como um instrumento – de boa-fé – do burlão), pelo que, ainda que exista um erro judiciário, esse erro sempre coexistirá com a conduta astuciosa e fraudulenta do agente (dado que foi esta conduta que gerou o erro judiciário e não apenas uma conduta exclusivamente imputável ao Juiz). E, por isso, haverá sempre que afirmar que a conduta astuciosa e fraudulenta do agente foi, também ela, concausa do engano e, por isso, o erro judiciário não afasta a burla processual (neste sentido, TRÖNDLE; FISCHER, 2004, p. 1.708).

E, *last but not least*, a lei não exclui do crime de burla os casos em que a pessoa que é alvo da conduta fraudulenta e astuciosa do agente seja um Juiz, sendo que *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

Por isso, não temos dúvida em afirmar que a negação da punibilidade da burla processual com base numa tal argumento assenta numa visão irrealista da infalibilidade do julgador (como salienta MARQUES, 2010, p. 42), bem como numa visão desfasada da realidade de que os cidadãos não se “atrevem” a recorrer a tribunal para praticar burlas contra terceiros, sendo precisamente uma tal visão – sobretudo quando acompanhada da impunidade do burlão – que encoraja os cidadãos menos honestos a assim procederem.

Ainda no que tange ao engano, também não faz qualquer sentido aduzir que, no caso de uma ação executiva, a mera instauração de um processo executivo para cobrança coerciva de letras que afinal já estavam pagas não constitui erro ou engano que determine o executado a pagar de novo as letras, sendo antes uma forma de coagir aquele a pagar duas vezes a mesma dívida (como se afirma no Ac. do STJ, de 29-10-2003). Com efeito, ao proceder dessa forma, o agente não visa coagir o executado “devedor” a pagar duas vezes a mesma dívida (pois o executado irá certamente alegar e tentar demonstrar o pagamento); o que o agente do crime pretende é, mediante a instauração da execução, levar o Tribunal a, crendo na veracidade dos factos alegados no requerimento executivo,

para mais acompanhados dos títulos executivos dados à execução, proceder à penhora (e eventual venda) de bens do executado, seja no caso de a penhora anteceder a citação seja no caso em que, sendo o executado previamente citado e tendo deduzido embargos de executado⁶⁰, os mesmos sejam julgados improcedentes graças à prática de mais atos fraudulentos e astuciosos por parte do burlão (v. g., o oferecimento de meios de prova falsos). Por isso, é de engano do Juiz (ou do agente de execução, nos casos em que a penhora não seja precedida de qualquer intervenção do Juiz, o que pressupõe que o título executivo seja um título extrajudicial) que se trata e não de coação sobre o executado.

Destarte, não temos dúvidas de que as condutas subsumíveis à burla processual preenchem este primeiro elemento do tipo objetivo do crime de burla.

Passando ao segundo elemento objetivo do tipo (a prática de um ato de disposição patrimonial), as decisões dos tribunais devem ser consideradas como um ato de disposição patrimonial para efeitos do crime de burla (TRÖNDLE; FISCHER, 2004, p. 1.710; CRAMER, 2001, p. 2.075; MUÑOZ CONDE, 2004, p. 431; MARQUES, 2010, p. 27; contra, Acs. do STJ, de 28-1-1948, BMJ 5, p. 150 e ss., e do TRP, de 11-4-2007), dado que o Juiz, por via da prolação de uma sentença ou da autorização da realização de uma diligência incidente sobre o patrimônio do ofendido, ainda que agindo de boa-fé, vai causar um prejuízo patrimonial na esfera jurídica do ofendido, que será obrigado a realizar ou a tolerar um ato que lhe causa a perda de bens ou o não recebimento de uma prestação que, do ponto de vista jurídico, tinha direito a receber.

Por isso, não faz qualquer sentido afirmar que os bens patrimoniais que o agente pretende obter por via da burla processual não estão à disposição do Juiz, sendo que as decisões judiciais, enquanto subsistirem, devem ser consideradas como a expressão da verdade legal (como se afirma nos Acs. do STJ, de 28-1-1948, BMJ 5, p. 150 e ss., e do TRP, de 11-4-2007). É que, ao ter o poder de

⁶⁰ Que o burlão pode nem carecer de contestar, tendo em conta o disposto no artigo 732.º, n.º 3, *in fine*, do CPC.

ordenar a entrega dos bens, o Juiz está a praticar um ato de disposição patrimonial relativamente a bens de terceiro (como sucede em qualquer situação subsumível à burla triangular e não apenas nos casos de burla processual). Além disso, a entrega dos bens que o Juiz ordena implica o reconhecimento de um direito (inexistente no todo ou em parte) que resulta de uma convicção errónea e desfasada da realidade dos factos, pois decorre de um engano astuciosamente causado pelo agente do crime. E, ainda que as decisões judiciais, enquanto subsistirem, devam ser consideradas como a expressão da verdade legal, num Estado de Direito, a prolação de uma decisão judicial materialmente injusta e lesiva dos direitos fundamentais de outra pessoa e assente numa fraude causada pelo burlão não constitui nem pode constituir uma espécie de causa de exclusão da tipicidade do crime de burla, não sendo de afastar a possibilidade de um tal entendimento conduzir a uma proteção insuficiente do direito fundamental à propriedade, de que o bem jurídico-penal patrimonial é concretização.

Deste modo, a burla processual também preenche o segundo elemento objetivo do tipo de crime de burla que referimos.

No que concerne ao terceiro elemento objetivo do tipo (a existência de um prejuízo patrimonial), no caso da burla processual, o ofendido vai sofrer um prejuízo patrimonial, pois o seu patrimonial é alvo de um empobrecimento ao, consoante a situação, ter de realizar uma prestação indevida ou deixar de receber uma prestação que lhe era devida (TRÖNDLE; FISCHER, 2004, p. 1.710 e 1712; CRAMER, 2001, p. 2.075; MUÑOZ CONDE, 2004, p. 431; MARQUES, 2010, p. 27; e Ac. do STJ, de 4-10-2007, e do TRP, de 11-1-2017; contra, Ac. do TRL, de 22-9-2020) (o que inclui o recebimento de um dado quinhão hereditário), sendo que também este elemento objetivo do tipo do crime de burla está preenchido. Ademais, mesmo que o agente não consiga causar o prejuízo patrimonial, sempre estaremos perante uma tentativa de burla, que é punível (cfr. artigo 217.º, n.º 2, do CP).

Daí que não faça qualquer sentido afirmar que a possibilidade de ser proferida uma decisão nessas condições não implica

automaticamente o prejuízo exigido pelo preceito incriminador da burla, pois existem formas de reagir à decisão judicial desfavorável e de deduzir oposição à respetiva execução (como se afirma no Ac. do TRL, de 22-9-2020). Na verdade, além de, como referimos, nos casos em que o agente não consiga causar o prejuízo patrimonial, sempre estaremos perante uma tentativa de burla (que é punível), o facto de o ofendido poder impugnar a decisão judicial desfavorável ou deduzir oposição à respetiva execução não elimina a conduta dolosa, fraudulenta e astuciosa dirigida à obtenção de um enriquecimento juridicamente ilegítimo (e à consequente causação de um prejuízo patrimonial a outrem).

Quanto ao quarto elemento objetivo do tipo (a existência de um duplo nexo de causalidade entre a conduta astuciosa e fraudulenta do agente e o erro/engano e entre o engano/erro e o ato de disposição patrimonial de que resulta um prejuízo patrimonial para o ofendido), na burla processual, o agente vai levar a cabo uma conduta astuciosa e fraudulenta (nos termos sobreditos) de que vai resultar a causação de um erro/engano no Juiz, o qual irá conduzir à prática de um determinado ato judicial juridicamente indevido que dispõe sobre o património de um terceiro e de que resultará um prejuízo patrimonial para o ofendido, que verá o seu património empobrecido ao, consoante a situação, ter de realizar uma prestação indevida ou deixar de receber uma prestação que lhe era devida (o que inclui o recebimento de um dado quinhão hereditário). Ademais, como referimos, ainda que possa ocorrer um erro judiciário (o que não é forçoso que suceda, como demonstrámos), esse erro constitui, não a causa exclusiva, mas sim uma concausa do prejuízo patrimonial do ofendido, sendo que para o preenchimento do tipo objetivo do crime de burla não é necessário que o erro ou engano provocado pelo burlão sejam a única causa do ato de disposição patrimonial (cfr., referindo-se especificamente à burla processual, TRÖNDLE; FISCHER, 2004, p. 1.708). E acresce que, como também referimos, o erro judiciário não constitui qualquer causa de interrupção do nexo causal entre a conduta do burlão e o prejuízo patrimonial sofrido pelo ofendido.

Deste modo, a burla processual preenche todos os elementos objetivos do tipo do crime de burla.

Passando ao tipo subjetivo, na burla processual, o agente atua com o conhecimento de que está a adotar uma conduta fraudulenta e astuciosa nos termos sobreditos para enganar o Juiz, a fim de o levar a adotar uma conduta que constitui um ato de disposição patrimonial de que resultará um prejuízo patrimonial para outra pessoa (física ou jurídica) e com vontade de assim proceder. Do mesmo modo, ao agir desse modo, o agente tem o propósito de obter para si ou para outrem um benefício patrimonial a que não tem direito do ponto de vista jurídico (ou seja, um enriquecimento juridicamente ilegítimo).

Deste modo, a burla processual também preenche o tipo subjetivo do crime de burla, pelo que dúvidas não restam de que a burla processual é punível à luz do Direito português.

Por isso, não faz sentido afirmar (como se afirma nos Acs. do TRP, de 11-4-2007 – depois revogado pelo Ac. do STJ, de 4-10-2007 – e do TRL, de 22-9-2020) que, como o legislador português conhecia a querela jurisprudencial que existia na vigência do CP de 1886 sobre a punibilidade da burla processual e que a jurisprudência constante do STJ, considerava que a burla processual não constituía crime e nada se referiu a esse respeito nos trabalhos preparatórios do CP atual e no próprio texto do CP que entrou em vigor, as condutas subsumíveis à burla processual são atípicas.

Em primeiro lugar, se o legislador nada disse, mas, no entanto, como vimos, as condutas subsumíveis à burla processual preenchem os elementos do tipo do crime de burla, o silêncio do legislador e a não consagração expressa da punição da burla processual (como sucede no Direito espanhol) só podem significar que inexistiu qualquer intenção de excluir a punibilidade dessas condutas enquanto crime de burla (cfr. Ac. do STJ, de 4-10-2007); de resto, na medida em que, como vimos, a burla processual preenche todos os elementos do tipo do crime de burla, o que seria necessário era a pronúncia do legislador esclarecendo que não pretende punir tais situações (cfr. Ac. do STJ, de 4-10-2007), pelo que, se o legislador não autonomizou a burla processual tal como fez relativamente às modalidades da burla

previstas nos artigos 219.º a 222.º do CP é porque entendeu que tal não se justificava, sendo a burla processual subsumível ao tipo fundamental do crime de burla (p. e p. pelo artigo 217.º do CP) (cfr. Acs. do STJ, de 4-10-2007, e do TRP, de 11-1-2017).

Em segundo lugar, a vingar o argumento que estamos a criticar, o facto de a burla (ou a sua tentativa) ocorrer no âmbito de um processo judicial funcionaria como uma espécie causa de exclusão da tipicidade, pois tal circunstância acabaria por “retirar” do tipo do crime de burla condutas que preenchem o seu *tatbestand*⁶¹, o que, no limite, poderia inclusivamente conduzir a uma protecção insuficiente do direito fundamental à propriedade, de que o bem jurídico-penal património é concretização.

Em terceiro lugar, esta exclusão da tipicidade seria particularmente inadmissível tendo em conta a especial danosidade dos casos subsumíveis à burla processual face aos demais casos subsumíveis ao crime de burla, como demonstrámos supra.

⁶¹ Na verdade, como se refere no Ac. do TRP, de 11-1-2017, “num caso em que alguém, através de um processo, pretende induzir em erro um julgador para assim satisfazer o plano que orquestrou, trabalha num sentido capaz de violar a ordem jurídica de forma especialmente intensa e grave, não olhando a meios para atingir os seus fins e nem que para isso se pressuponha entorpecer a administração da justiça para conseguir um fim que sabe ser contrário ao direito. Tal actividade exige, então, como única sanção adequada, a pena. Efectivamente, acompanhado de outros comportamentos processuais ilícitos, o direito de acção judicial é susceptível de causar danos à parte contrária ou a terceiros, independentemente da verificação no caso de litigância de má fé. Por isso, a propositura de uma acção judicial pode revelar-se apenas um meio de execução de um desígnio criminoso, num arquétipo em que o recurso aos tribunais representa apenas um artifício fraudulento, de molde a se obter um enriquecimento ilegítimo e causar a outrem um prejuízo patrimonial. Assim, a burla processual não pode ser autonomizada como uma categoria não punível, devendo antes ser reconduzida à tipificação geral do crime de burla e ser considerada como um comportamento astucioso que integra o elemento objectivo do ilícito-típico em causa, pois os mecanismos da litigância de má fé são manifestamente insuficientes e não esgotam o poder das partes, em especial para os casos em que há consumação, onde o Juiz do processo civil tem o poder jurisdicional esgotado. Por outro lado, a litigância de má fé, quando tomada como limitadora da responsabilidade comum, seria sempre inconstitucional, pois o processo penal é para averiguar da existência de crimes, quem foram os seus autores e a sua responsabilidade (art.º 262.º CPP)”.

Em quarto lugar, esta exclusão da tipicidade constituiria mesmo uma espécie de “prémio” para aqueles que, além de sobrecarregarem o sistema judiciário com processos desnecessários e visando fins espúrios e ilegais, utilizam-no para causarem prejuízos patrimoniais ilegítimos a outros cidadãos através da indução em erro do Juiz mediante a alegação de factos falsos, o aproveitamento das regras legais relativas ao ónus de alegação e/ou de impugnação e ao ónus da prova, a utilização de meios de prova falsos, *etc.*, lesando o património de terceiros e falseando e minando a boa administração da Justiça e a credibilidade da atuação dos tribunais, que são valores essenciais do Estado de Direito.

E, em quinto lugar, a instauração de um processo judicial pode muito bem ser o meio utilizado pelo burlão para obter aquilo que já tentara obter sem sucesso através de atos igualmente astuciosos e fraudulentos dirigidos à lesão do património de terceiros. Na verdade, a vítima da burla pode não ter caído no engodo do burlão, mas, em sede de processo judicial, o burlão, valendo-se de meios de prova falsos (depoimentos falsos, documentos falsos, manipulação do objeto de uma perícia, exame ou inspeção judicial, *etc.*) e/ou das regras do ónus da prova, pode conseguir convencer o Tribunal acerca da bondade da sua tese processual e/ou o ofendido, ainda que fazendo uso de alegações verdadeiras e meios de prova genuínos, pode não lograr demonstrar a verificação de factos impeditivos do direito invocado pelo burlão (*v. g.*, o pagamento da dívida em momento anterior ao da propositura da ação).

E é também de rejeitar o argumento de que o processo judicial não é um meio de burlar, sendo que, ainda que se tenha obtido judicialmente o pagamento do que não era devido, tal apenas constitui um ilícito civil e não um ilícito penal (*cfr. Ac. do STJ, de 17-6-1953, BMJ 37, p. 121 e ss.*), uma vez que, como referimos *supra*, o facto de a conduta constituir um ilícito civil não impede, sem mais, que constitua igualmente um ilícito penal e, como demonstrámos ao longo do presente artigo, a burla processual preenche o tipo objetivo e subjetivo do crime de burla e as condutas subsumíveis à burla processual possuem dignidade penal e carecem de tutela penal (e num grau inclusivamente superior ao que sucede com as demais condutas subsumíveis ao crime de burla).

Relativamente à consumação, a burla processual consuma-se com a inflicção de um prejuízo no património do ofendido por via da sua diminuição juridicamente indevida, não bastando, por exemplo, a prolação de uma sentença favorável ao agente do crime (no mesmo sentido, MUÑOZ CONDE, 2004, p. 431; CRAMER, 2001, p. 2.076; OTTO, 2005, p. 261; LACKNER; KÜHL, 2001, p. 999; MARQUES, 2010, p. 24, e Ac. do TRP, de 11-1-2017). Se, por exemplo, a sentença for revogada em sede de recurso ordinário⁶² ou, sendo instaurado um processo executivo baseado num título extrajudicial⁶³, não chegar a ocorrer qualquer penhora ou diligência análoga antes da extinção da execução (v. g., por dedução de embargos de executado que sejam julgados procedentes), a burla não está consumada. É, pois, necessário, que o ofendido sofra um prejuízo patrimonial (bastando, por exemplo, o trânsito em julgado de uma sentença que reconheça um direito patrimonial ao burlão em prejuízo do património do ofendido ou que não reconheça um crédito do ofendido sobre o burlão, independentemente do que suceder na execução dessa sentença), ainda que temporário (v. g., foi realizada uma penhora, mas, tendo sido deduzidos embargos de executado e/ou oposição à penhora, esses embargos e/ou a oposição à penhora foram julgados procedentes). Se o ofendido não chegar a sofrer um prejuízo no seu património, tratar-se-á de uma tentativa de burla, que é punível (cfr. artigo 217.º, n.º 2, do CP).

No entanto, o prejuízo patrimonial também pode ocorrer antes do trânsito em julgado da decisão favorável à pretensão do agente do crime [v. g., (1) a privação do bem em sede de arresto ou apreensão efetivadas sem audiência prévia do visado ou antes do trânsito em julgado da decisão que os tiver determinado, (2) a efetivação da penhora nos casos em que o título executivo é extrajudicial e inexistiu despacho prévio do Juiz no processo executivo ou (3) a aplicação de

⁶² Se for revogada em sede de um recurso extraordinário, dado que os recursos extraordinários incidem necessariamente sobre decisões transitadas em julgado, a Se se tratar da execução de uma decisão judicial, a burla processual já se consumara com o trânsito em julgado da decisão que é objeto de recurso extraordinário.

⁶³ Se se tratar da execução de uma decisão judicial, a burla processual já se consumara com o trânsito em julgado dessa decisão.

uma medida de coação ou de garantia patrimonial de que resulte um prejuízo patrimonial para o arguido]. Nesses casos, ainda que não tenha ocorrido o trânsito em julgado de qualquer decisão judicial, a burla processual está consumada (neste sentido, CRAMER, 2001, p. 2.076; OTTO, 2005, p. 261; LACKNER; KÜHL, 2001, p. 999).

A burla informática também pode ser subsumida ao crime de burla qualificada (p. e p. pelo artigo 218.º do CP) sempre que a conduta do agente preencher igualmente a previsão de alguma das circunstâncias modificativas agravantes previstas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 218.º do CP.

XI CONCLUSÕES

- i) a burla processual consiste em uma pessoa singular ou um ente coletivo, com o propósito de obter vantagens económicas indevidas para si ou para outrem, intentar um processo judicial ou utilizar um processo judicial intentado por outra pessoa (singular ou jurídica) contra si (mancomunado, ou não, com quem o intentou) ou contra outrem, em que irá manipular o sentido da atividade judicial (seja a prolação de uma decisão tendente a definir o direito aplicável ao caso concreto seja a adoção/autorização de medidas de cariz coercivo) mediante a invocação de factos falsos, o aproveitamento das regras legais relativas ao ónus de alegação ou de impugnação e/ou ao ónus da prova, a utilização de meios de prova falsos, etc., daí resultando um prejuízo patrimonial para um terceiro;
- ii) não existe acordo na Doutrina e na Jurisprudência portuguesas acerca da punibilidade (como crime de burla) da burla processual, sendo maioritário o entendimento no sentido da não punibilidade;
- iii) as condutas subsumíveis à burla processual possuem dignidade penal e carecem de tutela penal;
- iv) *de jure condito*, a burla processual é subsumível ao crime de burla simples ou qualificada (consoante a situação em concreto).

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Artigo 520.º. In: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (Org.). **Comentário do código de processo penal à luz da constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos**. v. II. 5. ed. Lisboa: Ed. Universidade Católica, 2023.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do código penal à luz da constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 4. ed. Lisboa: Ed. Universidade Católica, 2011.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. Sentença de 31 de outubro de 2019 (BGH 1 StR 219/17). Disponível em: <<https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/1/17/1-219-17-1.php>>. Acesso em: 26 set. 2022.

ANDRADE, Manuel da Costa. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, Coimbra Ed., ano 2, p. 173 e ss., 1992.

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale: parte speciale**. v. I. 14. ed. Milão: Giuffrè, 2002.

BARREIROS, José António. **Crimes contra o património**. Lisboa: Ed. Universidade Lusíada, 1996.

BELEZA, Teresa. **Direito penal**. v. 1. 2. ed. Lisboa: AAFDL, [S. d.].a.

BELEZA, Teresa. **Direito penal**. v. 2. Lisboa: AAFDL, [S. d.].b.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. v. I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

CARVALHO, Américo Taipa de. **Direito penal: parte geral: questões fundamentais: teoria geral do crime**. 3. ed. Porto: Ed. Universidade Católica, 2016.

CORDEIRO, António Menezes. **Litigância de má fé, abuso de direito de acção e culpa “in agendo”**. Coimbra: Almedina, 2006.

COSTA, António Manuel de Almeida. Art. 217.º. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (org.). **Comentário conimbricense do código penal parte especial**. Tomo II. Coimbra: Coimbra Ed., 1999. p. 274 e ss.

COSTA, Eduardo Maia. Art. 277.º. In: GASPARG, António da Silva Henriques et al. **Código de processo penal comentado**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 972-973.

CRAMER, Peter. § 263. In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. **Strafgesetzbuch kommentar**. 26. ed. Munich: Beck, 2001. p. 2.050 e ss.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. Tomo I. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2019.

DI TULLIO D'ELISIIS, Antonio. Truffa: non è configurabile nel caso in cui sia indotto in errore un giudice. 2019. Disponível em: <<https://www.diritto.it/truffa-non-e-configurabile-nel-caso-in-cui-sia-indotto-in-errore-un-giudice/>>. Acesso em: 26-9-2022.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sentença n.º 4244/2021. Disponível em: <<https://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/9748283/Estafa/20211203>>. Acesso em: 26 set. 2022.

FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel. **Código de processo civil anotado**: artigos 362.º a 626.º. v. 2. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

GERALDES, António Santos Abrantes. **Temas da reforma do processo civil**. v. II. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

GONÇALVES, Manuel Maia. **Código penal português na doutrina e na jurisprudência**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1979.

GONÇALVES, Manuel Maia. **Código penal português, anotado e comentado e legislação complementar**. 12. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

ITÁLIA. Sentença de 22 de janeiro de 2003 (II Sezione, n. 3135). Disponível em: <<https://www.avvocato.it/massimario-25002/>>. Acesso em: 26 set. 2022.

ITÁLIA. Sentença de 28 de novembro de 2018 (II Sezione, n. 55430). Disponível em: <<https://www.ilfogliodelconsiglio.it/wp-content/uploads/Cass.-Sez.-II-Pen.-28-novembre-2018-n.-55430.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2022.

ITÁLIA. Suprema Corte di Cassazione. Jurisprudência fixada. Sentença das Sezioni Unite de 29 de setembro de 2011 (n. 155/12). Disponível em: <<https://www.penalecontemporaneo.it/upload/S.U.%20Rossi%20DPC.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2022.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Traduzido da 2.^a edição alemã por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian. **Strafgesetzbuch mit erläuterungen**. 24. ed. Munique: Beck, 2001.

MARQUES, Ricardo Jorge Monteiro. Burla processual: da punibilidade do crime de burla cometido através de um processo judicial. 2010. Disponível em: <https://tre.tribunais.org.pt/fileadmin/user_upload/docs/criminal/Burla_Processual_Da_punibilidade.pdf>. Acesso em: 26 set. 2022.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**: parte especial. 15. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2004.

NUNES, Duarte Rodrigues. **Curso de direito penal**: parte geral: Questões fundamentais: teoria geral do crime. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Gestlegal, 2023a.

NUNES, Duarte Rodrigues. **Curso de direito processual civil declarativo**. (em publicação) [2024?].

NUNES, Duarte Rodrigues. **Curso de direito processual penal**: elementos do processo penal (continuação): o procedimento criminal. v. 2. Lisboa: Ed. Universidade Católica, 2023b.

NUNES, Duarte Rodrigues. **Curso de direito processual penal: noções gerais: elementos do processo penal.** v. 1. Lisboa: Ed. Universidade Católica, 2023c.

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

NUNES, Duarte Rodrigues. **Os crimes previstos na lei do cibercrime.** 2. ed. Coimbra: Gestlegal, 2024.

OTTO, Harro. **Grundkurs strafrecht: die einzelnen delikte.** 7. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 2005.

PORTUGAL. IGFEL – Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça I.P. Bases Jurídico-Fundamentais. Acórdão de 3 de fevereiro de 2005 (Proc. 04P4745). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. IGFEL – Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça I.P. Bases Jurídico-Fundamentais. Acórdão de 4 de outubro de 2007 (Proc. 07P2599). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. IGFEL – Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça I.P. Bases Jurídico-Fundamentais. Acórdão de 11 de setembro de 2012 (Proc. 2326/11.09TBLLE. E1.S1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. IGFEL – Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça I.P. Bases Jurídico-Fundamentais. Acórdão de 18 de dezembro de 2019 (Proc. 136/13.8JDLSB.L2-A. S1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. IGFEL – Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça I.P. Bases Jurídico-Fundamentais. Acórdão de 18 de janeiro de 2022 (Proc. 2600/17.0T8LSB-B. L1.S1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. IGFEL – Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça I.P. Bases Jurídico-Fundamentais. Acórdão de 20 de março de 2003 (Proc. 03P241). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. IGFEL – Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça I.P. Bases Jurídico-Fundamentais. Acórdão de 22 de fevereiro de 2022 (Proc. 03/06.8TBMNC-E. G1.S1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. IGFEL – Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça I.P. Bases Jurídico-Fundamentais. Acórdão de 26 de setembro de 2013 (Proc. 305/10.2TBFAR. E2.S1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. IGFEL – Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça I.P. Bases Jurídico-Fundamentais. Acórdão de 29 de outubro de 2003 (Proc. 03P2623). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Ministério da Justiça. Acórdão de 3 de outubro de junho de 1962. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n.º 120, p. 207 e ss., 1962.

PORTUGAL. Ministério da Justiça. Acórdão de 6 de outubro de junho de 1960. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n.º 100, p. 449 e ss., 1960.

PORTUGAL. Ministério da Justiça. Acórdão de 16 de janeiro de 1974. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n.º 233, p. 67 e ss., 1974.

PORTUGAL. Ministério da Justiça. Acórdão de 17 de junho de 1953. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n.º 37, p. 121 e ss., 1953.

PORTUGAL. Ministério da Justiça. Acórdão de 28 de janeiro de 1948. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n.º 5, p. 150 e ss., 1948.

PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo. Acórdão de 15 de novembro de 2018 (Proc. 0794/11.8BESNT 01069/17). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Jurisprudência fixada. Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 5/2013. In: **Diário da República**, I Série, de 19 de julho de 2013.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 161/95. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt>.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 263/94. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Acórdão de 12 de maio de 2009 (Proc. 621/08.3TBLRA.C1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Acórdão de 15 de maio de 2007 (Proc. 1581/06.0TBPBL.C1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Acórdão de 19 de dezembro de 2018 (Proc. 16/16.5GDIDN.C1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Acórdão de 20 de novembro de 2012 (Proc. 1423/11.5TBGRD.C1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Acórdão de 23 de junho de 2020 (Proc. 2374/19.0T8VIS-A.C1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Acórdão de 26 de setembro de 2006 (Proc. 453/05.0TBANS.C1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. Acórdão de 7 de fevereiro de 2006 (Proc. 2334/05-1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. Acórdão de 7 de junho de 2018 (Proc. 1267/09.4TBBNV.E1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. Acórdão de 25 de maio de 2005 (Proc. 809/05-1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão de 1.º de fevereiro de 2006 (Proc. 11425/2005-4). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão de 5 de junho de 2018 (Processo 204/11.0TBAGH. L1-7). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão de 7 de julho de 2016 (Processo 640/10.0TBPDL-W.L1-2). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão de 12 de outubro de 2005 (Proc. 4040/2005-3). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão de 19 de maio de 2009 (Proc. 8685/08-7). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão de 22 de setembro de 2020 (Proc. 10791/17.4T9LSB.L1-5). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão de 6 de fevereiro de 2020 (Proc. 6590/13.0TBMTS-B.P1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão de 11 de abril de 2007 (Proc. 0615576). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão de 11 de janeiro de 2017 (Proc. 2020/13.6TAPVZ.P1). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão de 12 de maio de 2005 (Proc. 0532465). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão de 13 de fevereiro de 2017 (Proc. 3006/05.0TBGDM.P3). Disponível em: <www.dgsi.pt>.

REIS, José Alberto dos. **Código de processo civil anotado**: artigos 658.º a 720.º. v. V. Coimbra: Coimbra Ed., 1981. Reimpressão.

SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel. **Código penal anotado**; art.º 131.º ao 235.º. v. III. 4. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2016.

SILVA, Germano Marques da. **Direito penal português**: introdução e teoria geral. Lisboa: Ed. Universidade Católica, 2020.

TRÖNDLE, Herbert; FISCHER, Thomas. **Strafgesetzbuch und nebengesetze**. 52. ed. Munique: Beck, 2004.

WESSELS, Johannes; HETTINGER, Michael. **Strafrecht, besonderer teil/2**: strafaten gegen vermögenswerte. 26. ed. Heidelberg: Müller, 2003.

Recebido em: 5-10-2024

Aprovado em: 26-11-2024

3

ESTUDO DE CASO: O PROCESSO ESTRUTURAL E A FAVELA DA ROCINHA¹

CASE STUDY: STRUCTURAL PROCESS AND THE ROCINHA FAVELA

Isadora Nicoli da Silva²

RESUMO

Este artigo tem como foco compreender o processo estrutural e sua aplicação a partir do caso concreto da Apelação Cível n.º 0209614-52.2014.8.19.0001, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. O enfrentamento do litígio entre moradores de imóvel construído em Área de Preservação Permanente, localizada na favela da Rocinha, e o município carioca conduz às raízes do problema, à análise dos direitos em conflito e à necessidade de transcender o processo tradicional par alcançar o estado ideal de coisas.

Palavras-chave: problema estrutural, processo estrutural, litígio coletivo.

¹ **Como citar este artigo científico.** SILVA, Isadora Nicoli da. Estudo de caso: o processo estrutural e a favela da Rocinha. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 91-118, set.-dez. 2024.

² Especialista em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Juíza de Direito Substituta do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *E-mail:* isadoranicoli@gmail.com

ABSTRACT

This article focuses on understanding the structural process and its application through the specific case of Civil Appeal No. 0209614-52.2014.8.19.0001, adjudicated by the Court of Justice of the State of Rio de Janeiro. The litigation involving residents of a property built in a Permanent Preservation Area located in the Rocinha favela leads to the roots of the problem, an analysis of the conflicting rights, and the necessity to transcend the traditional process to achieve an ideal state of affairs.

Keywords: structural problem, structural process, collective litigation.

SUMÁRIO. Introdução. 1. O problema estrutural. 2. O processo estrutural. 2.1 Conceito e características. 2.2 Regulação. 3. Caso concreto: Apelação Cível n.º 0209614-52.2014.8.19.0001. 3.1. Direitos em conflito. 4. Solução (re)estruturante. 4.1 Técnicas decisórias. 5. Visão crítica. 6. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto contribuir para compreensão do processo estrutural enquanto instituto jurídico que confere soluções efetivas para litígios coletivos por meio de técnicas decisórias que transcendem o processo tradicional e conduzem o julgador a, de fato, ser agente de transformação da realidade.

Os problemas estruturais enfrentados pelo Judiciário brasileiro requerem respostas que ultrapassam a ponderação de direitos. Afinal, as raízes do conflito estão fincadas em tamanha profundidade que a prevalência de um único interesse não elimina a lide por completo. Pelo contrário, é possível que se obtenha efeito reverso e esse seja o nascedouro de inúmeros recursos, incidentes e novas demandas. É o mito da Hidra de Lerna.

Para tanto, este estudo lança mão da doutrina e da jurisprudência, e tem como representativo de problema estrutural e de solução estruturante o julgamento monocrático da Apelação Cível

n.º 0209614-52.2014.8.19.0001 (RIO DE JANEIRO, 2023, p. 917-942), de relatoria do Desembargador Bernardo Moreira Garcez Neto, atualmente aposentado, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. O caso concreto enfrentado pelo Tribunal fluminense será analisado ante a complexidade do conflito, o qual envolveu construções irregulares em Área de Preservação Permanente na favela³ da Rocinha. A ementa do *decisum* é desde já aqui transcrita:

Demolição. Construção irregular em Área de Preservação Permanente situada no bairro da Rocinha. Ação de obrigação de não fazer. Reparação por danos morais. Sentença de improcedência. Laudo pericial. Provada a edificação do imóvel em terreno de elevado risco geológico e que compõe Área de Especial Interesse Social (AEIS). Lei 3.351/2001. Proibição de novas construções conforme Decretos 28.341/2007 e 30.532/2009. Notificação dos apelantes durante a construção do segundo andar do imóvel. Paralisação da obra. Conflito entre o direito social à moradia e a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Antropização que não consolida o dano ambiental pelo decurso do tempo. Inaplicabilidade da Teoria do Fato Consumado em tema de Direito Ambiental. Incidência da Súmula 613 do STJ. Princípio da equidade intergeracional. Art. 225 da Constituição da República. Verificado o problema estrutural e coletivo. Análise complexa, policêntrica e multifatorial. Elevado número de construções irregulares que revelam o estado de desconformidade. Transição para estado de coisas ideal. Eficácia irradiante dos direitos fundamentais. Dimensão objetiva. Avaliação das consequências práticas das decisões. Artigos 20 e 21 da LINDB. Múltiplos interesses sociais em conflito. Processo estrutural e decisão estruturante. Reformulação do quadro atual mediante o cumprimento de um plano de atuação. Flexibilizações e adaptações procedimentais necessárias à proteção do bem da vida. Atenuação das regras de congruência objetiva. Procedimento bifásico e dialético. Decisão núcleo. Afastamento da demolição do imóvel dos autores enquanto não atingidas as seguintes metas a serem cumpridas pela municipa-

³ O termo “favela” é utilizado por carregar em si a história da ocupação dos morros cariocas, despida do viés pejorativo e do eufemismo decorrente da palavra “comunidade”. Isso também está refletido na retomada do termo pelo IBGE em 2024, após 50 anos, com fundamento em amplo debate do instituto com movimentos sociais. Sobre o tema: <[REVISTA AMAGIS JURÍDICA - ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS MINEIROS | BELO HORIZONTE | V. 16 | N. 3 | SET-DEZ. 2024](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38962-favelas-e-comunidades-urbanas-ibge-muda-denominacao-dos-aglomerados-subnormais#:~:text=O%20IBGE%20est%C3%A1%20substituindo%20a,%E2%80%9CFavelas%20e%20Comunidades%20Urbanas%E2%80%9D.>. Acesso em: 19 ago. 2024.</p></div><div data-bbox=)

lidade: (i) apresentação de plano de trabalho para o reassentamento da população ocupante da Área de Preservação Permanente no bairro da Rocinha no prazo de seis meses; (ii) prova do início do cumprimento efetivo do plano no local do imóvel dos recorrentes e; (iii) realocação dos autores que lhes garanta habitação digna, observado prazo razoável para retirada dos bens que guarnecem a residência. Inexistência de decisão condicional. Técnica decisória atualizada. Cumprimento do plano no juízo originário. Danos morais não configurados. Precedentes do STJ e do STF. *Decisum* reformado. Apelação dos autores provida em parte pelo relator (RIO DE JANEIRO, 2023, p. 917-918).

A dignidade da pessoa humana, o direito social à moradia, a competência municipal para ordenação do solo urbano e o dever-direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado são algumas das normas constitucionais que se contrapõem no caso concreto em tela. Como consequência do conflito, surge a necessidade de evolução das formas de analisar, enfrentar e solucionar a controvérsia trazida pelas partes e que não tem fim com a aplicação silogística das normas.

É essencial, de saída, compreender o que se entende por problema e processo estruturais, com breve histórico e o estágio atual desse procedimento no ordenamento jurídico brasileiro. Diante dessas premissas, analisa-se como essa base teórica influenciou a tecnicidade decisória observada no julgamento da Apelação Cível n.º 0209614-52.2014.8.19.0001 (RIO DE JANEIRO, 2023, p. 917-942).

Foi a dificuldade de julgar o fato e, efetivamente, alterar a realidade o que impulsionou a evolução das formas de decidir, as quais precisavam ultrapassar a lógica do processo tradicional e as barreiras impostas pelo isolamento dogmático. Vale dizer que o processo estrutural não se opõe às normas processuais vigentes, mas apenas revela a necessidade de novos meios de solucionar casos complexos.

A abrangência da solução conferida ao problema estrutural demonstra que os Poderes da República, em especial o Judiciário e o Executivo, regidos pelo sistema de freios e contrapesos, podem

compartilhar esforços a fim de construir a resposta mais adequada ao caso. É a convergência de forças não hierarquizadas que resulta na efetividade dos direitos nesta era neoconstitucional.

Por fim, cumpre verificar a compatibilidade da solução aplicada ao caso concreto com o procedimento exarado pela doutrina, se respeitou o princípio da separação de poderes ou não, bem como se foi possível conformar o litígio e alcançar uma resposta efetiva.

1 O PROBLEMA ESTRUTURAL

Antes do exercício de compreensão do caso aqui analisado e de sua adequação ao processo estrutural, impõe-se apontar o fato que fez surgir o procedimento: o problema estrutural. Fredie Didier, Hermes Zaneti e Rafael Oliveira afirmam que esse problema pode ser definido:

[...] pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal. *Como quer que seja, o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação)* (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 104) (grifo nosso).

O problema surge, assim, da constatação de uma realidade (o fato) que não atende ao estado de coisas ideal almejado pela Constituição da República e demais diplomas que regem o ordenamento jurídico brasileiro. Esse estado de desconformidade se contrapõe ao esperado e não é episódico, mas se trata de situação consolidada e que se prolonga no tempo (FISS, 2017, p. 163-164).

Como situação de desconformidade, o problema estrutural pode ser fruto de atos ou condutas ilícitas ou não. Quando decorrente de ato ilícito, o problema estrutural não é apagado pela ilicitude e com ela não se confunde, de maneira que seu enfrentamento não se limita à análise da antijuridicidade (DIDIER JÚNIOR; ZANETI

JÚNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 105). Na verdade, ultrapassa essa acepção para que as bases do conflito sejam compreendidas e enfrentadas.

É possível citar como exemplo de problema estrutural o debatido na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 que trata da situação do sistema prisional no país. O plenário do Supremo Tribunal Federal, em 9-9-2015, no julgamento da medida cautelar, reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro revela um “estado de coisas inconstitucional” ante a violação massiva dos direitos das pessoas encarceradas (BRASIL, 2015, p. 3-24).

Ainda, tem-se o caso Brumadinho decorrente do desastre ambiental, com rompimento de barragens de rejeitos. O ocorrido no município mineiro acarretou a morte de mais de 250 pessoas e animais, além dos danos socioeconômicos e ambientais, com consequências devastadoras, ensejando diversas demandas individuais e coletivas contra a Vale S. A⁴.

Os autores advertem, contudo, que o problema estrutural não se limita à esfera pública, tal como o embate entre o direito à saúde e a promoção de políticas públicas, mas pode ocorrer no campo privado, tal como no caso de falência e de recuperação judicial (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 105).

No Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais destaca-se o processo de recuperação judicial das sociedades 123 Viagens e Turismo Ltda., MM Turismo & Viagens S. A., Lance Hotéis Ltda. e outras, processo n.º 5194147-26.2023.8.13.0024, que tramita na 1.ª Vara Empresarial de Belo Horizonte e é conduzido pela Juíza titular Cláudia Helena Batista (MINAS GERAIS, 2023b).

⁴ Ação Cautelar n.º 5044954-73.2019.8.13.0024; Ação Civil Pública n.º 5013909-51.2019.8.13.0024 e; Ação Cautelar n.º 5087481-40.2019.8.13.0024 são exemplos de processos estruturais no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais apontados por Isabela Silveira Miceli em sua dissertação de mestrado intitulada “processo estrutural e o desastre de Brumadinho/MG”. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnmbpajpcgleclfindmkaj/https://www2.ufjf.br/claudia_toledo/wp-content/uploads/sites/216/2022/09/Miceli-Processo-Estrutural-e-o-Desastre-de-Brumadinho-MG.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2024.

Essa ação, conforme informado pela Magistrada em recente entrevista ao *site* oficial do TJMG⁵, “tem, hoje, aproximadamente 30 mil páginas, sendo que, dessas, cerca de 25 mil são de pedidos de revisões de valores, que aumentam a cada minuto”. O número de páginas não significa por si só que se trata de processo estrutural, mas pode revelar a complexidade da questão⁶.

O caso “123 Milhas”, conforme denominação popularmente utilizada, pode ser apontado como um processo estrutural ante o litígio coletivo e a dificuldade de encontrar ativos para o pagamento de credores, o que também ensejou o ajuizamento de Ação Civil Pública n.º 5187301-90.2023.8.13.0024 (MINAS GERAIS, 2023a), que tramita na 15.^a Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte. Ressalte-se que a ação coletiva é anterior ao processo de soerguimento.

Diante de tudo isso, verifica-se que o problema estrutural é transcendente, no sentido de ultrapassar os limites dos litígios individuais, exige não apenas uma solução pontual mediante a imposição de obrigações entre as partes, mas a reestruturação das bases que ensejaram o conflito (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 106).

⁵ TJMG realiza audiência administrativa do processo de recuperação judicial da 123 Milhas. TJMG oficial. 17 jul. 2024. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-realiza-audiencia-administrativa-do-processo-de-recuperacao-judicial-da-123-milhas.htm>>. Acesso em: 25 ago. 2024.

⁶ Para Edilson Vitorelli, a complexidade do caso não é sinônimo de litígio estrutural ao destacar que: “a complexidade, por sua vez, não deriva da relação entre o litígio e o grupo, mas da relação entre o litígio e o Direito. Complexidade é um elemento que deriva das múltiplas possibilidades de tutela de um direito. Um litígio coletivo será complexo quando se puder conceber variadas formas de tutela da violação, as quais não são necessariamente equivalentes em termos fáticos, mas são cogitáveis, juridicamente. Em outras palavras, a complexidade deriva da dúvida no modo como a decisão acerca do litígio deva ser tomada ou deva ser implementada. A tutela, entendida como resultado concreto da atividade jurisdicional sobre o direito material, não é de fácil apreensão, seja em termos de acerto do direito, seja em termos de sua implementação empírica” (VITORELLI, 2023, p. 37-38).

2 O PROCESSO ESTRUTURAL

A origem do processo estrutural, conforme elencado pela doutrina majoritária, é atribuída ao caso estadunidense *Brown vs. Board of Education of Topeka*, o qual resulta de um conjunto de ações ajuizadas por representantes legais de crianças negras submetidas ao regime da segregação racial, as quais eram impedidas de estudar em escolas destinadas às pessoas brancas, ainda que se tratasse da instituição mais próxima de sua residência (US SUPREME COURT, 1954).

Esse quadro, contudo, violava a Seção 1 da 14.^a Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, que determina a igualdade de direitos aos nacionais e naturalizados e revelou que a oferta da educação somada à segregação não garantia a isonomia. Como resultado, ficou estabelecido que o critério racial era desigual e inconstitucional.

A decisão da Suprema Corte lançou luzes sobre o estado de desconformidade instaurado e enraizado na sociedade segregacionista. Adiante, como fruto daquela decisão paradigmática, ações individuais foram ajuizadas a fim de dar concretude ao julgamento, impondo obrigações ao Estado, tais como a garantia de vagas, fiscalização e revisão legislativa.

Daí porque o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* não é apontado como um exemplo puro de processo estrutural, mas apenas como um ponto de partida, na medida em que os instrumentos de mudança do sistema de educação decorreram de decisões de diversos juízes ao longo do país (VITORELLI, 2020, p. 71). A alteração do quadro fático foi gradativamente alcançada por meio de múltiplas demandas, as quais demonstravam o quadro violador de direitos.

A solução conferida ao caso *Brown* demonstra o poder transformador das decisões judiciais frente aos problemas estruturais.

2.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

O processo estrutural é conceituado por diversos autores. Edilson Vitorelli (2018, p. 333-369), autoridade sobre o tema no Brasil, aponta que o processo estrutural é:

[...] um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural.

Assim, será estrutural o processo perpassado por um problema estrutural, envolto em um litígio estrutural, no qual se constata um estado de desconformidade e a necessidade de reestruturação. Não obstante, um problema estrutural pode ser questionado por meio de ações individuais que, posteriormente, se revelará mais amplo e coletivo (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 112).

Verificada a lesão aos direitos, sua complexidade e o alto grau de conflituosidade, a intervenção judicial se apresenta como medida necessária ao alcance da solução que mais protege os direitos constitucionais, uma vez flagrante a falha dos demais Poderes da República na solução do problema. Por certo, a atuação jurisdicional na construção de uma decisão dialogada não macula o princípio da separação de poderes.

Identificados a origem e o conceito de processo estrutural, é possível caracterizá-lo por:

(i) pautar-se na discussão sobre um problema estrutural, um estado de coisas ilícito, um estado de desconformidade, ou qualquer outro nome que se queira utilizar para designar uma situação de desconformidade estruturada; (ii) buscar uma transição desse estado de desconformidade para um estado ideal de coisas (uma reestruturação, pois), removendo a situação de desconformidade, mediante decisão de implementação escalonada; (iii) desenvolver-se num

procedimento bifásico, que inclua o reconhecimento e a definição do problema estrutural e estabeleça o programa ou projeto de reestruturação que será seguido; (iv) desenvolver-se num procedimento marcado por sua flexibilidade intrínseca, com a possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso, de utilização de mecanismos de cooperação judiciária; (v) e, pela consensualidade, que abranja inclusive a adaptação do processo (art. 190, CPC) (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 107-108).

Para além dessas características, o processo estrutural pode ser atingido pela multipolaridade, coletividade e complexidade. Essas conduzem ao entendimento de que o processo estrutural ilumina o caminho para a compreensão teleológica dos fatos e se ocupa de investigar os instrumentos necessários à transição para o estado de coisas ideal (GALDINO, 2019, p. 685-694).

2.2 REGULAMENTAÇÃO

O histórico legislativo aponta o Projeto de Lei n.º 8.058 (BRASIL, 2014), em tramitação na Câmara dos Deputados, que visa estabelecer o procedimento específico para a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas. Esse projeto era apontado como possível regulamentador do processo estrutural, dado a disciplinar o processo para conflitos de interesse público (MICELI, 2021, folhas 71-73).

Com efeito, o projeto traz instrumentos de flexibilização, possibilidade de adaptação consensual do processo, cumprimento flexível e progressivo das decisões, com atuação do julgador para além dos pedidos formulados pelo autor. A tramitação continua e segue “aguardando designação de relator(a) na comissão de finanças e tributação (CFT)”, conforme *status*.

A regulamentação do processo estrutural no Brasil ainda não ocorreu. Apesar disso, novos rumos poderão surgir com a formação de comissão para propor anteprojeto de lei sobre o processo estrutural, consoante o Ato do Presidente do Senado n.º 3, publicado em 12-4-2024 (BRASIL, 2024). Entre os integrantes estão juristas especialistas na área, tais como Nancy Andrighi, Edilson Vitorelli, Sérgio Cruz Arenhart e Juliana Cordeiro de Faria.

A comissão é presidida pelo Subprocurador-Geral da República Augusto Aras e tem como objetivo apresentar, no prazo de cento e oitenta dias, anteprojeto da Lei do Processo Estrutural no Brasil. Aguardemos as cenas dos próximos passos.

3 CASO CONCRETO: APELAÇÃO CÍVEL N.º 0209614-52.2014.8.19.0001

Para abordagem prática do tema, passa-se à análise do caso levado à Segunda Instância do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na Apelação Cível n.º 0209614-52.2014.8.19.0001, julgada monocraticamente pelo Relator em 24 de julho de 2023, Desembargador Bernardo Moreira Garcez Neto, então membro da 2.^a Câmara de Direito Público, e atualmente aposentado (RIO DE JANEIRO, 2023, 917-942).

Trata-se de ação de obrigação de não fazer cumulada com indenizatória. Na petição inicial, o casal de autores narrou que, em 2014, adquiriram terreno localizado na Rua Trampolim, sem número, Lote 1-A, Quadra VI, na comunidade da Rocinha, Rio de Janeiro/RJ, por sete mil reais. Edificaram o primeiro andar e, quando começaram a construir o segundo andar, foi determinada a paralisação das obras e, posteriormente, a demolição do imóvel.

Nesse quadro, requereram liminar para impedir a demolição, o que foi deferido na Primeira Instância e, ao fim, a confirmação da decisão e compensação por danos morais no valor de cinco mil reais para cada autor (RIO DE JANEIRO, 2014, p. 2-7).

O Município do Rio de Janeiro, em contestação, defendeu que o imóvel está inserto em local declarado como Área de Especial Interesse Social (AEIS), conforme a Lei Municipal n.º 3.351/01, que existe processo de embargo da obra, que autores foram notificados sobre a obrigação de paralisação da obra e da ordem de demolição, bem como que “a construção está localizada em área de alto risco geológico e de relevante interesse ecológico, nos termos da Lei Municipal 3.363/2003 [*sic*]” (RIO DE JANEIRO, 2023, p. 922).

A Sentença, prolatada pelo Magistrado Luiz Otávio Barion Heckmaier, em 27-1-2023, Juiz em exercício na 10.^a Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital fluminense, julgou improcedentes os pedidos e apontou a validade do ato administrativo municipal, que, no exercício do poder polícia, determinou a demolição como forma de ordenação do solo urbano e proteção ao meio ambiente (RIO DE JANEIRO, 2023, p. 833-837).

Os autores interpuseram apelação com as seguintes razões recursais, confirmam-se:

Alegam, em síntese, os apelantes (autores) que o direito ao meio ambiente equilibrado invocado como fundamento pela sentença se contrapõe à informação de que o local está antropizado com centenas de construções. Apontam que o dano ao meio ambiente ocorreu antes da edificação do seu imóvel, que não é esse o causador do prejuízo e que não podem responder com sua moradia enquanto a situação ao redor é mantida. Salientam que descabe a demolição da residência, que o julgador reconhece que se impõe apenas derrubada do acréscimo e não de todo o imóvel [...] Argumentam que o local está inserido na maior favela da América Latina, que os únicos documentos são os referentes à compra e venda e que não há autorização do Poder Público para todos os imóveis da área. Afirmam que o Município é o responsável pela fiscalização e ordenação, mas tais funções não foram observadas. Defendem a observância da finalidade social e que não podem perder a moradia inserida em comunidade carente. Pedem a reforma da sentença [...] (RIO DE JANEIRO, 2023, p. 919-920).

Diante desse breve relato do caso, ficaram demonstrados o pleito dos recorrentes e o conflito instaurado. A controvérsia recursal pairou, portanto, “na invalidade do ato administrativo que determinou a demolição do imóvel e no conflito entre o direito social à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.” (RIO DE JANEIRO, 2023, p. 925).

O problema estrutural enfrentado é evidente. Isso porque as construções irregulares na favela da Rocinha são fato notório. A

questão fundiária atravessa décadas e impacta, inclusive, a percepção dos moradores sobre os direitos de propriedade e posse, sendo comum a alienação do direito de laje (HUGUENIN; FERREIRA, 2009).

A localização da Rocinha, na Zona Sul do Rio de Janeiro, impulsiona o mercado imobiliário da região e oferece proximidade aos locais de trabalho para muitos moradores. Esses fatores contribuíram para a expansão da comunidade (LEITÃO, 2007, p. 135-155).

O crescimento das ocupações, que passaram a ser alienadas, bem como objeto de direito sucessório, revelou a dificuldade de fiscalização e ordenação pela municipalidade, que no exercício de sua competência constitucional deve “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”, consoante artigo 30, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988.

Portanto, tem-se que a atuação do ente municipal, com o embargo da obra foi pautada no fato de que o imóvel está localizado em Área de Especial Interesse Social (AEIS) e Área de Relevante Interesse Ecológico, nos termos da Leis Municipais n.º 3.351/2001 e n.º 3.696/2003, bem como nos Decretos Municipais n.º 28.341/2007 e n.º 30.532/2009, os quais proibiram novas construções de unidades de uso multifamiliar na XXVII Região Administrativa – Rocinha.

Na instrução do processo, a perícia do local demonstrou que o imóvel dos autores-recorrentes também está inserido em Área de Preservação Permanente e que a localidade está “*totalmente antropizada, apresentando centenas de construções contíguas entre si, inclusive prédios edificadas sem observação dos parâmetros edilícios constantes na legislação vigente.*” (RIO DE JANEIRO, 2023, p. 794-803) (grifo nosso).

Como consequência, o estado de desconformidade é verificado diante das construções irregulares, que não se limitam ao imóvel objeto da ordem administrativa de demolição discutida no processo originário em estudo, mas se apresenta como um problema coletivo e que atinge centenas de edificações e núcleos familiares.

3.1 DIREITOS EM CONFLITO

A antropização, da área objeto da proteção ambiental, por representar Área de Proteção Permanente, Área de Especial Interesse Social e Área de Relevante Interesse Ecológico, não legitima a manutenção das edificações. Tampouco é possível invocar a teoria do fato consumado⁷.

A Constituição da República salvaguarda, de um lado, o direito social à moradia, consoante art. 6.º, *caput*; de outro, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na forma do art. 225 e seguintes. Tais direitos apresentam-se como fundamentais e de igual hierarquia⁸.

O conflito aparente entre as normas constitucionais aqui apontadas demonstra que a prevalência de um só direito não conduzirá ao estado de coisas ideal, tendo em vista que a manutenção das construções irregulares viola a proteção ao meio ambiente, o que não se admite, e que com a simples demolição dos imóveis centenas de pessoas serão desabrigadas e expostas à vulnerabilidade social.

Contudo, isso não autoriza o Magistrado a deixar de decidir, sendo vedado o *non liquet* ambiental⁹. Inafastável a jurisdição,

⁷ Nesse sentido, a Súmula 613 do Superior Tribunal de Justiça, publicada em 15 de maio de 2018, dispõe que: “não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de Direito Ambiental”.

⁸ Ressalte-se, consoante lição de Nathalia Masson (2023, P. 25), que “não há hierarquia entre as normas constitucionais em razão do conteúdo. Em outras palavras: não seria correto dizer que o art. 5.º da Constituição, que consagra direitos e garantias individuais e coletivos é, do ponto de vista hierárquico, superior a um outro artigo constitucional que trate de um tema de menor relevância, como, por exemplo, o art. 242 que, em seu § 2º, determina que ‘O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal’. Independentemente do assunto tratado, se a norma é constitucional ela é superior e está no topo do ordenamento jurídico.”.

⁹ Para compreensão do termo, confira-se o entendimento do 2.ª Turma do STJ no julgamento do REsp. 1.782.692/PB em 5-11-2019, com destaque para o seguinte trecho da Ementa (p. 5-6): “o argumento de que a área ilicitamente ocupada integra região de adensamento populacional não basta, de maneira isolada, para judicialmente afastar a incidência da legislação ambiental. Aceitá-lo implica referendar tese de que, quanto maior a poluição ou a degradação, menor sua reprovabilidade social e legal, acarretando anistia tácita e *contra legem*, entendimento, por óbvio, antagônico ao Estado de Direito Ambiental. Além disso, significa acolher territórios-livres para a prática escancarada de ilegalidade contra o meio

o julgador utilizou como base a compreensão do conflito como um problema estrutural e que requer a aplicação de técnicas decisórias atualizadas por ser complexo, policêntrico e multifatorial. Apontou-se que:

[...] conforme demonstrado no laudo pericial (TJe 670/1-24 e 794/1-10), nas imagens integrantes desta decisão e o que se depreende do quadro fático de conhecimento geral, as construções irregulares na comunidade da Rocinha, que já ocupou o lugar de maior favela da América Latina, revelam um estado de desconformidade. Esse problema estrutural, ainda que com origem individual, tem alcance coletivo. Tal cenário ressalta fato inconteste: a demolição do imóvel dos autores não atende, em sua completude, ao objetivo de proteção ambiental almejado pelo Município-réu em prol do interesse público (BRASIL, 2023, p. 934).

Sem dúvida, a tomada decisão deve considerar suas consequências práticas e como afetará as pessoas e os interesses envolvidos, inaplicável a simples fundamentação em valores jurídicos abstratos. É o que determina o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁰. Enquanto o direito social à moradia e a proteção ambiental permanecem em rota de colisão, impõe-se ao julgador ser pragmático e consequencialista. E isso pode ser alcançado?

4 SOLUÇÃO (RE)ESTRUTURANTE

Constatado o litígio coletivo e a necessidade de sua compreensão como um problema estrutural, requer-se o emprego de procedimento mais flexível, abrangente e prospectivo, se comparado ao processo tradicional, além de novos instrumentos¹¹. Para tanto,

ambiente, verdadeiros desertos ecológicos onde impera não o valor constitucional da qualidade ambiental, mas o desvalor da desigualdade ambiental”.

¹⁰ Art. 20 da LINDB: “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

¹¹ “[...] o modelo tradicional de processo foi moldado para a solução de conflitos individuais, baseando-se na estrutura triádica estabelecida entre dois polos com interesses diametralmente opostos (bilateralidade) e o juiz imparcial (melhor

aponta-se que “a chave para se entender adequadamente os processos estruturais é *realizar uma união entre o direito processual civil e direito constitucional.*” (MÖLLER, 2021, p. 158) (grifo nosso).

No caso analisado, o julgador identifica essa exigência e destaca a utilização do processo estrutural como meio de articulação dos interesses e direitos em conflito. Também salienta que será aplicado procedimento bifásico “mediante uma primeira decisão núcleo seguida por uma fase executiva com decisões pontuais” (RIO DE JANEIRO, 2023, p. 938).

A solução estruturante é, assim, alcançada por decisões em cascata:

[...] é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão normalmente, mais genérica, abrangente e quase no sentido de que terá como principal função estabelecer a “primeira impressão” sobre as necessidades da tutela jurisdicional outras decisões serão exigidas para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da “decisão núcleo”, ou para a especificação de alguma prática devida (ARENHART, 2013, p. 400).

Ainda, foi ressaltado que a flexibilização do procedimento atrai a atenuação das regras de congruência objetiva¹², ultrapassan-

interpretação para árbitro neutro), cujo objeto é estabelecido pelas partes (controlado pelas partes), que serão, como regra, os sujeitos a sofrerem os impactos do provimento jurisdicional. Este, por sua vez, volta-se para fatos ocorridos no passado (tutela retrospectiva e episódica) e se caracteriza pela relação lógica de seu conteúdo com as violações a direitos perpetradas (interdependência entre direito e remédio judicial)” (MICELI, 2021, folhas 39).

¹² “Em casos tais, é fundamental libertar o magistrado das amarras dos pedidos das partes, uma vez que a lógica que preside os processos estruturais não é a mesma que inspira os litígios não estruturais, em que o julgador se põe diante de três caminhos a seguir, quais sejam: o deferimento, o deferimento parcial ou o indeferimento da postulação. A ideia dos processos estruturais é, como visto, a de alcançar uma finalidade, mediante a execução estruturada de certas condutas. Sucede que nem sempre é possível à parte antever todas as condutas que precisavam ser adotadas ou evitadas pela parte contrária para alcançar essa finalidade.

do-se a “conformidade estrita entre os pedidos do demandante e o provimento jurisdicional” (RIO DE JANEIRO, 2023, p. 939). Como fundamento legal, é possível apontar os artigos 322, § 2.º, 489, § 3.º e 493 do Código de Processo Civil.

Ressalte-se o papel fundamental do Juiz na identificação dos problemas estruturais e da necessidade do emprego do procedimento especial, além dos instrumentos que lhe são acessíveis e podem viabilizar a solução estruturante. Com isso:

[...] Proposta a ação, o juiz se agrega ao contexto estrutural. Se tivesse sido possível um acordo completamente extrajudicial, o legitimado poderia ter negociado mais livremente com o causador do dano. Com a seara extrajudicial inviabilizada, o acordo, mesmo que possível, deverá passar pelo crivo do Poder Judiciário, o que adiciona mais um ator para um cenário já complexo. De um lado, a presença do juiz acrescenta dificuldades, porque ele também precisará ser convencido da adequação das medidas estruturais que forem definidas ao longo do processo. De outro, o juiz tem à sua disposição diversos instrumentos que, bem utilizados, podem potencializar as chances de uma solução estrutural bem-sucedida. Tudo dependerá do modo como esses dois aspectos da intervenção judicial serão equalizados (VITORELLI, 2023, p. 349).

Os poderes mandamentais do Juiz, quando utilizados na lógica do processo estrutural, caminham para o apontamento das premissas da solução. Essa que será construída em conjunto com os demais atores envolvidos, sejam os particulares ou o Poder Executivo. Afinal “essa lógica decisória é também *dialética* e permite que os atores do processo caminhem em direção à solução construída a partir do debate.” (RIO DE JANEIRO, 2023, p. 940) (grifo nosso).

Muitas vezes isso somente é aferível já no curso do processo.” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 125).

4.1 TÉCNICAS DECISÓRIAS

Na construção da solução estruturante dada ao caso da favela da Rocinha no julgamento-apelo, foi estabelecida uma decisão-núcleo, tendo como primeira medida afastar a demolição do imóvel, ausente risco iminente de desabamento, proibindo-se a construção de novas edificações pelos moradores (RIO DE JANEIRO, 2023, p. 940).

Em seguida, verificada a manutenção do problema estrutural e que a simples demolição do imóvel dos apelantes não atrairia efetiva resposta ao caso, permitiu-se ser mantido o estado de desconformidade até que essa solução suficiente fosse alcançada na fase executiva.

Diante da decisão núcleo, que estabeleceu premissas para garantir a proteção mínima dos direitos constitucionais em conflito, o município do Rio de Janeiro foi obrigado a apresentar um plano de trabalho no prazo de seis meses, contados da decisão. Esse plano deveria assegurar o reassentamento dos moradores das áreas ocupadas por construções irregulares em Áreas de Preservação Permanente no bairro da Rocinha.

O aspecto temporal, assim, foi considerado, uma vez que o prazo de seis meses para a elaboração do plano de reassentamento compatibiliza a complexidade do litígio, além da gravidade do dano e de suas consequências. Dessa forma, foi considerada a necessidade de moradia da população envolvida.

Isso somente é possível a partir do diálogo interinstitucional e da superação do isolamento, com a construção da solução estruturante por meio do diálogo estabelecido não apenas entre os litigantes, mas também com o julgador.

Elaborado o plano, caberia à municipalidade, na fase executiva, dar início à implementação da política pública por ente escolhida, não tendo a decisão estabelecido o meio pelo qual o reassentamento da população se dará. Isso atende ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 698 da repercussão geral, *mutatis mutandis*, que tratou dos limites do Poder Judiciário para determinar obrigações ao

Estado consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção.

O julgador destacou-se que:

Após, somente mediante a prova de que os apelantes (autores) foram contemplados por políticas públicas de realocação que lhes garantam habitação digna, tais como o aluguel social e o Programa Minha Casa Minha Vida, por exemplo, e observado prazo razoável para retirada dos bens que guardam o imóvel, será possível a demolição do prédio (RIO DE JANEIRO, 2023, p. 941).

As decisões em cascata, com origem na decisão-núcleo até aquela que julga extinta a fase executiva pelo cumprimento das obrigações, não resultam em uma decisão condicional, mas na adequação do procedimento tradicional, com a possibilidade de novas metas e adaptações ao longo do processo. A concretude dado ao conflito permite a prolação de decisão não estanque e dialogada, bem como se apresenta como a técnica mais adequada.

5 VISÃO CRÍTICA

Não obstante a fundamentação teórica e a praticabilidade da rica decisão monocrática, tem-se que a denominada “advertência preliminar” não foi observada no caso. Isso decorre do fato de que o processo, enquanto tramitou na Primeira Instância, foi tratado como individual, considerando apenas os interesses imediatos em conflito (RIO DE JANEIRO, 2023, p. 833-837).

Foram contrapostos o interesse na permanência da edificação dos autores, afastando-se a demolição, e o exercício do poder de polícia pelo município para proteção do meio ambiente, sem destaque para a multipolaridade do conflito.

O problema estrutural estava presente antes do ajuizamento da demanda. Contudo, o Juiz de Primeiro Grau não o enfrentou por

meio do procedimento específico aqui abordado. Essa ausência também decorre da petição inicial, que trata o problema como particular, em que pese apontar a existência de outros imóveis em situação irregular.

Ainda que assim não fosse, cabe ao julgador, no atual estágio legislativo, optar pela condução estrutural do processo. Essa decisão depende do Magistrado (VITORELLI, 2023, p. 348).

A falta de aplicação do procedimento específico não impede seu emprego em Instância Superior, desde que as partes sejam previamente cientificadas. Por certo, identificada a estruturalidade do problema em Segundo Grau, caberia ao Relator, antes de enfrentar a Apelação, advertir às partes sobre a aplicação do procedimento estrutural, em atenção ao que dispõe a regra da vedação da decisão-surpresa, conforme artigo 10 do Código de Processo Civil (CPC).

Informadas sobre o procedimento a ser adotado, as partes poderiam contribuir para construção da decisão-núcleo, sendo essa cooperativa. Para Vitorelli (2023, p. 349):

Essa advertência inicial é importante para que se perceba que o juiz é mais que um tomador de decisões (*adjudicator*, como se diz nos Estados Unidos) em um processo estrutural. Isso pela simples razão de que, sem um caminho previamente definido, não há muito o que se julgar. Nenhum processo estrutural pretende que o juiz assuma sozinho a responsabilidade pela tomada de decisões em contextos altamente complexos. É por isso que um processo estrutural seguramente representará um mau casamento com quaisquer metas quantitativas de decisões, de tempo de conclusão ou de baixa do feito, como as recorrentemente propostas pelo Conselho Nacional de Justiça.

A ausência de advertência preliminar impediu a contribuição das partes, as quais continuaram a suportar a decisão do Estado-Juiz, apesar da tentativa de se impor a elaboração do plano de trabalho, as decisões em cascata e as flexibilizações.

Esse cenário se afasta do pretendido com o emprego do processo estrutural, uma vez que a negativa da municipalidade ou a de-

mora na elaboração do plano acarretaria a manutenção do estado de desconformidade. O problema não será enfrentado de forma efetiva, ausentes mudanças sociais.

As regras de cooperação também fundamentam a necessidade de prévio aviso e reclamam a atuação do julgador como agente de transformação.

Por fim, em recente consulta ao processo, verificou-se que a decisão monocrática foi reformada em parte após Agravo interno e a aposentadoria do Relator, afastando-se a obrigação de elaboração do plano de reassentamento, mantida apenas a proibição da demolição pela municipalidade e construção de acréscimos pelos autores (RIO JANEIRO, 2024, p. 1.029-1.042).

A reforma representou retrocesso, sendo possível, ainda naquele momento, sanar os vícios e aplicar a solução mais efetiva. Em que pese o caso concreto fornecer excelentes fundamentos para o presente estudo, tem-se o afastamento da condução estruturante. O Município opôs Embargos de Declaração, pendente o julgamento (RIO JANEIRO, 2024, p. 1.004-1.019).

Destaque-se que a incerteza quanto ao procedimento do processo estrutural, pendente de regulamentação no Brasil, conduz à dificuldade de aplicação e verificação dos parâmetros adotados pelos julgadores. Esse quadro se apresenta como um obstáculo que pode ser ultrapassado com a fixação estrita das fases, técnicas e meios passíveis de utilização.

6 CONCLUSÃO

Os problemas estruturais são identificados por serem complexos e multifatoriais, de modo que o processo tradicional se mostra insuficiente para a superação do estado de desconformidade. A manutenção da tomada de decisão estanque não atende à necessidade de adaptação, diálogo e flexibilização que litígios coletivos exigem, ainda que decorram de demandas individuais.

Na rota de colisão entre os direitos constitucionais, a ponderação entre esses apenas na Sentença (decisão monocrática ou Acór-

ção) pode, na prática, não ser efetiva, não conformar o conflito e, tampouco, transformar a realidade. Do clamor pela evolução, tem-se o processo estrutural como meio para que tal fim seja alcançado.

A partir do estudo do caso enfrentado na Apelação Cível n.º 0209614-52.2014.8.19.0001, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, buscou-se demonstrar a identificação do problema estrutural a partir da ação individual do casal de moradores da favela Rocinha, os quais buscam impedir a demolição do imóvel construído em Área de Preservação Permanente.

A amplitude do litígio está no fato de que a edificação dos apelantes é apenas uma entre outras centenas, de maneira que o exercício do poder de polícia pela municipalidade, com a demolição de construção irregular específica, não conduziria ao estado de coisas ideal pretendido.

Daí porque foi necessário a aplicação das técnicas decisórias que requerem o diálogo interinstitucional, sem que o princípio da separação de poderes seja violado, a superação da regra da congruência, a divisão do procedimento com as decisões núcleo e em cascata, tudo isso para que a solução estruturante (ou reestruturante) seja atingida.

O Juiz, no processo estrutural, assume, mais uma vez, o papel de agente transformador da realidade e pode, mediante procedimento mais abrangente, dialogado e prospectivo, alcançar tal finalidade. Essa foi a opção do Relator do Apelo.

Apesar disso, verificou-se que a aplicação do procedimento deixou de observar a advertência preliminar, cientificando as partes sobre a condução estrutural do processo e, em razão disso, a utilização dos novos meios de decidir, sendo vedada a decisão-surpresa (art. 10 do CPC).

O vício identificado na crítica encontra justificativa, ainda que meramente acadêmica, na ausência de regulamentação do tema na esfera legislativa, o que torna a aplicação do processo estrutural, ainda, uma decisão do Magistrado. Pendente a apresentação do anteprojeto de lei pela comissão instituída pelo Ato do Presidente do

Senado n.º 3 de 2024, cabe adotar o que dispõe a doutrina e a jurisprudência sobre o processo estrutural.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. In: **Revista de Processo**, São Paulo, Ed. RT, ano 38, v. 225, 2013.

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

BRASIL. Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 9 set. 1942; retificado no **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 8 out. 1942, e retificado no **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 17 jun. 1943.

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. Projeto de Lei 8.058, de 4 de novembro de 2014. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacaooidProposicao=687758&fichaAmigavel=nao#:~:text=PL%208058%2F2014%20Inteiro%20teor,Projeto%20de%20Lei&text=Institui%20processo%20especial%20para%20o,Judici%C3%A1rio%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias>>. Acesso em: 30 ago. 2024.

BRASIL. Senado Federal. Ato do Presidente do Senado n.º 3, de 12 de abril de 2024. Institui Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Lei do Processo Estrutural no Brasil. **Boletim Administrativo do Senado Federal**, Brasília, DF, 12 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.782.692/PB. Relator: Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 5 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 613, de 9 de maio de 2018. Primeira Seção. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 14 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n.º 347/DF. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Brasília, DF, 9 set. 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 698 da repercussão geral. Plenário. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 3 jul. 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4237089&numeroProcesso=684612&classeProcesso=RE&numeroTema=698#:~:text=Tema%20698%20%2D%20Limites%20do%20Poder,da%20Rep%C3%Bablica%20garante%20especial%20prote%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 11 set. 2024.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: Revista do Ministério Público do Estado de Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n.º 75, p. 101-136, jan./mar. 2020. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Fourteenth Amendment to the United States Constitution. Ratificada pelo Congresso em 9 jul. 1868. Disponível em: <<https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-14/>>. Acesso em: 30 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. Brown v. Board of Education of Topeka. Mr. Chief Justice Warren. 17 maio

1954. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/#F1>>. Acesso em: 15 ago. 2024.

FISS, Owen. As formas de Justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 119-173.

GALDINO, Matheus Souza. Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos estruturais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 685-694.

HUGUENIN, João Paulo Oliveira; FERREIRA, Paulo José Nunes. Representações da questão fundiária: bairros Barcelos e Laboriaux (Rocinha-Rio). In: CONGRESSO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA E PRÊMIO VASCONCELOS TORRES, 18, Niterói, 2009. Anais... Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://mdc.arq.br/wp-content/uploads/2009/07/joao_cicau.pdf>. Acesso em: 2 set. 2024.

LEITÃO, Gerônimo Transformações na estrutura socioespacial das favelas cariocas: a Rocinha como um exemplo. In: **Cadernos Metrópole**, São Paulo, Ed. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, núm. 18, p. 135-155, 2007.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

MICELI, Isabela Silveira. Processo estrutural e o desastre de Brumadinho/MG. Dissertação (Mestrado em Direito)– Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2021. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www2.ufjf.br/claudia_toledo/wp-content/uploads/sites/216/2022/09/Miceli-Processo-Estrutural-e-o-Desastre-de-Brumadinho-MG.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Civil Pública n.º 5187301-90.2023.8.13.0024.

15.^a Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte. Belo Horizonte, 23 ago. 2023a. Disponível em: <<https://pje-consulta-publica.tjmg.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=a6a5a77a65f57c9046e95036e6b03d378d57c87d0ea45b44>>. Acesso em: 6 set. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação n.º 5194147-26.2023.8.13.0024. 1.^a Vara Empresarial da Comarca de Belo Horizonte. Belo Horizonte, 29 ago. 2023b. Disponível em: <<https://pje-consulta-publica.tjmg.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=7db56946f77cd6824772cd285509baf78d57c87d0ea45b44>>. Acesso em: 16 ago. 2024.

MÖLLER, Gabriela Samrsla. **Proteção à moradia adequada pelo processo estrutural**: litígios e comportamento das cortes. Londrina: Thort, 2021.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 0209614-52.2014.8.19.0001. 2.^a Câmara de Direito Público. Rio de Janeiro, RJ, 27 jun. 2014 – 15 set. 2024. Disponível em: <<https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#!/consultapublicanumProcessoCNPJ=0209614-52.2014.8.19.0001>>. Acesso em: 19 jul. 2024.

RIO DE JANEIRO (Município). Decreto 28.341, de 21 de agosto de 2007. Regulamenta a Lei n.º 1.995, de 4 de agosto de 1993, estabelecendo as normas de uso e ocupação do solo do bairro da Rocinha. Rio de Janeiro, RJ, 21 ago. 2007. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/rj/r/rio-de-janeiro/decreto/2007/2835/28341/decreto-n-2341-2007-regulamenta-a-lei-n-1995-de-04-de-agosto-de-1993-estabelecendo-as-normas-de-uso-e-ocupacao-do-solo-do-bairro-da-rocinha>>. Acesso em: 3 set. 2024.

RIO DE JANEIRO (Município). Decreto 30.532, de 16 de março de 2009. Dispõe sobre a construção de novas edificações de uso multifamiliar na Rocinha. Rio de Janeiro, RJ, 16 mar. 2009.

Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/rj/r/rio-de-janeiro/decreto/2009/3054/30532/decreto-n-30532-2009-dispoe-sobre-a-construcao-de-novas-edificacoes-de-uso-multifamiliar-na-rocinha>>. Acesso em: 3 set. 2024.

RIO DE JANEIRO (Município). Lei 3.351, de 28 de dezembro de 2001. Declara como de especial interesse social, para fins de urbanização e regularização, a área que menciona, e estabelece os respectivos padrões especiais de urbanização. Rio de Janeiro, RJ, 3 jan. 2002. Disponível em: <<https://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/2ed241833abd7a5b8325787100687ecc/560f218c1ba6fa1d032576ac0072e8ef?OpenDocument>>. Acesso em: 2 set. 2024.

RIO DE JANEIRO (Município). Lei 3.693, de 4 de dezembro de 2003. Define como Área de Relevante Interesse Ecológico-ARIE, a área que menciona nos Bairros de São Conrado e Rocinha, respectivamente, VI e XXVII Regiões Administrativas, AP-2, e dá outras providências. Rio de Janeiro, RJ, 5 dez. 2003. Disponível em: <<https://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/b24a2da5a077847c032564f4005d4bf2/9082397bc4c86ed8032576ac0072ea45?OpenDocument>>. Acesso em: 2 set. 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. TJMG realiza audiência administrativa do processo de recuperação judicial da 123 Milhas. Belo Horizonte, 17 jul. 2024. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-realiza-audiencia-administrativa-do-processo-de-recuperacao-judicial-da-123-milhas.htm>>. Acesso em: 25 ago. 2024.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. In: Revista de Processo, v. 284, p. 333-369, 2018. Disponível em: <[chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7863793/mod_resource/content/1/LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_SERIO_PROCESSO_ES%20\(1\).pdf](chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7863793/mod_resource/content/1/LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_SERIO_PROCESSO_ES%20(1).pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2024.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. Salvador: JusPodivm, 2020.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2023.

Recebido em: 24-9-2024

Aprovado em: 21-11-2024

4

POLÍTICA DE PAZ E O REFORÇO DA DEFESA NACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO MOÇAMBICANO¹

PEACE POLICY AND STRENGTHENING NATIONAL DEFENSE IN THE MOZAMBICAN LEGAL SYSTEM

*João Luís Araújo*²

RESUMO

O presente estudo discute sobre a “*política de Paz e o Reforço da Defesa Nacional no Ordenamento Jurídico Moçambicano*” temática vertida nos termos do preceituado no artigo 22 da Constituição da República de Moçambique. Neste sentido, Moçambique prossegue uma política de Paz, recorrendo à força em caso de legítima defesa. Este entendimento pode estar de certo modo beliscado devido os constantes ataques à Soberania Nacional que ocorrem desde os ataques armados no Centro do país e em Cabo Delgado, sendo esta

¹ **Como citar este artigo científico.** ARAÚJO, João Luís. Política de paz e o reforço da defesa nacional no ordenamento jurídico moçambicano. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 119-138, set.-dez. 2024.

² Licenciado em Direito, Mestre em Direito, Doutorando em Direito em Fase de Tese pela Faculdade de Direito da Universidade Católica de Moçambique em Parceria com a Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Portugal. Assessor Jurídico. Jurisconsulto. Pesquisador e Docente Universitário. *E-mails:* joaoaraujoacademico@gmail.com / joaoaraujounifd@gmail.com.

última parte do território nacional, alvo de recorrentes ataques por parte de Insurgentes que provavelmente estejam a tomar uma parte do território nacional.

Palavra-chave: Política de Paz, Reforço da Defesa, Constituição da República e Soberania do Estado.

ABSTRACT

The present study discusses the “Peace policy and the Reinforcement of National Defense in the Mozambican Legal Order”, a theme implemented in accordance with the provisions of article 22 of the Constitution of the Republic of Mozambique. In this sense, Mozambique pursues a policy of peace, resorting to force in cases of self-defense. This understanding may be somewhat undermined due to the constant attacks on National Sovereignty that have occurred since the armed attacks in the Center of the country and in Cabo Delgado, the latter being part of the national territory, the target of recurrent attacks by Insurgents who are probably to take over part of the national territory.

Keyword: Peace Policy, Defense Strengthening, Constitution of the Republic and State Sovereignty.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Problemática da pesquisa. 3. Quadro teórico. 3.1. O processo de construção da paz. 3.2. Política de paz. 3.3. Da necessidade de reconciliação nacional, como desiderato para a manutenção de estado de direito. 4. A defesa nacional no quadro constitucional. 4.1. Defesa da soberania nacional e as características das forças armadas. 4.2. A política de defesa nacional. 4.3. A missão das Forças Armadas no quadro constitucional. 4.4. O reforço da defesa nacional. 5. A paz no Direito Internacional. 5.1. Da necessidade de observância de instrumentos de Direito Internacional. 6. Notas conclusivas. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo discute sobre “*política de Paz e o Reforço da Defesa Nacional no Ordenamento Jurídico Moçambicano*” um

tema bastante actual que encontra o seu amparo jurídico no termos vertidos no artigo 22 da Constituição da República de Moçambique.

Moçambique apresenta, nos últimos tempos, crises de natureza peculiar, caracterizada pela existência, no plano interno, de partido político armado – embora os esforços de Governo e parceiros continuam em vista de desarmar por completo com a assinatura do DDR – e, no segundo plano, das agressões terroristas no Norte do País. Nesta senda, Moçambique tem vivido nos últimos anos situações de agressões territoriais que advêm de forças internas e externas, com vista a desestabilizar o quadro constitucional, quiçá do pleno funcionamento das instituições de Estado ou da Soberania Nacional. Neste escol, “Moçambique aprovou, em 2018, a Lei n.º 5/2018, que estabelece o regime jurídico de prevenção, repressão e combate ao terrorismo.” (MACIE, 2023, p. 346), uma acção legislativa que visa, essencialmente, o combate ao terrorismo e restauração da paz, como sendo uma das funções de Estado que é salvaguardar o bem-estar das populações.

Estas atipicidades dos riscos da Segurança Nacional fazem com que o País viva, recorrentemente, em situação de instabilidade provocada por distintas forças, comprometendo a prossecução estadual da política de paz, defesa nacional e a manutenção da soberania.

Contudo, a Paz remete-nos na bondade física, verbal, boa condição humana e social que no entendimento de Johan Galtung, seria orientada para todas as necessidades básicas de “sobrevivência, o bem-estar, a liberdade e a identidade”. Segundo palavra de Galtung

a paz é a condição de transformar os conflitos de modo criativo e não violento. [...] Paz é um contexto para uma forma construtiva de abordar o conflito, ou seja, mecanismos de resolução de conflitos olhando para os aspectos essencialistas para a manutenção da estabilidade ou integridade territorial.

2 PROBLEMÁTICA DA PESQUISA

A sociedade moçambicana ou melhor a construção da identidade moçambicana tem revelado, desde a ascensão à independência

nacional, inúmeras tensões que perduram até os dias actuais (MACIE, 2021a, p. 26). E, pode se considerar “latente no discursos dos principais intervenientes políticos” quiçá das forças internas ou externas que acabam colocando em risco a manutenção da soberania do Estado. Nesta esteira, sendo a paz, um bem comum no seio de qualquer Estado Constitucional, Social e Natural, Moçambique tem vivido momentos de ensombramento permanente e de constantes ataques de forças internas e externa, cumprimento assim a estabilidade administrativa e política.

Observam-se, constantemente, ideologias que, em momento de paz, de forma deliberada, aparecem a instigar a concepção autoritária cujas raízes se encontram na guerra nacionalista, isto é, desde a proclamação da independência, sempre abriu-se espaço para se perpetrarem guerras entre os nacionais ou de ataques externas.

A título elucidativo, as ameaças e os riscos à segurança nacional, em Moçambique, são ainda clássicas, correspondendo à falta de confiança entre os moçambicanos na construção da identidade nacional para uma causa e projecto comum, segundo o entendimento de Albano Macie (2021a, p. 27).

E, diante das péssimas acima aludidas, podemos chegar ao seguinte questionamento:

Até que medida as constantes os ataques a soberania, a paz, a democracia, a defesa nacional e integridade territorial pode comprometer o respeito pela Constituição da República e das demais normas no seio do Estado Moçambicano?

3 QUADRO TEÓRICO

3.1 O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DA PAZ

Em Moçambique, o processo de construção de Estado, da democracia e da paz, sempre foram paralelos, configurando-se como processo interligados. E, ao longo da história de Moçambique conheceu cinco acordos de Paz:

1. Acordo de Lusaka, que significou o reconhecimento do direito a autodeterminação, soberania e independência do povo moçambicano;
2. Acordo de Nkomati, assinado com o regime do apartheid, que era um acordo de boa vizinhança com a África do Sul;
3. Acordo Geral de Paz, assinado a 4 de outubro de 1992, em Roma, que permitiu o fim dos 16 anos de guerra de desestabilização;
4. Acordo de Cessação das Hostilidades, assinado a 5 de setembro de 2014, que permitiu a participação da Renamo nas eleições de 2014 e;
5. Acordo de Paz e Reconciliação Nacional, que permitiu o fim do conflito armado que eclodiu depois das eleições de 2014.

Não obstante, em todos Acordos assinados há princípios estruturantes que constituíam a base e o limite nas negociações para os acordos de Paz, designadamente:

- a defesa dos supremos interesses nacionais;
- a defesa da independência nacional, soberania e integridade territorial;
- a salvaguarda da unidade nacional e da unicidade do Estado;
- o respeito pela ordem constitucional e pela legalidade democrática;
- o respeito pelo princípio de separação de poderes e
- a defesa do Estado.

Aqui, podemos entender que independentemente dos vários Acordos assinados entre o Governo e as distintas forças militares

(principalmente a Renamo³), podemos aduzir categoricamente que a intenção era de busca de uma paz efectiva.

A paz efectiva, no entendimento de Edson Macuácuá (2019, p. 459), é uma construção permanente e contínua, que requiere a participação dos partidos políticos, organizações da sociedade civil, confissões religiosas, todos os cidadãos a partir da família. Porém, a paz não é só o calar das armas. A paz é a justiça, segurança, bem-estar, harmonia, tranquilidade felicidade. Por isso existe a paz militar, paz social, paz económica, paz espiritual, o que exige o concurso de todos os cidadãos. E, a base para a construção das várias dimensões da paz é a paz, cuja responsabilidade recai fundamentalmente para o Estado.

Neste sentido, só há uma saída para a paz em Moçambique: que todas as conjunturas sociais e políticas se envolvam para defender do interesse nacional do Estado e da Nação moçambicana, ou seja, o interesse de todos os moçambicanos, sem qualquer discriminação e com a máxima inclusão (VELOSO, 2018). E, o interesse nacional do Estado deve sempre sobrepor-se ao interesse político de qualquer partido, se esse interesse político alguma vez estiver em contradição com o bem público de todos os cidadãos colectivamente (VELOSO, 2018, p. 460).

E, segundo afirma Brazão Mazula (2000, p. 61), a paz, estabilidade social-político-militar em Moçambique estaria condicionada, cumulativamente, ao exercício democrático do poder, que implica a participação activa e responsável do cidadão e das forças políticas, num embainhe multipartidário, de gestos e acções concretas de reconciliação nacional. “O desafio da construção da paz e da inclusão política, que é prioritário, é simultaneamente o desafio da reforma profunda da própria Frelimo⁴, da sua separação do Estado e

³ Nota do Editor. RENAMO é o segundo maior Partido Político de Moçambique, cujo nome por extenso é “Resistência Nacional Moçambicana”. Foi fundado em 1975 por André Matsangaissa. Posteriormente, foi dirigido por Afonso Dhlakama e, com a morte deste líder, em 16 de janeiro de 2019 foi eleito Presidente do Partido o político Ossufô Momade.

⁴ Nota do Editor. FRELIMO é sigla do maior partido político moçambicano Frente de Libertação de Moçambique, fundado em 25 de junho de 1962 com qualidades de movimento revolucionário, instalado na Tanzânia (porque não poderia se instalar em Moçambique, então colônia portuguesa), com vistas a

da promoção do interesse público como critério da acção política e o da real incorporação da Renamo e do MDM⁵ na gestão do Estado [...]” (BRITO, 2015, p. 13).

3.2. POLÍTICA DE PAZ

A paz em Moçambique depende das questões político-militares, particularmente do processo de transformação de mentalidades dos cidadãos e das entidades ou órgãos do Estado.

Contudo, a Reconciliação Nacional é um factor decisivo na construção de uma paz efectiva e definitiva. De acordo com Luís de Brito (2015, p. 14), o caminho da reconciliação efectiva é, pois, o engajamento comum na construção das instituições que podem fazer avançar a democracia do país, da inclusão política, social e económica, assim como da promoção da igualdade de oportunidades para todos.

E, no entendimento do estudioso Edson Macuácuá, para a construção de uma paz efectiva e definitiva, existem alguns pressupostos-chaves:

- inclusão política, económica e social;
- a reforma do Sistema Eleitoral, de modo a garantir maior profissionalização, transparência, maior justiça eleitoral e melhor representatividade política e social;
- a reforma dos partidos político, a começar com pelos signatários dos Acordos de Paz, de modo a se encerrar o processo da transição democrática, pois este processo continua inacabado, principalmente dos principais actores políticos;

obter a independência de Moçambique em relação a Portugal. Independência que foi negociada pela FRELIMO em 1974 quando um novo Governo assumiu Portugal e libertou Moçambique em 25 de junho de 1975. O atual Presidente é Filipe Nyuse (motivo do título do capítulo do livro conter esse nome).

⁵ Nota do Editor. MDM são iniciais do Movimento Democrático de Moçambique, partido político de Moçambique, criado a partir de uma dissidência da Resistência Nacional Moçambicana. Terceiro maior partido político moçambicano. Foi fundado em 7 de março de 2009.

- é necessário que haja um compromisso pela Reconciliação Nacional por parte de toda a sociedade;
- é necessário que prevaleça o interesse nacional, acima dos interesses dos partidos políticos e de particulares no seio do Estado;
- é importante ainda que o crescimento económico seja transformado em desenvolvimento humano e sociais inclusivos.

Existem pressupostos basilares para a construção de uma paz efectiva que se circunscrevem na inclusão (política, económica, social e cultural), o Estado de Direito Democrático (respeito pela legalidade democrática) a Justiça (social, eleitoral, igualdade), a Reconciliação Nacional (política entre os políticos e social, entre os cidadãos), e um desenvolvimento inclusivo no seio do Estado moçambicano.

Porém, é fundamental que todos os moçambicanos assumam uma visão nacional, estratégica e inclusiva de paz sem excluir nenhum segmento da sociedade, inclua todos os actores relevantes ao nível local, nacional e externo.

3.3 DA NECESSIDADE DE RECONCILIAÇÃO NACIONAL, COMO DESIDERATO PARA A MANUTENÇÃO DE ESTADO DE DIREITO

A construção da identidade moçambicana tem revelado, desde a ascensão à independência nacional, inúmeras tensões que perduram até os dias actuais sem que a intenção seja de retrocesso no desenvolvimento do país.

Decerto, a partir da guerra de desestabilização ao actual cenário de Cabo Delgado, mostra evidentemente há existência de “forças obscuras internas” que defendem a perpetração da guerra partido dos distintos discursos a prática de fomentação da guerra. Ora, como consequências, estas guerras destruíram (e continuam a desestabilizar o País) devastando a sociedade moçambicana, física, emocional e mentalmente, construindo no seio da socieda-

de os conceitos de pensar o contrário o que equivale a ser inimigo (MACIE, 2021a, p. 26).

Deste modo, as ameaças e os riscos à segurança nacional em Moçambique são ainda clássicas, correspondendo à falta de confiança entre moçambicanos na construção da identidade nacional para uma causa e projecto comum (MACIE, 2021a, p. 429). E, a ausência da confiança só pode ser minimizada pelo papel que a reconciliação nacional real e verdadeira pode desempenhar entre os moçambicanos. Nesta circunstância, a reconciliação vai sendo construída com pequena diversidade de oportunidades e segundo as capacidades de cada cidadão. E, no nosso entendimento, o Estado deve criar mecanismos de aperfeiçoamento da reconciliação nacional e salvaguardar o interesse de todos enquanto cidadão do mesmo país.

4 A DEFESA NACIONAL NO QUADRO CONSTITUCIONAL

4.1 DEFESA DA SOBERANIA NACIONAL E AS CARACTERÍSTICAS DAS FORÇAS ARMADAS

A defesa nacional, pelo que reza a Constituição do Estado, constitui obrigação do Estado, assegurar a defesa nacional. Ademais, dentro dos seus objectivos, devem garantir, no respeito da ordem constitucional, das instituições democráticas e das convenções internacionais, a independência nacional, a integridade do território, a liberdade e a segurança das populações contra qualquer agressão ou ameaça externas (CARVALHO, 2021, p. 126).

Entende-se por defesa nacional o conjunto de medidas para se alcançar a segurança nacional, esta última entendida como um estudo ou condição a atingir e que se traduz pela permanente garantia da sobrevivência em paz e liberdade, assegurando a soberania, a independência e unidade, a integridade do território, a salvaguarda colectiva de pessoas e bens e dos valores espirituais, o desenvolvimento normas das funções do Estado, a liberdade de acção política dos órgãos de soberania o pleno funcionamento das instituições democráticas (CARVALHO, 2021, p. 127).

Na esfera jurídica moçambicana, as Forças de Defesa Nacional assumem um papel preponderante na defesa da soberania e da ordem constitucional enquanto poder militarizado que suporta o pleno funcionamento das instituições democráticas do Estado. E, esta prerrogativa decorre do quadro jurídico-constitucional pois, nos termos do artigo 261 da Constituição da República de Moçambique, salvaguarda “o dever do Estado de defender a independência nacional, preservar a soberania e integridade do país e a garantia do pleno funcionamento normal das instituições e a segurança dos cidadãos contra qualquer agressão armada seja de força interna ou externa.”.

4.2 A POLÍTICA DE DEFESA NACIONAL

No entendimento de Freitas de Amaral (1983, p. 14-17), historicamente,

a defesa nacional constituía a finalidade de Segurança Nacional e esta posição remete aos objectivos de preservação da sobrevivência da independência da Nação contra todas as formas de ameaças, seja interna ou externas [...] e a missão das forças armadas de defender o plano militar contra ataque de inimigos externos, mas também a garantia da ordem interna e da Unidade do Estado. Deste modo, no plano político, as Forças Armadas eram incumbidas de assegurar o regular funcionamento das instituições democráticas, o cumprimento da Constituição.

Na pesquisa de Albano Macie (2021b, p. 376), afirma que

Coerentemente com tal concepção, à política de defesa nacional era dado um âmbito amplíssimo, o que significava que ela deveria abranger todas as medidas que concorressem para a segurança nacional e, portanto, medidas culturais, sociais, económicas, de política interna e de política externa, e não apenas medidas de natureza militar.

Contudo, a missão essencial das Forças Armadas é copiosamente a defesa militar do País contra o inimigo externo. E, segundo afirma Jorge Miranda e Medeiros:

Defesa Nacional não se confunde com a segurança interna, conquanto a separação de águas seja nítida como noutras épocas [...]. A segurança interna situa-se na órbita da polícia e destina-se, essencialmente, a garantir a ordem, a segurança e a tranquilidade públicas, a proteger as pessoas e os bens e a prevenir a criminalidade e, portanto, a contribuir para assegurar o normal funcionamento das instituições democráticas, o regular funcionamento da legalidade democrática. As Forças Armadas apenas aí são chamadas a intervir, nos termos da lei de Estado de Sítio e de Estado de Emergência [...]. Fora disso, estariam em perigo tanto o papel institucional das Forças Armadas como o princípio do Estado de Direito Democrático.

E, segundo afirma Jorge Miranda, citado por Albano Macie, a compreensão restrita de defesa nacional, embora circunscrevendo a

intervenção das Forças Armadas à ameaça externa, admite uma exceção, relativamente ao empenhamento daquelas na segurança interna, nomeadamente nos casos de estado de sítio e de emergência, o que se pode aduzir em circunstâncias bem circunscritas, admite-se que a segurança interna seja componente da defesa nacional, não da defesa militar.

4.3 A MISSÃO DAS FORÇAS ARMADAS NO QUADRO CONSTITUCIONAL

A Constituição da República de Moçambique não se dedica especialmente às Forças Armadas. Portanto, as Forças Armadas têm um tratamento como das forças de Defesa Nacional e Segurança. E, a referência constitucional às Forças Armadas deve ser entendida no conjunto das Forças de Defesa e Segurança, que incluem, no caso de defesa nacional e segurança externa, as Forças Armadas e as Forças de Segurança (MACIE, 2021b, p. 377).

Com efeito, as Forças Armadas são o esteio da manifestação, em Moçambique, da unidade nacional, da formação da cidadania e do amor à pátria, bem como partes integrantes da organização democrática do Estado moçambicano (MACIE, 2021b, p. 378).

Ora, do entendimento retroaludido se pode compreender que as Forças Armadas têm como filosofia da sua organização e funcionamento o respeito pelos valores fundamentais do Estado de Direito Democrático⁶ instituído pela Constituição e respeitam na sua actuação o poder político, bem como as leis do Estado: as Forças Armadas não podem actuar por iniciativa própria, porque não são, *per se*, um poder próprio, nem autónomo e nem podem actuar por ordens de autoridades constitucional e legalmente incompetentes.

E, as Forças Armadas fazem parte da organização democrática do Estado, constituem um elemento fundamental da organização coercitiva do Estado ao serviço do Direito e, operam na eficiência da sua estrutura e na responsabilidade que as envolve, repousa a paz social pela afirmação da ordem na órbita interna e do prestígio estatal na sociedade das nações. Seabra Fagundes (1947, p. 12), realça que as Forças Armadas

São, portanto, os garantes materiais da subsistência do Estado e da perfeita realização dos seus fins, uma parte deles é a salvaguarda da integridade territorial pelas Forças Armadas na ordem constitucional ou seja, a manutenção da tranquilidade interna e pela estabilidade das instituições. É em função do seu poderio que se afirmam, nos momentos críticos da vida internacional, o prestígio do Estado e a sua própria soberania.

Na mesma esteira, as Forças Armadas têm distintas missões no âmbito da segurança externa e missões no plano da Segurança Interna, segundo o Professor Jorge Bacelar Gouveia, que se circunscrevem em defender a independência nacional, a soberania nacional, garantia de manutenção em pleno das instituições do Estado “Cons-

⁶ Artigo 3 da Constituição da República de Moçambique.

titucional”, prevenir a invasão ou agressão armada, assegurar a defesa militar da república.

Assim, decorre do quadro jurídico-constitucional a subordinação das Forças Armadas ao poder político legitimado (GOUVEIA, 2013, p. 389) nos seguintes termos:

- a) são os órgãos de soberania competentes que definem os princípios reguladores das Forças Armadas, bem como os seus objectivos;
- b) a intervenção destas não pode verificar-se à revelia dos órgãos de soberania que as dirigem ou superintendem;
- c) as autoridades das Forças Armadas têm poderes meramente executivos ou de direcção técnica, cabendo os poderes de direcção e orientação aos órgãos de soberania.

E, segundo afirmam Gomes Canotilho e Vital Morreira (2014, p. 871), as Forças Armadas não podem actuar por iniciativa própria nem a mando de autoridade constitucional. O entendimento supra pode ser aduzido na obrigatoriedade das Forças Armadas à obediência do comando constitucional e dos órgãos de soberania existente no seio do Estado.

Esta obediência circunscreve-se na necessidade de as forças Armadas observarem o comando constitucional, enquanto Força que garante a ordem constitucional, o funcionamento das instituições democráticas e da integridade territorial na ordem jurídica moçambicana.

4.4 O REFORÇO DA DEFESA NACIONAL

Com os últimos ataque – a decurso da guerra em Cabo Delgado – que tem vindo a ganhar espaço na esfera territorial moçambicana, vários são relatos de ataque a integridade e/ou a soberania nacional que advém dos ataques de terroristas e/ou homens armados ou ainda forças externas naquele ponto de país, provocando danos

avultados as populações e seus bens enquanto cidadãos com direito à segurança.

Deste modo, a grande questão que reside entre os cidadãos é: até quando esta guerra irá continuar? Para quando o seu fim?

Entendemos que as Forças Armadas têm papel excepcional, subsidiário ou complementar na segurança interna (MACIE, 2023, p. 371). Assim, com efeito, as Forças Armadas devem intervir na segurança interna nos seguintes casos:

- **na dimensão excepcional:** esta figura ocorre nos termos preceituados por lei, pela declaração de estado de sítio ou de emergência, cujo efeito é a restrição ou suspeição dos direitos e liberdades fundamentais, devidamente declarada pelo Presidente da República nos termos da alínea a) do artigo 160 da Constituição da República;
- **na dimensão subsidiária:** quando esgotados os instrumentos de preservação da ordem e tranquilidade públicas, sem implicações na ordem constitucional e;
- **na dimensão complementar:** opera-se no exercício de missões específicas, sem impactos na ordem constitucional e decorre numa situação de normalidade institucional e de ordem pública.

A partir do excerto anterior, podemos reafirmar que há necessidade de o Presidente da República, no uso das competências que lhes são conferida pela Constituição, mobilizar uma força interna devidamente apetrechada de modo a colocar o fim dos ataques em Cabo Delgado, olhar pelos prejuízos que estão sendo criados no Norte do País e o reforço da defesa nacional para com as instituições democráticas, soberania nacional e da integridade territorial.

5 A PAZ NO DIREITO INTERNACIONAL

5.1 DA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE INSTRUMENTOS DE DIREITO INTERNACIONAL

O Direito Internacional tem procurado definir direitos e deveres dos Estados em moldes não sem percepção com a distinção que no Direito Constitucional se faz entre direitos, liberdades e garantias. Segundo refere Jorge Miranda (2016, p. 232), há por um lado, princípios e regras atinentes à existência, à independência e à participação jurídico-internacional dos Estados. Não obstante, há por outro lado, princípios e regras, principalmente de carácter pragmático, que estabelecem ou procuram estabelecer condições concretas dessa existência, do desenvolvimento e do seu acesso ou acesso dos seus cidadãos, ao progresso material e cultural.

No essencial, há os princípios e regras (MIRANDA, 2016, p. 232) que constam da Carta das Nações Unidas (CNU) e os da Carta de Direitos e Deveres Económicos dos Estados, aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1974. E não custa verificar que muitos desses princípios se integram no *jus cogens* na acepção retromencionada.

A Organização das Nações Unidas (ONU) se apresenta como um organização de fins gerais, tal a vastidão das atribuições que lhe foram confiadas, segundo palavras do Professor Jorge Bacelar Gouveia (2013, p. 527). A leitura da CNU não deixa qualquer dúvida a esse propósito porque ela se apresenta como uma nova entidade não apenas para evitar quebras à Paz e à Segurança internacionais. Outrossim, também é um organismo internacional que está preocupada com outras dimensões extremamente relevantes da sociedade internacional, v.g., a protecção dos direitos do homem ou o desenvolvimento económico e social.

Outrossim, constituem objectivos da ONU (GOUVEIA, 2013, p. 528):

- a Paz e a segurança internacionais, evitando e reprimindo as violações do Direito Internacional;

- o desenvolvimento económico e social entre os Estados e os novos sujeitos de Direito Internacional;
- a cooperação internacional nos mais variados domínios, incluindo a protecção dos direitos do homem e a protecção humanitária;
- a codificação do Direito Internacional, bem como a realização de todas as acções comuns que sirvam àqueles objectivos.

Deste modo, estas atribuições desdobram-se, mais analiticamente, nas seguintes funções, segundo a esteira de Tomaso Perassi:

- i. normativas;
- ii. preventivas de conflitos e promotoras de soluções pacíficas;
- iii. de manutenção da Paz Internacional;
- iv. de Controlo da Administração dos territórios sob tutela;
- v. administrativas; e
- vi. jurisdicionais.

No seio da ONU (GOUVEIA, 2013, p. 529) aparece a CNU, que predefine a materialização de alguns princípios ou pontos de apoio a Organização das Nações Unidas que se circunscrevem nos seguintes:

- princípio da Igualdade soberana dos Estados membros;
- princípio da Resolução Pacífica dos Conflitos Internacionais;
- princípio da proibição do uso da força nas relações internacionais;
- princípio da colaboração na consecução de medidas para evitar ou garantir a paz e a segurança internacionais; e
- princípio do domínio reservado dos Estados.

Na mesma senda, aparece o Conselho de Segurança, tal como a sua nomenclatura bem sugere, segundo afirma Jorge Bacelar Gouveia, as competências deste órgão, centram-se essencialmente, conquanto não exclusivamente, nas questões ligadas às atribuições da ONU na manutenção da Paz e Segurança Internacionais, domínio em que actua a título decisiório e exclusivo.

Com o excerto de linhas anteriores, podemos aduzir que Moçambique, enquanto membro não permanente da ONU, pode solicitar intervenção deste sujeito de direito internacional para intervir na guerra de Cabo Delgado, desde que sejam observados alguns pressupostos basilares para a consecução deste desiderato que poderia culminar o fim do conflito.

E, deve Moçambique observar os princípios ou normas internacionais, para responder o ataque à soberania, das instituições democráticas, da integridade territorial e da democracia, para salvaguardar o interesse da colectividade, o direito à segurança e à defesa nacional.

Aliás, nos termos do n.º 4 do artigo 29 da Convenção de Viena (MIRANDA, 2016, p. 139) que formula grandes princípios acerca dos Tratados, estabelece que “o princípio das normas internacionais à totalidade do território dos Estados e seus destinatários”.

Concluindo, como reforça Jorge Miranda (2016, p. 246), no Direito Internacional clássico, a soberania de cada Estado precisa de ser garantida frente aos demais Estados.

6 NOTAS CONCLUSIVAS

A Política da Paz constitui um desiderato supremo para a estabilidade de qualquer País do Mundo e a defesa nacional a salvaguarda da Soberania nacional e do bem-estar de um determinado povo numa determinada ordem constitucional.

Neste contexto, só há uma saída para a paz em Moçambique: que todas as conjunturas sociais e políticas envolvam-se para defender o interesse nacional do Estado e da Nação moçambicana, ou seja,

o interesse de todos os moçambicanos, sem qualquer discriminação e com a máxima inclusão. Todavia, o interesse nacional do Estado deve sempre sobrepor-se ao interesse político de qualquer partido, se esse interesse político alguma vez estiver em contradição com o bem público de todos os cidadãos colectivamente.

E, a não observância da paz, estabilidade social-político-militar em Moçambique, condicionaria, cumulativamente, ao exercício democrático do poder, que implica a participação activa e responsável do cidadão e das forças políticas, num embainhe multipartidário, de gestos e acções concretas de Reconciliação Nacional.

O desafio da construção da Paz e da inclusão política que é prioritário e simultaneamente o desafio da reforma profunda da própria Frelimo, da sua separação do Estado da promoção do interesse público como critério da acção política e da real incorporação das diferentes entidades forças vivas na gestão do Estado.

Concluindo, a Paz em Moçambique depende das questões político-militares, particularmente do processo de transformação de mentalidades dos cidadãos e das entidades ou órgãos do Estado. Contudo, a distribuição de riqueza de forma equitativa, a transparência na gestão do Estado e a Reconciliação Nacional são factores decisivos na construção de uma paz efectiva e definitiva no ordenamento juridico-constitucional moçambicano.

E, a defesa nacional, pelo que reza a Constituição do Estado, constitui obrigação do Estado, assegurar a defesa nacional. Ademais, dentro dos seus objectivos, devem garantir, no respeito da ordem constitucional, das instituições democráticas e das convenções internacionais, a independência nacional, a integridade do território, a liberdade e a segurança das populações contra qualquer agressão ou ameaça externas.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Diogo Freitas do. **A lei de defesa nacional e das Forças Armadas**: textos, discursos e trabalhos preparatórios. Coimbra: Coimbra Ed., 1983.

BRITO, Luís de. Alguns desafios do presidente Nyusi. In: BRITO, Luís de; CASTEL-BRANCO, Carlos Nuno; CHICHAVA, Sérgio; FRANCISCO, António (Org.). **Desafios para a paz em Moçambique**. Maputo: IESE, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa**: anotada. v. III. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2014.

CARVALHO, Hamilton Sarto Serra de. **Tratado de direito constitucional**. v. I. Maputo: Escolar, 2021.

FAGUNDES, Miguel Seabra. As Forças Armadas na constituição. In: **RDA 9/1947**, p. 1-29, jul./set. 1947.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito internacional público**: uma perspectiva de língua portuguesa. Coimbra: Almedina, 2013.

MACIE, Albano. **Descentralização em Moçambique**: filosofia da reforma, o presente e o futuro. Maputo: Escolar, 2021a.

MACIE, Albano. **Direito constitucional da Defesa Nacional e das Forças Armadas**. Maputo: Escolar, 2023.

MACIE, Albano. Missão constitucional das Forças Armadas de Defesa de Moçambique, a sua sujeição ao poder político e o seu papel no estado de paz e de guerra. In: RIBEIRO, Lúcia da Luz; MACIE, Albano; FRANQUE, Manuel Henrique; PONDJA, Ozias; MACHAVA, Paulo (Ed.). **Princípios estruturantes da constituição da República de Moçambique**. Maputo: Conselho Constitucional, 2021b. (Série *O Guardião*, 2).

MACUÁCUA, Edson das Graças Francisco. **Moçambique**: constitucionalismo, estado, democracia e paz. Maputo: Escolar, 2019.

MAZULA, Brazão. **A construção da democracia em África**: o caso moçambicano. Maputo: Njira, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público**. 6. ed. rev. e actual. Lisboa: Principia, 2016.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. Constituição da República de Moçambique. Boletim da República, 1.^a Série-n.º 51, Maputo, Imprensa Nacional, 22 de dezembro de 2004.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. Lei n.º 1/2018, de 12 de junho. Lei de Revisão Pontual da Constituição da República. Boletim da República, 1.^a Série-n.º 115, Maputo, Imprensa Nacional, 2018.

VELOSO, Jacinto. **A caminho da paz efectiva: o iceberg, o interesse nacional e a segurança do estado**. Maputo: JV, 2018.

Recebido em: 30-9-2024

Aprovado em: 7-11-2024

LEGÍTIMA DEFENSA Y LOS ALCANCES DE LA LEY N.º 32026, DE 15 DE MAYO DEL 2024^{1y2}

SELF-DEFENSE AND THE SCOPE OF LAW N.º 32026, OF MAY 15, 2024

*Kevin André Silva Carrillo*³

RESUMEN

El autor analiza las consecuencias prácticas de las recientes modificaciones legislativas sobre la legítima defensa. Con un análisis en el nivel legislativo, nivel dogmático-jurídico y nivel jurisprudencial, se propone una solución interpretativa a uno de los problemas principales de esta redacción actual, que consiste en el caso del homicidio en legítima defensa.

¹ **Como citar este artículo científico.** CARRILLO, Kevin André Silva. Legítima defensa y los alcances de la ley n.º 32026, de 15 de mayo del 2024. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 139-169, set.-dez. 2024.

² A Revista Amagis Jurídica agradece à “Revista Actualidad Penal” (n.º 121, p. 43-64, de julho de 2024), parceira peruana, pela cessão do presente artigo científico para publicação no Brasil. / La Revista Amagis Jurídica agradece a la Revista Actualidad Penal (n.º 121, p. 43-64, julio de 2024), socio peruano, por facilitar este artículo científico para su publicación en Brasil.

³ Master en Especialización en Derecho Penal y Ciencias Penales. Profesor de la Universidad San Ignacio de Loyola. Of Counsel del Estudio Vignolo & Arrese Abogados. *E-mail*: kasilva@pucp.edu.pe

Palabras clave: razonabilidad de la defensa, legítima defensa incompleta, homicidio en legítima defensa.

ABSTRACT

In this paper the author analyzes the practical consequences of self-defense according to its recent legislative modifications. With an analysis at the legislative level, dogmatic-legal level and jurisprudential level, an interpretative solution is proposed to one of the main problems of this current wording, which consists in the case of homicide in self-defense.

Keywords: Criminal law – self-defense – foundation – homicide.

SUMARIO. 1. Planteamiento de la cuestión. 2. Las consecuencias prácticas de la actual redacción de la legítima defensa en el Código Penal. 2.1. El texto legal del art. 20.3 del Código Penal. 2.2. La pretensión formalmente excesiva de restringir la legítima defensa. 2.3. La crítica pretensión de seguridad jurídica en la regulación de la legítima defensa. 2.4. La inadecuada regulación de la legítima defensa como el primer mecanismo de solución del conflicto. 2.5. La reciente modificación legislativa y dos posibles modelos de interpretación. 3. Breve repaso del problema dogmático del homicidio en legítima defensa y propuesta de solución. 3.1. El problema específico. 3.2. Síntesis de jurisprudencia nacional sobre los casos específicos de homicidio en legítima defensa. 3.3. El primer modelo de fundamentación de la legítima defensa. 3.4. El segundo modelo de fundamentación de la legítima defensa. 3.5. El modelo unificado y la legítima defensa del Código Penal. 3.6. Resolución de la cuestión: la excepcionalidad del homicidio en legítima defensa. 4. Reflexión final. Referencias.

1 PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Por *legítima defensa* se ha entendido a los casos excepcionalmente justificados por el derecho en los que una persona realiza una conducta prohibida destinada a defender sus intereses

contra una agresión –antijurídica– actual por parte de un tercero. El art. 2.23 de nuestra Constitución Política, en esta línea, reconoce de modo expreso el Derecho Fundamental que toda persona tiene a la legítima defensa⁴.

Este ejercicio de reconocimiento formal de la legítima defensa por parte de un Estado en un instrumento legal es una técnica constante ya desde las más antiguas y distintas sociedades a lo largo de la historia⁵ y, en el caso nuestro, se encuentra vigente en el art. 20.3 de nuestro Código Penal.

La práctica de la legítima defensa y también el crecimiento de las sociedades son factores esenciales para que cada legislador de una época determinada haya incorporado más o menos requisitos y condiciones al dictamen de la conformidad a Derecho de este instituto. Esta fórmula propia de una tradición de Derecho continental es la seguida por el legislador peruano.

En esta oportunidad, la comunidad jurídica se encuentra con las recientes modificaciones a la legítima defensa por la Ley N.º 32026, “Ley que modifica el Código Penal y el nuevo Código Procesal Penal sobre los alcances de la legítima defensa”, vigente desde el 16 de mayo del presente año.

El presente artículo tiene por finalidad, en primer lugar, realizar un breve análisis de las consecuencias prácticas de estos últimos cambios legislativos en el ámbito sustantivo de la legítima defensa (*vid. infra* 2). No se ofrece un espacio de análisis para lo correspondiente al plano adjetivo (procesal) de esta. En segundo lugar, se dedica también un breve espacio al tratamiento dogmático de los fundamentos de la legítima defensa y a proponer una solución

⁴ Sin embargo, Pawlik (2012, p. 239) entiende que el derecho a la defensa representa una facultad de segundo nivel. No es un derecho especial junto a otros muchos reconocidos a la persona, sino simplemente la forma en la que es confirmado el derecho concreto atacado en el caso en cuestión.

⁵ Por mencionar un antecedente, en el Primer Código Penal Sistemático de la Modernidad Temprana Europea, la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532 se encuentra en el art. 140 la legítima defensa contra agresiones con arma a la vida y a la integridad. Un estudio histórico de este instituto en la filosofía del idealismo alemán puede revisarse en Pawlik (2002, p. 265 y ss.); Roxin y Greco (2020, § 15 n.m. 4-5a.).

interpretativa al problema del homicidio en legítima defensa (*vid. infra* 3). Finalmente, se hace una reflexión sobre las ventajas y las desventajas de esta nueva regulación de la legítima defensa (*vid. infra* 4).

2 LAS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA ACTUAL REDACCIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL CÓDIGO PENAL

2.1 EL TEXTO LEGAL DEL ART. 20.3 DEL CÓDIGO PENAL

¿Era necesaria una modificación legislativa para abarcar los casos de legítima defensa en inmueble o medio de transporte? Esta es la pregunta que la mayor parte de la comunidad jurídica se hace. Veamos si es así. Para empezar, por la actual redacción del instituto de la legítima defensa se puede diferenciar dos niveles. En el primero, el art. 20.3 del CP después de la citada Ley N.º 32026 señala como supuesto particular de exención de responsabilidad penal a:

El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, con uso de la fuerza, *incluido el uso de la fuerza letal*, siempre que concurren las circunstancias siguientes: a) agresión actual, ilegítima y real. b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa. c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.

El numeral 3 también aplica al supuesto de situación de peligro inminente y necesidad de proteger la vida o la integridad propia o de terceros, *en la que se repele razonablemente una agresión, irrupción, ingreso violento o subrepticio ilegítimo dentro del inmueble, vehículo u otro medio de transporte en el que se encuentre legítimamente; dentro de su negocio, empresa, asociación civil o lugar de trabajo o dentro de un inmueble sobre el cual ejerza la legítima propiedad o la legítima posesión con título él o sus*

*parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o tercer grado de afinidad*⁶. [La cursiva es nuestra].

El segundo nivel de la redacción de la legítima defensa se encuentra presente en el art. 21 del CP en el que se dispone como supuesto particular de “responsabilidad restringida” el siguiente:

Si la persona que repele la agresión ilegítima hubiera hecho uso de un arma de fuego inscrita legalmente a su nombre, esta será incautada dentro de las 48 horas que requiera la autoridad para las investigaciones preliminares bajo responsabilidad.

Previamente a entrar a discutir cada una de estas cuestiones, también es necesario precisar que la nueva redacción del art. 20.3 del CP es estructuralmente un intento manifiesto de importar la regulación del uso excepcional de la fuerza letal en *self-defense* (legítima defensa) del *U.S. Model Penal Code* (Código Penal Modelo de Estados Unidos de América). En este texto, puntualmente se sigue lo siguiente:

US MPC. Section 3.04. Use of force in self-protection. [...] 2. Limitations on Justifyin Necessity for Use of Force [...] (b) The use of deadly force is not justifiable under this section unless the actor believes that such force is necessary to protect himself against death, serious bodily injury, kidnapping or sexual intercourse compelled by force or threat [...]. [La cursiva es nuestra].

En esta sección del Código Penal Modelo de Estados Unidos se encuentra previsto el “uso de la fuerza para autodefenderse”, y, en este punto, se establecen las limitaciones al “uso de la fuerza”. Como señaló a finales del siglo XIX el clásico autor norteamericano Thompson (1880, p. 546) sobre la legítima defensa: “At it is founded in necessity, it is limited by necessity.”. Es decir, la legítima defensa,

⁶ Modificación legislativa según la Ley N.º 32026 publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de mayo del 2024.

al estar fundada en la necesidad, está limitada por la necesidad. El dispositivo legal norteamericano sigue ese espíritu y, en esta parte, condiciona el uso de la fuerza letal a la defensa contra un peligro de muerte, serios daños corporales, secuestro, relaciones sexuales forzadas o por amenaza.

Ahora bien, cerrado el paréntesis de la legislación comparada, corresponde ocuparnos del caso de la legítima defensa del art. 20.3 del CP. En primer lugar, esta técnica legislativa se caracteriza por tener una pretensión formalmente excesiva en cuanto a la restricción del ejercicio y la práctica de este instituto. En segundo lugar, esta técnica legislativa ha optado por hacer una mayor concesión al principio de seguridad jurídica y a una visión sistemático-formal del derecho de legítima defensa, pues esta técnica legislativa se aleja de una visión más axiológica de dicho instituto y del principio de protección de la vida y los bienes jurídicos personalísimos que funciona como su límite interno (*vid. infra* 3.5).

Finalmente, es posible caracterizar a la actual técnica legislativa como una técnica críticamente continuadora de los actuales modelos de Estados democráticos que recurren de manera preferente –y no como *ultima ratio*– a los institutos de Derecho Penal Sustantivo para solucionar todo tipo de fenómenos sociales (tipos de delincuencia, inseguridad ciudadana y otros vinculados a estos). Según ello, a mi modo de ver, ya no era necesaria una nueva modelación de un caso de legítima defensa en inmueble, pues con la anterior regulación ya era suficiente y abarcaba este supuesto. Lo que faltaba era otra cuestión esencial: establecer límites racionales a la legítima defensa, especialmente, en los casos de fuerza letal. A continuación, se desarrollan de manera breve cada una de estas cuestiones apuntadas.

2.2 LA PRETENSIÓN FORMALMENTE EXCESIVA DE RESTRINGIR LA LEGÍTIMA DEFENSA

En el actual nivel de desarrollo que ha alcanzado la sociedad podría haber dos, tres y hasta miles de formas en que una persona ejecuta una defensa frente a peligros actuales, inminentes y reales para repeler la agresión de un tercero. Pero solo a algunas de estas

formas específicamente excepcionales es que el Derecho Penal les concede la justificación.

La práctica intersubjetiva de la legítima defensa exige, por cuestiones de razonabilidad y cuestiones propias de un Estado Democrático de Derecho, el cumplimiento de unos límites. Los límites materiales y formales de la legítima defensa, que tienen su fundamento en intereses supraindividuales⁷, dotan a esta de una fuerza obligatoria, de incuestionable legitimidad y reconocimiento general a favor del desarrollo de la autonomía individual que constituye el núcleo de esta (en ese sentido, ROXIN; GRECO, 2020, § 15 n. m. 3g).

El problema de la pretensión del legislador en este punto es el exceso formal de su técnica a la hora de establecer esos límites. Esto significa que el intento del legislador de especificar exhaustiva y casuísticamente cómo deben ser los supuestos particulares de legítima defensa para que se pueda afirmar su justificación como lo hace en ley en comentario, trae como consecuencia práctica una restricción del derecho de la legítima defensa ciudadana más allá de lo esencialmente necesario.

Este tipo de restricción hace impracticable la legítima defensa por parte de los ciudadanos de las actuales sociedades, las cuales, en un lenguaje de teorías sociológicas, se caracterizan por ser complejas y pluriculturales. Esto último debido a que las sociedades complejas, como la nuestra, comprenden relaciones intersubjetivas y patrimoniales de niveles considerables de riesgos permitidos. Siendo así, los peligros y agresiones amenazantes no tienen una fuente determinada o conocida y son de una incalculable entidad.

De este modo, llevar la legítima defensa hasta esos niveles de especificación significa también negar su utilidad, la cual, desde un punto de vista axiológico-racional, reside en responder a una necesidad práctica de la realización de la autonomía de cada individuo en sociedad y, desde otro, en la salvaguarda de los intereses y valores que protege el ordenamiento jurídico (próximo a este punto, SEELMANN, 1978, p. 30).

⁷ Crítico en este punto y desde una fundamentación más individualista de la legítima defensa, Wilenmann (2014, p. 166).

Siendo de este modo una técnica legislativa con una pretensión formalmente excesiva de restringir los alcances de la legítima defensa, desde este análisis, solo traslada el problema a los aplicadores del derecho: los jueces. Sin embargo, las dificultades que existen normalmente para encontrar a nivel judicial los indicios probatorios de estas exigencias de la legítima defensa no son compatibles con un sistema jurisdiccional que se caracteriza por no contar con recursos suficientes –o no utilizarlos adecuadamente– para la administración de justicia. Y este, precisamente, es el problema del que adolece nuestro sistema de justicia.

En resumen, la actual redacción de la legítima defensa del art. 20.3 del CP también conduce en la práctica a una forma de privación de este derecho a los ciudadanos. Si se toma literalmente su tenor legal, surgirían desafortunadamente contextos de indefensión frente a peligros más violentos por parte de los delincuentes. Asimismo, en un modelo de legítima defensa como el presentado se traslada el problema al ámbito probatorio, a cargo de una estructura estatal tan importante, pero tan críticamente administrada como es la administración de justicia.

2.3 LA CRÍTICA PRETENSIÓN DE SEGURIDAD JURÍDICA EN LA REGULACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

Binding (1991) entiende que en los supuestos de legítima defensa el Estado y sus órganos no están presentes para repeler las agresiones ilegítimas (p. 734). En ese sentido, el Estado autoriza formalmente a los ciudadanos el ejercicio de la coacción en un ámbito breve y excepcional, donde estos pueden utilizar y actuar con violencia frente a otros. En términos de filosofía política, en un contrato social los ciudadanos no renuncian al derecho de defenderse a sí mismos⁸. Esta afirmación tiene la suficiente gravedad para explicar a continuación este problema.

⁸ En tal sentido, Hobbes (1940, p. 127) señala: “*Capítulo XIV. De la primera y la segunda ley natural y de los contratos*: [...] El anhelo de evitar esos males es la única finalidad de despojarse de un derecho, y, por consiguiente, la promesa de no resistir a la fuerza no transfiere derecho alguno, ni es obligatoria en ningún pacto.”.

En primer lugar, la idea fundamental es que el Estado a través del Derecho siga manteniendo durante este espacio excepcional el control de la violencia (fuerza o fuerza letal, como lo expone el art. 20.3 del CP)⁹, pues en un modelo político actual el *ius puniendi* solo le corresponde al Estado legítimamente constituido. Y, en tal sentido, una forma comúnmente aceptada de mantener en manos del Estado este control de la violencia es vinculando la obligatoriedad de esas limitaciones de la legítima defensa al principio formal de seguridad jurídica.

El problema se encuentra principalmente en el énfasis que el legislador concede al principio formal de seguridad jurídica en la actual redacción de la legítima defensa. La seguridad jurídica, la legalidad y la certeza de la legalidad son para las concepciones dominantes garantías formales fundamentales y limitadoras de un actual Estado Democrático de Derecho (MIR PUIG, 2007, p. 724). Pero así como tienen este potencial limitador, estas garantías formales están también internamente vinculadas especialmente al reforzamiento de la certeza de los ciudadanos¹⁰, esto es, en el caso particular, a reforzar la dimensión subjetiva de quienes actúan en legítima defensa.

Esto se observa claramente en el segundo párrafo del lit. “c” del art. 20.3 del CP. En este se extiende el alcance de la legítima defensa a un círculo concreto de delitos graves contra el patrimonio. Por ejemplo, en los casos de defensa –incluso defensa letal– frente a un delito de violación de domicilio o un delito de usurpación –arts. 159 y 202 del CP, respectivamente– cuando se pone en peligro la propia vida o la de terceros.

⁹ En este modelo de fundamentación, Von Feuerbach (2007, § 36) indica: “Los ciudadanos habrían transferido ciertamente su derecho a hacer uso privado de la violencia al Estado y esta misma solo alcanzará en la medida que el Estado los pueda proteger con sus propios medios”.

¹⁰ En la sentencia recaída en el Exp. N.º 0016-2002-AI/TC (30 de abril del 2003), el Tribunal Constitucional refiere que, aunque no esté positivizado, “la seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución”. (f. j. n.º 4)

El problema de esta falta de conexión externa –es decir, del Derecho Penal con otras ramas del ordenamiento jurídico– en estos casos de homicidio es que la forma “explícita” de defenderse frente al intruso tiene el efecto de que la seguridad jurídica, en lugar de fortalecerse, más bien se debilita. En el uso de la violencia privada en defensa, con el uso de armas blancas o armas de fuego con controles defectuosos y sin límites, por ejemplo, se observa este debilitamiento.

Menos complicado para la seguridad jurídica podría haber sido asegurar al ciudadano que, en un contexto de legítima defensa, el medio utilizado razonable para salir del peligro inminente contra la vida era, por ejemplo, “el único y último medio disponible sea letal o no” en cada situación particular.

En tal sentido, el problema anterior no se soluciona, como propone el art. 21 del CP, con “*el internamiento del arma de fuego con o sin licencia*” (el delito de tenencia ilegal de armas del art. 279 del CP) que es utilizada para actuar defensivamente. Ello es así debido a que en esta parte de la reciente modificación se convierte, en la práctica, a los casos comunes de delincuencia patrimonial tarea del Estado en casos específicos de legítima defensa y no coloca para estos criterios materiales de razonabilidad. Desafortunadamente, esta es una forma inadecuada de abordar un problema de delincuencia que compete principalmente al Estado.

Por otra parte, esta técnica legislativa pone de manifiesto una forma arcaica y actualmente disfuncional de reforzar los valores de seguridad jurídica. Esta técnica, si bien tiene ese objetivo, omite reconstruir una distinción previa entre la clase de norma que quiere asegurar. Una cosa es una norma de prohibición, por ejemplo, la derivada del delito de homicidio del art. 106 del CP; otra cosa una norma permisiva, la derivada de la legítima defensa del art. 20.3 del CP.

Esta falta de distinción trae consigo más errores en la dimensión subjetiva del sujeto que actúa en legítima defensa¹¹. Si

¹¹ En cuanto al error en la dimensión subjetiva de la legítima defensa, Jakobs (1991, § 12 n.m. 19) igualmente entiende como una cuestión problemática quién de los intervinientes es el que soporta el riesgo del error sobre la naturaleza culpable del ataque.

de dar seguridad jurídica a los ciudadanos se trata, este objetivo no se consigue. Lo que este cambio legislativo produce es todo lo contrario. El hecho de condicionar con un presupuesto contingente (es decir, que puede estar o no puede estar) –“la legitimidad de la posesión o titularidad de los bienes inmuebles”– la validez jurídica de una conducta en legítima defensa de quien defiende su patrimonio demuestra una solución estéril desde el punto de vista jurídico-práctico.

La cuestión problemática derivada de allí es ¿quién tiene o tendrá el dictamen de la legitimidad del bien inmueble del sujeto que actúa en legítima defensa? La respuesta podría ser los jueces que aplican el Derecho. Pero lo más importante se encuentra en reconocer que en la *praxis* la creencia la tiene el sujeto víctima que se defiende de agresiones ilegítimas. En ese sentido, con esta forma de plantearlo se deja fuera de protección a muchos casos. Por ejemplo, a quien ejecuta una defensa de su patrimonio que tiene la condición de litigio judicial por causas hereditarias o en plena conformación de su derecho legítimo sobre su inmueble.

Siendo este el orden de ideas, los criterios de razonabilidad de tipo material no pueden consistir en aspectos de la realidad que son contingentes (por ejemplo, el título de posesión o propiedad que tenga el sujeto que ejecuta la defensa). Por el contrario, estos criterios deben formalizar aspectos estables y seguros de naturaleza jurídico-material. Este camino podría comenzar a construirse reforzando la idea de la excepcionalidad de la defensa, la actualidad y la gravedad del peligro del sujeto agredido, así también desde la jurisprudencia objetivando en criterios de razonabilidad el peligro inminente que justifiquen la legítima defensa.

En definitiva, las consecuencias prácticas que trae consigo una interpretación del principio de seguridad jurídica como la realizada por el legislador en la redacción actual de la legítima defensa tienen un mayor saldo defectuoso¹². Esto sucede, entre otras

¹² El entendimiento de la seguridad jurídica que hace el legislador deriva de un mal entendido positivismo jurídico, un positivismo jurídico formal sin limitaciones y sin referencia a contenidos jurídicos y sin una regulación de acuerdo a la realidad de las cosas: inseguridad ciudadana. Welzel (2014) entiende que la violación de

razones, debido a que el legislador instrumentaliza políticamente y sin criterios de razonabilidad un derecho ciudadano, como es el caso de la legítima defensa, para reducir las cifras de criminalidad patrimonial y la inseguridad ciudadana.

A mi modo de entender la legítima defensa, la fórmula más coherente con un texto constitucional que protege la vida y la legítima defensa como el nuestro consiste en racionalizar el fin del principio de seguridad jurídica, con el desarrollo jurisprudencial de otras garantías axiológico-materiales a la hora de aplicar vía casos judiciales la legítima defensa. Por mencionar algunas: el principio de protección de la vida, el principio de protección de los bienes jurídicos personalísimos.

2.4 LA INADECUADA REGULACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO EL PRIMER MECANISMO DE SOLUCIÓN DEL CONFLICTO

Uno de los principios fundamentales y limitadores del *ius puniendi* del Estado es el principio de *ultima ratio*. Brevemente: según este principio, la pena y las medidas de seguridad deben ser el último recurso entre aquellos con los que cuenta el Estado para hacer frente a un conflicto, pues no son los únicos medios de protección de la sociedad. En consecuencia, el principio rector debe ser que no está justificado un recurso más grave cuando cabe esperar los mismos o mejores resultados de otros más suaves (en este sentido, MIR PUIG, 2003, p. 109).

Las modificaciones realizadas según la redacción actual de legítima defensa del art. 20.3 del CP son, en realidad, modificaciones realizadas a una de las causas de justificación penal. Sin perjuicio del tipo de norma que se modifica, esto último demuestra que esta técnica legislativa está recurriendo al Derecho Penal como *prima ratio* en lugar de agotar otros mecanismos iguales o más eficientes y menos lesivos.

estas estructuras –entiéndase aquellos contenidos jurídicos– no significa que la regulación no sea válida, sino que no logrará su fin, es decir, que se ha dictado una regulación con lagunas, contradictoria y no objetiva (p. 195).

2.5 LA RECIENTE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA Y DOS POSIBLES MODELOS DE INTERPRETACIÓN

Las líneas siguientes son dedicadas a intentar justificar este recurso adoptado por el legislador de acuerdo con los intereses sociales que se necesitan proteger y a los principios axiológico-materiales que fundan nuestro Estado Democrático de Derecho. Así, puede pensarse en muchos escenarios, pero lo mejor es diferenciar dos grupos de estos.

2.5.1 EL PRIMER ESCENARIO

Desde una interpretación, es posible entender que el legislador peruano ha dispuesto, como una forma de dar solución a los conflictos sociales de inseguridad ciudadana, a la delincuencia patrimonial más grave y a otros fenómenos sociales, otorgar mayor seguridad jurídica a las acciones defensivas de los ciudadanos. En esa idea, nadie sentirá la falta de seguridad de no poder utilizar su arma, sea blanca o de fuego, para defender su vida y los peligros en su morada.

El primer inconveniente de esta solución es que si bien refuerza la posición jurídica del agredido en la defensa de sus intereses o de sus próximos (según el literal “c” del art. 20.3 del CP), esta extensión de sus facultades defensivas, sin embargo, tiene lugar sin controles racionales suficientes. Y, esto además se explica porque no se considera en esta modificación nada acerca de la posición del agresor. En ese sentido, esta deficiencia es la que abre la posibilidad para que los potenciales delincuentes (es decir, contra quienes se realiza una defensa) busquen fuera del Derecho y de su protección jurídica, sus propias soluciones, inevitablemente más violentas.

En este punto, el texto legal también se refiere a la legitimidad de la posición jurídica del sujeto –quien actúa en legítima defensa– respecto de sus bienes inmuebles. Esto precisamente es lo que genera además otro grupo de conflictos todavía más graves. El principal de estos es que se desprotege la posición jurídica del agresor, es decir, su personalidad. Siendo su límite hasta lo estrictamente necesario para la defensa de los bienes del agredido.

En esta construcción teórica, lo que puede considerarse como un actuar racional es que el agresor, al actuar de manera antijurídica, solo pierda su posición jurídica de persona con derechos hasta lo necesario. Fuera de este ámbito de lo necesario, la conducta del que actúa en legítima defensa ya no tiene valor jurídico justificante. Probablemente esta conducta tome la forma de un caso de exceso de legítima defensa¹³. Es evidente que esto no dejará las cosas en un estado pasivo para el delincuente agresor. Pues, de todos modos, el costo de este defecto legislativo obligará al agresor –al potencial delincuente– a buscar y utilizar sus propios métodos más graves de violencia para planificar un acto delictivo en la morada de alguien.

Para sumar otro argumento a lo anterior, este problema de comprensión de la legítima defensa refleja también un modo incorrecto de interpretar a los intervinientes de esta. La idea guía de la fundamentación de la legítima defensa sigue la máxima *deficiente magistratu populus est magistratus*, que es una autorización excepcional y también racional que da validez jurídica a la defensa del agredido cuando el Estado no llegue, no pueda protegerlo (*vid. supra* 2.3) o no esté presente contra la violencia del agresor.

En tal sentido, si los tribunales judiciales siguen en su aplicación la literalidad de esta modificación legislativa de la legítima defensa según el 20.3 del CP, probablemente terminen por desproteger más a los ciudadanos frente a la delincuencia. A mi modo de ver, la jurisprudencia y los operadores jurídicos tienen la tarea de reconstruir un modelo de interpretación axiológicamente coherente con un Derecho Penal de *ultima ratio*.

En conclusión, este modelo debe llevar a preferir otros mecanismos fuera del Derecho Penal. Estos mecanismos políticos menos lesivos pueden corresponderse con una adecuada gestión de la seguridad ciudadana, el fortalecimiento de la labor policial y el reforzamiento de las instituciones públicas y sociales de persecución del delito. De ese modo, el Derecho Penal de *ultima ratio* se entenderá como una forma de reconstruir la excepcionalidad del uso

¹³ En sentido similar, Jakobs (1991, § 12 n.m. 18), con respecto a la posición del agresor, señala que no es posible justificar axiológicamente la decisión de imponerle un deber de soportar más grave que al propietario de cosas peligrosas.

de la legítima defensa, los límites de la razonabilidad y el ámbito de lo necesario en la defensa contra el agresor.

2.5.2 EL SEGUNDO ESCENARIO

También es posible entender que el legislador peruano ha incorporado ciertas exigencias formales a la legítima defensa del art. 20.3 del CP con una finalidad distinta. Esta es la de intimidar al delincuente potencial y así reducir la violencia privada, dejando los problemas de inseguridad ciudadana en manos de quien verdaderamente corresponde: el apartado estatal.

En este enfoque, se trata de un Derecho Penal más orientado a la antigua usanza. Un modelo teórico de la pena con una función de intimidación y disuasión del delincuente¹⁴. Si ese es el caso, este es un planteamiento peligrosamente optimista respecto de lo que espera que cambie del complejo mundo que encierra la inseguridad ciudadana y los delitos cometidos en inmuebles ajenos. Si bien lo anterior, en este existen también consecuencias prácticas que se subrayan a continuación.

Una primera consecuencia práctica de esta forma de entender la legítima defensa del art. 20.3 del CP es que, al ser solo un instrumento intimidatorio y no una forma práctica excepcional de neutralizar el peligro entre los ciudadanos, el derecho de defensa ciudadana no se consolidará como corresponde en un Estado Democrático de Derecho.

Más bien, esta falta de ejercicio del derecho de defensa ciudadana originará que este se encuentre particularmente vulnerable frente a la actitud potencial del delincuente promedio. De ese modo, nos distanciamos mucho de una de las muy citadas –por la doctrina alemana– sentencias en materia de legítima defensa del Tribunal Supremo del Imperio Alemán a finales del siglo XIX (24 de noviembre de 1890): “Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen”¹⁵, es

¹⁴ En el sentido tradicionalmente entendido de la coacción psicológica (VON FEUERBACH, 2007, § 15, p. 52 y ss.).

¹⁵ RG 21, 168-171. En la p. 170 del tomo 21 el citado Tribunal señala: “El derecho de legítima defensa se aplica en todas partes donde se dan las condiciones previas del § 53 StGB, *el derecho no tiene por qué retroceder ante la injusticia*

decir, *el derecho no tiene por qué ceder frente a lo injusto.*

En segundo orden, si bien es verdad que el Estado debe ser el principal garante de la libertad ciudadana¹⁶, también lo es el hecho de que las posibilidades de llevar a cabo esta función serán menores cuando este no cuente con los recursos suficientes para este cometido. Este es un pequeño cálculo de eficiencia que parece no haber tenido lugar en esta decisión político-criminal de modificar la legítima defensa del art. 20.3 del CP.

Así, por citar solo un aspecto crítico. Con la actual redacción de la legítima defensa, los delincuentes son más conscientes de que el ciudadano promedio está desprotegido, y no está preparado en muchos aspectos para defender sus intereses. Con mucha mayor razón, si el ciudadano promedio es alguien que no ha sido preparado para defenderse usando incluso la fuerza letal como lo dispone el art. 20.3.c del CP.

De este modo, contrariamente a lo esperado por el legislador, la legítima defensa tal y como está redactada en el art. 20.3 del CP no servirá de mucho en la práctica para reducir la criminalidad, intimidando y convenciendo al delincuente. Por el contrario, esta servirá para aumentar las situaciones de indefensión ciudadana allí donde sea necesario y excepcional utilizar el recurso de esta y los ciudadanos no hayan recibido por parte del Estado una mínima formación previa. La interpretación de la legítima defensa como un mecanismo intimidatorio configura una pieza de un diseño político peligroso para la ciudadanía y también un tipo de solución incompatible con el fenómeno complejo de la inseguridad ciudadana.

En conclusión, el derecho a la legítima defensa en su redacción actual debe de insertarse de una forma específica en un contexto social como el nuestro. No corresponde, por tanto, asignarle a la legítima defensa una función intimidatoria contra el delincuente potencial, puesto que el saldo práctico que resulta tiene

en ninguna parte, la legítima defensa es permisible contra cualquiera y en todas partes, siempre que se den las condiciones previas legales, es decir, siempre que haya un ataque ilegal presente para cuya prevención sea necesaria la defensa” (la cursiva es nuestra).

¹⁶ Con un similar modelo de fundamentación al de Pawlik (2012, p. 90 y ss.).

más problemas que soluciones. Para ello, se necesita de un modelo de interpretación sistemático racional que tenga una vinculación hacia cuestiones axiológico-materiales. Veamos, en las líneas siguientes, un breve repaso por los fundamentos dogmático-jurídicos de la legítima defensa.

3 BREVE REPASO DEL PROBLEMA DOGMÁTICO DEL HOMICIDIO EN LEGÍTIMA DEFENSA Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN

La actual redacción de la legítima defensa del art. 20.3 del CP también propone un problema categórico y ya antiguamente desarrollado en la filosofía y en la dogmática jurídico-penal. Este es el problema de fundamentación del homicidio en legítima defensa¹⁷. Para estar en condiciones de dar una pequeña mirada, es necesario partir de una distinción teórico-práctica: el *sujeto agresor* es quien previamente agrede antijurídicamente al otro y *sujeto agredido* es quien se defiende en legítima defensa.

3.1 EL PROBLEMA ESPECÍFICO

La pregunta es sencilla: ¿por qué la muerte de un agresor, en legítima defensa, se encuentra permitida o no en el Derecho y esto al margen de cualquier examen de proporcionalidad?¹⁸ En particular, para resolver esta breve cuestión es necesario hacer a continuación ciertas precisiones.

La primera idea fundamental de la legítima defensa que se recupera de lo anteriormente desarrollado es que “el derecho no tiene por qué retroceder frente al injusto” (vid. *supra* 2.4.2). Por lo tanto, la afirmación del derecho es una premisa básica del entendimiento

¹⁷ En la discusión filosófico-jurídica pueden citarse ciertos trabajos: Pawlik (2002, p. 259-299); Pawlik (2012, p. 226 y ss.); Thompson (1880); Kindhäuser (2015, p. 68 y ss.); Renzikowski (1994, p. 89 y ss.); Mañalich Raffo (2015, p. 189 y ss.).

¹⁸ Un sector de la doctrina especializada aborda el problema del homicidio en legítima defensa, desde los fundamentos sistemáticos del “Tötung auf Verlangen” (homicidio a petición) del § 216 StGB y también desde el consentimiento, Pawlik (2012, p. 226).

de la legítima defensa y, en este sentido, demuestra una necesidad práctica de su ejercicio racional por parte de los ciudadanos.

En este punto, asimismo, es conveniente extraer recientes pronunciamientos jurisprudenciales del citado problema y luego ya presentar un resumen de la discusión dogmática de la legítima defensa en dos modelos tradicionales de comprensión.

3.2 SÍNTESIS DE JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE LOS CASOS ESPECÍFICOS DE HOMICIDIO EN LEGÍTIMA DEFENSA

En general, la jurisprudencia tiene una función orientadora y desarrolladora del derecho como un sistema completo, coherente y preciso (similarmente, NINO, 1980, p. 69). De acuerdo con esta función asignada que se asume en este trabajo, conviene citar algunos de los pronunciamientos por la Corte Suprema del Perú sobre casos de homicidio en legítima defensa para poder extraer de allí un pequeño análisis de sus reglas de aplicación práctica y saber de qué manera se está entendiendo algunos de estos casos.

3.2.1 ES UN CASO DE LEGÍTIMA DEFENSA IMPERFECTA

En el R. N. N.º 2267-2018 Lima Este (15 de abril del 2019), la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (ponente: Castañeda Otsu) resolvió que la muerte de uno de los agresores a manos de la víctima cuando se daba a la fuga en el contexto de un robo agravado es un caso de legítima defensa imperfecta (art. 21 del CP):

Se tiene pues que, si bien el estado anímico de Palacios de la O se hallaba perturbado por lo sucedido, quería recuperar sus pertenencias y además había libado licor, sin embargo, la defensa no fue adecuada para repeler la agresión y defender su integridad. Por el contrario, fue excesiva e innecesaria, ya que un atacante se había dado a la fuga y el otro se cayó al suelo. (f. j. n.º 12).

Como se ha podido evidenciar, de los requisitos legales de la legítima defensa del art. 20.3 del CP la Sala Suprema no ha validado el de la “necesidad racional del medio empleado”. La violencia letal de la víctima sobre los agresores en abandono del lugar deja de ser racionalmente necesaria, pues el momento excepcional para defenderse de las lesiones graves ya había terminado.

La regla de aplicación que nos deja este caso, por lo tanto, consiste en que, en delitos patrimoniales violentos, pasado el momento excepcional, la reivindicación –la recuperación de la cosa– no puede realizarse con violencia letal como legítima defensa. Su uso termina siendo un exceso de esta, por lo que es aplicable la eximente incompleta del art. 21 del CP.

3.2.2 ES UN CASO DE LEGÍTIMA DEFENSA COMPLETA

En un sentido diferente al anterior (*vid. supra* 3.2.1), en el R. N. N.º 3078-2013 Lima (22 de enero del 2015), la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado) resolvió que el accionar de la mujer que ejerció la defensa y terminó dando muerte a su agresor en el contexto de grave violencia doméstica es un caso de legítima defensa completa (art. 20.3 del CP):

Se excluye para la valoración de este requisito, el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose, en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la lesión, la forma de proceder del agresor y los medios que se disponga para la defensa. Así se tiene que al estar la procesada con el agraviado en el momento cumbre de la agresión en el ambiente de la cocina, amenazaba con un arma punzante, la procesada no tuvo otro medio que coger un cuchillo para defenderse ante el inminente peligro que ya corría su vida –habiendo quedado establecido en el acta de hallazgo y recojo obrante a folios veintiocho y acta de reconocimiento de arma blanca-cuchillo obrante a folios treinta la presencia en el lugar de los hechos de dos cuchillos, uno utilizado por el occiso y el otro por la procesada–. (f. j. n.º 3.B).

En este caso la valoración que hace la Sala Suprema de la “necesidad racional del medio empleado” como requisito del art. 20.3 del CP es diferente. La Sala Suprema ha validado que la defensa de la mujer víctima contra la agresión inminente de su agresor se hizo respetando el criterio de “necesidad racional del medio empleado”. La violencia letal de la víctima contra el agresor es racionalmente necesaria, pues esta fue ejercida en el mismo momento excepcional en que su vida corría peligro.

En definitiva, la regla práctica de aplicación que esta sentencia nos deja es que la defensa letal de la víctima respecto de su agresor en un caso de violencia doméstica, puede ser un caso auténtico de legítima defensa del art. 20.3 del CP, siempre y cuando esta conducta –único medio para salvarse– haya sido realizada por la mujer en el momento excepcional para repeler un peligro inminente contra su vida. A continuación, veamos si estos pronunciamientos pueden encontrar al final niveles de razonabilidad en los fundamentos dogmático-jurídicos de la legítima defensa.

3.3 EL PRIMER MODELO DE FUNDAMENTACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

El primer modelo de comprensión entiende que el fundamento de la legítima defensa es individualista. Este es el modelo más antiguo que se encuentra ya recogido de una manera particular en un *dictum* del jurista Gayo en el título II, *Ad Legem Aquiliam* (a la Ley Aquilia), del libro IX, del *Digesto* de Justiniano: “Nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere”¹⁹ (es decir, *la razón natural permite defenderse en contra del peligro*).

Inicialmente se fundamenta solo en la protección de la vida y otros bienes personalísimos. En este modelo la clave es entender que la legítima defensa consiste en la autoafirmación que se le

¹⁹ La cita completa de Gayo en la *cuestión segunda* en latín: “Itaque si servum tuum latronem insidiantem mihi occidero, securus ero; nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere” (“Por tanto si matase a tu siervo, que era ladrón, y me acechaba, estaré seguro; porque la razón natural permite defenderse del peligro”).

atribuye a cualquier individuo a defenderse del ataque antijurídico de otro (similarmente, JESCHECK; WEIGEND, 1996, § 32 n.m. 3; ROXIN; GRECO, 2020, § 15 n.m. 3a ss.). La legítima defensa, desde esta perspectiva, sirve a la protección de los intereses afectados (PAWLIK, 2012, p. 263 y ss.), entonces, como *autoafirmación del sujeto*.

3.4 EL SEGUNDO MODELO DE FUNDAMENTACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

El segundo modelo de comprensión es el que entiende que el fundamento de la legítima defensa es supraindividual (en este sentido, JESCHECK; WEIGEND, 1996, § 32 n.m. 2 ff). En este sentido, la autodefensa del agredido se muestra simultáneamente como la salvaguarda del orden pacífico general cuando no está presente la ayuda oficial, entiéndase el Estado y los funcionarios públicos. Renzikowski (1994, p. 275) entiende que el fundamento de la autodefensa es el restablecimiento de la relación de coordinación –de equilibrio del cumplimiento de la norma– entre la víctima del ataque y el agresor. En definitiva, según este modelo, la legítima defensa tendría la función de salvaguardar el ordenamiento jurídico como tal, entonces, como *afirmación del ordenamiento jurídico y del derecho* (en el mismo sentido, JESCHECK; WEIGEND, 1996, § 32 n.m. 3).

3.5 EL MODELO UNIFICADO Y LA LEGÍTIMA DEFENSA DEL CÓDIGO PENAL

En la actualidad, las posturas dominantes entienden que la legítima defensa combina los fundamentos del primer y segundo modelo (PAWLIK, 2012, p. 239; JESCHECK; WEIGEND, 1996, § 32 n.m. 1 ss.). En este punto, se puede sostener esta unificación desde las dos finalidades tradicionalmente asignadas al Derecho Penal. Por una parte, desde una función preventiva general positiva del Derecho Penal, la legítima defensa realiza la confirmación de la norma previamente infringida por el agresor.

Esto significa que, en un entendimiento de Derecho Penal orientado a la confirmación del orden jurídico, de la norma que ha sido defraudada (en sentido similar, JAKOBS, 1991, § 1 n.m. 27 ss.), tiene mucho más sentido que se reconozca validez jurídica a la acción del agredido, puesto que se trata de la autoafirmación individual de sus bienes jurídicos en peligro, pues estos bienes jurídicos se encuentran también protegidos por las normas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, desde una función retributiva comunicativa del Derecho Penal²⁰ se logra fundamentar con mejores argumentos de tipo material todo este planteamiento. Así, si se sostiene que la autoafirmación individual reconocida en la acción defensiva del agredido significa la forma legítima de redistribuir la afectación de los derechos que lesiona el agresor en su propia esfera de libertad –de este último–, entonces los efectos preventivos derivados de esta acción defensiva del agredido inevitablemente confirman también aquellos valores sociales que las normas jurídicas y el ordenamiento jurídico reconoce a todos los ciudadanos.

Por lo expuesto, entiendo que, si este modelo unificado necesita reconstruirse sobre la base de premisas axiológico-materiales, tendrá que decantarse por jerarquizar esta relación de medio-fin. En mi opinión, se debe colocar al sujeto individual y su autoafirmación en la legítima defensa como primer fin del Derecho. Y, luego, como medio –efectos necesarios– se debe ubicar a la confirmación del Derecho y de las normas del ordenamiento jurídico.

Una vez ello, el resultado ya será una forma de entender a la legítima defensa como derecho que configura una confirmación del derecho, con el fin principal de fundamentar la autoafirmación de la esfera de libertad del agredido. Ciertamente, esta postura es un derivado de un Derecho Penal al que le es asignada una función retributiva comunicativa.

²⁰ Desde el punto de vista de las ventajosas consecuencias práctico-materiales que trae consigo el modelo de la pena con finalidad retributiva comunicativa, razonablemente mejor defendido, véase Pawlik (2012, p. 116 y ss.).

Independientemente de la postura adoptada, un modelo en general unificado de la legítima defensa es el que, a mi modo de ver, es posible derivar del Derecho Positivo Nacional. Así, de la lectura conjunta de la redacción actual del art. 20.3 del CP (legítima defensa) y del art. IX título preliminar del CP, que establece los fines de la pena (“La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”), se puede demostrar ello. Un sector de la doctrina nacional, con premisas de partida diferentes, interpreta una función de restabilización de la pena, fundamentada con un concepto de persona como su punto de partida (GARCÍA CAVERO, 2019, p. 95 y ss.).

Pues bien, el tenor legal del 20.3 del CP establece que el titular puede actuar en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros frente a una agresión ilegítima, en una situación en la que este no haya provocado de forma suficiente al agresor y cuando exista una necesidad racional para defenderse.

En primer lugar, cuando el legislador recoge la defensa de bienes jurídicos propios o de terceros en peligro (con la necesidad racional del medio empleado), ya se está refiriendo a la idea de legítima defensa como autoafirmación individual del sujeto. Si esto último se reorienta luego a la finalidad en primer lugar preventiva de la pena (art. IX del título preliminar del CP), esta autoafirmación tendrá en ese sentido finalidades sociales. Así tenemos en esta primera parte un modelo unificado de la legítima defensa del Código Penal.

Por otra parte, el legislador mantiene también un claro interés en desvalorar y no renunciar al castigo de las agresiones ilegítimas (no provocadas) entre los ciudadanos. Es decir, tiene un interés en devolver la vigencia y confianza en las normas del ordenamiento jurídico que han sido infringidas por el sujeto agresor. Con lo cual ya se pone de manifiesto que también se deriva de la comprensión de la legítima defensa como afirmación del derecho y del ordenamiento jurídico.

De igual modo, si esto último se reorienta hacia una función preventiva de la pena, como aparece en primer orden en el art. IX del título preliminar del CP, doblemente se confirmará la necesidad

preventiva y la búsqueda de fines sociales del ejercicio del derecho a la defensa por parte del sujeto agredido. Entonces, tenemos también en esta segunda parte un modelo unificado de la legítima defensa del Código Penal.

En definitiva, la formalización del derecho de defensa del art. 20.3 del CP sigue un modelo unificado en el que confluyen los dos modelos tradicionales de fundamentación del instituto de la legítima defensa: el modelo de la autoafirmación individual y el modelo de la afirmación del derecho y del ordenamiento jurídico²¹. Ahora bien, lo restante es determinar si un modelo como este tendría los fundamentos para justificar materialmente los casos de homicidio en legítima defensa. En las siguientes líneas se resolverá el problema final del homicidio en legítima defensa.

3.6 RESOLUCIÓN DE LA CUESTIÓN: LA EXCEPCIONALIDAD DEL HOMICIDIO EN LEGÍTIMA DEFENSA

El problema de fundamentación del homicidio en legítima defensa puede resolverse desde el Derecho Positivo y desde una fundamentación dogmática jurídica que interprete adecuadamente este. En esta parte, tenemos, por un lado, que el texto legislativo del 20.3 del CP ya ofrece una solución, y de acuerdo con el principio de legalidad (art. II del título preliminar del CP) el problema terminaría allí. Pero, bien vista, esta solución sería una justificación solo formal de este caso específico.

Desde el lado de la razonabilidad de la defensa, esta debe ser ejecutada por un sujeto autorresponsable e imputable. Según ello, Jakobs (1991, § 12 n.m. 20) entiende que esta no debe de ser entendida en términos causales como una *poena naturalis*, es decir, como pena natural contra el propio agresor. En lo que sigue, con

²¹ Cfr. García Caveró (2019, p. 615 y ss.), quien parece situarse en el modelo de fundamentación individual: “La justificación que se le atribuye a la legítima defensa reposa en el derecho del agredido a mantener su personalidad frente al contexto específico de la agresión ilegítima de otro”.

un planteamiento también alejado de lo esencialmente causal, se desarrollan brevemente cuatro pasos para realizar una justificación de tipo material de la excepcionalidad del homicidio en legítima defensa, compatible también con el art. 20.3 del CP.

El primer paso, por lo tanto, es recuperar la idea anterior del apartado (*vid. supra* 3.4). De acuerdo con esto, se ha asumido un modelo dogmático-jurídico unificado derivado del art. 20.3 del CP. La legítima defensa, en tal sentido, en la parte correspondiente a la “acción defensiva de bienes jurídicos propios o de terceros (racionalidad del medio empleado)”, tiene una fundamentación en la idea autoafirmación individual del sujeto que la ejecuta. Y, en la parte correspondiente a la “agresión ilegítima, antijurídica (no provocadas)”, el fundamento legitimador de la legítima defensa consiste en un componente supraindividual, es decir, en la afirmación del derecho y del ordenamiento jurídico.

El segundo paso es reconocer a qué parte de estas anteriores de la legítima defensa del art. 20.3 del CP y de sus fundamentos, respectivamente, corresponde la conducta de un agredido que ejecuta un homicidio en legítima defensa. Y, como se ve, el caso del homicidio en legítima defensa es una forma o un tipo de “acción defensiva” que el agredido lleva a cabo. No es, por tanto, un caso o tipo de “agresión ilegítima” contra la que hay que responder con una acción defensiva.

El tercer paso consiste en unir este caso o forma especial de acción defensiva (el “homicidio en legítima defensa”) a la fundamentación de la “acción defensiva” del agredido de acuerdo con el modelo unificado de la legítima defensa del art. 20.3 del CP. En este punto, el fundamento de la acción defensiva, más exacto, el fundamento del homicidio contra el agresor, sería la autoafirmación individual de los bienes jurídicos del sujeto agredido (*vid. supra* 3.2).

En tal sentido, sería poco sostenible entender que todas las formas de homicidio en legítima defensa deban de ser una regla para defenderse, dentro de una comprensión de autoafirmación de los derechos y bienes afectados del agredido.

Finalmente, el cuarto y también el paso final en este desarrollo consiste en que la autoafirmación de los derechos del agredido sí es compatible con un excepcional homicidio en legítima defensa al agresor.

En ese sentido, se debe de contar con dos requisitos de racionalidad práctica que lograrán una justificación material para este problema específico. De hecho, el jurista Ulpiano aborda también con criterios de racionalidad práctica el dilema de la muerte del agresor en defensa propia con o sin culpa en uno de sus *dictum* (cuestión quinta), ubicado en el título II, a la Ley Aquilia, del libro IX, del Digesto:

Sed et si quemcunque alium ferro so petentem quis occiderit, non videbitur iniuria occidisse; et si melu quis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin lege Aquilia non teneatur; sin autem, quum posset apprehendere, maluul occidere, magist est, ut iniuria fecisse videatur, ergo et Cornelia tenebitur.²²

La propuesta para interpretar estos requisitos de racionalidad práctica tiene dos partes. Desde el punto de vista objetivo, desde el lado de la agresión ilegítima, el homicidio contra el agresor deberá tener lugar como una respuesta a peligros específicamente vitales de los que el agredido se haya defendido o a terceros afines a él. Desde el punto de vista subjetivo, la acción defensiva solo estaría justificada en un homicidio en legítima defensa cuando este se lleve a cabo excepcionalmente: homicidio culposo (art. 111 del CP) y lesiones graves seguidas de muerte (art. 121 del CP), todo ello a la luz del art. 20.3 del CP.

Por consecuencia sistemática, los casos de homicidios dolosos de primer y segundo grado diferenciados así en la doctrina (art. 106 del CP) y el homicidio calificado (art. 108 del CP) desde

²² Traducción nuestra: “Si alguno matase a otro que iba a matarle a él con espada, no parece que lo mató con injuria: más si alguno matase al ladrón por miedo a la muerte, no se dudará que no está obligado por la ley Aquilia; pero si pudiendo aprehenderlo, quiso más bien matarlo, es más cierto que cometió injuria, y por esto se obligará por la ley Cornelia”.

esta postura se encuentran fuera de la justificación. Estos últimos podrían quedar abarcados por los supuestos de exceso de legítima defensa (*vid. supra* 2.4.1) o de miedo insuperable (20.7 del CP) como eximentes incompletas (art. 21 del CP) y deberán ser evaluados en sede de culpabilidad.

4 REFLEXIÓN FINAL

Se debe proteger a la persona en todo momento, porque protegiéndola se está protegiendo a la humanidad; este sería un valor axiológico-material que complementa la pretensión formal de dar seguridad jurídica. La legítima defensa del art. 20.3 del CP debe de interpretarse como un derecho de defensa ciudadano y su ejercicio debe comprender un uso excepcional y racional frente al agresor, un ejercicio que es necesario para el mantenimiento del derecho.

La reciente modificación legislativa de este instituto no propone una solución práctica viciada de errores insubsanables que carezca de utilidad. Esta técnica legislativa revela una forma inadecuada de solucionar un problema social como es la inseguridad ciudadana, la delincuencia patrimonial y otros fenómenos asociados a esta, con un instrumento dogmático incompatible con estos fines. El caso del homicidio en legítima defensa es un caso excepcional de legítima defensa que no debe constituir la regla y la primera salida. Y, salvo los criterios de racionalidad que aquí se proponen, solo están justificados en legítima defensa los casos de homicidio culposo (art. 111 del CP) y lesiones graves seguidas de muerte (art. 121 del CP).

Por lo tanto, con todo esto, nos queda una ardua tarea pendiente a la comunidad jurídica. Una parte de esta tarea consiste en la reconstrucción de un modelo de interpretación material de la legítima defensa en los casos concretos por parte de los operadores jurídicos; especialmente, se necesita de un diálogo adecuado que pueda unir el desarrollo práctico del derecho que realiza la jurisprudencia y la discusión científica de los ámbitos académicos.

REFERENCIAS

BINDING, Karl. **Handbuch des strafrechts**. t. 1, reimp. de la ed. de 1885. Aalen: Scientia, 1991.

GARCÍA CAVERO, Percy. **Derecho penal**: parte general. 3. ed. Lima: Ideas, 2019.

HOBBS, Thomas. **Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil**. Traducido por M. Sánchez Sarto. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1940. (Obra original publicada en 1651).

JAKOBS, Günther. **Strafrecht**: allgemeiner teil. 2. ed. Berlín: Gruyter, 1991.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des strafrechts**: allgemeiner teil. 5. ed. Berlín: Duncker & Humblot, 1996.

KINDHÄUSER, Urs. Acerca de la génesis de la fórmula “el derecho no necesita ceder ante el injusto”. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. (Dir.); PAWLIK, Michael; KINDHÄUSER, Urs; WILENMANN, Javier; MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (Coord.). **La antijuridicidad en el derecho penal**: estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa. Montevideo / Buenos Aires: B de F, 2015.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. Normas permisivas y normas de tolerancia. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. (Dir.); PAWLIK, Michael; KINDHÄUSER, Urs; WILENMANN, Javier; MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (Coord.). **La antijuridicidad en el derecho penal**: estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa. Montevideo / Buenos Aires: B de F, 2015.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2007.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Montevideo / Buenos Aires: B de F, 2003.

NINO, Carlos. **Los límites de la responsabilidad penal**: una teoría liberal del delito. Traducido por G. Rafael Navarro. Buenos Aires: Astrea, 1980.

PAWLIK, Michael. **Das unrecht des bürgers**: grundlinien der allgemeinen verbrechenslehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

PAWLIK, Michael. Die notwehr nach Kant und Hegel. En: **Zeitschrift fur die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlín, Ed. Gruyter, v. 114, n. 2, p. 259-299, 2002.

RENZIKOWSKI, Joachim. **Notstand und notwehr**. Berlín: Duncker & Humblot, 1994.

ROXIN, Claus; GRECO, Luis. **Strafrecht allgemeiner teil**: grundlagen: der aufbau der verbrechenslehre. 5. ed. München: Beck, 2020.

SEELMANN, Kurt. **Das verhältnis von § 34 zu anderen rechtfertigungsgründen**. Heidelberg: Decker, 1978.

THOMPSON, Seymour Dwight. Homicide in self-defense. En: **American Law Review**, Boston, Ed. Review Publishing Company, v. 14, n. 8, 1880.

VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Traducido (da 14.^a ed. alemana) por Eugenio Raúl Zaffaroni y Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. (Obra original publicada en 1847: *Lehrbuch des gemeinen in deutschland geltenden peinlichen rechts*).

WILENMANN, Javier. **Freheitsdistribution und verantwortungsbegriff: die dogmatik des defensivnotstand im strafrecht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

VALORES AGREGADOS

IMPORTANTE

El problema de la pretensión del legislador en este punto es el exceso formal de su técnica a la hora de establecer esos límites. Esto significa que el intento del legislador de especificar exhaustiva y casuísticamente cómo deben ser los supuestos particulares de legítima defensa para que se pueda afirmar su justificación como lo hace en ley en comentario, trae como consecuencia práctica una restricción del derecho de la legítima defensa ciudadana más allá de lo esencialmente necesario.

IMPORTANTE

El hecho de condicionar con un presupuesto contingente [...] –“la legitimidad de la posesión o titularidad de los bienes inmuebles”– la validez jurídica de una conducta en legítima defensa de quien defiende su patrimonio demuestra una solución estéril desde el punto de vista jurídico-práctico. [...] [L]os criterios de razonabilidad de tipo material no pueden consistir en aspectos de la realidad que son contingentes [...]. Por el contrario, estos criterios deben formalizar aspectos estables y seguros de naturaleza jurídico-material. Este camino podría comenzar a construirse reforzando la idea de la excepcionalidad de la defensa, la actualidad y la gravedad del peligro del sujeto agredido, así también desde la jurisprudencia objetivando en criterios de razonabilidad el peligro inminente que justifiquen la legítima defensa.

IMPORTANTE

[L]a defensa letal de la víctima respecto de su agresor [...] puede ser un caso auténtico de legítima defensa del art. 20.3 del CP, siempre y cuando esta conducta –único medio para salvarse– haya sido realizada [...] en el momento excepcional para repeler un peligro inminente contra su vida.

IMPORTANTE

En primer lugar, cuando el legislador recoge la defensa de bienes jurídicos propios o de terceros en peligro [...], ya se está refiriendo a la idea de legítima defensa como autoafirmación individual del sujeto. Si esto [...] se reorienta [...] a la finalidad [...] preventiva de la pena (art. IX del título preliminar del CP), esta autoafirmación tendrá en ese sentido finalidades sociales. Así tenemos en esta primera parte un modelo unificado de la legítima defensa del Código Penal. Por otra parte, el legislador [...] tiene un interés en devolver la vigencia y confianza en las normas del ordenamiento jurídico que han sido infringidas por el sujeto agresor. [...] De igual modo, si esto último se reorienta hacia una función preventiva de la pena, [...] doblemente se confirmará la necesidad preventiva y la búsqueda de fines sociales del ejercicio del derecho a la defensa por parte del sujeto agredido. Entonces, tenemos también en esta segunda parte un modelo unificado de la legítima defensa del Código Penal.

IMPORTANTE

La propuesta para interpretar estos requisitos de racionalidad práctica tiene dos partes. Desde el punto de vista objetivo, el lado de la agresión ilegítima, el homicidio contra el agresor deberá tener lugar como una respuesta a peligros específicamente vitales de los que el agredido se haya defendido o a terceros afines a él. Desde el punto de vista subjetivo, la acción defensiva solo estaría justificada en un homicidio en legítima defensa cuando este se lleve a cabo excepcionalmente: homicidio culposo (art. 111 del CP) y lesiones graves seguidas de muerte (art. 121 del CP), todo ello a la luz del art. 20.3 del CP.

Recebido em: 26-8-2024

Aprovado em: 4-11-2024

6

L'ASCESA DELLA VITTIMA, IL CREPUSCOLO DELL'IMPUTATO: IL PENDOLO ALTERATO DEL PROCESSO PENALE¹e²

THE RISE OF THE VICTIM, THE TWILIGHT OF THE DEFENDANT: THE ALTERED PENDULUM OF THE CRIMINAL PROCESS

*Luca Lupária Donati*³

RIEPILOGO

La posizione della vittima, nel nostro sistema di giustizia penale, è passata da una condizione di marginalizzazione a uno statuto di marcato protagonismo. Lo scritto analizza l'evoluzione di tale fenomeno, rimarcando tanto i rischi di erosione dei diritti fondamentali dell'accusato, quanto i pericoli di snaturamento del nostro modello processuale.

¹ **Como citar este artigo científico.** LUPÁRIA DONATI, Luca. L'ascesa della vittima, il crepuscolo dell'imputato: il pendolo alterato del processo penale. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 171-188, set.-dez. 2024.

² La Revista Amagis Jurídica desidera ringraziare la Revista "Diritto di Difesa", un partner italiano, per il trasferimento di questo articolo scientifico per la pubblicazione in Brasile.

³ Dottorato di ricerca in Procedura Penale (*PhD*) nell'Università degli Studi di Bologna *Alma Mater Studiorum*. Professore Ordinario di Diritto Processuale Penale nell'Università degli Studi Roma Tre. *visiting professor* o professore onorario in Università Americane ed Europee. *E-mail*: luca.luparia@uniroma3.it

The position of the victim, in our criminal justice system, has moved, from a marginalisation condition to a status of marked prominence. The article analyses the evolution of this phenomenon, highlighting both the risks of erosion of the fundamental rights of the accused, and the dangers of distorting our procedural model.

SOMMARIO: 1. Da dove cominciare. La protezione dell'accusato quale pietra d'angolo dell'architettura processuale. 2. Storia di un vizio italiano: non era un paese per vittime... 3. ... Non è più un paese per imputati? 4. La primazia della persona offesa e la postura di Oblomov. 5. Scelte impopolari. Riferimenti.

1 DA DOVE COMINCIARE. LA PROTEZIONE DELL'ACCUSATO QUALE PIETRA D'ANGOLO DELL'ARCHITETTURA PROCESSUALE

Il disequilibrio, nella complessa architettura del processo penale, non porta mai a nulla di buono. Nel breve periodo è in grado di ledere singoli diritti fondamentali; nell'orizzonte temporale più esteso può provocare controeazioni altrettanto funeste. Chi voglia trovare conferme alla verità di tale assunto, può volgere lo sguardo a quanto accaduto, nel giro di pochi decenni, in merito al posizionamento della vittima – e, di riflesso, dell'accusato – nel nostro rito criminale. È una storia che merita di essere raccontata dal principio, perché su questo terreno si gioca molto della giustizia penale che verrà.

Nessuno può dubitare che il processo nasca ed esista per la protezione dell'imputato. Chi viene investito da una accusa dello Stato, infatti, soffre di una triplice condizione di svantaggio. Anzitutto, le forze e le risorse in gioco sono impari, perché, pur non vivendo nell'era delle monarchie assolute, il paradigma rimane sempre quello del Leviatano, munito di arsenale, che muove contro il singolo, dotato invece di armi spuntate (SIDHU, 2011). L'addebito crea poi da subito una dissimmetria morale tra chi punta il dito e chi, vedendoselo alzato contro, è costretto a difendersi per colmare,

risalendo la china, il divario etico già creatosi (TRICAUD, 1977). La semplice dichiarazione di rimprovero, infine, provoca una sproporzione anche sul piano logico e psicologico, giacché, come recenti studi hanno confermato, tutti noi – e quindi anche i giudici – quando dobbiamo controllare la verità di una affermazione, tendiamo ad andare in cerca solo dei casi positivi: siamo inclini a confermare un assunto piuttosto che a dimostrarne la falsità (MACCHI, 2024).

In questo contesto, ben sapendo oltretutto che la verità giudiziale è vestita di colori crepuscolari e non irradiata dalla luce meridiana del sole (CAPOGRASSI, 1959, p. 6; EGGLESTON, 2004), il rischio di errore giudiziario è talmente significativo (LUPÁRIA DONATI, 2021) che ciascun sistema auto-imbriglia il proprio incedere attraverso le norme del codice di procedura penale. Che servono appunto, prima ancora che ad assicurare la tutela dei valori costituzionali, a salvaguardare, per dirla con Carrara, i galantuomini, gli innocenti, dal concreto pericolo di una condanna ingiusta. È questa la corretta prospettiva per comprendere i pilastri della cultura processuale: dalla centralità del diritto al silenzio (MARAFIOTI, 2000; NEGRI, 2019, p. 161) alla caratura anti-epistemica delle regole probatorie (STEIN, 2005; CAVALLONE, 2022, p. 525 ss.), sino a giungere alla formula decisoria dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

2 STORIA DI UN VIZIO ITALIANO: NON ERA UN PAESE PER VITTIME...

I codici di procedura penale italiani, lungo tutto lo scorso secolo, hanno dunque – *comme il faut* – messo al centro del rito criminale il prevenuto, pur con livelli d'attenzione ai diritti fondamentali assai diversi a seconda del *coté* culturale del momento. Alle differenti sfumature garantistiche presenti nel trattamento dell'accusato ha sempre però corrisposto una uniforme e costante disattenzione per la posizione processuale (ed extraprocessuale) del presunto offeso, della vittima.

È una traiettoria storica ben conosciuta e sulla quale non vale quasi la pena di soffermarsi. Basterebbe sfogliare la letteratura del

'900 per rinvenire continue denunce di arretratezza sul versante della tutela della persona che ha subito l'illecito. "La vittima del reato: questa dimenticata", proclamava ancora, sul finire del millennio, un noto convegno dell'Accademia dei Lincei celebrato dopo il passaggio tra vecchio e nuovo codice di rito (ACCADEMIA, 2001).

Le ragioni di tale minorata attenzione erano molteplici ed eterogenee. In particolare, troppo urgente era stato, per lungo periodo, lo sforzo di conquistare spazi di garanzia per l'imputato, soprattutto nel contesto di fasi congiunturali autoritarie o di modelli giudiziari non prettamente liberali. Rispetto a tale esigenza, l'irrobustimento dei poteri e degli strumenti di protezione della vittima appariva spesso come un punto programmatico con basso grado di priorità nell'agire del Parlamento. Un sicuro contributo alla marginalizzazione, anche nelle dinamiche forensi, è stato altresì fornito da alcune matrici genetiche della nostra giustizia penale. Ne ricorderò qui solo due.

In primis, la tradizionale centralità, di ascendenza francese, della costituzione di parte civile (LUPÁRIA DONATI, 2019, p. 259), fattore spesso distorsivo ai nostri lidi, in quanto capace di mettere l'accento più sugli interessi economici che sulla domanda di giustizia reclamata dalla vittima e sui suoi diritti fondamentali "esterni" alla condizione di danneggiata. E ancora. La burocratizzazione del ruolo del pubblico ministero, forgiato sulla figura del Procuratore del Re, e, dunque, per statuto e *animus*, più interessato allo *ius puniendi* e alle esigenze dello Stato che alla tutela del privato colpito dal delitto, in una prospettiva assai differente da quella che connota il *prosecutor* di *common law* che, pur agendo in un sistema privo dell'azione civile in sede penale e ove l'offeso gioca un ruolo minimale, prende seriamente in carico le esigenze di quest'ultimo (MARTINI, 2008, p. 68) sentendosi erede della antica stagione della *private prosecution* (CARDENAS, 1986, p. 357) in cui i panni di accusatore erano assegnati alla vittima stessa (DEZZA, 2009, p. 123).

Un fotogramma centrale in questa rapida ricostruzione, quasi documentaristica, è rappresentato poi dalla epocale riforma dell'art. 111 Cost. Per riaffermare i capisaldi del modello accusatorio, di fronte al tentativo di una rabbiosa controriforma e di un progressivo

depotenziamento pretorio del codice Vassalli, il legislatore tratteggiò il ritratto ideale del “giusto processo” come un “passo a due” tra accusa e difesa (GRANDE, 2009, p. 4), senza prendere in considerazione, quale possibile soggetto partecipante della liturgia processuale, la persona offesa. La scelta si spiega benissimo con il momento peculiare che stava vivendo la nazione. Dovevano venire riaffermati con fermezza, nel cuore della Carta costituzionale, i principi cardine dell'archetipo di giurisdizione penale da poco prescelto. Questione di sopravvivenza, si potrebbe dire. Benché se ne trovi traccia nei lavori parlamentari, non ci fu il tempo per attuare un disegno più ampio, come quello portato avanti da altri Paesi che, nello scolpire sulla pietra i diritti dell'accusato, hanno al contempo fissato anche le prerogative di altri attori del rito, come accaduto con il (quasi coevo) articolo preliminare al codice di procedura penale francese (LAZERGES, 2002, p. 15).

A un forte disequilibrio, già sedimentato nelle radici, tra la posizione dell'imputato e quella, subalterna ma non emarginabile, della vittima, si aggiungeva così un nuovo elemento che, per molti osservatori, avrebbe segnato la messa alla porta del soggetto passivo dall'edificio risagomato del nostro processo penale.

3 ...NON È PIÙ UN PAESE PER IMPUTATI?

Mai previsione fu più errata. Se, infatti, l'orizzonte interno presentava i tratti appena delineati, occorre fare i conti con la vigorosa spinta proveniente dalla giurisprudenza della Corte Edu e, soprattutto, dalla produzione normativa dell'Unione (PISANI, 2002, p. 421). Sull'onda di un movimento teorico che era transitato dall'esperienza del processo Eichmann a quella delle Corti penali internazionali (MELONI, 2010, p. 387), dagli studi vittimologici (VON HENTIG, 1948; MORIARTY; JERIN, 1998; DEL TUFO, 1993, p. 996; DE FARRO, 1970, p. 228) all'analisi del crescente fenomeno della violenza di genere, l'Europa iniziava a premere i Paesi membri verso un profondo cambio di paradigma, attraverso una lunga stagione di riforme che probabilmente verrà ricordata come la nuova età d'oro della vittima (SOULEZ-LARIVIÈRE; ELIACHEFF,

2007). La decisione quadro n. 220 del 2001 (ARMENTA DEU; LUPÁRIA DONATI, 2011) e la Direttiva n. 29 del 2012 (LUPÁRIA DONATI, 2015) costituiscono solo le punte di diamante di un ventaglio di interventi che muovevano, anche a parere di chi scrive (LUPÁRIA DONATI, 2013, p. 91), verso un positivo rinnovamento, di matrice umanistica, della giustizia penale (LUPÁRIA DONATI; DELLA TORRE, 2021, p. 312).

Quasi investiti da un *elettroshock*, molti Paesi, compreso il nostro, apprendevano – per rammentare solo alcuni punti focali – l'importanza di fissare nel codice i diritti delle vittime e di prevederne una chiara informativa all'inizio del procedimento; la centralità della traduzione e della interpretazione linguistica per l'offeso alloglotta; la necessità di prendere in carico la vulnerabilità delle persone che entrano nel circuito giudiziale (ROMANELLI, 2023; BELLUTA, 2012, p. 95) e di supportare, anche fuori dal processo, chi ha vissuto una esperienza drammatica; l'esigenza di mitigare rischi di vittimizzazione secondaria o pericoli di incolumità fisica esplorando nuovi congegni anticipatori delle audizioni, irrobustendo la formazione degli operatori e ridisegnando gli spazi delle aule giudiziali; l'opportunità di dar vita a ipotesi di giustizia riparativa nell'interesse dell'offeso slegate dalla mera prospettiva, per troppo tempo perseguita, di sfolgimento del carico giudiziale (BOUCHARD; FIORENTIN, 2024; MANNOZZI, 2003). Più in generale, il partenariato europeo richiedeva di non frammentare lo statuto della vittima, quanto piuttosto di fornire alla stessa una precisa e chiara posizione – quale che fosse, secondo la tradizione di ciascun ordinamento – all'interno di ciascun modello processuale.

Una ventata, come detto, di doverosa modernità che, tuttavia, si innestava, per quel che concerne il nostro Paese, nella pregressa condizione di disequilibrio già descritta. Come affermato nell'*incipit* di queste pagine, emergevano dunque le condizioni per una controreazione non ponderata e irrazionale, cosa che, puntualmente, è accaduta. Dalla lezione europea di un processo che può dirsi *équitable* solo se capace di dosare sapientemente differenti interessi in gioco, l'Italia, come una cattiva allieva, ha imboccato invece il percorso di un'improvvisa, accentuata esaltazione di una figura

prima marginalizzata, con conseguente recepimento dei suggerimenti sovranazionali (compresi quelli discendenti dai Trattati di Lanzarote e Istanbul) in chiave acritica, talora meccanica, e, soprattutto, senza ricordare la pietra angolare del sistema, la protezione dell'imputato.

Eppure, anche gli studiosi che avevano visto con favore – e, come detto, chi scrive può essere annoverato tra questi – l'inizio del nuovo corso, non avevano mancato di segnalare i possibili rischi di un approccio irrazionale che non facesse tesoro di quanto già sperimentato in altri meridiani. L'esperienza sudamericana, ad esempio, aveva già mostrato come, nel venire incontro, senza filtri, alle richieste di tutela delle vittime, si determinasse uno snaturamento dell'intero impianto sostanziale e processuale.

Quello che è passato alla storia come il “neo-punitivismo” (PASTOR; GUZMÁN, 2008) era derivato appunto da una eccessiva polarizzazione verso la soddisfazione delle vittime, in nome ora delle famiglie dei *desaparecidos*, ora delle comunità colpite dal terrorismo *senderista*, ora delle popolazioni uscite da regimi dittatoriali, solo per richiamare alcune delle vicende più conosciute di quel continente. Una mutazione della stessa finalità del giudizio, piegato alle ragioni del dolore delle vittime e sommariamente rivolto ad estrarre verità appaganti per la pace sociale. L'accento posto sulla persona colpita dal delitto si era trasformato in sete di giustizia sommaria. La ricostruzione storica reclamata a gran voce da una massa di soggetti aveva indotto a potare i diritti dell'imputato.

Sotto altro angolo visuale, il rischio concreto era di spostarsi verso una dinamica di “privatizzazione” del sistema penale, con una sanzione che poteva assumere la finalità preminente di un ristoro rispetto alla brama di vendetta. Del resto, da quando la vittima ha fatto ingresso nella fase del *sentencing* nordamericano, ossia da quando è stato possibile, ad esempio, ascoltare la “voce” della famiglia delle persone uccise, si è registrato un aumento esponenziale dei casi di irrogazione della pena di morte. E i *victim impact statements* (le dichiarazioni fornite dalla vittima riguardanti l'impatto del crimine sulla sua sfera individuale e sociale) sono divenuti uno degli elementi essenziali per decidere entità della pena o concedibilità di un eventuale

rilascio anticipato da parte del *parole board*. Nel mondo di *common law*, l'esecuzione della pena vede spesso protagonista l'offeso, non come ponte per il recupero del condannato o come testimone del suo percorso rieducativo, ma quale guardiano della severità della pena inflitta e di una sua applicazione che tenga grandemente in conto le aspettative di chi ha subito gli effetti, diretti o mediati, del reato.

Non vi è dubbio che un modello eccessivamente *victim-oriented* (CRAWFORD; GOODEY, 2000) porta con sé, inevitabilmente, il pericolo di una messa in discussione delle garanzie storicamente apprestate in favore dell'imputato. Se dunque la cultura contemporanea del rito criminale impone che, nel novero degli attori del rito, venga ricompresa anche la vittima, questo percorso non deve comportare il sacrificio dei diritti della persona accusata, peraltro assistita dalla presunzione iscritta nell'art. 27 della Costituzione (MARAFIOTI, 2022, p. 79).

Come moderne Cassandre, tuttavia, sono rimaste inascoltate le voci di chi predicava prudenza nella concessione, a larghe mani, di appannaggi processuali in favore dell'offeso (LUPÁRIA DONATI, 2012, p. 99). Per passare dal digiuno alla *grande bouffe*, nell'indole italiana, è questione di pochi istanti. E così si è imboccata la strada che porta, se non a un precipizio, verso una dimensione alterata della nostra giustizia penale, priva oramai di un pendolo equilibrato, come il titolo di questo breve scritto già faceva intendere.

4 LA PRIMAZIA DELLA PERSONA OFFESA E LA POSTURA DI OBLOMOV

Non è questa la sede per catalogare tutti gli innesti nel tessuto codicistico che hanno saputo, nel corso degli ultimi anni, cambiare il volto del nostro rito e renderlo quasi arcigno nei riguardi della persona chiamata a difendersi dall'accusa sollevata dallo Stato. Le dinamiche più insidiose meritano, però, di essere richiamate.

Va esaminato, in prima battuta, il contesto extraprocessuale, quello che si situa appunto fuori dalle aule di giustizia ma che sarebbe ingenuo pensare che non sia in grado di influenzarle. Se, come afferma

Vittorio Manes, la vittima è l'eroe contemporaneo, il chiavistello per schiudere la via a istanze punitive di matrice emozionale, l'accusato non può non subire, fin dalle prime fasi dell'inchiesta, il peso di esserne l'avversario. Un fardello amplificato dall'eco mediatica che spesso già preconizza il risultato di una partita, quella probatoria, ancora da giocare (MANES, 2022). Una condizione che plasma le scelte difensive che, da libere che dovrebbero essere, divengono fatalmente e fortemente condizionate.

Veniamo al posizionamento dell'imputato sulla scacchiera processuale. La parte civile, quella figura processuale che Gian Domenico Pisapia voleva addirittura estromettere dal codice di stampo accusatorio, risulta da anni beneficiaria di un intollerabile lassismo che consente a “quasi danneggiati”, “danneggiati indiretti”, “enti forse rappresentativi”, e via dicendo, di vedersi riconosciute le stigmate di parte giudiziale, legittimata a sedere al banco delle vittime. Neppure la riforma Cartabia è riuscita a stemperare questo mal costume che rimpicciolisce la statura del prevenuto e lo conduce, in molti casi, a dover fronteggiare stuoli di accusatori privati che sbilanciano le geometrie sistematiche e ingolfano il motore processuale. Basterebbe rileggere la *ratio* del divieto di “due contro uno” nel giudizio criminale, così come magistralmente ricostruita da Daniel Pastor (2014), per concludere che la misura appare davvero colma.

Non resta che affrontare, succintamente, le storture interne al procedimento determinate dagli esiti della stagione legislativa diretta a fornire protezione e poteri di impulso alla persona offesa. Premettendo che i diritti della vittima si possono suddividere in quelli a “costo zero” per l'accusato (si pensi alla più parte delle informative recentemente introdotte) e in quelli per loro natura erosivi delle prerogative di colui *cum quo res agitur*, non credo sia difficile individuare le direttrici perniciose verso cui il sistema sta muovendo.

Viene subito in rilievo lo slittamento della fase di ascolto della vittima, e di cristallizzazione probatoria del suo sapere, a uno stadio di gran lunga antecedente il momento dibattimentale. È in particolare

l'incidente probatorio ad aver assunto dimensioni applicative del tutto dissonanti con i canoni del nostro modello processuale. Ampliamento dei casi di ammissibilità dell'istituto, sbarramenti al riascolto successivo della fonte testimoniale e, soprattutto, vaghezza di un concetto di vulnerabilità (legittimante la precostituzione probatoria) lasciato nelle mani del giudice con larghissimi spazi di discrezionalità, costituiscono fattori che, da un lato, mettono in evidente difficoltà l'attività difensiva dell'imputato, costretto a contribuire alla formazione di una prova – spesso decisiva – in uno stadio di non piena consapevolezza del *dossier* investigativo, e, dall'altro, sviscerano il ruolo del giudizio di primo grado e del canone di immediatezza. Proprio lo statuto di vulnerabilità, in assenza di una dettagliata disciplina, sta diventando un fattore destabilizzante per gli equilibri del rito, come emerso anche con riferimento al recente obbligo di documentazione fonografica o audiovisiva delle audizioni investigative delle persone “in condizioni di particolare vulnerabilità” (Art. 357, comma 3-ter, art. 373, comma 2-quater e art. 391 ter, comma 3-ter, c.p.p.).

Ancor più pernicioso, se possibile, appare il fenomeno di sottrazione al fuoco della *cross-examination* di molte persone offese chiamate a testimoniare (dai minori alle c.d. super-vittime, dai soggetti passivi della violenza di genere ai soggetti genericamente vulnerabili) (MAZZA, 2017, p. 83). Il metodo dell'esame incrociato, la possibilità di affrontare a viso aperto e senza schermi il proprio accusatore, la marginalizzazione del potere di domanda del giudice rappresentano forse le perle più preziose della cultura processuale racchiusa nel codice del 1988.

L'assetto normativo e l'applicazione giurisprudenziale le stanno purtroppo relegando alla condizione di piccole “perle di fiume” di importanza minore rispetto all'*idolum* della protezione della fragilità della presunta vittima. Si tratta, in realtà, di pilastri non negoziabili, se non in minima parte, della maniera che abbiamo prescelto per raggiungere la verità giudiziaria. Bisognerebbe forse riprendere un dibattito antico, oramai sopito, circa la possibilità, in taluni casi, di rinunciare alla verifica giudiziale del fatto quando la debolezza psichica del dichiarante, che certamente va tutelata,

risulti incompatibile con le regole auree di formazione della prova. Di fronte a due fragilità, quella della vittima (che non potrebbe reggere un esame rispettoso dei canoni del *due process*) e quella dell'imputato (che non sarebbe in grado di difendersi adeguatamente con forme impoverite di contraddittorio), non pare un'eresia pensare che la macchina del processo possa decidere di non procedere ulteriormente e a ogni costo.

Qualche breve annotazione merita anche il tema del procedimento cautelare, quello che un tempo era il giardino proibito per la vittima, in quanto espressione di un rapporto esclusivo, puramente pubblicistico, tra potere statale e persona attenzionata dall'inchiesta giudiziale. Anche secondo tale angolo visuale, la metamorfosi del nostro processo risulta manifesta, non soltanto per il proliferare di misure restrittive della libertà dell'indagato pensate già *ab origine* nell'interesse del soggetto passivo, quanto per la possibilità lasciata all'offeso di interloquire direttamente, ad esempio in fase di richiesta di revoca del provvedimento, su un oggetto storicamente precluso. Oltre al dato codicistico, peraltro, non possono essere sottaciute le prassi forensi, costellate di atti di denuncia-querela contenenti dirette "richieste" di misure cautelari o di consultazioni atipiche del difensore della vittima da parte di inquirenti e giudici per le indagini preliminari.

La direttrice verso cui stiamo dirigendo i nostri passi sembra tracciata, se solo si pone mente alle recenti riforme (Legge 24 novembre 2023, n. 168, Contrasto alla violenza sulle donne e domestica) e alle proposte normative pendenti, atte ad accerchiare cautelatamente il prevenuto sul piano processuale, amministrativo e preventivo. Programmi di profilassi della violenza richiamati inopinatamente nel codice di procedura penale, inedite ipotesi di vigilanza dinamica, misure di prevenzione personali applicabili ai soggetti indiziati dei delitti di atti persecutori, violenza di genere o domestica, priorità (con effetti di impulso implicito) alle richieste cautelari da presentarsi entro trenta giorni dall'iscrizione della persona nel registro *ex art. 335 c.p.p.*, arresti in flagranza differita per violazione del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, nuove misure precautelari (come nel caso degli

allontanamenti urgenti dall'abitazione) sono indici di una sempre maggiore automaticità cautelare in presenza di vittime vulnerabili e di una situazione, nei fatti, insostenibile per un indagato spesso costretto a deporre le armi defensionali al cospetto di una offensiva preventiva multilivello che non lascia scampo.

Alla luce di uno scenario così allarmante, quale appare la postura della classe politica e di chi può incidere in favore di un rapido cambio di rotta? Assomiglia molto all'atteggiamento tipico di Oblomov (GONČAROV, 1933), il magnifico personaggio ideato da Gončarov che, di fronte alla possibilità di attivarsi, "si muove, cambia posizione, si gira su un fianco, poi sull'altro, incredibilmente si solleva, tende un braccio e si guarda intorno, ispirato, ma poi [...] propositi e sforzi si sgonfiano, svaniscono nel nulla".

5 SCELTE IMPOPOLARI

"Ognuno ha i difetti dei propri pregi". È uno degli adagi che, *prima facie*, sembrava meglio calzare alle riflessioni che stiamo conducendo. La ricerca di una adeguata posizione della vittima nel nostro sistema processuale, in linea con nuove sensibilità e obblighi sovranazionali, aveva sì prospettato, fin da subito, elementi di negatività, ma i "difetti" potevano sembrare, in principio, lievi ombre, presenti in fondo anche in un paesaggio soleggiato. Come abbiamo visto, tuttavia, la logica dei "minimi effetti collaterali" risulta alquanto fuorviante, specie quando i risvolti negativi, come sta accadendo oggi, finiscono con il sovrastare la pregevolezza dell'iniziale intento. Non credo ci sia altro da aggiungere dopo la rassegna, appena illustrata, degli attuali effetti destabilizzanti dell'architettura processuale e delle pesanti ripercussioni sulla tenuta dei diritti fondamentali dell'accusato.

Se ci si vuole interrogare, per così dire, sulle prossime mosse, non resta allora che rispondere suggerendo di tenere fermo il timone, ponendosi in una condizione, direbbero gli anglosassoni, di *stand still*. La storia della procedura criminale ci insegna, infatti, che bisogna trovare la forza di scelte impopolari e drastiche quando il congegno

procedurale rischia il *tilt*. Occorre dunque bloccare qualsivoglia iniziativa potenzialmente capace di sbilanciare ulteriormente i piatti della bilancia che ospitano, su due fronti opposti, l'imputato e la vittima.

Per questa ragione, la ipotizzata riforma dell'art. 111 Cost., atta ad inserire la persona offesa nel *sancta sanctorum* del giusto processo (“La Repubblica tutela le vittime di reato e le persone danneggiate dal reato”)⁴, appare inopportuna. Per i tempi, per la fase storica che stiamo attraversando, per la ubicazione prescelta, non certo per un dato contenutistico che potrebbe, in astratto, essere condivisibile. Operare questo intervento, solo apparentemente di microchirurgia costituzionale, vorrebbe infatti dire ratificare, offrire una copertura a una parabola evolutiva che merita invece un rapido rallentamento.

L'urgenza è piuttosto quella di riaprire la “stagione dell'imputato”, per troppo tempo rimasta congelata. Solo dopo avere riequilibrato il pendolo del processo penale si potrà ripensare a quell'intervento sulla Carta, al momento non così urgente. Come affermava Kafka, di cui ricorrono in questi giorni i cento anni dalla morte, “tutti gli errori umani sono frutto dell'impazienza”. Meglio fare tesoro dell'insegnamento.

Non per questo il legislatore deve restare inerte nel rafforzamento della generale tutela delle vittime. C'è un terreno che da troppo tempo attende di essere calcato e che non concerne direttamente la dinamica processuale: quello dei servizi pubblici sul territorio per tutte le categorie di persone offese e della rete di assistenza extraprocessuale che coordini le associazioni private già esistenti. Si registrano precise indicazioni europee con riferimento a tale esigenza e l'Italia è ferma da anni, nonostante le esperienze virtuose presenti in nazioni a noi vicine (LUPÁRIA DONATI; PARIZOT, 2015, p. 337).

⁴ Oggetto di ben quattro disegni di legge costituzionale: A.S. n. 427 (Iannone e altri); A.S. n. 731 (Marton e altri); A.S. n. 888 (Parrini e altri); A.S. n. 891 (De Cristofaro), unificati poi in un unico testo nella Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica.

Strumentalizzare la vittima per finalità di politica criminale, a spese dell'imputato, non costa nulla e porta consensi; supportare effettivamente le persone colpite dal reato significa dover aprire il portafoglio erariale e ottenere risultati a distanza di anni. La civiltà giuridica di un popolo, però, si misura sulla capacità dei suoi rappresentanti di assumere scelte anche impopolari, accompagnate da uno sguardo lungo e da una robusta dose di equilibrio.

RIFERIMENTI

ACCADEMIA NAZIONALE DEI LINCEI. **La vittima del reato, questa dimenticata.** Roma: Accademia Nazionale dei Lincei, 2001.

ARMENTA DEU, Teresa; LUPÁRIA DONATI, Luca (a cura di). **Linee guida per la tutela processuale delle vittime vulnerabili:** *working paper* sull'attuazione della decisione quadro 2001/220/GAI in Italia e Spagna. Milano: Giuffrè, 2011.

BELLUTA, Hervé. Un personaggio in cerca d'autore: la vittima vulnerabile nel processo penale italiano. In: ALLEGREZZA, Silvia; BELLUTA, Hervé; GIALUZ, Mitja ; LUPÁRIA DONATI, Luca. **Lo scudo e la spada: esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia.** Torino: Giappichelli, 2012.

BOUCHARD, Marco; FIORENTIN, Fabio. **La giustizia riparativa.** Milano: Giuffrè, 2024.

CAPOGRASSI, Giuseppe. Giudizio, processo, scienza, verità. In: **Opere,** Milano, Ed. Giuffrè, v. V, p. 1-24 ss., 1959.

CARDENAS, Juan. The crime victim in the prosecutorial process. In: **Harvard Journal of Law & Public Policy,** Harvard, Ed. Harvard Law School, v. 9, p. 357 ss, 1986.

CAVALLONE, Bruno. Le prove nel nuovo millennio: programmi per il passato. In: **Rivista Diritto Processuale,** Padova, Ed. Cedam, v. 77, fascicolo 2, p. 525-545, 2022.

CRAWFORD, Adam; GOODEY, Jo. **Integrating a victim perspective within criminal justice**. Dartmouth: Routledge, 2000.

DE FARRO, G. Il soggetto passivo del reato nell'aspetto criminologico: la così detta "vittimologia". In: **Scuola Positiva: Rivista di Criminologia e Diritto Criminale**, Milano, Ed. Giuffrè, 1970.

DEL TUFO, Mariavaleria. Vittima del reato (voce). In: **Enciclopedia del Diritto**. v. XLVI. Milano: Giuffrè, 1993.

DEZZA, Ettore. **Breve storia del processo penale inglese**. Torino: Giappichelli, 2009.

EGGLESTON, Richard. **Prova, conclusione probatoria e probabilità**, Milano: Giuffrè, 2004.

GONČAROV, Ivan Aleksandrovič. **Oblomov** [1859]. Torino: UTET, 1933.

GRANDE, Elisabetta. Dances of justice: tango and rumba in comparative criminal procedure. In: **Global Jurist**, Berlin, Ed. Gruyter, v. 9, Issue 4, p. 1-22, 2009.

LAZERGES, Christine. Le renforcement des droits des victimes par la loi n. 2000-516 du 15 juin 2000. In: **Archives de Politique Criminelle**, n. 24, n. 1, p. 15-25, 2002.

LUPÁRIA DONATI, Luca (a cura di). **L'errore giudiziario**. Milano: Giuffrè, 2021.

LUPÁRIA DONATI, Luca. L'Europa e una certa idea di vittima (ovvero come una direttiva può mettere in discussione il nostro modello processuale). In: MASTROIANNI, Roberto; SAVY, Daniela. **L'integrazione europea attraverso il diritto processuale penale**. Napoli: Scientifica, 2013.

LUPÁRIA DONATI, Luca. L'original et la copie: la constitution de partie civile en Italie entre modèle français et débat national.

In: BOUDOT, Michel.; FAURE-ABBAD, Marianne; VEILLON, Didier (a cura di). **Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle**. Poitiers: Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Poitiers, 2019.

LUPÁRIA DONATI, Luca. Reflexiones sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal italiano. In: **Revista de Derechos Fundamentales**, Viña del Mar (Chile), Ed. Universidad Viña del Mar, v. 8, p. 99-117, 2012.

LUPÁRIA DONATI, Luca (a cura di). **Victims and criminal justice: European standards and national good practices**. Assago, Milano: Kluwer, 2015.

LUPÁRIA DONATI, Luca; DELLA TORRE, Jacopo. Victims of crime in the area of freedom, security and justice. In: IGLESIAS SANCHEZ, Sara; GONZALEZ PASCUAL, Maribel (a cura di). **Fundamental rights in the eu area of freedom, security and justice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

LUPÁRIA DONATI, Luca; PARIZOT, Raphaële. Quali buone prassi in materia di protezione delle vittime? In: LUPÁRIA DONATI, Luca (a cura di). **Lo statuto europeo delle vittime di reato: modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali**. Padova: CEDAM, 2015.

MACCHI, Laura. **La psicoretorica: dall'arte del dire alla forma del pensiero**. Milano: Raffaello Cortina, 2024.

MANES, Vittorio. **Giustizia mediatica: gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo**. Bologna: Il Mulino, 2022.

MANNOZZI, Grazia. **La giustizia senza spada: uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale**. Milano: Giuffrè, 2003.

MARAFIOTI, Luca. Presunzione di innocenza e diritto di informazione: una difficile convivenza. In: **L'Indice Penale**, Padova, Ed. CEDAM, p. 79-94, 2022.

MARAFIOTI, Luca. **Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio**. Torino: Giappichelli, 2000.

MARTINI, Aurélien. La victime en Angleterre: une formidable absence, partout présente. In: GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève; LAZERGES, Christine. **La victime sur la scène pénale en Europe**. Parigi: Presses Universitaires France, 2008.

MAZZA, Oliviero. Il contraddittorio attutito di fronte ai testimoni vulnerabili. In: NEGRI, Daniele; ORLANDI, Renzo (a cura di). **Le erosioni silenziose del contraddittorio**. Torino: Giappichelli, 2017.

MELONI, Chantal. Le vittime nel procedimento davanti alla Corte Penale Internazionale. In: CORSO, Piermaria; ZANETTI, Elena (Coord.). **Studi in onore di Mario Pisani: diritto processuale penale e profili internazionali, diritto straniero e diritto comparato**. v. II. Piacenza: La Tribuna, 2010. p. 387-426.

MORIARTY, Laura J.; JERIN, Robert A. **The victims of crime**. Chicago: Nelson-Hall, 1998.

NEGRI, Daniele. Diritto al silenzio e verità estorte: regressioni della storia, reticenze dell'Europa, ipocrisie domestiche. In: STORTONI, Luigi; CASTRONUOVO, Donato (a cura di). **Nulla è cambiato?: riflessioni sulla tortura**. Bologna: Bononia University Press, 2019.

PASTOR, Daniel R. La víctima y los delicados equilibrios del proceso penal: una reflexion comparada. In: **Diritto Penale Contemporaneo**, Milano, Ed. Associazione "Progetto Giustizia Penale", 1 dicembre 2014.

PASTOR, Daniel R. (Dir.); GUZMÁN, Nicolás (Coord.). **Neopunitivismo y neoinquisición: un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.

PISANI, Mario. Per uno "statuto" europeo delle vittime dei reati. In: **Istituto Lombardo: Accademia di Scienze e Lettere**, Milano, Ed. Istituto Lombardo, n. 136, 2002.

ROMANELLI, Bartolomeo. **La persona offesa vulnerabile nel procedimento penale**. Milano: CEDAM, 2023.

SIDHU, Omkar. **The concept of equality of arms in criminal proceedings under article 6 of the European Convention on Human Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

SOULEZ-LARIVIÈRE, Daniel; ELIACHEFF, Caroline. **Le temps des victimes**. Paris, 2007.

STEIN, Alex. **Foundations of evidence law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

TRICAUD, François. **L'accusation: recherche sur les figures de l'agression étique**. Paris: Dalloz, 1977.

VON HENTIG, Hans. **The criminal & his victim: studies in the sociobiology of crime**. New Haven: Yale University Press, 1948.

Recebido em: 1.º-8-2024

Aprovado em: 25-10-2024

7

LAS DOS CONSTITUCIONES ROMANAS: DE LA CONSTITUCIÓN ANTIGUA A LA SURGIDA EN TORNO AL PODER IMPERIAL^{1y2}

THE TWO ROMAN CONSTITUTIONS: FROM THE ANCIENT CONSTITUTION TO THE ONE THAT AROSE AROUND THE IMPERIAL POWER

María De Los Ángeles Soza Ried³

RESUMEN

Estas reflexiones nacieron en el contexto del debate sobre el cambio constitucional que vivimos recientemente en el país. La contingencia nacional nos hizo pensar acerca del posible aporte de la experiencia

¹ **Como citar este artículo científico.** SOZA RIED, María de los Ángeles. Las dos constituciones romanas: de la constitución antigua a la surgida en torno al poder imperial. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 189-213, set.-dez. 2024.

² La Revista Amagis Jurídica agradece a la “Revista Jurídica Digital UANDES” (vol. 8, n. 1, de 2024), socio chileno, por facilitar este artículo científico para su publicación en Brasil.

³ Doctora en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela, España. Abogado por la Universidad de Chile. Profesora en la Universidad de Los Andes (Santiago, Chile). ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-5959-652>. E-mail: mdsoza@miuandes.cl

romana al tema en cuestión. Al abordar el tópico, nos dimos cuenta de que era imposible avanzar sin discernir algunos temas previos que permitían situar bien el argumento de fondo: en primer lugar, era necesario resolver la cuestión relativa a la existencia o no de un sistema normativo, o de un ordenamiento jurídico en el derecho romano; la segunda, se refería al tema de lo público y lo privado, en el sentido de si el derecho romano reconoció la existencia de dos ámbitos de derecho, cada uno con sus propios principios y reglas. Una vez dilucidados ambos temas, pudimos avanzar en la propuesta que constituye el núcleo de este artículo, que es determinar si existió una constitución romana, y en qué términos ella pudo concebirse. En la segunda parte del escrito, pues, ofrecemos la idea de que, si bien ella efectivamente existió, quedó superada por un hecho de carácter político de la mayor importancia: el advenimiento del Principado. Con el devenir de los años y la concentración del poder en manos del emperador, esa primera constitución romana adquirió unas bases y principios distintos: es la razón que nos hace hablar de un verdadero cambio constitucional: de una segunda constitución romana.

Palabras clave. Constitución, Derecho Romano, sistema jurídico, derecho público-derecho privado, cambio constitucional.

ABSTRACT

These reflections were born in the context of the debate on the constitutional change that we have recently experienced in our country. The national contingency led us to reflect on the possible contribution of the Roman experience to this question. In approaching the topic, we realized that it was impossible to move forward without recognizing some prior questions that allowed us to situate the basic argument: first, it was necessary to resolve the question of the existence or not of a normative system or legal system in Roman law; second, it referred to the question of public and private, in the sense of whether Roman law recognized the existence of two legal spheres, each with its own principles and rules. Once these two issues had been clarified, we were able to proceed with the proposal that constitutes the core of this article, which is to determine whether a Roman constitution existed and in what terms it could have been conceived. Then, in the second part of the paper, we propose the idea that it did exist, but that it was superseded by a political event of the greatest importance: the

emergence of the Empire. With the passing of the years and the concentration of power in the hands of the emperor, this first Roman constitution acquired other bases and principles; this is the reason why we speak of a real constitutional change: a second Roman constitution.

Keywords. Constitution, Roman law, legal system, public law-private law, constitutional change.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Dos reflexiones previas. 2.1. Norma y sistema en el Derecho Romano. 2.2. Lo público y lo privado en el Derecho Romano. 3. La primera constitución romana: conjunto de preceptos de diversa índole nacidos en la sociedad romana antigua. 4. La segunda constitución romana: la concentración del poder en tiempos del imperio y las nuevas bases potestativas y jurídicas. 5. Conclusiones. Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

En el ámbito del derecho moderno, cuando hablamos de Constitución de una República, pensamos en un cuerpo normativo de carácter superior, que se sitúa en el ámbito del derecho público, y cuyo propósito es consagrar, de una parte, una forma adecuada de organización de los poderes del Estado, y, de otra, la defensa de los derechos de los ciudadanos. En este contexto contemporáneo, las constituciones son habitualmente obra de un grupo de expertos, aunque se ha desarrollado también, en el ámbito constitucional, la idea de que son los mismos ciudadanos, a través de asambleas populares, los que ostentan el poder constituyente, y que, en consecuencia, elaboran el texto fundamental.

A pesar de lo dicho más arriba, no podemos pensar que la constitución de una nación es una creación original, vinculada solamente al constitucionalismo clásico de la edad moderna⁴. La

⁴ Un pequeño resumen relativo al nacimiento del estado, fundado en el concepto de soberanía, puede encontrarse en Domingo Osle (1997, p. 192 ss.).

preocupación de crear condiciones que permitan una convivencia pacífica, tanto desde el punto de vista privado o patrimonial (protección de la propiedad, por ej.) como público (garantizar el orden y la participación tranquila en la vida política), han sido una preocupación desde que el hombre es hombre. En efecto, teniendo en cuenta la tendencia social de la persona humana, ella se inclina naturalmente a asociarse a los demás y a formar una sociedad política⁵.

Para entrar al tema de fondo de esta exposición, trataremos de recordar cuestiones previas que permiten colocarnos mejor en el punto central de este trabajo y determinar si en verdad existieron unas bases constitucionales en el mundo romano, y si ellas permanecieron inalterables durante toda la época de su vigencia⁶. La primera es si el derecho romano era o no un derecho normativo; la segunda, si el derecho se refería a los asuntos relacionados con el poder público o si solo centraba su interés en las cuestiones patrimoniales que se suscitaban entre los particulares. Ambos tópicos han sido objeto de largos debates doctrinales que no tenemos tiempo de exponer en profundidad.

2 DOS REFLEXIONES PREVIAS

2.1 NORMA Y SISTEMA EN EL DERECHO ROMANO

El concepto de norma en el derecho actual hace referencia a una disposición positiva de carácter imperativo y que se halla inserta

⁵ Aunque no podremos entrar en detalle sobre este tema, conviene recordar las afirmaciones de Cicerón (*De officiis*, 1772, 1959): los principios que estructuran la sociedad y permiten una convivencia ordenada y justa, derivan no de una convención tácita o de un contrato, sino de la necesidad natural. Las primeras unidades de organización social son las familias, la cuales se unen a otras familias, y se comprometen a guardar unos principios determinados de vida (constitución o costumbres), constituyen un pueblo, una ciudad o una República. Así como en cada familia hay una cabeza, así también en la sociedad la hay de un modo natural, y ella debe ordenar su acción a conseguir la convivencia y bienestar de la entera comunidad.

⁶ Como sabemos, la historia del derecho romano abarca desde el primer escrito de carácter jurídico oficial del derecho romano, que es la Ley de las XII Tablas (s. V a.C.), hasta la codificación emprendida por Justiniano, llamada después *Corpus Iuris Civilis* (s. VI d. C.).

dentro de un sistema u ordenamiento jurídico. En primer lugar, nos parece que el derecho romano no usa el término norma en el sentido que nosotros lo hacemos en la actualidad. Así lo dice D’Ors (1997, p. 12): “La palabra *norma* (escuadra), frecuente en el lenguaje actual aparece con el sentido muy específico de reglamento fiscal en la legislación del siglo IV d. C”.

En segundo lugar, el concepto de norma –en el uso que se le da en el derecho moderno– está íntimamente vinculado al de jerarquía: los preceptos normativos se encuentran organizados y entrelazados, formando un sistema, y todos ellos se someten a una norma suprema. La cuestión de si el derecho romano puede ser descrito como un sistema normativo ha sido debatida desde hace ya casi un siglo⁷.

En el centro de este asunto se halla, a nuestro juicio, la reflexión relacionada con el carácter científico o no del derecho romano, cuestión no fácil de resolver, dada la amplitud del concepto de ciencia. A propósito de este tópico, decía Biondi que el derecho romano no es ciencia en el sentido de búsqueda de una verdad objetiva, o una especulación abstracta en torno a lo que es justo. Es más bien una actividad intelectual dirigida a obtener lo que es justo y oportuno en una sociedad. Y añade que el propio nombre de *iurisprudencia* resalta que se trata de una sabiduría de carácter práctico, relacionada con la búsqueda de soluciones justas (BIONDI, 2019, p. 28 ss. y 89 ss.). Aunque el autor se abre a considerar al derecho como una disciplina de carácter científico, se cuida mucho de no hacerlo en el sentido de la escuela histórica del derecho que culmina en la pandectística (donde se introduce el término *Rechtswissenschaft*). Destaca, por ejemplo, que los juristas no estaban exentos de método: utilizan, por ejemplo, los métodos dialécticos propios de la retórica, pero no para obtener resultados abstractos o especulativos, sino para llegar a un resultado justo (BIONDI, 2019, p. 100).

⁷ Al respecto, puede verse Cuenca Boy (1998), y la recensión de Guzmán Brito (1998) a la obra mencionada. Pueden verse también las reflexiones de Stockebrand (2017). En la primera parte de su trabajo recoge interesantes opiniones doctrinales relativas al derecho romano como un conjunto de directrices internas que dotó de racionalidad y coherencia a la actividad jurisprudencial, de carácter casuístico.

En el siglo 19, por la influencia del racionalismo y del científicismo, se intentó, de algún modo, que las disciplinas, para alcanzar el estatus de científicas, se acomodaran al método de las ciencias experimentales, y que tuvieran entre sí conexiones lógicas que permitieran llegar a resultados medibles. Si no podía conseguirse este método o no podía llegarse a este resultado, la disciplina no lograba el privilegio de ser catalogada como científica. Este esquema de pensamiento, en cualquier caso, no es enteramente novedoso; ya en el siglo XVI, en el ámbito de los juristas de la escuela iusracionalista, ya hubo un intento de reducir al derecho a un sistema especulativo perfecto, en que todo convergía de un modo asombrosamente lógico. Surge así una tendencia dogmatizante que priva de dinamicidad al derecho, y que resulta “agobiante” por la perfección de sus resultados. Un ejemplo de esta tendencia es la creación de dogmas como el del título y el modo, sobre la base de la construcción de Joann Apel (SOZA RIED, 2013, p. 57-58)⁸.

En relación con la cuestión concreta de si se puede hablar de sistema en el contexto del derecho romano, recuerda Cuenca Boy (1998) que el movimiento codificador es el momento culminante de la idea de sistema aplicado al derecho. Se trata de un todo cerrado, libre de lagunas y lógicamente coherente (p. 23 ss.). En el contexto romano, en cambio, no hubo una verdadera separación entre ciencia y práctica: la ciencia o reflexión teórica del derecho, fue, al decir de este mismo autor, un “destilado secundario” del trabajo práctico de los juristas (p. 63). No puede hablarse, a su juicio, de un sistema completo de carácter lógico-deductivo, lo cual no significa que la jurisprudencia no tuviera unos principios lógicos que claramente inspiraran la resolución de los casos. La misma existencia de un *ius controversum*, la prevalencia de diversos órdenes normativos que regían en paralelo (*ius civile*, *ius gentium*, *ius honorarium*), hace difícil sostener que el derecho romano pueda concebirse como un sistema cerrado y completo (p. 67 y ss.).

Dejando de lado el debate anterior, sí podemos decir con certeza que el método de producción jurídica de los romanos durante

⁸ La construcción del dogma encuentra sus bases en el pensamiento escolástico, que distingue entre causa remota y causa próxima.

su nacimiento y en la época de su esplendor, se relaciona con el caso concreto: se trata de un derecho de tipo casuístico. Las construcciones del derecho romano no se basan en la fuerza imperativa de las normas, sino en razones jurídicas de *iuris prudentes*, y son precisamente estas razones, en sí mismas y extendidas a casos similares, las que constituyen el *ius* (derecho)⁹.

Por esta característica interna del derecho, por el modo en que este se fue desarrollando y especializando, pensamos que la idea de derecho como ordenamiento o sistema normativo jerarquizado, equivalente al que vemos en el derecho moderno, es ajena a la mentalidad jurídica romana incluso de la época posclásica, ya que se relaciona con el concepto de estado moderno y limitación de los poderes estatales, que tomó carta de ciudadanía recién a partir del s. XVII.

1.2 LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN EL DERECHO ROMANO

Un punto conectado con esta distinción es, a nuestro juicio, la inevitable conexión entre el derecho y la política, cuestión que en el ámbito romano no puede desconocerse. Si bien no ahondaremos en este tema, debemos recordar que la propia revolución plebeya, que culminó en la redacción de las XII Tablas (hecho jurídico), fue un asunto netamente político o más precisamente sociopolítico. En todo caso, este apartado tiene como objeto más bien establecer si existe, al interior del derecho romano, una distinción nítida entre lo público y lo privado, y dilucidar si lo público es considerado realmente como perteneciente al ámbito jurídico.

La pregunta es relevante, ya que, en la doctrina moderna, la distinción entre derecho público y derecho privado está estrechamente relacionada, por un lado, con la noción de ordenamiento jurídico, entendido como una síntesis dialéctica entre lo público y lo privado, y, por otro lado, con el concepto de estado. Así lo expresan, con agudeza, Cerami y Purpura (2007, p. 7), cuestión que termina por relacionarse muy estrechamente con el asunto abordado en la letra anterior (si acaso el derecho romano puede ser concebido como

⁹ En relación con este punto, y con la técnica de los juristas romanos, puede verse Guzmán Brito (1980).

sistema). En otras palabras, el derecho moderno, al ser considerado como un sistema normativo completo, como un ordenamiento, incluye tanto lo público como lo privado. A la vez, dicho sistema u ordenamiento es el de un estado, al que sirve de sustrato, de límite y de fundamento (lo que suele llamarse un “Estado de derecho”).

Veremos a continuación lo que sucede en el derecho romano pre imperial.

El derecho (*ius*) era en esta época –que abarca desde los inicios de la historia del derecho romano (s. V a. C.)– un derecho privado: se ocupaba de los conflictos entre particulares referentes a cuestiones patrimoniales. Dichos asuntos, cuando no lograban resolverse adecuadamente entre los mismos particulares, podían ser llevados a un juicio privado.

Había, por cierto, otras muchas disposiciones que aseguraban una convivencia pacífica y que permitían el orden social y la defensa de los intereses de los ciudadanos en la vida pública, pero ellas no eran propiamente “jurídicas” o relativas al *ius*, sino que quedaban reguladas en el ámbito de lo político, administrativo, fiscal o criminal¹⁰. En otras palabras, no es que en relación con ellas no hubiera una regulación, y en ese sentido amplio, un derecho, pero dichas normas pertenecían a un ámbito diferente del *ius*, que aludía a relaciones entre particulares, y, al menos en la época republicana, no eran habitualmente comentadas por los juristas, y en el caso de serlo, lo eran por su conexión con el *ius*. Un ejemplo es el caso de los

¹⁰ Se ha escrito sobre la existencia de un derecho público, y, en concreto, administrativo romano. En este sentido, *vid.* por todos, Fernández de Buján, Gerez Kraemer y Malavé Osuna (2011) y Fernández de Buján (2021). El artículo de los autores, que lleva el mismo nombre que el del libro, puede encontrarse en p. 13-51. El autores, en p. 21 admite que, si bien no puede hablarse propiamente de una ciencia del derecho administrativo, sí hay normas que claramente pueden ser calificadas de administrativas. En p. 22ss. y 24ss. menciona los ámbitos de la experiencia administrativa romana (regulación de las cosas públicas, concesiones, prestación de servicios públicos, uso y explotación de vías, minas o aguas públicas, organización administrativa de provincias y municipios, etc). El primero en hablar de un derecho público romano es Mommsen (1971). Para la valoración de esta obra, y la divergencia entre la historiografía política y la historiografía jurídica, apoyadas en distintas bases y métodos, puede verse Giuffrè (1989, p. 15 ss.).

interdictos posesorios, cuyo carácter administrativo es innegable¹¹.

¿Qué era entonces lo público o lo privado en el mundo romano antiguo? En la época anterior al imperio, la distinción de fuentes públicas o privadas no se relacionaba con la “materia regulada”, sino con el origen mismo de la disposición.

Así, una “norma” era pública cuando emanaba de los comicios o del senado (ley pública, senadoconsultos, etc.), y podía dirigirse al ordenamiento de la sociedad (tipificación de crímenes, organización de las provincias, establecimiento de tributos, etc.), como a relaciones entre particulares (leyes fenerarias, que limitaban el monto de los intereses crediticios, leyes que regulaban algunos aspectos del matrimonio, etc.). En realidad, la mayoría de las leyes y de los senadoconsultos no regulaba asuntos jurídicos en el sentido ya dicho, sino temas referentes al orden social.

Una norma o disposición era privada, en cambio, si era generada por los propios particulares (*lex privata*), como el caso del testamento, o de la *nuncupatio* que hacía un ciudadano romano en el ámbito de la transferencia de una *res Mancipi* (*mancipatio*). En otras palabras, la distinción entre lo público y lo privado no se refería a la materia sobre que recaía uno u otro (GUZMÁN BRITO, 2013, p. 92, Introducción, § 4, VI).

Pero el derecho no nacía solo de *leges privatae* como las mencionadas en el párrafo anterior, sino sobre todo de las respuestas que daban los juristas frente a los casos concretos que se suscitaban entre los particulares. Las respuestas de los juristas (*responsa*) que iban formando doctrina, opiniones generales, consenso frente a ciertos principios, son las que impulsaron el desarrollo del derecho, no las leyes o los senadoconsultos, que solo de un modo

¹¹ Por lo que se refiere a la reflexión de los juristas romanos en torno a asuntos estrictamente políticos, puede verse Tondo (1981, p. 311 ss.). A su juicio, en la época republicana hay cierta madurez en la consideración de ciertos conceptos jurídicos, y pone como ejemplos, la *descriptio classium*, las *tabulae censoriae*, y el funcionamiento de los comicios centuriados. Se refiere también a Sexto Papirio al cual se atribuye la colección de la totalidad de las *leges curiatae*, o Sexto Elio, en la elaboración de sus *Tripertita commentaria*, en las que comentaba algunas instituciones de carácter publicístico.

tangencial incidieron en el derecho. El derecho, en otras palabras, es esencialmente privado, y se desarrolla fundamentalmente por el trabajo de juristas particulares¹².

Solo más tarde, en la época tardo clásica, cuando ya se habla de un *ius novum*¹³, la distinción del derecho privado y público se acerca más a la que sostenemos hoy en día. La descripción de lo público se asocia, no ya a la fuente de la que emana una determinada disposición, sino a la materia de la que trata.

Así lo dice Ulpiano en D. 1,1,1,2: es público lo que se refiere a la cosa pública, mientras que es privado lo que atiende a la utilidad de los particulares.

D. 1.1.1.2 (Ulp. 1 inst.): Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalis praeceptibus aut gentium aut civilibus.

Es interesante observar que, a estas alturas de la historia política romana, los juristas ya no son más libres, sino que están insertos en las cancillerías imperiales. Su producción jurídica, por otro lado, ya no puede prescindir de las producciones del emperador. De este modo, no deja de sorprender que Ulpiano, sitúe ambos campos de acción de modo tan distante, y como si no hubiese puntos de contacto. En efecto, los juristas de las oficinas imperiales estudiaban

¹² Un tema interesante pero que no podremos desarrollar en esta sede, es el de la relación entre los juristas y los magistrados, en especial el pretor. Los primeros solían aconsejar a los segundos, promoviendo la introducción de recursos y acciones en el edicto, contribuyendo de este modo, con su *auctoritas*, a la riqueza de este catálogo de herramientas procesales al servicio de los ciudadanos romanos.

¹³ En este periodo se produce un cambio en el sistema de fuentes del derecho; los juristas, ya incorporados a la administración imperial, se ocupaban de muy diversas áreas de derecho, como diremos más abajo. Por otro lado, surgen, junto a las formas tradicionales de producción jurídica, las fuentes imperiales, entre las que destaca el rescripto.

ya todo tipo de asuntos, no solo los tradicionalmente llamados privados (entre particulares y relativos al aprovechamiento de las cosas), sino también materias fiscales, organizativas, criminales, etc. En otras palabras, puede ser que estos juristas, ya funcionarios, mantuvieran en sus mentes esa nítida distinción a pesar de abocarse al estudio de todo tipo de asuntos. Esto parece deducirse de las afirmaciones de los autores ya mencionados (CERAMI; PURPURA, 2007), cuando dicen que el derecho público y el privado figuran en Ulpiano como sectores diferenciados o específicas áreas del estudio de *ius*.

Por otro lado, el derecho público aparece como relacionado con los aspectos organizativos del estado, pero entendido este no como un ente unitario o como un estado-aparato, sino como un ente colectivo (*res Romana*). Este aspecto organizativo, según Ulpiano comprende tres materias: *sacra, sacerdotes, magistratus* (CERAMI; PURPURA, 2007, p. 8).

No tendremos tiempo para extendernos en la propuesta de Ulpiano, pero desde ya nos parece que la tricotomía que señala puede ser un tanto anacrónica, a no ser que quisiera, con esa trilogía, hacer referencia al derecho más antiguo. En efecto, por las razones ya apuntadas más arriba: juristas burócratas, altamente controlados por el poder imperial, con menos fuerza creativa, abocados al estudio de materias de todo tipo, resulta difícil concebir en esa época unos conceptos que parecen más vinculados a épocas muy iniciales, embrionarias incluso, de la estructura de la *civitas* y del nacimiento del derecho romano.

En cualquier caso, sí parece muy valioso el texto de Ulpiano en cuanto al criterio que distingue lo público de lo privado, que gira en torno a la noción de utilidad. Hay, efectivamente, un cambio de perspectiva: lo público se relaciona con la utilidad común (las materias relacionadas con el interés público) mientras que lo privado mira a la utilidad singular de los individuos (fundamentalmente, materias o asuntos patrimoniales).

No podremos ahondar en los motivos de este cambio de paradigma; solo lo mencionamos para afirmar que la distinción

entre lo público y lo privado ha sido cambiante en la historia, y ha habido diversos factores, incluso ideológicos, que influyen en la determinación de las fronteras entre uno y otro ámbito¹⁴.

En todo caso, de ahora en adelante, y para evitar confusiones, usaremos la noción de lo público y privado de esta época más avanzada; lo público será aquello que se refiere a las cosas del pueblo romano (asuntos administrativos, fiscales, criminales, etc.), y lo privado lo relativo a las cuestiones patrimoniales que se suscitan entre los particulares.

3 LA PRIMERA CONSTITUCIÓN ROMANA: CONJUNTO DE PRECEPTOS DE DIVERSA ÍNDOLE NACIDOS EN LA SOCIEDAD ROMANA ANTIGUA

Habiendo aclarado los puntos anteriores, podemos entrar a lo que verdaderamente nos interesa, que es el núcleo de esta exposición. ¿Tuvo Roma una constitución que sirviera de base al orden social, que asegurara la organización de la convivencia pacífica de los ciudadanos, y el respeto por los intereses y derechos esenciales de estos? Y en caso de existir, ¿quién o quiénes habrían elaborado esa constitución y qué valor u obligatoriedad habría tenido?

A juicio de autores como Cerami y Purpura (2007), sí habría existido una constitución, si bien no formal y escrita (p. 32)¹⁵. También lo afirma Straumann (2011), para quien ni la escrituración ni la revisión judicial de sus principios, son requisitos de su existencia. Para el autor hay dos criterios indispensables, que se hallan en la estructura y funcionamiento del poder romano: la existencia de unas normas inviolables e inmutables, de un lado, y la importancia política de esos principios o normas, que descansan en la soberanía del pueblo, las cuales, en afirmación de Livio, provienen de las XII Tablas.

¹⁴ Para la evolución de esta dicotomía, puede verse Vergara Blanco (2014).

¹⁵ En resumen, los autores afirman la existencia de una verdadera constitución, esto es, de una organización de las fuerzas sociales en torno a un sistema de intereses.

En armonía con la doctrina expuesta y con muchos otros autores que suscriben esta idea, pensamos que sí habría existido esa base constitucional y que ella arranca ya de la época monárquica (GILIBERTI, 2014, p. 10 ss.)¹⁶. Debemos advertir, eso sí, que estamos hablando en este punto, desde una perspectiva netamente política: más adelante desarrollaremos la idea de que, a nuestro juicio, la constitución romana es mucho más que política.

En efecto, aunque los relatos referidos a los primeros reyes romanos se apoyan en la leyenda, sí sabemos que en dicha época se desarrollaron los conceptos de *lex curiata de imperio*, que permitía el ejercicio del poder en su grado máximo, y que, por otra parte, ya desde los inicios, el Senado de los *patres* (cabezas de las principales familias y descendientes de los fundadores de Roma) asesoraba al rey en las decisiones más importantes en materias de política interna y externa, así como en asuntos religiosos. Era, por tanto, y con excepción del último rey romano (Tarquinio el Soberbio), una ‘monarquía constitucional’, que se apoyaba en unos pilares que permitían el control del poder regio.

La caída de la monarquía y la destitución del último rey romano (509 a. C.) provocó en los romanos un rechazo visceral a la monarquía (*odium regni*), que originó varias de las reglas constitucionales que caracterizaron la República romana. En efecto, el régimen consular, limitado en el tiempo y restringido en cuanto a sus poderes, impedía la permanencia en el poder y la restauración de la monarquía. El estado romano, por otra parte, resguardaba ciertos derechos fundamentales de los ciudadanos, lo que era otro modo de limitar el poder de los magistrados. Uno de los principios esenciales de la constitución republicana que tomó cuerpo con las leyes *Licinae Sextiae* (367 a. C.)¹⁷, es la libertad en sus diversas manifestaciones

¹⁶ El autor se apoya en Cicerón (1772, en que el abogado y político romano relata la historia institucional romana, y reflexiona sobre los mejores sistemas políticos en el sentido de control de los poderes del que gobierna.

¹⁷ Es un tópico comúnmente aceptado que estas leyes, al equiparar a patricios y plebeyos, y al definir las magistraturas republicanas, ponen las bases de lo que se llama la constitución republicana, que dio a Roma un periodo de estabilidad y equilibrio que duró más de 200 años. Los pilares de esta constitución son, según afirma Burdese (1996, p. 52 ss.), las magistraturas, el senado y las asambleas populares.

(de movimiento, de expresión, etc.). También quedan garantizados una serie de derechos procesales (justo proceso), y políticos (derecho a participar en los comicios, y otros). Por otra parte, se refuerza el principio de equidad, de larga data (Ley de las XII Tablas, tabla 12), que impedía la discriminación y las leyes que favorecían (o perjudicaban) a determinadas personas. Se trataba de la regla *privilegia ne inroganto*. En la misma dirección, y debido al conflicto social que dio origen a la ley decenviral, habrá con posterioridad muchas otras disposiciones que aseguren la igualdad en las posiciones públicas de los ciudadanos. Mencionamos solo las más importantes: la *lex Valeria Horatia* de 449 a. C., que reconoció un valor general a los plebiscitos, y, más tarde, la *lex Hortensia*, de 287 a. C., que equiparó, definitivamente, los plebiscitos con las leyes¹⁸. En 445 a. C., en virtud de un plebiscito Canuleyo, queda eliminada la prohibición de matrimonio entre patricios y plebeyos. Otras leyes sucesivas permitieron el acceso de los plebeyos a algunos cargos como el consulado (404), dictadura (356), censura (351), pretura (336). La ley Ogulnia, por último, permitió el acceso de los plebeyos al sacerdocio (ÁVILA MARTEL, 1964, p. 52-53).

Una de las garantías que proviene de esta época más antigua es una particular forma de protección ciudadana: la *provocatio ad populum*, especie de apelación a la que tenía derecho el ciudadano romano condenado a pena capital. El pueblo reunido al efecto tenía el poder de conmutar dicha pena y sustituirla por un exilio perpetuo (GILIBERTI, 2014, p. 11 ss.).

Por otro lado, la sociedad romana, desde épocas antiquísimas, fue forjando unos principios, que aseguraban la convivencia pacífica entre los ciudadanos romanos en lo referente a los posibles conflictos de carácter patrimonial¹⁹. Ellos se fueron labrando de una manera

¹⁸ Recordemos que los plebiscitos, a diferencia de las leyes, eran propuestos por magistrados de la plebe, y aprobados en concilios plebeyos. La equiparación entre ambas fuentes es un importante avance en la superación del conflicto histórico entre ambos grupos sociales.

¹⁹ La resolución de estas cuestiones patrimoniales entre los simples particulares era propiamente el objeto del *ius*, que se expresaba en determinados actos de fuerza llevados a cabo en forma ritual, ejercidos sobre una persona o una cosa. De estos actos derivaron los llamados derechos reales y personales. El

lenta y paulatina, desde época inmemorial, muchos años antes ser recogidos por escrito en el primer momento normativo del derecho romano, la ley de las XII Tablas (siglo V a. C.).²⁰

Esos principios eran, en realidad, las costumbres de los mayores (*mores maiorum*), usos de carácter jurídico relativos al modo de resolver problemas de carácter privado, y medios procesales (ritos solemnes) que se utilizaban para zanjar dichos conflictos. Como sabemos, los *mores maiorum* fueron puestos por escrito después de la revolución de los plebeyos, que exigían el conocimiento público de esas costumbres, de modo que las reglas fueran iguales para todos. Esta fuente era de tal importancia, que los niños la aprendían de memoria en las escuelas. “[...] *Discebamus enim pueri XII ut carmen necessarium, quas iam nemo discit.*” (CICERÓN, 1959, 2.29).

El contenido de estas tablas era fundamentalmente de derecho privado: cuestiones procesales relativas a juicios entre particulares (descripción de las formas de procedimiento aceptadas socialmente); derecho de familia (por ejemplo, el poder del *pater familias* y el modo de emancipar a los hijos); sucesión hereditaria (intestada, en cuyo caso, la ley determinaba quiénes eran los herederos, y testada, con la descripción del testamento *per aes et libram*); tutelas y curatelas; *nexum* y *mancipatio*; disposiciones de derecho penal (conductas sancionadas con graves penas, junto a otras cuya sanción era más leve). Había también un par de disposiciones de derecho público, ya mencionadas (*privilegia ne inroganto* y *provocatio ad populum*); ambas protegían a los ciudadanos frente a eventuales abusos de quienes ejercían el poder.

Los magistrados encargados de redactar dichas disposiciones (decenviros) no fueron, técnicamente hablando, “constituyentes”. Las disposiciones y principios en ella contenidos no fueron ni creados ni interpretados por ellos; tan solo fueron puestos por escrito ante las exigencias de un sector de la sociedad romana, menos favorecida.

ius originario, pues, tiene una connotación particularmente judicial; interesa la eventual posición que tienen las partes ante un juez. De esta forma, el *ius* era, para los romanos, la calificación del juez: hay derecho en la medida en que una cosa o la conducta de una persona puede perseguirse judicialmente.

²⁰ Sobre las verdades y mitos del relato tradicional en relación con la redacción de estas leyes, puede verse Rascón García (2000, p. 52-53).

Es interesante observar que los preceptos jurídicos incluidos en el texto decenviral no significaron un estancamiento del derecho: los juristas siguieron trabajando sobre este texto y desarrollaron una labor interpretativa de gran importancia, que permitió la depuración y el progreso de las instituciones. No debe creerse, sin embargo, que la jurisprudencia procedió como lo hace la legislación. De la jurisprudencia no emanan preceptos de general obligatoriedad²¹. Los juristas se interesaban por el caso concreto, y daban respuestas a problemas jurídicos, y son esas respuestas las que impulsan el perfeccionamiento de la jurisprudencia. En resumen, el derecho romano (clásico) –jurisprudencial– se desarrolló por la vía casuística y la interpretación analógica²².

Podríamos preguntarnos si los principios constitucionales en que se basa la sociedad romana son principalmente aquellos que regulan el funcionamiento del estado y el pueblo romano, o son, en realidad, las normas de derecho privado que se contienen en la ley de las XII Tablas (ley decenviral) interpretadas y desarrolladas extensamente por los juristas romanos.

Y, en realidad, podemos decir que los principios constitucionales romanos se refieren tanto a lo público como a lo privado. Se trata de un entramado de principios, costumbres de los antiguos, disposiciones escritas, principios de equidad²³, leyes

²¹ Quizás, para entender bien este punto, puede verse, D’Ors (1997), p. 29, que distingue entre *potestas* (poder socialmente reconocido) y *auctoritas* (saber socialmente reconocido). Así, el derecho es obra de los juristas (*auctoritas prudentium*), y la *lex publica*, en cambio, de los magistrados. *Vid.* también el comentario de Domingo Osle (1997, p. 183-197).

²² Lo podemos ver en el Digesto de Justiniano, s. VI d.C, que, como es una selección de jurisprudencia clásica, no recoge principios generales ni preceptos obligatorios, sino casos concretos en los que figura la opinión de un jurista y las razones que le hacen pronunciarse de una u otra manera.

²³ La equidad es un importante elemento, que se sitúa en el ámbito del *ius*, es decir, del mundo privado. No en vano el jurista Celso definía el *ius* como el arte de lo bueno y de lo justo. Lo equitativo es lo igual, en el sentido de igualdad de atribución o retribución, y designa especialmente el derecho no establecido o puesto, es decir, que no puede apoyarse en una fuente vigente, sino en criterios objetivos de igualdad. Cfr. Guzmán Brito (2013, § 4, X). En relación con este punto, conviene recordar las afirmaciones de Cicerón, en el sentido de que el derecho no puede ser tal si no se basa en la justicia. Y la justicia, en la mente

limitadoras del poder magistratal, leyes criminales, disposiciones administrativas, etc., en que descansa la organización de la sociedad, la paz social y la institucionalidad romana. La constitución romana es, en definitiva, un conjunto de disposiciones de distinto tenor y alcance, formadas en muy diversos momentos históricos, y motivadas, muchas de ellas, por transformaciones sociales, económicas y políticas. Dichas disposiciones, desde el punto de vista formal, nacieron, algunos como principios consuetudinarios, recogidos luego por escrito, y otros bajo la forma exterior de leyes, senadoconsultos, entre otros.

Agregamos, por último, una idea conclusiva de este apartado, que nos viene dada del propio Cicerón en *De Republica* 2,1: *nostra autem res publica non unius esset ingenio sed multorum; nec una hominis uita, sed aliquot (e) constituta saeculis et aetatibus*: la constitución romana no es obra de un único legislador, lo que es un motivo de superioridad frente al mundo griego²⁴.

del Arpinate, es la recta razón, conforme a la naturaleza inmutable y eterna, que lleva al hombre a actuar según sus mandatos. Se trata de una ley inalterable, eterna, igual en todos los pueblos y en todos los tiempos. A su juicio, todo el universo está sometido a un solo señor, a Dios omnipotente que ha concedido y sancionado esa ley. Puede verse también, Mantovani (2017, p. 27-55). El artículo recoge el pensamiento de los juristas romanos desde los primeros testimonios escritos hasta los textos de Cicerón. Este concepto, asociado a la igualdad y al equilibrio, es distinto de la epiqueya griega (Aristóteles) que se relaciona más con una justicia correctora de la ley. De este modo, según el autor, nos encontramos con una primera acepción, en la que el *aequum* es lo igual, lo equilibrado (iconografía de la balanza). Sobre el uso de *aequum* en los juristas romanos, pueden verse p. 53ss. En una segunda acepción, la *aequitas*, al menos en época tardo-republicana, se asocia a una visión del hombre en sus relaciones con los demás, en la sociedad. Sobre la aportación de la Tópica de Cicerón en cuanto a este significado, vid. p. 50ss. En este sentido, la equidad se inscribe en el marco de una antropología política. En resumen, vid. p. 60, para entender qué es el *aequum*, conviene entender cómo se considera el hombre en relación con los demás en la sociedad. Dicho de otro modo, la equidad presupone una antropología política, es decir, una idea de qué es el hombre en sí mismo, es decir, individualmente considerado, y en sus relaciones sociales.

²⁴ Acerca de la reflexión que hace Cicerón sobre la forma ideal de estado en la República y en Las Leyes, puede verse Andrés Santos (2013). Por otro lado, puede encontrarse un análisis acucioso de los textos de Cicerón en relación con la conformación de la sociedad política, en Guillén (1982).

4 LA SEGUNDA CONSTITUCIÓN ROMANA: LA CONCENTRACIÓN DEL PODER EN TIEMPOS DEL IMPERIO Y LAS NUEVAS BASES POTESTATIVAS Y JURÍDICAS

Un hecho importante en el desarrollo de la comunidad política se produce en el año 27 a.C. con el advenimiento del Principado, nuevo sistema político instaurado por Octavio Augusto²⁵. Aunque en sus inicios, y en virtud de la gran habilidad política que lo caracterizaba, nadie pudo imaginar que, bajo las apariencias de la restauración de una debilitada república, se escondían sus propósitos de establecer una monarquía que iba a ser igual o más vigorosa que la antigua y primera forma de gobierno que vivieron los romanos. Los antecedentes de este cambio tienen un origen directo en el enorme desgaste producido por casi un siglo de guerras intestinas (s. I a. C), en medio de la crisis del sistema republicano.

El cambio del sistema político iba a traer además importantes cambios en el mundo del derecho. En efecto, la inserción de un órgano nuevo en la estructura de poder –el *Princeps*– que se coloca sobre las demás magistraturas y viene a alterar el sistema de la antigua república, provoca una conmoción, también desde el punto de vista jurídico. El emperador Augusto concedió a los juristas de su *consilium* el *ius respondendi ex auctoritate principis*, esto es, el derecho de dar respuestas, amparados en la autoridad delegada por el Príncipe. Con ello vino a mezclar la potestad imperial con la autoridad sapiencial. En efecto, los juristas de este Consejo tenían una prerrogativa derivada del Príncipe, que hacía que sus respuestas estuviesen dotadas de mayor autoridad, por la sola razón de formar parte del Consejo, y no por la sabiduría o el peso de las respuestas mismas. Este fue el primer paso en el proceso de la legalización de la jurisprudencia²⁶.

²⁵ Un agudo análisis acerca de las causas que habrían determinado el cambio de sistema político, es decir, el paso de la república al principado (factores sociales, políticos, económicos y culturales), puede verse en De Martino (1975).

²⁶ En relación con el impacto que esta concesión fue produciendo en la actividad jurisprudencial, que aumenta con la creación de las constituciones imperiales, *vid.* D'Ippolito (2001).

Más tarde, cuando el emperador Adriano reorganiza la Cancillería imperial, se produce un cambio más definitivo; los juristas del *Consilium Principis* dan sus respuestas jurídicas en forma de rescriptos, apoyados directamente en la autoridad imperial. Se elaboran unos registros especiales que ofrecían resúmenes de estas respuestas, las cuales podían ser utilizadas después, en casos similares. En definitiva, en virtud de estas intervenciones imperiales, la jurisprudencia adquirirá un cariz distinto, y la labor desarrollada por los juristas se va a asemejar cada vez más al trabajo que desempeña un funcionario de la administración estatal.

El paso del principado a la monarquía absoluta, que se produce en tiempos de Diocleciano, es determinante en cuanto al sistema de producción de derecho: se produce una unificación de las fuentes jurídicas. En efecto, el derecho se desarrolla, ya no por la vía jurisprudencial, como ocurría en épocas pretéritas, sino bajo el impulso de la producción legislativa imperial. El poder normativo del emperador se acentúa gradualmente y se expresa en las llamadas constituciones imperiales. Dentro de ellas podemos distinguir varios tipos: *epistulae*: comunicaciones o resoluciones dirigidas a magistrados o funcionarios que hacían consultas al emperador, *decreta* judiciales: sentencias emanadas del emperador; *mandata*: órdenes dirigidas a los gobernadores; *rescripta*, ya mencionados: respuestas de los juristas del consejo imperial firmadas por el propio emperador, y *edicta*, similares a los que dictaban los magistrados al comenzar el desempeño de su cargo. Todas ellas son manifestaciones de la voluntad imperial, y forman un sistema legislativo distinto al que había existido en la república.

Las constituciones imperiales reciben, también, el nombre de *leges*, pero no son leyes en el sentido en que lo eran las antiguas leyes públicas: no eran rogadas por un magistrado ante los comicios ni votadas con el consentimiento popular. Eran simplemente disposiciones emanadas del emperador, y su obligatoriedad derivaba de este solo hecho. Por otra parte, estas constituciones imperiales se referían a todo tipo de asuntos –públicos o privados– y se enviaban

a los juristas funcionarios de la administración estatal todo tipo de problemas y asuntos para resolver, responder, o estudiar²⁷.

Aun recibiendo estas leyes el apelativo de “constituciones”, no podemos pensar que esta legislación se haya estructurado como un sistema jerarquizado en que unas normas se sometían a otras según un orden estricto, previamente establecido. Las producciones imperiales se entienden como normas de igual jerarquía, aunque unas son generales, y otras de carácter solamente particular. Se distinguen, pues, más bien por sus destinatarios o por el alcance de sus disposiciones que por su jerarquía.

Más tarde, ya en plena época posclásica, y especialmente desde Constantino (306-337 d. C.), la autoridad imperial adquiere cada vez más fuerza como única fuente legislativa: comienzan a usarse con frecuencia las normas o leyes generales. Con ello se tiende a limitar el valor de los rescriptos, los cuales solo podían aplicarse en el caso concreto para el cual habían sido elaborados, o para los casos similares que se conectaban con ese caso (por la vía de los *exempla*), y fortalecerse, en cambio, la voluntad legislativa imperial. Llegamos finalmente a la legislación justiniana, en la cual se condena el uso de los rescriptos imperiales fuera del caso particular.

Las bases constitucionales romanas, que aseguraban a los ciudadanos una serie de libertades y derechos sociales y políticos, de un lado, y que establecían un conjunto de disposiciones relativas a la convivencia pacífica en materia patrimonial, ya han perdido su vigor. Es el emperador el que provee, desde arriba, las reglas de ordenación social, y las disposiciones jurídicas que regulan las relaciones patrimoniales entre particulares, provienen ahora de la voluntad imperial. El emperador es, en otras palabras, la norma suprema, la constitución por antonomasia, tanto en lo público como en lo privado.

Se ha producido, pues, un cambio constitucional lento y paulatino, que arranca quizás de la misma crisis de la república, y

²⁷ *Vid. supra* en relación con el *ius novum*: se produce una importante ampliación del concepto de *ius*, que abarca ahora asuntos que antes quedaban fuera del derecho: temas como la administración y organización de las provincias, criminales, tributarios, etc.

que no fue provocado por una revolución sino por una subrepticia acumulación de poder en manos del Príncipe. Las bases antiguas sobre las cuales se cimentó la sociedad romana fueron sustituidas por otras en que el poder (*potestas*) y la sabiduría (*auctoritas*) se atribuyen y unifican en la cabeza, en el emperador. El orden social, la institucionalidad, descansa ya en otros ejes, más bien en uno solo, el poder del emperador, cada vez más omnicompreensivo. Han cambiado las bases constitucionales; la concepción misma del derecho es ahora muy distinta de la que predominaba en el derecho romano clásico. El derecho ya no se desarrolla por la vía jurisprudencial, sino por la voluntad del emperador, que unifica en sí mismo toda la producción normativa, tanto en el ámbito público como en el privado.

5 CONCLUSIONES

A través de esta exposición hemos querido ofrecer una reflexión acerca del modo en que se fue forjando la constitución romana, obra de varios siglos, y de muchos autores. Por otro lado, hemos visto que la constitución romana tuvo un desarrollo, un esplendor, y un cambio, que, sin embargo, no fue revolucionario, sino hábil e ingeniosamente construido sobre las ruinas republicanas.

En los dos primeros apartados, intentamos resolver cuestiones previas que nos permitieran avanzar con seguridad sobre el punto de fondo. Hemos podido recordar que el derecho romano no se desarrolló a través de normas, sino gracias a la resolución de casos prácticos en manos de juristas con autoridad o sabiduría. Las leyes públicas, en cambio, no tuvieron relevancia directa en el desarrollo del *ius*. Dijimos, por otra parte, que el derecho romano no es propiamente un “sistema normativo”, y, por lo tanto, no podemos decir que existió una norma suprema a la cual se supeditaban los restantes preceptos normativos. En este sentido –normativo–, no puede hablarse propiamente de una constitución romana.

En relación con la cuestión de lo público y privado, amén de comentar que en la época clásica romana todo el derecho era privado –lo demás no entraba dentro del concepto de *ius*, era sin

más la cosa pública—, debemos decir que la constitución romana se relaciona tanto con lo público como con lo privado. En el centro de este trabajo, hemos dicho que las bases constitucionales romanas son un conjunto de principios, normas escritas, disposiciones de carácter público, respuestas de juristas, etc., que sientan los fundamentos de la convivencia pacífica y la armonía política de los ciudadanos romanos.

Dicho de otro modo, la constitución romana es más que una constitución política; es un complejo o entramado de fuentes cuyo objetivo tácito es procurar y mantener el orden institucional y social, y en este sentido, comprende lo público y lo privado, lo político y lo jurídico, lo social y lo estrictamente patrimonial. Cuando se quiebran las bases que sostenían el modelo republicano, se producirá, de modo paulatino, un nuevo orden institucional en torno al *Princeps*, orden que influye también, y de modo directo, en la producción del derecho. En este nuevo orden, el poder imperial abarca y asume la totalidad de la regulación jurídica, entendida ya en sentido amplio: tanto lo público como lo privado, así como todo el resto de las normas por las cuales se organiza la sociedad, a las que ya nos hemos referido. En la época imperial existe, pues, una nueva constitución romana, cuyos artífices, a diferencia de la primera constitución romana, sí fueron concretos y determinados. El primero y principal arquitecto de esta nueva constitución es el propio Augusto; los demás emperadores no hicieron más que acentuar las prerrogativas del poder imperial, y dotar de una nueva fisonomía a la sociedad política y al derecho del pueblo romano.

BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS SANTOS, Francisco Javier. Cicerón y la teoría de la “constitución mixta”: un enfoque crítico. En: Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, Valencia, Ed. Universidad de Valencia, v. 27, p. 1-29, 2013. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.7203/CEFD.27.2340>>.

ÁVILA MARTEL, Altamiro de. **Derecho romano**: introducción e historia externa: parte I. Santiago de Chile: Del Tridente, 1964.

BIONDI, Biondo. **Arte y ciencia del derecho**. Santiago de Chile: Olejnik, 2019.

BURDESE, Alberto. **Manuale di diritto pubblico romano**. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese (UTET), 1996.

CICERÓN, Marcus Tullius. De legibus. Traducción de Georges de Plinval. 1959. Disponible en: <<https://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=perseus%3atext%3a2007.01.0030%3abook%3d2%3asection%3d59>>.

CICERÓN, Marcus Tullius. De republica, quae supersunt. En: **Collegio Urbano Apud Burliaem**, 1772.

CERAMI, Pietro; PURPURA, Gianfranco. **Profilo storico-giurispudenziale del diritto pubblico romano**. Torino: Giappicheli, 2007.

CUENA BOY, Francisco José. **Sistemas jurídicos y derecho romano**: la idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana. Santander: Universidad de Cantabria, 1998.

DE MARTINO, Francesco. **Storia della costituzione romane**. v. IV. Napoli: Jovene, 1975.

D'IPPOLITO, Federico M. **Aspetti di storia costituzionale romana**. Napoli: Scientifiche Italiane, 2001.

DOMINGO OSLE, Rafael. El binomio “auctoritas-potestas” en derecho romano y moderno. En: *Persona y Derecho*, Navarra, Ed. Universidad de Navarra, v. 37, p. 183-195, 1997. Disponible en: <<https://doi.org/10.15581/011.32021>>.

D'ORS, Álvaro. **Derecho privado romano**. 9. ed. Pamplona: Eunsa, 1997.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. **Derecho público romano**. 24. ed. Madrid: Cívitas / Aranzadi, 2021.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio; GEREZ KRAEMER, Gabriel M.; MALAVÉ OSUNA, Belén (Ed.) **Hacia un derecho administrativo y fiscal romano**. v. I. Madrid: Dykinson, 2011.

GILIBERTI, Gisuseppe. *Constitutio e costituzione*. En: **Cultura Giuridica e Diritto Vivente**, v. 1, Urbino, Ed. Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino, 2014.

GIUFFRÈ, Vincenzo. **Il 'diritto pubblico' nell'esperienza romana**. 2. ed. Napoli: Jovene, 1989.

GUILLÉN, José. La constitución romana según Cicerón. En: **Humanitas**, Coimbra, Ed. Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra / Instituto de Estudos Clássicos, v. 33-34, p. 148-211, 1982.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. **Derecho privado romano**. 2. ed. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2013.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. Dialéctica, casuística y sistemática en la jurisprudencia romana. En: **Revista de Estudios Histórico-Jurídicos**, Valparaíso, Ed. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, v. 5, p. 17-31, 1980.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. Recensión de F. Cuenca Boy, *Sistemas jurídicos y derecho romano: la idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*. En: **Revista de Estudios Histórico-Jurídicos**, Valparaíso, Ed. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, v. 20, p. 335-336, 1998.

MOMMSEN, Theodor. **Römisches staatsrecht**. Leipzig: Hirzel, 1871.

MANTOVANI, Dario. L'aequitas romana: una nozione in cerca di equilibrio. En: **Incontri Di Studio**, *Quante equità?* 2017. Disponible en: <<https://doi.org/10.4081/incontri.2017.299>>.

RASCÓN GARCÍA, Cesar. **Manual de derecho romano**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2000.

SOZA RIED, María de los Ángeles. El dogma del título y modo y la adquisición dominical en el derecho civil chileno. En: **Estudios de derecho civil en homenaje a Don Lorenzo de la Maza Rivadeneira**. Santiago: Universidad Gabriela Mistral, 2013.

STOCKEBRAND, Adolfo Wegmann. En torno a la noción de sistema jurídico y a la construcción de una categoría general del contrato en el derecho romano. En: **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, Ed. Pontificia Universidad Católica de Chile, v. 44, n. 2, p. 323-346, 2017.

STRAUMANN, Benjamin. Constitutional thought in the late roman republic. En: **History of Political Thought**, Exeter, Ed. Imprint Academic, v. 32, Issue 2, p. 280-292, 2011.

TONDO, Salvatore. **Profilo de storia costituzionale romana: parte prima**. Milano: Giuffrè, 1981.

VERGARA BLANCO, Alejandro. La "summa divisio iuris" público-privado y la integración normativa en materias administrativas y civiles. En: **Revista de Derecho Privado**, Bogotá, Ed. Universidad externado de Colombia, v. 26, p. 43-69, enero-junio 2014.

Recebido em: 2-8-2024

Aprovado em: 27-11-2024

DEFINIÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA DELITOS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NOS PARÂMETROS DO MICROSSISTEMA DE PROTEÇÃO DE VULNERÁVEIS: CONFIGURAÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A AMPLIAÇÃO DE PADRONIZAÇÃO DO TRATAMENTO ESPECIALIZADO¹

Richardson Xavier Brant²

SUMÁRIO: 1. Introdução, configuração da violência doméstica e colocação do problema. 2. Surgimento e características do Microsistema de proteção de pessoas vulneráveis.

¹ **Como citar este artigo científico.** BRANT, Richardson Xavier. Definição de competência para delitos contra crianças e adolescentes nos parâmetros do microsistema de proteção de vulneráveis: configuração da violência doméstica e a ampliação de padronização do tratamento especializado. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 215-248, set.-dez. 2024.

² Juiz de Direito Convocado, atualmente, na 5.^a Câmara Cível do TJMG, com anterior atuação na 9.^a Câmara Criminal Especializada do TJMG. Aproveitou-se o estudo desenvolvido para apresentação de Nota Técnica, quando atuou na função de Coordenação da Comissão Temática Direito e Execução Penal (CTDEP) do Centro de Inteligência da Justiça de Minas Gerais, vinculado à Primeira Vice-Presidência do TJMG. Participaram da discussão e formulação do estudo para apresentação da Nota Técnica os Juízes de Direito Frederico Malard e Araújo, Marco Antônio de Oliveira Roberto, e os servidores Fábio de Freitas Nunes e Ana Cláudia Corrêa da Costa, integrantes ativos da referida Comissão, com os quais houve definição da abordagem e discussão das soluções propostas. O autor é Professor Universitário. *E-mail:* richardsonbrant@tjmg.jus.br

3. Criação do atendimento especializado e fixação da competência em crimes contra a criança e o adolescente. 4. Não aplicação dos benefícios da Lei n. 9.099/1995 e competência especializada: campos distintos de regência. 5. Competência das Varas de Violência Doméstica e Familiar (VVDF) onde não houver a VECCA. 6. Competência da 9.^a Câmara Especializada em Violência Doméstica e modulação de efeitos. 7. Explicitação de determinação constitucional da competência para crimes contra crianças e adolescentes. 8. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO, CONFIGURAÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Os índices de violência doméstica vêm aumentando de forma alarmante, comprometendo a saudável formação e o desenvolvimento de crianças e adolescentes, em desafio à eficiência de políticas públicas de prevenção e contenção.

No que se relaciona ao enfrentamento para diagnósticos e planejamento de intervenções, registra-se uma primeira dificuldade específica das situações de violência doméstica, porque elas ocorrem em âmbito reservado, no espaço privado – em tese, seguro e protegido – na intimidade da residência e do convívio familiar, quase sempre mais afastado da vigilância e abertura à intervenção própria do espaço público (Habermas, 2007).

As crianças e adolescentes, pessoas em condição peculiar de formação, ficam sujeitas à violência quando a sofrem de modo direto ou presenciam suas práticas. Nesses casos, elas mostram sinais e deixam pistas características, denunciadas em comportamentos que indicam sentimentos de desconfortos, traumas e perturbações.

Parte significativa dos indicadores de sujeição às situações de violência aparecem e se evidenciam na escola, na emergência de atitudes agressivas, nas quais sobressaem as dificuldades da carência de um convívio familiar equilibrado e saudável. Aparecem os indicadores em variadas formas de violência e conflitos de convivência reproduzidos no ambiente escolar.

Outro apontamento que convém trazer, logo no início da reflexão, consiste na evidência de que as políticas de segurança pública, em regra, reproduzem um punitivismo estéril, que contribui e estimula um ciclo vicioso de violências. Isso aparece nas estatísticas de reduzida eficiência do sistema, no qual se reproduzem as reiteradas violações de direitos fundamentais, a lembrar o “Foucault” de Vigiar e Punir na descrição da “Era de suplícios” (Pires, 2024).

Adota-se um conceito conhecido sobre violência que aparece em um relatório da Organização Mundial de Saúde, desde o ano de 2002, o qual servirá de base neste estudo:

A violência pode ser considerada como uso da força física ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha qualquer possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação³. (Nunes; Sales, 2016).

Orienta, ainda, a abordagem aqui proposta como introdução ao tema uma pesquisa realizada por Nunes e Sales⁴, no ano de 2016, na qual se procurou identificar em textos científicos produzidos sobre a violência contra a criança, no período de agosto de 2013, a recorrência de dados em revisão bibliográfica, para definir categorias específicas de caracterização das modalidades de violência no cenário nacional.

Ponderam citados autores que a Organização Mundial de Saúde (OMS) classifica a violência em quatro tipos: abuso físico, sexual, emocional ou psicológico e negligência. Configura-se o abuso e a opressão em qualquer situação na qual a criança seja vítima direta ou presencie uma prática de violência. Dessa exposição resultam danos físicos, emocionais e psicológicos que afetam o crescimento,

³ World Health Organization (WHO). World Report on Violence and Health. Geneva: WHO; 2002.

⁴ A pesquisa selecionou, inicialmente, uma quantidade de 1571 artigos, em leitura mais rápida do título, objetivo e ano de publicação. Em seguida, após leitura mais minuciosa, dentro do número inicial, doze artigos científicos foram selecionados para servir de base à referida pesquisa.

desenvolvimento e maturação da pessoa em desenvolvimento.

Destacam-se três aspectos principais que interessam nesse estudo.

O primeiro aspecto consiste em que a maioria das situações de violência são praticadas por membros da própria família da criança, e ocorrem quase sempre no ambiente doméstico. Essas práticas de violência por algum membro do grupo familiar alcançam o percentual de 75% dos casos notificados. Nos casos de violência sexual, houve apontamento de que aparecem como agressores, em primeiro lugar, o padrasto ou o companheiro da mãe, seguido do pai, tio, avô, ou pessoa com quem a criança mantenha relação de afeto, dependência ou proximidade.

Figuram também como agressores, fora do grupo familiar, as pessoas com quem há relação de confiança e conhecimento, alguém que não tem relação de parentesco e que tenha relação indireta com a criança, no percentual de 8,35 % das notificações. Em duas pesquisas não houve identificação do agressor (16,7%), por não consistir referida identificação em objeto específico daquelas propostas de estudo investigadas.

Um segundo aspecto relata o tipo predominante de violência, aparecendo a “negligência (50%), seguindo pela violência física (33,3%), psicológica (8,3%) e sexual (8,3%)”. (Nunes; Sales, 2016).

Não se pode desprezar, no estudo dessa tipologia, que um determinado tipo de violência aparece – de modo frequente – associado a outro, quando se examina a mesma ocorrência de abusos nos casos de violência notificados.

Quando se volta o olhar para se relacionar ao tipo de violência por gênero, verifica-se que preponderam as práticas de violência contra o sexo masculino (41,7%) em relação ao feminino (25%). Considere-se ainda que contra as meninas (sexo feminino) prevalece a violência sexual, e a maioria das notificações demonstra que o abuso sexual tem como vítimas, em sua maioria, crianças entre um e nove anos de idade.

A violência contra os meninos (sexo masculino) que mais aparece, nos resultados da pesquisa referida, é a violência física, psicológica e a negligência.

Referido estudo destaca que os castigos corporais constituem a maior parte dos abusos físicos e psicológicos, normalmente sob o pretexto de corrigir e educar.

Nesse quadro delicado fica demonstrada a necessidade urgente de intervenção do Estado, e como se mostra relevante o entendimento de padronização de decisões sobre a competência para processamento e julgamento de crimes praticados contra crianças e adolescentes. Isso é o que viabiliza o tratamento especializado preconizado.

O núcleo das questões aqui abordadas envolve conflitos de jurisdição que surgiram com a edição de legislação que estabelece, originalmente, a partir da vigência da Lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), da Lei n.º 13.431/2017, e da Lei n.º 14.344/2022, um microsistema de proteção de pessoas vulneráveis.

Incluem-se, nesse campo especializado de proteção, em sentido mais estrito, a mulher, a criança e o adolescente, o idoso e as pessoas portadoras de deficiência. Além da centralidade da Lei Maria da Penha, compõem esta disciplina especializada, os diplomas legislativos dispostos a seguir em ordem cronológica: Lei n.º 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), Lei n.º 10.741/2003 (Estatuto da Pessoa Idosa), Lei n.º 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), Lei n.º 13.431/2017 (Violência contra Crianças e Adolescentes) e a Lei n.º 14.344/2022 (Lei Henry Borel)⁵.

O conjunto de vivências, princípios e dispositivos da referida legislação inova a organização e especialização de um microsistema de proteção de vulneráveis, como referido originalmente no julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça do Conflito de Compe-

⁵ Poderiam ser acrescentados outros diplomas legais que complementam o referido sistema de proteção de vulneráveis como a Lei n.º 7.716/1989 e a Lei n.º 8.081/1997 (antidiscriminação), a Lei n.º 10.778 (notificação compulsória de violência contra a mulher), a Lei n.º 11.804/2008 (alimentos gravídicos) e ainda outros diplomas legais.

tência n.º 190.666/MG⁶ (Brasil, 2023), que se orientou pela convergência de normas processuais e materiais de tratamento especializado. Normas constituídas por diplomas legais produzidos nos âmbitos nacional e internacional, na forma de tratados e convenções de que o Brasil é signatário.

A definição do campo de atuação, organização da *expertise* para a atuação especializada, e um alinhamento na fixação das competências, favorecem uma gestão razoável e adequada pelos Tribunais, tendo em conta a relevância da inclusão do referido subsistema nas vivências e referências de um sistema mais amplo de proteção internacional de direitos fundamentais.

Feitas essas considerações a pretexto de introdução ao tema da violência doméstica, para compreensão e colocação do problema, podem ser resumidas, nas seguintes proposições, as questões sobre a definição de competência para delitos cometidos contra crianças e adolescentes:

1. no âmbito da Primeira Instância, depois de criada e instalada a Vara de Crimes contra a Criança e do Adolescente (VECCA), fica afastada a competência das Varas Criminais, dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, e dos Juizados Especiais Comuns, para delitos contra crianças e adolescentes?
2. Enquanto não houver instalação da VECCA, para julgamento dos crimes contra crianças e adolescentes, têm competência subsidiária as Varas ou Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (VVDF ou JVDF)?
3. O tratamento mais severo previsto por lei aos crimes contra crianças e adolescentes, sobre afastar a aplicação das medi-

⁶ Referido conflito de jurisdição, com relatoria da Ministra Laurita Vaz, foi julgado em 8-2-2023, trazendo a seguinte recomendação: “A aplicação do princípio do juízo imediato na apreciação dos pedidos de medidas protetivas de urgência não entra em conflito com as demais disposições da Lei n.º 11.343/06. Ao contrário, essa medida facilita o acesso da mulher vítima de violência a uma rápida prestação jurisdicional, que é o principal objetivo perseguido pelas normas processuais especiais que integram o **microsistema de proteção de pessoas vulneráveis** que já se delinea no ordenamento jurídico brasileiro”. (grifo nosso).

das despenalizadoras (Lei n.º 9.099/1995), em face do princípio da irretroatividade da lei que agravar a situação do réu (“novatio legis in pejus”), afasta, necessariamente, a competência especializada?

4. O afastamento da competência da VECCA, e a correlata aplicação subsidiária da competência das VVDF ou do JVDF, no que se relaciona aos delitos previstos como de menor potencial ofensivo, ocorre em relação a todos os crimes contra criança e adolescente, ou deve ser limitada aos delitos previstos no ECA?
5. Quais os critérios que servem de orientação, por determinação constitucional e legal, para a fixação da competência específica dos órgãos jurisdicionais para crimes contra a criança e o adolescente?
6. Há afetação da competência da Câmara Especializada do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), 9.^a Câmara Criminal (cuja competência material está firmada quanto à Lei Maria da Penha, Execuções Penais Definitivas e Atos Infracionais), como previsto na Resolução n.º 977/2021/TJMG?
7. Admitida a abrangência da competência da Câmara Especializada, dependeria ainda de alteração (“de lege ferenda”) da disciplina normativa sobre a ampliação da competência, no âmbito do TJMG?

Propõe-se, no exame das referidas questões, o seguinte itinerário de abordagem. Primeiro, um breve registro das características do microsistema de proteção de pessoas vulneráveis, em inventário das principais normas legais e daquelas decorrentes de tratados e convenções internacionais aplicáveis.

Na sequência, as indagações serão examinadas conforme a sistematização proposta, quase na sequência dos temas antes colocados.

Em arremate, no mote de fecho ao estudo, propõe-se implementação de específica responsividade aos jurisdicionados, no sentido de apresentar subsídios para atuação dos Tribunais, nos planos jurisdicional e administrativo, no desiderato de superar eventuais atrasos provocados pelos incidentes processuais de definição da competência especializada, sobretudo depois da vigência da Lei Henry Borel.

Destaca-se o imprescindível esforço de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional na busca de viabilidade de pleno atendimento especializado preconizado à criança e ao adolescente vítimas de violência doméstica e familiar, no microsistema de proteção de pessoas vulneráveis.

2 SURGIMENTO E CARACTERÍSTICAS DO MICROSSISTEMA DE PROTEÇÃO DE PESSOAS VULNERÁVEIS

Explicita-se, para compreensão do funcionamento e estrutura do microsistema, que se verifica o desenvolvimento de uma rede de proteção para mapear, prevenir e fazer cessar, com foco na priorização de atuação preventiva, e que centralize o propósito de evitar a reiteração de situações de violações de direitos, tendo em conta as situações de vulnerabilidades encontradas em alguns segmentos sociais.

Essa característica de identificação e proteção de pessoas vulneráveis é própria das sociedades que se democratizam e atuam no acolhimento de reivindicações dos cidadãos que se encontram à margem da integração em determinadas condições sociais, com vistas à ampliação gradativa das garantias de direitos fundamentais.

É o que vem acontecendo, no Brasil, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, na histórica superação de um longo período de exceção, quando sobreleva o reconhecimento expresso da necessidade de tornar efetiva a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, como objetivo maior do Estado democrático.

Passa então a figurar com centralidade o princípio da dignidade da pessoa humana, valor emblemático dos direitos fundamentais, correlato à exigência histórica de ampliação da garantia de realização

de direitos, e da necessidade de garantir a prioridade de uma atuação eficaz, com aptidão voltada a evitar, prevenir e fazer cessar de forma imediata, em prazo razoável, o risco da ocorrência de danos.

No plano da normativa internacional, foram recepcionadas normas de Tratados e Convenções de Direitos Humanos, os quais integram e articulam um núcleo específico de proteção da dignidade da pessoa humana.

Cuida-se de mencionar, por se mostrarem pertinentes a este estudo, a **Declaração Universal dos Direitos das Crianças**, proclamada pela Organização das Nações Unidas (ONU), na Resolução da Assembleia Geral, em 20 de novembro de 1959; e a **Convenção dos Direitos das Crianças e Adolescentes**, adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 2 de novembro de 1989, e ratificada e promulgada pelo Decreto n.º 99.710, em 21 de novembro de 1990.

Dois aspectos se mostram relevantes para que se compreenda a conformação lógica e teleológica do microssistema de proteção de vulneráveis, em atenção compreensiva também do controle de convencionalidade que realiza o princípio da progressividade dos direitos fundamentais em compasso com a proibição de retrocesso⁷.

O primeiro aspecto aparece na conjunção da Regra 2 do art. 12 da Convenção dos Direitos das Crianças e Adolescentes com a Regra 2 de seu art. 19, respectivamente assim enunciadas:

[...] a criança deve ter a oportunidade de ser ouvida em todos os processos judiciais ou administrativos que a afetem, seja diretamente, seja por intermédio de um representante ou de um órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

⁷ Para que se evite uma extensão indesejada, deixo de trazer a menção às Regras de Beijing (Pequim), adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 29 de novembro de 1985, por meio da Resolução n. 40/33. Em conformidade com a interpretação aqui proposta, traz-se à colação apenas a cláusula de salvaguarda: “9. Cláusula de salvaguarda 9.1 Nenhuma disposição das presentes regras poderá ser interpretada no sentido de excluir os jovens do âmbito da aplicação das Regras Mínimas Uniformes para o Tratamento dos Prisioneiros, aprovadas pelas Nações Unidas, e de outros instrumentos e normas relativos ao cuidado e à proteção dos jovens reconhecidos pela comunidade internacional”. (grifo nosso).

Essas medidas de proteção devem incluir, quando cabível, procedimentos eficazes para a elaboração de programas sociais visando ao provimento do apoio necessário para a criança e as pessoas responsáveis por ela, bem como para outras formas de prevenção, e para identificação, notificação, transferência para uma instituição, investigação, tratamento e acompanhamento posterior dos casos de maus-tratos mencionados acima e, quando cabível, para intervenção judiciária.

E a efetiva complementação ao sistema de proteção à criança e ao adolescente viabiliza-se com o comando expresso do art. 39 da mesma Convenção:

Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para estimular a recuperação física e psicológica e a reintegração social de toda criança vítima de qualquer forma de abandono, exploração ou abuso; tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes; ou conflitos armados. Essa recuperação e reintegração serão efetuadas em ambiente que estimule a saúde, o respeito próprio e a dignidade da criança.

Na legislação nacional, o sistema se integra ao Estatuto da Criança e do Adolescente, permeado de modo transversal pela doutrina da proteção integral, com a consagração das previsões das principais diretivas da normativa internacional. Depois com a Lei n.º 13.431/2017, da qual se invocam os seguintes dispositivos:

- i. integração das políticas quando houver violações de direitos, conforme art. 2.º, parágrafo único, assim enunciado:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios desenvolverão políticas integradas e coordenadas que visem a garantir os direitos humanos da criança e do adolescente no âmbito das relações domésticas, familiares e sociais, para resguardá-los de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, abuso, crueldade e opressão;

- ii. escuta especializada e tratamento adequado, na redação do art. 12, parágrafos segundo e terceiros:

1.º Para os efeitos desta Lei, a criança e o adolescente serão ouvidos sobre a situação de violência por meio de **escuta especializada e depoimento especial**.

§ 2.º Os órgãos de saúde, assistência social, educação, segurança pública e justiça adotarão os **procedimentos necessários por ocasião da revelação espontânea da violência**.

§ 3.º Na hipótese de revelação espontânea da violência, a criança e o adolescente serão chamados a confirmar os fatos na forma especificada no § 1.º deste artigo, salvo em caso de intervenções de saúde. (grifo nosso);

- iii. também constou da Lei n.º 13.431/2017 a exigência de assistência qualificada para efetividade da política de resguardo e proteção, como expressamente previsto nos incisos VII e VIII do art. 5.º, no tocante à explicitação de modo específico de assegurar a realização dos direitos fundamentais ali previstos:

VII - receber **assistência qualificada jurídica e psicossocial especializada**, que facilite a sua participação e o resguarde contra comportamento inadequado adotado pelos demais órgãos atuantes no processo;

VIII - ser **resguardado e protegido de sofrimento**, com direito a apoio, planejamento de sua participação, prioridade na tramitação do processo, celeridade processual, idoneidade do atendimento e limitação das intervenções. (grifo nosso).

Pela conjugação dos referidos dispositivos legais, constitutivos do referido microsistema de proteção de vulneráveis, vislumbra-se a aplicação, na exegese das questões postas, do princípio da prioridade dos direitos da criança e da garantia de proteção integral, conforme previsão do § 8.º do art. 226 e do § 4.º do art. 227, ambos da Constituição Federal.

Devem ser destacadas, ainda na configuração do microsistema, as características da atuação integrada, da assistência qualifi-

cada, da vedação à revitimização, e do resguardo ao sofrimento. Referidos parâmetros de atendimento especializado, em trato sensível das ocorrências de violência contra crianças, somente se mostram viáveis quando houver a adoção integral da previsão de competência jurisdicional própria.

Para uma breve revisão, releva considerar que a criação do microsistema de medidas protetivas de urgência encontra uma base comum no critério de vulnerabilidade social desses grupos. Ganha a Lei Maria da Penha contornos de referência neste sistema, pela amplitude de aplicação, e pelo forte apelo e despertamento de consciência do desafio de enfrentar o combate à violência doméstica contra a mulher (vulnerabilizada).

Isso a par das reiteradas e recorrentes estatísticas de violações de direitos, quadro histórico que retrata a persistência de crueldade e perversidade social no trato das pessoas vulneráveis (melhor seria, vulnerabilizadas⁸), em que pesem os tantos esforços – ainda insuficientes – de esclarecimento, contenção e prevenção.

Para que seja assegurada a prestação jurisdicional adequada, e que o Poder Judiciário possa atuar de modo eficiente no exercício de competência constitucional e legal que lhe são próprias, deve investir em formação, capacitação e treinamento de profissionais e servidores que possam atuar na competência especializada, além de orientar e organizar seus serviços de modo propício a permitir o mo-

⁸ Nos limites deste estudo, cujo foco não se pretende ampliar em atenção ao específico objetivo proposto, não cabem considerações outras de natureza sociológica. Não se pode deixar de consignar, no entanto, que em leitura mais crítica e de autocritica de posições assumidas, individual, coletiva e no âmbito institucional, deve ficar o registro do amadurecimento da compreensão de que a vulnerabilidade decorre das relações sociais, econômicas e políticas que se encontram estabelecidas (“establishment”). Isso no sentido de reconhecer o agravamento gradativo das ocorrências de violações, pois não se posicionaram os agentes públicos responsáveis, de maneira decisiva, para equacionar a perspectiva de subalternidade, de subjugo, maltrato e abuso de pessoas debilitadas por condições, permanentes ou eventuais, de vulnerabilidade: questões de gênero, condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, senilidade (idoso), desenvolvimento incompleto. Referidas posições e situações não têm determinação apenas natural, mas são estabelecidas e fortemente (autoritariamente) mantidas no conjunto de relações sociais dominantes, em construção histórico-social gradativa. (Carmo; Guizardi, 2018).

nitoramento de resultados, e o adequado enfrentamento dos desafios postos pela complexa administração da jurisdição.

Registre-se a importância de garantir o acesso exigido pela disciplina constitucional de atuação do poder público, principalmente no tocante à transparência, ética e eficiência. Valores que se concretizam, tão somente, se houver investimento em formação, manutenção de banco de dados que favoreça o desenvolvimento de políticas públicas judiciais, a partir de estudos e pesquisas, em atenção específica à prestação de contas da gestão, dos encargos e deveres legais⁹.

3 CRIAÇÃO DO ATENDIMENTO ESPECIALIZADO E FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA EM CRIMES CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça editou a **Recomendação n.º 33/2010**, a qual disciplinou a criação de serviços especializados para a escuta de crianças e adolescentes que figurassem em processos judiciais como vítimas ou testemunhas de violência.

Colhe-se da referida Recomendação a disciplina do “depoimento especial”, com a devida qualificação dos servidores encarregados, para que seja garantido o “depoimento sem dano”, a atenção voltada a evitar a revitimização, aliado ao cuidado para obviar nova exposição de memórias infelizes, de momentos de infortúnios, para que seja garantida – tanto quanto possível – a minimização dos traumas.

A estruturação da “rede de proteção à criança e ao adolescente” incentiva e promove o combate à violência, propiciando a integração inclusive do âmbito municipal, com destaque para o objetivo

⁹ A atuação transparente do poder público deve se orientar por parâmetros de “accountability”, para a formulação de práticas administrativas que tenham como metas uma melhor prestação de contas e a demonstração dos recursos utilizados, para o adequado desencargo do dever ético de publicidade e eficiência cometido à gestão pública, nos parâmetros da Lei n.º 12.846/2013.

Nessa mesma linha, também em atendimento ao disposto no art. 70-A da Lei n.º 8.069/1990, com as alterações introduzidas pelo art. 29 da Lei Henry Borel.

de busca da verdade e de responsabilização do agressor, além da preservação da criança e do adolescente vítima de violência, ainda que tenha apenas figurado como testemunha de violência¹⁰.

Em atuação precursora, sensível à demanda social, por intermédio da **Resolução n.º 729/2013**, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais criou a Vara Especializada em Crimes contra a Criança e o Adolescente (VECCA), atribuindo seu funcionamento como um Centro Integrado de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, inicialmente apenas na Comarca de Belo Horizonte.

Veio depois a edição da Lei (federal) n.º 13.431/2017, a qual estabelecera as bases para o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. A previsão legal reafirmou a expressa previsão do atendimento especializado antes explicitado e já contemplado na iniciativa do Tribunal de Justiça mineiro.

Em conformidade com a diretriz de prioridade absoluta consagrada no plano constitucional, houve positivação de políticas públicas a serem implementadas nos sistemas de justiça, segurança pública, assistência social, educação e saúde. Ficou explícita a determinação legal de que deverão ser adotadas ações articuladas, coordenadas, e voltadas ao acolhimento e atendimento integral às vítimas de violência. Confira-se, nesse aspecto, o especial dispositivo do art. 14 da Lei n.º 13.431/2017.

A determinação de criação de Varas Especializadas antecipara, no artigo 23, parágrafo único, do referido diploma legal, a atribuição de preferência de competência aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar (JVDF) ou às Varas com essa competência, até que fosse providenciada a criação e instalação da Vara Especializada em Crimes contra Crianças e Adolescentes.

Houve, logo em seguida à edição desta legislação, a emergência de conflitos de atribuições no âmbito do Ministério Público e, na sequência, de conflitos de jurisdição. De modo mais resumido, este o objeto específico deste estudo.

¹⁰ Para uma visão mais completa, consultar a Recomendação do Conselho Nacional de Justiça n.º 33, de 23 de novembro de 2010, na recomendação para criação de serviços especializados para escuta, nos processos judiciais, de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, responsivo¹¹ à provocação encontrada no processo n. 1.0000.18.009452-6/000, editou a Resolução n.º 888/2019¹², fixando a competência da Vara Especializada em Crimes contra a Criança e o Adolescente (VECCA), em seu artigo 2.º e incisos, com menção expressa quanto aos delitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no Código Penal e na legislação especial, com o expresse enunciado de que a competência deve prevalecer independente do gênero da criança e/ou adolescente vítima de violência.

Confira-se o enunciado do dispositivo referido:

Art. 2.º A vara de que trata esta Resolução terá competência para processar e julgar as medidas protetivas e os seguintes crimes praticados contra a criança e o adolescente vítimas de violência, independentemente do gênero:

I - previstos no Código Penal e na Legislação Especial, que configurem violação à dignidade sexual da criança e do adolescente;

II - previstos nos arts. 129, nas hipóteses dos §§ 1.º, 2.º, e 9.º; 133; 136, nas hipóteses dos §§ 1.º e 2.º; 146, nas hipóteses dos §§ 1.º e 2.º; e 148, todos do Código Penal;

III - previstos nos arts. 240 a 241-E e 244-A da Lei federal n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), com a redação dada pela Lei federal n.º 11.829, de 25 de novembro de 2008;

IV - previsto no art. 1.º da Lei federal n.º 9.455, de 7 de abril de 1997 (crime de tortura);

V - previsto no art. 24 da Lei federal n.º 13.431, de 4 de abril de 2017.

[...].

¹¹ O termo responsividade significa, na formulação de Celso Fernandez Campilongo (2002), uma atuação em consonância com as demandas postas pelos jurisdicionados, compreendidos como destinatários das decisões em sua condição de soberanos populares. Nessa perspectiva, não se reduz a participação à legitimação processual, mas considera as razões e ponderações da postulação na formação do conteúdo da decisão judicial. Trata-se de análise qualitativa da decisão judicial, em respostas específicas no âmbito de campos especializados, e não somente quantitativa como se costuma encontrar com mais frequência no Judiciário brasileiro.

¹² A instalação da referida Vara de Competência em Crimes contra a Criança e o Adolescente ocorreu por meio da Resolução do Órgão Especial n.º 729, de 25 de julho de 2013.

As exceções, como decorre de regra lógica e de técnica legislativa, foram enunciadas de forma expressa, atraindo interpretação estrita, como se verifica do parágrafo único, respectivos incisos, do citado artigo 2.º da Resolução em referência:

Parágrafo único. Fica excepcionada da competência fixada no “caput” deste artigo a prática de:

I - infrações de menor potencial ofensivo, definidas nos termos do art. 61 da Lei federal n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995;

II - infrações culposas;

III - crimes previstos nos arts. 129, “caput”, e 147, ambos do Código Penal;

IV - crimes previstos no inciso II do “caput” deste artigo, nas hipóteses em que se operar o resultado morte da vítima criança ou adolescente;

V - crimes patrimoniais.

Um primeiro aspecto deve ser registrado, o qual guarda pertinência com o primeiro ponto (1), de que houve determinação da fixação da competência especializada na VECCA quanto aos crimes cometidos contra a criança e o adolescente. Convém registrar que, na previsão de competência, não há abrangência da Lei n.º 9.099/1995 nem dos crimes patrimoniais, como se verifica do art. 2.º da citada Resolução, incisos I e V.

Houve, nesse aspecto, a novidade da previsão, quanto à não aplicação aos crimes patrimoniais a partir da vigência da Lei Henry Borel, por expressa determinação da referida Lei n.º 14.344/2022. Preconizou essa lei, nesse aspecto, um tratamento mais severo, excluindo os benefícios despenalizadores previstos na Lei n.º 9.099/1995, e ampliando a proteção quanto aos crimes patrimoniais.

As questões objeto desta específica divergência, no âmbito dos conflitos já referidos, versaram sobre delitos que eram definidos como de menor potencial ofensivo, quando cometidos contra crianças e adolescentes.

E a ampliação quanto aos crimes patrimoniais devem ser aqueles cometidos no âmbito de violência doméstica e familiar, como é o escopo anunciado da Lei Henry Borel. Nesse ponto, a competência passa a ser especializada, devendo ser considerada revogada a previsão da Resolução quanto à não aplicação aos crimes patrimoniais.

Quanto ao alcance das violações, considere-se que a previsão legal, explicitada na Lei n.º 13.431/2017, pelo artigo 4.º, incisos de I a V, deve ser compreensiva de todas as formas de violência. Não remanesce dúvida acerca desta amplitude tendo em consideração a sensível “condição peculiar da pessoa em desenvolvimento”, para designar que se deve estender mais amplamente a compreensão de delitos quando a criança e o adolescente figurar como vítima de violência.

Convém mencionar que o art. 4.º do diploma legal em referência explícita, sem qualquer redução, as formas de violência, mencionando as espécies de violência: física, psicológica, sexual, institucional e patrimonial (como já dito, esta última posta em acréscimo pela Lei Henry Borel).

E bem andou o TJMG, na edição da Resolução n.º 888/2019, pois que ampliou a competência, não a restringindo ao âmbito doméstico e familiar.

Respeitada, assim, a previsão expressa da legislação especial, não se deve admitir interpretação que seja restritiva, sob pena de esvaziar a proteção legal.

Na Comarca de Belo Horizonte, a partir da criação da Vara Especializada em Crimes contra a Criança e Adolescente (VECCA), a competência passou a ser inteiramente da Vara Especializada criada, afastando-se quaisquer outras.

Nas Comarcas em que não houver instalação da VECCA, a competência deve ser atribuída aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar ou às Varas com competência em Maria da Penha.

4 NÃO APLICAÇÃO DOS BENEFÍCIOS DA LEI N.º 9.099/1995 E COMPETÊNCIA ESPECIALIZADA: CAMPOS DISTINTOS DE REGÊNCIA

O fato de ser vedada a aplicação da Lei n.º 9.099/1995, atento à principiologia, não deve afastar a competência especializada. A não aplicação decorre da interpretação do claro enunciado do art. 29 da Lei n.º 14.344/2022 (Lei Henry Borel). Explica-se que se mostra conveniente preservar o atendimento especializado mesmo quando for o caso de não aplicação, nos casos em que deva ser observada a não retroatividade, dos benefícios reservados aos delitos de menor potencial ofensivo.

Isso porquanto as duas normas não são excludentes.

A segunda, a qual afasta a aplicação dos benefícios reservados aos crimes de menor potencial ofensivo, não trata de regra de competência. Cuida-se, pois – de modo específico –, de um tratamento mais severo aos delitos preconizados na legislação especializada de proteção de vulneráveis. Devem ser conciliados, por isso, os dispositivos no propósito de preservar a garantia do atendimento especializado.

Nesses casos, quando a situação se mostrar desfavorável ao acusado, em face do princípio da irretroatividade da lei penal, não se aplica aos fatos ocorridos antes da vigência da Lei n.º 14.344/2022 (Lei Henry Borel).

Em outro aspecto, há o enunciado legal constante do art. 33 da Lei n.º 14.344/2022, que determina que sejam afastados os comandos da Lei n.º 9.099/1995. Em alteração do art. 226, § 1.º, do ECA, encontra-se a expressão: “independente da pena prevista”. Referida expressão já se encontrava na Lei Maria da Penha, com alterações, inclusive no Código Penal e no Código de Processo Penal, quanto ao tratamento mais severo¹³.

¹³ Verificam-se alterações no tocante aos delitos cometidos contra a mulher, no contexto de violência doméstica, de modo mais específico afastando a aplicação da Lei n.º 9.099/1995, e o acordo de não persecução penal (ANPP), como se vê de leitura do art. 28-A do CPP.

Referidas previsões não recomendam nem impedem seja mantida a competência da VECCA ou subsidiária dos JVDF ou VVDF, para que haja (repita-se) a preservação do atendimento especializado.

5 COMPETÊNCIA DAS VARAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR (VVDF) ONDE NÃO HOVER A VECCA, E MODULAÇÃO DE EFEITOS

O comando legislativo, interpretado pelo Ministério Público como precedente persuasivo forte, decorreu da interpretação feita pelo Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do EAREsp 2.099.532/RJ, no sentido de que, na ocorrência de crimes contra crianças e adolescentes, **enquanto não for criada e instalada a VECCA, a competência subsidiária é das Varas ou Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (questão 2).**

Essa interpretação do artigo 23 da Lei n.º 13.431/2017 já havia sido estabelecida no HC 728.173/RJ, em 26-10-2022, de relatoria do Desembargador Convocado Olindo Menezes, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Como o precedente da EAREsp 2.099.532/RJ, na relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, decorreu de decisão da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que reúne as duas Câmaras Especializadas em matéria criminal, trata-se mesmo de precedente qualificado.

Isso porquanto decorre de Embargos de Divergência de Agravo em Recurso Especial, incidente de uniformização da jurisprudência no âmbito do Tribunal da Cidadania. A previsão está no art. 1.043 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente, e o dispositivo constitui-se como fiel expressão da função nomofilática dos Tribunais Superiores.

Sobre a função dos embargos de divergência, além de resolver o caso concreto, pondera-se que “O objetivo também é de garantir a existência de apenas um entendimento sobre o tema, uniformizando a jurisprudência interna dos Tribunais Superiores

e formando precedente judicial com efeito vinculante.” (Galvão, 2022, p. 236).

Considere-se ainda que, no EAREsp 2.099.532/RJ, houve modulação de efeitos no sentido de que as ações distribuídas, até a data de publicação do Acórdão e inclusive, deverão permanecer sob a competência da Vara determinada pelo Tribunal de origem.

“A contrario sensu”, aquelas distribuídas após a publicação do referido Acórdão deverão ser processadas e julgadas nas Varas de Violência Doméstica e Familiar (VVDF) ou nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar (VVDF).

Nas Comarcas em que não houver VECCA nem Vara ou Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, a competência deve ser atribuída a uma das Varas Criminais. Considere-se que, havendo mais de uma Vara Criminal, a competência será da Segunda Vara Criminal, como previsto na Resolução n.º 824/2016 do Egrégio TJMG.

Em outra breve consideração, embora possa haver, em algumas Comarcas, sobrecarga da Segunda Vara que receber a competência especializada, além da competência criminal comum, evidencia-se mais adequado que isso seja preservado, para obviar eventual dispersão em mais de uma Vara, visando garantir o atendimento especializado preconizado em lei.

Nesse caso de sobrecarga de processos, e isso parece elementar, os Tribunais deverão diligenciar no sentido de designar cooperação ou compensar a distribuição, para que não haja comprometimento da adequada prestação jurisdicional em tempo razoável, dentro de desejados padrões de qualidade adequada.

Fica o registro, ainda outra vez, de que a distribuição entre todas as Varas Criminais pode trazer mais dificuldade de treinamento, acompanhamento e monitoração da política de atendimento especializado, e manejo dos dados de situações de violência que possam servir de subsídios ao planejamento de políticas públicas preventivas, no âmbito jurisdicional e administrativo, como determina a legislação de regência.

6 COMPETÊNCIA DA 9.^a CÂMARA ESPECIALIZADA EM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Em iniciativa de vanguarda, o TJMG criou e instalou a Câmara Especializada em Violência Doméstica e Familiar, por meio da Resolução n.º 977/2021. Isso significou um passo largo no aperfeiçoamento da gestão da distribuição de competências em Segundo Grau de jurisdição. A singular iniciativa, aplaudida em nível local e nacional, repercutiu em ganho de eficiência, racionalidade e precisão na prestação jurisdicional, principalmente pela padronização e aplicação de um repositório amplo de precedentes específicos, a par do conhecimento mais especializado das situações de violência.

Embora não se possa deixar de reconhecer a distinta dedicação de todos os Magistrados, na vivência e acompanhamento da atuação jurisdicional especializada ressoa a nota da autêntica “mudança de lentes”¹⁴. Em renovada perspectiva, o olhar voltado à diversidade de situações de violência, aos modos variados de ocorrência, torna propício o desenvolvimento de *expertise* moldada pela experiência da especialização, avanço que não é pequeno e não deve ser subestimado.

Não se cogitou, nas disposições legais próprias, em competência da Câmara Especializada em Segunda Instância. Ainda assim, o tratamento especializado – como convém destacar – não se deve reduzir à primeira instância, sob pena de comprometer o cumprimento efetivo e integral da proteção especial visada.

Vale o registro, ainda em reforço do argumento, que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais deve manter a posição de vanguarda, com a definição – por meio de ampliação da competência – para que, em situações de violência contra a criança e adolescente no âmbito familiar e doméstico, em conformidade com a previsão legal genérica, independente de se tratar de violência de gênero, deve zelar pela preservação da competência especializada.

¹⁴ Expressão atribuída ao Professor e escritor norte-americano Howard Zehr, quando se refere à mudança de paradigma (troca de lentes) proposta pela Justiça Restaurativa, em obra originalmente intitulada “Changing Lenses: Restorative Justice for Our Times” (2015).

Não se ignora que, em regra, a competência especializada, sobre ser definida por redução do campo de incidência da norma geral, aplica-se às hipóteses expressamente previstas. Em princípio argumentativo, deveriam ser excluídas outras competências que fossem determinadas por parâmetros de interpretação extensiva ou por analogia. Isso porquanto, na compreensão da disciplina sistemática, a competência residual ou remanescente é que haveria de contemplar as demais hipóteses não previstas na norma especial. Nesse exercício, aparece a célebre máxima de exegese de que a interpretação da exceção deve ser estrita.

Considere-se, mesmo a par disso, que a lógica formal e a interpretação literal constituem apenas ponto de partida da interpretação jurídica.

Essa definição estabelecida em razão de lógica argumentativa, por isso mesmo, deve ceder à interpretação teleológica e axiológica, na conformação adequada do sistema, para que se viabilize e sejam enaltecidos os valores e fins que devem ser protegidos com a adoção da competência especializada.

Já se firmou o entendimento de que a Câmara Especializada criada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por meio da Resolução n.º 977/2021, tem competência para crimes contra a criança, independente da questão de gênero, prestigiando-se a evolução do microsistema de proteção de vulneráveis e o efetivo desenvolvimento e aplicação do conhecimento especializado no atendimento à situação peculiar da pessoa em desenvolvimento, em todos os casos em que seja vítima de violência doméstica.

Nesse aspecto, aparece um desafio e a oportunidade de manter a posição de pioneirismo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com a desejável preservação do tratamento especializado nas questões relativas aos delitos contra crianças e adolescentes, otimizando-se as diretrizes do atendimento especializado.

Nessa ordem de considerações, pondere-se a viabilidade de estudos que orientem a alteração da Resolução n.º 977/2021, com vistas à ampliação de competência da 9.^a Câmara Criminal. A de-

vida contemplação do impacto que poderia causar em volume de processos deve ser considerada, sempre no propósito de preservar a entrega da prestação jurisdicional em qualidade e prazo razoável (EC 45/2004 – art. 5.º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988).

Aliás, essa foi exatamente uma das razões postas nas considerações para criação das Varas Especializadas. Vale mencionar a expressão da referida Resolução n.º 977/2021 de que o propósito era o de “[...] reequilibrar a distribuição de processos e melhorar a prestação jurisdicional”.

A contemplação do impacto na distribuição dos processos à 9.ª Câmara Especializada, como já se considerou, deve ser feita, para que se evite sobrecarga e eventual déficit na prestação jurisdicional especializada.

Há tendência em precedentes de firmar a competência em segundo grau para delitos contra crianças e adolescentes, no âmbito doméstico e familiar, independente de gênero, conforme precedentes específicos já referidos.

Passa-se, no que se refere à específica definição da competência especializada, à abordagem do espaço discricionário de atuação do TJMG, no exercício de competência normativa constitucional. Nesse campo, a reserva de iniciativa aos Tribunais contempla o exercício do poder de inovação primária (regimentos e criação de Varas e definição de competências) e secundária, quando edita resoluções para dar fiel cumprimento às disposições expressamente previstas em lei federal.

7 EXPLICITAÇÃO DE DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL DA COMPETÊNCIA PARA CRIMES CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A previsão de competência normativa dos Tribunais, consoante o art. 96, inciso I, alíneas “a” e “d”, da Constituição Federal, garante a autonomia político-administrativa e o autogoverno do Poder Judiciário, no espaço constitucional de compartilhamento de

poder do Estado. Isso se constitui, em ampliação determinada pela evolução e complexidade das atribuições jurisdicionais (estatais), na atualização da compreensão contemporânea da separação de funções e dos limites do pacto federativo. Tudo isso traduz exegese que assegure sejam prestigiadas as iniciativas locais e regionais¹⁵, como vem reconhecendo o Supremo Tribunal Federal em variados precedentes.

Nesse exercício de competência constitucional normativa, na edição de regimentos internos e criação de órgãos jurisdicionais, e respectiva definição de atribuições, a competência reservada aos Tribunais é primária¹⁶, admitindo inovações, por encontrar fonte imediata de validade na própria Constituição Federal. Equipara-se, no aspecto hierárquico-normativo, à competência privativa da União em relação ao direito processual, inteligência do art. 22, inciso I, da Constituição Federal¹⁷. Em contrapartida, devem zelar os Tribunais

¹⁵ O Supremo Tribunal Federal tem se orientado por prestigiar as iniciativas regionais e federais, sobretudo no exercício de competência normativa pelos Tribunais, evitando-se a inflação da competência legislativa da União, e promovendo a comparação direta do dispositivo impugnado com a Constituição Federal, para o exame de eventual ofensa a norma constitucional expressa. Confira-se a ADI n.º 4060, de relatoria do Ministro Luiz Fux, publicada em 4-5-2015. (Brasil, 2015).

¹⁶ Transcreve-se trecho de outra decisão do STF, RE 984.841/RS, publicada em 26.6.2019, do seguinte teor: “(...) conforme já preconizado por este Supremo Tribunal, o Poder Judiciário detém competência para criar **varas** especializadas mediante resolução. O tema passou pelo crivo do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do HC 91.509/RN, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 11-2-2010; HC 85.553-AgR/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 17-2-2006; HC 96.104/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 6-8-2010; HC 94.146/MS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 7-11-2008, todos no sentido de que a criação de **varas** especializadas, por resolução administrativa do Tribunal, baixada com base em lei de organização judiciária, não afronta o princípio do juiz natural” (Brasil, 2019).

¹⁷ Transcreve-se trecho de outra decisão do STF, RE 984.841/RS, publicada em 26-6-2019, do seguinte teor: “[...] conforme já preconizado por este Supremo Tribunal, o Poder Judiciário detém competência para criar **varas** especializadas mediante resolução. O tema passou pelo crivo do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do HC 91.509/RN, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 11-2-2010; HC 85.553-AgR/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 17-2-2006; HC 96.104/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 6-8-2010; HC 94.146/MS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 7-11-2008, todos no sentido de que a criação de **varas** especializadas, por resolução administrativa do Tribunal, baixada com base em lei de organização judiciária, não afronta o princípio do juiz natural”. (Brasil, 2019).

pela preservação das garantias do devido processo legal, como limite material da iniciativa.

Encontra-se aí o fenômeno do resguardo da reserva de iniciativa, na conformação da autonomia da função jurisdicional e do poder de auto-organização dos Tribunais, no arranjo de freios e contrapesos (“checks and balances”) que equilibre a harmonia entre os poderes. Deve respeitar, nesse ponto, as demais reservas de iniciativa quanto à lei complementar, e da competência própria da União, quando já houver a edição de lei quanto à específica matéria versada (conteúdo).

Relevante que não se confundam, nesse aspecto, os campos de incidência normativa. Distinguem-se, pois, a exigência de reserva da norma da exigência de reserva de lei (legalidade estrita), para que haja a conciliação da competência da União, no exercício de competência constitucional legislativa, com a competência dos Tribunais no âmbito de competência normativa própria¹⁸.

No caso da reserva da norma, a vinculação da iniciativa dos Tribunais guarda relação com as definições decorrentes, ou seja, fixadas em virtude da edição de norma no exercício de competência legislativa própria da União.

A competência normativa reservada aos Tribunais pode ser de natureza legal (Lei de Organização Judiciária), regimental (Regimentos Internos) ou regulamentar (Resoluções e atos normativos). Vale explicitar que, quando houver o exercício de competência legislativa da União, deve ser conciliada a competência normativa dos Tribunais no que toca aos parâmetros postos pela lei federal.

Os Tribunais podem então dispor sobre a criação de órgãos jurisdicionais, definir suas competências e atribuições, em perfeito ajuste com a competência legislativa, e no que se relaciona à vinculação decorrente (quando houver lei específica), equipara-se a norma editada pelos Tribunais ao caráter de norma regulamentar, cuja função é estritamente dar fiel cumprimento à lei. Comporta-se, por isso,

¹⁸ Confira-se a distinção feita, no âmbito de julgamento pelo STF do HC n.º 91.509, publicado em 12-2-2010, de relatoria do Ministro Eros Grau, publicado em 12-2-2010 (Brasil, 2010).

como norma secundária nos limites da hierarquia normativa, e assim não pode contrariar o que está posto na lei de regência no que tange ao conteúdo (material).

Nesse aspecto, nas alterações a serem produzidas no exercício da competência constitucional normativa do TJMG em relação às Resoluções editadas sobre crimes contra crianças e adolescentes, devem ser respeitadas as disposições legais (tratamento mais severo) como fontes primárias de inovação, para que se harmonizem os arranjos constitucionais e não haja vício formal de iniciativa.

Em palavras diretas, para que sejam harmonizadas as competências, e cumpridos os princípios e valores constitucionais bem explícitos no campo do microsistema de proteção de vulneráveis, a interpretação ampliada das normas afigura-se mais propícia.

Em outro aspecto, forte na autonomia reconhecida pela Constituição Federal, os Tribunais guardam o poder de iniciativas que atendam suas peculiaridades locais e regionais, favorecendo o exercício da jurisdição, sua prestação e organização, de maneira que entenderem mais razoável e que melhor lhe aprouverem. Nesse ponto, com atenção às ressalvas antes explicitadas.

Consideradas as proposições já expostas no que se relaciona aos delitos previstos na legislação especial, devem ser feitas correções que ajustem o conteúdo das resoluções ao que está determinado, quanto ao tratamento mais severo, nas Lei n.º 13.431/2017 e 14.344/2022¹⁹.

As questões relacionadas aos precedentes qualificados, de observância obrigatória, também já foram consideradas, apontando para a tendência de ampliação do tratamento mais severo para crimes contra a criança e o adolescente. Vale explicitar: sem que haja prevalência de critérios de interpretação que impliquem restrição de direitos fundamentais expressos preservados pelas normas mais rigorosas.

¹⁹ Registra-se a edição da Lei n.º 14.811/2024 que tipificou as condutas de “Intimidação sistemática – ‘Bullying’” e “Intimidação sistemática virtual – ‘Cyberbullying’”, além de tornar hediondos alguns delitos contra as crianças e os adolescentes, com alterações na Lei n.º 8.072/1990, para os delitos de tráfico de pessoas, sequestro e cárcere privado, e ainda induzimento, instigação e/ou auxílio ao suicídio e/ou à mutilação.

De modo mais específico, se o afastamento dos benefícios despenalizadores previstos na Lei n.º 9.099/1995 alcança todos os delitos de menor potencial ofensivo, ou apenas os delitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, ultrapassa – na perspectiva axiológica e teleológica aqui adotada – os cânones da interpretação topológica (legal), para espalhar-se no campo da interpretação constitucional, atento à ponderação de valores, empregada como técnica de decisão, para solucionar conflitos normativos ou quando envolver opções políticas, como aquelas que aqui se desenham.

Considere-se que o tratamento especial às infrações de menor potencial ofensivo tem assento constitucional, para informar política estatal que assegure o princípio da intervenção mínima, com reserva legítima do exercício do “jus puniendi” a delitos que exijam maior rigor. Tem fonte primária de validade no dispositivo do art. 98, inciso I, da Constituição Federal, o qual prevê expressamente o instituto da transação.

Em outro campo, na proteção da vulnerabilidade decorrente da condição de pessoa em desenvolvimento, estão os dispositivos constitucionais que disciplinam a proteção integral, fundada na prioridade absoluta do melhor interesse da criança (“the best interest”), calcado na premissa de que deve ser colocado em primeiro lugar. Complementam-se e se integram por um conjunto de Tratados e Convenções Internacionais de que o Brasil é signatário, que reafirmam e fortalecem a prioridade, com os destaques já produzidos como pano de fundo deste estudo.

Sendo assim, existem ponderações razoáveis no sentido de se evitar uma exegese extensiva das exceções, para que sejam conciliados os propósitos e princípios decorrentes do microssistema de pessoas vulneráveis, como estabelece o art. 3.º da Lei Henry Borel (Lei n.º 14.344/2022)²⁰.

E nesse ponto, evidencia-se a recomendação no sentido de que seria mais adequada uma proteção mais ampla, aplicando-se o afastamento dos benefícios despenalizadores a todos os delitos pre-

²⁰ **Art. 3.º** A violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

vistos como de menor potencial ofensivo, previstos no art. 61 da Lei Federal n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995.

A competência para processamento e julgamento dos referidos delitos, atento aos parâmetros do tratamento especializado, por não se mostrar razoável interpretar de modo menos rigoroso quando houver a existência de violência em delitos contra crianças e adolescentes, deveria – ainda que de modo progressivo – ser aplicado a todos os crimes cometidos com violência, sobretudo no âmbito doméstico e familiar.

Nessa mesma linha de ponderações, situa-se a questão da fixação da competência recursal. O tratamento especializado não se resume apenas ao depoimento especial e aos cuidados mais sensíveis na produção da prova, ou ao exame dos pedidos de tutela de urgência. Em resumo, se houver Câmara Especializada, mostra-se adequada e mais propício ao desenvolvimento de especialização (*expertise*), a ser compatibilizado com o controle de volume de processos que poderiam inviabilizar uma atuação nos padrões de excelência estabelecidos pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais²¹.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de término deste estudo, em resposta a cada uma das questões sistematizadas, considera-se que a padronização da competência para crimes contra crianças e adolescentes deve observar as seguintes orientações;

1. nas Comarcas onde houver instalação da VECCA, em Minas Gerais por enquanto somente instalada em Belo Horizonte, fica inteiramente afastada a competência de outros Juízos,

²¹ Registre-se, ainda, a decisão de improcedência proferida na ADI 4774/RS, no STF, em ação promovida pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep), ao argumento de que a Lei Estadual n.º 9.896/1993, ao dispor sobre competência para crimes cometidos contra crianças e adolescentes seriam de competência das Varas da Infância e Juventude, não invade competência privativa da União. Reafirmada a competência constitucional normativa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em definir as competências de seus órgãos jurisdicionais, preservando-se seu dever-poder de auto-organização, no seu âmbito de autonomia.

- abrangendo os delitos previstos na legislação especial, independente de gênero e do âmbito doméstico e familiar, e que tenham como vítimas as crianças e os adolescentes;
2. onde funcionar o JVDF ou a VVDF deve prevalecer esta competência, em caráter subsidiário, enquanto não for instalada a VECCA, em razão da especialização e desenvolvimento de *expertise* que otimize a aplicação das normas processuais especiais, assegurando o tratamento adequado e a prestação jurisdicional a tempo e modo;
 3. nas Comarcas em que ainda não foi instalada a VECCA, nem houver a competência especializada em violência doméstica e familiar, a competência deve ser atribuída à Segunda Vara, como já disciplinado pelo TJMG na Resolução n.º 824/2016, destacando-se que isso previne a dispersão da competência por distribuição quando existir mais de uma vara criminal e ainda favorece o desenvolvimento de conhecimento específico sobre o tema;
 4. os delitos contra a criança e adolescentes, compreendidos em interpretação mais ampla, devem ser da competência especializada, ainda que não sejam aplicáveis os benefícios legais de despenalização, conciliando-se a previsão legal de tratamento mais severo com a garantia do atendimento especializado;
 5. a ampliação de competência, para compreender os casos de violação, com a inclusão dos crimes patrimoniais cometidos no âmbito doméstico e familiar, e dos casos de infrações de menor potencial ofensivo, deve constar na Resolução n.º 888/2019, em alteração que vise evitar a emergência de conflitos de competências;
 6. há conveniência de se manter também a competência em Segundo Grau, para que seja assegurado o tratamento especializado, no esforço desejável de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, tão somente viável quando se promove o desenvolvimento de *expertise*, a organização dos serviços e

a criação e alimentação de um banco de dados especializado que propicie a articulação e gestão de políticas públicas específicas;

7. para alcançar o objetivo proposto no item anterior, parece razoável a alteração de competência na Resolução n.º 977/2021 no âmbito do TJMG;
8. ainda seja admitida competência residual dos Juizados Especiais comuns, somente haveria incidência em relação aos fatos ocorridos antes da vigência da Lei n.º 14.344/2022, em razão da aplicação do princípio constitucional da irretroatividade prejudicial (“novatio legis in pejus”), considerando-se a conveniência de manutenção da competência especializada.

As ponderações e considerações encontradas neste estudo buscam atender aos reclamos acerca da conveniência, oportunidade e adequação quanto à determinação de competência para delitos cometidos contra crianças e adolescentes, com o declarado objetivo de que sejam efetivas e eficientes as medidas jurisdicionais e administrativas que visam proteger e realizar os direitos e garantias fundamentais das Crianças e Adolescentes vítimas de violência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação 33, de 23 de novembro de 2010. Recomenda aos tribunais a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais. Depoimento Especial. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Diário da Justiça Eletrônico n.º 215/2010, Brasília, 25 nov. 2010, p. 33-34.

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

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do**

Brasil, Rio de Janeiro (DF), 31 dez. 1940, retificado em **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro (DF), 3 jan. 1941.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro (DF), 13 out. 1941, retificado em **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro (DF), 24 out. 1941.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990, e republicado no **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 set. 1990.

BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 set. 1995.

BRASIL. Lei 10.741, de 1.º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 out. 2003.

BRASIL. Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8.º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 out. 2003.

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 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 7 jul. 2015.

BRASIL. Lei 13.431, de 4 de abril de 2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 abr. 2017.

BRASIL. Lei 14.344, de 24 de maio de 2022. Cria mecanismos para a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, nos termos do § 8.º do art. 226 e do § 4.º do art. 227 da Constituição Federal e das disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte; altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e as Leis n.ºs 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos), e 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 maio 2022.

BRASIL. Lei 14.811, de 12 de janeiro de 2024. Institui medidas de proteção à criança e ao adolescente contra a violência nos estabelecimentos educacionais ou similares, prevê a Política Nacional de Prevenção e Combate ao Abuso e Exploração Sexual da Criança e do Adolescente e altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e as Leis n.ºs 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), e 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 jan. 2024.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CARMO, Michelly Eustáquia do; GUIZARDI, Francini Lube. O conceito de vulnerabilidade e seus sentidos para as políticas

públicas de saúde e assistência social. In: **Cadernos de Saúde Pública** (CSP), Rio de Janeiro, Ed. Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz (ENSP/Fiocruz), v. 34, n. 3, 2018.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Tradução de Maria Armantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais em processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2022.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2007.

HOWARD, Zehr. **Changing lenses**: restorative justice for our times. Twenty-fifth anniversary edition. New York: Herald Press, 2015.

MINAS GERAIS. Ministério Público Estadual. Parecer técnico sobre a competência para Crimes contra a Criança e Adolescente.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Resolução 729, de 25 de julho de 2013. Determina a instalação da Vara Especializada em Crimes contra a Criança e o Adolescente da Comarca de Belo Horizonte. **Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 25 jul. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Resolução 824, de 29 de junho de 2016. Dispõe sobre os órgãos competentes para processar e julgar as causas previstas na Lei federal n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. **Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 29 jun. 2016, e republicada em **Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 1.º jul. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Resolução 888, de 12 de abril de 2019. 2019 Estabelece a competência da Vara Especializada em Crimes contra a Criança e o Adolescente da Comarca de Belo Horizonte, instalada pela

Resolução do Órgão Especial n.º 729, de 25 de julho de 2013, e dá outras providências. **Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 12 abr. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Resolução 977, de 16 de novembro de 2021. Determina a instalação da Vigésima Primeira Câmara Cível e da Nona Câmara Criminal, a especialização de Câmaras no Tribunal de Justiça e dá outras providências. **Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 16 nov. 2021; republicada em **Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 18 nov. 2021; republicada em **Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 27 jan. 2022; republicada em **Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 28 jan. 2022.

NUNES, Antônio Jakeulmo; SALES, Magda Coeli Vitorino. Violência contra crianças no cenário brasileiro. In: **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Ed. ABRASCO - Associação Brasileira de Saúde Coletiva, v. 21, n. 3, março 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção dos Direitos das Crianças e Adolescentes. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>>. Acesso em: 23 nov. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/media/22026/file/declaracao-dos-direitos-da-crianca-1959.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2023.

PIRES, Álvaro Affonso Pena de Oliveira. Teoria da racionalidade penal moderna. Belo Horizonte: Escola de Magistratura Desembargadora Jane Silva (EMAJ), 2024. Curso ministrado no mês de setembro/2024, na Escola da Associação de Magistrados Mineiros (AMAGIS).

Recebido em: 5-11-2024

Aprovado em: 6-12-2024

SEÇÃO ESPECIAL

9

A MAGISTRATURA E OS MEIOS PARA O ALCANCE DA JUSTIÇA NESSES NOVOS TEMPOS¹

Ministro Afrânio Vilela²

Não teremos um quadro negro, porque depois de aprovados em tão rigoroso concurso, o conhecimento aflora em cada um; lançaremos na lousa pequenas reflexões sobre o que vivenciamos em nossa jornada nessa incessante missão de oferta da Justiça, que, tal qual as divindades, apenas se manifesta e se materializa àqueles que nela acreditam, já dizia Calamandrei, em: “Eles, os Juizes, vistos por um Advogado.” A justiça, então, pode ser compreendida como um estado de paz de espírito quando cada indivíduo sentir-se-á em plenitude por ter seus direitos respeitados e reconhecidos, e assim ser feliz, bem integrado à sociedade.

A Magistratura escolhe seus membros; não o contrário; e a mineira os convocou porque os sentiu vocacionados e aptos para nascidos com o senso de equilíbrio e de Justiça

Nosso primeiro dever: **o ético, para a boa jurisdição e o exercício da Magistratura, complementado com o domínio das regras para eficiência.** Conhecimento e muito senso de justiça compõem a receita para o bom Juiz.

Ministro Afrânio Vilela – STJ

¹ **Como citar este artigo científico.** VILELA, Afrânio (Ministro). A magistratura e os meios para o alcance da justiça nesses novos tempos. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 250-266, set.-dez. 2024.

² Presidente da 2.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Parte da missão da EJEJ é complementar o processo educacional, inserindo experiência em sua capacitação de Juiz, e realçando deveres para com a sociedade e as funções desse nobilíssimo cargo, de Juiz.

A toga é a armadura que os protegerá dos males que infestam o entorno da Justiça. Ela está sempre a nos lembrar de nosso Poder/Dever visando ao equilíbrio social, pautados na probidade, na regularidade representativa do Judiciário, tanto na vida funcional quanto pessoal. Para tanto, a liturgia do cargo sempre deverá ser observada!

Recomenda-se boa relação institucional com as demais autoridades constituídas. Educação com todos, inclusive com os réus, lhanza no trato em geral, respeito às partes e aos demais atores do processo. Cooperatividade entre os Juízes e os servidores são essenciais para o bom serviço. Isenção e distanciamento do interesse pessoal das partes, para que haja efetiva distribuição de Justiça, são salutares, como o relacionamento social regular.

É o que se espera! É para isso que estão aptos e preparados.

É com essa compreensão que vejo no rosto de cada um de Vocês a **esperança**. Esperança que, segundo o Pe. Luís Henrique, Reitor da PUC Minas, é o sentimento daquele ser humano que intimamente convence-se de ser possível a realização de seu desejo mais forte. O desejo de bem cumprir a missão de julgador.

Captei em seus olhos outro puro sentimento, **tão forte quanto o da esperança**, que é o de pertencimento ao Poder Judiciário e à MAGISTRATURA; nesta, para compreender os atos falhos dos semelhantes, aplicar a lei de forma que sua Sentença tenha a medida exata do direito a ser restabelecido, no cível, ou da reprimenda a ser aplicada àquele que errou, e a possibilidade de sua recuperação.

Essa será uma busca constante que Vocês terão.

Tenho-a até hoje.

Essa busca nos leva à reflexão sobre a razão de nossa existência dentro desse contexto, sobre o que fazemos, como e por

que fazemos, e como haveremos de ser Juizes completos e corretos, especialmente para aqueles que clamam por um direito.

Sempre ouvi esses clamores!

Há 36 anos os ouço, muita vez na madrugada quando acordo pensando em determinada causa, recurso. Já os ouvia quando Advogado dativo na seara criminal. Depois, enquanto Juiz, nas diversas Comarcas de minha carreira de Magistrado. E como Desembargador, deste Sodalício. Ministro do STJ, hoje, em dimensão nacional, continuo a ouvir clamores sociais e pessoais que me chegam cotidianamente enquanto não os decido, e me fazem refletir que não é fácil exercer a função de Juiz, pois cada processo representa um bem da vida de um semelhante, que o busca confiante na Justiça que encarno, que encarnamos.

Dessa contradição, **entre o ato daquele que pleiteia e o ato daquele que resiste, e o meu veredito, surge para mim a compreensão mediana do que é ser Magistrado**, como devo atuar na vida funcional e pessoal nessa missão de julgar. Por isso, julgamos sempre o ato, e jamais o ser humano, com base na Lei, nossa fonte maior. E se dela bebermos, nossos receios serão dissipados, porque a ninguém é dado fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude dela – a Lei, nosso amparo!

Portanto, ouçamos os clamores das partes com ouvidos da Lei. Enxerguemos com os olhos da Lei. E os julgemos segundo a Lei que juramos respeitar ao assumir a Magistratura. É dessa forma que devemos compreender o processo, porque nele está uma pessoa igual a mim, apenas em situação diferente, mas que merece respeito e consideração, ainda que para ter negado seu pleito ou receber uma condenação.

Corporificamos a Justiça, que é leve e suave com quem cumpre seu dever de cidadão, mas que deve fechar as portas do cárcere às costas daquele que feriu o ordenamento. E, que um dia, o libertará, se recuperado, para a sociedade, conforme explica “A prece de um Juiz”.

Assim será com Vocês nessa missão de Magistratura, muito mais profunda e humana que a mera jurisdição estatal e fria. A

jurisdição, penso, se esgota com a Sentença que apreciou o fato, equidistante, isenta e à luz da Lei. A Magistratura exige estado íntimo de realização da Justiça na medida certa, a tempo e a modo, e que tenha composto um dilema e recomposto o tecido social rasgado.

Esse universo é uma escada piramidal na qual todos estaremos a subir, sempre, sem jamais chegar ao cume, que representaria a completa paz social, utópico, mas que deve ser perseguido. Cada fase evolutiva da sociedade gera novos fatos, e o Judiciário será chamado a decidir. Direito e Judiciário apenas seriam dispensáveis se, e somente se, sobre a Terra restasse apenas uma pessoa, pois enquanto houver duas ou mais pessoas sobre a Terra, o Direito, a moral e até mesmo a religião serão chamados para pacificar conflitos que hão de emergir.

Prezados novos Juízes e Juízas. A responsabilidade de todos é grande. A de Vocês, diferente, porque iniciada na mudança de fase mais importante para a sociedade. **Serão Juízes de um novo tempo, virtual, robotizado, e deverão acompanhar o desenvolvimento social e tecnológico.**

Por isso, precisarão, precisaremos de Lei que regule a internet, IA, T.I. e nos regule. Lei, ainda que seja o principal componente do Direito, não é sua única fonte, ou totalmente soberana. Para ser boa, precisa ser legitimada na Carta da República, pois do contrário os Juízes não a aplicarão, por dissenso com a Constituição.

Devo apresentar-lhes algumas reflexões.

Daqui a alguns anos, estaremos recolhidos e Vocês serão os formadores de jurisprudência. Não se esqueçam: **a Lei deve ser interpretada segundo seu sentido social e de acordo com os direitos fundamentais alocados na Carta Magna. Carta que nada mais é senão uma missiva que o povo escreve aos governantes futuros, e o faz por meio de constituintes eleitos exclusivamente para tanto, e mediante a qual ele, povo, fonte de todo o poder, determina o que a Administração, os governos devem proporcionar aos cidadãos e à sociedade em geral.**

Uma Constituição forte em direitos sociais e fundamentais das pessoas, e firme em deveres dos governantes, como a nossa de

1988, exige do Juiz um grande equilíbrio para julgar, de forma que componha a lide como um todo, no coletivo, e não na individualidade, coisa do passado, e que seja um coadjuvante na estruturação da oferta desses Direitos, quando o responsável primário, o Estado, não o fizer voluntariamente.

O Constituinte e o legislador nos concederam a confiança do povo para que nenhuma lesão ou ameaça a direito sejam subtraídas do Poder Judiciário.

Somos Poder da República, construído sobre pilares fortes de um Estado Democrático que assegura os direitos coletivos e individuais, a liberdade física e de expressão, a segurança, o bem-estar, a igualdade e a Justiça como valores de uma sociedade fraterna, pluralista, sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias. **Fraterna**, repito.

Quanto mais o Judiciário – nós Juízes, Desembargadores e Ministros – aplicarmos uniformemente a legislação, especialmente a processual, mais segurança jurídica haverá. O julgamento final de qualquer questão será produzido a partir da filtragem da Lei, do Direito. Humanos, nossos valores interpretativos são diferentes, mas o posicionamento final há de ser para um único e nacional Judiciário. Assim, a legislação processual é o equilíbrio de todas as partes perante o Juiz, e deve ser cumprida sempre.

Deontologia e filosofia mencionados, permitam-me contar três casos, em complemento.

Primeiro: **a filha lutadora.**

Assumi uma das Varas Cíveis de uma das maiores Comarcas de Minas Gerais, em dezembro de 1992. No primeiro dia, fui abordado no estacionamento por uma pessoa muito simples: “Você é o novo juiz?” Respondi que sim. Ela disse: decida meu processo. O PM Jorge veio e a “colocou” em seu lugar. E disse-me: todo Juiz que aqui chega, ela diz que o pai era autor em um processo de ação de reintegração de posse, com muita terra urbana. Que é rica! Não

há processo dela aqui. Eu disse à mulher: “Volte em outro estado e conversaremos.” Dias após, o PM conduziu até mim uma pessoa diferente. Convoquei minha escritã, Dalva, e a resposta depois de muita procura: não há processo em nome do pai dela na Comarca, ou de qualquer outra pessoa de sua família. Dei-lhe a notícia e ela afirmou: “Juiz, eu era criança e vim com meu pai em audiência várias vezes.” Lamentei e seguimos a vida.

Porém, a mudança de comportamento daquela mulher não me saía da mente: uma pessoa literalmente na sarjeta da vida e que se apresentou tão corretamente pouco depois, haveria de ter tido uma boa formação. Alguns meses depois, folheava um processo no qual o Juiz Newton Miranda, que inaugurou a Justiça Federal naquela cidade e Comarca havia despachado. Ele tinha sido Juiz estadual, e era um grande amigo de meu pai, José Vilella, tomava café no “rabo do fogão” em minha casa, ao lado do antigo Fórum de Ibiá. Por isso, a curiosidade: a primeira capa, era da minha 3.^a Vara Cível; a segunda, de outra Vara da mesma Comarca. A terceira capa, bem antiga, da Comarca contígua. Descobri que até a data de instalação a Comarca pertencera à vizinha. Veio-me à mente o caso da mulher. Dias depois, o processo era distribuído aleatoriamente à minha Vara, instruído com perícia e testemunhas, e o pedido acolhido quase trinta anos depois. Na execução, fizemos, talvez, a primeira grande conciliação: naqueles anos todos, a parte ré havia vendido partes, então já edificadas. Sugerir, e a parte acatou, a negociação de um valor bem baixo, dada a boa-fé dos adquirentes.

Muitos anos depois, em um *shopping* de BH, uma senhora muito bem apresentada veio até mim e à Gisela, deu-me um abraço e disse aos netos: “Este é o Juiz que me ouviu e nos retirou da sarjeta.”

Segundo: o estupro.

Numa pequena Comarca, onde cooperava, durante um júri, em 1991, o Delegado requereu uma preventiva (já com o “preso” preso e ainda com resquício de álcool, mas que olhava-me com olhos de contestação à circunstância. Obs.: sempre interroguei ou ouvi testemunhas olhando nos olhos). A acusação: estupro a filha de cinco

anos de idade! E a prova material é incontestável: atestado médico de rompimento do hímen, sangue abundante nas vestes íntimas, a narrativa da infante, com coerência para a idade, confirmando. Concedi, claro! Porém, minutos depois, não sei “o porquê”, editei – significa dizer: o escrivão datilografou – o despacho e determinei que o homem ficasse isolado. Quando o interroguei, o denunciado olhou-me nos olhos, firmemente, narrou várias condutas erradas, e até graves, e disse que no dia só se lembrava de estar muito bêbado. Porém, sabia não ter coragem de “fazer” aquilo com a filha, de quem gostava muito. Mostrei-lhe as provas. Tive dúvidas. Aliás, como é bom ter dúvidas e receios, pois nos alertamos. Para desincumbimento de consciência, solicitei um novo exame, via IML de BH. Dias depois, o laudo esclarecia que o sangue não era de humano, provavelmente de galináceo; o hímen havia sido rompido por um objeto perfurante, assemelhado a caneta. Determinei a soltura do “condenado” socialmente, e novo inquérito descobriu a trama familiar materna para imputar ao genro, o acusado, fato grave.

Em ambos os casos, perdi um pouco de precioso tempo para ouvir pessoas que, a princípio, não teriam nenhuma credibilidade. E a Justiça agradeceu. Era outro tempo, outro universo. Vocês já compreenderam a parte da lição: a Juíza e o Juiz precisam ouvir e sentir o processo!

Vocês, eu, cada um de nós que está nesta sala, temos nossa história de vida que nos acompanhará na Magistratura formando nossa base nessa função de distribuir Justiça. Cada qual terá seus motivos determinantes para suas condutas. Eu tive os meus.

Contarei o terceiro caso, fechando o raciocínio: ERRO Judiciário.

Meu avô e filhos foram acusados, condenados e cumpriram pena sob a acusação de assassinato de um parente próximo. Realmente, havia a briga, houve tiroteios, em 1929. Sempre negaram, enquanto puderam. Os menores, encaminhados ao reformatório Alfredo Pinto, aqui em BH; os maiores, cumpriram pena na cadeia local. Meu pai,

com quinze anos, para não ir ao reformatório, passou a conduzir gado ao Estado de Goiás. A família jamais desistiu de provar sua inocência.

Vinte anos depois, um doente grave deu entrada na Santa Casa e o médico o diagnosticou com câncer de intestino, no último estágio. O homem pediu para chamar Padre, Promotor, Delegado e outras pessoas e confessou: “quem matou fui eu, e não os Vilellas”. Disse onde enterrara as armas do crime. Veio a revisão criminal, acolhida, porque as armas foram achadas no local indicado pelo verdadeiro assassino, e o exame de balística confirmou dela ter saído o chumbo que ceifou a vida da vítima. O Ministro Nelson Hungria manteve a revisão, mas negou a indenização nos autos revisionais porque, na forma do art. 604 do CPP, a condenação fora com base em confissão dos filhos perante o Delegado, que a tudo reduziu a termo, na presença de testemunhas. Na segurança do Juízo, o reposicionamento foi tido como articulação da defesa. Distribuída em 1951, a ação de indenização *ex delicto*, na seara cível, ao Juiz Edésio Fernandes, que determinou a citação do Estado de MG e dos demais envolvidos, inclusive os que arremataram os bens imóveis e móveis.

Nessa época, meu pai era uma espécie de sócio industrial em uma Charqueada em Ibiá – carne salgada – e todos os recursos financeiros custeavam os melhores advogados: Washigton de Barros, dentre outros, do processo de indenização. Um lamentável acidente matou o sócio proprietário em sua aeronave particular. Descobriram-se dívidas enormes, a Fazenda Estadual requereu, e o juiz, *incontinenti*, decretou falência, arrecadação, paralisação de toda e qualquer atividade daquele empreendimento que gerava mais de 150 empregos diretos em uma cidade de 10.000 habitantes. **A Lei foi aplicada; a justiça, talvez não!** Fosse hoje, a recuperação seria a medida que o Juiz adotaria. Falido, meu pai, com mais de cinquenta anos, um velho, naquela época, tornou-se carcereiro, e assim terminou sua vida, com muita dignidade e a amizade de inúmeros Juizes que passaram por Ibiá, um deles o Desembargador Fabiano Rubinger.

Nesse período, trabalhando no prédio do Fórum, comprou, com as poucas reservas, um terreno, quando nasci, e disse que ali faria o escritório, seria Advogado e resolveria aquele caso. Realmente, fiz Direito e já no terceiro ano estudava aquele processo, ainda paralisado na 1.^a Vara de Fazenda Pública da Capital, depois de 34 anos, sem a completa citação.

De meu pai sempre ouvi: **um dia um Juiz terá tempo de ler o nosso processo e nos restituirá o patrimônio perdido**. Mesmo com essas duas tragédias jurídicas em sua vida, de meu pai jamais ouvi lamúrias contra a Justiça, e, sim, a certeza de que a Justiça seria feita.

Em 1993, a Sentença de improcedência sob o argumento de que o STF havia dito que não se indeniza o erro Judiciário derivado de confissão dos acusados. Realmente, confissão houve! De três jovens entre quinze e dezessete anos que, depois de ouvir os gritos de um agregado, José Rita, que passava por dores nos genitais, afirmava que testemunhara o assassinato.

Gisela e eu, então namorados e Advogados em Ibiá, descobrimos uma certidão do Cartório da Delegacia de Polícia, na qual o escrivão, ao fim, por “desencargo de consciência e fé do grau”, anotou que: “*os menores foram ouvidos sem curador nomeado*, ante a ausência do pai, José Alves Vilella, já preso a ferros, e a mãe, D. Alzira, no hospital, atirada.”.

Três Desembargadores deste Tribunal tiveram tempo, sentiram o processo e ouviram, pela leitura, os reclamos nossos, e reformaram a Sentença, determinando a indenização, que veio depois da morte de todos os injustiçados. A Desembargadora Áurea Brasil foi quem expediu os precatórios, quitados por acordo ou pela ordem, o último em 2023.

A família viveu 90 anos em injustiça, acreditando, sempre e piamente, na Justiça! E foi assim que aprendi, desde a infância, a ter fé nos Juízes e na Justiça; foi por isso que pude **sentir** o olhar do pai acusado do estupro que não cometeu; pude ouvir o clamor da mulher desacreditada que buscou sempre a Justiça, em nome do pai.

Minha Magistratura foi arrimada na esperança de meu pai, José Vilella. E foi assim que a Magistratura convocou-me, pela prática e experiência próprias. **Vocês, a cada dia, a cada processo, sentirão o motivo pelo qual a Magistratura o escolheu.**

Quando indicado pelo Presidente da República ao cargo de Ministro do STJ, no Senado Federal, onde fui respeitosamente tratado, por bancadas e coligações, em uma delas ouvi: “O senhor é progressista, e por isso, de esquerda, porque autorizou, em 2009 a transexualização, de um homem em mulher, e alterou o registro civil, quando não havia Lei. O Senhor é um ativista judicial?”.

De outro grupo ouvi, todos muito respeitosos: “O Senhor é de direita, conservador, porque não admite que a separação judicial não mais existe como requisito para o divórcio, tanto que foi retirada da Constituição.”.

Ambas as afirmações corretas! Ambas, expliquei: não sou progressista, nem conservador. Não sou de direita ou de esquerda. Sou Juiz que aplica a Lei, criada nesta Casa bicameral. E a Constituição me obriga a julgar, ainda que haja lacuna na Lei ou ausência dela, especialmente quando houver lesão ou ameaça a um direito. No caso da transexualização, a pessoa requerente passara por todos os testes biológicos exigidos pelo Ministério da Saúde, com aprovação; já havia tentado contra a vida, por diversas vezes, porque não conseguia a cirurgia.

No caso da separação, expliquei que a figura apenas foi retirada do mundo constitucional por impropriedade de geografia jurídica, porque não era para lá estar, tanto que continuava sedimentada no Código Civil, lei apropriada para gerir os atos entre os cidadãos.

O Professor João Batista Vilela, da UFMG, de saudosa memória, explicava aos seus alunos que o Código Civil é uma legislação com mais flexibilidade, que permite ao legislador ordinário mais amplitude que a Constituição Federal, a exigir procedimento mais alongado. E assim o legislador poderia melhor gerenciar a matéria na infraconstitucionalidade, alterando, modificando e até extirpando o texto do mundo jurídico. Parece-me que o CC em modificação trata da matéria.

Fato é que o Juiz não tem ideologia, nem lado.

Em minha sabatina, na Comissão de Constituição e Justiça, fui perguntado se defendia o aborto, e respondi que sempre defendi a vida, mas aplicava a Lei que emergiu daquele Congresso que impunha exceções à regra.

Os casos mencionados servem à compreensão de que nossa missão é transformadora, de pessoas, de Administração Pública, secundariamente, quando os legitimados não o fazem, e da sociedade.

Como teremos tempo para ouvir, como ouvir?

O universo processual gira em torno de noventa milhões. E tende a crescer. Em função da quantidade que julgamos, a justificativa é a confiança que a sociedade tem no Juiz e na Juíza. O Judiciário foi legitimado a julgar amplamente pela Carta de 1988. Também vieram um novo MP, autônomo; e a nova DP, todos respaldados nesse novo ambiente constitucional. O motivo dessa mudança está na falência dos princípios da Carta anterior. Na ausência de concretude do anterior CPC, de lógica individualista, de limitação a um único caso e apenas dentro do pedido do autor, sem alcançar as situações que juridicamente exigem, dada a complexidade, solução geral para todos os envolvidos, por meio de uma decisão justa, mas e mais, equânime, isonômica e segura.

Ao contrário do Código de 1973, a sociedade escolheu que deve haver valorização das decisões que abranjam os grupos e a coletividade, para que todos os direitos sejam analisados conjuntamente por um juiz competente.

Isso é mais válido, nessa quadra evolutiva, quando se sabe que as decisões individuais não apresentaram, e agora ainda mais não apresentarão, resposta para a amplitude dos direitos na nova forma que se apresenta, em massa, aos milhares, virtualizados, e muito diferentes.

Há ferramentas processuais.

No 1.º Grau, o Juiz poderá aplicar o art. 55 do atual CPC, reunindo os processos com pedidos iguais ou mesma causa de

pedir, julgando-os conjuntamente, para a segurança jurídica. Evidentemente, se o processo anterior já foi julgado, não haverá julgamento conjunto. Porém, ainda assim, o Código quer garantia de que o Juiz prevento irá analisar os próximos, quando afirma em seu § 3.º, art. 55, que, ainda que a conexão tenha findado, o risco de decisões conflitantes será evitado com a reunião desses que já não tenham mais a conexão.

Nos Tribunais, o CPC concedeu IRDR, IAC; no STJ, RR; no STF, a repercussão geral. Todos de cumprimento obrigatório, o que propiciará celeridade, menos dispêndio com mão de obra, confecção de minutas individuais e, principalmente, tempo para que o Juiz e a equipe cuidem dos casos diferentes, ainda não tematizados.

A sociedade quer um Juiz gestor da unidade, e não mais um Juiz Presidente de um processo, com arguta visão para identificar esse replicar de interesses individuais que formarão o interesse coletivo, sinta o processo como portador de uma CAUSA estruturante para a sociedade, e não individualizada. E colabore, inclusive, na estruturação de serviço administrativo.

Como exemplo, tive um Recurso no qual se alegava falta de estrutura para fornecimento e entrega de medicamentos em uma pequena cidade. A partir de uma ação individual, jungida a outra, adveio uma audiência na qual o Município implementou a forma de cumprimento desse preceito. Dezenas de ações foram extintas, e o principal, a sociedade passou a contar com uma nova estrutura. Isso, claro e evidente, de forma secundária, quando os primeiros obrigados, Legislativo e Judiciário, omitirem nessa medida, ou de legislar ou de cumprir a lei, respectivamente.

É importante recordar que este Tribunal sempre esteve na vanguarda em evolução tecnológica. Em 2002, já utilizava editor de textos para replicar decisões idênticas. Logo depois, chegando a este Tribunal, fomos os primeiros a digitalizar recursos para os Tribunais Superiores; o primeiro a alocar em seu Regimento a prevenção conexão por força do pedido e da causa de pedir, em 2012, retratado no CPC de 2015. Depois vieram sistemas ainda mais importantes.

O CPC, se não é um primor, nos concedeu poderes importantes, delegando-nos a GESTÃO da UNIDADE para que possamos GERIR a CAUSA e não CASO A CASO, até o ponto principal, que é a delegação a quem tem aptidão, internamente ou aos advogados da causa, como veremos, em ambiente de trabalho conectado, para comunicação de dados, mas e também solidário entre os operadores do Direito, para alcance da Sentença correta e a verdade real. Em rede, de dados ou humana, não deve existir o EU, e sim o NÓS. A partir disso:

A. VALORIZEM O PROCEDIMENTO ESTRUTURANTE

A.1 Nas ações repetidas contra o Poder Público – em regra, muitas – sendo muitos os casos da causa, convoquem audiência pública, ouvindo os interessados e os especialistas, propondo política que ajude a estruturar o procedimento para atender reclamos, como, por exemplo, defeito na execução de direitos sociais e fundamentais. Funcionem como agentes entre a causa de pedir, o pedido e a estruturação administrativa para o futuro, evitando ajuizamentos individuais. Recentemente, nossa 1.^a Seção a usou, sob a relatoria do Ministro Paulo Sérgio Domingues, no Tema 414, que definiu regras para cobrança de água em condomínios com hidrômetro único.

A.2 **VALORIZEM A PREVENÇÃO E A CONEXÃO** para julgamento conjunto de mesmos pedidos ou mesma causa de pedir. Isso acelera a prestação jurisdicional e a envolve de segurança, porque a decisão será uniforme para todos, e pelo Juiz prevento, conforme art. 55 do CPC, ainda que a conexão tenha findado, ou seja, um processo já tenha sido julgado. Além disso, é célere.

B. APLIQUEM OS PRECEDENTES DE CUMPRIMENTO OBRIGATÓRIO, RESSALVADOS A DISTINÇÃO E A SUPERAÇÃO

B.1 Tenham um servidor que faça, desde a distribuição da petição inicial, o acompanhamento do processo para identificar se há tema de IRDR, IAC, SÚMULAS, deste seu Tribunal, dos Recursos Repetitivos e Súmulas do STJ e Repercussão Geral do STF. Aplique-os na forma da Lei, lembrando que o Judiciário é UNO, nacional, e que cada um de nós é um elo na corrente que dá segurança jurídica à sociedade, o que resulta em coesão.

B.2 **Valorizem FERRAMENTAS** inovadoras inseridas NO CPC/2015 para replicação de decisões padrões.

C. USEM O ART. 357, § 3º, DO CPC, naquelas ações complexas, e ao sanear o processo, que é feito ao longo do trâmite. Repassem às partes o ônus de indicar, pormenorizadamente, as provas, e como realizá-las, inclusive custeio, e que delimitem, por capítulos, os pedidos. Isso facilitará para que a decisão seja completa, e que o feito não retorne a Vocês para complemento, e ajudará os Tribunais Superiores.

C.1 **Deem autonomia às partes capazes** (art. 190) para que façam negócio jurídico atípico e modulem o procedimento às necessidades da ação, pedido e defesa, abrangendo prazos, forma de entrega de documentos essenciais de interesses recíprocos e até a negociação na execução (cumprimento).

C.2 **APLIQUEM O ART. 191, DO CPC**, autorizando as partes a elaborarem o calendário de atos do processo, a dispensar intimações, muito importante no processo coletivo, no qual se exige muitos e variados estudos para a estrutura a ser montada.

A fase exige mudança de atitudes! De atitudes técnicas e pessoais na aplicação do novo CPC.

A tecnologia da informação, o marco civil da internet a bater às portas do Judiciário, a regulação da IA pelo Congresso, e o novo Código Civil, em cuja comissão dois grandes juristas mineiros, os Desembargadores Moacyr Lobato e Marcelo Milagres participam, trarão, por exemplo, demandas abrangendo pessoas no ambiente digital; situações jurídicas e segurança no ambiente digital; patrimônio digital para herança digital; inteligência artificial nos contratos em geral; assinatura e atas eletrônicas, virtualmente encaminhados aos milhares e milhões; capacidade civil e vínculo com dados pessoais digitais.

Novos temas estão chegando, e gerarão milhares de ações diferentes:

- a) teremos falsificação digital, como notícias, montagem de fotografias, voz;
- b) os contratos virtuais, reproduzidos num clique aos milhares/milhões, e enviados em dissenso;
- c) reconhecimento da personalidade internacional – para exercícios de direitos civis aqui no Brasil;
- d) direitos de personalidade aos animais não humanos, serão questionados.

Essas são pequenas reflexões que lhes deixo, porque são Juízes deste tempo de tanta velocidade na informação e de tantos processos a assoberbarem seu cotidiano, desejando-lhes convencer que é constitucional a missão. Porém, ela vai além, é humano julgar outrem, e para tanto devem exercer a fraternidade, como ato de se colocar no lugar do outro, no caso, da parte, autor ou réu, que querem ser sentidos, ouvidos e que acreditam na Justiça. E esta, como fator de mudança da sociedade, resultado da mudança das pessoas. Por isso, por primeiro, a conciliação é sempre importante porque reconstrói relações.

Esses são preceitos para um ambiente de solidariedade.

Como disse, no início, a Constituição afirma que nossa sociedade deve ser fraterna. No caso de um Juiz, que deve ter isenção, Fraternidade equivale à compreensão sobre o que aflige o outro. Então, ela está nas atitudes de fazer o bem, com utilização dos diversos programas que o Judiciário tem nas Comarcas. De aplicar o CPC, instrumental e tecnológico, para a celeridade e o Direito material geral para acolher ou não o pedido; manter preso ou soltar o acusado. Penso que a conduta fraterna mais humaniza quem a faz, e não quem a recebe.

Ainda quando condenatória, sua atitude há de *ser compreensível com quem errou e não ultrapassar o razoável; que suas Sentenças tenham a dimensão do fato julgado e sejam a expressão da Justiça, e assim estarão com a consciência daquele bom julgador.*

A união da Magistratura em torno do princípio da unicidade do Judiciário, a solidariedade para atos de processo, a partir das conciliações efetivas, inclusive com pessoalidade do Juiz, e o cumprimento dos temas derivados de precedentes, a comunhão de atitudes e metas da equipe em torno do Juiz, este como Gestor da Unidade, para aplicação das tecnologias que repliquem entendimentos consolidados, tudo revestido pela vontade de fazer a diferença para a sociedade, são alguns meios que entendo plausíveis para que a “Magistratura alcance a Justiça nesses novos tempos”, nos quais a integração da solidariedade e da fraternidade ao Direito fará uma sociedade justa e humanizada, ainda que nessa fase da inteligência artificial e da robotização, que jamais substituirão a cognição essencial para alcançar o sentido da lei, extrair a norma para fins aplicar o Direito para seu justo fim.

Será a missão de cada um de Vocês; continuará a ser a nossa!

Por todo o tempo, agradeçamos por perfilar um Judiciário respeitado. **Não reclamemos pelo que nos faltar**, em algum momento, e sim **agradeçamos pelas conquistas, peçamos força**

para alcançar o sonho de todos, que é a plenitude social em um Estado Democrático de Direito no qual as pessoas tenham equilibrado convívio.

Muito obrigado, uma vez mais, ao Presidente, aos Desembargadores amigos, a todos Vocês, Juízas e Juízes, aos Servidores desta Casa, aos familiares e a todos os demais presentes.

Sejam felizes!

Recebido em: 2-8-2024

Aprovado em: 28-11-2024

A SOCIOLOGIA DO DIREITO NAS LIÇÕES DE RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES¹

Waldir de Pinho Veloso²

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Sociologia Jurídica ou Sociologia do Direito. 3. Antropologia do Direito ou Antropologia Jurídica.

1 INTRODUÇÃO

A presente resenha aborda o conteúdo do livro “Sociologia e Antropologia do Direito”, de autoria do Professor Doutor Ricardo Maurício Freire Soares.

O autor é Professor, com título de Doutor, dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Federal da Bahia. Tem três Pós-Doutorados em Direito. Um, pela Università degli Studi di Roma La Sapienza; outro, pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Igualmente, é Pós-Doutor e Doutor em Direito pela Università del Salento/Universidade de

¹ **Como citar este artigo científico.** VELOSO, Waldir de Pinho. A Sociologia do Direito nas lições de Ricardo Maurício Freire Soares. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 267-277, set.-dez. 2024.

² Mestre em Linguística. Pós-graduado em Direito. Bacharel em Direito. Professor Universitário. Escritor de livros jurídicos, educacionais e literários. *E-mail:* waldirdepinhoveloso@gmail.com

São Paulo. Um outro seu Doutorado e um Mestrado em Direito são pela Universidade Federal da Bahia. Além de ser Professor na já anunciada Universidade Federal da Bahia, leciona na Faculdade Baiana de Direito e na Faculdade Ruy Barbosa. É membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia, e assumirá a Presidência da entidade em março de 2025. É membro do Instituto Geográfico e Histórico da Bahia. Autor de diversas obras jurídicas na área do Direito.

O livro objeto da presente resenha é da Editora Saraiva (São Paulo) e está em sua segunda edição (2022). Há uma terceira tiragem de 2023. Trata-se de um Manual, apropriado para estudos em Cursos de Graduação e de Pós-Graduação (*stricto sensu* e *lato sensu*) e tem 460 páginas.

Está composto de duas partes, quase distintas. Na primeira, o tema central é a Sociologia do Direito. A segunda parte se encarrega de especificar a Antropologia do Direito.

Desta forma, é livro próprio para a “bibliografia básica” tanto da Sociologia Jurídica quanto da Antropologia Jurídica, ambas disciplinas presentes na estrutura curricular dos Cursos de Direito.

2 SOCIOLOGIA JURÍDICA OU SOCIOLOGIA DO DIREITO

O estudante de Direito pode se apresentar sob três tipos de roupagem.

Há os que constroem o Curso como quem finca quatro pedaços de madeira no chão e improvisam uma cobertura de folhas ou capim. É como uma cabana, para não tomar o sereno durante uma noite. Cabana a ser abandonada no(s) dia(s) seguinte(s). É o aluno que se inscreveu no Curso e diz, como se soubesse das coisas, que não há necessidade de estudar algumas disciplinas sob argumento como “a lei vai mudar” (quem opta por estudar Direito deve ter a consciência primaz de que as leis são voláteis, mutáveis e substituíveis e, destarte, o estudo importante é do que se acha em vigor) ou “essa matéria não é propriamente de Direito”.

Há outros estudantes que, comparativamente, constroem uma casa bem alicerçada, cuja fundação é própria para uma só unidade, um só andar. São os alunos que estudam todas as disciplinas lecionadas com a intenção de obter boas notas. Ou notas suficientes para a aprovação.

Uns terceiros – cerca de cinco por cento do total do alunado – querem edificar uma construção sólida, com uma base profunda, com concreto de boa qualidade e ferragem bem calculada. São típicos estudantes que fincam o conhecimento tão profundamente que permitem a edificação de várias camadas, rumo ao alto. A base que têm suporta o acréscimo de conhecimentos, tal como há acréscimos de andares em um edifício. São os estudantes que vão além das luzes ofertadas em sala de aula. São os que têm consciência de que o que buscam é um Curso que lhes qualifique para o sucesso, para o saber completo, como o saber de interpretar as inovações e poder se adaptar às profissões cujas oportunidades de acesso são proporcionadas (exclusivamente para quem se graduou em Direito) ou impulsionadas (concursos que têm disciplinas de Direito, nos quais os estudantes de Direito têm maior facilidade, por familiaridade com as questões que serão propostas) pelo estudo do Direito.

Uma das disciplinas que dão base, suporte, alicerce para o que o Direito seja entendido durante o Curso (e, principalmente, para o graduado saber se adaptar ao mundo pós-escola) é a Sociologia Jurídica ou Sociologia do Direito. Não cabe, entre os bons alunos, o argumento de que a Sociologia do Direito é matéria alheia ao Curso. Normalmente, a Sociologia do Direito é ofertada nos períodos iniciais, para servir exatamente de conhecimento básico que permite o conhecimento mais aprofundado do Direito em si.

Um livro bastante didático no segmento da Sociologia do Direito é “Sociologia e Antropologia do Direito”, de autoria do Professor Doutor Ricardo Maurício Freire Soares. A segunda parte do livro trata da Antropologia do Direito. Esta, definida pelo autor como sendo “Ciência que se debruça sobre o ser humano e a humanidade de maneira totalizante, abrangendo todas as suas dimensões materiais e imateriais, ao longo dos variados transcurros históricos dos diversos grupos sociais, em suas variegadas manifestações culturais.”

Nem todo Curso de Direito tem a disciplina “Antropologia do Direito” em sua estrutura curricular. Em relação à “Sociologia do Direito”, pode-se dizer de cem por cento de presença.

O autor Ricardo Maurício Freire Soares, destaque dos Cursos de graduação e de Doutorado em Direito da Universidade Federal da Bahia, trata dos temas de forma distribuída em duas etapas. Na primeira parte do livro, o estudo – didaticamente organizado – é acerca da Sociologia do Direito. São nove capítulos. Neste segmento, o autor começa com o que denomina “Contornos Epistemológicos da Sociologia do Direito”, capítulo em que aparecem as distinções entre Sociologia (Pura ou Geral) e Sociologia do Direito, além de esta última ser conceituada. Mostra o autor, por exemplo, que

A Sociologia do Direito ou Sociologia Jurídica é um ramo da Sociologia Geral que procura estudar as relações existentes entre a sociedade e o ordenamento jurídico. Nesse sentido, busca examinar de que modo os fatores econômicos, políticos e ideológicos interferem na criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas, bem como na atuação das instituições que se ocupam do direito. Do mesmo modo, estuda a influência que as normas e instituições jurídicas exercem sobre o conjunto da sociedade. Nessa última dimensão, torna-se possível visualizar a efetividade e legitimidade como temas de interesse sociológico (SOARES, 2023, p. 26).

Um destaque no primeiro capítulo é a explicação didática do autor sobre legitimidade das normas, e os campos da validade, da existência, da vigência, do vigor – com surpreendente distinção técnica entre vigência e vigor – e incidência. Explicações que, em termos de clareza e segurança nas exposições, somente se comparam com as de Zeno Veloso, no livro “Invalidade do negócio jurídico”, sendo que este último autor se circunscreve às questões referentes aos negócios jurídicos, especialmente quanto à existência, à validade e à eficácia (obviamente, há outras visões, mas os termos da comparação das duas obras está neste círculo que nelas habita).

Os temas seguintes estudam a Filosofia e a Sociologia em seus primeiros caminhos, a divisão ou especialização da Sociologia

Geral (ou Pura) para o nascimento da Sociologia do Direito, a evolução desse segmento a ponto de ter literatura própria e ensino individualizado (o que caracteriza um tema como uma nova disciplina ou ramo do Direito) e outros. Um destaque vai para as lições do autor Ricardo Maurício Freire Soares em relação às leis que existem na atualidade – muitas delas, fincadas em Constituições – que têm o desenvolvimento humano como centro, caracterizando, assim, serem normas jurídicas de cunho sociológico. Também o estudo (capítulo cinco) do controle social e a atuação do Direito para dar os contornos legais e não permitir que o controle ultrapasse para o totalitarismo.

O referido capítulo cinco merece ser lido muitas vezes. Tem por título “Normatividade Ética, Sociedade e o Direito”. É ali que estão explicações das regras da sociedade, começando pelas normas técnicas [“As normas técnicas buscam disciplinar o comportamento humano de modo axiologicamente neutro, priorizando a realização de certos fins em detrimento dos meios empregados pelo agente social, tendo em vista a otimização dos resultados (v.g., normas da ABNT) para o enquadramento formal dos trabalhos científicos.”, p. 149], as normas de etiqueta (“[...] pautas comportamentais que disciplinam certos hábitos de polidez ou decoro no tratamento com as pessoas ou com as coisas, regulando aspectos éticos de menor relevância para a vida social, visto que a sociedade sobrevive sem essas normas de trato social.”, página 149), as normas morais (“cânones de comportamento que disciplinam aspectos éticos mais relevantes para o convívio grupal.”, p. 150) e as normas jurídicas (as leis, em seus diversos sentidos).

Muito além de definir o que são normas, o capítulo cuida de mostrar as diferentes sanções que as normas impõem, bem como quais são os atores escalados para a sua aplicação. Enquanto o descumprimento de uma norma de etiqueta pode apenas receber um sorriso, uma gozação ou uma orientação, uma norma jurídica pode ser motivo de imposição de correspondentes indenização, reparação, prisão e obrigações como de fazer ou de não fazer. As distinções de sanções também têm pessoas próprias para a sua aplicação. Enquanto uma sanção moral pode ser aplicada com feições religiosas pelas autoridades do meio, um ato “feio” pode receber uma crítica de

qualquer pessoa, enquanto uma lei penal somente é aplicada pelo Juiz competente. Tanto a sanção moral quanto a sanção social são classificadas como difusas. As sanções jurídicas são da competência das autoridades constituídas (administrativas; em alguns casos, do empregador; ou o Poder Judiciário).

Assim é que o autor explica:

Saliente-se que só a sanção jurídica é exigível, o que significa poder atualizar-se por meio da via judicial. O dever moral não pode ser, portanto, exigido compulsoriamente por outro agente social. Logo, não se pode obrigar alguém, por exemplo, a conceder esmolas, para seguir um preceito de moralidade cristã.

[...].

As normas jurídicas são, geralmente, mais coercitivas do que as normas morais, atuando no psiquismo do potencial infrator de modo mais contundente, já que o temor da aplicação de uma sanção jurídica é maior que a aflição gerada pela possibilidade de materialização de uma sanção moral. Na maioria das vezes, é preferível praticar um pecado (imoralidade religiosa) a realizar uma ilicitude, que pode acarretar um maior constrangimento ao indivíduo, seja de natureza patrimonial (indenização por perdas e danos), seja de natureza pessoal (privação de liberdade) (SOARES, 2023, p. 154).

A visão deve ser ampliada. Uma sanção jurídica pode ser exigida até mesmo por quem ocupa posição hierarquicamente inferior, como os direitos trabalhistas exigíveis pelo empregado.

Muitas das – ou de forma ligeiramente ampliada, todas as – normas jurídicas de cunho sociológico têm por espírito a proteção de um lado para que haja equilíbrio em relação às forças “naturais” atribuídas ao outro lado. Assim é que o administrado tem que ter proteção de lei frente à fortaleza da Administração Pública; o empregado tem que ter a lei para lhe fortalecer e trazer equiparação frente ao poder econômico da empresa; os consumidores devem receber proteção para lhes robustecer no enfrentamento com as grandes corporações; e, até mesmo, os contratos – especialmente os bilaterais, excetuando bastante os termos dos contratos de adesão –

trazem condições que equilibram as partes com diferentes poderes econômicos, sociais e culturais.

O capítulo sobre “O Processo de Estratificação Social e o Direito” mostra as camadas que constituem a sociedade. Lembra que a sociedade feudal não permitia a evolução transgeracional (a mudança positiva de posição de uma geração em relação à geração anterior), significando que todos os descendentes de escravos seriam escravos; todos os descendentes de fazendeiros seriam fazendeiros e, obviamente, os reis geravam outros componentes da classe dos dominantes. Fato, por sinal, que era defendido por Aristóteles (lá pelo ano 350 antes de Cristo), que, morando no palácio do rei porque o seu pai era o educador dos habitantes do palácio real, entendia que os nobres poderiam continuar sendo nobres, mas não havia permissão social para que um administrado ou seus descendentes subissem na escala social e atingissem patamares mais evoluídos. Vem dessas épocas expressões populares hoje direcionadas a outras partes, como “pau que nasce torto, morre torto”.

Nas páginas 181 e 182, Ricardo Maurício Freire Soares leciona que

A classificação hierárquica das diferenças sociais em termos de uma ou mais dimensões de desigualdade social – como poder, prestígio ou riqueza –, é chamada de *estratificação social*.

O termo *estratificação* é usado na geologia para indicar a estrutura das rochas constituídas por diversas camadas e estratos, pelo que a Sociologia se vale do vocábulo para indicar que a sociedade é dividida em vários grupos sociais, constatando-se um fenômeno de superposição destes em diversos escalões hierárquicos.

Na sequência, ainda na página 182, o autor ensina que

[...] a *estratificação social* é um processo sociológico fundamental de hierarquização dos indivíduos numa dada comunidade humana, com a atribuição diferenciada de papéis, privilégios ou ônus sociais, seja por conta de critérios biológicos (exs.: sexo, idade, etnia), seja por força de critérios materiais (exs.: economia, cultura, religião).

Daí em diante, ensina que a Sociologia Jurídica (Sociologia do Direito) é que se encarrega de fundamentar as leis que definem as diferenciações em razão da hierarquização social, motivo de haver um Estatuto do Idoso e um Estatuto da Criança e do Adolescente, como exemplos, para trazer diferenciação (não exatamente “privilégios”) às pessoas em fase de formação biológica, cultural e de formação humana (a criança e o adolescente) e às pessoas credoras de tratamento especializado em razão ou das condições físicas ou porque já contribuíram muito para que a sociedade chegasse no ponto atual, que são os idosos.

A mesma Sociologia do Direito é a base da existência de leis que diferenciam ou determinam a inclusão de pessoas portadoras de necessidades especiais e outras como as que definem cotas nas universidades ou que tratam da igualdade racial, dos estrangeiros e das populações originárias.

Também são do campo da Sociologia do Direito as normas que buscam a igualdade regional, a igualdade social e a erradicação da pobreza e da marginalização – tópicos definidos, inclusive, como “objetivo fundamental da República Federativa do Brasil” (art. 3.º, inciso III, da Constituição Federal de 1988).

O capítulo se ocupa das definições, explicações e exemplificações do que vêm a ser as estratificações social biológica, etária, sexual e a social propriamente dita. Sempre, em palavras bem colocadas e reveladoras como a afirmação de que

As sociedades primitivas, que ainda não conheciam a escrita, eram gerentocráticas, no sentido de que privilegiavam os idosos em detrimento dos mais jovens. Essa valorização se dava principalmente pelo fato de que os anciãos figuravam como repositório dos costumes, visando à preservação e à continuidade das tradições da sociedade.

[...] as sociedades atuais, mormente no contexto do capitalismo ocidental, já revelam a prevalência dos mais jovens em detrimento dos mais velhos, visto que a juventude movimenta, com a sua força produtiva e capacidade consumista, as engrenagens econômicas do mercado capitalista (SOARES, 2023, p. 183).

Neste ponto, deve-se lembrar que a bíblia traz muitas histórias de valorização dos “anciãos”, como repositórios da sabedoria que não estava impressa em livros e, quando livros já existiam, não eram acessíveis a todos. Hoje, as regras se acham publicadas nos meios virtuais, e a tecnologia está bastante distribuída e à disposição de muitos (obviamente, os analfabetos funcionais se excluem – a si próprios – porque não se preocupam em estudar. Não são excluídos por outrem: eles se retiram do campo do conhecimento, com a autoexclusão).

Depois de mostrar que as castas não permitiam ascensão social (quem nascia em um nível, jamais poderia subir de patamar) e os estamentos permitiam, mas não proporcionavam condições para a evolução transgeracional, o autor mostra que a sociedade classista atualmente aplicada em praticamente todo o mundo

[...] possibilita, ao menos formalmente, a mobilidade horizontal e a mobilidade vertical (ascensão social). Ao empalmar uma quantidade significativa de recursos econômicos, o indivíduo estará apto a integrar uma classe social superior. Ex.: a sociedade brasileira atual, composta pela burguesia (grandes proprietários/empregadores), pela pequena burguesia (pequenos proprietários/empregadores), pela classe média (profissionais liberais e funcionários públicos) e pelos trabalhadores (não proprietários/empregados).

É a sociedade classista atual que permite que um filho de uma família pobre possa, por seus exclusivos méritos individuais, ou pela sua exclusiva força de trabalho (plano individual), ou pelo apoio do ensino público e gratuito ou pelas cotas nos concursos e processos seletivos (plano social), ascender e chegar a patamares bem distintos da realidade familiar até então. Figuram-se não mais como incomum, no Brasil, as notícias de indígenas que recebem título de doutorado, de pessoas em idade elevada que começam um ou mais um curso superior, de filhos de famílias paupérrimas que obtêm grau de ensino superior profissionalizante em ramos concorridíssimos como Medicina, Direito, Engenharia, Odontologia e outras profissões cujos estudos são posteriores a processos seletivos

concorridíssimos. E, obviamente, não se limitam à graduação, sendo motivo de noticiários constantes que pessoas de origem humilde, porém honrada, chegam a obter grau de doutorado, além de ingressar em universidades seculares e de prestígio internacional, com processos seletivos também com elevado número de concorrentes.

As regras – leis, regulamentos e até determinações constitucionais – que garantem condições para que haja ascensão social são de cunho sociológico.

Em relação ao processo de escrita do livro, é válido observar que cada um dos dezenove capítulos recebe, na parte final, uma sinopse, um resumo. Instituto que é amplamente válido – e didaticamente muito bem apropriado – especialmente em duas dimensões:

- ao término das lições, a sinopse funciona como uma revisão, um reavivamento das ideias, uma revisita ao tema. O mesmo assunto que foi tratado, por exemplo em dez páginas, é referido em uma página, para memorização, fixação, repetição rumo ao aprendizado;
- quando se trata de um estudante ou alguém que se prepara para um concurso (uma prova, um exame, uma entrevista, etc.), o resumo ao fim do capítulo é instrumento de estudo em poucos minutos de um tema que já foi estudado minuciosamente em dias anteriores. Traz à memória o que já foi objeto de estudos mais profundos exatamente no momento – por exemplo, já na sala, enquanto o exame não tem início – da aplicação ou exteriorização dos conhecimentos.

Esses são, inicialmente e apenas, alguns dos motivos pelos quais um bom estudante de Direito somente será um vencedor no segmento se estiver afiado com o conhecimento das disciplinas propedêuticas, aquelas que formam a base do estudo e abrem o entendimento para a própria interpretação do Direito.

Dentre tais disciplinas elementares e que dão suporte ao válido estudo do Curso de Direito, está a Sociologia do Direito.

E, como visto, o livro que ora recebe a presente resenha é um dos mais didáticos do segmento, merecendo ser estudado não somente uma vez e não somente durante a frequência aos bancos escolares, mas várias e seguidas vezes e em toda a atividade do profissional do Direito.

3 ANTROPOLOGIA DO DIREITO OU ANTROPOLOGIA JURÍDICA

Do capítulo dez ao capítulo dezenove, o Professor Doutor Ricardo Maurício Freire Soares traz em seu livro “Sociologia e Antropologia do Direito” as aulas sobre Antropologia do Direito.

Em razão da extrema importância de ambos os temas para o Direito, a parte da Antropologia merece uma outra resenha, em outra oportunidade, de autoria de pessoa mais capacitada.

Recebido em: 25-10-2024

Aprovado em: 8-12-2024

