

---

# INTERTEMAS: Revista da Toledo

---

Volume 19

2014

Presidente Prudente/SP

**ISSN 1516-8158**

# **CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE**

Reitor: Milton Pennacchi

Pró-Reitora Acadêmica: Zely Fernanda de Toledo Pennacchi Machado

Pró-Reitora Financeira: Maria do Carmo de Toledo Pennacchi

Pró-Reitora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral

## **REVISTA INTERTEMAS**

Linha editorial: Estado, Sociedade e Desenvolvimento

Temática: Relações Sociais Contemporâneas

Periodicidade anual

### **EDITORES**

José Artur Teixeira Gonçalves (TOLEDO PRUDENTE)

Sérgio Tibiriçá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)

### **COMISSÃO EDITORIAL**

Antonio Carlos Segatto (UEM)

Antonio Celso Baeta Minhoto (UMES)

Claudio Ribeiro Lopes (UFMS-Três Lagoas)

Cristiano Heineck Schmitt (UNIRITTER)

Dora García Fernández (Universidad Anáhuac México Norte)

Flavio Murilo Tartuce Silva (EPD)

Gelson Amaro de Souza (FUNDINOPI e TOLEDO PRUDENTE)

Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes (FAPI)

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (USP)

José Carlos Martines Belieiro Júnior (UFSM)

Marcos Jorge Catalan (UNISINOS)

Pablo Malheiros da Cunha Frota (ESA-DF)

William Santos Ferreira (PUC-SP)

Wladimir Brega Filho (FUNDINOPI)

### **COMISSÃO EXECUTIVA**

Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (TOLEDO PRUDENTE)

Yara Pires Gonçalves (TOLEDO PRUDENTE)

### **EQUIPE TÉCNICA**

Ana Carolina Itami Higashibara e Carla Roberta Destro (secretárias)

#### **Versão eletrônica**

ISSN 2176-848X

Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

#### **Indexadores e Diretórios**

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

#### **Permuta/Exchange/Échange**

Biblioteca “Visconde de São Leopoldo” – TOLEDO PRUDENTE

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

#### **Contato**

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: [nepe@toledoprudente.edu.br](mailto:nepe@toledoprudente.edu.br)

Intertemas: Revista da Toledo, v. 19 – 2014

Presidente Prudente: Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”. 2014. 21cm Revista do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente (SP)

1.Direito – Periódicos CDD – 340.5

ISSN 1516-8158

## SUMÁRIO/CONTENTS

<b>APRESENTAÇÃO/PRESENTATION.....</b>	<b>06</b>
<b>I - DOCTRINA ESTRANGEIRA/FOREIGN DOCTRINE</b>	
<b>A CARACTERIZAÇÃO DAS SANÇÕES APLICADAS NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA.....</b>	<b>09</b>
<i>A CHARACTERIZATION OF SANCTIONS IMPOSED ON COMPETITION LAW OF THE EUROPEAN UNION</i>	
<i>Dora Resende Alves - Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto</i>	
<i>Daniela Serra Castilhos - Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto</i>	
<b>O GARANTISMO CONSTITUCIONAL: CONSTITUIÇÃO PENAL.....</b>	<b>27</b>
<i>THE CONSTITUTIONAL GUARANTEEISM. CRIMINAL CONSTITUTION.</i>	
<i>Maria Manuela Magalhães Silva - Instituto Superior Bissaya Barreto (ISBB-Coimbra)</i>	
<i>Dora Resende Alves - Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto</i>	
<b>ÉTICA NO EXAME MÉDICO FORENSE.....</b>	<b>34</b>
<i>ETHICAL ISSUES IN FORENSIC MEDICAL EXAMINATION</i>	
<i>Bárbara Santa Rosa - Instituto Nacional de medicina Legal e ciências Forenses, Coimbra</i>	
<b>GARANTISMO LABORAL: O SALÁRIO. RAZÃO E ALCANCE DA PROTEÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA.....</b>	<b>42</b>
<i>LABOUR WARRANTIES: REASON AND SCOPE OF THE PROTECTION OF SALARY IN THE PORTUGUESE CONSTITUTION</i>	
<i>Sónia Preto - Instituto Superior Bissaya Barreto (ISBB-Coimbra)</i>	
<b>AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE REVISÃO DE SENTENÇA.....</b>	<b>59</b>
<i>CONSTITUTIONAL SAFEGUARDS IN CRIMINAL PROCEDURE AND THE EXTRAORDINARY APPEAL FOR THE REVIEW OF THE SENTENCE</i>	
<i>Victor Ribas Pereira - PG-Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC-Coimbra)</i>	
<b>GARANTISMO INTERCONSTITUCIONAL.....</b>	<b>74</b>
<i>INTERCONSTITUTIONAL GARANTISM</i>	
<i>Caíque Tomaz Leite da SILVA – PG- Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC-Coimbra)/TOLEDO PRUDENTE</i>	
<b>A NATUREZA PUNITIVA DA MEDIDA TUTELAR DE INTERNAMENTO EM PORTUGAL.....</b>	<b>85</b>
<i>THE PUNITIVE NATURE OF EDUCATIONAL TUTELAR MEASURE IN PORTUGAL</i>	
<i>Cristiane de Souza Reis - Instituto Superior Bissaya Barreto (ISBB-Coimbra)</i>	
<b>GARANTISMO, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONFLITOS E TENSÕES.....</b>	<b>92</b>
<i>GARANTISM, BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT AND THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. CONFLICTS AND TENSIONS</i>	
<i>Moacyr Miguel de Oliveira - PG-Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP)</i>	
<b>DA TRADIÇÃO PORTUGUESA DO DIREITO À VIDA: A CPLP E A INCLUSÃO DE UM ELEMENTO ESTRANHO.....</b>	<b>115</b>

*THE PORTUGUESE TRADITION OF THE RIGHT TO LIFE: THE CPLP AND THE INCLUSION OF AN ALIEN ELEMENT*

*Mariana Sampayo - Instituto Superior Bissaya Barreto (ISBB-Coimbra)*

## **II - DOCTRINA NACIONAL/NATIONAL DOCTRINE**

**O DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO: DESAFIOS PARA NOVOS CONCEITOS.....120**

*THE CONTEMPORARY FAMILY LAW: CHALLENGES FOR NEW CONCEPTS*  
*Cleber Affonso Angeluci - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS)-Três Lagoas/MS*

**A LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: CONSIDERAÇÕES AXIOLÓGICAS DE UM CASO.....135**

*RELIGIOUS FREEDOM AS FUNDAMENTAL RIGHT: AXIOLOGICAL CONSIDERATIONS OF A CASE*  
*Silvia Araújo Dettmer - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS)-Três Lagoas/MS*

**APRENDENDO SOCIOLOGIA JURÍDICA COM PROBLEMAS: UM RELATO NO CURSO DE DIREITO .....153**

*LEARNING LEGAL SOCIOLOGY: PROBLEM-BASED LEARNING IN A LAW SCHOOL*  
*José Artur Teixeira Gonçalves (TOLEDO PRUDENTE)*

**AS PRINCIPAIS EVOLUÇÕES NORMATIVAS ENTRE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939, 1973 E 2015.....164**

*THE MAIN LAW'S EVOLUTION AMONG 1939, 1973 AND 2015 CODES OF CIVIL PROCESS*  
*Beatriz de Lima STERZA (G-TOLEDO PRUDENTE) e Wilton Boigues Corbalan TEBAR (TOLEDO PRUDENTE)*

## **III - INICIAÇÃO CIENTÍFICA/UNDERGRADUATE RESEARCH**

**RESERVA LEGAL ABSOLUTA EM TRIBUTAÇÃO E O PODER CONSTITUINTE..182**

*DUE PROCESS OF LAW IN TAXATION AND CONSTITUENT POWER*  
*Guilherme Gonçalves ALCÂNTARA (G-TOLEDO PRUDENTE) e Renato Tinti HERBELLA (G-TOLEDO PRUDENTE)*

## NOTA AO LEITOR

É com grande satisfação que entregamos aos nossos leitores a edição n. 19 da revista INTERTEMAS. Nesse número, na seção Doutrina Estrangeira, publicamos nove artigos que originalmente foram apresentados na II Jornada Luso-Brasileira sobre Garantismo Constitucional Penal, realizada no Instituto Superior Bissaya Barreto (Coimbra, Portugal), em 31 de julho de 2014, em organização conjunta com o CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE, Centro Universitário Toledo (UNITOLEDO) e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS). Embora, os artigos tenham passado por revisão após o evento, é possível perceber certo acento de oralidade, natural em textos que foram escritos para serem lidos. Manteve-se a grafia original dos autores. A edição contempla ainda três artigos na seção Doutrina Nacional e um artigo de iniciação científica, premiado no ETIC (Encontro Toledo de Iniciação Científica).

A Comissão Editorial

## APRESENTAÇÃO

«*Nous ne faisons que nous entregloser*»...

§ 1. A passagem de Montaigne (*Essais, III, 13*) parece adequada à reflexão sobre nosso momento acadêmico. A crise da universidade é a crise da reflexão. A efemeridade e simplicidade com que exige-se a projeção dos saberes universitários afetados, também eles, pela velocidade das coisas do tempo contemporâneo, nos retiram aquilo que é mesmo da essência de tais saberes: o tempo longo. O tempo curto do ensinar e do publicar feriram de morte a pesquisa nas universidades. Algumas resistem com a pujança dos tempos áureos dos trabalhos de pesquisa intermináveis, alguns mesmo decenais, em que decantava na teia de saberes uma reflexão crítica experimentada antes de sua conclusão. O tempo era amigo da universidade. Sobre ele – tempo longo – as ciências sociais aplicadas se debruçava para a realização de trabalhos artesanais, animados pela *humildade intelectual* – que nos lançava à hercúlea tarefa de cumprir um extenso cronograma bibliográfico – pela *precaução* na confecção do modo de ser de seu trabalho – e, somente por último – pela *paciência* na difusão do conhecimento construído ao longo do extenso itinerário animado pela humildade e precaução. O nosso ser-aí é de outra natureza – como dizia. O ser-aí do tempo curto. E é por isso que sempre falta uma ou outra coisa e, nalguns momentos, todas elas.

§ 2. Poucos são já os espaços e tempos de reflexão na vida acadêmica. E quando existem, são tempos-espaços animados por altruísmo, como se tal atividade fosse mesmo alheia à nossa missão universitária – o ócio do desocupado. Mas isso também nos confere bônus – que temos de inventar para resistir e seguir. Angústias que constantemente reprimam. Mas mesmo nesse tempo efêmero, em que as coisas chegam quase a ser e não ser ao mesmo tempo – reservamos nosso tempo de prazer para o ócio dessa natureza, para nosso mero – egoísta [?] – deleite.

§ 3. Tais angústias se projetam para o além-mar e constituíram a força motriz do processo de integração que norteou a realização das Jornadas Luso-Brasileiras Sobre Garantismo, no Instituto Superior Bissaya Barreto. Nalgumas instituições portuguesas e brasileiras houve uma grande e incondicional mobilização para o desenvolvimento de atividades bem distintas do «entregloser» de Montaigne. Grande empenho houve, por parte de colegas portugueses e brasileiros, para a ampliação do nosso tempo e espaço de reflexão, animados pelos considerandos que orientaram a viabilização das jornadas: “Considerando que a postura investigativa deve ser estimulada dentro das atividades acadêmicas; Considerando que o desenvolvimento e evolução da disciplina da razão prática que é o direito exige debate, reflexão e reestruturação contínua; Considerando

que a troca de experiências entre diferentes mundividências sobre diferentes ordenamentos jurídicos resulta em benefícios mútuos; Considerando que as relações de intercâmbio permitem uma conjugação de ações que convergem para o aprimoramento pessoal e institucional”.

§ 4. Saudamos, portanto, os colegas acadêmicos *Maria João Guia (ISBB/SEF)*; *Mariana Sampayo (ISBB/IPC)*; *Ana Tereza Santos*; *Maria Manuela Magalhães Silva (ISBB/UPT)*; *Fábio Cantizani Gomes*; *Isabel Cerca Miguel*; *Moacyr Miguel de Oliveira (UENP)*; *Dora Resende Alves (UPT)*; *Daniela Castilho (UPT)*; *Mara Lopes (ISBB/UC)*; *Bárbara Santa Rosa (INMLCF/IP)* e *Victor Ribas Pereira (UC)*; que numa convergência de esforços brindaram os pesquisadores com temas de destacada relevância no âmbito da vertente jurídica garantista, nos painéis “*O Garantismo Penal – Realidade e Ficção*”; “*O Garantismo Constitucional e a Vinculação à Constituição no Quotidiano*”; “*A Internacionalização do Garantismo Constitucional. Supra ou Infra Constitucionalidade?*”; e “*Garantismo no Processo Penal Português – Sonambulismo Legiferante*”, neste 31 de julho de 2014. Saudamo-lhes porque se ocuparam da resolução de problemas “reais”, e, sem abandonar um rigor conceitual dogmaticamente necessário, instrumentalizaram-no para a resolução de problemas do ser-aí no mundo e respectivamente. Saudamo-lhes, ainda, pelo esforço de sistematização das respectivas conferências que consubstanciaram os *Anais da II Jornada Luso-Brasileira Sobre Garantismo*, publicados na Revista Intertemas, do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo.

§ 5. Forçosamente estendemos nossas saudações aos Senhores Professores que contribuíram para a viabilização da I Jornada Luso-Brasileira, em julho de 2013, *Jorge de Figueiredo Dias (UC/ISBB)*; *Manuel da Costa Andrade (UC)*; *Rui Alarcão (UC)*; *Cristiane de Souza Reis (ISBB)*; e *Mário Frota (APDC)*. Agradecemos ainda, a Senhora Doutora *Teresa Monteiro*, Magnífica Reitora do Instituto Superior Bissaya Barreto, que pela segunda vez não mediu esforços para sediar o evento e acolher tão bem os senhores estudantes brasileiros.

§ 6. “ (...) a *Universidade técnico-profissional* (...) todos os que exigem da universidade (...) a formação de mais e melhor adestrados técnicos (...) enquanto simplesmente elementos para o desenvolvimento económico e social (...) visando só a produção de técnicos com vista à produção técnica (...) dirigido tão-só à transmissão de um saber imediatamente aplicável e rentável (...) a cultura e a ciência se funcionalizam aos mesmos objectivos, pelo que a cultura passa a ser universitariamente considerada em termos sinópticos e explicativos compendiários – a negação cultural da cultura – e a ciência será apenas a ciência já feita e que sistematicamente se comunica (...) uma *Universidade científico-cultural* – todos os que compreendem a Universidade no seu «espírito vivente», do qual nos diz K. JASPERS que «é o que faz da escola uma escola

superior, o que, para além do mero saber adquirido numa instituição de ensino, faz brotar a vida das ideias» (...) São aí os homens chamados (...) a confrontarem-se com os problemas da ciência e da cultura (...) entendidas no seu sentido autêntico, aquela como compreensão dos sentidos e dos fundamentos em reflexão crítica, esta como a ciência que problematicamente cria ou reelabora investigando – pelo que a essência originária da Universidade e a sua verdade estão em ser ela a institucionalização cultural do *homo theoreticus* (a superar qualquer *homo faber* ou *funcionalis*) (...) Universidade é (...) uma irreduzível dimensão humana – a dimensão funda daquele homem que se constitui na assimilação, e para sempre, dos valores da liberdade, da cultura e da ciência (...) Daí que a vocação desta Universidade seja a de formação de verdadeiras personalidade humanas” (NEVES, A. Castanheira. “Reflexões críticas sobre um projecto de «estatuto de carreira docente»”. In: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Vol. 2. Coimbra Editora, 1995, pp. 446-447).

§ 7. Sejamos então homens [e mulheres] duplicados [as], inseridos no caos da ordem por decifrar, escondendo a dimensão humana capacitante da reflexão, da dimensão universitária de tempo breve que a incapacita (SARAMAGO, José. *O Homem Duplicado*. Editorial Caminho, 2012).

*nosce te ipsum!*

*Direção-Executiva das Jornadas Luso-Brasileiras sobre Garantismo*

Caíque Tomaz Leite da Silva (UC/ESA/TOLEDO PRUDENTE)

Sara Moreira (UC/ISBB)

Sónia Preto (ISBB)

# A CARACTERIZAÇÃO DAS SANÇÕES APLICADAS NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA<sup>1</sup>

## A CHARACTERIZATION OF SANCTIONS IMPOSED ON COMPETITION LAW OF THE EUROPEAN UNION

Dora Resende Alves <sup>2</sup>  
Daniela Serra Castilhos <sup>3</sup>

**RESUMO:** Na sua tarefa de guardião do direito da União Europeia, a Comissão Europeia promove, e em especial no âmbito do direito da concorrência, uma ação de investigação que pode culminar com a aplicação de sanções pecuniárias às empresas. Sendo no direito derivado expresso o caráter administrativo destas sanções, a doutrina questiona se não estará em causa um caráter penal.

**Palavras-chave:** Comissão Europeia; natureza administrativa; natureza penal; multa; sanção pecuniária compulsória.

**ABSTRACT:** In the job as guardian of European Union law, the European Commission promotes, especially under competition law, an action research that may lead to the imposition of financial penalties for companies. Being in secondary legislation expressed the administrative nature of these sanctions, the doctrine question if concerned criminal character.

**Key-words:** European Commission; administrative nature; criminal nature; fine; penalty.

## INTRODUÇÃO

A Comissão Europeia promove o interesse próprio da União Europeia na sua ação, com uma vertente fiscalizadora cujos procedimentos no direito da concorrência vêm desenvolvidos no direito derivado e em especial no Regulamento n.º 1/2003 do Conselho. Em último caso, a Comissão pode aplicar sanções pecuniárias às empresas. O Regulamento afirma que tais sanções não têm caráter penal, mas começa a questionar-se se assim será e se todas as garantias serão observadas.

### 1. Competência específica da Comissão

A Comissão Europeia tem na política de concorrência uma das áreas de maior disposição<sup>4</sup>, embora também o seu poder de controlo seja aqui (e hoje) partilhado pelos tribunais nacionais e autoridades nacionais da concorrência, com o objetivo de manter e desenvolver uma concorrência eficaz no mercado interno, agindo

---

<sup>1</sup> O texto teve por ponto de partida a intervenção apresentada nas II Jornadas Luso-Brasileiras sobre Garantismo Constitucional-Penal no dia 31 de Julho de 2014, no IBB – Instituto Bissaya e Barreto, em Coimbra.

<sup>2</sup> Mestre e doutoranda em Direito. Professora Auxiliar Convidada e Investigadora da Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Correio eletrónico: [dra@upt.pt](mailto:dra@upt.pt).

<sup>3</sup> Professora Auxiliar do Departamento de Direito da Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca. Coordenadora do Grupo de Investigação Internacional "Dimensions of Human Rights" do Instituto Jurídico Portucalense. Membro e investigadora do Centro de Estudos de la Mujer (CEMUSA) da Universidade de Salamanca. Correio eletrónico: [dcastilhos@upt.pt](mailto:dcastilhos@upt.pt).

<sup>4</sup> PORTO, Manuel Lopes e ANASTÁCIO, Gonçalo (coord.). *Tratado de Lisboa...* 2012, p. 496.

sobre a estrutura dos mercados e o comportamento dos agentes económicos. Há alguns casos em que a Comissão detém o controlo exclusivo por indicação legislativa expressa (controlo de concentrações de empresas de dimensão comunitária e dos auxílios estatais)<sup>5</sup>, sendo certamente partilhado quando se trata de uma regra de aplicação geral que abrange o conjunto da União.

Importa-nos o exercício dos seus poderes neste âmbito pré-definido: o do direito comunitário da concorrência previsto desde a origem, com a Alta Autoridade de 1952 criada pela Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) cujo papel foi essencialmente regulador pois dispunha de poderes de intervenção ao nível de preços e quantidades que lhe davam um pendor mais dirigista do que propriamente o de uma verdadeira autoridade de concorrência, orientada para o livre funcionamento do mercado<sup>6</sup>.

A Comissão tem o poder de investigar, de iniciar processos e adotar decisões requerendo o término de infrações às regras da concorrência, domínio em que lhe são cometidos importantes poderes de investigação nas empresas, e o que define o tema de atenção para o nosso trabalho. Pode ainda impor sanções pecuniárias.

Com um amplo poder discricionário mas apesar de tudo com meios limitados, ela própria vem assumindo a prioridade de se concentrar nos casos mais graves e atuar apenas quando o considera necessário e oportuno<sup>7</sup>, o que aliás são assumidamente os casos de cartéis “*em particular aqueles que assumem uma dimensão europeia ou mundial*”<sup>8</sup>.

A Comissão deve, enquanto autoridade administrativa responsável pela política da concorrência europeia, servir o interesse geral da União, mas para o exercício dessa missão dispõe de meios administrativos necessariamente limitados. Vê-se obrigada a não prosseguir com a investigação de todos os casos de que tem conhecimento e a definir prioridades. As prioridades são estabelecidas ponderando o interesse especial da Comunidade de um ponto de vista político, económico e político.

Na defesa da concorrência da UE, Comissão atua como uma entidade pública que investiga e decide mediante o exercício de poder administrativo, sob controlo pleno do Tribunal Geral e com possibilidade de recurso perante o Tribunal de Justiça<sup>9</sup>. Porque no que toca à aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, os poderes de investigação da Comissão e as decisões que adota, incluindo a aplicação de multas estão sujeitos à tutela jurisdicional em todos os aspetos de direito e de facto,

---

<sup>5</sup> Comissão Europeia. *A Política de Concorrência na Europa e os Cidadãos*. 2000, p. 4.

<sup>6</sup> SILVA, Miguel Sousa e. *Direito da Concorrência*... 2008, p. 38.

<sup>7</sup> PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. “As medidas cautelares no direito da concorrência” in *Temas de Integração*. 2006, p. 134.

<sup>8</sup> Relatório da Comissão sobre a Política de Concorrência 2007. 2008, p. 3.

<sup>9</sup> ITALIANER, Alexander. “The European Commission's procedural package...” in *C&R Revista de Concorrência e Regulação*. 2011, p. 25.

visto que o tribunal pode anular, aumentar ou diminuir o montante das multas, no caso de ser aplicável a competência de plena jurisdição<sup>10</sup>.

Ainda assim, difícil é por vezes garantir o acesso a uma tutela judicial efetiva dos particulares, em especial se não se tratarem dos diretamente visados pelas medidas adotadas<sup>11</sup>.

Consagrou-se, entrados no século XXI, a mais ampla reforma no domínio do direito *antitrust* comunitário realizada desde 1962, num ato de direito derivado considerado como “pedra angular” para este ramo de direito, adotado nos termos do artigo 103.º do TFUE. O sentido seguido foi o de reforçar o papel dos tribunais nacionais e das autoridades nacionais da concorrência na aplicação do direito comunitário da concorrência, descentralizando, deixando para a atuação dos limitados recursos da Comissão as infrações mais graves e o desenvolvimento desta política<sup>12</sup>.

## 2. O Regulamento n.º 1/2003

O Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de fevereiro de 1962<sup>13</sup>, surgiu como a primeira legislação derivada de regulamentação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE<sup>14</sup>, prevendo instrumentos para um procedimento de inquérito para aplicação do direito comunitário da concorrência, com atribuição de poderes específicos à Comissão, estabelecendo um sistema de notificações e de sanções para as infrações e ainda regimes de funcionamento para as exceções ou situações de não aplicação das proibições. Adotado pelo Conselho em 1962 instituiu um sistema de controlo e procedimentos de aplicação que a Comissão aplicou<sup>15</sup> durante quase quarenta anos sem alterações significativas e que funcionou para uma Comunidade fundada com seis países membros, cerca de 170 milhões de habitantes e quatro línguas diferentes, estabelecendo critérios e traços caracterizadores do ordenamento da concorrência comunitário.

O Regulamento n.º 17/62 veio fixar os critérios de aplicação do direito comunitário originário da concorrência, assegurando uma aplicação uniforme e equilibrada no então mercado comum dos hoje artigos 101.º e 102.º do Tratado, reafirmando a proibição dos acordos, decisões e prática concertadas, que restrinjam

---

<sup>10</sup> Artigos 31.º Regulamento n.º 1/2003 e 261.º do TFUE.

<sup>11</sup> Ver ALVIM, Mariana de Sousa. “O direito a uma tutela judicial efetiva...” in *Liber Amicorum*. 2013, p. 730.

<sup>12</sup> “The adoption by the Council of a new legal framework (...) represents the beginning of the end of an era and style of the EC competition law enforcement and the end of the beginning of a great leap forward – the Commission’s modernization (or decentralization) programme.” VENIT, James S. “Brave new world: the modernization...” in *Common Law Market Review*. 2003, p. 545.

<sup>13</sup> Primeiro regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado, publicado no JO 13 de 21.02.1962, p. 204, com a última redação que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 1216/1999, JO L 148 de 15.6.1999, p. 5.

<sup>14</sup> Encontrávamos depois alguns regulamentos quanto à aplicação das regras da concorrência a setores específicos.

<sup>15</sup> O Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (C.E.C.A.), assinado em Paris em 18 de abril de 1951, previa também regras de concorrência nos seus artigos 65.º e 66.º. A sua vigência, prevista para um período de 50 anos (artigo 97.º TCECA), iniciou-se em 25 de julho de 1952 e terminou em 23 de julho de 2002.

significativamente a concorrência, bem como a exploração abusiva de uma posição dominante afetando o mercado interno.

Com o passar dos anos assistiu-se a uma internacionalização acelerada da economia europeia e a política da concorrência passou a inserir-se num quadro globalizante. Foram sendo introduzidas adaptações ao quadro legal em vigor, até por força das adesões entretanto concretizadas, que produziram um efeito automático de alargamento do espaço de ação da Comissão<sup>16</sup>. O objetivo passou a ser a aplicação descentralizada do direito comunitário da concorrência<sup>17</sup>.

Tornou-se necessário rever e atualizar o funcionamento dos mecanismos previstos no Regulamento n.º 17, que durante todos aqueles anos assegurara eficazmente o funcionamento das regras da concorrência, concebidas para funcionar em 1962 num modelo necessário à informação da Comissão através de um sistema de notificação. O sistema do ónus de notificação deixou de ser adequado a uma União Europeia alargada. O processo de execução das regras da concorrência deixou de ser visto como eficiente e apropriado face ao alargamento da União Europeia. Foi decidido modernizar a aplicação das regras da concorrência comunitária<sup>18</sup>.

O alargamento, concretizado em 2004, da Comunidade a 10 novos países exigiu um reforço da política de concorrência, pois muitos desses países viveram uma tradição de economia planificada e as suas estruturas administrativas não estão ainda familiarizadas com os conceitos de liberdade empresarial e livre concorrência, embora lhes caiba a imposição de cumprir e absorver o acervo comunitário. Para manter a eficácia da política comunitária de concorrência houve que adequá-la às novas realidades.

Ainda a mundialização da economia, com uma abertura e integração de mercados a uma escala que ultrapassa as fronteiras da Comunidade, confronta as autoridades de concorrência com problemas que abrangem grandes regiões do mercado mundial, prática complexas que prejudicam a economia e os consumidores e exigem toda a cooperação entre as entidades fiscalizadoras.

Neste novo ambiente económico comunitário e mundial, houve que modernizar um quadro legislativo e funcional concebido em 1962, entretanto incompatível com o objetivo de controlo eficaz da concorrência<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Alterações introduzidas pelos Atos de Adesão de 1972, 1979, 1985 e 1994. Livro Branco sobre a modernização... JOCE C 132 de 12.05.1999, p. 17 e 10.

<sup>17</sup> PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. "As medidas cautelares no direito da concorrência" in *Temas de Integração*. 2006, p. 134.

<sup>18</sup> GAUER, Céline; DALHEIMER, Dorothe; KJOLBYE, Lars e DE SMJTER, Eddy. "Regulation 1/2003..." in *Competition Policy Newsletter*. 2003, p. 1.

<sup>19</sup> Livro Branco sobre a modernização... JOCE C 132 de 12.05.1999, p. 7. A reforma foi concebida pelo Comissário Karel Van Miert e o Diretor-Geral Alexander Schaub e implementada pelo Comissário Mario Monti e Diretor-Geral Philip Lowe.

É certo que o alargamento efetuado, o maior da história da UE, contribuiu para a urgência do processo de reforma, mas “*subjacente estava a percepção de que a cultura de concorrência dos Estados-Membros, após quase cinquenta anos de política antitrust, tinha atingido um estado suficientemente avançado que justificava uma significativa descentralização da sua aplicação*”<sup>20</sup>.

Surge o Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho<sup>21</sup> que inaugurou um processo de modernização do direito comunitário da concorrência de grande alcance com uma mudança de paradigmas. Sem que a redação e o conteúdo das disposições de direito originário fossem alterados, a reforma processual assim empreendida no direito derivado da concorrência da União num sentido de descentralização da aplicação das regras europeias de defesa da concorrência pela generalidade dos agentes responsáveis pela sua aplicação: Comissão, autoridades nacionais responsáveis e matéria de concorrência e tribunais nacionais<sup>22</sup>.

Sendo o anterior Regulamento n.º 17 descrito como *procedural bible* para a Comissão devido ao extraordinário poder que atribui a este órgão na aplicação das regras de concorrência, esta descentralização representa uma mudança sem precedente com caráter de *cultural revolution*<sup>23</sup>.

Uma perspetiva diferente é oferecida pelo novo Regulamento em que os artigos 101.º e 102.º do Tratado passam a poder ser, integralmente, aplicados também pelas autoridades nacionais da concorrência, que ficam competentes para a aplicação do direito nacional e do comunitário<sup>24</sup> (artigo 3.º e Parágrafo 6 do Preâmbulo do Regulamento n.º 1/2003), sob controlo do Tribunal de Justiça e dos tribunais nacionais. A Comissão perde o monopólio de aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE (artigo 1.º, n.º 2, e Parágrafos 1 e 4 do Preâmbulo do Regulamento n.º 1/2003). Evolui-se de um regime de notificação *ex ante* para um de aplicação *ex post* em relação à intervenção da Comissão na atuação das empresas no mercado<sup>25</sup>.

Os poderes de investigação da Comissão vieram a ser alargados no Regulamento n.º 1/2003<sup>26</sup> e com o evoluir dos tempos continuará necessário ampliar essas capacidades de investigação e controlo no ordenamento jurídico tanto mais que

---

<sup>20</sup> Relatório da Comissão sobre a Política de Concorrência 2010. Documento COM(2011) 328 final de 10 de Junho de 2011, p. 9.

<sup>21</sup> Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JOCE L 1 de 04.01.2003, pp. 1 a 25. WIGGER, Angela. “The political role...” in *Legisprudence: International Journal for the study of legislation*, p. 251.

<sup>22</sup> FERNANDES, Sophie Perez. “A cooperação entre a Comissão Europeia e os tribunais nacionais...” in *Scientia Iuridica*, 2011, p. 575.

<sup>23</sup> CENGİZ, Firat. “Multilevel Governance in Competition Policy: the European Competition Network” in *European Law Review*, 2010, p. 660.

<sup>24</sup> GALÁN CORONA, Eduardo. “Notas sobre el Reglamento (CE) n.º 1/2003, del Consejo...” in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2003, p. 507.

<sup>25</sup> WIGGER, Angela. “The political role...” in *Legisprudence: International Journal for the study of legislation*, p. 258.

<sup>26</sup> Ver GALÁN CORONA, *op. cit.*, pp. 514 e 515.

as empresas recorrem a formas progressivamente mais sofisticadas de infração, tornando cada vez mais difícil a deteção dos comportamentos anticoncorrenciais<sup>27</sup>.

Com efeito, com a concretização de poderes conferida à Comissão desde o Regulamento n.º 17/62, esta encontra ao seu dispôr um núcleo de poderes de investigação para eficiente aplicação e cumprimento do direito comunitário da concorrência. Previstas vêm também as sanções para a falta de colaboração dos visados, essencialmente as empresas.

### **3. A questão das sanções aplicadas pela Comissão no direito da concorrência**

A Comissão encontra no direito da concorrência as linhas condutoras para prosseguir contra as condutas anticompetitivas ao ser dotada de poderes de investigação, instrução e sanção<sup>28</sup>. A fase de inquérito surge como uma etapa fundamental para a coleta de informações pela Comissão. Este inquérito prévio tem unicamente por objeto permitir-lhe reunir as informações e documentação necessários para verificar a realidade de uma infração ao direito comunitário da concorrência<sup>29</sup>, de que a Comissão teve conhecimento através de denúncia ou de qualquer fonte de informação ao seu alcance e procura pelo exercício dos poderes enunciados assegurar a compatibilidade ou incompatibilidade do comportamento de cada empresa com as regras da concorrência, recolhendo provas da sua participação que só poderão estar, na maior parte dos casos, na posse da própria empresa, antes de iniciar o procedimento contraditório que culminará com a punição da infratora. O controlo jurisdicional posterior poderá apenas ser exercido pelo Tribunal de Justiça.

O Regulamento n.º 17/62 surgiu com um largo campo de aplicação, tomado por fonte para posteriores regulamentos específicos para campos de atividade por eles definidos, e deu lugar a importantes desenvolvimentos jurisprudenciais<sup>30</sup> que sempre confirmaram a ampla margem de discricionariedade da Comissão no exercício dos poderes de investigação, desde que respeitando os princípios gerais e direitos estabelecidos pelo direito comunitário<sup>31</sup>.

Genericamente, os poderes de investigação da União Europeia, sejam eles de recolha de informação, de inquérito ou de inspeção, não resultam de uma

---

<sup>27</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel. "Las inspecciones de las autoridades de la defensa de la competencia y los derechos de los inspeccionados" in *Anuario de la Competencia 2009*. 2010, pp. 134.

<sup>28</sup> *Idem*, p. 135.

<sup>29</sup> TJCE, Acórdão de 26 de junho de 1980, *National Panasonic / Commission*, Proc. 136/79, Colect. 1980-5, p. 2033.

<sup>30</sup> GALINDO, Blanca Rodríguez. "L'application des règles de concurrence du traité CEE: les pouvoirs d'enquête de la Commission" in *Revue du Marché Unique Européen*. 1991, p. 76.

<sup>31</sup> FERNÁNDEZ MOLINERO, María. "Los poderes de investigación de la Comisión Europea en los Reglamentos 1/2003 y 773/2004" in *Derecho de la competencia europeo y español*. 2007, p. 180.

habilitação geral, eles terão que depender de atribuição específica e textual<sup>32</sup>, e apesar de o Tratado prever um poder de inspeção geral (artigo 337.º do TFUE), ele remete para os textos legais específicos a definição dessas atribuições, após o que são esses textos a basear o exercício dos poderes de investigação em cada caso<sup>33</sup>. E não é o Regulamento n.º 1/2003 o único texto legal a conferir poderes específicos de investigação, mas sendo a fonte diversa, todos eles se pautam pelo respeito por um conjunto de princípios comum na base do direito administrativo europeu, como o respeito pelos direitos fundamentais.

A função de investigação da Comissão pretende garantir o cumprimento da legalidade e, dessa forma, tutelar os interesses gerais e bens jurídicos objeto de proteção administrativa, mas preenche diversos objetivos, como seja: uma intenção preventiva de eficácia da ação administrativa em que se pretende evitar a aplicação da sanção; uma intenção corretiva e ressarcimento da ordem perturbada através do exercício do poder sancionatório; uma função pedagógica ou instrutiva de correção das condutas dos agentes económicos pela educação; uma função informativa geral, que abrange a anterior, de levar ao conhecimento dos agentes económicos o melhor cumprimento do ordenamento jurídico em causa<sup>34</sup>.

Nos aspetos processuais relativos ao quadro institucional de aplicação efetiva do direito da concorrência da UE, a Comissão assume o compromisso de continuar a melhorar os seus meios de investigação e a reforçar a transparência porque em períodos de crise económica como os que se vivem, a defesa e os respeito das regras da concorrência não podem diminuir<sup>35</sup>.

### **3.1. O respeito pelos direitos fundamentais das empresas**

Os direitos fundamentais do indivíduo não mereceram inicialmente uma atenção sistemática no quadro comunitário, o que se pode explicar por as preocupações dos Tratados originários serem apenas económicas. A ordem comunitária, através da jurisprudência, veio contudo a inspirar-se em diplomas internacionais como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Carta Social Europeia, e houve uma evolução grande com a introdução da cidadania europeia pelo Tratado de Maastricht até à consagração da CEDF.

---

<sup>32</sup> Funciona na União Europeia o princípio das competências por atribuição: artigos 5.º, n.º 1 e 2, e 13.º, n.º 2, do TUE e 1.º, n.º 1, do TFUE.

<sup>33</sup> AUBY, Jean-Bernard. "Les pouvoirs d'inspection de l'Union européenne" in *Review trimestrielle de droit européen*. 2006, p. 134.

<sup>34</sup> GUILLÉN CARAMÉS, Javier. *Régimen Jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia*. 2010, pp. 39 a 45.

<sup>35</sup> Relatório da Comissão sobre a Política de Concorrência 2011. Documento COM(2012) 253 final de 30 de maio de 2012, pp. 12 e 13.

Ora, num processo de natureza administrativa, toda a pessoa cujos direitos, liberdades ou interesses possam ser afetados deve beneficiar, antes como depois da tomada de decisão pela administração, da possibilidade de invocar, por escrito ou oralmente, todos os factos, argumentos e provas em sua defesa, elementos esses que deverão ser devidamente ponderados pelas autoridades administrativas<sup>36</sup>.

Os direitos fundamentais (e em especial os direitos de personalidade) foram histórica e dogmaticamente pensados para servir o ser humano, a pessoa singular, porém a sua tutela veio a ser alargada (se aplicável) às pessoas coletivas por via da jurisprudência, passando os direitos fundamentais a contemplar todos os sujeitos de direito, independentemente da sua natureza. As empresas têm os mais variados direitos e surge a necessidade de verificar os limites à defesa da concorrência, em nome dos direitos fundamentais das empresas, tutelando-a e regulando-a, para que seja possível conciliar os valores em presença. A conjugação entre a defesa da concorrência e os direitos das empresas torna-se mais fácil se tivermos em conta que na Europa a concorrência não vale por si mas apenas como um meio para o bom funcionamento do mercado interno (artigo 3.º do TUE).<sup>37</sup>

Um certo número de questões e dúvidas se levantam quanto à conformidade de alguns aspetos do exercício dos poderes de investigação da Comissão com a existência e devido respeito por direitos fundamentais<sup>38</sup> das empresas tais como a inviolabilidade da correspondência trocada com advogados ou a recusa de testemunhar contra si próprio<sup>39</sup>.

O próprio Tribunal de Justiça veio a consagrar o respeito dos direitos de defesa como um princípio fundamental do direito comunitário desde a década de 70<sup>40</sup>.

Sendo o processo inquisitório da Comissão de natureza administrativa<sup>41</sup>, ainda assim há lugar ao respeito de um quadro de direitos fundamentais, aliás com raízes nos ordenamentos dos Estados membros<sup>42</sup>.

A primeira norma processual reguladora da ação da Comissão<sup>43</sup> não previa disposições que regulamentassem expressamente os direitos das empresas face ao

---

<sup>36</sup> ANTUNES, Luís Miguel Pais. *Direito da Concorrência...* 1995, p. 106.

<sup>37</sup> CORDEIRO, António Menezes. "Defesa da concorrência e direitos fundamentais..." in *Revista O Direito*. 2004, pp. 72 a 75.

<sup>38</sup> Alguma distinção se pode fazer entre os direitos fundamentais e os direitos de defesa, conceitos não perfeitamente coincidentes, mas que, sem nos alongarmos nessa análise, iremos tratar como idênticos, tendo em conta precisamente a caracterização do processo de inquérito da Comissão como um processo de natureza administrativa.

<sup>39</sup> JANSEN, Bernhard. "Les pouvoirs d'investigation de la Commission..." in *Revue du Marché Commun*. 1990, p. 696.

<sup>40</sup> A observar nos processos administrativos suscetíveis de levar à aplicação de sanções no cumprimento das regras substantivas da concorrência (TJCE, Acórdão de 9 de novembro de 1983, *Michelin / Commission*, Proc. 322/81, Colect. 1983-10, p. 3498).

<sup>41</sup> COMMISSION of the European Communities. *Xlth Report on competition policy* (1981), § 27, p. 31.

<sup>42</sup> No Acórdão *Hoffman-La Roche / Commission* : "le respect des droits de la défense dans toute procédure susceptible d'aboutir à des sanctions, notamment à des amendes ou astreintes, constitue un principe fondamental du droit communautaire, qui doit être observé, même s'il s'agit d'une procédure de caractère administratif" (TJCE, de 13 de fevereiro de 1979, Proc. 85/76, Colect. 1979, p. 511).

exercício dos poderes de inquérito pela Comissão, mas o Tribunal de Justiça exerceu eficazmente a sua função de fonte de direito, com base nos princípios gerais de direito e nos princípios comuns aos direitos dos Estados membros, colmatando regras<sup>44</sup> que começam a ser exigidas pelas empresas, ao reagirem contra a ação da Comissão que consideram excessiva. Os poderes da Comissão já foram mesmo considerados “exorbitantes”, mas muito se avançou desde então.

Sendo, o processo inquisitório da Comissão de natureza administrativa<sup>45</sup>, ainda assim há lugar ao respeito de um quadro de direitos fundamentais, aliás com raízes nos ordenamentos dos Estados membros<sup>46</sup>.

Recorde-se portanto que, em particular no que respeita ao direito da concorrência, a consagração da aplicação dos direitos fundamentais nestes processos, bem como a delimitação da amplitude com que seriam aplicáveis, teve origem pretoriana, retirando os tribunais comunitários a sua inspiração das tradições constitucionais dos Estados membros e das linhas de orientação fornecidas por textos internacionais. E é assim que a retórica dos princípios e direitos fundamentais evoluiu significativamente no decorrer dos anos 90, e o papel preponderante dos tribunais permitiu garantir que, ao longo do processo, os poderes de investigação da Comissão fossem equilibrados com os direitos das empresas.

Aquela data, encontravam-se algumas referências pontuais aos direitos de defesa<sup>47</sup>, mas o Regulamento n.º 17/62 não fazia qualquer referência de uma forma abrangente a tais direitos nem nos seus Considerando iniciais<sup>48</sup>. Mas surge aqui um ponto a esclarecer: a diferença entre o inquérito preliminar e o procedimento acusatório. Neste último o princípio do contraditório está assegurado, mas no inquérito preliminar a ação da Comissão é organizatória e preventiva, não tem ainda um caráter repressivo. E se bem que os direitos de defesa devam ser garantidos nesta fase não contraditória, em todo caso sê-lo-ão com uma intensidade diferente da fase seguinte.

O inquérito, como fase em que a Comissão tenciona descobrir as infrações às prescrições legais ou regulamentares que protegem a livre concorrência é talvez a fase de procedimento onde a necessidade de assegurar a eficácia da ação

---

<sup>43</sup> O Regulamento n.º 17/62.

<sup>44</sup> No Acórdão *Transocean Marine Paint / Commission* : “la règle générale selon laquelle les destinataires de décisions des autorités publiques qui affectent de manière sensible leurs intérêts, doivent être mis en mesure de faire connaître utilement leur point de vue” (TJCE, 23 de outubro de 1974, Proc. 17/74, Colect. 1974, p. 1080.).

<sup>45</sup> COMMISSION of the European Communities. *Xlth Report on competition policy* (1981). § 27, p. 31.

<sup>46</sup> Ainda que a Comissão deva respeitar as garantias de defesa das empresas, não se pode ter por preocupação tratar-se de um processo de natureza judicial, uma vez que a Comissão dificilmente será considerada como um tribunal para efeitos do artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (TJCE, Acórdão de 29 de outubro de 1980, *Van Landewyck (FEDETAB) / Commission*, Procs. 209 a 215 e 218/78, Colect. 1980-7, p. 3248.).

<sup>47</sup> Em matéria de concentração de empresas e audições.

<sup>48</sup> Salvo uma referência ao direito de as empresas serem ouvidas, no seu décimo primeiro Considerando e no artigo 19.º.

administrativa é maior e mais perceptível, mas há, ainda assim, que a manter nos limites do necessário e na prossecução de um objetivo pré-definido.

Os largos poderes conferidos à Comissão pelos regulamentos de execução para prosseguir o cumprimento das regras comunitárias da concorrência têm sido criticados, considerando que o direito adjetivo dota a Comissão com o exercício de funções próprias de investigador, acusador e juiz, o que resultaria num procedimento injusto, mas a jurisprudência sempre confirmou a validade dessas regras como em conformidade com os princípios de justiça<sup>49</sup>.

Fica assegurado como princípio de direito da União Europeia o direito a ser ouvido, ainda pedra angular do direito a um julgamento justo, muitas vezes exercido por escrito mas também conferida a oportunidade de requerer uma audição oral, no respeito pelos princípios de direito internacional geral<sup>50</sup>. Hoje expressamente apoiada no texto da Carta dos Direitos Fundamentais<sup>51</sup>.

### 3.2. A natureza das sanções da Comissão: administrativa ou penal?

No direito comunitário da concorrência, os mecanismos sancionatórios desempenham um papel de relevo e a imposição de sanções surge como um instrumento da política de concorrência<sup>52</sup>. A ação da Comissão não teria qualquer eficácia se os seus controlos não fossem acompanhados de decisões e sanções. No domínio da legislação *antitrust*, além de declarar a proibição de um acordo ou formular injunções para pôr termo a práticas anticoncorrenciais, esta instituição tem igualmente competência para aplicar coimas às empresas que concretizaram comportamentos anticoncorrenciais<sup>53</sup>. A aplicação de coimas suficientemente dissuasivas, associadas a um programa de clemência eficaz, é uma arma eficaz na luta contra os cartéis<sup>54</sup>.

Concluindo pela existência de uma infração aos artigos 101.º, n.º 1, ou 102.º do TFUE, ou mesmo por infração aos artigos do próprio Regulamento n.º 1/2003, a Comissão pode aplicar sanções pecuniárias de carácter administrativo. Aplicará essas sanções através de decisão<sup>55</sup>. O direito derivado fixa as coimas, estabelecendo que a duração e a gravidade da infração devem ser tidas em conta, com um montante de limite máximo de 10 % do volume de negócios da empresa durante o ano anterior e a

---

<sup>49</sup> TJCE, Acórdão de 7 de junho de 1983, *Musique Diffusion Française / Commission*, Proc. 100 a 103/80, Colect. 1983-6, p. 1880.

<sup>50</sup> O artigo 6.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950.

<sup>51</sup> Ver artigos 47.º e 48.º, n.º 2, da CEDF.

<sup>52</sup> PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. "As medidas cautelares no direito da concorrência" in *Temas de Integração*. 2006, p. 139.

<sup>53</sup> Comissão Europeia. *A Política de Concorrência na Europa e os Cidadãos*. 2000, p. 9.

<sup>54</sup> Commission of the European Communities. Report on the functioning of Regulation 1/2003. Documento COM(2009) 206 final de 29 de abril de 2009, §17.

Comissão veio a fixar os critérios aplicáveis para a sua determinação em concreto em documento com orientações.

Uma multa é uma penalidade monetária imposta pela Comissão à empresa infratora do direito comunitário da concorrência<sup>56</sup> e a regularidade de aplicação de pesadas coimas (que já ultrapassaram o limiar simbólico do milhar de milhão de euros) é manifestação da importância desta pasta de trabalho da Comissão<sup>57</sup>.

O sistema sancionatório baseado em coimas fixadas de montante absoluto foi substituído por um sistema efetivamente dissuasivo, assente em coimas fixadas em percentagem do volume de negócios das empresas envolvidas em práticas anticoncorrenciais e cujo montante tem em conta, designadamente, a gravidade da infração, a importância das vantagens dela resultantes para as empresas prevaricadoras, o grau de participação na infração e a eventual colaboração com a autoridade da concorrência, bem como a possível opção da Comissão por sanções pecuniárias compulsórias<sup>58</sup>.

Uma adstricção ou sanção pecuniária compulsória<sup>59</sup> será aplicada para levar o infrator a cessar o seu comportamento violador do direito comunitário, compelindo-o a cumprir. Trata-se da fixação de uma quantia diária cujo pagamento será devido por cada dia em que continue a infração após a data fixada pela decisão que a impõe (como uma multa diária). Traduz a mensagem que *no company is above the law*<sup>60</sup>. Aconteceu pela primeira vez no ano de 2006 a Comissão usar os seus poderes para aplicar uma sanção pecuniária compulsória a fim de compelir uma empresa a cumprir uma decisão no sentido de pôr termo a uma infração<sup>61</sup>.

O Regulamento n.º 1/2003 introduziu sanções mais eficazes para o não cumprimento das obrigações que cabem às empresas durante as investigações realizadas pela Comissão, alargou o número de situações (tipificadas) de infração e atualizou os montantes das sanções, aumentando-os. A utilização de sanções pecuniárias revelou-se uma arma importante no combate aos cartéis e justificara já a adoção de orientações formais para estabelecer critérios de aplicação desde a década de 90.

Tão importante como o carácter exemplar é também o adequar às circunstâncias por forma a minimizar as situações de contestação com sucesso

---

<sup>56</sup> Artigo 23.º, n.º 5, do Regulamento n.º 1/2003.

<sup>57</sup> Artigo 23.º do Regulamento n.º 1/2003.

<sup>58</sup> PORTO, Manuel Lopes e ANASTÁCIO, Gonçalo (coord.). *Tratado de Lisboa...* 2012, pp. 496 e 506.

<sup>59</sup> VILAÇA, José Luís da Cruz. "Introdução à Nova Legislação da Concorrência: *Vicissitudes dos Projetos de Modernização*" in *Concorrência - Estudos*. 2006, p. 43.

<sup>60</sup> Artigo 24.º do Regulamento n.º 1/2003.

<sup>61</sup> DEMETRIOU, Marie e GRAY, Margaret. "Developments in EC competition law in 2006: an overview" in *Common Law Market Review*. 2007, pp. 1430.

<sup>61</sup> Nos termos do artigo 24.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003, à empresa Microsoft. Ver Relatório da Comissão sobre a Política de Concorrência 2006, Considerando 12., Documento COM(2007) 358 final, p. 15.

posterior no contencioso comunitário<sup>62</sup>. Se bem que os tribunais têm-se mostrado relutantes em interferir na autonomia da Comissão na fixação do montante das sanções. Embora com competência de plena jurisdição ao apreciar a legalidade das multas aplicadas pela Comissão, apreciando o mérito e a proporcionalidade, e certamente atuam aumentando algumas e reduzindo outras, mas quer o Tribunal de Justiça quer o Tribunal Geral seguem uma prática de larga confirmação das decisões tomadas pela Comissão.<sup>63</sup>

Diga-se mesmo que os tribunais da União genericamente confiam na aplicação do direito da concorrência pela Comissão e especialmente no seu respeito pelas linhas definidas para a aplicação de multas, limitando-se a verificar da conformidade da sua atuação com os critérios que ela própria indica sem aprofundar a adequação ao caso concreto e proporcionalidade relativa dos montantes aplicados. Pode-se considerar que esta intensidade de verificação não seja a adequada<sup>64</sup>.

A eficácia alcançada pela Comissão na política de aplicação de coimas tem sido tal que a interferência judicial na sua aplicação tem sido relativamente rara, talvez demasiado rara, permitindo à Comissão manter uma grande margem de discricionariedade e confirmando sanções muito severas. A política em matéria de coimas é um importante instrumento de prevenção e dissuasão, embora deva ser tido em conta que os comportamentos são motivados não apenas pelas sanções, mas também pelo incitamento à observância<sup>65</sup>. As multas aplicadas têm sido de montantes cada vez mais elevados, aumentando em cada década em nome da detenção dos comportamentos, o que vem sendo afirmado nos Relatórios da Comissão<sup>66</sup> e confirmado pelo Tribunal de Justiça<sup>67</sup>.

O normativo da União Europeia, contrariamente à realidade norte-americana e mesmo de alguns Estados membros, não prevê sanções criminais para este tipo de infrações<sup>68</sup>. Este poder sancionatório administrativo da Comissão representa uma dupla função: uma vertente repressiva pelas práticas anticoncorrenciais mas outra preventiva e dissuasora pelas graves consequências que a transgressão das regras que protegem a livre concorrência podem acarretar para o mercado<sup>69</sup>.

---

<sup>62</sup> Acórdão *Anic Partecipazioni Spa*: "(...) o facto de uma empresa não ter participado em todos os elementos constitutivos de um acordo ou ter desempenhado um papel secundário nas partes em que participou deve ser tomado em consideração aquando da apreciação da gravidade da infração e, eventualmente, da determinação da multa" (TJCE de 8 de julho de 1999, Proc. C-49/92 P, considerando 90).

<sup>63</sup> DEMETRIOU, Marie e GRAY, Margaret. "Developments in EC competition law in 2006: an overview" *In Common Law Market Review*. 2007, p. 1451.

<sup>64</sup> FORRESTER, Ian S. "A Challenge for Europe's Judges: The Review of Fines in Competition Cases" *in European Law Review*. 2011, p. 185.

<sup>65</sup> Resolução do Parlamento Europeu, JOUE C 239 E de 20.08.2013, p. 103.

<sup>66</sup> Commission Staff Working Paper accompanying the Report on the functioning of Regulation 1/2003. Documento COM(2009) 206 final de 29 de abril de 2009, § 124.

<sup>67</sup> FORRESTER, Ian S. "A Challenge for Europe's Judges: The Review of Fines in Competition Cases" *in European Law Review*. 2011, p. 188.

<sup>68</sup> PORTO, Manuel Lopes e ANASTÁCIO, Gonçalo (coord.). *Tratado de Lisboa...* 2012, p. 496.

<sup>69</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel. "Las inspecciones de las autoridades de la defensa de la competencia y los derechos de los inspeccionados" *in Anuario de la Competencia 2009*. 2010, pp. 133.

Em todo o procedimento suscetível de terminar com a aplicação de uma sanção por violação do direito da concorrência, multa ou adstricção, mesmo que não tendo um caráter penal, a Comissão terá que velar pelo respeito pelos princípios gerais de direito. Sendo que destes fazem parte os direitos fundamentais deles decorre o respeito pelos direitos de defesa das empresas.<sup>70</sup>

É afirmada a natureza administrativa destas sanções. Que a natureza destas sanções não tem, um caráter penal<sup>71</sup>. Se as infrações às regras europeias de concorrência não têm um caráter penal, não se definem pelo princípio da culpa em matéria penal. Podem ser classificadas como faltas à ordem pública económica europeia, numa estrutura unicamente material<sup>72</sup>. Porém, começam a levantar-se algumas vozes discordantes, que consideram que, para além do aspeto excessivo dos poderes concentrados da Comissão também já mencionado, estas sanções terão um caráter “quasi-criminal”<sup>73</sup>, seja na vertente europeia, seja mesmo na vertente nacional pelas autoridades da concorrência.

O próprio Regulamento n.º 1/2003 estabelece que as decisões de aplicação das multas “não têm caráter penal”. No artigo 23.º, n.º 5,

“5. As decisões aprovadas nos termos dos n.ºs 1 e 2 não têm caráter penal.”

Porém, essa caracterização pode ser considerada irrelevante perante o paralelo com os fatores de preenchimento do tipo penal de procedimento que facilmente se mostrarão presentes. Aí, a aplicação da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia pode vir a encontrar matéria de aplicação, contestando no sentido de não ser a Comissão um órgão com competência para aplicar sanções criminais, faltando-lhe a imparcialidade e a independência de um verdadeiro tribunal, bem como a questão da proporcionalidade na aplicação dos montantes<sup>74</sup>. Portanto, com competências que colidem com a defesa dos direitos fundamentais tais como proclamados pelos textos europeus<sup>75</sup>. A futura jurisprudência dirá a inflexão a seguir.

---

<sup>70</sup> THOUVENIN, Jean-Marc. “Chronique de la concurrence... Première partie: aspects de procédure” in *Revue du Marché commun et de l’Union européenne*. 2005, p. 467.

<sup>71</sup> Ver BIANCONI, Lanfranco. “Vers un droit pénal communautaire” in *Revue du Marché Commun*. 1975, p. 39. Ver também GRASSO, Giovanni. “Nuove Prospettive in Tema di Sanzioni Amministrative Comunitarie” in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*. 1994, p. 863 e DíEZ-PICAZO, Luis Maria. “Derecho Comunitario y Medidas Sancionatorias” in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*. 1994, p. 294: “Tampoco existen muchas atos de Derecho derivado que, en el ámbito del Tratado CEE, establezcan directamente sanciones aplicables por la propia Comunidad. Se limitan a la esfera de la competencia y toman como modelo el Reglamento 17/1962, que, en desarrollo de los arts. 85 y 86 (...) habilita a la Comisión para la imposición de multas por la infracción de las mencionadas reglas sobre la competencia. Es de destacar que estos reglamentos afirman expresamente el carácter no penal de las mencionadas sanciones.”

<sup>72</sup> BOUSCANT, Rémy. “La faute dans les infractions...” in *Revue trimestrielle de droit européen*. 2000, p. 69.

<sup>73</sup> SILVA, Miguel Moura e. “Anticartel enforcement in Portugal...” in *European Competition Law Review*. 2011, p. 37.

<sup>74</sup> Artigo 47.º: “Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada (...) por um tribunal independente e imparcial” e artigo 49.º, n.º 3, “As penas não devem ser desproporcionadas em relação à infração”, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

<sup>75</sup> FORRESTER, Ian S. “Due process in EC competition cases: A distinguished institution with flawed procedures” in *European Law Review*. 2009, p. 821.

Para já, continuam a afirmar-se procedimentos sem “coloration pénale”<sup>76</sup>. O assunto vem sendo cada vez mais debatido na doutrina e na jurisprudência, inclusive pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que vem considerar “*afin de déterminer l’existence d’une «accusation en matière pénale», avoir égard à trois critères: la qualification juridique de la mesure litigieuse en droit national, la nature même de celle-ci, et la nature et le degré de sévérité de la «sanction». Ces critères sont par ailleurs alternatifs et non cumulatifs*”<sup>77</sup>, em análise relativa às sanções aplicadas pelas autoridades nacionais da concorrência.

## CONCLUSÃO

A Comissão Europeia é a grande impulsionadora do interesse da União e promove eficazmente o cumprimento do direito da União Europeia. No quadro do direito da concorrência aplicável às empresas dispõe de procedimentos que se têm mantido bastante estáveis desde 1962 e cuja renovação após 2003 tem acompanhado o grande alargamento do mercado interno. O Tribunal de Justiça sempre apoiou a sua ação e desenvolveu a vertente de garantia dos direitos fundamentais inerente. É expressa a natureza não penal das sanções pecuniárias que podem ser aplicadas às empresas. Porém, ao encontramos facetas de fragilidade na defesa dos direitos fundamentais que podem indicar que se encontre uma natureza penal nestas sanções, estarão todas as garantias dos sujeitos jurídicos a ser respeitadas? O assunto tem merecido a atenção da jurisprudência e da doutrina mas está ainda em construção. Pretendeu-se aqui levantar o problema e as dúvidas que se colocam no sentido de sensibilizar o leitor interessado nestes temas para a problemática que não está de todo terminada.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Mariana de Sousa. “O direito a uma tutela judicial efetiva dos particulares no direito da União Europeia. Em particular, no direito da concorrência da União Europeia” *in Liber Amicorum em Homenagem ao Prof. Doutor João Mota de Campos*. Coimbra Editora, 2013, pp. 703 a 735. ISBN 978-972-32-2116-9.

ANDRADE, José Robin de. “Apresentação sobre a nova lei de arbitragem voluntária e a aplicação do direito da concorrência pelos tribunais arbitrais” *in C&R Revista de Concorrência e Regulação*. Coimbra: Almedina, Ano III, n.º 11/12, Julho/Dezembro

---

<sup>76</sup> FORRESTER, Ian S. “A Challenge for Europe’s Judges: The Review of Fines in Competition Cases” *in European Law Review*. 2011, pp. 201 e 206.

<sup>77</sup> Para concluir pela aplicação do artigo 6.º, § 1.º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem: «Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.», no Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em Estrasburgo, n.º 43.509/08, *A. Menarini Diagnostics S. R. L. / Italie* de 27 de setembro de 2011, p. 11.

2012, pp. 195 a 213. ISSN 1647-5801.

ANTUNES, Luís Miguel Pais. *Direito da Concorrência – os poderes de investigação da Comissão Europeia e a protecção dos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 1995. ISBN 972-40-0871-1.

AUBY, Jean-Bernard. “Les pouvoirs d’inspection de l’Union européenne” in *Review trimestrielle de droit européen*. Paris: Dalloz, 42<sup>e</sup> année, n.º 1, 2006, pp. 131 a 140. ISSN 0035-4317.

BIANCONI, Lanfranco. “Vers un droit pénal communautaire” in *Revue du Marché Commun*. 181. (Janvier), 1975, pp. 33-39.

BOUSCANT, Rémy. “La faute dans les infractions aux règles de concurrence en droit européen” in *Revue trimestrielle de droit européen*. Dalloz. N.º 1, 36<sup>e</sup> année, 2000, pp. 67-97.

CENGIZ, Firat. “Multi-level Governance in Competition Policy: the European Competition Network” in *European Law Review*. Vol 35, n.º 5, October. Sweet & Maxwell, 2010. ISSN 0307-5400. pp. 660 a 677.

Comissão Europeia. *A Política de Concorrência na Europa e os Cidadãos*. 2000.

CORDEIRO, António Menezes. “Defesa da concorrência e direitos fundamentais das empresas: responsabilização da Autoridade da Concorrência por danos ocasionados em actuações de inspecção” in *Revista O Direito*. Coimbra: Livraria Almedina, Ano 136.º, I, 2004, pp. 43 a 76. ISBN 972-40-2406-7.

DEMETRIOU, Marie e GRAY, Margaret. “Developments in EC competition law in 2006: an overview” in *Common Law Market Review*. Netherlands: Kluwer Law International, Vol. 44, n.º 5, 2007, pp. 1429 a 1462. ISSN 0165-0750.

DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. “Derecho Comunitario y Medidas Sancionatorias” in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*. Giuffrè editore. Numero 2, 1994, pp. 291-348.

FERNANDES, Sophie Perez. “A cooperação entre a Comissão Europeia e os tribunais nacionais no quadro do direito da concorrência da União – o art. 15.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003” in *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado*. Tomo LX, n.º 327, 2011. ISSN 0870-8185. pp. 574 a 604.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel. “Las inspecciones de las autoridades de la defensa de la competencia y los derechos de los inspeccionados” in *Anuario de la Competencia 2009*. Universitat Autònoma de Barcelona, 2010, pp. 133-157. ISBN 978-84-490-2665-2.

FERNÁNDEZ MOLINERO, María. “Los poderes de investigación de la Comisión Europea en los Reglamentos 1/2003 y 773/2004” in *Derecho de la competencia europeo y español*. Volumen VII. Madrid: Editorial Dykinson, 2007, pp. 177-208. ISBN 978-84-9772-984-0.

FORRESTER, Ian S. “A Challenge for Europe’s Judges: The Review of Fines in Competition Cases” in *European Law Review*. Vol 36, n.º 2, April. Sweet & Maxwell, 2011. ISSN 0307-5400. pp. 185 a 207.

\_\_\_\_\_ “Due process in EC competition cases: A distinguished institution with flawed procedures” in *European Law Review*. Vol 34, n.º 6, December. Sweet & Maxwell, 2009. ISSN 0307-5400. pp. 817 a 843.

GALÁN CORONA, Eduardo. "Notas sobre el Reglamento (CE) n.º 1/2003, del Consejo, de 16 de Diciembre de 2002, para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma" in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. ISSN 1138-4026. Año 7, n.º 15: (Mayo-Agosto 2003), pp. 499-525.

GALINDO, Blanca Rodriguez. "L'application des règles de concurrence du traité CEE: les pouvoirs d'enquête de la Commission" in *Revue du Marché Unique Européen*. 2, 1991, pp. 75-95.

GAUER, Céline; DALHEIMER, Dorothe; KJOLBYE, Lars e DE SMIJTER, Eddy. "Regulation 1/2003: a modernised application of EC competition rules" in *Competition Policy Newsletter*. European Commission. Number 1, 2003, pp. 3-8. ISSN 1025-2266.

GRASSO, Giovanni. "Nuove Prospettive in Tema di Sanzioni Amministrative Comunitarie" in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*. Giuffrè editore. Numero 5, 1994, pp. 863-881.

GUILLÉN CARAMÉS, Javier. *Régimen Jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia*. Thomson Reuters, Aranzadi, 2010. ISBN 978-84-9903-540-6.

ITALIANER, Alexander. "The European Commission's procedural package: increasing interaction with parties and enhancing the role of the Hearing Officer" in *C&R Revista de Concorrência e Regulação*. Coimbra: Almedina, Ano II, n.º 7/8, 2011, pp. 23 a 42. ISSN 1647-5801.

JANSEN, Bernhard. "Les pouvoirs d'investigation de la Commission des Communautés Européennes en matière de concurrence" in *Revue du Marché Commun*. 342 (Décembre), 1990, pp. 696-701.

PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. "As medidas cautelares no direito da concorrência" in *Temas de Integração*. Coimbra: Livraria Almedina, n.º 22, 2.º sem., 2006, pp. 129 a 155. ISBN 978-972-40-3159-0.

PORTO, Manuel Lopes e ANASTÁCIO, Gonçalo (coordenação). *Tratado de Lisboa – anotado e comentado*. Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4613-6.

SILVA, Miguel Moura e. "As práticas restritivas da concorrência na Lei n.º 19/2012 – novos desenvolvimentos" in *Revista do Ministério Público*. N.º 137, Janeiro/Março 2014, pp. 9 a 45. ISSN 0870-6107.

SLATER, Donald; THOMAS, Sébastien e WAELBROECK, Denis. *Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?* Research Paper 05/2008. College of Europe. Acedido em 04.07.2014 em <https://www.coleurope.eu/website/study/european-legal-studies/research-activities>.

VENIT, James S. "Brave new world: the modernization and decentralization of enforcement under articles 81 and 82 of the EC Treaty" in *Common Law Market Review*. Netherlands: Kluwer Law International. ISSN 0165-0750. Vol. 40, n.º 3: (june 2003), pp. 545-580.

VILAÇA, José Luís da Cruz. "Introdução à Nova Legislação da Concorrência: Vicissitudes dos Projectos de Modernização" in *Concorrência - Estudos*. Coimbra: Edições Almedina, 2006, pp. 13 a 44. ISBN 972-40-2856-9.

WIGGER, Angela. "The political role of transnational experts in shaping EU competition policy: towards a pan-european system of private enforcement" in *Legisprudence: International Journal for the study of legislation*. Vol. III, n.º 3. Hart Publishing: Oxford.

(s. d.) pp. 251-276.

## DOCUMENTAÇÃO

Resolução do Parlamento Europeu de 2 de fevereiro de 2012, sobre o Relatório Anual sobre a Política de Concorrência da UE, JOUE C 239 E de 20.08.2013, pp. 97 a 108.

Relatório da Comissão sobre a Política de Concorrência 2011. Documento COM(2012) 253 final de 30 de maio de 2012.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em Estrasburgo, n.º 43.509/08, *A. Menarini Diagnostics S. R. L. / Itálie* de 27 de Setembro de 2011. p. 11

Relatório da Comissão sobre a Política de Concorrência 2010. Documento COM(2011) 328 final de 10 de Junho de 2011.

Commission of the European Communities. Commission Staff Working Paper accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. Report on the functioning of Regulation 1/2003 SEC(2009)574. Documento COM(2009) 206 final de 29 de Abril de 2009.

Relatório da Comissão sobre a Política de Concorrência 2007. Documento COM(2008) 368 final de 16 de Junho de 2008.

Relatório da Comissão sobre a Política de Concorrência 2006, Documento COM(2007) 358 final.

Livro Branco sobre a modernização das regras de aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE, Programa da Comissão n.º 99/027, 1999/C 132/01, JOCE C 132 de 12.05.1999, pp. 1 a 33.

TJUE, Acórdão de 18 de julho de 2013, *Schindler Holding Ltd e o. / Comissão Europeia*, Proc. C-501/11 P.

TJUE, Acórdão de 8 de Dezembro de 2011, *KME Germany AG e o. / Comissão Europeia*, Proc. C-272/09 P.

TJUE, Acórdão de 8 de Dezembro de 2011, *Chalkor AE Epexergias Metallon / Comissão Europeia*, Proc. C-386/10 P.

TJUE, Acórdão de 8 de Dezembro de 2011, *KME Germany AG e o. / Comissão Europeia*, Proc. C-389/10 P.

TJ, Acórdão de 29 de Junho de 2006, *SGL Carbon*, Proc. C-301/04 P, Conclusões do Advogado-Geral L. A. Geelhoed, I-5935.

TJCE, Acórdão de 8 de Julho de 1999, *Comissão / Anic Partecipazioni Spa*, Proc. C-49/92 P, pp. I-4162 a I-4233.

TJCE, Acórdão de 9 de Novembro de 1983, *Michelin / Commission*, Proc. 322/81, Colect. 1983-10, pp. 3461 a 3547.

TJCE, Acórdão de 7 de Junho de 1983, *Musique Diffusion Française / Commission*, Procs. 100 a 103/80, Colect. 1983-6, 1825 a 1954.

TJCE, Acórdão de 29 de Outubro de 1980, *Van Landewyck (FEDETAB) / Commission*, Procs. 209 a 215 e 218/78, Colect. 1980-7, 3125 a 3331.

TJCE, Acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, *Hoffman-La Roche / Commission*, Proc. 85/76, Colect. 1979, 461 a 601.

TJCE, Acórdão de 23 de Outubro de 1974, *Transocean Marine Paint / Commission*, Proc. 17/74, Colect. 1974, 1063 a 1093.

Jornal Oficial da União Europeia em <http://eur-lex.europa.eu> .

Diário da República portuguesa em <http://www.dre.pt> .

# O GARANTISMO CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO PENAL<sup>1</sup>

THE CONSTITUTIONAL GUARANTEES. CRIMINAL CONSTITUTION.

Maria Manuela Magalhães Silva<sup>2</sup>  
Dora Resende Alves<sup>3</sup>

**RESUMO:** A lei fundamental assume historicamente um papel de garante e defesa das matérias de direitos, liberdades e garantias fundamentais e é em especial nesse âmbito que se estabelecem relações próximas com o direito penal e o direito processual penal.

**Palavras-chave:** Constituição Penal, direitos, liberdades e garantias.

**ABSTRACT:** The fundamental law historically assumes a role of defense of law and guarantees of rights, freedoms and guarantees and it is particularly in this context that are established close relations with the criminal law and criminal procedural law.

**Key-words:** Criminal Constitution, rights, freedoms and guarantees.

## I INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende abordar a área constitucional, e particularmente o regime jurídico-constitucional de acordo com a atual Constituição portuguesa, para de seguida focalizar no regime constitucional penal ou, se assim se pode dizer, para a “Constituição Penal”.

## 2 SOBRE A CONSTITUIÇÃO EM GERAL

A questão que começo por colocar é se a Constituição portuguesa atual é ou não uma constituição garantística. Ora bem, face a essa questão há muitos aspetos que poderemos focar. A nossa Constituição, que já está em vigor desde 1976, e portanto é já uma Constituição com 38 anos de existência, mas que, não obstante esses 38 anos, se tem mantido, no seu essencial, tal como foi concebida. Embora tenha sido já objeto de sete revisões constitucionais, no seu núcleo essencial, ou seja, no seu conteúdo material, efetivamente, não existiram alterações de grande monta. Ela foi criada após uma revolução, portanto é uma constituição pós-revolucionária, e dessa revolução surgiu a necessidade de criar uma constituição nova, rompeu-se com o

---

<sup>1</sup> O texto teve por ponto de partida a intervenção apresentada nas II JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS SOBRE GARANTISMO CONSTITUCIONAL - PENAL, que decorreram no dia 31 de Julho de 2014 organizadas pelo ISBB – Instituto Superior Bissaya e Barreto, em Coimbra.

<sup>2</sup> Doutora em Direito, Professora Associada da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, e Professora no Instituto Superior Bissaya Barreto, Coimbra, Portugal.

<sup>3</sup> Mestre em Direito e Professora Auxiliar Convidada da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal. Doutoranda em Direito na Universidade de Vigo, Espanha.

sistema constitucional em vigor e o povo elegeu, pela primeira vez, mediante eleições com sufrágio direto e universal, uma Assembleia Constituinte com a tarefa de criar a nova Lei Fundamental do Estado Português. Essa Assembleia foi uma assembleia político-ideologicamente partidarizada, mas que teve um denominador comum - criar uma lei fundamental para o Estado português que garantisse a implementação de um Estado de Direito, uma política democrática e tudo isto aliado a uma ideia de sociabilidade, ou seja, a ideia de um Estado social, de um Estado prestador e um Estado preocupado com o bem-estar dos cidadãos. Esta Assembleia como tinha, ou teve, estas preocupações, tentou criar então uma lei fundamental que não permitisse que estes conceitos fossem postos em causa. Aliás, porque a própria Assembleia, que na altura criou a Constituição, tinha bastante receio de vários fatores: por um lado receava um retrocesso, que a própria revolução viesse a ser posta em causa pelas forças políticas anteriores, receava também as forças militares e portanto tentou criar um texto constitucional que não permitisse que ela própria, que os seus princípios básicos, fossem de alguma forma postos em causa. E, por isso, consagrou nos seus primeiros artigos desde logo a ideia de um Estado de Direito, um Estado subordinado à constituição e à lei, o que está previsto no artigo 3.º da Constituição, *Soberania e legalidade*. Estabeleceu um princípio fundamental no artigo 2.º da Constituição, o de *Estado de direito democrático*, baseado em princípios como o da pluralidade de expressão, de organização político-democrática e, fundamentalmente, que é isso sobre que nos vamos debruçar mais, a garantia e efetividade dos direitos e das liberdades fundamentais. Não esquecendo, a ideia do Estado prestador consagrou no seu artigo 9.º *Tarefas fundamentais do Estado*, que o Estado através dos seus órgãos deve desenvolver para atingir os seus fins de justiça, segurança e bem-estar económico-social dos cidadãos. Portanto, no fundo, e em termos assim mais genéricos, a Assembleia criou uma constituição ideológico-programática.

A Constituição da República Portuguesa está estruturada em quatro Partes e efetivamente dedicou logo a Parte I aos *Direitos e deveres fundamentais*, entendeu-se que era de tal forma relevante a garantia dos direitos e liberdades fundamentais, como diz no artigo 2.º da Constituição, que toda a primeira parte é dedicada precisamente a essa matéria. Essa primeira Parte é bastante extensa, ela abrange os artigos 12.º a 79.º, e dentro dessa grande parte temos os primeiros artigos, os primeiros doze artigos, do 12.º ao artigo 24.º, dedicados a princípios gerais aplicáveis a todo o restante e depois subdividida essa parte em dois Títulos, um relativo aos *Direitos, liberdades e garantias* (Título II) e outros aos *Direitos e deveres económicos, sociais e culturais* (Título III).

### 3 SOBRE A CONSTITUIÇÃO PENAL

Estes direitos e a sua efetivação ou garantia é efetivamente essencial em qualquer Estado de Direito. Portanto, não só no Estado português mas em qualquer Estado de Direito é essencial que os direitos, liberdades e garantias estejam consagrados e sejam realmente efetivados. Assim, a Constituição portuguesa não ficou por aí e estabeleceu, nos seus artigos, várias formas de garantir a efetivação dos mesmos. Desde logo pelo próprio regime jurídico que é estabelecido para este tipo de direitos, esse regime encontra-se fundamentalmente nos artigos 17.º e 18.º da Constituição, que estabelecem: os direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam todos os sujeitos de direito quer sejam públicos quer sejam entidades privadas; só é possível restringir, ou existirem restrições aos direitos fundamentais nos casos expressamente previstos na Constituição, e a restrição tem que preencher ou respeitar uma série de requisitos, desde logo o princípio da proporcionalidade, não se pode restringir para além daquilo que for necessário e não pondo em causa outros direitos fundamentais, só pode ser feita com caráter geral e abstrato, não pode a restrição ter um caráter retroativo e ainda consagra uma outra limitação que é a de reserva de lei, ou seja, a restrição só pode ser feita através de ato legislativo. Efetivamente, só a Assembleia da República, de entre os órgãos que detêm a competência legislativa, é que pode legislar sobre esta matéria, ou, eventualmente, se o entender, autorizar essa legislação, através de uma lei de autorização legislativa onde vai definir exatamente o objeto, o sentido, a extensão e qual o prazo dessa autorização (veja-se o artigo 165.º, n.º 1, alínea c), e n.º 2, da CRP). Fixa-se ainda, também, que os direitos só podem ser suspensos em casos excecionais, ou seja, quando exista uma grave perturbação da ordem político-social, o que está previsto no artigo 19.º da Constituição da República Portuguesa, *Suspensão do exercício de direitos*, e, mesmo nesses casos, essa suspensão não pode de forma alguma abranger os direitos que estão indicados expressamente no artigo 19.º, n.º 6, que são aqueles direitos que podemos considerar, enfim, quase como direitos naturais, inerentes à própria natureza do ser humano, como o direito à vida, o direito à cidadania, e, aqui importa-nos focalizar mais, a própria não retroatividade da lei criminal é também um dos direitos que não pode nunca ser suspenso. Esta suspensão tem também limites temporais, ou seja, fixa a própria Constituição que tem que ser por um período muito limitado, de 15 dias, que pode ser prorrogado se existir fundamentação mas tem que ser sempre por um período muito curto, portanto, e bem delimitado no tempo. Todos estes requisitos para que não ocorra a possibilidade de se pôr, de alguma forma, em

causa o que está previsto quanto aos direitos, liberdades e garantias. Estabelece ainda outro mecanismo de proteção que é fruto da própria rigidez da Constituição portuguesa. A nossa Constituição é uma constituição rígida, que não pode ser revista segundo um processo legislativo ordinário, só pode ser revista segundo um processo especial que ela própria prevê e está consagrado na Parte IV da Constituição, mais especificamente nos artigos 284.º a 289.º, e, nessa Parte, está definido o processo que deve ser seguido para se realizar uma revisão constitucional. Esse processo está sujeito a uma série de limites, limites de carácter formal, temporal, circunstancial e material. De todos esses limites, efetivamente os que nos importam mais neste momento são exatamente os limites materiais. Os limites materiais são aqueles que estão consagrados no artigo 288.º da Constituição e impedem que determinadas matérias, que são consideradas como núcleo essencial da Constituição, sejam alteradas. Entendem os grandes constitucionalistas portugueses, como o *Professor Gomes Canotilho*,<sup>4</sup> que estas matérias são tão importantes que se forem alteradas iremos alterar a essência da Constituição e, então, já não estaremos a rever a Constituição mas a criar uma constituição nova. Uma dessas matérias é exatamente a que diz respeito aos direitos, liberdades e garantias, consagrada no artigo 288.º, na alínea c), da CRP. Portanto, seguindo esta perspetiva sobre a relevância dos limites materiais pois também os direitos, liberdades e garantias não poderão ser objeto de revisão constitucional. Assim, se uma revisão constitucional pretender mesmo abranger esta matéria, pois a única coisa que poderá fazer, ou que será legítimo que faça é alargar o âmbito desses direitos, liberdades e garantias, mas nunca de alguma forma limitá-los, diminuí-los, isso não poderá ser feito porque, como se disse anteriormente, então não estaremos a rever a Constituição, estaremos a fazer uma Constituição nova e portanto não uma revisão constitucional.

É no âmbito dos direitos, liberdades e garantias, que se encontra aquilo a que podemos chamar “Constituição penal”. De certo modo entre aspas mas é onde poderemos falar da nossa “Constituição penal”, já que o direito penal e o direito processual penal invadem necessariamente este âmbito e inversamente são ramos do direito sensíveis às modificações constitucionais<sup>5</sup>.

A nossa “Constituição penal” está enquadrada precisamente neste capítulo sobre direitos, liberdades e garantias, que estão protegidos por todos estes mecanismos constitucionais. Ela está consagrada desde logo a partir do artigo 24.º da Constituição quando fala do *Direito à vida* e depois temos os direitos seguintes que se referem também a questões do direito penal, como por exemplo a proibição da pena de

---

<sup>4</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Reimpressão da 7.ª Edição de 2003. Coimbra: Livraria Almedina, 2014, pp. 944 e ss.

<sup>5</sup> COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal*. 2012, p. 44.

morte que está consagrada também no n.º 2 do mesmo artigo 24.º; o *Direito à liberdade e à segurança*, no artigo 27.º da Constituição; o direito ou enfim as condições ou as garantias ligadas à prisão e mais especificamente à *Prisão preventiva*, no artigo 28.º da Constituição e temos ainda o artigo 29.º da Constituição que tem como título a *Aplicação da lei criminal*. Efetivamente, podemos dizer que o artigo 29.º contém o essencial do regime constitucional da lei criminal, previsto nos seus diferentes números. Para além de termos também *Limites das penas e das medidas de segurança*, no artigo 30.º da Constituição, o *Habeas corpus*, no artigo 31.º e depois o artigo 32.º tem também uma importância fulcral porque estabelece as *Garantias de processo criminal* e relativamente a este artigo podemos dizer que ele condensa os mais importantes princípios, matérias do processo criminal, há quem lhe chame mesmo a “Constituição processual criminal”<sup>6</sup>.

Portanto, todos estes direitos e garantias surgem ligados ao direito penal e ao próprio direito processual penal.

É uma realidade, do meu ponto de vista, que estão garantidos por estarem consagrados na Constituição e esta Constituição, como disse, estabelece mecanismos suficientes, para que estes direitos sejam uma realidade, sejam concretizados, sejam efetivados. Deste modo a lei fundamental portuguesa tem consagrado também, penso eu, o essencial da Constituição penal.

E é também na Constituição que encontramos princípios específicos e relevantes de aplicação do direito penal, como sejam o princípio da irretroatividade da lei penal (artigos 1.º, n.º 1, do Código Penal e 29.º, n.º 1, da CRP), o princípio da aplicação da lei penal mais favorável ao agente (artigos 2.º, n.º 4, do Código Penal e 29.º, n.º 4, da CRP) ou relativos à aplicação da lei penal no espaço através do princípio da territorialidade, nomeadamente com o princípio da nacionalidade e os aspectos ligados à extradição (artigos 5.º, n.º 1, alínea e), do Código Penal e 33.º da CRP)<sup>7</sup>.

Agora, é evidente que cabe ao legislador, quando vai legislar e quando vai regular as matérias criminais, respeitar os princípios essenciais que estão na Constituição, assim como aos próprios agentes, aos agentes processuais que trabalham nesta área, tentar colocar em prática estes direitos e estes princípios fundamentais ou, eventualmente, quando necessário também sancionar a sua violação caso não sejam respeitados

Não esquecendo, como mencionámos, que quando o legislador vai legislar sobre matéria penal, na *Definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respetivos pressupostos, bem como processo criminal* ele está limitado pelo exercício

---

<sup>6</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol I. 2010, pp. 491 e ss.

<sup>7</sup> COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal*. 2012, pp. 76, 90 e 95.

da competência legislativa exclusiva da Assembleia da República, se bem que de reserva relativa, ou seja, mediante prévia autorização legislativa o Governo poderá também legislar sobre essas matérias, mas apenas no âmbito dessa autorização (artigo 165.º, n.º 1, alínea c), e n.º 2, da CRP).

Assim, “a *Lei Fundamental, enquanto formalmente legitimadora do ordenamento infraconstitucional que o direito penal representa, assume-se como fonte de direito penal*”, se bem que das relações entre o direito penal e o direito constitucional resulte a “*premissa da existência de uma autónoma e fundada diferenciação normativa entre o direito penal e o direito constitucional*”. Isto é, a Constituição não impõe genericamente a obrigação de criminalizar os actos ofensivos dos bens constitucionalmente protegidos mas pode fazê-lo, como no artigo 117.º, n.º 3, da CRP. Ela pode estabelecer a imposição ou dar o impulso, estabelecendo por certo os limites<sup>8</sup>.

#### 4 CONCLUSÃO

Portanto, como penso que estou já a ultrapassar o tempo que me foi concedido, só a título de conclusão face ao tema a que me tinha proposto, pessoalmente entendo que a nossa Constituição é uma Constituição garantística e que os órgãos do poder devem e têm que a respeitar, como todos sabemos é a lei fundamental do Estado Português e têm que a respeitar quer quando criam lei quer quando aplicam a lei. E esse respeito é e deve ser garantido, para esse efeito existem órgãos adequados, em última instância o Tribunal Constitucional para aferir se existiu ou não o respeito da Constituição e os próprios cidadãos, entidades ou organismos, possuem também mecanismos para desencadear a fiscalização, no caso de entenderem que alguns dos seus direitos ou algum direito em particular não está a ser respeitado, isto quer seja de natureza penal ou não penal. Resta-me concluir que entendo que essa garantia existe e que a proteção fundamental em termos penais está plasmada na Constituição portuguesa.

#### REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Reimpressão da 7.ª Edição de 2003. Coimbra: Livraria Almedina, 2014. ISBN 978-972-4021-06-5.

\_\_\_\_\_ e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1464-4.

---

<sup>8</sup> COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal*. 2012, p. 115.

COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal*. 3.<sup>a</sup> ed. Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2090-2.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, Tomo I a VII.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2.<sup>a</sup> ed. Almedina, 2010. ISBN 978-972-32-1833-6.

PINHEIRO, Rui e MAURÍCIO, Artur. *A Constituição e o processo penal*. Reimpressão. Almedina, 2007. ISBN 978-972-32-1506-9.

SILVA, Maria Manuela Magalhães. *Constituição da República Portuguesa de 2 de abril de 1976, na versão da 7.<sup>a</sup> Revisão constitucional (Lei Constitucional n.º 1/2005 de 12 de agosto)*. Instituto Superior Bissaya-Barreto, 2007. ISBN 978-972-98887-5-5.

\_\_\_\_\_ e ALVES, Dora Resende. *Noções de Direito Constitucional e Ciência Política*. Reimpressão da 2.<sup>a</sup> edição. Lisboa: Rei dos Livros, 2010. ISBN 978-989-51-8305-03-9.

## ÉTICA NO EXAME MÉDICO FORENSE

### ETHICAL ISSUES IN FORENSIC MEDICAL EXAMINATION

Bárbara Santa Rosa<sup>1</sup>

**RESUMO:** A prática médica engloba atividades tão diversas quanto complexas. O médico tem, não só, o dever de representar os interesses de saúde das populações, mas também, de intervir na resolução de problemas com enfoque distinto, designadamente de cariz jurídico. Com efeito, o Código do Processo Penal Português exige a realização de perícia médico-legal sempre que, para a apreciação de um determinado facto, no âmbito do esclarecimento de uma questão jurídica, sejam necessários especiais conhecimentos de natureza médica ou biológica. Então, o exame médico forense, sendo um tipo específico de perícia médico-legal, realiza-se, em regra, na sequência de uma ordem judicial, cumprindo o objetivo de estabelecer, por meio de obtenção de provas, a veracidade ou falsidade dos factos alegados. Apesar das suas singulares características, o exame médico forense não enquadra um regime deontológico de exceção, devendo ser realizado de acordo com as normas orientativas estipuladas no Código Deontológico da Ordem dos Médicos, bem como, com os princípios gerais da ética médica, que sustentam as referidas normas. De acordo com a Teoria Principlista de Beauchamp e Childress existem quatro princípios éticos *prima facie* de especial relevância no contexto da prática médica: a beneficência, a não-maleficência, a autonomia e a justiça. Esta comunicação tem por objetivo fundamentar a pertinência da integração dos princípios da beneficência, da não-maleficência e da autonomia na atividade médica forense de acordo com as importantes especificidades que lhe são subjacentes, relativas, não só, aos seus objetivos, mas também às características da relação médico-examinando.

**Palavras-chave:** Autonomia; Beneficência; Exame médico forense

**ABSTRACT:** Medical and health care activities are wide and complex. The medical doctor has not only the duty to improve the health state of populations but also to deal with other issues such as juridical problems. Indeed, Portuguese Criminal Procedure Code requires a medico-legal exam whenever the assessment of the facts involves knowledge in the scientific fields of medicine or biology in order to clarify legal doubts. The medico-legal exam usually follows a judicial order as a mean of obtaining and gathering evidence, aiming to verify the alleged facts. Despite its particular characteristics the forensic medical exam is not covered by an exceptional deontological procedure, therefore it must comply with Professional Code of Conduct of Portuguese Physician Association orientations and with the ethical principles of medical practice that support such orientations. According to the Principlist Model of Beauchamp and Childress there are four *prima facie* ethical principles of particular significance in medical practice: beneficence, non-maleficence, autonomy and justice. The aim of this paper is to substantiate the relevance of including the ethical principles of beneficence, non-maleficence and autonomy in forensic medical practice under its specificities concerning the objectives of the examination and the medical-examinee relation.

**Key words:** Autonomy; Beneficence; Forensic medical doctor; Medico-legal exam; Non-maleficence

---

<sup>1</sup> Médica Interna de Medicina Legal na Delegação do Centro do Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses, Coimbra, Portugal; aluna do Doutoramento em Bioética do Instituto de Bioética da Universidade Católica Portuguesa, Porto, Portugal

## 1 INTRODUÇÃO

A prática médica engloba atividades tão diversas quanto complexas. O médico tem, não só, o dever de representar os interesses de saúde das populações, mas também de intervir na resolução de problemas com enfoque distinto, designadamente jurídico. Com efeito, o Código do Processo Penal Português exige a realização de perícia médico-legal sempre que, para a apreciação de um determinado facto, no âmbito do esclarecimento de uma questão jurídica, sejam necessários especiais conhecimentos de natureza médica ou biológica<sup>2</sup>.

É ainda de sublinhar que a atividade médica forense não é exclusiva dos médicos especialistas em medicina legal. De facto, de acordo com o Código Deontológico da Ordem dos Médicos, todo o médico poderá ser chamado a atuar como perito<sup>3</sup>, ao serviço da Justiça, cumprindo o objetivo de estabelecer, por meio de obtenção de provas, a veracidade ou falsidade dos factos alegados. Não obstante, existem claras diferenças entre a atividade médico-cirúrgica de índole terapêutica e a atividade médica de índole forense sendo, assim, relevante que todos os médicos as possam (re)conhecer.

Tendo em conta a diversidade de papéis que podem ser atribuídos ao médico não é de estranhar a dificuldade na determinação de um conteúdo unívoco para o conceito de ato médico. Segundo o Código Penal Português um *tratamento ou intervenção médico-cirúrgica*<sup>4</sup> contempla quatro critérios, dois relativos à própria conduta, a qual deve ser realizada por indicação terapêutica e de acordo com as *leges artis*, e os outros relativos ao agente que deve ser um médico ou outra pessoa legalmente autorizada e atuar com o intuito de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental. No entanto, a atividade médica forense não se realiza por indicação terapêutica, logo, o agente não tem por intenção cuidar do doente, não cumprindo, assim, dois dos critérios assinalados.

Outra especificidade dos exames médico-legais resulta a obrigatoriedade de sujeição a exame médico-legal constante na legislação portuguesa<sup>5</sup>. Se o examinando se recusar a deixar-se examinar poderá ser punido por crime de desobediência. Não obstante, é afirmado inequivocamente, no Código Deontológico da Ordem dos Médicos, o dever do perito médico se abster de proceder à perícia sempre que haja uma recusa formal do examinando em deixar-se examinar<sup>6</sup>. Acresce que não é

---

<sup>2</sup> Cf. artigo 151º do Código do Processo Penal Português.

<sup>3</sup> Cf. artigo 118º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

<sup>4</sup> Cf. artigo 150º do Código Penal português.

<sup>5</sup> Cf. artigo 172º do Código do Processo Penal português e artigo 6º da Lei nº45 de 2004, de 19 de Agosto.

<sup>6</sup> Cf. artigo 124º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

legítimo recorrer a métodos ou substâncias que tenham como efeito privar o examinando da faculdade de livre determinação com o intuito de proceder ao exame médico-legal<sup>7</sup>.

Surge, então, como pertinente a dúvida sobre se um exame médico forense pode ou deve ser realizado coactivamente. A consideração jurídica de um dever de sujeição a exame médico forense sugere que as autoridades policiais podem conduzir coactivamente o cidadão para que o realize, desde que o referido exame tenha sido requerido pela autoridade judiciária competente (Pereira, 2005). Mas, um exame médico forense realizado à força pode, por ventura, colocar em causa a legalidade da prova se vier a considerar-se que foi obtida em contravenção ao direito da não autoincriminação ou mesmo mediante tratamento desumano ou degradante<sup>8</sup>. Não obstante a suma importância desta problemática esta será objeto desta comunicação apenas de forma indireta.

Importa clarificar que apesar das especificidades descritas, a atividade médica forense não enquadra um regime deontológico de exceção, devendo ser desempenhada de acordo com as normas orientativas estipuladas no Código Deontológico da Ordem dos Médicos, bem como, com os princípios gerais da ética médica, que sustentam as referidas normas. De acordo com a Teoria Principlista de Beauchamp e Childress (2013) existem quatro princípios éticos, *prima facie*, de especial relevância no contexto da prática médica: a beneficência, a não-maleficência, a autonomia e a justiça. Assim, esta comunicação tem por objetivo fundamentar a pertinência da integração dos princípios da beneficência, da não-maleficência e da autonomia na atividade médica forense de acordo com as importantes especificidades que lhe são subjacentes, relativas, não só, aos seus objetivos, mas também às características da relação médico-examinando.

## 2 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA

Em 1914, o juiz norte-americano Benjamin Cardozo professou o respeito pela autonomia do doente como um dever ético-jurídico do médico, afirmando que todo ser humano em idade adulta e com capacidade cognitiva mantida, tem o direito de determinar o que pode ser feito no seu próprio corpo<sup>9</sup>. Não obstante, no âmbito da atividade médica forense existe, em regra, uma ordem judicial que precede a realização do exame médico<sup>10</sup>. Então, o médico encarregado de funções de carácter

---

<sup>7</sup> Cf. artigo 124º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

<sup>8</sup> Cf. artigo 32º da Constituição da República Portuguesa e artigo 126º do Código do Processo Penal português.

<sup>9</sup> Schloendorff v. Society of New York Hospital, 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 (1914).

<sup>10</sup> A título de exceção podem realizar-se perícias médicas na ausência de ordem judicial prévia se cumprirem os critérios de urgência estabelecidos no art. 13º da Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto que estabelece o regime jurídico dos exames médico-legais.

judicial vai encontrar-se muitas vezes no epicentro de conflitos entre os interesses do examinando e os interesses do sistema judicial e da própria sociedade.

Com efeito, o termo autonomia deriva das palavras gregas *αυτός* que significa si próprio e *νόμος* que significa lei, costume (Abbagnano, 1970). Então, a autonomia refere-se ao direito de viver de acordo com a própria lei, ou seja, agir em conformidade com as próprias convicções. Nesta conformidade, Faden e Beauchamp (1986) consideram que uma ação goza de autonomia quando cumpre cumulativamente três condições: intencionalidade, conhecimento e ausência de controlo externo. A intencionalidade não admite graus, de modo que os atos só podem ser intencionais ou não intencionais. No entanto as outras duas condições, o conhecimento e a ausência de controlo externo, admitem diferentes graus. Consequentemente as ações podem ser mais ou menos autónomas consoante haja maior ou menor grau de conhecimento e controlo externo.

Entende-se, assim, que a autonomia não deve ser interpretada como um conceito bipolar mas antes contínuo, apresentando dois extremos, encontrando-se em um a ação completamente autónoma e no outro a ação completamente não autónoma.

Esta perspectiva é de extrema relevância em medicina forense pois permite o argumento de que a existência de controlo externo (neste caso de uma ordem judicial) desde que não anule a intencionalidade também não anula, necessariamente, a autonomia do examinando. De facto a existência de controlo externo não deve confundir-se com a ausência de intencionalidade pois ainda que o examinando seja compelido a sujeitar-se à perícia médica por uma ordem judicial ele pode, ainda assim, sujeitar-se de forma intencional desde que a outra condição, o conhecimento, seja respeitada. Dito de outra forma ainda que haja algum grau de controlo externo, o examinando pode agir intencionalmente quando compreende a conduta que lhe é solicitada.

Efetivamente, recai, também, sobre o médico forense, o dever de informar o examinando. O conteúdo da informação é de extrema importância, devendo abranger esclarecimentos sobre natureza da ação, os seus resultados previsíveis e as possíveis consequências da sua não realização. A compreensão por parte do examinando não tem que ser exaustiva, mas sim adequada, e completa dentro da adequação.

Concomitantemente, é de crucial importância que o médico forense se certifique, antes de intervir, que o examinando tem conhecimento da sua qualidade de perito, da missão que desempenha e da obrigação que recai sobre o médico de comunicar à entidade requisitante os resultados do exame <sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Cf. artigo 122º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

### 3 OS PRINCÍPIOS DA BENEFICÊNCIA E DA NÃO-MALEFICÊNCIA

Também a pertinência da integração do princípio da beneficência na relação médico-examinando merece uma análise mais detalhada, uma vez que, a perícia médica não tem como objetivo primário promover a saúde do indivíduo.

O princípio da beneficência engloba, de acordo com Beauchamp e Childress (2013), a prevenção e/ou remoção do mal e a promoção e/ou realização do bem. No entanto, a noção de bem é muito abrangente sendo que no âmbito do exame médico forense a atuação do médico pode indiretamente beneficiar a saúde do examinando se considerarmos o significado mais lato de saúde que afirma este conceito como um bem-estar estar biopsicossocial.

Importa sublinhar que a inobservância do princípio do respeito pela autonomia do examinando na intervenção médico-legal resulta necessariamente na lesão do princípio da beneficência nas suas múltiplas vertentes, designadamente podendo ferir o direito à integridade (física e moral), o direito à livre disposição do corpo e mesmo o direito à reserva da intimidade da vida privada. Com efeito, se analisarmos devidamente a Teoria Princípalista de Beauchamp e Childress (2013) verificamos a existência de uma ligeira sobreposição do conteúdo dos princípios da beneficência e da autonomia.

Nesta conformidade o autor Englehardt (1996) considera que devemos fazer aos outros o bem deles e não o nosso bem. De facto, se fizermos aos outros o que gostaríamos que nos fizessem a nós acabaríamos por impor-lhes a nossa noção de bem, concluindo que nós só podemos conhecer o nosso próprio bem pelo que a autoridade para realizar ações que envolvem os outros advém da permissão daqueles.

Acresce que o artigo 150º do Código Penal Português estatui a atipicidade das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos como ofensa à integridade física. No entanto, como já foi referido previamente, a atividade médica forense não cumpre dois dos critérios estabelecidos pelo artigo em questão, logo, a atividade médica forense não se considera atípica no que se refere a ofensa à integridade física. Assim também o princípio da não-maleficência é chamado à discussão. Será então de considerar o artigo 149º do mesmo código que refere que para efeito de consentimento a integridade física se considera livremente disponível, desde que a ofensa não contrarie os bons costumes. Assim, ao dever de esclarecer acresce o dever de obter consentimento. Só desta forma o médico perito pode legitimar o exame forense. Importa assinalar que o consentimento, tal como a autonomia, assume diferentes graus podendo o exame médico forense ser realizado mediante assentimento, consentimento ou decisão do examinando. Aqui há a considerar a idade do examinando e outros fatores que influenciem a sua capacidade para consentir.

É incontornável referir que alguns exames médico-legais, designadamente a realização de zaragatoa bucal para obtenção de perfil genético e posterior comparação com o perfil obtido de uma amostra-problema, não colocam em risco a saúde do examinando, podendo eventualmente fazer corresponder a recusa do examinando a um ato de obstrução à ação da justiça. Existe, assim, uma acesa discussão acerca da legitimidade da obtenção de amostras biológicas compulsivamente, a título excepcional, no âmbito do exame médico forense<sup>12</sup>, em sede de direito penal. Mas o que aqui sublinhamos é que temos também que discutir a problemática do ponto de vista deontológico nomeadamente no que se relaciona à relação médico-examinando. Nesta conformidade é oportuno assinalar que o oposto à recusa de sujeição a um exame médico inócuo também se pode verificar, ou seja, o examinando pode consentir a realização de uma intervenção médica, em contexto forense, que coloque em risco a sua saúde, mesmo quando possuidor de toda a informação relevante. Este facto pode encontrar diversas justificações, nomeadamente, aceitação de submissão ao exame devido à pressão subjacente ao facto do examinando se encontrar sob custódia judicial, por falsas expectativas de libertação precoce subsequente à colaboração ou mesmo por receio de que a recusa a submeter-se ao exame possa ser considerada uma confissão tácita de culpa. Obviamente tais fatores influenciam de forma negativa a autonomia da ação do examinando.

A título de exemplo, o recurso a métodos invasivos, como a endoscopia, para localizar e extrair estupefacientes transportados no interior do sistema digestivo de um correio de droga humano cursa nomeadamente com risco de perfuração intestinal e/ou dos pacotes de droga. Neste exemplo concreto, mesmo o recurso a métodos minimamente invasivos como os enemas, que aceleram o trânsito intestinal, não é

---

<sup>12</sup> Consta no acórdão n.º 155/2007 do Tribunal Constitucional Português que a *recolha de saliva através da utilização da técnica da zaragatoa bucal, sem efectivo recurso à força física mas realizada contra a vontade expressa do arguido e sob a ameaça de recurso à mesma, conflitua com o âmbito constitucionalmente protegido do seu direito à integridade pessoal.* [...] Mas, interessa saber se, considerando, designadamente, a sua intensidade e a finalidade a que se destina, ela não estará constitucionalmente legitimada. [...] Num primeiro momento perguntar-se-á se a medida legislativa em causa [...] é apropriada à prossecução do fim a ela subjacente; de seguida, haverá que perguntar se essa opção, nos seus exactos termos, significou a «menor desvantagem possível» para a posição justificadamente decorrente do direito [...]; finalmente, há que pensar em termos de «proporcionalidade em sentido restrito», questionando-se «se o resultado obtido [...] é proporcional à carga coactiva» que comporta. [...] Ora, o Tribunal não considera que as restrições aos direitos fundamentais necessariamente implicadas pelas normas que agora estão em causa violem qualquer dos subprincípios enunciados, uma vez que não se vislumbra que não constituam um meio adequado para a prossecução dos fins visados, que não sejam necessárias para alcançar esses fins, que se traduzam numa opção manifestamente errada do legislador ou que sejam manifestamente excessivas ou desproporcionadas. [...] Sumariza o acórdão do Tribunal da Relação do Porto 1728/12.8JAPRT.P1, de 2013, que as intervenções corporais como modo de obtenção de prova, como seja a recolha de saliva através de zaragatoa bucal, podem ser obtidas por via compulsiva, para determinação do perfil de ADN e posterior comparação com vestígios recolhidos no local do crime mostrando-se aceitáveis e legitimadas se (i) estiverem legalmente previstas, (ii) perseguirem uma finalidade legítima, (iii) mostrarem proporcionalidade entre a restrição dos direitos fundamentais em causa (integridade pessoal; intimidade, autodeterminação informativa) e os fins perseguidos, revelando-se (a) idóneas, (b) necessárias e (c) na justa medida. Para o efeito essas intervenções corporais devem ser (iv) judicialmente determinadas e estar (v) devidamente motivadas, não sendo admissíveis quando corresponderem, na sua execução, a (vi) tratamentos desumanos ou degradantes, optando-se, neste casos e em sua substituição, por (vii) qualquer outra amostra de fluido orgânico que possa ser devidamente recolhida para determinação do ADN.

indicado na medida em que também aumentam o risco de ruptura dos pacotes e consequentemente de intoxicação por libertação de droga. Tais atitudes comprometeriam gravemente o princípio da não-maleficência. Em alternativa deve esperar-se que os pacotes passem espontaneamente, mantendo o examinando em observação em serviço médico hospitalar adequado.

Se o examinando consentisse a realização de tais intervenções há a questionar sobre quem se responsabilizaria se delas resultasse dano corporal grave ou mesmo a morte do examinando?

#### **4 CONCLUSÃO**

É essencial que o médico tenha sempre presente que o seu papel primário é o de assegurar o respeito pela integridade do examinado, no contexto do solicitado apoio à Justiça, competindo-lhe integrar os inúmeros princípios da ética médica na sua intervenção. Concomitantemente é essencial que o jurista reconheça que o recurso à figura do médico perito não pode/deve servir somente o objetivo de garantir o sentimento de pudor<sup>13</sup> na vertente técnica do exame forense, necessário à obtenção de provas.

Os princípios ético-deontológicos, não sendo ordens para o médico agir ou se abster de agir de determinada maneira, servirão de bússola, determinando o certo e o errado de acordo com a situação na sua totalidade e não por uma regra geral. Ou seja, porventura uma ordem judicial poderá ser contrária à deliberação ética<sup>14</sup> do médico sendo essencial fomentar uma atitude dialógica com o objetivo de encontrar alternativas que, no caso concreto, possam satisfazer, de igual forma, as necessidades do sistema de justiça<sup>15</sup>.

#### **REFERÊNCIAS**

Abbagnano, N. (1970). Dicionário de filosofia (Alfredo Bosi Trad. e Rev.). São Paulo: Editora Mestre Jou.

Beauchamp, T., Childress, J. (2013). Principles of biomedical ethics (7th ed.). Oxford University Press

Engelhardt, T. (1996) The foundations of bioethics (2nd ed.) Oxford University Press

---

<sup>13</sup> Cfr. n.º 3 do artigo 172º do Código do Processo Penal Português.

<sup>14</sup> É importante assinalar que a deliberação ética do médico engloba não só a análise de princípios e valores, mas também, dos factos (clínicos), dos deveres (deontológicos) e da responsabilidade (nomeadamente legal).

<sup>15</sup> No exemplo referido, sobre os correios de droga humanos, a atitude mais adequada seria esperar pela passagem espontânea dos pacotes, mantendo o examinando internado num serviço hospitalar adequado de forma a que se algum pacote vier a romper lhe poder ser prestada assistência clínica imediata.

Faden, R. B. (1986). A history and theory of informed consent. Oxford University Press.

Pereira A. (2005) O Consentimento (Informado) na Actividade Pericial Forense. Revista Portuguesa do Dano Corporal. 14 (15): 11-45

### **Legislação**

Constituição da República Portuguesa (2002) Coimbra: Almedina

Decreto-lei n.º 78/1987 de 17 de Fevereiro – Código do Processo Penal Português

Decreto-lei n.º 48/1995 de 15 de Março – Código Penal Português

Lei n.º 45/2004 de 19 de Agosto – Regime Jurídico das Perícias Médico-legais

Acórdão n.º 155 do Tribunal Constitucional Português (2007)

Acórdão 1728/12.8JAPRT.P1 do Tribunal da Relação do Porto (2013)

Schloendorff v. Society of New York Hospital, 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 (1914)

Regulamento n.º 14/2009 – Código Deontológico da Ordem dos Médicos

# GARANTISMO LABORAL: O SALÁRIO, RAZÃO E ALCANCE DA PROTEÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA<sup>1</sup>

LABOUR WARRANTIES: REASON AND SCOPE OF THE PROTECTION OF SALARY IN THE PORTUGUESE CONSTITUTION

Sónia Preto<sup>2</sup>

**RESUMO:** O salário não traduz um típico direito de crédito nem constitui a contrapartida de uma mera mercadoria, não podendo deixar de se sublinhar que este se apresenta como a única fonte de rendimentos da maior parte da população (Xavier, 1986) e, nessa medida, de acesso a bens, mas igualmente de identidade e cidadania (Castel, 1998). O salário constitui uma das dimensões estruturantes da realidade social em que nos inserimos. Partindo destes pressupostos é possível concluir que nem o mercado explica integralmente o salário nem o esgota, sem embargo, o salário pode ser encarado não apenas da ótica de quem o recebe mas também da de quem o paga, bem como da de quem o estabelece e sindicaliza. Por essa razão, o salário só pode ser entendido se perspectivado (e conciliado) com os pontos de vista já aludidos. Partindo destas ideias de raiz procurar-se-á, neste texto, apresentar o enquadramento da proteção constitucional do salário no seu núcleo principal na constituição Portuguesa, discutir as razões da proteção constitucional desafiando novas interpretações e balizando o alcance da proteção constitucional.

**Palavras-chave:** constituição da república portuguesa, garantismo laboral, proteção constitucional do salário

**ABSTRACT:** The salary does not reflect a typical credit right or constitutes a mere commodity, it is, indeed, presented as the only source of income of most of the population (Xavier, 1986) and to that extent, of access to goods but also of identity and citizenship (Castel, 1998) meaning that the salary is one of the structural dimensions of social reality in which we operate. Based on these assumptions it can be concluded that the market doesn't fully explain the salary and, in that extent, the salary can be seen from many perspectives: the worker, the employee, the courts, the legislator, the collective representatives. For this reason, the salary can only be understood if analysed (and reconciled) with the views already alluded. From these root ideas it is aimed, in this text, to present the framework of Portuguese constitutional protection of salary, to discuss the reasons of that protection and the new challenges it poses.

**Key-words:** Portuguese Constitution, labour warranties, constitutional protection of salary

## 1 INTRODUÇÃO

*Em todo e qualquer sistema, independentemente das relações fundamentais existentes entre o capital e o trabalho, o salário, isto é, a remuneração do trabalho, permanece um meio concreto pelo qual a grande maioria dos homens pode ter acesso àqueles bens que estão destinados ao uso comum,*

---

<sup>1</sup> Este texto corresponde à conferência apresentada no âmbito das II jornadas luso brasileiras sobre garantismo co-organizadas pelo Instituto Superior Bissaya Barreto, Centro Universitário Toledo e Universidade Federal de Mato Grosso, no auditório Bissaya Barreto em Coimbra em 31 de Julho de 2014. Aproveita-se esta oportunidade para prestar homenagem e dedicar este texto ao saudoso Senhor General Gabriel Espírito Santo que nos deixou ainda com tanto para oferecer e cuja mundividência e afabilidade bem como a inteligência e a razoabilidade tornavam todos os assuntos passíveis de conversas aparentemente simples mas absolutamente enriquecedoras.

<sup>2</sup> Instituto Superior Bissaya Barreto (ISBB-Coimbra).

*quer se trate dos bens da natureza, quer dos bens que são fruto da produção. Uns e outros tomam-se acessíveis ao homem do trabalho graças ao salário, que ele recebe como remuneração do seu trabalho. Daqui que o justo salário se torna em todos os casos a verificação concreta da justiça de cada sistema socioeconómico e, em qualquer hipótese, do seu justo funcionamento (Paulo II, 1981).*

O salário não traduz um típico direito de crédito nem constitui a contrapartida de uma mera mercadoria, não podendo deixar de se sublinhar que este se apresenta como a única fonte de rendimentos da maior parte da população (Xavier, 1986) e, nessa medida, de acesso a bens, mas igualmente de identidade e cidadania (Castel, 1998). O salário constitui uma das dimensões estruturantes da realidade social em que nos inserimos não apenas porque representa a contrapartida da prestação do trabalhador, mas também a principal fonte de sustento da generalidade das pessoas. O próprio conceito de cidadania hodierno se constrói, em grande medida, em torno do trabalho<sup>3</sup>, enquanto realidade social, através do qual a esfera do cidadão, agora cidadão trabalhador, se vê completada por um conjunto de direitos específicos e também pela possibilidade de acesso a bens e serviços através do salário. Considerando que no essencial o acesso a estes bens se efetiva através do salário (Miguel & Preto, *in press*) podemos afirmar que através do salário se quantifica e qualifica o modo de vida dos indivíduos, sendo que o trabalho constitui um instrumento essencial de organização e coesão sociais (Miguel & Amaro da Luz, 2014).

Partindo destes pressupostos é possível concluir que nem o mercado explica integralmente o salário nem o esgota, sem embargo, o salário pode ser encarado não apenas da ótica de quem o recebe mas também da de quem o paga, bem como da de quem o estabelece e sindicaliza. Por essa razão, o salário só pode ser entendido se perspectivado (e conciliado) com os pontos de vista já aludidos para «dotar este esqueleto jurídico de carne e de sangue, de o vivificar, para o que se torna mister perspetivar o salário a partir de outros e diversos pontos de vista» (Amado, 1994: 17).

Partindo destas ideias de raiz procurar-se-á, neste texto, apresentar o enquadramento da proteção constitucional do salário no seu núcleo principal na constituição Portuguesa, discutir as razões da proteção constitucional desafiando novas interpretações e balizando o alcance da proteção constitucional.

---

<sup>3</sup> Sem entrar, agora, na discussão sobre se este paradigma se encontra já em vias ser ultrapassado considerando o contexto atual europeu.

## 2 ENQUADRAMENTO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

Os direitos fundamentais surgem, na norma fundamental portuguesa<sup>4</sup>, como o «conjunto dos preceitos normativos que definem, a partir do seu lado positivo, o estatuto fundamental das pessoas na sociedade política» ou «as posições jurídicas subjetivas atribuídas ou reconhecidas aos indivíduos e cidadãos por esses mesmos preceitos normativos» (Andrade, 2010: 72).

Uma breve análise do regime destes direitos permite-nos concluir, por um lado, que o catálogo dos direitos fundamentais não se esgota no catálogo dos artigos 12.º a 79.º (que correspondem à Parte I deste diploma) por determinação do artigo 16.º da CRP que prevê que aqueles direitos não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional impondo, ainda, que os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, tendo como referencial o respeito pela dignidade da pessoa humana<sup>5</sup>.

Por outro lado, os direitos fundamentais podem ser agrupados, nomeadamente, em direitos, liberdades e garantias e direitos e deveres económicos, sociais e culturais. Formalmente, os primeiros encontram-se nos artigos 12.º a 57.º e os segundos nos artigos 58.º a 79.º. Enquanto os direitos, liberdades e garantias beneficiam de um regime específico, de que falaremos adiante, os direitos económicos, sociais e culturais apenas se sujeitam ao regime geral dos direitos fundamentais<sup>6</sup>.

A Constituição Portuguesa apresenta um conjunto de normas que regulam especificamente a matéria laboral, aquilo que podemos designar como bloco constitucional laboral com tradução específica em matéria de direitos fundamentais.

Assim, no Título II, a propósito dos direitos, liberdades e garantias, o legislador constitucional prevê um capítulo específico (o terceiro) sob a epígrafe de direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores onde salvaguarda a segurança no emprego (artigo 53.º), as comissões de trabalhadores (artigo 54.º), a liberdade sindical (artigo 55.º), os direitos das associações sindicais e contratação coletiva (artigo 56.º), e o direito à greve e a proibição do *lock out* (artigo 57.º).

---

<sup>4</sup> A Constituição da República Portuguesa (CRP) foi aprovada e promulgada em 02-04-1976 e entrou em vigor em 25-04-1976; foi objeto de sete revisões constitucionais, respetivamente em 1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 e 2005. Sobre a matéria v. Silva, M. M. M. & Alves, D. R. (2010). *Noções de Direito Constitucional e Ciência Política* (2.ª edição). Lisboa: Rei dos Livros.

<sup>5</sup> Sobre o referencial valorativo da dignidade da pessoa humana aplicável a todos os direitos fundamentais v., por todos, Miranda, J. (2008). *Manual de Direito Constitucional, IV* (4.ª edição). Coimbra: Coimbra editora.

<sup>6</sup> Sem embargo esta tipologia não esgota todas as possíveis classificações sobre direitos fundamentais e muito menos explica integralmente o seu regime; basta pensar noutras categorias como os direitos fundamentais sem assento constitucional ou direitos fundamentais dispersos ou direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias [sobre estas e outras classificações v. Canotilho, J. J. G. (2003). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (7.ª edição). Coimbra: Almedina, 393-407.

No domínio dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais (título III) e concretamente a propósito dos direitos e deveres económicos (capítulo I) a Constituição Portuguesa prevê, no artigo 58.º, o direito ao trabalho e, no artigo 59.º, os direitos dos trabalhadores<sup>7</sup>.

Desta sistematização constitucional é possível extrair uma nota primogénita: a constituição protege, até logicamente, em primeira linha o direito ao trabalho e apenas depois os direitos dos trabalhadores.

Assim, no artigo 53.º da CRP o legislador constitucional consagra a segurança no emprego e, depois, privilegia a dimensão coletiva da relação laboral (artigos 54.º a 57.º da CRP). Depois aquele dedica-se aos direitos dos trabalhadores e, no que agora nos importa, à retribuição e fá-lo nas alíneas a), b) e d) do n.º 1, alínea a) do n.º 2 e n.º 3 do artigo 59.º. Neste domínio a norma fundamental portuguesa estabelece que todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito à retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna; a organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da atividade profissional com a vida familiar; ao repouso e aos lazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas. Nesta sequência incumbe ao Estado assegurar as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os trabalhadores têm direito, nomeadamente o estabelecimento e a atualização do salário mínimo nacional, tendo em conta, entre outros fatores, as necessidades dos trabalhadores, o aumento do custo de vida, o nível de desenvolvimento das forças produtivas, as exigências da estabilidade económica e financeira e a acumulação para o desenvolvimento. Finalmente, os salários gozam de garantias especiais, nos termos da lei.

Este artigo 59.º surge integrado no domínio dos designados direitos económicos, formalmente afastado dos mais nobres direitos, liberdades e garantias o que, enquanto opção legislativa constitucional suscita, essencialmente, três problemas que urge aqui tratar: i) Caracterização material dos direitos previstos no artigo 59.º da CRP em matéria salarial; ii) Regime dos direitos previstos no artigo 59.º da CRP em matéria salarial; iii) Sujeitos dos direitos previstos no artigo 59.º da CRP em matéria salarial.

Quanto à caracterização material destes direitos, os consagrados nas alíneas a) e d) do artigo 59.º constituem direitos, liberdades e garantias de natureza análoga

---

<sup>7</sup> Para além destas disposições especificamente laborais encontramos manifestação de proteção do salário a propósito da proteção da parentalidade no (artigo 68.º).

aos próprios direitos liberdades e garantias<sup>8</sup> que apesar de não constarem formalmente do rol constitucional, regem-se por um regime idêntico aos do catálogo da CRP mas podem encontrar no título dos direitos económicos, sociais e culturais (como é o caso) como dispersos entre os demais direitos fundamentais previstos no texto constitucional (Canotilho, 2003)<sup>9</sup>.

A integração do direito de todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, à retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna e o direito a férias periódicas pagas<sup>10</sup> significa que estamos diante de direitos de natureza negativa (por se reportarem à esfera individual de liberdade inviolável) e aplicabilidade direta por oposição aos direitos de natureza positiva (referentes a direitos a prestações ou atividades do Estado<sup>11</sup>, programáticos, conexionsados com o desenvolvimento do país) e inexecutabilidade direta onde se integrarão (enquanto direitos económicos dos trabalhadores) os demais direitos elencados<sup>12</sup> (Canotilho, 2003; Canotilho & Moreira, 2007).

Relativamente ao regime destes direitos cumpre afirmar que os direitos de natureza análoga se regem pelo regime dos direitos, liberdades e garantias que se estende a esta categoria normativa o que se reconduzirá à aplicação nomeadamente dos artigos 17.º e 18.º da CRP, que determinam que o regime dos direitos, liberdades e garantias se aplica aos direitos fundamentais de natureza análoga; são diretamente aplicáveis, vinculam as entidades públicas e privadas, apenas podem ser restringidos nos casos expressamente previstos na Constituição com respeito pelo princípio da proporcionalidade; sendo que as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

---

<sup>8</sup> A extensão deste regime a todos os direitos aqui consagrados mereceria maior ponderação do que a aqui levaremos a cabo, todavia tal extravasa o objeto deste texto.

<sup>9</sup> A *captação* da natureza análoga deverá considerar: i) no caso de direitos de natureza análoga «(*status positivus* e *status activus*) - direitos inerentes ao homem como indivíduo ou como participante na vida política» (Canotilho, 2003: 405); ii) para as liberdades de natureza análoga «(*status negativus*) - defesa da esfera jurídica dos cidadãos perante os poderes políticos» (*idem*); iii) e, no que respeita às garantias de natureza análoga «(*status activus processualis*) - garantias ou meios processuais adequados para a defesa dos direitos» (*ibidem*); «sendo que a tarefa de densificação metódica deve procurar, em cada caso concreto, a analogia relativamente: (1) a cada uma das categorias (direitos, liberdades e garantias) e não em relação ao conjunto dos direitos liberdades e garantias; (2) a cada uma das espécies sistematizadas na constituição (direitos, liberdades e garantias de natureza pessoal; direitos, liberdades ou garantias de participação política; direitos, liberdades ou garantias dos trabalhadores)» (Canotilho, 2003: 406).

<sup>10</sup> Sobre as questões retributivas em torno das férias v. Preto, S. (2013). Alguns aspectos da retribuição: I - A remuneração durante as férias. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1-3, 233-318 e Preto, S. (2014b). Alguns aspectos da retribuição: II - Os subsídios anuais: subsídios de férias, de Natal e de balanço. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 4.

<sup>11</sup> Ainda assim alguns destes direitos podem ter como destinatários a generalidade dos cidadãos, como acontece no artigo 59.º (especialmente no que diz respeito aos direitos estritamente económicos).

<sup>12</sup> Sem embargo do que se dirá *infra*.

Esta consagração tem uma função de garantia, de efetivação que pode ser encarada numa dupla dimensão. A primeira que pretende que a resposta ao primeiro problema mencionado (a afirmação dos direitos dos trabalhadores como direitos análogos, nos termos em que foi feita) não assente num reconhecimento meramente formal; a segunda permite o alargamento do regime dos direitos, liberdades e garantias aos direitos económicos sociais e culturais aos aspetos materiais que já tenham sido objeto de concretização legal, como sucederá, p.ex., com a fixação do salário mínimo, o que determinará a aplicação do referido regime a estes direitos que não sendo sequer de natureza análoga se veem protegidos em matéria de vinculação, restrição e, por maioria de razão, exclusão. São os designados direitos fundamentais derivados. (Canotilho, 2003; Canotilho & Moreira, 2007).

No que diz respeito à alínea a) do n.º 1 do artigo 59.º cumpre ainda afirmar que «todas as normas sobre salário devem ser interpretadas à luz do princípio constitucional de garantia de existência condigna (regra de interpretação conforme a Constituição)» (Xavier, 1986: 73). Sem embargo assumindo-se a natureza análoga deste direito aos direitos, liberdades e garantias terá, naturalmente, de se questionar a aplicabilidade direta desta norma (ainda que revista a natureza de direito negativo), ou seja, ponderar se um trabalhador particular pode exigir a um empregador particular uma retribuição compatível com uma «existência condigna», somente com o fundamento nesta norma e princípio; sem embargo terá de se admitir a aplicabilidade direta do princípio «nas situações particulares e escandalosamente inadequadas de fixação contratual da retribuição, de modo a substituir a retribuição convencional pela prescrita na lei ou nas convenções coletivas» (idem) o que, no nosso entender está abrangido pela hipótese do artigo 272.º do Código do trabalho<sup>13</sup> que admite a possibilidade de fixação judicial da retribuição, competindo ao tribunal, tendo em conta a prática da empresa e os usos do sector ou locais, determinar o valor da retribuição quando as partes o não fizeram e ela não resulte de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho aplicável. Para nós, o tribunal poderá também ser chamado a operar essa fixação quando apesar de a retribuição resultar do contrato, não sendo aplicável convenção coletiva de trabalho, com fundamento na existência condigna considerando a qualidade, quantidade e natureza do trabalho prestado<sup>14</sup>.

Neste ponto é ainda relevante notar a proteção internacional do salário, com particular destaque para a Declaração Universal dos Direitos do Homem que estabelece no seu artigo 23.º, n.º 3 que «quem trabalha tem direito a uma remuneração

---

<sup>13</sup> Aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12-02 e sucessivamente alterado pelos seguintes diplomas: Declaração de retificação n.º 21/2009, de 18-03; [Lei n.º 105/2009, de 14-09](#); [Lei n.º 53/2011, de 14-10](#); [Lei n.º 23/2012, de 25-06](#); [Retificação n.º 38/2012, de 23-07](#); [Lei n.º 47/2012, de 29-08](#); [Lei n.º 47/2012, de 29-08](#); [Lei n.º 47/2012, de 29-08](#); [Lei n.º 69/2013, de 30-08](#); [Lei n.º 27/2014, de 08-05](#); e [Lei n.º 55/2014, de 25-08](#).

<sup>14</sup> V. g. contratar enfermeiros, médicos, professores pelo salário mínimo.

equitativa satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social» o que, por força do artigo 16.º, n.º 2 da CRP é critério de interpretação e integração dos direitos fundamentais. Também o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Culturais e Sociais no artigo 7.º prevê como características salariais a equidade, a igualdade e a existência decente. Elencam-se, agora, outros diplomas com relevância na disciplina desta matéria: a Diretiva 80/987/CEE do Conselho de 20.10.1980, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à proteção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador (alterada pela Diretiva 2002/74/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23.09.2002); a Convenção n.º 95 da OIT (sobre proteção do salário, cuja ratificação foi enviada para publicação através do Decreto n.º 88/81, de 14.07); a Convenção n.º 122 sobre política de emprego (ratificada pelo Decreto n.º 54/80, de 31.07); a Convenção n.º 131 relativa ao salário mínimo (ratificada pelo Decreto n.º 77/81, de 19.06); a Convenção n.º 132 sobre férias pagas; a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (publicada no JOUE n.º C303, de 14.12.2007); e a Carta Social Europeia (documento do Conselho da Europa de 1961, ratificado pela Resolução da AR de 21/91, publicada em 08.06, revista em Estrasburgo em 03.05.1996 cuja ratificação operou pela Resolução da AR n.º 64-A/2001, de 17.10).

No que diz respeito ao terceiro problema o sujeito ativo será toda a pessoa física que for material e juridicamente trabalhador (subordinação jurídica), a «pessoa singular que se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas (artigo 11.º do Código do trabalho); do lado passivo estão os empregadores - os detentores da posição contratual daquela ou daquelas pessoas que recebem a prestação de trabalho e estão obrigadas a pagar a retribuição ao trabalhador (Fernandes, 2014)<sup>15</sup> - e o Estado (enquanto entidade reguladora, legisladora e, também, empregadora). Nesta sequência a qualificação particular do direito ao salário constitucionalmente consagrado da perspectiva sujeitos pode ser enquadrado de outra perspectiva e numa dimensão bifronte: Numa dimensão subjetiva perspectivada como direito do trabalhador (de todos os trabalhadores) contra o empregador [59.º, n.º 1, a)]; o direito a uma retribuição que garanta a existência condigna traduzindo um verdadeiro direito subjetivo elevado à categoria constitucional. Numa dimensão objetiva concretiza-se na expressa obrigação estadual de assegurar o direito ao salário (59.º, n.º 2): a função estadual a cargo do órgão público (Amado, 1994).

---

<sup>15</sup> Sobre a discussão relativa à caracterização de empregador v., ainda, Mesquita, A. (2004). *Direito do Trabalho* (2.ª edição). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa; e Gomes, V. (2007). *Direito do Trabalho, I, Relações Individuais de Trabalho*. Coimbra: Coimbra editora.

### 3 A RAZÃO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. O DIREITO À VIDA?

Considerando o significado e valores do trabalho remunerado, a doutrina tem vindo a salientar a sua função alimentar e de subsistência (Amado, 1994), bem como a sua dimensão constitutiva de cidadania, obtenção de estatuto e prestígio social e realização individual (Miguel & Amaro da Luz, 2014; MOW, 1987; Castel, 1998).

Neste sentido, o trabalho é, para a generalidade das pessoas, a principal, senão única, fonte de sustento e motor da sua vida pessoal e social.

O trabalho é assim, também, uma necessidade, não apenas de realização mas de autossustento, ou seja, uma necessidade existencial para a conformação psicológica, social e económica do indivíduo, bem como para a sua saúde e bem-estar físico e mental e, em simultâneo, como um elemento crítico construtor do autoconceito e eixo central da identidade pessoal. Por outro lado, do ponto de vista social, não só o trabalho constitui um organizador de tempo e legitimador social de diferentes fases da vida (estudo, trabalho e reforma), como ainda marca o contributo do indivíduo para os seus contextos envolventes (Miguel & Amaro da Luz, 2014)

O sustento da generalidade das pessoas advém do trabalho e aquele realiza-se mormente através do salário. Este circunstancialismo culminou na configuração do salário como bem jurídico constitucionalmente protegido. Destaca-se pois o carácter alimentar do salário que coincide com a perspetivação social deste direito possuidor de uma verdadeira missão político-social (Montoya, 2002) e que procura garantir a satisfação de necessidades essenciais, a existência digna e, mesmo, a subsistência.

Esta análise social do salário é normalmente acompanhada da análise económica - o salário como custo - e a análise jurídica - o salário como contrapartida do trabalho prestado - (Preto, 2014a). Em sentido técnico-jurídico o conceito de retribuição deve ser construído com o *apoio* dos critérios extraídos dos artigos 258.º e 260.º do Código do trabalho.

A retribuição é, assim, constituída pelas prestações regulares e periódicas com carácter patrimonial, objecto de um dever jurídico a cargo do empregador recebidas como contrapartida do trabalho prestado. Para existir retribuição nesta acepção é necessário que se verifiquem cumulativamente quatro características: o carácter patrimonial, a posição activa do trabalhador configurada como um direito subjectivo, a sua natureza regular e periódica e a contrapartida do trabalho prestado (Preto, 2013) <sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Para o Ac. TRL de 17.06.2009, tirado no processo n.º 607/07.STJLSB.L1-4, relatado pelo Desembargador Ferreira Marques, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt): «O conceito de retribuição tem vários sentidos podendo falar-se em remuneração em sentido amplo, que abrange as diversas prestações remuneratórias de que o trabalhador beneficia, e retribuição em sentido estrito ou técnico jurídico (...) abrange o conjunto de valores pecuniários ou não que, nos termos do contrato, das normas que o regem ou dos usos, o empregador está obrigado a pagar, regular e periodicamente, ao trabalhador como contrapartida do seu trabalho». Sobre a retribuição em sentido técnico-jurídico v., por todos, Xavier, B. (2014) *Manual de Direito do Trabalho* (2.ª edição revista e atualizada, com a colaboração de Furtado Martins, Nunes de Carvalho, Joana Vasconcelos, Tatiana Guerra de Almeida). Lisboa: Verbo; e Carvalho, A. N. (2011). Notas sobre o regime da retribuição no Código do trabalho; in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1-4, 43-102.

Da análise conjunta das diversas perspetivas sobre o salário, é possível afirmar que «o salário, se é certo que não se confunde com o direito à vida, traduz-se, porém, numa das suas mais significativas exigências, podendo dizer-se que constitui uma necessidade vital do trabalhador e respectiva família» (Leite, 1986: 295) mas também da generalidade dos cidadãos que não têm outra forma de sustento que não a da *venda* da sua força de trabalho.

O direito à vida vem consagrado no artigo 24.º da constituição e determina que a vida humana é inviolável e que e caso algum haverá pena de morte. Este direito é configurado como «um direito prioritário, pois é condição de todos os outros direitos fundamentais» (Canotilho & Moreira, 2007: 446), normativamente o direito à vida significa o direito a não ser privado da vida, garantia de proteção da vida e intimamente relacionado com a dignidade da vida humana. A tendência política e legislativa laboral atual de adoção de medidas de flexibilização do mercado de trabalho<sup>17</sup> e

as mais das quais associadas à redução do valor/hora do trabalho, determinam um depauperamento do significado do trabalho, o que permite concluir que este empobrecimento opera, também, através do salário diminuído que retribui um trabalho desvalorizado numa espiral que afeta, nomeadamente, as funções clássicas do salário e estruturantes do trabalho (a subsistência, a auto e heterodefinição pessoal, a integração social, o acesso a bens, a cidadania)» (Miguel & Preto, *in press*).

A associação do direito ao salário com o direito à vida surge aqui como uma provocação que deixa uma pergunta: a impossibilidade de aceder ao trabalho não traduzirá, em algumas situações, uma decisão heterónoma de morte lenta?

## 4 ALGUNS ASPETOS DO ALCANCE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

### 4.1 A justa retribuição do trabalho e a existência condigna

O artigo 59.º /1 a) garante, na parte que aqui nos importa analisar, a todos os trabalhadores o direito à justa retribuição do trabalho de forma a garantir uma existência condigna. O legislador liga a retribuição à dignidade humana e social do trabalhador o que significa que é dever do estado garantir que o valor do trabalho seja fixado de modo a garantir não apenas a sobrevivência mas uma vida que, no mínimo seja compatível com a sua dignidade, quer no que respeita às suas necessidades vitais

---

<sup>17</sup> No contexto atual português destaca-se o papel do Memorando de Entendimento (MoU) sobre as condicionalidades de política económica entre o Estado português e a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional (vulgo *Troika*) de 17 de Maio de 2011. Deste documento, resultam como objetivos gerais: *i*) da política orçamental, a redução do défice; *ii*) da regulação e supervisão do sector financeiro, a preservação da estabilidade e liquidez do sector; *iii*) das medidas orçamentais estruturais, a melhoria da eficiência da administração pública; *iv*) do mercado de trabalho, a flexibilização; *v*) da educação e formação, o combate ao abandono escolar precoce e a promoção da qualidade do ensino secundário e da formação profissional; *vi*) dos mercados de bens e serviços, a liberalização; *vii*) do mercado da habitação, a melhoria do acesso das famílias à habitação, promovendo a mobilidade laboral e reduzindo os incentivos ao endividamento das famílias.

(alimentação, habitação, etc.), quer às necessidades de ordem cultural e social de acordo com as exigências da época e da região e as possibilidades económica do país, bem como às necessidades familiares (Canotilho & Moreira 2007), devendo pois compatibilizar (considerando outros direitos com proteção constitucional), nomeadamente, as necessidades pessoais do trabalhador, a produtividade do trabalho, as possibilidades das empresas, os interesses superiores da economia nacional (Veiga, 1944).

Esta constatação determina que esta norma não garante a irredutibilidade salarial, com a exceção do mínimo legal garantido [artigo 59.º, n.º 2 a)]<sup>18</sup>, ao contrário, p. ex., do que se verifica expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil no artigo 7.º, n.º 6 que consagra, sem embargo do estabelecido em Convenção Coletiva, a irredutibilidade do salário. Esta garantia existe em Portugal ao nível legal (artigo 129.º do Código do trabalho), o que significa que fonte de direito de igual valor poderá determinar o contrário, pelo que a referida irredutibilidade apenas poderá ser assegurada pela mobilização/articulação de outros argumentos, nomeadamente os que resultam da discussão que tem vindo a ocorrer no tribunal constitucional na sequência dos sucessivos orçamentos de Estado em tempo de austeridade<sup>19</sup>: i) o princípio da proteção da confiança enquanto inalienável dimensão do Estado de Direito; ii) a violação do princípio da proporcionalidade para efeitos de restrição de direitos fundamentais (quando as medidas não são necessárias ou indispensáveis); iii) o princípio da igualdade; e iv) o direito à negociação coletiva.

Esta garantia encontra-se relacionada com a que se segue nesta análise.

#### **4.2. Garantia do pagamento de um salário mínimo<sup>20</sup>**

O artigo 59.º, n.º 2 alínea a) da CRP determina que incumbe ao Estado assegurar as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os trabalhadores têm direito, nomeadamente o estabelecimento e a atualização do salário mínimo nacional, tendo em conta, entre outros fatores, as necessidades dos trabalhadores, o aumento do custo de vida, o nível de desenvolvimento das forças produtivas, as exigências da estabilidade económica e financeira e a acumulação para o desenvolvimento.

Esta norma é concretizada no artigo 273.º do Código do trabalho que estabelece que é «garantida aos trabalhadores uma retribuição mínima mensal, seja qual for a modalidade praticada, cujo valor é determinado anualmente por legislação

---

<sup>18</sup> E mesmo este apenas em abstrato e em termos brutos.

<sup>19</sup> Sobre a recente atividade do Tribunal Constitucional cfr. acórdãos n.º 396/2011, n.º 353/2012, n.º 187/2013, n.º 602/2013 e n.º 413/2014 (disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>20</sup> Para além desta garantia a CRP prevê igualmente no.º 3 do artigo 59.º que os salários gozam de garantias especiais. Esta norma não será tratada neste trabalho mas remete-se nesta matéria para Amado, J. L. (1994). A protecção do salário. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade Coimbra (suplemento XXXIX)*.

específica, ouvida a Comissão Permanente de Concertação Social (n.º 1) e que na determinação da retribuição mínima mensal garantida são ponderados, entre outros fatores, as necessidades dos trabalhadores, o aumento de custo de vida e a evolução da produtividade, tendo em vista a sua adequação aos critérios da política de rendimentos e preços (n.º 2).

O Decreto-Lei n.º 144/2014, de 30-09 atualizou, como manifestação também da já referida garantia de existência condigna, o valor da retribuição mínima mensal garantida para o período compreendido entre 01-10-2014 e 31-12-2015, fixando-a em €505,00<sup>21</sup> revogando o Decreto-Lei n.º 143/2010, de 31-12 que a havia fixado em €485,00<sup>22</sup>.

Por se considerar de interesse, dada a matriz deste texto, apresenta-se, na tabela I, a evolução do salário mínimo em Portugal.

Anos	Salário mínimo nacional		Salário mínimo nacional		Salário mínimo nacional	
	Euro		Euro		Euro	
	Valor mensal		Valor anual		Valor mensalizado	
	Salário mínimo agrícola (mensal)	Salário mínimo geral (mensal)	Salário mínimo agrícola (anual)	Salário mínimo geral (anual)	Salário mínimo agrícola (mensalizado)	Salário mínimo geral (mensalizado)
1974	-	16,5	-	214,0	-	17,8
1975	-	20,0	-	279,3	-	23,3
1976	-	20,0	-	279,3	-	23,3
1977	17,5	22,4	244,4	314,2	20,4	26,2
1978	22,4	28,4	314,2	398,0	26,2	33,2
1979	30,4	37,4	426,0	523,7	36,5	43,6
1980	37,4	44,9	523,7	628,5	43,6	52,4
1981	44,6	53,4	628,5	747,2	52,1	62,3
1982	44,6	53,4	628,5	747,2	52,1	62,3
1983	54,4	64,8	761,2	907,8	63,4	75,7
1984	64,8	77,8	907,8	1089,4	75,7	90,8
1985	82,3	95,8	1182,2	1340,8	96,0	111,7
1986	97,3	112,2	1381,7	1571,2	113,5	130,9
1987	111,7	125,7	1564,2	1769,8	130,4	146,6
1988	123,7	136,7	1731,8	1899,4	144,3	158,3
1989	141,7	149,6	1983,2	2095,0	165,3	174,6
1990	172,1	174,6	2409,2	2444,1	200,8	203,7
1991	200,0	200,0	2800,3	2800,3	233,4	233,4
1992	222,0	222,0	3107,5	3107,5	259,0	259,0
1993	236,4	236,4	3310,0	3310,0	275,8	275,8
1994	245,9	245,9	3442,7	3442,7	286,9	286,9
1995	259,4	259,4	3631,2	3631,2	302,6	302,6
1996	272,3	272,3	3812,8	3812,8	317,7	317,7
1997	282,8	282,8	3989,5	3989,5	330,0	330,0
1998	293,8	293,8	4113,1	4113,1	342,8	342,8
1999	305,8	305,8	4280,7	4280,7	356,7	356,7
2000	318,2	318,2	4485,3	4485,3	371,3	371,3
2001	334,2	334,2	4678,7	4678,7	389,9	389,9
2002	348,0	348,0	4872,1	4872,1	406,0	406,0
2003	356,5	356,5	4992,4	4992,4	416,0	416,0
2004	365,6	365,6	5118,4	5118,4	426,5	426,5
2005	374,7	374,7	5245,8	5245,8	437,2	437,2
2006	385,9	385,9	5402,6	5402,6	450,2	450,2
2007	403,0	403,0	5642,0	5642,0	470,2	470,2
2008	426,0	426,0	5964,0	5964,0	497,0	497,0
2009	450,0	450,0	6300,0	6300,0	525,0	525,0
2010	475,0	475,0	6650,0	6650,0	554,2	554,2
2011	495,0	495,0	6790,0	6790,0	565,8	565,8
2012	485,0	485,0	6790,0	6790,0	565,8	565,8
2013	485,0	485,0	6790,0	6790,0	565,8	565,8
2014 (até 30-09-2014)	485,0	485,0	6790,0	6790,0	565,8	565,8
2014 (após 01-10-2014)	505,0	505,0	7070,0	7070,0	589,2	589,2

Tabela I. evolução do salário mínimo em Portugal  
Fontes de Dados: DGERT/MSSS  
Fonte: PORDATA (adaptada)

<sup>21</sup> Aproximadamente 1.645,00 BRL.

<sup>22</sup> Aproximadamente 1.579,85 BRL.

Esta norma constitucional não garante o pagamento de um rendimento mínimo acima daquele. Também nesta matéria a lei ordinária vai mais longe do que a garantia constitucional ao estabelecer algumas garantias como a proibição da cedência de créditos, impenhorabilidade de 2/3 do salário ou a proibição de compensação de créditos. Nestes termos, na pendência de contrato de trabalho, o empregador não pode compensar a retribuição em dívida com crédito que tenha sobre o trabalhador, nem fazer desconto ou dedução no montante daquela (artigo 279.º do CT). Já nos termos do artigo 280.º do CT o trabalhador só pode ceder crédito a retribuição, a título gratuito ou oneroso, na medida em que o mesmo seja penhorável. Tal apuramento feito por recurso à determinação do artigo 738.º do Código de Processo Civil<sup>23</sup> que estabelece que são impenhoráveis dois terços da parte líquida dos salários e tem como limite máximo o montante equivalente a três salários mínimos nacionais à data de cada apreensão e como limite mínimo, quando o executado não tenha outro rendimento, o montante equivalente a um salário mínimo nacional.

Em algumas situações encontra-se, mesmo, legitimado um salário mínimo inferior. A este propósito o artigo 275.º do CT admite a redução da retribuição mínima mensal garantida relacionada com o trabalhador e assim poderão operar as seguintes reduções: i) no caso de praticante, aprendiz, estagiário ou formando em situação de formação certificada, 20 %; ii) na hipótese de trabalhador com capacidade de trabalho reduzida, a redução correspondente à diferença entre a capacidade plena para o trabalho e o coeficiente de capacidade efetiva para a atividade contratada, se a diferença for superior a 10 %, com o limite de 50 %.

A norma constitucional também não garante uma retribuição base mínima. A retribuição base, nos termos do artigo 274.º, n.º 2, alínea a) do CT, traduz a prestação correspondente à atividade do trabalhador no período normal de trabalho. A retribuição base constitui

uma *parcela* remuneratória essencialmente rígida (apesar de abrangente) podendo ser atualizada por prestações que não tenham autonomia do dito carácter normal da prestação do trabalho (em função do enquadramento funcional, temporal, geográfico, empresarial) e que se assumam com carácter essencial (Preto, 2013: 275).

---

<sup>23</sup> Aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26-06.

Esta garantia apenas poderá ser prosseguida/concretizada ao nível infraconstitucional e, especificamente, em sede de negociação coletiva e, neste sentido poderá constituir uma retribuição mínima garantida relativa sem carácter generalizado a todos os trabalhadores, mas genérico a todos os abrangidos por aquele instrumento de regulamentação coletiva de trabalho negocial (Preto, 2013) uma vez que, em Portugal não vigora o sistema da eficácia geral das convenções coletivas de trabalho<sup>24</sup>.

#### **4.3. Garantia de igual tratamento**

O artigo 59.º, n.º 1, alínea a) da CRP estabelece, ainda, que todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito à retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual(...). Consagra o artigo o princípio da igualdade, que já decorreria do artigo 13.º da CRP mas que é aqui afirmado com um conteúdo especificamente laboral: para trabalho igual, salário igual. Para o efeito estabelece alguns critérios de comparação: a quantidade (duração e intensidade); a natureza (dificuldade, penosidade, perigosidade); a qualidade (exigências em conhecimentos, experiência e capacidade). Se o trabalho for igual em quantidade natureza e qualidade, então o salário deve ser igual como manifestação da proibição da discriminação entre trabalhadores (Canotilho & Moreira, 2007). Neste sentido, «diferentes tipos de trabalho, de acordo tanto com a sua duração como com a sua natureza e qualidade, não só autorizam diferente remuneração como até a impõem, de acordo com a fórmula "salário desigual para trabalho desigual", o que está de acordo com os cânones do princípio da igualdade (tratamento desigual para situações desiguais)» (Canotilho & Moreira, 2007: 773; Fernandes, 2014).

#### **4.4 Garantia de férias pagas**

Hoje, a exigência de férias pagas decorre de imperativo constitucional<sup>25</sup> nos termos do artigo 59.º, n.º 1, alínea d) da CRP: Todos os trabalhadores têm direito a férias periódicas pagas. Localizado sistematicamente nos direitos económicos, tem-se entendido o direito ao repouso como um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias.

---

<sup>24</sup> Sobre esta questão, em particular, v. Xavier, B. (2004). As fontes específicas do Direito do trabalho e a superação do princípio da filiação. *Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, Studia Iuridica*, 96, Coimbra: Coimbra editora, 1111 - 1142.

<sup>25</sup> Sobre férias pagas v. Preto, S. (2013). Alguns aspectos da retribuição: I - A remuneração durante as férias. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1-3, 233-318.

O artigo 237.º do CT, n.º 1 garante a cada trabalhador um período de férias retribuídas em cada ano, sendo que a respetiva duração fixou-se legalmente em 22 dias úteis nos termos do artigo 238.º, n.º 1 do CT. Quanto à retribuição, o trabalhador tem direito, de acordo com o artigo 264.º, n.º 1 do CT, no período de férias à que o trabalhador receberia se estivesse em serviço efetivo. Para o apuramento do montante devido ao trabalhador no período de férias deve atender-se por um lado às garantias constitucional, internacional, comunitária e legal das férias pagas<sup>26</sup>; e por outro à imposição legal de que o direito a férias deve ser exercido de modo a proporcionar ao trabalhador a recuperação física e psíquica, condições de disponibilidade pessoal, integração na vida familiar e participação social e cultural, nos termos do artigo 237.º, n.º 4 do CT. Do artigo 264.º, n.º 1 resulta que retribuição do período de férias corresponde à que o trabalhador receberia se estivesse em serviço efetivo.

A norma constitucional não garante o pagamento de subsídio de férias previsto legalmente no artigo 264.º, n.º 2 e que determina que além da retribuição no período das férias, o trabalhador tem direito a subsídio de férias, compreendendo a retribuição base e outras prestações retributivas que sejam contrapartida do modo específico da execução do trabalho, correspondentes à duração mínima das férias e que será, em princípio pago antes do início do período de férias e proporcionalmente em caso de gozo interpolado de férias (n.º 3).

Poder-se-ia razoavelmente questionar se o regime do subsídio de férias estaria abrangido pelo regime especial de proteção em razão da previsão constitucional do direito a férias pagas no artigo 59.º, n.º 1, alínea d) da CRP ou comunitária ou internacional; contudo, não nos parece que a proteção garantida, que expressamente se reporta ao pagamento das férias mas não de outros complementos ainda que delas derivem, se possa estender ao subsídio de férias (Preto, 2014)<sup>27</sup>.

## 5 CONCLUSÕES

Em grande medida através da retribuição (enquanto elemento essencial de uma relação laboral), o trabalho assume, para o indivíduo, uma função alimentar, de subsistência e de garantia da sua saúde e bem-estar físico e mental, mas também uma

---

<sup>26</sup> Respetivamente, artigo 59.º, n.º 1, alínea d); artigo 24.º da DUDH; artigo 7.º, alínea d) do PIDECS; artigo 3.º da Convenção da OIT n.º 132; artigo 7.º da Diretiva n.º 93/104/CE, de 23.11.1993; e artigo 237.º, n.º 1, do CT.

<sup>27</sup> Sobre o tema v. Amado, J. L. (2014). *Contrato de Trabalho* (4.ª edição). Coimbra: Coimbra editora. Cfr., também, a posição do Tribunal Constitucional, nomeadamente, nos acórdãos n.ºs 396/2011 e 187/2013 de onde resulta a «não atribuição de estatuto jusfundamental ao direito à irredutibilidade de prestação, nem como direito autónomo, materialmente constitucional, nem como uma dimensão primária do direito fundamental à justa retribuição consagrado na alínea a) do n.º 1 do artigo 59.º, da Constituição.» bem como a afirmação de que este entendimento é extensivo, «por identidade de razão, à prestação pecuniária correspondente ao subsídio de férias ou a quaisquer prestações correspondentes ao 14.º mês».

dimensão constitutiva de cidadania, obtenção de estatuto e prestígio social e realização individual.

A austeridade que Portugal atravessa permitiu/orbigou, mais do que nunca, ao balizamento, pela negativa, das garantias constitucionais em matéria salarial para responder aos desafios do que «não se pode fazer» ao nível legal. Ficou assim evidente, nomeadamente, que a retribuição pode ser reduzida, situação que diríamos impensável em momentos anteriores e que mais do que nunca marca a importância da Constituição num estado de direito. Na verdade, durante muito tempo a lei ordinária foi suficiente para garantir determinado patamar de direitos que eram incrementados ao nível da contratação coletiva e, apenas, num momento de crise, se questionou tal modelo e constatou que a Constituição apresenta limites particulares dentro dos direitos consagrados, cumprindo destacar esta característica interpretação contextualizada com todas as vantagens e desvantagens que daí decorrem.

A forma como se encara a retribuição projeta-se nas medidas político-legislativas que incidem sobre o salário, e a opção pela retribuição/custo tem justificado as atuais conceções de flexibilidade do trabalho e à redução do valor/hora do trabalho o que tem conduzido a uma desvalorização do significado do trabalho (e das suas funções) através do salário

A associação do salário com o direito à vida consagrado na Constituição da Republica Portuguesa surge, neste trabalho, como uma provocação para realçar aquelas dimensões estruturantes. Se o direito à vida (primeiro direito fundamental) significa também proteção contra os ataques à vida, não poderá deixar de se equacionar, pelo menos em termos filosóficos, ainda que não estritamente jurídicos, a privação do trabalho, dados os significados já apontados, como uma decisão heterónoma de morte lenta.

Realçamos ainda o valor e o significado de uma norma fundamental como núcleo irredutível de direitos que merecem proteção, especialmente em momentos de crise considerando que também os deveres fundamentais dos cidadãos (mormente os impostos) são reforçados e exigem uma maior participação (comparticipação) dos mesmos, pelo que o exercício responsável de ponderação e equilíbrio deve ser encarado de uma forma ainda mais exigente, o que nem sempre se constata.

## REFERÊNCIAS

AMADO, J. L. (1994). A protecção do salário. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (suplemento XXXIX)*.

AMADO, J. L. (2014). *Contrato de trabalho* (4.ª edição). Coimbra: Coimbra editora.

ANDRADE, J. C. V. (2010). *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de*

1974. 4.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Almedina.

CANOTILHO, J. J. G. (2003). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (7.<sup>a</sup> edição). Coimbra: Almedina.

CANOTILHO, J. J. G. & Moreira, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa, I* (4.<sup>a</sup> edição revista). Coimbra: Coimbra editora.

CARVALHO, A. N. (2011). Notas sobre o regime da retribuição no Código do trabalho; *in Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1-4, 43-102.

CASTEL, R. (1998). *As metamorfoses da questão social: Uma crônica do salário*. Rio de Janeiro/Petrópolis: Editora Vozes.

FERNANDES, M. (2014). *Direito do trabalho*. Coimbra: Almedina.

GOMES, J. V. (2007). *Direito do Trabalho, I, Relações individuais de Trabalho*. Coimbra: Coimbra editora.

LEITE, J. (1986). *Direito do trabalho e da segurança social. Lições ao 3.º ano da Faculdade de Direito*. Coimbra: SASFDUC/Serviço de textos.

LEITE, J. (2012). Estatuto jurídico-constitucional do salário: considerações a propósito do art. 19.º da Lei 55-A/2010”, *in O memorando da “Troika” e as empresas*. Instituto de direito das empresas e do trabalho (org.). Coimbra: Almedina, 161-183.

MESQUITA, A. (2004). *Direito do Trabalho* (2.<sup>a</sup> edição). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

MIGUEL, I. & AMARO DA LUZ, M. H. (2014). Cidadania ativa numa sociedade envelhecida: O voluntariado sénior. *In* R. Pocinho, E. Santos, A. Silva, E. N. Pardo, J. P. Gaspar, J. Vilhena, A. Ramalho, S. Silva, & D. Soeiro (Orgs.), *Ensaios gerontológicos, perspetivas de diversidade (Atas 3CIGS)*. Viseu: Psicosoma.

MIGUEL, I. & PRETO, S. (*in press*). *Trabalho em tempo de crise: (Re)valorização ou (des)valorização? Uma associação entre o valor do trabalho, o desemprego e o voluntariado*. *In* Atas do VIII Congresso Português de Sociologia "40 anos de democracias: Progressos, contradições e prospetivas.

MIRANDA, J. (2008). *Manual de Direito Constitucional, IV* (4.<sup>a</sup> edição). Coimbra: Coimbra editora.

MONTOYA MELGAR, A. (2002). *Derecho del trabajo* (23.<sup>a</sup> edição). Madrid: Tecnos.

MOW, I. R. (1987). *The meaning of working*. Nova Iorque: Academic Press.

PAULO II, João (1981), *Laborem exercen (encíclica papal)*:  
[http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/encyclicals/documents/hf\\_jpii\\_enc\\_14091\\_981laborem-exercens\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jpii_enc_14091_981laborem-exercens_po.html).

PRETO, S. (2013). Alguns aspectos da retribuição: I - A remuneração durante as férias. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1-3, 233-318.

PRETO, S. (2014a). Olívia Patroa e Olívia Costureira: Será o salário (apenas) uma questão de perspetiva? *Cabo dos trabalhos*:  
<http://cabodostrabalhos.ces.uc.pt/n10/ensaios.php>

PRETO, S. (2014b). Alguns aspectos da retribuição: II - Os subsídios anuais: subsídios de férias, de Natal e de balanço. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 4, 233-318.

SILVA, M. M. M. & Alves, D. R. (2010). *Noções de Direito Constitucional e Ciência Política* (2.ª edição). Lisboa: Rei dos Livros.

XAVIER, B. (1986). Introdução ao estudo da retribuição no direito do trabalho português. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1(2.ª série), 65-102.

XAVIER, B. (2004). As fontes específicas do Direito do trabalho e a superação do princípio da filiação. *Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, Studia Iuridica*, 96, Coimbra: Coimbra editora, 1111 - 1142.

XAVIER, B. (2014) *Manual de Direito do Trabalho* (2.ª edição revista e atualizada, com a colaboração de Furtado Martins, Nunes de Carvalho, Joana Vasconcelos, Tatiana Guerra de Almeida). Lisboa: Verbo.

# AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE REVISÃO DE SENTENÇA

## CONSTITUTIONAL SAFEGUARDS IN CRIMINAL PROCEDURE AND THE EXTRAORDINARY APPEAL FOR THE REVIEW OF THE SENTENCE

Victor Ribas Pereira<sup>1</sup>

**RESUMO:** O texto que se segue ocupa-se da relação entre a Constituição e o direito processual penal a partir do direito constitucional às garantias do processo penal, em especial a presunção de inocência do arguido e a garantia constitucional do direito ao recurso em ordem à revisão da sentença já transitada em julgado. Conclui-se que é possível operar a concordância prática entre a presunção de inocência e o recurso extraordinário de revisão da sentença, em nome dos princípios da justiça e do combate ao erro judiciário.

**Palavras-chave:** Processo Penal. Garantias constitucionais.

**ABSTRACT:** The following text examines the relation between Constitution and criminal procedure law from the constitutional safeguards in criminal procedure, specially the presumption of innocence and the constitutional safeguard to a review of the sentence transited *in rem judicatam*. And concludes that it is possible to operate a practical agreement between the presumption of innocence and the extraordinary appeal for the Review of the Sentence, in the name of a justice principle as well in the name of the principle of fighting against the miscarriage of justice.

**Key-words:** Constitutional Safeguards. Criminal Procedure.

### INTRODUÇÃO

1. As linhas que se seguem ocupam-se da convivência entre a presunção de inocência e o recurso de revisão de sentença penal que tantas vezes é motivado pelo erro. Procura tratar o diálogo que se opera entre a Constituição da República Portuguesa (CRP) e o direito processual penal, a partir das garantias constitucionais de defesa do arguido até à decisão em primeira instância (CRP, art. 32.º), e após o trânsito em julgado daquela decisão pelo exercício do direito ao recurso de revisão de sentença, previsto na CRP, art. 29.º, mormente no seu n.º 6. O diálogo entre os dois preceitos constitucionais é estabelecido entre a presunção de inocência até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, e que a CRP, art. 32.º consagra no seu n.º 2; à luz da garantia de defesa, incluindo o recurso, prevista no seu n.º 1; e a CRP, art. 29.º/6, que consagra o direito ao recurso de revisão de sentença, regulado no Código de Processo Penal (CPP), arts. 449.º e ss.. A tensão encontra-se no seguinte: a presunção de inocência vale até ao trânsito em julgado da decisão de condenação, ou

---

<sup>1</sup> Doutorando da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Mestre em Direito (FDUC). Advogado.

seja, até ao último momento em que aquela decisão é passível de recurso ordinário posto que ainda não transitou em julgado; o recurso de revisão de sentença constitui um recurso extraordinário, a ser interposto após o trânsito em julgado da sentença condenatória. E a questão que se coloca é a de saber se a presunção de inocência vale (ou não) após o trânsito em julgado da sentença de condenação para efeitos da interposição de um recurso extraordinário como o de revisão de sentença. Adiantando a conclusão, na perspectiva deste trabalho, entende-se que o trânsito em julgado da decisão condenatória proferida em 1.<sup>a</sup> instância determina a elisão daquela presunção; e que o trânsito em julgado da decisão que autoriza a revisão e conseqüente reenvio dos autos para novo julgamento (CPP, arts. 457.<sup>o</sup> a 460.<sup>o</sup>), determina o renascimento da presunção de inocência até ao trânsito em julgado da sentença absolutória no juízo de revisão (CPP, art. 461.<sup>o</sup>), após o que quem requer, e a quem é deferida a revisão, é verdadeira – e não presumidamente – inocente.

Porventura, mais que um diálogo, do que verdadeiramente se cuida é de uma narrativa jurídica que se abre em três grandes territórios, o legislativo, o jurisprudencial e o doutrinal<sup>2</sup>, e que se estabelece entre dois pólos comunicantes: o indivíduo e a comunidade organizada em Estado no seu *munus* de juiz. Se o segundo permanece o mesmo, o primeiro começa por ser arguido e depois é condenado: uma mesma personagem, porque uma mesma pessoa, a desempenhar papéis distintos. Só que o arguido é sujeito processual [CPP, arts. 57.<sup>o</sup> e ss.] e a qualidade de arguido mantém-se apenas até ao trânsito em julgado da condenação em primeira instância, portanto, e para os efeitos da revisão de sentença, o seu estatuto já não é a de arguido. Mas este limbo não é permanente: o Direito é um modo de resolver casos concretos<sup>3</sup> e o direito processual, aqui o processual penal, representa por excelência aquela vocação de resolução de conflitos e pacificação social que ao Direito é reconhecida, atendendo às finalidades assinaladas ao processo penal por Figueiredo Dias: a realização da justiça e a descoberta da verdade material, a protecção perante o Estado dos direitos fundamentais das pessoas e o restabelecimento da paz jurídica comunitária posta em causa pelo crime e a conseqüente reafirmação da validade da norma violada<sup>4</sup>, além da inequívoca paz individual de quem se vê ilibado da prática do crime por via da absolvição emergente da procedência da revisão de sentença condenatória.

2. O estágio de evolução e desenvolvimento social e cultural de uma comunidade têm implicação com o grau de maturidade atingido pela sua consciência jurídica, as suas concepções políticas de base e as concretas formas de actuação

---

<sup>2</sup> José de FARIA COSTA, "O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado (Babel ou esperanto universal?)", in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 138, n.º 3955, Março-Abril (2009), págs. 218-219.

<sup>3</sup> António Menezes Cordeiro, in introdução à edição portuguesa de Claus – Wilhelm CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian (1989), pág. xxiv.

<sup>4</sup> Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Secção de Textos da FDUC (1988-89), págs. 20-21.

estadual que vigoram naquela comunidade. O direito processual penal é ele próprio produto da assinalada evolução no que diz respeito à escolha dos meios em ordem à realização da justiça e à descoberta da verdade como formas de conferir efectividade à pretensão punitiva do Estado, à protecção perante este dos direitos fundamentais das pessoas, nomeadamente do arguido; e ao restabelecimento da paz jurídica comunitária posta em causa pelo crime e a consequente reafirmação da validade da norma violada.

O processo penal é assim reflexo de uma concepção básica de política criminal enquanto exigência de racionalidade instrumental com vista à prossecução e obtenção de específicas finalidades sempre com base nos alicerces constitucionais do Estado. Vale por dizer: no processo penal perscruta-se a relação operada entre a comunidade social e a pessoa individual, da qual resulta a atribuição, ou melhor o reconhecimento, ao indivíduo do estatuto de sujeito processual pela a/ e dentro da comunidade, investido nas mais diversas funções, a permitir a sua actuação jurídica no processo mediante o exercício de direitos e obrigações, configurando-se deste modo como força ou meio de desenvolvimento processual<sup>5</sup>. Por isso, o direito processual penal é produto de uma longa evolução dirigida à escolha dos meios conducentes à realização óptima das tarefas próprias da administração da justiça penal, “sendo certo que na sua base estão sempre os alicerces constitucionais do Estado”<sup>6</sup>.

## **1. A garantia constitucional do e ao processo penal: a CRP, art. 32.º**

1.1 Henckel traduziu a conexão íntima entre o direito processual penal e as concepções políticas fundamentais ao declarar que o direito processual penal é verdadeiro direito constitucional aplicado, tanto na perspectiva dos fundamentos do direito processual penal serem simultaneamente os alicerces constitucionais do Estado, como ainda aquela que vê a concreta regulamentação de singulares problemas processuais conformada em termos jurídico – constitucionais – “se as leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais, as formalidades do processo são actualidades das garantias constitucionais”<sup>7</sup>. Se o direito processual penal é direito constitucional aplicado, tal significa que anda estreitamente associado às normas constitucionais pois é a Constituição que define a estrutura do Estado, as relações

---

<sup>5</sup> FIGUEIREDO DIAS (1988-89), págs. 35-37; Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora (2004), pág. 240; e Jorge de FIGUEIREDO DIAS, “Os princípios estruturantes do processo e a revisão de 1998 do Código de Processo Penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, ano 8, fasc. 2, Abril – Junho de 1998, Coimbra: Coimbra Editora (1998), pág. 202.

<sup>6</sup> FIGUEIREDO DIAS (1988-89), pág. 36.

<sup>7</sup> FIGUEIREDO DIAS (2004), pág. 74, e em especial a nota 52. Neste sentido, e realçando a estreita relação entre o processo penal e a Constituição, cfr. o Acórdão (Ac.) do Tribunal Constitucional (TC) n.º 7/87, de 9 de Janeiro, tirado em sede de fiscalização preventiva do “decreto registado sob o n.º 754/86, que, no uso da autorização conferida pela Lei n.º 43/86, de 26 de Setembro, aprovou o Código de Processo Penal [...] e revogou o Código de Processo Penal aprovado pelo Decreto-Lei n.º 16 489, de 15 de Fevereiro de 1929”, consultado em <http://www.tribunaconstitucional.pt/acordaos/19870007.html>.

entre o Estado e os cidadãos e os direitos, liberdades e garantias fundamentais das pessoas<sup>8</sup>.

Tem-se então que a Constituição estabelece o quadro de valores superiores da ordem jurídica, e os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis, vinculando entidades públicas e particulares, nos termos da CRP, art. 18.º/1. Entre as garantias constitucionais encontram-se as garantias do processo penal, previstas na CRP, art. 32.º<sup>9</sup>.

1.2. É na CRP, art. 32.º (*Garantias do processo criminal*)<sup>10</sup> que se condensam os mais importantes princípios materiais do processo penal, a ponto de se considerar aquela norma como verdadeira *constituição processual criminal*<sup>11</sup>. Previsto no Capítulo I (*Direito, liberdades e garantias pessoais*) do Título II (*Direitos, liberdades e garantias*) da Parte I (*Direitos e deveres fundamentais*), e a significar por um lado a sua aplicação directa (CRP, art. 18.º/1), não dependendo por isso de lei concretizadora e, por outro, a vinculação do Estado (agora enquanto) – juiz aos preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias em sentido positivo – a interpretação, a integração e a aplicação devem ser realizadas de modo a conferir-lhes a máxima eficácia possível dentro do sistema –, e negativo – a não aplicação de preceitos legais que não respeitem os direitos, liberdades e garantias (CRP, art. 204.º)<sup>12</sup>.

1.2.1. Até 1997, a CRP, art. 32.º/1 apresentava a seguinte redacção: “O processo criminal assegurará todas as garantias de defesa”. As mudanças no tempo linear pareceram ter reflexo nos tempos verbais, e o que entre 1976 e 1997 era futuro, em 1997 passou a ser presente: “O processo penal assegura todas as garantias de defesa,

---

<sup>8</sup> JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I*, Coimbra: Coimbra Editora (2005), pág. 353. No mesmo sentido, J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Anotada. Volume I*, 4.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora (2007), pág. 515, para quem “o direito processual penal anda estreitamente associado à constituição, “a ponto de já ter sido considerado o verdadeiro «sismógrafo» de uma lei fundamental: «a cada nova ordem constitucional, um novo direito processual penal»”.

<sup>9</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, I, 4.ª edição revista e actualizada, Lisboa: Editorial Verbo (2000), págs. 93-94.

<sup>10</sup> A redacção da CRP, art. 32.º é a que lhe foi conferida pela Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro, in DR – I Série – A, de 20 de Setembro de 1997, págs. 5130, consultado em <http://dre.pt/pdf1sdip/1997/09/218A00/51305196.pdf>.

<sup>11</sup> Assim, J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA (2007), como na nota 7, em itálico no original. A observação precedente convoca à linha de reflexão a questão da autonomia do direito processual penal, tendo em perspectiva a natureza adjectiva do processo penal face ao direito penal. Ou seja, é pacífica a complementaridade entre o direito penal e o direito processual penal. Porém, a apontada relação de mútua complementaridade entre o direito penal e o processo penal não é uma relação de via única do direito penal para o direito processual penal. Se o direito (penal) se realiza através de judicativa decisão dos casos concretos, então aquele corre o risco de não se realizar se o direito processual penal o não permitir: na ciência do direito penal total, o direito processual penal assume uma função co-criadora de direito em ordem à paz jurídica – assim MÁRIO FERREIRA MONTE, *Que futuro para o Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora (2009), págs. 400-404. No mesmo sentido, e quanto ao sistema de *common law*, v. Auld *apud* LESTER ORFIELD, *Criminal procedure from arrest to appeal*, New Jersey: The Law Book Exchange, Ltd. (2005), p. xxiii, que lembra que “*Procedural and substantive elements in the criminal law are intimately intermingled and a small change in the conduct of procedure may have, and frequently in the past, has had most important and far-reaching effects upon our positive institutions*”. A identificação no texto constitucional da apontada *constituição processual penal* parece assim depor no sentido do reconhecimento da autonomia do processo penal.

<sup>12</sup> GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA (2007), págs. 381-383, e JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS (2005), pág. 156.

incluindo o recurso”<sup>13</sup>. Dir-se-á que se está perante uma tautologia, uma “proposição analítica que permanece sempre verdadeira, uma vez que o atributo é uma repetição do sujeito”<sup>14</sup> e, a ser assim, afigura-se que é uma tautologia necessária pois, como explicam Jorge Miranda e Rui Medeiros, o significado da alteração encontra-se na consagração do direito a pelo menos um grau de recurso em matéria de direito e de facto, pondo fim à discussão sobre se o recurso em matéria de facto constituía uma garantia do arguido (sim), e à questão de saber se o arguido poderia renunciar antecipadamente ao exercício futuro do recurso (não)<sup>15</sup>. E aduzem Gomes Canotilho e Vital Moreira que o direito de defesa pressupõe um duplo grau de jurisdição a significar a reapreciação da questão por um tribunal superior tanto da matéria de facto como da matéria de direito<sup>16</sup>, o que faz todo sentido em atenção ao disposto no texto introdutório do CPP, em cujos termos é expressamente referido “que é a partir da primeira instância que se começa por dar expressão à garantia ínsita na existência de um duplo grau de jurisdição”<sup>17</sup>

Mas a consagração expressa do direito ao recurso, a partir de 20 de Setembro de 1997, explica-se de forma clara perante a possibilidade da maior restrição de direitos fundamentais do cidadão, daí que a pessoa sujeita o processo criminal deve ser “portadora da garantia que a decisão compressora desses direitos pode ser reavaliada”<sup>18</sup>; e apresenta um sentido bem fundado pois precisou a extensão das garantias de defesa do arguido e fez rutilar a natureza de garantia (irrenunciável antecipadamente pelo arguido) do direito ao recurso tanto em matéria de direito como em matéria de facto de decisão (final, que implique a restrição de direitos ou condicionante da solução definitiva do caso<sup>19</sup>). E no direito ao recurso tanto cabem os recursos ordinários como os extraordinários, previstos no CPP, arts. 399.º e ss..

1.2.2. Por outro lado, a CRP, art. 32.º/2 garante que “Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”. Ora, a garantia plasmada neste n.º 2 corresponde ao acolhimento pela CRP de um princípio proclamado em França, em 1789, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (DUDHC) e reconhecido pela comunidade internacional através da sua

---

<sup>13</sup> A alteração dos tempos verbais parece confirmar o acerto de GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA (2007), pág. 382, quando afirmam que, por força da aplicabilidade directa das normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias, estas constituem direito actual e eficaz e não apenas directivas jurídicas de aplicabilidade futura.

<sup>14</sup> *Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa*, volume VI (2003), p. 3469.

<sup>15</sup> GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA (2007), págs. 354-355.

<sup>16</sup> IDEM, pág. 516. Contudo, no sentido de que a revisão constitucional de 1997 manteve o direito ao recurso penal limitado a uma via, cfr. AGOSTINHO EIRAS, *A 4.ª Revisão Constitucional*, Lisboa: Rei dos Livros (1998), pág. 21.

<sup>17</sup> Citado em José GONÇALVES DA COSTA, “Recursos” in CEJ, *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, Coimbra: Livraria Almedina (1993), pág. 404.

<sup>18</sup> MIGUEL ÂNGELO DE LEMOS, “O direito ao recurso da decisão condenatória enquanto direito constitucional e direito humano fundamental”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, *Studia Iuridica* 100, *Ad Honorem* – 5, Coimbra: Coimbra Editora (2010), pág. 923.

<sup>19</sup> Assim JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *idem*, *ibidem*.

consagração nas DUDH, art. 11.º e CEDH, art. 6.º; e com a consequência para toda a estrutura do processo penal de que a ideia de força aí presente será a de que o processo deve assegurar todas as necessárias garantias práticas de defesa do inocente no sentido de não haver razão para não considerar como inocente quem ainda não foi solene publicamente julgado culpado por sentença com trânsito em julgado<sup>20</sup>.

Mas Gomes Canotilho/Vital Moreira observam que não é fácil determinar o sentido da presunção de inocência do arguido, e apontam como conteúdo adequado à sua densificação as ideias de a) proibição de inversão do ónus da prova em detrimento do arguido, b) a preferência pela sentença de absolvição contra o arquivamento do processo; c) a exclusão da fixação de culpa em despachos de arquivamento; d) a não incidência de custas sobre o arguido não condenado; e) a proibição da antecipação de verdadeiras penas a título de medidas cautelares, na esteira da jurisprudência constitucional vertida no Ac. TC n.º 198/90; f) a proibição de efeitos automáticos da instauração do procedimento criminal; g) a natureza excepcional e, por isso, de *ultima ratio* das medidas de coacção restritivas da liberdade; e: i) a absolvição do arguido em caso de dúvida do julgador no que diz respeito à questão da culpa em nome do princípio *in dubio pro reo* que, assim, deve ser compreendido em conjunto com o princípio *nulla poena sine culpa*, os quais constituem desta forma “a dimensão jurídico – processual do princípio jurídico – material da culpa concreta como suporte axiológico – normativo” da medida da pena<sup>21</sup>.

1.3. A CRP, art. 32.º/1 e 2 só podem ser percebidos com referência à estrutura do processo penal português contida no texto – norma da CRP, art. 32.º/5: “O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório”. Este preceito poderia figurar como n.º 1 sem prejuízo na economia da norma (pois não parece que a consagração do processo penal de estrutura acusatória brigue em primazia com a garantia de todas as defesas, incluindo o direito ao recurso; antes parece ser sua decorrência), daí não parecer impertinente fornecer alguns apontamentos sobre a estrutura fundamental do processo penal português.

## **2. A estrutura fundamental do processo penal português: breve caracterização**

2. 1. A evolução do Estado de direito social determinou que o processo penal passasse a ser considerado como um assunto da comunidade jurídica, constituída em Estado, pois o Estado de Direito não exige apenas a tutela dos interesses individuais e

---

<sup>20</sup> Idem, ibidem, pág. 356.

<sup>21</sup> GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, o. c., págs. 518-519.

o reconhecimento dos limites inultrapassáveis dali decorrentes, à prossecução do interesse oficial na perseguição e punição dos criminosos: também exige a protecção das instituições daquele Estado e a viabilização de uma eficaz. Na preposição antecedente rutila a tensão entre os interesses dos indivíduos em uma concreta relação com o titular do *ius puniendi* e os interesses do Estado material de direito.

Figueiredo Dias vê no reconhecimento e aceitação da tensão dialéctica inarredável entre a tutela dos interesses da sociedade representados pelo poder democrático do Estado – que quer punir os crimes – e a tutela dos interesses do arguido – que quer afastar de si quaisquer medidas privativas ou restritivas da sua liberdade – o ponto de partida para equacionar a evolução do processo penal nos quadros do Estado de Direito material, mas crê-se que não será abusivo reconhecer a apontada dialéctica ou tensão de interesses como base para a compreensão da estrutura fundamental do processo penal português – uma estrutura acusatória integrada por um princípio de investigação<sup>22</sup> –, pois, e adiantando razões, uma das consequências daí decorrentes encontra-se no reconhecimento dos designados sujeitos processuais (CPP, arts. 8.º e ss.).

Se o processo penal é uma relação da vida comunitária que não se conforma a si mesma, antes exige a colaboração de pessoas e entidades como força ou meio de desenvolvimento processual; tal exige uma actuação daquelas pessoas e entidades investidas nas mais diversas funções para que possam agir juridicamente no processo, e em relação a quem nascem diferentes direitos e obrigações. Em ordem ao melhor prosseguimento dos fins do processo penal, é pacífico o entendimento segundo o qual a estrutura processual que melhor se adequa a lograr a harmonização dos interesses em conflito é uma estrutura acusatória integrada por um princípio de investigação.

Quando se tem em vista a estrutura acusatória do processo penal, avulta de imediato ao espírito o vocábulo acusação. Mas se todas as palavras são nomes e todos os nomes são palavras<sup>23</sup>, a sua significação pode ir mais além. E é o que sucede quando se aborda o adjectivo “acusatória” em relação à estrutura do processo penal.

2.2. Ensina a melhor doutrina que a imparcialidade, a objectividade e a independência são condições indispensáveis de uma autêntica decisão judicial a impor que a entidade julgadora não tenha também funções de investigação preliminar e acusação das infracções, mas antes possa apenas investigar e julgar dentro dos limites que lhe são postos por uma acusação fundamentada e deduzida por um órgão diferenciado (em regra o MP ou um juiz de instrução<sup>24</sup>.) A acusação é precedida de

---

<sup>22</sup> FIGUEIREDO DIAS (1988-89), págs. 40-51.

<sup>23</sup> SANTO AGOSTINHO, *De Magistro*, Coleção Textos Fundantes de Educação, Petrópolis: Editora Vozes (2009), pág. 105.

<sup>24</sup> FIGUEIREDO DIAS (1988-89), págs. 101-103. Tenha-se em vista que, por razões de exposição, apenas se retém a fixação do objecto do processo na acusação pública, sem cuidar agora da fixação do objecto do processo nas

inquérito, que corresponde a uma fase de investigação, secreta, sem contraditório, dominada pelo MP, e em que se define o objecto do processo; e uma fase de julgamento, pública e contraditória, cujo *dominus* é o juiz (de julgamento) em que se julga o objecto do processo. Há, assim, uma separação orgânica e funcional entre estas duas fases, que é reconhecida em diversos arestos do TC, como dá nota Pinto de Albuquerque<sup>25</sup>.

A consagração da estrutura acusatória do processo penal na CRP, art. 32.º/5 e no CPP, arts. 40.º e 311.º/2, a) e n.º 3 significa a acentuação das garantias de defesa do arguido e, concomitantemente, o reconhecimento da sua condição de sujeito processual – pois são os sujeitos processuais que conferem a um certo processo penal, através da posição jurídica que lhes assegure, a fisionomia própria do processo penal durante todo o processo para assegurar a mais ampla contraditoriedade, o que leva à identificação do processo de tipo acusatório com o processo democrático (Bettiol) enquanto garantia dos direitos fundamentais do arguido e condição para uma defesa eficaz<sup>26</sup>.

2.3. Mas processo penal de tipo acusatório implica uma acusação e, nesta perspectiva, a acusação é o pressuposto de toda a actividade jurisdicional de investigação, conhecimento e decisão: afirma publicamente que sobre alguém recai uma suspeita tão forte de responsabilidade por um crime que impõe a afirmação solene e pública de que a comunidade jurídica chama um seu membro à responsabilidade. Pela acusação<sup>27</sup> é definido e fixado perante o tribunal de julgamento o objecto do processo, assim limitando a actividade cognitória e decisória do tribunal de julgamento e a extensão do caso julgado: é a vinculação temática do tribunal do julgamento (na esteira de Erberhart Schmidt, *die thematische Verbindung des Gerrichtes*) que aqui avulta. O objecto do processo deve obedecer aos princípios da identidade, da unidade

---

hipóteses de ter havido instrução pois, nesse caso, o objecto do processo é definido no despacho de pronúncia transitado em julgado, nos termos do CPP, arts. 311.º e 307.º.

<sup>25</sup> Por exemplo, os Acs. TC n.º 7/87, de 9 de Janeiro (cfr. nota 3) ou 581/2000, de 20/12/2000 (consultado em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000581.html>) no qual “a questão suscitada pelo recorrente [a imparcialidade do MP que também é ofendido] exige igualmente que se equacione a conformidade constitucional da atribuição do exercício da acção penal (nesta última dimensão que aqui interessa, e que é precisamente a da competência para as funções inerentes ao inquérito) a entidade diversa do Ministério Público”, concluindo o aresto que “o Tribunal Constitucional decide não julgar inconstitucionais as normas constantes dos artigos 263º, n.º 1, e 264º, n.º 1, do Código de Processo Penal, interpretadas no sentido de atribuírem competência ao Ministério Público para dirigir e realizar o inquérito e deduzir acusação, naqueles casos em que os ofendidos são o próprio Ministério Público, o seu órgão superior, ou a pessoa do seu presidente, em confronto com os princípios do Estado de Direito, da legalidade e da imparcialidade (artigos 2º e 219º da Constituição da República Portuguesa), com o direito a um processo equitativo (artigo 20º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa), e com o princípio segundo o qual o processo penal deve assegurar todas as garantias de defesa (artigo 32º, n.º 1, da Constituição)” pois só o MP pode dirigir o processo até à acusação ou à pronúncia. Cfr. Paulo PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª edição actualizada, Lisboa: UCP Editora (2008), pág. 46.

<sup>26</sup> Assim, GERMANO MARQUES DA SILVA I (2000), pág. 61, e FIGUEIREDO DIAS (2004), pág. 241. Também, cfr. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Código de Processo Penal (Projecto)*, suplemento do BMJ, Lisboa (1988), pág. 14, III-7, a).

<sup>27</sup> A acusação pode ser pública, quando deduzida pelo MP, nos termos do CPP, art. 283.º; pode ser deduzida pelo assistente, nos termos do CPP, art. 284.º; ou ser deduzida como acusação particular, conforme o CPP, art. 285.º. A referência à acusação no corpo de texto, sem qualquer outra referência, deve ser compreendida enquanto acusação pública.

ou indivisibilidade e da consunção, ou seja: o objecto do processo deve manter-se o mesmo da acusação ao trânsito em julgado da sentença, deve ser conhecido e julgado na sua totalidade de forma unitária e indivisível e deve considerar-se decidido. É a vinculação temática do tribunal que vai ínsita na acusação que constitui “a pedra angular de um efectivo e consistente direito de defesa do arguido – sem o qual o fim do processo penal é inalcançável –, que assim se vê protegido contra arbitrários alargamentos da actividade cognitória e decisória do tribunal e assegura os direitos de contraditoriedade e audiência”, e permite que ao Estado “ter a esperança de realizar os seus interesses de punir só os verdadeiros culpados, perante processo que (pressuposto um real direito de defesa do arguido) deveriam conduzir a absolvições maciças”<sup>28</sup>.

2.4. A estrutura acusatória do processo penal é integrada pelo princípio da investigação, pelo qual o tribunal tem o poder dever de esclarecer e instruir autonomamente – independentemente das contribuições da acusação e da defesa – o facto sujeito a julgamento, criando o próprio tribunal as bases necessárias à sua decisão<sup>29</sup>. É este o conteúdo do princípio da investigação, relativo à produção da prova, a significar que a actividade investigatória do tribunal não é limitado pelo material de facto aduzido pelos outros sujeitos processuais, antes se estende autonomamente a todas as circunstâncias que devam reputar-se relevantes. A importância deste princípio é aferida pela relevância que a descoberta da verdade material assume (cfr. CPP, arts. 340.º) enquanto verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também enquanto verdade que não é absoluta ou ontológica, antes uma verdade judicial ou prática, processualmente válida e não obtida a qualquer preço<sup>30</sup>.

### **3. O recurso extraordinário de revisão: a CRP, art. 29.º/6 e o CPP, arts. 449.º e ss.**

3.1. O trânsito em julgado de uma decisão determina a sua imutabilidade relativa e a sanção dos vícios processuais que nela porventura existissem: se um dos valores fundamentais do direito é o da segurança das decisões judiciais, consubstanciada no instituto do trânsito em julgado, tal valor não é contudo “absoluto,

---

<sup>28</sup> Assim, FIGUEIREDO DIAS (1988-89), págs. 103-105

<sup>29</sup> IDEM, *ibidem*, págs. 51 e 129-130.

<sup>30</sup> IDEM, *ibidem*, pág. 131. Prefere-se a expressão “verdade material” tal como é densificada por Figueiredo Dias, à expressão “verdade” com referência ao CPP, art. 340.º que é feita por PINTO DE ALBUQUERQUE, *o.c.*, pág. 51, em cujos termos está em causa a imputação dos factos da acusação (pública ou particular) e da contestação, a determinação das incriminações e das sanções e a fixação da responsabilidade civil (em nome do princípio da suficiência do processo penal); ou à expressão “verdade histórica” que GERMANO MARQUES DA SILVA, *o. c.*, pág. 86 sem mais identifica com a “verdade material”.

nem sequer é o mais importante, pois sobreleva o da justiça, particularmente quando estão em causa direitos fundamentais da pessoa humana. É o caso das condenações penais, onde são ou podem ser afrontados os direitos à liberdade, à honra e ao bom nome do condenado e onde, portanto, a imutabilidade da sentença que decorre do caso julgado tem de ceder sempre que se torna flagrante que foi contrariado o sentido de justiça. E no “confronto desses dois valores, a justiça e a segurança, o legislador em matéria penal opta por uma solução de compromisso, possibilitando, embora de forma limitada, o direito de rever as sentenças e os despachos que tenham posto fim ao processo, ainda que transitados em julgado.” Na esteira de Figueiredo Dias, se “a segurança é um dos fins prosseguidos pelo processo penal” tal “não impede que institutos como o do recurso de revisão contêmham na sua própria razão de ser um atentado frontal àquele valor, em nome das exigências da justiça”, pois “só dificilmente se poderia erigir a segurança em fim ideal único, ou mesmo prevalente, do processo penal” porquanto “entraria [...] constantemente em conflitos frontais e inescapáveis com a justiça; e, prevalecendo sempre ou sistematicamente sobre esta, pôr-nos-ia face a uma segurança do injusto que, hoje, mesmo os mais cépticos têm de reconhecer não passar de uma segurança aparente e ser só, no fundo, a força da tirania”<sup>31</sup>.

Todo o processo penal tende para uma decisão, porém bastas vezes aquela decisão é contestada, assim não se ocultando que “casos há [...] em que a condição humana naufraga, inobservando a lei ou falhando na realização da justiça, justificando-se então aí, e plenamente, uma intervenção [...] de um outro tribunal hierarquicamente superior” para corrigir os defeitos ou desvios da decisão tirada<sup>32</sup>. Em certas situações uma decisão padece de vício(s) que assume(m) uma gravidade tal que faz com que a lei entenda que o trânsito em julgado não possa importar a sanação do vício e a manutenção da decisão. Assim, e excepcionalmente, a lei admite a impugnação de uma decisão após o seu trânsito em julgado com sacrifício da segurança que a intangibilidade do caso julgado exprime, sempre que dessas situações puder resultar um prejuízo maior do que aquele que resulta da preterição do caso julgado<sup>33</sup>. Se o caso julgado tem como fundamento a “concessão prática à necessidade de garantir a certeza e segurança do direito” ainda que “com possível sacrifício da justiça material” em ordem a assegurar a paz social pelo afastamento definitivo de decisões contraditórias, [de forma a] assegurar através dele [caso julgado] aos cidadãos a paz [e a] afastar definitivamente o perigo de decisões contraditórias”; a justiça leva a que o direito não queira a manutenção de má condenação, “em homenagem à estabilidade

---

<sup>31</sup> In Ac. STJ, de 29/05/2008, consultado em e [www.gde.mj.pt](http://www.gde.mj.pt) com referência ao processo n.º 08P1516.

<sup>32</sup> Manuel SIMAS SANTOS/Manuel LEAL-HENRIQUES/João SIMAS SANTOS, *Noções de Processo Penal*, Lisboa: Rei dos Livros (2010), pág. 546; e Manuel Lopes MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado – Legislação Complementar*, 16.ª edição, Coimbra: Almedina (2007), pág. 464.

<sup>33</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, III, 2.ª ed. revista e atualizada, Lisboa, Editorial Verbo (2000), pág. 373-384.

das decisões judiciais, a garantia de um mal invocado prestígio ou infalibilidade do juízo humano, à custa da postergação de direitos fundamentais dos cidadãos, transformados cruelmente em vítimas ou mártires duma ideia mais do que errada, porque criminosa, da lei e do direito<sup>34</sup>. Daí o bem fundado do recurso extraordinário de revisão (CRP, art. 29.º/6 e CPP, arts. 449.º e ss.).

3.2. Como se viu, a CRP, art. 32.º/1 consagra todas as garantias de defesa em processo criminal, “incluindo o recurso”. Aqui não se distingue se o direito ao recurso se restringe aos recursos ordinários ou se abrange igualmente os recursos extraordinários e, dentro destes, o recurso de revisão. Se a lei não distingue também não o deve fazer o intérprete, até porque tal seria ocioso atendendo ao disposto pela CRP, art. 29.º (em linha com o art. 4.º, § 2.º, do protocolo adicional n.º 7 da CEDH, vigente nos termos da CRP, art. 8.º) – relativo à *Aplicação da lei criminal* –, n.º 6, em cujos termos “Os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos” decorrentes daquela condenação. Jorge Miranda/ Rui Medeiros pormenorizam que estão em causa as sentenças condenatórias penais “que se vierem, no futuro, a revelar como objectivamente injustas”; e Gomes Canotilho/Vital Moreira referem que, nesta disposição, está em causa a reparação do erro judiciário – que, desta forma, “adquiriu dignidade constitucional” –, sem distinguir a natureza (cível ou criminal) da decisão<sup>35</sup>.

3.3. Quanto à disciplina legal do recurso (extraordinário) de revisão de sentença, a ser interposto para e decidido pelo STJ, nos termos do CPP, art. 455.º<sup>36</sup>, os fundamentos da revisão de sentença encontram-se enumerados de forma taxativa no CPP, art. 449.º/1<sup>37</sup>. Têm legitimidade para requer a revisão de sentença, nos termos

---

<sup>34</sup> Eduardo Correia (*Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz*) e Manuel Cavaleiro de Ferreira (in *Scientia Iuridica*), apud Manuel Lopes MAIA GONÇALVES (2007), pág. 979.

<sup>35</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, o. c., pág. 498, e JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *idem*, pág. 330. No mesmo sentido destes últimos, cfr. PINTO DE ALBUQUERQUE, o. c., págs. 1185-1186.

<sup>36</sup> São susceptíveis de revisão: a) todas e quaisquer decisões judiciais, sentenças finais ou despachos (v.g. o despacho de não pronúncia), que ponham termo ao processo (CPP, art. 449.º/1 e 2); b) as decisões respeitantes a casos cujo procedimento se encontre extinto (prescrição, amnistia) ou cuja pena se encontre prescrita ou cumprida (CPP, art. 449.º/4); e c) decisões respeitantes a condenado que tenha falecido (CPP, art. 450.º/2. Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA III (2000), pág. 385; SIMAS SANTOS/LEAL-HENRIQUES/ SIMAS SANTOS (2010), pág. 546; e MAIA GONÇALVES (2007), pág. 980, onde o Autor também se pronuncia sobre a revisão das decisões que aplicam medidas de segurança privativas da liberdade, não sendo de admitir segundo o prudente arbítrio do Conselheiro a revisão das decisões que aplicam tais medidas “enquanto estas forem modificáveis”.

<sup>37</sup> Nos termos da alínea a) é fundamento para se admitir a revisão de sentença (de condenação ou de absolvição) a falsidade de meios de prova que tenham sido determinantes para a decisão a rever, e declarada em outra sentença transitada em julgado, seja emanada de tribunal penal ou não penal; bastando que a falsidade do meio de prova tenha de algum modo contribuído para a decisão a rever, não sendo necessário que esses meios tenham sido, só por si, determinantes dessa decisão. Constitui um fundamento de revisão *pro reo* e *pro societate* (de harmonia com o interesse público na boa administração da justiça). Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA III (2000), págs. 385-386; SIMAS SANTOS/LEAL-HENRIQUES/SIMAS SANTOS (2010), págs. 547-548; MAIA GONÇALVES (2007), com indicação de jurisprudência do STJ (Ac. STJ, 8/01/2003, in *Colectânea de Jurisprudência/STJ, XXVIII, tomo I, pág. 155*), pág. 981; e PINTO DE ALBUQUERQUE (2008), pág. 1186. A alínea b) prevê como fundamento para a revisão o designado *dolo de julgamento*, ou seja, o crime praticado por juiz ou jurado que esteja relacionado com o exercício das suas funções no processo em que foi proferida a decisão (condenatória ou absolutória) a rever. A questão que se levanta a propósito deste fundamento de revisão *pro reo* e *pro societate* é a de saber se qual a relação que se estabelece entre o crime praticado pelo juiz ou jurado e o teor da decisão impugnada: no sentido da indispensabilidade de um nexo causal, encontram-se Simas Santos/Leal – Henriques/Simas Santos; Germano Marques da Silva e Pinto de Albuquerque consideram que não é necessário estabelecer aquele nexo de causalidade; e Maia Gonçalves defende que “há uma presunção *juris et de jure* de que o crime cometido por juiz ou

do CPP, art. 450.º e seus números, o MP, o assistente (quanto a sentenças absolutórias e despachos de não pronúncia) e, naturalmente, o condenado (n.º1); bem como o cônjuge, os descendentes, adoptados, ascendentes, adoptantes, parentes ou afins até ao 4.º grau da linha colateral, e herdeiros que mostrem um interesse em agir (n.º 2)<sup>38</sup>.

A tramitação do recurso de revisão está regulada no CPP, arts. 451.º a 455.º, e compreende as fases do juízo rescindente e do juízo rescisório. A fase do juízo rescindente decorre no STJ. Se a revisão é negada, há lugar à condenação do recorrente, que não seja o MP, em custas e em quantia entre 6 a 30 UC, caso o pedido seja manifestamente infundado (CPP, art. 456.º). Se a revisão é autorizada, então, nos termos do CPP, art. 457.º/1, o processo é reenviado para o tribunal “de categoria e composição idênticas às do tribunal que proferiu a decisão a rever e que se encontra mais próximo”. Segundo Pinto de Albuquerque, o tribunal de revisão está vinculado nos termos precisos da decisão de reenvio tomada pelo STJ, mas esta só obriga na medida em que manda julgar de novo o (já não condenado mas agora) arguido por determinados factos; e não já quanto à valoração de novos meios de prova, à prova de novos factos ou quanto ao grau de relevância dos factos dados como provados noutra sentença<sup>39</sup> (crê-se que aqui encontra-se a consagração dos princípios da investigação e da imediação).

Quanto à fase do juízo rescisório, e a baixa do processo ao tribunal identificado no CPP, art. 457.º, sucede uma de três situações: se a decisão revista tiver sido de condenação e o tribunal de revista absolver o arguido, há lugar à anulação da sentença

---

jurado, e relacionado com o exercício das suas funções no processo, influenciou a decisão” que, por isso foi injusta - v. SIMAS SANTOS/LEAL-HENRIQUES/SIMAS SANTOS, *idem*, pág. 550; GERMANO MARQUES DA SILVA, *o.c.*, pág. 386, e PINTO DE ALBUQUERQUE, *idem*, *ibidem*; e MAIA GONÇALVES, *idem*, *ibidem*. A alínea c) do CPP, art. 449.º/1 contempla um fundamento de revisão *pro reo* que está na inconciliabilidade da sentença penal condenatória com outra sentença, seja esta de natureza penal ou não - neste sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, *idem*, *ibidem*, e MAIA GONÇALVES, *idem*, *ibidem*. E a alínea d) prevê como fundamento de revisão (*pro reo*) a descoberta de novos factos ou novos meios de prova que suscitam fortes dúvidas sobre a justiça da condenação - a novidade dos factos ou dos elementos de prova deve sê-lo para o julgador, isto é, que não foram apreciados no processo, embora o arguido não os ignorasse no momento do julgamento; mas não é fundamento para corrigir a medida concreta da pena (CPP, art. 449.º/3) - v. GERMANO MARQUES DA SILVA, *idem*, pág. 388. A actual redacção da alínea e), com vista à revisão *pro reo*, foi introduzida, por via de aditamento, pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto (o mesmo sucedendo com as alíneas subsequentes), e refere-se a provas que não foram apreciadas no julgamento; e só é compreensível em coerência com a alínea anterior e com o CPP, art. 126.º, relativo aos meios proibidos de prova - cfr. Manuel SIMAS SANTOS, “Recursos”, in *Jornadas sobre a Revisão do Código de Processo Penal. Estudos*, Revista do CEJ, 1.º Semestre, 2008, n.º 9 (Especial), CEJ: Lisboa (2008), pág. 379-380. Sobre os problemas suscitados pelo seu âmbito e a sua delimitação face ao recurso ordinário, ver PINTO DE ALBUQUERQUE, *idem*, págs. 1200-1202, e Manuel SIMAS SANTOS (2008), pág. 380. Cfr. MAIA GONÇALVES, *o.c.*, pág. 982 quanto às hipóteses de admissibilidade de novo pedido de revisão nos termos do CPP, art. 465.º, com fundamento no CPP, art. 449.º/1, e). Quanto ao fundamento de revisão *pro reo* que se encontra na alínea f), no entender de Maia Gonçalves e Pinto de Albuquerque, a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral deve ser posterior ao trânsito em julgado da sentença revidenda - MAIA GONÇALVES, *idem*, *ibidem*; e PINTO DE ALBUQUERQUE, *o.c.*, pág. 1202, assim respondendo à questão colocada por Simas Santos em “Recursos” (2008), pág. 380. Por último, nos termos da alínea g), a sentença proferida por uma instância internacional, que seja vinculativa do Estado português, é causa de revisão (*pro reo*) de sentença se for contrária à sentença criminal condenatória proferida pelo Estado português ou suscitar dúvidas graves sobre a justiça da condenação.

<sup>38</sup> A crítica, no sentido da inconstitucionalidade em razão da violação do princípio da não discriminação, a redacção do CPP, art. 450.º/2 por não prever a legitimidade da pessoa que viva em situação análoga à dos cônjuges encontra-se em PINTO DE ALBUQUERQUE, *o.c.*, pág. 1205.

<sup>39</sup> PINTO DE ALBUQUERQUE, *o.c.*, pág. 1212.

revista, a restituição do arguido à situação anterior à condenação (agora anulada), à declaração de extinção das medidas de coacção a que o arguido esteja sujeito, à condenação do assistente em custas e, se for requerida nos termos do CPP, art. 462.º, a indemnização pelos danos sofridos. Se a decisão revista for condenatória e a decisão de revisão for no sentido da condenação, há lugar à aplicação da pena concretamente cabida ao caso, com desconto da pena que o arguido já tiver cumprido; e aqui vale também a proibição da *reformatio in pejus* (CPP, art. 409.º, *ex vi* art. 463.º/2). Se a decisão revista for de absolvição e a decisão de revisão for de condenação, há lugar à anulação da sentença revista, a condenação do arguido na restituição de indemnização eventualmente recebida e a restituição ao assistente das custas<sup>40</sup>.

A revisão de despachos que ponham fim ao processo não conhece a fase do juízo rescisório e, concedida a revista, o STJ declara sem efeito o despacho e ordena o prosseguimento do processo<sup>41</sup>.

4. A presunção (constitucionalmente garantida) da inocência do arguido até ao trânsito em julgado da sentença de condenação – a sua compatibilização com o recurso extraordinário de revisão de sentença: uma proposta

4. 1. A questão não parece ocupar as preocupações da doutrina, constitucional e (processual) penal, o que levará a pensar se a questão tem dignidade para sequer ser questão. Crê-se bem que sim, pois ainda estão em causa aspectos substanciais do processo penal português: veja-se que a CRP, art. 29.º/6 encontra-se na norma relativa à aplicação da lei criminal, e não na CRP, art. 32.º<sup>42</sup> que dispõe sobre as garantias do processo criminal – mais que a apontada complementaridade entre o direito penal e o direito processual penal assinalada por Figueiredo Dias em 1974<sup>43</sup>, questões há em que legitimamente se pode equacionar a sua natureza preponderantemente material e não processual ou adjectiva<sup>44</sup>; e tal parece ser o caso da presunção da inocência em processo penal. Em jeito de solução de compromisso, sempre se pode dizer que o princípio da presunção da inocência em processo penal, porque fundamental ou

<sup>40</sup> IDEM, *idem*, pág. 1217, e GERMANO MARQUES DA SILVA, *idem*, pág. 391-392.

<sup>41</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA III (2000), pág. 393.

<sup>42</sup> O processo penal de estrutura acusatória (integrado por um princípio de investigação) bem como a presunção de inocência obtiveram consagração constitucional, em matéria sujeita aos limites materiais de revisão constitucional pois que se trata de matéria relativa a direitos, liberdades e garantias – a CRP, art. 288.º, d) constitui um limite material ao poder constituído (e não constituínte) de revisão constitucional, uma norma de garantia de princípios substantivos as quais têm de ser obedecidas enquanto estão em vigor, sem prejuízo da faculdade de modificação no futuro por via daquilo a que Jorge Miranda designa de *duplo processo de revisão*, o qual exige não só o respeito das normas jurídicas como também a adesão da consciência jurídica, o reconhecimento, a legitimidade – v. JORGE MIRANDA, "Limites Materiais de Revisão", in RJ – Revista Jurídica da Associação Académica da FDUL, n.º 13-14, Junho de 1990, Lisboa: Associação Académica da FDUL (1990), págs. 7-16, e NUNO ROGEIRO, "Da Revisão Controlada – Notas sobre o problema das cláusulas constitucionais irremovíveis", in POLIS-Revista de Estudos Jurídico-Políticos, n.º 1, Outubro/Dezembro (1994), págs. 89 – 94 (para quem a CRP não se esgota num texto, mas num contexto, não é feita para toda a vida; mas a mudança não é desconhecida da Constituição e por isso esta prevê as formas de mudança/ruptura, pois a permanência da forma não significa a imutabilidade do conteúdo. Ou seja, a estrutura de processo penal actual pode não ser a mesma no futuro). Portanto, estão presentes normas constitucionais de conteúdo forte.

<sup>43</sup> FIGUEIREDO DIAS (2004), págs. 23-50

<sup>44</sup> Cfr. José de FARIA COSTA, *Linhas de Direito Penal e de Filosofia. Alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra: Coimbra Editora (2005), pág. 178.

fundante, é um verdadeiro princípio substancial do processo penal – tenha-se presente que o princípio da presunção de inocência de um sujeito processual (e o arguido é um sujeito processual, conforme o CPP, arts. 57.º e ss.) como princípio material e constitucional (porque fundante) do processo penal, constitui uma marca de identidade de um processo penal de estrutura acusatória proclamado pela DUDH (art. 11.º) e pela CEDH (art. 6.º), a afirmar um acto de fé no valor ético da pessoa, próprio de uma sociedade livre e democrática<sup>45</sup>.

4.2. Então, do ponto de vista constitucional, parece estar-se perante um conflito entre normas constitucionais, a exigir a concordância prática entre ambas. Vieira de Andrade, a propósito do art. 30.º da CRP, na sua versão originária (o actual, CRP, art. 32.º), propôs a cessação da presunção de inocência com a sentença de condenação; “[d]epois desta, mesmo que não seja definitiva, a presunção só pode ser a da culpa”<sup>46</sup>. A solução apontada tem o mérito de ser a única, até à data, a ensaiar uma resposta para o problema da concordância prática entre a presunção da inocência e o recurso de revisão de sentença no sentido de saber se aquela cessa com o trânsito em julgado da condenação em primeira instância, ao que Vieira de Andrade responde afirmativamente.

Mas é proposta que, muito modesta e respeitosamente, se não acompanha. Eis porquê: a decisão de condenação em primeira instância que transita em julgado faz cessar, melhor, elide a presunção/garantia de inocência do arguido – *nulla poena sine culpa*. A partir deste momento, não mais há o reconhecimento do sujeito processual arguido, mas antes do sujeito condenado que enceta uma nova relação com a comunidade agora enquanto Estado administração penitenciária (no que respeita à execução de uma pena). A elisão da presunção de inocência não determina necessariamente a presunção de culpa, e isto por dois motivos: primeiro, e decorrência do princípio da culpa, não pode haver mais culpa que aquela que é declarada em decisão judicial pois a culpa é fundamento, não pressuposto, e limite da pena<sup>47</sup> – portanto, é violador do princípio da culpa a cumulação entre culpa efectiva (declarada) e culpa presumida (não declarada), pelo que a solução proposta em 1981 viola o Código Penal (CP), art. 40.º/2 (outra norma material de processo penal). Uma segunda razão porque não se acompanha a posição de Vieira de Andrade está em que, havendo culpa efectiva, não faz particular sentido afirmar uma presunção de culpa.

4.3. Mas crê-se, sempre modestamente, que é possível operar a concordância prática entre a presunção de inocência e o recurso extraordinário de revisão de

---

<sup>45</sup> JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS (2005), pág. 355.

<sup>46</sup> In A. BARBOSA DE MELO/J. M. CARDOSO DA COSTA/J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Estudo e Projecto de Revisão da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, Limitada (1981), págs. 51-52.

<sup>47</sup> V. José de FÁRIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*. Introdução – *A Doutrina Geral da Infracção [A Ordenação Fundamental da Conduta (Facto) Punível; A Conduta Típica (O Tipo)]*, Coimbra: Coimbra Editora (2009), pág. 189.

sentença, concordância prática essa em nome de um princípio de justiça e de (um outro princípio co-natural àquele de) combate ao erro judiciário.

Assim, já se viu que a condenação em primeira instância elide a presunção de inocência [CRP, art. 32.º/2, *a contrario*]: o arguido deixa de o ser e passa a ser condenado. Requerida a revisão de sentença, sobretudo nos casos de revisão *pro reo*, a presunção de inocência renasce (pois ainda está em causa o processo que determinou a elisão da CRP, art. 32.º/2) com o trânsito em julgado da autorização da revisão, ou seja, ainda na fase do juízo rescindente, e não com o reenvio do processo para o tribunal designado nos termos do CPP, art. 457.º. A partir do momento em que a presunção de inocência renasce, o condenado deixa de o ser e reassume a qualidade de sujeito processual, de arguido.

Crê-se que a proposta de compreensão que se deixou parece ser adequada a um sistema de processo penal enquanto estrutura da vida comunitária que não é autopoietico, antes exige uma actuação de pessoas e entidades, as quais assumem a feição/estatuto de sujeitos processuais a quem são reconhecidos direitos bem como obrigações para poderem decidir e co-determinar dentro de certos limites a concreta tramitação do processo penal; em ordem à realização dos fins do processo penal: a realização da justiça e a descoberta da verdade material, a protecção dos direitos fundamentais das pessoas e o restabelecimento da paz jurídica. E é ao serviço destas três finalidades que estão a presunção da inocência e a revisão de sentença.

## CONCLUSÕES

Segundo João Conde Correia, o caso julgado hodiernamente está desprovido do “fulgor de outrora” pois hoje em dia o mito do caso julgado foi substituído por um certo desencanto na medida em que se começou a interiorizar que o caso julgado “também podia ser sinónimo de injustiça”<sup>48</sup>. Um condenado não tem de o ser para todo o sempre após o trânsito em julgado de decisão penal, logo será de atender, de prever que possa querer a revisão da sua situação. Em coerência, o Estado deve dar cumprimento à garantia de defesa constitucionalmente consagrada, daí a existência do recurso extraordinário de revisão, cuja tramitação é manifestamente simples em ordem à realização da justiça e a descoberta da verdade material, a protecção dos direitos fundamentais das pessoas e o restabelecimento da paz jurídica.

---

<sup>48</sup> João CONDE CORREIA, *A revisão propter nova*, Coimbra: FDUC (2008), págs. 14-18.

# GARANTISMO INTERCONSTITUCIONAL

## INTERCONSTITUTIONAL GARANTISM

Caíque Tomaz Leite da SILVA<sup>1</sup>

**RESUMO:** As reflexões objeto do presente foram apresentadas na II Jornada Luso-Brasileira sobre Garantismo, no Instituto Superior Bissaya Barreto. Ocupei-me, em apertada síntese e sem grande levantamento bibliográfico, da enumeração de problemas associados à projeção da expressão "garantismo" a outros âmbitos normativos para além do direito constitucional interno, em razão da constitucionalização do direito internacional e direito comunitário. Delimitei os signos linguísticos, posteriormente o objeto de referência, concluindo pela ampliação do âmbito de proteção associado ao signo "garantismo" em razão da co-responsabilidade normativa e judicativa do direito constitucional, direito internacional e direito comunitário, na tutela de direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Garantismo. Constitucional. Direito Internacional. Direito Comunitário. Constitucionalismo Sincrético.

**ABSTRACT:** The object of the present reflections was presented during the II Luso-Brazilian meeting about guaranteeism on Institut Bissaya Barreto. I have dealt, in brief summary, and without major bibliographic survey, enumeration problems associated with projection of expression "guaranteeism" to other regulatory frameworks beyond the domestic constitutional law, due to the constitutionalization of international law and communitarian law. Explain linguistic signs, then the reference object, completing the expansion of the scope of protection associated with the sign "guaranteeism" because of regulatory and judicial co-responsibility of constitutional law, international law and communitarian law, in the protection of fundamental rights.

**Key-words:** Guaranteeism. Constitutional. International Law. Communitarian Law. Sincretic Constitutionalism.

### §1 Garantismo & Filosofia da Linguagem

A expressão "garantismo" é polissêmica. Sua vinculação ao constitucionalismo limita seu horizonte de significado. É dever do sujeito cognoscente delimitar o objeto cognoscível aos quais os signos linguísticos se referem, pois a filosofia da linguagem denunciou, já há muito tempo, a impossibilidade de uma auto-transcendência das palavras (circularidade da linguagem). As palavras, conforme salienta Bertrand Russel, "are symbols which stand for something other than themselves"<sup>2</sup>. Dentre as manifestações pragmáticas de "garantismo" referente ao objeto "constitucional", me limitarei aos instrumentos normativos, institucionais e processuais,

---

<sup>1</sup>Doutorando em Direito Público (fase de dissertação) e Pós-Graduado em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra (POR). Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil (*summa cum laude*), Banca Examinadora da American University (USA). Bolsista do Curso de Direito Internacional Humanitário (Ius Gentium Coninbrigae, Instituto de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra). Professor Convidado do IGC-Universidade de Coimbra. Membro do grupo de trabalho encarregado da versão luso-brasileira da obra "Understanding Human Rights", da Universidade de Coimbra. Professor das Faculdades Integradas António Eufrásio de Toledo (BRA). Professor da Escola Superior da Advocacia (ESA). Coordenador das Jornadas Luso-Brasileiras de Direitos Humanos e Direito Internacional Público (Universidade de Coimbra). Coordenador das Jornadas Luso-Brasileiras sobre Garantismo Constitucional-Penal (Instituto Superior Byssaia Barreto). Advogado e Parecerista. Email: caique.thomaz@hotmail.com

<sup>2</sup>RUSSELL, Bertrand. *The Principles of Mathematics*. London: Routledge, 1992, p. 47.

instituídos com o objetivo de tutelar os direitos fundamentais previstos nas constituições. A simples inserção na constituição de determinado direito, independentemente do grau de eficácia da norma constitucional, lhe confere uma garantia, pois limita os poderes constituídos e também alcança aos privados (*Drittwirkung*). Mas o garantismo constitucional não passa de uma autolimitação subordinada ao voluntarismo político. Tal associação não nos permite ir além. Poderíamos avançar com considerações de natureza filosófica, conforme nos expressamos em termos contratualistas, atacando a legitimidade do poder, ou sustentando o direito à desobediência civil, como limites intrínsecos do político, mas essa tarefa será, com mais propriedade, desempenhada pela filosofia do direito. Poderíamos também avançar com as considerações de natureza sociológica, duvidando da projeção sobre a vida prática, da subordinação ao poder animado por anseios totalitários. Tarefa do sociólogo. Mas podem também os juristas se ocuparem de construções teóricas destinadas a aprimorar a função garantista das constituições. Podem também os juristas, no âmbito de suas atividades típicas, contribuir para o aperfeiçoamento das estratégias jurídicas de limitação do poder, ou autolimitação do poder – mesmo que originário – encartado pelas constituições. Novamente a filosofia da linguagem presta um grande contributo a análise do signo linguístico “garantismo”. Ludwig Wittgenstein<sup>3</sup> precisamente se refere à força criativa das palavras, instrumentos de enorme poder social capazes de promover uma modificação da realidade constituída “ex ante”. O orador e seu discurso, partes de uma atividade e de uma forma de vida.

## §2 O Ser-aí Constitucional

Por interconstitucionalismo nos referimos a um objeto mais amplo que o direito constitucional em seu significado corriqueiramente empregado. O objeto de referência aqui é, deveras, muito mais extenso. Há duas premissas teóricas das quais depende a construção de tal objeto: a) a constitucionalização do direito internacional<sup>4</sup>: tal processo se refere a organização, em termos constitucionais, do sistema global de proteção aos direitos humanos, com órgãos que inequivocamente desempenham funções legislativa, executiva e judicativa, em termos simétrico às desempenhadas dentro dos estados e as exercem, dentre os inúmeros propósitos, com um inequívoco prestígio aos direitos humanos, em simetria às funções desempenhadas pelos direitos

---

<sup>3</sup>WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. Oxford: Basil Blackwell, 1958, p. 11

<sup>4</sup>FASSBENDER, Bardo. *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*. Columbia Journal of Transnational Law. Vol. 36, 1998; TOMUSCHAT, C. *International Law as the Constitution of Mankind*. In: *International Law on the Eve of the Twenty-first Century views from the International Law Commission*. New York: United National Publication, 1997, p. 37.

fundamentais dentro da ordem constitucional dos respectivos estados. A Carta da Organização das Nações Unidas também afirma, em linguagem constitucional, a supremacia de suas disposições normativas em relação às demais obrigações internacionais assumidas pelos estados (arts. 53 e 103), e estabelece a primazia da força física institucional caso seja necessário atuação internacional armada (monopólio da força física). Também corrobora com a linha argumentativa aqui desenvolvida a previsão que autoriza intervenção da ONU em países não membros, em caso de ameaça à paz e segurança internacionais, bem como a intervenção mesmo contra a vontade de membros (art. 2, alínea C). Verdross já defendia a existência de uma norma fundamental de direito internacional, “*das Problem der Einheitlichkeit des Völkerrechtes steht und fällt daher mit dem Probleme der völkerrechtlichen Grundnorm*”<sup>5</sup>. Assim, as principais funções desempenhadas pelas constituições internamente teriam sido reproduzidas em escala mais alargada, na qual também se reproduziu as justificativas filosóficas e sociológicas que fundamentaram a construção dos estados. Em termos filosóficos, observa-se que a ideia de comunidade internacional é construída sempre em analogia ao contrato social que deu origem ao estado, para a organização da interdependência entre os estados que não conseguem superar, com uma existência unipessoal, inúmeros problemas dos quais depende seu existir, do mesmo modo que os seres humanos no estado de natureza. Tal analogia já havia sido formulada por Thomas Hobbes, em seu *Leviathan*<sup>6</sup>, e Christian Wolff, em seu *Ius Gentium*<sup>7</sup>. Em termos sociológicos, ressalta-se sempre a necessidade pragmática de uma interação organizada em termos normativos, da qual dependeria a própria existência pacífica dos estados, a supressão da carência de bens e utilidades da vida, das necessidades de comunicação com o exterior, da interação para a contenção de problemas transfronteiriços como o *cybercrime*, branqueamento de capitais e o desequilíbrio ecológico. O resultado da convivência desses *backgrounds* sociológico e filosófico se projetaria no direito internacional do mesmo modo que se projetou no direito interno dos estados, em termos constitucionais. A despeito das referências relativamente a Carta da ONU, como faz Habermas<sup>8</sup> - e também poderíamos discorrer sobre o “*pacta sunt servanda*”, previsto na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, como outra fonte formal de constitucionalização do direito internacional – por razões

---

<sup>5</sup>VERDROSS, A. *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*. Wein/Berlin, Springer Verlag, 1926, p. 12

<sup>6</sup>HOBBS, Thomas. *Leviathan, or The Matter, Forme, & Power of a Common-Wealth – Ecclesiasticall and Civill*. London: Green Dragon, 1651, p. 63.

<sup>7</sup>WOLFF, Christian. *Ius gentium methodo scientifica pertractatum. In quo ius gentium naturale ab eo, quod voluntarii pacti, et consuetudinarii est, accurate distinguitur*. Frankfurt & Leipzig, 1764, p. 1: “Sunt enim multitudo hominum in civitatem consociatorum. Quamobrem cum civitates spectandae sint tanquam personae singulares liberae in statu naturali viventes. Gentes quoque inter se spectandae sunt tanquam personae singulares liberae in statu naturali viventes”.

<sup>8</sup>HABERMAS, J. *Der gespaltene Westen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004, p. 159: “Nach meiner Auffassung stellt die UN-Charta einen Rahmen bereit, worin sich die Mitgliedstaaten nicht länger nur als Subjekte völkerrechtlicher Verträge verstehen müssen, zusammen mit ihren Bürgern können sie sich nun als die konstituierenden Träger einer politisch verfassten Weltgesellschaft erkennen”.

pragmáticas, tal simetria é secular, embora normalmente associada à criação de um estado mundial, e pode ser ainda sustentada em termos estritamente material com a devida coerência, enfocando exclusivamente as funções desempenhadas pelas constituições internas e as funções desempenhadas pelo direito internacional, com seu modo de organização, e legitimação “popular” por intermédio dos estados e outros sujeitos do direito internacional com voz na “ágora”. Tal constitucionalização não representa, contudo, ao contrário do seu alter-ego interno, uma força centrípeta relativamente a outros instrumentos internacionais, mas a fragmentação do direito internacional em inúmeros setores normativos não deve ser visto como um obstáculo ao movimento de constitucionalização. A comunidade internacional apresenta outras demandas relativamente àquelas apresentadas pelas sociedades dentro de seus estados e muitas vezes o direito internacional responde com velocidades distintas dependendo do grau de integração dos estados e da matéria específica objeto do problema. Tais especificidades, quando projetadas no espaço global e vistas através das lentes de variadas culturas e interesses políticos, produzem normas internacionais com diferentes velocidades e intensidades. Isso porque a lógica intersubjetiva ainda é a principal força motriz das relações internacionais. A institucionalização do direito, através de organizações internacionais, não cria um órgão de sobreposição dotado de vontade autónoma absolutamente distinta da vontade dos estados. Ao contrário, a lógica interestatal continua a dirigir o desenvolvimento das atividades da organização e continuam a condicionar sua “legitimidade”. Mesmo quando a ONU age contra a vontade unânime dos estados ou mesmo contra não-membros a lógica interestatal não é infirmada. Ao contrário. É confirmada, pois a conduta da organização deve ser interpretada no sentido de que aquele determinado país não é mais soberano que os demais e, portanto, não pode agir de modo a criar instabilidade à paz e segurança internacionais. Mesmo no âmbito da ONU, portanto, as limitações são autolimitações, porque mantém sua vinculação com a vontade dos estados. Mas veja-se bem: tais anotações não constituem, absolutamente, um obstáculo ao processo de constitucionalização do direito internacional, pois as constituições dos estados também são uma autolimitação do político, e podem mesmo ser alteradas ou substituídas<sup>9</sup>; b) a constitucionalização da União Europeia<sup>10</sup>: tal processo de integração regional inicialmente compreendia a reunião de interesses comuns relativamente ao comércio internacional. Posteriormente outras tantas atribuições foram vinculadas ao desenvolvimento do direito comunitário europeu. Oportuno ressaltar – sem grande precisão conceitual – as seguintes características: estruturação funcional em poderes

---

<sup>9</sup>SILVA, Caique Tomaz. *Do realismo à constitucionalização do direito internacional*. Revista de Direito Público, Universidade Estadual de Londrina, Vol. 9, nº 1, 2014, pp. 135-162. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/17198>

<sup>10</sup>PETER, A. *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*. Berlin: Bunker & Humblot, 2001, p. 167.

separados (executivo, legislativo e judiciário); Carta de Direitos Fundamentais; princípio do primado do direito comunitário relativamente ao direito interno dos estados-membros; efeito direto de algumas normas; competência da competência do Tribunal de Justiça da União; símbolos próprios; poder de celebrar tratados e instituir legações. Tais características guardam uma incontestável relação de simetria com o direito constitucional de matriz romano-germânica, e permite, por isso, uma associação ao constitucionalismo interno a despeito de naufragada a constitucionalização formal da União Europeia<sup>11</sup>. Delmas-Marty se refere à relação do direito comunitário com o direito constitucional como uma “souveraineté nationale contrôlée” e “primauté européenne relative”<sup>12</sup>. O fato circunstancialmente relevante é o desenvolvimento do direito comunitário adotando-se como paradigma o direito constitucional dos estados-membros. E isso observa-se tanto em relação aos atributos do direito comunitário ao qual referimos supra, como em relação àqueles que não foram ainda implementados mas que continuam na órbita das instituições europeias, como o projeto da carta constitucional. O background ideológico que levou convergência de alguns “traços de personalidade” dos estados europeus é secular e não se identifica com o processo de integração levado desenvolvido pela União Europeia. William Penn publicou, em 1693, “*Essay Towards the Present and Future Peace of Europe by the Establishment of an European Dyet, Parliament or Estates*”; e John Bellers publicou, em 1710, “*Some Reasons for an European State*”<sup>13</sup>.

### **§3 Intersubjetividade do Criador & Objetividade da Criatura**

Da anarquia e intersubjetividade do processo de criação das normas do direito internacional, e da ausência de um direito objetivo ou de um órgão de controle obrigatório de todas as obrigações internacionalmente assumidas pelos estados, não decorre necessariamente uma anarquia quanto ao cumprimento das obrigações. Há dois momentos normativos que devem ser analisados em separado. O voluntarismo e o subjetivismo das pretensões que decorrem da igualdade soberana dos estados no processo de formação e interpretação das normas que, por isso, possuem conteúdo

---

<sup>11</sup>LAZARI, Antonio. *La nueva gramática del constitucionalismo judicial europeo*. Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 33, 2009, p. 502. aduz que o Tratado de Lisboa se “disfraza” de tratado constitucional, uma vez que o conteúdo é “sustancialmente idêntico”, e que essa desconstitucionalização formal produz uma aceleração da constitucionalização judicial, do diálogo judicial.

<sup>12</sup>DELMAS-MARTY, Mireille. *Politique criminelle et droits de l’homme: vers une logique floue*. Revue interdisciplinaire d’études juridiques. Nº 24, 1990, pp. 3-4.

<sup>13</sup>BELLERS, John. *Some Reasons for an European State: Proposed to the Powers of Europe, by an Universal Guarantee and an Annual Congress, Senate, Dyet, or Parliament to settle any disputes about the bounds and rights of Princes and States hereafter: With an abstract of a Scheme form’d by King Henry the Fourth of France upon the same subject. And also a proposal for a General Council or Convocation of all the different religious persuasions in Christendom (not to dispute what they differ about, but) to settle the General Principles they agree in, by which it will appear that they may be good subjects and neighbours, though of different apprehensions of the way to Heaven: In order to prevent broils and wars at home, when foreign wars are ended*. London, 1710.

variável, não se projeta do mesmo modo na aplicação da norma. Editada a norma, mesmo a carência de instrumentos externos de controle não permite afirmar a voluntariedade de seu cumprimento de boa-fé. Bal, em tese de doutorado defendido em Estrasburgo, afirma que mesmo tratando-se de um sistema predominantemente contratual, construído com base na reciprocidade e relatividade das relações jurídicas constituídas entre seus sujeitos, as obrigações que se impõe aos estados, em razão de um sistema de responsabilidade recíproca de cumprimento do convencionado, permite a constatação da existência de um certa ordem pública objetiva ao nível internacional, embora mais aleatória, flexível e instável que a ordem pública interna<sup>14</sup>. No mesmo sentido, Fitzmaurice observa que “a new rule may come into existence as law because States have consented to it, but once it exists as law its binding force does not depend on consent but on its character as law”<sup>15</sup>. Algumas notas: a) a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados impõe o dever de cumprimento, de boa-fé, das obrigações celebradas pelos estados e organizações internacionais com personalidade jurídica (*pacta sunt servanda*). Não se pode aduzir, portanto, que o estado, num gesto de supremacia soberana, pode ignorar uma obrigação bilateral ou multilateral que tenha ratificado, se não denunciou o tratado ou fez reservas quanto ao seu cumprimento. Além disso, também não se admite como excludente da responsabilidade internacional pelo descumprimento do pactuado a oposição do direito interno, sendo uníssona e ampla a jurisprudência nesse sentido; b) os costumes, também fontes do direito internacional, surgem espontaneamente de acordo com o comportamento dos estados associado à convicção da obrigatoriedade (*opinio iuris*) e não dependem de adesão expressa de qualquer deles. Embora o reconhecimento de uma regra consuetudinária, explícita ou implícita, pelos estados, não seja um ato constitutivo de sua força normativa, é a prática dos estados anterior ao reconhecimento que oferece o substrato material da norma (elemento material do costume), bem como o elemento psicológico consistente na convicção da obrigatoriedade (*opinio iuris*). Nesse sentido já se manifestou a CIJ, no “*Affaire du Plateau Continental*”: “la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l’*opinio juris* des États”<sup>16</sup>, mas uma concordância perfeita e rigorosa de todos os estados não é obrigatória para o reconhecimento do costume internacional<sup>17</sup>. Assim, o elemento psicológico do costume deve ser compreendido como uma consciência coletiva da obrigatoriedade da conduta. Do mesmo modo, como observa Pellet, o

---

<sup>14</sup>BAL, Lider. *Le Mythe de la Souveraineté en Droit International. La souveraineté des États à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international*. Université de Strasbourg, 2012, pp. 132 e 138.

<sup>15</sup>FITZMAURICE, G. *The General Principles of International Law Considered From the Standpoint of the Rule of law*. 92 RCADI, 1957, p. 40.

<sup>16</sup>Recueil, C.I.J. *Affaire du Plateau Continental*: “la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l’*opinio juris* des États, 1986, p. 97.

<sup>17</sup>Recueil, C.I.J. *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, 1986, p. 98

elemento material se refere ao comportamento dos estados, e não aos atos jurídicos constituídos com base na sua vontade<sup>18</sup>. Veja-se, portanto, que a despeito da manutenção de uma origem interestatal, o costume internacional não se identifica com a vontade dos estados. Embora seja exagerado qualificá-los como contrários a soberania em razão da sua associação com a conduta dos estados, o fato é que eles não se submetem ao princípio da reciprocidade<sup>19</sup>; c) as normas de “*ius cogens*” também constituem uma limitação à vontade dos estados, mas uma limitação involuntária, não limitação externa. Tanto que as normas de *ius cogens* podem ser alteradas por uma norma de igual categoria (artigo 53), de acordo com a dinâmica dos valores prestigiados pela comunidade internacional, o que reforça seu caráter endógeno relativamente ao sistema interestatal. Prosper Weil afirma que enquanto o direito natural é exterior e superior ao direito positivo, o *ius cogens* é parte do sistema, porque é o próprio direito internacional que define certas normas, superiores à vontade do estado, que não podem ser derogadas. Por conseguinte, não se trata de valores que se impõe aos estados porque exteriores a eles, mas de normas jurídicas que, embora de aspiração ética e sociológica, tem caráter normativo puramente endógeno<sup>20</sup>. Tais normas apenas introduzem uma diferenciação valorativa dentre as normas jurídicas de direito internacional em termos de uma explícita tentativa de hierarquização<sup>21</sup>, como ocorre com normas internas. Sua primazia relativamente às normas de origem convencional e sua indisponibilidade à vontade dos estados são notoriamente reconhecidas pelos atores do cenário internacional e expressamente previstas na Convenção de Viena, de 1969, nos artigos 53 e 64. Como Bal precisamente pontua, a referência à noção de comunidade internacional exclui a ideia de reciprocidade e coloca as obrigações decorrentes de uma norma imperativa a um nível de objetividade superior sem que sua existência dependa da existência de uma autoridade formalmente superior. A lógica intersubjetiva é respeitada para a formação da norma jurídica, mas em razão da exigência de generalidade e imperatividade, há uma lógica pluralista reforçada para atender a um certo grau de objetividade, que se realiza de uma maneira ideal, e não é prejudicada pela ausência de uma autoridade superior ou mecanismos institucionais e judiciários aptos a garantir o respeito ao direito imperativo<sup>22</sup>. As normas de *ius cogens* representam para o direito internacional aquilo que as cláusulas pétreas representam para o direito constitucional dos estados.

---

<sup>18</sup>PELLET, A. *Cours général: le droit international entre souveraineté et communauté internationale*. Anuário brasileiro de direito internacional. Vol. 2, 2007, p. 68.

<sup>19</sup>DECAUX, E. *La réciprocité en droit international*. Paris: LGDJ, 1980, p. 113.

<sup>20</sup>WEIL, Prosper. *Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public*. 237 RCADI, 1992, pp. 266-267.

<sup>21</sup>*Ibid.*, p. 261.

<sup>22</sup>BAL, Lider. *Le Mythe de la Souveraineté en Droit International. La souveraineté des États à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international*. Université de Strasbourg, 2012, pp. 182-184.

## §4 Signo & Objeto

Fixadas como premissas a constitucionalização do direito internacional e do direito comunitário conclui-se pelo alargamento do objeto de referência da expressão “constitucional”, que passa, por isso, a designar não somente o direito constitucional interno. Não mais se presume uma identidade entre constituição e direito interno, de modo que o “constitucional” deve vir acompanhado da explicitação do seu objeto de referência para evitar ambiguidades. Utilizamos, por isso, a expressão “constitucionalismo sincrético”<sup>23</sup>. Referência à interação não hierárquica entre esses três âmbitos de normatividade de natureza constitucional. O fato de não existir qualquer relação abstratamente hierárquica entre tais blocos de constitucionalidade, o que permitirá que o constitucionalismo seja definido e redefinido à cada caso prático, não constitui um risco à função de garantia desempenhada pelo direito constitucional interno. A redução voluntária da soberania dos estados em razão da origem intersubjetiva estatal do direito comunitário e do direito internacional, constitucionalizados, apresentam dentre os objetivos principais o aperfeiçoamento e aprimoramento da função de garantia dos direitos fundamentais desempenhadas pelas constituições nacionais. Por isso o direito internacional constituiu instrumentos normativos voltados à tutela dos direitos humanos (“*international bill of rights*”), que se manifestam também através de sistemas regionais; e o direito comunitário constitui a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Além dos instrumentos normativos, há instrumentos processuais que permitem a apresentação de queixas a órgãos jurisdicionais ou quase-jurisdicionais; e instituições voltadas a tutela desses direitos consagrados no âmbito internacional. Dirirjo, portanto, de Ferrajoli, que vislumbra um risco de debilidade das garantias fundamentais abrindo espaços para um novo poder absoluto em razão da restrição da soberania do estado<sup>24</sup>.

## §5 Responsabilidade Sincrética

Assim, a existência de um sistema constitucional conglobante não substituiu um sistema intersubjetivo estatal, apesar das organizações internacionais gozarem de personalidade jurídica autônoma, indispensável à realização de seus objetivos, e de possuírem autonomia interna e externa, desvinculada dos estados-membros<sup>25</sup>. Na

---

<sup>23</sup>SILVA, Caique Tomaz Leite da. *Espaço “longo” tempo “breve”. Itinerários da metanarrativa constitucional: o constitucionalismo sincrético*. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Universidade de Lisboa, 2012. Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1149-2483.pdf>.

<sup>24</sup>FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 6 ed. Madrid: Trotta, 2009, pp. 114-116.

<sup>25</sup>DUPUY, P. M.; KERBRAT, Y. *Droit international public*. 10<sup>o</sup> éd. Dalloz, 2010, pp. 203-204.

verdade, direito interno, direito comunitário e direito internacional, coexistem em cooperação recíproca, embora algumas vezes em conflito. A constitucionalização do direito comunitário e do direito internacional permitem que esses blocos de constitucionalidade co-participem da missão estatal de tutela dos direitos fundamentais. É uma tutela supletiva em termos jurisdicionais, em razão da necessidade de prévio exaurimento dos recursos internos, e co-participativa em termos normativos porque nesse caso não existe preferência relativamente à origem da obrigação de direitos humanos, funcionando todos os âmbitos normativos sem solução de continuidade. Na resolução sobre a “proteção dos direitos do homem e o princípio da não-intervenção em assuntos internos dos estados” o instituto de direito internacional afirmou que os direitos do homem, beneficiados doravante de uma proteção internacional, deixam de pertencer à categoria dos assuntos essencialmente vinculados à competência interna dos estados<sup>26</sup>, de modo que em caso de graves violações internacionais os estados violam normas internacionais de natureza “*erga omnes*”, conforme o conceito traçado pela Corte Internacional de Justiça no caso *Barcelona Traction*<sup>27</sup>. Essa responsabilidade de proteger também se estende, segundo recente resolução do conselho de segurança, à comunidade internacional<sup>28</sup>.

## REFERÊNCIAS

AIDI, 1989, Vol. II;

BAL, Lider. *Le Mythe de la Souveraineté en Droit International. La souveraineté des États à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international*. Université de Strasbourg, 2012;

BELLERS, John. *Some Reasons for an European State: Proposed to the Powers of Europe, by an Universal Guarantee and an Annual Congress, Senate, Dyet, or Parliament to settle any disputes about the bounds and rights of Princes and States hereafter: With an abstract of a Scheme form'd by King Henry the Fourth of France upon the same subject. And also a proposal for a General Council or Convocation of all the different religious persuasions in Christendom (not to dispute what they differ about, but) to settle the General Principles they agree in, by which it will appear that they may be good subjects and neighbours, though of different apprehensions of the way to Heaven: In order to prevent broils and wars at home, when foreign wars are ended*. London, 1710;

CARILLO-SALCEDO, Juan Antonio. *Droit international et souveraineté des États. Cours général de droit international public*. 257 RCADI, 1996;

---

<sup>26</sup>AIDI, 1989, Vol. II, p. 338.

<sup>27</sup>Reports, I.C.J., Caso *Barcelona Traction* (segunda fase), 1970, §§ 33 e 34. A Corte Internacional de Justiça fez uma distinção entre obrigações oponíveis contra a outra parte contratante (estado) e obrigações oponíveis em relação à comunidade internacional como um todo (“towards the international community as a whole”); CHAZOURNES, L. B. de; CONDORELLI, L. *De la 'responsabilité de protéger', ou d'une nouvelle parure pour une notion déjà bien établie*. RGDI, 2006, p. 13; CARILLO-SALCEDO, Juan Antonio. *Droit international et souveraineté des États. Cours général de droit international public*. 257 RCADI, 1996, p. 66.

<sup>28</sup>CSONU. Resolução concernente à violação dos direitos humanos na Lybia (nº 1970), 2011.

- CHAZOURNES, L. B. de; CONDORELLI, L. *De la 'responsabilité de protéger', ou d'une nouvelle parure pour une notion déjà bien établie*. RGDI, 2006;
- CSONU. Resolução concernente à violação dos direitos humanos na Lybia (nº 1970), 2011;
- DECAUX, E. *La réciprocité en droit international*. Paris: LGDJ, 1980;
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Politique criminelle et droits de l'homme: vers une logique floue*. Revue interdisciplinaire d'études juridiques. Nº 24, 1990;
- DUPUY, P. M.; KERBRAT, Y. *Droit international public*. 10<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2010;
- FASSBENDER, Bardo. *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*. Columbia Journal of Transnational Law. Vol. 36, 1998;
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 6 ed. Madrid: Trotta, 2009;
- FITZMAURICE, G. *The General Principles of International Law Considered From the Standpoint of the Rule of law*. 92 RCADI, 1957;
- HABERMAS, J. *Der gespaltene Westen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004;
- HOBBES, Thomas. *Leviathan, or The Matter, Forme, & Power of a Common-Wealth – Ecclesiasticall and Civill*. London: Green Dragon, 1651;
- LAZARI, Antonio. *La nueva gramática del constitucionalismo judicial europeo*. Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 33, 2009;
- PELLET, A. *Cours général: le droit international entre souveraineté et communauté internationale*. Anuário brasileiro de direito internacional. Vol. 2, 2007;
- PETER, A. *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*. Berlin: Bunker & Humblot, 2001;
- Recueil, C.I.J. *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, 1986;
- Recueil, C.I.J. *Affaire du Plateau Continental*: "la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'opinio juris des États, 1986;
- Reports, I.C.J. *Caso Barcelona Traction* (segunda fase), 1970;
- RUSSELL, Bertrand. *The Principles of Mathematics*. London: Routledge, 1992;
- SILVA, Caíque Tomaz. *Do realismo à constitucionalização do direito internacional*. Revista de Direito Público, Universidade Estadual de Londrina, Vol. 9, nº 1, 2014;
- \_\_\_\_\_. *Espaço "longo" tempo "breve". Itinerários da metanarrativa constitucional: o constitucionalismo sincrético*. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Universidade de Lisboa, 2012;
- TOMUSCHAT, C. *International Law as the Constitution of Mankind. In: International Law on the Eve of the Twenty-first Century views from the International Law Commission*. New York: United National Publication, 1997;

VERDROSS, A. *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*. Wein/Berlin, Springer Verlag, 1926;

WEIL, Prosper. *Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public*. 237 RCADI, 1992;

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. Oxford: Basil Blackwell, 1958;

WOLFF, Christian. *Ius gentium methodo scientifica pertractatum. In quo ius gentium naturale ab eo, quod voluntarii pactitii, et consuetudinarii est, accurate distinguitur*. Frankfurt & Leipzig, 1764.

# A NATUREZA PUNITIVA DA MEDIDA TUTELAR DE INTERNAMENTO EM PORTUGAL

## THE PUNITIVE NATURE OF EDUCATIONAL TUTELAR MEASURE IN PORTUGAL

Cristiane de Souza Reis<sup>1</sup>

**RESUMO:** É recente na história do mundo a mudança de visão sobre as crianças e os adolescentes, que apenas no final oitocentista do século passado passou a assumir sua posição no mundo enquanto sujeito de direito. Neste sentido, mudanças legislativas se impuseram para adaptação a este novo paradigma. Incorporando o sistema da proteção integral, Portugal promulgou a Lei n.º 166/99, de 14 de setembro, denominada Lei Tutelar Educativa (LTE), na qual objetiva, teoricamente, não a punição, mas antes a educação para o direito, com a intenção de reintegrar a criança ou o jovem na sociedade, com a aplicação, conforme o caso, das chamadas medidas tutelares educativas. No entanto, pretende-se apontar que as medidas tutelares de internamento são, na verdade, similares ao sistema punitivo aplicado aos adultos, desconsiderando as garantias que o processo penal possui, colocando as crianças e os jovens numa situação jurídica ainda mais desvantajosa.

**Palavras-chave:** Lei Tutelar Educativa (LTE). Natureza punitiva.

**ABSTRACT:** It is recent in the history of the world changing view of children and teenagers. Just in the late last century began to take their places in the world as a subject of law. In this regard, legislative changes were imposed to adapt to this new paradigm. Incorporating the system of full protection, Portugal enacted Law n.º 166/99 of 14 September, which aims, in theory, not punishment, but rather education for law, the intention to reintegrate the child or the teenager in society, applying, as appropriate, the educational tutelar measure. However, it is intended to point out that the educational tutelar measure are actually similar to punitive system applied to adults, excluding the guarantees that the criminal proceedings has, putting children and young people in a legal situation even more disadvantageous.

**Key-words:** Law n.º 166/99 of 14 September. Punitive nature.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As crianças e os adolescentes, desde o advento da Convenção dos Direitos da Criança (CDC), adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de Setembro de 1990, já não são mais vistas como objetos de direito, mas sim como sujeitos de direitos e, por óbvio, deveres.

Há em Portugal, algumas legislações que tem as crianças e os adolescentes por objeto, sendo elas:

- A Lei nº 133/99, de 28 de Agosto, que alterou o Decreto-Lei nº 314/78, de 27 de Outubro, relacionada aos processos tutelares cíveis;
- a Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro, intitulada Lei De Protecção De Crianças

---

<sup>1</sup> Professora Auxiliar no Instituto Superior Bissaya Barreto – ISBB. Pós-Doutoranda no Centro de Estudos Sociais – CES/UC. Doutora em Direito e Sociologia – FDUC/FEUC-CES/Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências Criminais. [csouzareis@gmail.com](mailto:csouzareis@gmail.com); [cristanereis@isbb.pt](mailto:cristanereis@isbb.pt)

E Jovens Em Perigo (LPCJ) ;

- a Lei 166/99, de 14 de Setembro, denominada Lei Tutelar Educativa (LTE), todos de aplicação imediata e a partir de 1999.

Temos, ainda, e já de aplicação anterior, o Decreto-lei nº 401/82, de 23 de Setembro, que prevê um regime especial aplicado aos jovens com idades entre os 16 e os 21 anos que pratiquem crimes.

O que se pretende demonstrar aqui é que as medidas tutelares de internamento tem, na prática, natureza penal e que dentro deste entendimento, todo o sistema punitivo aplicado aos adultos, considerando em especial seus fundamentos e finalidades reais, aos jovens igualmente se faz presente, mas de uma forma ainda mais perversa, posto que alijados das garantias que o processo penal lhes facultaria.

## **2 A Delinquência Juvenil**

Em Portugal, a maioridade penal<sup>2</sup> dá-se aos 16 anos, por força do artigo 19.º do Código Penal (CP). Ao inimputável em razão da idade, isto é, o menor de 16 anos, que vem a praticar um fato previsto na lei como crime, não lhe é aplicada quaisquer das sanções criminais impostas abstratamente ao fato que seria um delito. No entanto, tal situação não se consubstancia em irresponsabilidade pelo ato praticado. Estará sobre a égide da Lei Tutelar Educativa e, em caso de comprovação, ser-lhe-á aplicada uma das medidas tutelares educativas.

No entanto, interessante observar a conceituação de jovem infrator, prevista nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing), adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução n.º 40/33, de 29 de novembro de 1985. No referido Diploma, é “jovem infrator criança ou jovem acusado de ter cometido um delito ou considerado culpado de ter cometido um delito”.

Neste sentido, importa observar a disparidade com o princípio da presunção (relativa) de inocência, pois basta a acusação para que o jovem seja considerado delinquente. Outra grave contradição nesta concepção que é considerar como efetivo delito. Daí faz-se brevemente a pergunta. Se é inimputável, comete delito?

## **3. As Medidas Tutelares Educativas**

Das legislações mencionadas que tratam das crianças e dos jovens, interessa-nos a Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro (Lei Tutelar Educativa - LTE), posto que regula a prática de fato punível como crime por inimputável, com idade

---

<sup>2</sup> A maioridade civil é aos 18 anos.

compreendida entre os 12 a 16 anos, recebendo, em caso de decisão judicial, medida tutelar educativa, que pode estender-se até o jovem completar 21 anos de idade, momento em que cessa a obrigatoriedade punitiva.

A medida tutelar tem por finalidade a “educação do menor para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade” (art. 2º, LTE), sendo, no processo tutelar, discutidas a ilicitude e/ou a culpa, sendo ambas levadas em conta para avaliação da necessidade e da espécie de medida, devendo-se ter atenção àquela que menor intervenção na vida da criança e do adolescente representar.

As medidas tutelares, com rol exaustivo, são classificadas em institucionais e não institucionais, sendo a primeira o internamento em centro educativo, podendo ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto; e a segunda, possui lista mais extensa, consistindo na:

- a) admoestação;
- b) privação do direito de conduzir ciclomotores ou de obter permissão para conduzir ciclomotores;
- c) reparação ao ofendido;
- d) realização de prestações económicas ou de tarefas a favor da comunidade;
- e) imposição de regras de conduta;
- f) imposição de obrigações;
- g) frequência de programas formativos, e;
- h) acompanhamento educativo (artigo 4º, da LTE).

### 3.1. A Medida de Internamento

O objetivo da medida de internamento, segundo o artigo 17º da LTE, é, *in verbis*:

“proporcionar ao *menor*, por via do afastamento temporário do seu meio habitual e da utilização de programas e métodos pedagógicos, a interiorização de valores conforme ao direito e a aquisição de recursos que lhe permitam, no futuro, conduzir a sua vida de modo social e juridicamente responsável”.

Como já mencionado em outro lugar (Reis, 2012a), após a análise deste dispositivo legal, é notório o discurso da “lei e ordem”, que reforça toda a violência da estrutura do sistema.

Os princípios basilares da medida de internamento encontram-se estipulados nos artigos 159º e seguintes da LTE, tendo em conta a:

- a) socialização, que se espera reduzir os efeitos perversos da vida interna, com possíveis danos ao jovem e aos familiares;
- b) escolaridade, tendo a criança e o adolescente a obrigação de prosseguir

ou regressar aos estudos, que pode ser em estabelecimento externo ou interno, conforme o regime aplicado;

c) orientação vocacional e formação profissional e laboral, que pode ser em estabelecimento externo ou interno, conforme o regime aplicado.

Os regimes aplicáveis à medida de internamento são aberto, semi-aberto ou fechado, variando conforme o tipo de fato praticado e que é qualificado como crime.

Para cada interno é elaborado um *Projeto de Intervenção Educativa* (PIE) e um *Projecto Educativo Pessoal* (PEP). O PIE é um documento no qual se assenta em uma programação educativa, formativa, terapêutica e ocupacional e que se dá por fases e de modo progressivo, num sistema de castigo e recompensas. O PEP consiste num conjunto de atividades específicas voltadas à modificação do comportamento do jovem, tido como delituoso, e sua “condução para um modo de vida social e juridicamente responsável<sup>3</sup>”. Para a efetivação deste programa, cada Centro Educativo promove parcerias com diversas instituições e entidades da sociedade como, por exemplo, com centros de saúde e hospitais, escolas e universidades, centro de emprego, associações recreativas e culturais, órgãos policiais, Juntas de Freguesia e outras<sup>4</sup>.

Neves (2008, p. 26) aduz que apesar da Justiça de adultos possuírem o prejuízo de ter o caráter retributivo e punitivo, possui a vantagem de ter as garantias processuais que o processo penal possui. É justamente este véu que se pretende descortinar, na medida em que se compreende que a medida de internamento consiste em uma efetiva punição.

#### **4. Justificação externa da Punição**

Essa questão que aqui tratamos passa pela ideia da punição e sua motivação. Assim, necessário se faz brevemente tecermos considerações acerca das noções do para que punir, mas aqui, em razão do paralelismo que queremos fazer entre a pena privativa de liberdade e a medida tutelar educativa de internamento, iremos nos cingir às finalidades daquela.

Habitualmente e contemporaneamente, compreende-se que a finalidade precípua da aplicação das penas é a prevenção especial positiva, que se relaciona com a ressocialização do infrator. Na esteira desta, demonstra-se a validade das normas penais, tanto para o indivíduo quanto para a sociedade em geral (prevenção geral positiva) → escola relativa.

No entanto, vou apresentar não uma ideia dentro da dogmática penal, na

---

3 Informação contida no site <http://www.reinsercaosocial.mj.pt/web/rs/iovens/medidas/intervencao>, com acesso em 09 de Julho de 2010.

4 Informação retirada do site <http://www.reinsercaosocial.mj.pt/web/rs/iovens/medidas/parcerias>, com acesso em 09 de Julho de 2010.

ideia do dever-ser, mas sim dentro de uma visão socio-penal, na qual se pretende, com base nas teorias da Criminologia Crítica, indicar “o fracasso do próprio modelo punitivo, nomeadamente o prisional, que ao invés de ressocializar, contribui fortemente para a reincidência, tendo em conta a famosa expressão ‘escola de crime’” (Reis, 2012b).

Conforme nos ensinaram Rusche e Kirchheimer (1999), os sistemas punitivos associam-se aos de produção. Neste sentido, a produção de mais riqueza foi o real fundamento para as penas privativas de liberdade, dando utilidade econômica ao corpo que passará a representar uma mais-valia por conta da mão-de-obra barata.

Foucault (1988, p. 43 e ss.) identifica que em meados do século XVIII, ocasião em que os críticos ao sistema dos suplícios estavam mais exaltados, a criminalidade mudou. “Passou-se de uma criminalidade de sangue para uma criminalidade de fraude”, passou-se para os delitos patrimoniais aumentando-se também a intolerância contra os crimes econômicos e o direito penal passou a atuar mais fortemente (apud Reis, 2012b)

Ainda em Reis (2012b), temos a noção de Foucault (1988, p. 49), ao afirmar que que a “economia das ilegalidades se reestruturou com o desenvolvimento da sociedade capitalista. A ilegalidade dos bens foi separada da ilegalidade dos direitos”. A dos bens direcionou-se às classes populares (roubos, furtos), enquanto a dos direitos à burguesia (evasão fiscal, desvio dos próprios regulamentos). A própria solução para cada ilegalidade, segundo o filósofo, dividia-se: “tribunais ordinários e castigos” para a classe subalterna; “jurisdições especiais com transações, acomodações, multas atenuadas etc”, sendo “necessária uma constante vigilância sobre a ilegalidade dos bens”.

Foucault (1988, p. 228-239) aponta justamente a diferença entre as finalidades que são anunciadas em relação à prisão, qual seja a prevenção e a redução da criminalidade, e as reais finalidades, aquelas que realmente se constatarem, qual seja a repressão seletiva da criminalidade e a organização da delinquência.

Neste sentido, aduz Pegoraro ([s.d.], p. 93) que

A expropriação do poder de punir pelo Estado não é então uma “humanização” da ação de punir, é um ato de poder (somente pune quem tem poder sobre outro que não o tem). Esse ato recorda a todos quem detém o poder, por isso o poder-lei “protege o infrator da vingança da vítima”, só que não o faz para protegê-lo, mas sim para passar uma mensagem de que o poder e o poder de castigar pertencem somente a ele.

Após o Mercantilismo, passou-se a conceber o corpo como força produtiva. Neste sentido, aquela que não pudesse/quisesse ser aproveitada como força de trabalho, deveria ser reprimida. É ainda esta a lógica que impera, razão pela qual verificamos a criminalização da pobreza, evidenciando-se o aprisionamento como instrumento de controle sobre os sujeitos, passando a ser passível de prisão, conforme

Foucault (1988, p. 85), pela simples potencialidade do cometimento de infrações ou ainda pelo simples fato de serem quem são ou pertencerem a determinados grupos sociais.

Conforme explicita Pegoraro ([s.d.], p. 71), tendo em conta a construção histórica do poder de punir, este pode agir de modo variável, na medida em que intenta preservar a ordem social estabelecida, afirmando que

Ao analisar a relação existente entre o delito e a ordem social é necessário considerar o sistema judiciário e seu funcionamento mais do que as leis a que o delito está supostamente submetido. O sistema judiciário estatal expressa-se por meio da política criminal. O pressuposto é que o poder de punir, expresso pela política criminal, foi construído historicamente e socialmente – portanto tanto pode punir quanto não punir, perseguir ou não perseguir, condenar ou não condenar, encarcerar ou não encarcerar. Desse modo, não há uma resposta punitiva automática para uma conduta ilegal e reprovável, já que a resposta está submetida à preservação das relações sociais que configuram a ordem social.

Este autor vai mais longe e formula a seguinte pergunta: Há legitimidade no poder de punir? É esta mesma pergunta (uma delas) que se fazem os abolicionistas, no sentido de haver legitimidade de se rebater a violência dita ilegal, com outra violência, mas esta institucional?

Assim, e com aporte nas teorias da Criminologia Crítica, consideramos a seletividade do sistema penal e, nesta medida, compreendemos que a justificação externa da punição (Ferrajoli, 2002, p. 256) não cumpre a sua função. Afirmo deste modo para descortinar a realidade, para que algo melhor se busque para além do Direito Penal máximo.

## **5 A Medida de Internamento como Punição**

É neste sentido que se pretende aludir a aproximação da Justiça da Infância e do Adolescente a dos Adultos. Não para pleitear um direito penal dos adolescentes, mas antes pelo contrário, para dizer que o mesmo já existe, apesar de camuflado sob o ideal da educação para o direito.

A lógica do sistema é atuar seletivamente com medidas protetivas, como potencialidade futura de cometimento de fato punível como crime, sendo as crianças e jovens carenciados considerados como em condição de pré-delinquência.

Numa sociedade de consumo, ser economicamente carenciado faz com que sobre eles se exerça o braço forte e repressivo do Estado, muitas das vezes pela simples potencialidade de virem a delinquir. Assim, o medo que a sociedade tem destas crianças e jovens, tidos como pré-delinquentes, é o que impera, invisibilizando os mesmos, para manter a lei e a ordem. Se tentam romper as barreiras desta invisibilidade, nada mais do que resta do que medidas/penas severas, intensificando a

ideologia do Direito Penal Máximo.

Assim, concordamos com Tobias Barreto (apud Revista de estudos criminais, nº 5 p.67) que afirmava que “o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político”.

Não se está a defender um Direito Penal Juvenil, mas antes afirmar a sua já existência, devendo servir de alerta à mudanças, preconizando um sistema efetivamente garantista, não seletivo e efetivamente educacional.

## REFERÊNCIAS

Ferrajoli, Luigi (2002). *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Luis Flávio Gomes *et alii*. São Paulo: RT.

Foucault, Michel. (1988). *Vigiar e Punir* (6ª ed. ed.). Petrópolis: Vozes.

Neves, T. C. (2008). *Entre educativo e penitenciário: etnografia de um centro de internamento de menores delinquentes*. Edições Afrontamento.

ONU, Convenção dos Direitos da Criança. Disponível em [https://www.unicef.pt/docs/pdf\\_publicacoes/convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf)

ONU. Regras Mínimas Das Nações Unidas Para A Administração Da Justiça Da Infância E Da Juventude (REGRAS DE BEIJING). Disponível em [http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c\\_a/lex47.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm)

Pegoraro, J. S. ([s.d.]). *A construção histórica do poder de punir e da política penal* São Paulo: Editora Unesp. Recuperado de <http://books.scielo.org/id/cbwwq/pdf/silva-9788579831096-04.pdf>

Portugal. Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de Outubro. Disponível em [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=559&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=559&tabela=leis)

Portugal. Lei n.º 147/99, de 01 de Setembro. Disponível em [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=545&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=545&tabela=leis)

Portugal. Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro. Disponível em [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=542&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=542&tabela=leis)

Portugal. DL n.º 48/95, de 15 de Março. Disponível em [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=109&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis)

Reis, C. de S. (2012a). *Pobres Delinquentes*. VII Congresso Português de Sociologia. Recuperado de

Reis, C. de S. (2012b). *Juventude Criminalizada*. Disponível em [http://www.aps.pt/vii\\_congresso/papers/finais/PAP0553\\_ed.pdf](http://www.aps.pt/vii_congresso/papers/finais/PAP0553_ed.pdf)

<http://www.fbb.pt/isbb/wp-content/uploads/sites/8/2014/03/Ebook1-2.pdf>

# GARANTISMO, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONFLITOS E TENSÕES<sup>1</sup>

GARANTISM, BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT AND THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. CONFLICTS AND TENSIONS

Moacyr Miguel de Oliveira<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho objetiva examinar qual a influência da teoria do garantismo penal elaborada por Luigi Ferrajoli sobre a Jurisdição brasileira. Assim, o que se pretende analisar é a atual relação existente entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O que se vislumbra demonstrar é que o atual entendimento da Suprema Corte brasileira sobre tratados internacionais de direitos humanos resulta na inaplicação da jurisdição garantista em sua plenitude. Desta forma, a partir da análise jurisprudencial se demonstrará que o descumprimento as decisões da Corte Interamericana pelo Estado brasileiro é inadmissível, resultando no desprestígio perante a comunidade internacional e em graves violações ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

**Palavras-chave:** Garantismo. Supremo Tribunal Federal. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

**ABSTRACT:** This paper aims to examine the influence of the theory of criminal garantism drafted by Luigi Ferrajoli on the Brazilian jurisdiction. So what you want to analyze is the current relationship between the Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights. What one sees demonstrate is that the current understanding of the Brazilian Supreme Court on international human rights treaties results in the disapplication of garantism jurisdiction in its fullness. Thus, from the jurisprudential analysis will prove that the breach decisions of the Court by the Brazilian State is inadmissible, resulting in prestige before the international community and serious violations of international human rights law.

**Key-words:** Garantism. Brazilian Federal Supreme Court. Inter-American Court Of Human Rights.

## 1 INTRODUÇÃO

*Amarrado a uma roda, o vendedor de tecidos Jean Calas teve seus ossos e órgãos esmigalhados pelo carrasco, na praça principal da cidade de Toulouse, em 1762.*

*Professando religião protestante, Calas tinha sido acusado de assassinar o próprio filho – que dizia-se, queria tornar-se católico. Na verdade, o jovem tinha se suicidado, mas as autoridades de Toulouse, com apoio da população, recusaram-se a admitir o fato, condenando o pai de família protestante.*

*A injustiça levou o filósofo Voltaire (1694-1778) a desencadear uma das mais bem-sucedidas*

---

<sup>1</sup> O presente artigo resulta da conferência de mesmo título proferida na II Jornadas Luso-Brasileiras sobre Garantismo Constitucional Penal promovida pelo Instituto Bissaya Barreto em Coimbra, Portugal, em 31 de julho de 2014.

<sup>2</sup> Mestrando em Ciências Jurídicas pela UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná. Pós-Graduando em Educação em Direitos Humanos – UFMS – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Bacharel em Direito – Centro Universitário Toledo – UniToledo de Araçatuba/SP. Agraciado com o prêmio de melhor orador do Estado em língua portuguesa na 17ª Competição de Julgamento Simulado do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, promovida pela American University de Washington, EUA em 2012. Bolsista Capes. Advogado em Araçatuba/SP.

*campanhas de opinião pública da história, conseguindo a revisão do julgamento. Seu "Tratado sobre a Tolerância" vai muito além das circunstâncias do caso. Com inventividade incansável e abundância quase descontrolada de argumentos, Voltaire aponta o absurdo de toda perseguição religiosa<sup>3</sup>.*

A história de Jean Calas representa a periculosidade do *jus puniendi* estatal desprovido de limites e valores. A história da humanidade traz inúmeros exemplos de atrocidades cometidas pelo governante em face dos governados. A força bruta prevalecia sobre a racionalidade. A injustiça por muito tempo era considerada a regra e o desequilíbrio de forças e extrema desigualdade social produziram episódios horrendos e inesquecíveis.

O Direito, fenômeno político que já nasce vocacionado a pacificação social, percorre um longo trajeto através dos séculos para criar mecanismos racionais que permitam o respeito a valores mínimos capazes de possibilitar uma vida com dignidade aos seres humanos. A partir do último século muito se evoluiu, aprendendo-se com dolorosas experiências provenientes de duas guerras mundiais, redirecionando-se, então, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Direito, ou seja, sua razão de existir.

Luigi Ferrajoli elabora construção teórica que contribui com esta guinada do fenômeno jurídico para o respeito à dignidade humana. Aliás, é exatamente a ineficácia ou ineficiência dos direitos e garantias elencados em Constituições que mais o preocupa, pois, não basta a simples existência se não houver materialização. O jurista italiano então elabora a teoria do garantismo penal, teoria esta não exclusivamente jurídica, mas também política e filosófica, que repercutiu mundialmente, inclusive alcançando os estudiosos brasileiros.

O presente trabalho objetiva analisar como esta teoria que tem sido tão almejada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em determinadas hipóteses, - *notadamente quando se envolve o reconhecimento pelo STF da autoridade da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e o cumprimento de sentenças da Corte Interamericana* – não tem sido materializada nas decisões da Suprema Corte.

Para a real dimensão da matéria ora estudada, necessário será analisar a jurisprudência da Corte Constitucional brasileira para se compreender esta resistência do Tribunal de cúpula do Poder Judiciário nacional em reconhecer a autoridade da Convenção Americana e, por consequência, o desrespeito as decisões de seu tribunal internacional.

---

<sup>3</sup> Contracapa do Livro "Tratado sobre a tolerância" – Voltaire.

Posteriormente examinar-se-á as incisivas críticas da doutrina internacionalista sobre o tema, principalmente sobre a necessidade de amadurecimento e conseqüente revisão do entendimento do STF sobre a teoria da suprallegalidade.

Finaliza-se a presente reflexão destacando-se as incongruências jurídicas provenientes desta interpretação “nacional” dos tratados internacionais de direitos humanos, fenômeno este a ser repudiado, e que tem impedido o modelo de jurisdição garantista de se efetivar com plenitude no direito brasileiro.

A metodologia adotada no presente trabalho consiste no método dedutivo, onde se apresentam premissas consistentes para se alcançar a conclusão. A presente pesquisa resulta na análise bibliográfica de doutrinas nacionais e estrangeiras, bem como o exame de decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que são, por excelência, os órgãos judiciais que enfrentam a matéria. Também se utilizará o resultado de pesquisas realizadas na Universidade de Coimbra durante o curso de Extensão: Proteção Internacional de Direitos Humanos, realizado na mesma época da conferência ministrada no Instituto Bissaya Barreto.

## **2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DO GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI**

Em 1989 o jurista italiano Luigi Ferrajoli apresentou à comunidade acadêmica a obra “Diritto e ragione: teoria del garantismo penale” que objetivava estruturar as bases teóricas da “Teoria do Garantismo Penal”. A mencionada obra se tornou um clássico de elevada repercussão mundial e sua influência perpassa as ciências jurídicas se tornando, além de marco filosófico, um modelo normativo-político.

O professor Luigi Ferrajoli exerceu a magistratura entre os anos de 1967 a 1975 e se dedicou à docência inicialmente na Universidade de Camerino e, atualmente, na Universidade de Roma III. A inquietude filosófica proveniente do magistério aliada ao conhecimento empírico advindo da experiência judicante fez com que o graduado professor intensificasse suas pesquisas sobre a importância do respeito aos direitos fundamentais pelo Estado de Direito com especial enfoque a intervenção punitiva estatal.

Isto porque a Itália, berço do fascismo de Mussolini, ensinou seus compatriotas sobre o caos e o terror dos regimes totalitaristas que após o término da II Guerra Mundial em 1945 continuou irradiando seus efeitos por décadas. Por assim ser, o positivismo jurídico que se consolidou no início do século passado como o marco teórico de sustentação da ciência do Direito – *ditando as regras sobre como se estudar*,

ensinar e, principalmente, se aplicar o ordenamento – se tornou com o apogeu e declínio destes regimes ditatoriais um paradigma contestado<sup>4</sup>.

*Dura lex, sed lex*, era o dogma recitado pelos positivistas extremistas. Entretanto, a fragilidade deste aforisma era evidente desde tempos imemoriais<sup>5</sup>. A Tragédia de Antígona, de Sófocles, em 442 a.C., simboliza esse questionamento: a lei injusta deve ser aplicada?<sup>6</sup> Quase dois mil anos se passaram e poderíamos fazer a mesma pergunta: A lei nazista alemã que autorizava o extermínio de judeus, embora formalmente válida, deveria ser cumprida?

A história da humanidade é permeada por violações aos Direitos Humanos nos mais variados graus e espécies (*mulheres, negros, índios, deficientes, homossexuais... são incontáveis os exemplos de pessoas que sofreram reiteradas violações a seus direitos mais essenciais*). Esta infeliz constatação fez com que o Professor Ferrajoli refletisse sobre a inefetividade e ineficácia dos direitos e garantias fundamentais na contemporaneidade – *principalmente os de índole penal, insista-se*. Esta é uma complexa questão ontológica sobre o próprio Direito. Afinal, o Direito, enquanto construção intelectual para a garantia da vida em sociedade e regência das relações sociais deve se fundar em valores e, por assim ser, quais seriam os alicerces de sustentação do fenômeno jurídico?

Apenas com o Estado Constitucional de Direito (ou Estado Democrático de Direito) é que se obteve um irrefutável conjunto de princípios com força normativa a proporcionar a máxima proteção à dignidade humana. O Estado, antes entendido como opressor, se torna garante de condições mínimas para uma vida plenamente digna. Percebe-se que estas singelas linhas talvez não consigam demonstrar a verdadeira

---

<sup>4</sup>Necessário ressaltar a advertência de Norberto Bobbio ao prefaciar a obra "Direito e Razão": Como teórico do direito, Ferrajoli pertence à família dos positivistas na tradição de Kelsen, Hart e do positivismo italiano deste último quarto de século. Mas é um positivista particularmente atento a distinguir validade formal, ou vigência, das normas de sua validade substancial e a sublinhar que, em um ordenamento que tenha recepcionado os direitos fundamentais de liberdade, a validade não pode ser apenas formal; que, portanto, existe nesse ordenamento um problema de justiça interna das leis e não só externa: um positivista bem consciente de que, uma vez produzida na maior parte das constituições modernas a constitucionalização dos direitos naturais, o tradicional conflito entre direito positivo e direito natural, entre positivismo jurídico e jusnaturalismo, tem perdido grande parte de seu significado, com a consciência de que a divergência entre o que o direito é e o que o direito deve ser, expressa tradicionalmente sob a forma de contraste entre a lei positiva e a lei natural, tem-se transformado na divergência entre o que o direito é e o que o direito deve ser no interior de um mesmo ordenamento jurídico ou, com palavras usadas repetidamente pelo autor, entre "efetividade" e "normatividade" (FERRAJOLI, 2002, p.10).

<sup>5</sup> Passagens bíblicas relatam que o profeta João Batista advertiu Herodes, Governador da Galiléia, sobre a ilicitude de sua união matrimonial com Herodias – *que era esposa de Filipe, irmão de Herodes* – "Pois João Batista tinha dito muitas vezes a Herodes: 'Pela nossa Lei você é proibido de casar com Herodias!'" – Evangelho de Mateus, 14, 4. Tal passagem bíblica representa que os governantes não poderiam ter poder absoluto, haja vista que valores universais seriam superiores as próprias leis, e caso estas leis conflitassem com tais valores, tornar-se-iam inválidas e, por consequência, inaplicáveis. No exemplo mencionado o casamento de Herodes com sua cunhada seria imoral e, portanto, contrário às leis divinas que conferiam ao instituto do casamento um caráter sagrado, ainda que a legislação secular da época não o proibisse.

<sup>6</sup>Quando Antígona - *filha do Rei Édipo e irmã de Étéocles e Polínicos que mutuamente se mataram na disputa pelo trono de Tebas* - confronta Creonte (que se tornou rei em virtude da morte dos sucessores naturais de Édipo) sobre o édito que a todos proibiu sepultar Polínicos, o Rei Creonte sustenta que a ordem deve ser cumprida. Entretanto, Antígona corajosamente argumenta que o mencionado édito seria injusto e, em virtude desse fator, não obrigaria a ninguém. Deve-se ressaltar o contexto histórico que conferia ao sepultamento um ritual religioso de fortíssima importância íntima as pessoas daquela época.

revolução vivenciada pela humanidade a partir do triunfo do constitucionalismo. Nesse sentido o Professor Luigi Ferrajoli afirma que

Há muitas concepções diferentes de Constituição e de constitucionalismo. Uma característica comum entre elas pode ser identificada na ideia da submissão dos poderes públicos, inclusive o Poder Legislativo, a uma série de normas superiores como são aquelas que, nas atuais Constituições, sancionam direitos fundamentais. Nesse sentido, o constitucionalismo equivale, como *sistema jurídico*, a um conjunto de limites e de vínculos substanciais, além de formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas pelas normas supraordenadas; e, como *teoria do direito*, a uma concepção de validade das leis que não está mais ancorada apenas na conformidade das suas formas de produção a normas procedimentais sobre a sua elaboração, mas também na coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos. (FERRAJOLI, STRECK e TRINDADE, 2012, p. 13)

Acompanhando este raciocínio Luis Roberto Barroso pondera que:

O *Estado constitucional de direito* desenvolveu-se a partir do término da Segunda Guerra Mundial e se aprofunda no último quarto do século XX, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. A validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, às quais se reconhece a imperatividade típica do Direito. Mais que isso: a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhes determina, também, deveres de atuação (BARROSO, 2013, p. 266-267)

Pois bem, necessário se faz algumas considerações específicas sobre o que significa a teoria do garantismo penal idealizada por Luigi Ferrajoli.

O modelo penal garantista concebido por Ferrajoli compreende a Constituição como “um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva” (FERRAJOLI, 2002, p. 683). Assim, como o Estado detém o monopólio do poder de punir deve se atentar que sobre a atuação estatal pairam princípios norteadores e legitimadores desta intervenção, a fim de coibir excessos e repudiar atrocidades.

Para Ferrajoli:

Segundo um primeiro significado, “garantismo” designa um *modelo normativo de direito*: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do *Estado de direito*, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É consequentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente (FERRAJOLI, 2002, p. 684).

O que se observa é esta preocupação do jurista italiano sobre o abismal desequilíbrio de poderes entre o Estado e a pessoa humana. Evidente a fragilidade do

indivíduo frente a potência da máquina estatal e, por assim ser, é o Direito – *principalmente através da Constituição* – que deve ditar os limites de atuação do Poder Público<sup>7</sup>. Isto porque para a concretização da norma penal são diversas as instâncias de poder e instituições que terão contato direto com o eventual criminoso.

Pode-se exemplificar esta atuação com o seguinte exemplo: Inicia-se a intervenção estatal através da atividade policial – *que não são raras às vezes em que as piores agressões em altíssimo nível de violência ocorrem nestas abordagens*. Num segundo momento através do processo investigatório da Polícia Judiciária. Convoca-se então o órgão de acusação para sustentar a ação penal em juízo. O julgador deve se ater as garantias constitucionais do acusado desde o início da atuação judicante – e aqui se inclui garantir tais direitos ainda na fase investigatória – até a prolação de uma decisão judicial adequada aos parâmetros legais e constitucionais, assegurando o devido processo legal. Na fase de execução da pena tanto o juiz quanto os agentes penitenciários devem respeitar a dignidade do condenado.

Apelos midiáticos costumam inflar o noticiário com falácias sensacionalistas no sentido de que se pretende proporcionar tantas garantias ao réu, sendo que a vítima do crime não teve a mesma sorte. Embora sejam recorrentes tais reflexões no senso comum, os aplicadores e estudiosos do Direito devem repudiar tais argumentos rasos e destituídos de fundamentos jurídicos, haja vista que justiça não se confunde com vingança e o Direito deve se distanciar das paixões, caso almeje uma decisão equânime, adequada e conformada em princípios de Justiça.

Ocorre que esta expansão dos direitos e garantias fundamentais não avançou apenas no Direito interno. O Direito Internacional, principalmente após a II Guerra Mundial, criou organismos e cartas de direitos que vincularam diversos países, em âmbito global ou regional.

Assim, qualquer pessoa que esteja sob a jurisdição do Estado Brasileiro e enfrente um processo criminal, a título de exemplo, estará protegido tanto pelos direitos e garantias processuais penais alocados na Constituição, quanto por direitos e garantias processuais penais previstos em Tratados Internacionais de Direitos Humanos que o Brasil seja parte.

Por fim, necessário ponderar que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que a Constituição brasileira assegura um “modelo garantista de Jurisdição”, veja-se o precedente (Agravo de Instrumento 529.733):

---

<sup>7</sup> Importante destacar que nos Estados Democráticos de Direito o titular de todo o poder é o povo, que o exerce diretamente ou através de representantes eleitos. No Brasil tal entendimento está positivado no art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República. Exatamente por isso não se admitir que o Estado, que deve atender ao interesse público e ao bem comum, se tornar arbitrário opressor e violador de direitos humanos.

(...)O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de fair trial, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa -fé e pela ética dos sujeitos processuais. A máxima do fair trial é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa -fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos. Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o fair trial não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça (...). **(AI 529.733, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-10-2006, Segunda Turma, DJ de 1º-12-2006.)**

Conclui-se, assim, que a Suprema Corte brasileira não poderá se apartar deste modelo garantista de jurisdição, haja vista que conforme se abstrai do Art. 1º, inciso III, da própria Carta Constitucional a dignidade da pessoa humana é fundamento da República e, por consequência, parâmetro de constitucionalidade e vetor interpretativo. Desta forma, qualquer ato ou legislação que viole a dignidade da pessoa humana deve ser entendido como inconstitucional e, por consequência, ser repellido pelo Poder Judiciário.

### **3 ANÁLISE HISTÓRICA DA JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE A HIERARQUIA NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO**

A hierarquia normativa que se confere aos tratados internacionais de Direitos Humanos no Brasil é matéria tormentosa na história recente do Supremo Tribunal Federal. Uma consulta detalhada da jurisprudência da Suprema Corte brasileira indica que entendimentos firmados na década de 70 foram integralmente superados a menos de 40 anos. A questão que persiste em não ser resolvida é: Como solucionar eventual conflito entre o Texto Constitucional e Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil?

Está-se a tratar de legítimo tema atinente a segurança jurídica, haja vista que uma vez incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro os tratados internacionais, em especial os que versam materialmente sobre direitos humanos, se tornam normas cogentes aos jurisdicionados e, principalmente, ao Estado. Nesse sentido, em eventual

antinomia entre os dispositivos convencionais e a Constituição como o aplicador do Direito solucionará tal confronto? Os métodos interpretativos tradicionais de resolução de antinomias não têm se prestado a solver tal embate normativo.

O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro que tem por dever constitucional ser o guardião da Constituição (Art. 102, CRFB) já enfrentou a matéria nos últimos 40 anos em diversos momentos, sendo que precedentes firmados em determinados julgamentos foram superados em outros a partir da evolução da hermenêutica constitucional. Assim, indicar-se-á os principais momentos históricos e entendimentos firmados pelo Tribunal até o atual posicionamento do STF sobre a temática.

Inicialmente registre-se que o primeiro precedente que abordou esta tensão existente entre o Direito interno e o Direito Internacional foi o **Recurso Extraordinário 71154/PR, Min. Rel. Oswaldo Trigueiro** julgado em 04 de agosto de 1971 que no exame da questão entendeu conferir aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil o *status* normativo de Lei Ordinária.

No dia 1º de junho de 1977 a Suprema Corte brasileira apreciou o **Recurso Extraordinário nº 80.004/SE** em que se discutia o conflito aparente entre a Lei Uniforme de Genebra (*Convenção de Genebra - incorporada ao direito interno através do Decreto nº. 57.663/1966*) e o Decreto Lei 427/1969, legislação interna regulamentadora da tributação do imposto de renda na fonte, registro de letras de câmbio e notas promissórias, entre outras providências. Embora a questão jurídica se centrasse em institutos do Direito Comercial, *in casu*, o aval nas notas promissórias, a questão de fundo levada ao STF abordava qual legislação aplicar: a interna ou a proveniente de tratado internacional.

O Ministro Relator Xavier de Albuquerque demonstra, citando precedentes, que a Corte Constitucional brasileira não se alinhava, à época do julgamento, ao primado do direito internacional sobre o direito interno<sup>8</sup>, e firmou entendimento de que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil ingressam no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de *Lei Ordinária*.

Verifica-se que se manteve o entendimento em 1977 que os tratados internacionais ratificados pelo Estado Brasileiro são dotados de *status* de Lei Ordinária, e, por consequência lógica, estão hierarquicamente *abaixo* da Constituição brasileira devendo, assim, respeitar a autoridade do Texto Constitucional.

---

<sup>8</sup> Fragmento do Voto do Ministro Xavier de Albuquerque no RE 80.004/SE: "A partir do julgamento, em Plenário, do RE 71.154, de que foi Relator o eminente Ministro Oswaldo Trigueiro (RTJ 58/70), o Supremo Tribunal vem decidindo reiteradamente que as Leis Uniformes adotadas pelas Convenções de Genebra incorporam-se ao nosso direito interno e entram em vigor, no Brasil, a contar dos decretos que as promulgam. Tais decisões reforçaram e atualizaram, em nossos dias, antiga orientação de nossa jurisprudência no sentido do primado do direito internacional sobre o direito interno, como depõe o Professor Haroldo Valladão (...).

Entretanto, o que se nota é que a discussão no RE 80.004/SE não se reportava aos tratados internacionais de Direitos Humanos, mas apenas a matérias de direito cambial. Assim, apenas no ano 2000 é que o Supremo teve a oportunidade de se manifestar especificamente sobre os instrumentos internacionais que versem sobre Direitos Humanos. A grande questão de fundo é que a matéria veiculada nestes tratados se confundem, quase sempre, com direitos e garantias previstos na Constituição Brasileira como *fundamentais*. Por assim ser, um tratado que assegure o direito à vida, a liberdade, integridade física, não poderia ter a mesma estatura normativa que as Leis Ordinárias que têm por conteúdo, na imensa maioria das vezes, bens jurídicos menos relevantes quando comparados com os Direitos Humanos.

O Ministro Sepúlveda Pertence, seguindo este raciocínio, tentou conciliar a importância destes tratados internacionais sem retirar a autoridade da soberania estatal e a supremacia da Constituição – *que inegavelmente foram para o Direito Constitucional clássico os pilares de sustentação do paradigma do constitucionalismo*. Por assim ser, a proposta do Ministro Sepúlveda Pertence no **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 79.785** julgado em 29 de março de 2000 pelo plenário do STF foi a criação de uma terceira categoria que entremeasse as normas constitucionais e as normas infraconstitucionais.

Cogitou-se, assim, uma categoria centrada na *supralegalidade* dos tratados internacionais de Direitos Humanos, em que tais instrumentos estariam topograficamente acima das leis infraconstitucionais, porém abaixo da Constituição. Por esta sistemática, uma convenção internacional de direitos humanos prevaleceria sobre normas infraconstitucionais em eventual conflito normativo, mas não poderia desafiar a autoridade do Texto Constitucional, prevalecendo a Constituição, caso confrontada por um ou vários destes tratados.

Assim se manifestou o Ministro Sepúlveda Pertence:

“Prevalência da Constituição, no direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. A CB e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. (...) Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está insita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento – majoritário em recente decisão do STF (ADI 1.480-MC) – que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos

fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força abrogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir.” (RHC 79.785, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, julgamento em 29-3-2000, Plenário, DJ de 22-11-2002.)

Entretanto, necessário ressaltar que neste emblemático julgamento o Ministro Carlos Velloso abriu divergência ao Ministro Sepúlveda Pertence, por entender ser a garantia ao duplo grau de jurisdição em matéria penal direito incorporado à Constituição brasileira pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto 678/1992) em respeito ao art. 5º, §2º da própria Constituição:

**O Sr. Ministro Carlos Velloso (Presidente)** – Srs. Ministros, tenho sustentado a tese no sentido de que são três as vertentes “dos direitos e garantias” na ordem jurídico-constitucional brasileira. Os primeiros, os “direitos e garantias fundamentais” expressos na Constituição, vale dizer, os que estão escritos, em primeiro lugar, no art. 5º, espalhando-se pela Constituição, dado que a Carta Magna consagra direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração. A segunda vertente, Srs. Ministros, são aqueles “direitos e garantias decorrentes do regime dos princípios por ela adotados” (C.F., art. 5º, §2º); e a terceira, são os decorrentes “dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (C.F., art. 5º, §2º). É dizer, os “direitos e garantias fundamentais” reconhecidos em tratados de que o Brasil seja signatário, os quais hajam sido introduzidos no direito interno na forma estabelecida pela Constituição Federal, ganham **status** de “direitos e garantias” garantidos pela própria Constituição.

Assim, penso que a disposição inscrita na Convenção de São José da Costa Rica, estabelecendo como garantia fundamental o duplo grau de jurisdição, é, pois, direito consagrado na Constituição do Brasil. (RHC 79.785, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, julgamento em 29-3-2000, Plenário, DJ de 22-11-2002.)

Pois bem, embora o Supremo Tribunal tenha apreciado, ainda que não como objeto principal, o *status* normativo da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>9</sup> no supracitado julgamento do RHC 79.785 em novembro de 2002, o Congresso Nacional atento a esta tormentosa questão abordou a matéria na Emenda Constitucional nº 45/2004 ao inserir o §3º no art. 5º da Constituição. O mencionado §3º<sup>10</sup> trouxe um procedimento solene (idêntico ao procedimento de aprovação de Emendas

---

<sup>9</sup>Tratado internacional elaborado em 1969 no âmbito regional da OEA – Organização dos Estados Americanos e que entrou em vigor em 1978 (após o depósito da 11ª assinatura) sendo que o Brasil o ratifica no ano de 1992, incorporando-o ao ordenamento jurídico interno através do Decreto 678/1992.

<sup>10</sup> Art. 5º, § 3º, CRFB: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Constitucionais) para que a incorporação de tratados internacionais que versem especificamente sobre direitos humanos equivalham a emendas constitucionais, integrando, assim, o bloco de constitucionalidade<sup>11</sup> brasileiro.

Embora a iniciativa do Congresso Nacional seja louvável, a redação do mencionado dispositivo foi duramente criticada pela doutrina, haja vista que, no entendimento de majoritária corrente dos juristas internacionalistas o §3º do art. 5º, CRFB disse *menos do que deveria* e, por assim ser, não colocou um ponto final na discussão sobre o *status* normativo dos tratados sobre direitos humanos. Isso porque, os tratados anteriores a Emenda 45/2004 permaneceriam com *status* “supralegal” e, mesmo os novos instrumentos internacionais de direitos humanos que não forem aprovados pelo *quórum* qualificado, também serão considerados com estatura supralegal. Significa dizer, a Constituição passou a oferecer *tratamento desigual* a tratados da mesma matéria por simples questão formal de procedimento, o que não nos parece razoável.

Exatamente por não ter conseguido o §3º do art. 5º pacificar a discussão acerca do *status* normativo dos tratados de direitos humanos, dois Recursos Especiais se insurgiram contra este entendimento trazido pelo mencionado dispositivo e levaram, novamente, a questão ao Supremo Tribunal. Por assim ser, o STF apreciou os *RE nº 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso* e o *RE nº 349.703/RS, Rel. orig. Min. Ilmar Galvão* e decidiu, por maioria de votos (*embora tenham se formado três correntes entre os Ministros da Corte*) que a Convenção Americana de Direitos Humanos permanece no direito interno com *status* normativo supralegal.

Voto decisivo deste julgamento foi proferido pelo eminente Ministro Gilmar Mendes (à época presidente do Tribunal) que após minuciosa análise sobre as quatro correntes doutrinárias e jurisprudenciais principais que abordavam a temática concluiu pela supralegalidade, veja-se:

Desde a promulgação da Constituição de 1988, surgiram diversas interpretações que consagraram um tratamento diferenciado aos tratados relativos a direitos humanos, em razão do disposto no § 2o do art. 5o, o qual afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem

---

<sup>11</sup>Para André de Carvalho Ramos o bloco de constitucionalidade “consiste no reconhecimento, ao lado da Constituição, de outros diplomas normativos de estatura constitucional”. Continua seu raciocínio ao afirmar que “No Supremo Tribunal Federal em 2002, Celso de Mello constatou a existência do debate sobre o bloco de constitucionalidade, que amplia o parâmetro de controle de constitucionalidade, devendo abarcar os dispositivos do bloco como paradigma de confronto das leis e atos normativos infraconstitucionais” (RAMOS, 2013, P. 277). Em virtude da relevância do tema citemos um fragmento deste emblemático precedente: **ADI 595/ES**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “Informativo/STF” nº 258/2002: “A **definição** do significado de **bloco de constitucionalidade - independentemente** da abrangência material que se lhe reconheça - **reveste-se** de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, **pois** a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como **fator determinante** do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política. - A **superveniente** alteração/supressão das normas, valores e princípios **que se subsumem** à noção conceitual de bloco de constitucionalidade, por importar em **descharacterização** do parâmetro constitucional de confronto, **faz instaurar**, em sede de controle abstrato, situação configuradora de **prejudicialidade** da ação direta, **legitimando**, desse modo - ainda que mediante **decisão monocrática** do Relator da causa (RTJ 139/67) - a extinção anômala do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. **Doutrina. Precedentes.**”

outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Essa disposição constitucional deu ensejo a uma instigante discussão doutrinária e jurisprudencial – também observada no direito comparado – sobre o *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, a qual pode ser sistematizada em quatro correntes principais, a saber:

**a)** a vertente que reconhece a natureza *supraconstitucional* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos;

**b)** o posicionamento que atribui caráter *constitucional* a esses diplomas internacionais;

**c)** a tendência que reconhece o *status de lei ordinária* a esse tipo de documento internacional;

**d)** por fim, a interpretação que atribui caráter *supralegal* aos tratados e convenções sobre direitos humanos.

(...)

Em conclusão, entendo que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo *supralegal* dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

**(Recurso Extraordinário 466.343-1/SP, Min. Rel. Cezar Peluso, julgado em 22 de novembro de 2006.**

O que se observa é que ao menos em quatro oportunidades, nos últimos quarenta anos, a Suprema Corte foi convocada a se manifestar sobre o *status* normativo dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Inicialmente, tratados aleatórios e, num segundo momento a partir do novo milênio, tratados sobre direitos humanos. Ocorre que nos quatro julgamentos o entendimento firmado e mantido é de que *todos* os tratados internacionais, independente da matéria, estão abaixo do Texto Constitucional na hierarquia normativa do Direito Brasileiro. Percebe-se, com esta constatação, uma sólida jurisprudência de proteção à autoridade da Constituição e, por consequência, defendendo o poder da Suprema Corte em permanecer com o monopólio da última palavra na arena jurisdicional.

O que se explorará no próximo tópico é que o Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>12</sup>, fenômeno jurídico-político do período pós-guerra formado a partir

---

<sup>12</sup>Embora os Direitos Humanos tenham encontrado uma grande dimensão em razão, sobretudo, da universalização do tema a partir da atuação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 abril de 1948, a preocupação com um regime internacional que resguardasse os Direitos Humanos sistematicamente é resultado de um processo evolutivo formado inicialmente por movimentos localizados que foram compondo, primeiramente, a teoria e os fundamentos da consolidação da ideia de direitos inerentes à pessoa humana, à materialização dos direitos individuais, dos direitos sociais e dos direitos de solidariedade. A América Latina, ao lado da Europa, a partir da ação dos Estados, teve forte participação e influência na consolidação do movimento pela consolidação teórica e na internacionalização dos Direitos Humanos. (MENEZES, 2013, p. 188)

da última metade do século passado e atualmente consolidado na Europa e na América, repudia este entendimento de soberania estatal absoluta que autoriza o descumprimento de normas internacionais invocando-se o direito interno.

#### **4 A INJUSTIFICADA RESISTÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM ACEITAR A AUTORIDADE DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E CUMPRIR AS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA**

##### *4.1 Premissas sobre a responsabilidade internacional do Estado ao ratificar um tratado internacional.*

O professor e, atualmente juiz da Corte Internacional de Justiça, Antônio Augusto Cançado Trindade pontua que a Constituição Federal brasileira está situada no contexto da abertura à internacionalização dos direitos humanos (PIOVESAN, 2010, XLIV). Flávia Piovesan, por sua vez, afirma que a Constituição de 1988 consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional. No mesmo sentido André de Carvalho Ramos pondera que essa valorização dos direitos humanos internacionais cumpre a vontade da Constituição, mais de vinte anos depois de sua edição (RAMOS, 2013, p. 251).

A doutrina internacionalista é uníssona no sentido de que a atual Constituição brasileira foi projetada para proporcionar concretude à dignidade da pessoa humana. Assim, não restringiu ao Texto Constitucional esta missão, mas a compartilhou com as normas advindas do Direito Internacional – *desde que ratificadas pelo Brasil e incorporadas ao Direito interno*.

Ocorre que no campo doutrinário há uma eterna divergência entre as teorias monista (capitaneada por Kelsen) e dualista (liderada por Triepel) quando se está em debate qual norma deve prevalecer, ou seja, qual a relação hierárquico normativa entre a Constituição da República e os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Estado brasileiro. Em verdade, o debate se acalora quando constitucionalistas e internacionalistas se colocam em lados opostos com entendimentos absolutamente contrários. A questão que se apresenta é sobre a primazia entre as normas. Significa dizer, em eventual conflito, prevalecerá a Constituição ou o Tratado Internacional?

Sobre esta clássica e atualíssima questão, Jorge Miranda afirma que:

Ao considerar-se a problemática das relações entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna (interna de cada Estado soberano, sublinhe-se), é mister distinguir três áreas ou grupos de questões.

Uma primeira área é a das grandes concepções respeitantes à estrutura do Direito Internacional e à sua conjugação com o Direito interno, a do entendimento a dar ao Direito Internacional como ordem jurídica a se frente ao Direito estatal.

Um segundo domínio tem que ver com o modo de estabelecer a relação entre as normas de Direito das Gentes e as normas de Direito interno; tem que ver com as formas e os processos de conferir relevância – seja ela qual for – àquelas normas dentro da ordem interna; refere-se às técnicas possíveis de recepção, de incorporação, de transformação, de adaptação (como quer que se queira) destas ou daquelas normas ou sectores de normas jurídico-internacionais na ordem interna do Estado.

E uma terceira questão concerne às relações (hierárquicas ou funcionais, segundo as perspectivas que se sigam) entre as normas de Direito Internacional, aplicáveis na ordem interna, e as normas de Direito interno ( ou de Direito *originariamente* interno), sejam estas normas de Direito constitucional, sejam de Direito ordinário.

Eis, portanto, três estratos de problemas: o problema das relações entre Direito Internacional e Direito interno; o problema dos processos técnicos de relevância interna das normas de Direito Internacional; e, finalmente, o problema da posição recíproca das normas de Direito Internacional relevantes – recebidas, incorporadas, transformadas, adaptadas – na ordem interna e das provenientes de fontes próprias de Direito interno. E são problemas autonomizáveis – mas só até certo ponto –, o primeiro de carácter principalmente teórico ou doutrinal, o segundo e o terceiro de grande interesse prático (MIRANDA, 2009, p.123-125).

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (*cidade e país onde foi elaborado o tratado*), foi assinada em 22 de novembro de 1969. Entretanto, apenas entrou em vigor no ano de 1978, sendo ratificada pelo Brasil apenas em 06 de novembro de 1992 (Decreto 678/1992). Além de elencar direitos e deveres o mencionado tratado também estabelece um aparato de proteção criando organismos administrativos e judiciais de supervisão, investigação e julgamento.

A Convenção Americana, seguindo a tendência do modelo Europeu, criou a Corte Interamericana de Direitos Humanos com finalidade dúplex: 1. *Função consultiva* para interpretação da Convenção; 2. *Função Contenciosa*: Julgar a responsabilidade dos Estados signatários da Convenção, e que tenham reconhecido expressamente a competência jurisdicional da Corte, sobre eventuais violações a direitos humanos previstos no texto do tratado.

O Brasil reconheceu expressamente a competência jurisdicional do Tribunal interamericano através do Decreto Legislativo nº 89, de 03 de dezembro de 1998, sendo que o Decreto nº 4.463, de 08 de novembro de 2002, promulgou, no Direito interno, este reconhecimento. Com este conjunto de atos normativos tornou-se indiscutível a competência jurisdicional da Corte para julgar casos envolvendo a responsabilidade do Estado brasileiro.

A propósito, os artigos 1º e 2º da Convenção<sup>13</sup> determinam que os Estados-partes deste tratado comprometem-se a respeitar a autoridade das normas convencionais ali estabelecidas, bem como modificar seu direito interno para se adequar a estes dispositivos. Significa dizer que caso o Estado discorde de algum dispositivo ou conjunto de artigos do mencionado tratado deverá se valer do instituto da processualística internacional das *reservas*<sup>14</sup> ou *cláusulas de reserva*. Ou seja, caso exista discordância sobre o que determina a Convenção, o Estado, para se eximir do cumprimento de tais artigos, deverá realizar as reservas cabíveis ao tratado. Caso não as faça, o Estado signatário estará se obrigando ao cumprimento integral da Convenção Americana.

O que se percebe é que absolutamente nada se impõe ao Estado-parte. É um ato de soberania do próprio país analisar o texto da Convenção Americana e decidir pela sua assinatura e ratificação. Agora, ratificado o tratado o Estado está obrigado ao seu cumprimento e, ao reconhecer expressamente a competência jurisdicional da Corte Interamericana, sinaliza a autorização em ser julgado e sancionado por eventuais violações ao Texto Convencional. Insista-se que é o próprio Estado que num ato de soberania se vincula ao cumprimento do tratado internacional e após a ratificação deverá ser fiel aos princípios da boa-fé e do *pacta sunt servanda* cumprindo o que pactuou. Ademais, também é o próprio Estado-membro que se sujeita às eventuais sanções advindas da Corte Interamericana.

Por mais elementares que pareçam tais esclarecimentos, o que se demonstrará nas linhas que seguem é a injustificada resistência do Supremo Tribunal Federal em respeitar a autoridade da Convenção e das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Convenção Americana estabelece em seu art. 67 que a sentença proferida pelo Tribunal de Direitos Humanos da América é definitiva e inapelável. O artigo 68 do mesmo diploma traz o compromisso dos Estados-membros de cumprir a decisão da Corte Interamericana em todo caso em que forem partes.

---

<sup>13</sup> 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

<sup>14</sup> Paulo Henrique Gonçalves Portela interpretando o art. 2, par. 1, "d" da Convenção de Viena de 1969 esclarece que: A reserva é uma "declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado". É, pois, uma maneira pela qual um Estado pode concluir um tratado sem se comprometer com todas as suas normas. Para Yepes Pereira, é uma "espécie de exclusão de uma parcela das obrigações impostas por um tratado, por parte de um Estado signatário". É também conhecida como "salvaguarda" (PORTELA, 2013, p. 128).

Deve-se ponderar ainda sobre o costume internacional que foi positivado no art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados<sup>15</sup> no sentido de que: “Direito Interno e observância de tratados – Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

Pela processualística trazida pela própria Constituição da República em 1988, para que o Brasil se torne parte de um tratado internacional necessário se faz a aplicação da “Teoria dos Atos Complexos” em que numa sequência de atos entre o Presidente da República – *na qualidade de Chefe de Estado* – e o Congresso Nacional o tratado seja ratificado no âmbito internacional e incorporado ao direito interno. Exatamente por esta atuação conjunta entre os Poderes Executivo e Legislativo – *que são os representantes do povo por excelência* – torna-se indiscutível a legitimidade democrática da incorporação de tratados internacionais ao direito brasileiro.

Por tudo que se expôs até o presente momento, nos parece nítido que o Estado não é obrigado a assumir um compromisso internacional em respeito a sua soberania; Num segundo plano, ainda que assuma este compromisso, poderá se isentar de parte das obrigações do tratado através das cláusulas de reserva; Entretanto, uma vez assumido tal compromisso e não tendo sido feitas reservas ao tratado internacional, este deve ser cumprido integralmente.

#### *4.2 A injustificada resistência do Supremo Tribunal Federal em aceitar a autoridade da Convenção Americana e cumprir as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos*

A análise do tópico anterior bem demonstrou que o Estado brasileiro ratificou a Convenção Americana em 1992 e manifestou expressamente o reconhecimento da competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos em dois momentos, em 1998 no âmbito internacional e em 2002 no direito interno. Pois bem, ocorre que uma série de incongruências jurídicas insistem em ocorrer no Poder Judiciário brasileiro quando convocado a se manifestar sobre a Convenção Americana e as decisões de seu Tribunal internacional.

Ocorre que o direito interno pode conter ou produzir normas que sejam contrárias à Convenção Americana. Por assim ser, seguindo a mesma lógica do controle de constitucionalidade, que elege a Constituição como norma paradigma e analisa a compatibilidade das leis infraconstitucionais com o Texto Constitucional, o Brasil passou a conviver com o controle de *convencionalidade* como mecanismo de verificação da compatibilidade das normas brasileiras (*aqui compreendidas leis*

---

<sup>15</sup>A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados foi incorporada no direito interno brasileiro através do Decreto nº 7.030/2009.

*infraconstitucionais e a própria Constituição*) tendo como paradigma a Convenção Americana.

André de Carvalho Ramos esclarece que:

O controle de convencionalidade consiste na análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organização internacionais). Há duas subcategorias: (i) o controle de convencionalidade de matriz internacional, também denominado controle de convencionalidade autêntico ou definitivo; e o (ii) controle de convencionalidade de matriz nacional, também denominado provisório ou preliminar (RAMOS, 2013, p. 280).

Sendo a Convenção Americana o parâmetro de confronto e o ordenamento jurídico brasileiro o objeto de controle, tanto os juízes brasileiros (*desde os magistrados de primeiro grau até Ministros da Suprema Corte*) quanto a Corte Interamericana poderão realizar o mencionado controle de convencionalidade<sup>16</sup>. Interessante notar que o principal princípio interpretativo do controle de convencionalidade é o denominado *princípio pro homine*, que almeja identificar no caso concreto qual a norma mais favorável ao ser humano (o direito interno ou o Internacional). Tal princípio não estabelece uma hierarquia entre tais normas, mas almeja identificar qual delas (a Constituição ou o Tratado) oferece a máxima proteção à dignidade humana.

A principal crítica do presente trabalho reside no fato de que o Supremo Tribunal Federal brasileiro não respeita a lógica do controle de convencionalidade e elege a Constituição brasileira como parâmetro máximo de interpretação, pouco importando o Texto da Convenção (*que como vimos foi rebaixada ao status normativo “supralegal”*), tampouco as decisões da Corte Interamericana.

Elencar-se-á a título de exemplo as principais incongruências entre o direito brasileiro e a Convenção Americana:

1. *A Constituição da República em seu art. 5º, LXVII, autoriza a prisão civil do depositário infiel*. Embora este tema tenha sido resolvido em dois Recursos Extraordinários julgados pelo STF (RE 466.343/SP e RE 349.703/RS), não se atacou o Texto da Constituição – *que continua vigente* –, mas se cogitou através de um “malabarismo interpretativo” que a supralegalidade da Convenção Americana produziria “efeito paralisante” à legislação infraconstitucional que determinava a prisão. O art. 7º, 7, da Convenção Americana não autoriza nenhuma modalidade de prisão civil por dívida, a não ser a do devedor de alimentos

---

<sup>16</sup> Sobre o tema “Controle de Convencionalidade” recomenda-se a leitura das sentenças de mérito da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos Casos: *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, *Loyaza Tamayo vs. Perú*, *Barrios Altos vs. Perú* e *“La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*.

*(Importante recordar que o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos – Decreto nº 592/1992 também não autoriza prisão civil por dívida, excetuando-se a prisão do devedor de alimentos).*

2. A Ação Penal 470/MG foi julgada pelo STF em única instância *(haja vista ser hipótese constitucional de competência originária da Suprema Corte)*. Interpostos Embargos Infringentes insurgindo-se contra a supressão da garantia processual penal do duplo grau de jurisdição – *que embora não seja reconhecida como garantia ou princípio constitucional está expressamente positivado no art. 8º, “h” da CADH* – o Supremo entendeu que tal garantia estaria afastada, em virtude da própria Constituição brasileira estabelecer hipóteses de competência originária da Suprema Corte. Embora a Corte Interamericana de Direitos Humanos já tenha firmado precedente no sentido de que o duplo grau de jurisdição em matéria penal deve ser efetivado (Caso Barreto Leiva vs. Venezuela) sem exceções, o STF manteve sua jurisprudência de não estar a mencionada garantia processual inserida na Constituição brasileira<sup>17</sup>.
3. O Recurso Especial 453.000 julgado pelo STF em 04 de abril de 2013 firmou entendimento pela constitucionalidade da reincidência criminal colidindo frontalmente com a sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Ramirez vs. Guatemala. Ademais, cabe ressaltar, para as finalidades deste trabalho, que se discutiu no julgamento do mencionado Recurso Especial que o instituto da reincidência criminal não se coaduna com a visão garantista estabelecida pelo Constituinte. Entretanto, por unanimidade, o STF declarou constitucional o mencionado instituto.
4. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153/DF, julgamento em 29 de abril de 2010, firmou entendimento sobre a constitucionalidade da Lei de Anistia brasileira (Lei 6.683/79). O STF entendeu que a mencionada lei permanece Constitucional com a nova ordem estabelecida pela Carta de 1988, ignorando a jurisprudência da Corte Interamericana que inadmitte qualquer

---

<sup>17</sup> O que se observa neste caso é que a competência originária penal em tribunal de cúpula do Poder Judiciário inviabiliza a materialização do princípio do duplo grau de jurisdição. Por assim ser, como o Estado brasileiro ratificou a Convenção Americana e se comprometeu a modificar seu direito interno para se adequar aos dispositivos da Convenção, deveria ter acionado o Poder Constituinte derivado para que, através de emenda constitucional, fosse retirada tal função do STF.

modalidade de Lei de Anistia. Pouco mais de seis meses após o julgamento do STF, a Corte Interamericana condenou o Estado brasileiro no Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, sentença de 24 de novembro de 2010, afirmando que “a Lei de Anistia brasileira carece de efeitos jurídicos”<sup>18</sup>.

Verifica-se nos quatro casos supracitados que a orientação da Corte Interamericana e da Convenção Americana melhor se alinha a teoria garantista.

Também se observou que a inércia do Poder Legislativo brasileiro em atender a ordem do art. 2º da CADH em adequar o direito interno ao Texto da Convenção faz com que o Judiciário continue a julgar com base no ordenamento jurídico brasileiro que, em determinadas hipótese, colide com o que dispõe o tratado internacional.

Deve-se considerar, ainda, que juízes de primeiro grau brasileiros têm utilizado a Convenção Americana e as decisões da Corte Interamericana como razão de decidir em determinados casos concretos<sup>19</sup>. Por assim ser, eventual conflito de decisões entre o STF e a Corte Interamericana provoca insustentável situação de insegurança jurídica aos aplicadores do Direito no Brasil. Necessário, assim, um “diálogo de fontes” entre a Constituição brasileira e a Convenção Americana e um “diálogo de Cortes” entre o STF e o Tribunal de Direitos Humanos da América<sup>20</sup>.

Wagner Menezes sintetiza a problemática sobre o não cumprimento por parte do Estado brasileiro as decisões da Corte Interamericana:

Especificamente sobre o cumprimento das decisões pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, na qual o Brasil já foi condenado e deve cumprir sentença, o silêncio é estarrecedor pela morosidade, especialmente porque existe um comprometimento formal do Estado brasileiro, que tem prevalência dos Direitos Humanos como um dos seus princípios basilares nas relações internacionais. A propósito, André de Carvalho Ramos já tinha alertado para essa discussão, invocando a necessidade da existência de um diálogo entre as referidas Cortes para o cumprimento das decisões no Brasil das disposições da Corte Interamericana, propugnando “por um diálogo entre as Cortes, uma vez que ambas – STF e Corte Interamericana de Direitos Humanos –

---

<sup>18</sup> Fragmento da sentença Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil: “Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil”.

<sup>19</sup> Cite-se como exemplos: 1. Sentença – Processo 0059583-24.2011.8.26.0100 – Retificação ou Suprimento ou restauração de Registro Civil – 2ª Vara de Registros Públicos – Comarca de São Paulo, prolatada em 16 de abril de 2012 e confirmada pela Apelação Cível nº 0059583-24.2011.8.26.0100 (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo); 2. *Habeas Corpus* nº 1.358.323-2, do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba – 3ª Vara Criminal.

<sup>20</sup> Sobre as teorias do “Diálogo de fontes” e “Diálogo de Cortes” indica-se a leitura da obra “Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional” de autoria de André de Carvalho Ramos inserida nas referências deste trabalho.

cumprem a mesma missão de assegurar o respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais”.

(...)

As decisões e procedimentos emanados de Tribunais Internacionais devem ser rigorosamente cumpridos pelos Estados quando estejam sujeitos formalmente a sua jurisdição. Em razão disso, é recomendável que os Estados, ao aderir à jurisdição dos mesmos, criem regras estatais específicas para disciplinar a recepção das decisões das Cortes e, também, mecanismos efetivos para dar cumprimento aos seus atos procedimentais.

A desconsideração irresponsável pelos Estados na adoção de mecanismos que disciplinem e garantam a aplicabilidade de decisões e procedimentos determinados por Tribunais Internacionais pode deixar um espaço perigoso para a existência de conflitos entre as decisões emanadas daqueles Tribunais e as instituições nacionais dos Estados, o que configuraria um verdadeiro desserviço ao sentido maior da realização da Justiça Internacional, a partir da omissão e de erros conceituais, ficando, portanto o alerta. (MENEZES, 2013, p. 298-300)

A título de arremate, registre-se que embora o STF tenha firmado o entendimento de que a Convenção Americana detém *status* normativo supralegal, ajuizou-se recentemente a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 320/DF que tem por objetivo questionar tal entendimento, uma vez que, como visto, a questão embora tenha sido decidida, ainda não foi pacificada.

Depreende-se da presente análise que ainda há muito para se amadurecer no direito brasileiro sobre a temática do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Não se trata de desafiar a supremacia da Constituição, mas de se construir uma hermenêutica norteada pela máxima efetivação dos Direitos Humanos e pelo princípio *pro homine* identificando-se, num complexo exercício interpretativo, qual a norma mais favorável ao ser humano no caso concreto.

## CONCLUSÃO

O que se objetivou demonstrar na presente reflexão é que a teoria garantista penal de Luigi Ferrajoli representa um grande avanço teórico e verdadeiro norte a ser seguido pela jurisdição brasileira. Isto porque, não basta elencar direitos e garantias em Constituições ou Tratados Internacionais, deve-se criar condições para concretizá-las.

O Direito Penal, que por longos séculos foi entendido como sinônimo de vingança e extrema violência, sofreu verdadeira revolução paradigmática com o triunfo do constitucionalismo e a afirmação da teoria dos direitos fundamentais nas Constituições. Ombreado a este fenômeno, após a II Guerra Mundial se intensificou a produção de tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos e foram criados, em âmbito global e regional, mecanismos para garantir a efetivação destes direitos.

Observou-se que, embora o Estado brasileiro tenha adotado esta normatividade internacional protecionista aos direitos humanos, através da ratificação de tratados, o tribunal de cúpula do Poder Judiciário pátrio tem apresentado resistência em reconhecer a autoridade da Convenção Americana de Direitos Humanos e cumprir as decisões da Corte Interamericana.

Verificou-se também que o entendimento firmado na supralegalidade da Convenção é insuficiente e não reconhece estatura normativa digna a este tão importante instrumento internacional. Evidente que pela própria formação histórica do constitucionalismo brasileiro é perceptível que os paradigmas clássicos do Direito Constitucional se chocam com os paradigmas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, haja vista ter que se revisitar e destinar verdadeira releitura a pilares de sustentação da Teoria do Estado e da Constituição, a exemplo da soberania absoluta e supremacia constitucional.

Nota-se que o Estado brasileiro continua a conferir interpretação nacional (*com base na Constituição*) aos tratados internacionais, não efetivando o real controle de convencionalidade, o que deve ser duramente criticado e combatido. Como se constatou, tal postura acaba por afastar o modelo garantista de jurisdição, haja vista que não se tem conferido o tratamento mais benéfico ao ser humano. Exemplos como a supressão de garantias processuais pertinentes a instâncias recursais, bem como a não investigação de criminosos da ditadura militar representam verdadeiro retrocesso ao constitucionalismo brasileiro.

Ademais, o fato de arbitrariamente descumprir compromissos internacionais firmados representa o desprestígio do Estado brasileiro perante a comunidade internacional. Aliás, deve-se repudiar esta postura do Poder Judiciário nacional de atentar contra o pacto federativo e o princípio republicano, pois, ao não reconhecer a autoridade de tratados ratificados pelo Chefe de Estado brasileiro em ato conjunto com o Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal tem descumprido isoladamente um compromisso firmado pelo Presidente da República com a autorização e aval do Poder Legislativo.

*“Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades. Muda-se o ser, muda-se a confiança. Todo o mundo é composto de mudança, Tomando sempre novas qualidades”.* Esta orientação poética de Luís Vaz de Camões<sup>21</sup> deve iluminar os caminhos dos estudiosos e aplicadores do Direito brasileiro, haja vista estar a merecer significativa mudança a postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal que, afastando-se do modelo garantista almejado, tem conferido proteção insuficiente aos direitos humanos de seus jurisdicionados.

---

<sup>21</sup> Poema: Muda-se o ser, mudam-se as vontades, de autoria de Luís Vaz de Camões.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MENEZES, Wagner. *Tribunais internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional nos dias atuais*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 5ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância*. [Tradução: Paulo Neves] – São Paulo: Folha de S. Paulo, 2015.

## DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

**Recurso Extraordinário 71154/PR**, Min. Rel. Oswaldo Trigueiro, julgado em 04 de agosto de 1971.

**Recurso Extraordinário nº 80.004/SE**, Ministro Relator Xavier de Albuquerque, julgado em 1º de junho de 1977.

**Recurso Ordinário em Habeas Corpus 79.785**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 29-3-2000, Plenário, DJ de 22-11-2002.)

**Ação Direta de Inconstitucionalidade 595/ES**, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 11 de março de 2004.

**Agravo de Instrumento 529.733**, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-10-2006.

**Recurso Extraordinário nº 466.343/SP**, Rel. Min. Cezar Peluso e o **Recurso Extraordinário nº 349.703/RS**, Rel. orig. Min. Ilmar Galvão. Julgado em 22 de novembro de 2006.

**Ação Penal 470/MG**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgada em 06 de fevereiro de 2009.

**Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153/DF**, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29 de abril de 2010.

**Recurso Especial 453.000**, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado pelo STF em 04 de abril de 2013.

## **DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

**Caso Loyaza Tamayo vs. Perú**, sentença de 17 de setembro de 1997.

*Disponível em:*

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_33\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf)

**Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile**, sentença de 05 de fevereiro de 2001.

**Caso Barrios Altos vs. Perú**, sentença de 14 de março de 2001.

*Disponível em:*

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf)

**Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**, sentença de 26 de setembro de 2006.

*Disponível em:*

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)

**Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**, sentença de 24 de novembro de 2010.

*Disponível em:* [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)

## DA TRADIÇÃO PORTUGUESA DO DIREITO À VIDA: A CPLP E A INCLUSÃO DE UM ELEMENTO ESTRANHO

THE PORTUGUESE TRADITION OF THE RIGHT TO LIFE:- THE CPLP AND THE INCLUSION OF AN ALIEN ELEMENT

Mariana Sampayo<sup>1</sup>

**RESUMO:** Com o presente artigo pretende-se demonstrar a defesa que em Portugal o direito à vida tem merecido desde o séc. XIX, quer através da sua consagração constitucional, quer da prática de não aplicação da pena de morte. Tal prática sofre, em nosso entender, um atentado quando se insere na CPLP – Guiné Equatorial - um país que não respeita essa tradição e tem na prática tomado atitudes que o desrespeitam integralmente.

**Palavras-chave:** Guiné Equatorial. Direitos humanos.

**ABSTRACT:** With this article we intend to demonstrate the defense that in Portugal the right to life has received from the XIX century , either in constitutional consecration , or in the practice of not applying the death penalty. This practice suffers, in our view, an attack when CPLP admits as member Equatorial Guinea, a country that does not respect this tradition and has taken actions that in practice the full disregard.

**Key-words:** Equatorial Guinea. Human rights.

Face aos acontecimentos ocorridos em Julho de 2014 na CPLP (Comunidade dos Países de Língua Oficial Portuguesa) e à admissão na organização da Guiné Equatorial - país em que sistematicamente se desrespeita a vida humana - pretende a autora com o presente artigo demonstrar:

1. A tradição portuguesa de defesa do Direito à vida pelo recurso a vários diplomas sejam de origem internacional (adesão a Declarações Internacionais sem aposição de reservas) ou de direito interno (especialmente, as várias e sucessivas Constituições), quer pela abolição muito antiga da pena de morte (apesar de se ter mantido a pena de degredo);
2. A origem da CPLP e as obrigações que assumiu nos termos do tratado constitutivo;
3. A situação e história da Guiné Equatorial.

Face a esses pressupostos, apresentar-se-ão algumas conclusões e uma pergunta cuja resposta só o decurso do tempo permitirá dar.

---

<sup>1</sup> Licenciada em Direito, Lic. Spéciale em Droit Européen, Mestre em Relações Internacionais e Doutora em Direito. É docente no Instituto Superior Bissaya Barreto e docente convidada no Instituto Politécnico de Coimbra onde lecciona na Escola Superior de Tecnologia e Gestão e na Escola Superior de Tecnologia de Saúde.

A consagração do Direito à Vida em diplomas constitucionais portugueses é muito antiga. Com efeito, o artigo 16 do Acto Adicional à Carta, de 5 de Julho de 1852, aboliu a pena de morte para os crimes políticos.

*O artigo 16 do Acto Adicional à Carta Constitucional dispunha: “É abolida a pena de morte nos crimes políticos, os quais serão declarados por uma Lei”.*

Quinze anos depois a Lei de 1 de julho de 1867 procede á abolição da pena de morte para os crimes civis. A partir dessa data restava a pena de morte para os crimes cometidos por militares cuja abolição só seria realizada por Lei de 16 de Março de 1911. Ou seja, com a I República são abolidas todas as situações para as quais se fixava como pena a morte. Situação confirmada pela *Constituição de 1911 que no artigo 3 n.º 22 dizia “Em nenhum caso poderá ser estabelecida a pena de morte, nem as penas corporais perpétuas ou de duração limitada”*

Dois factos devem ser referidos nesta evolução:

- a) A última execução de um condenado à morte ocorre em Portugal em Abril de 1846
- b) A abolição fixada em 1911 é excepcionada no período entre 1914 a 1918 pois durante o período em que Portugal participa na I Guerra Mundial permitiu-se a aplicação da pena de morte para crimes militares (caso do crime de traição) cometidos em teatro de guerra.

A consagração constitucional expressa do direito à vida seria realizada no texto constitucional de 1933 que no seu artigo 8 estabelecia *“Constituem direitos, liberdades e garantias individuais dos cidadãos portugueses: 1.º O direito à vida e integridade pessoal;...”*

A consagração de uma forma expressa deste direito que estamos a analisar seria confirmada pelo texto constitucional resultante da Revolução de 25 de Abril de 1974 (Constituição de 1976) no artigo 24 (artigo 25 na primeira redacção) que dispõe: *“1. O direito à vida é inviolável; 2. Em caso algum haverá pena de morte”.*

A Comunidade de Países de Língua Portuguesa é uma organização internacional que nos termos do tratado constitutivo se constitui como um foro multilateral privilegiado para o aprofundamento da amizade mútua e da cooperação entre os seus membros. A essa amizade e cooperação não é estranha a herança cultural da presença portuguesa durante séculos que se revela, nos membros iniciais da organização, na consagração da língua portuguesa como língua oficial. Criada em 17 de Julho de 1996 e reunindo Portugal, Brasil, Cabo Verde, S. Tomé e Príncipe, Angola, Moçambique e Timor Leste, a CPLP goza de personalidade jurídica e é dotada de autonomia financeira. À Organização foram fixados como objectivos gerais:

- *A concertação político-diplomática entre seus estados membros, nomeadamente para o reforço da sua presença no cenário internacional;*
- *A cooperação em todos os domínios, inclusive os da educação, saúde, ciência e tecnologia, defesa, agricultura, administração pública, comunicações, justiça, segurança pública, cultura, desporto e comunicação social;*
- *A materialização de projectos de promoção e difusão da língua portuguesa.*

Acresce que, nos termos do artigo 5 (cujo subtítulo é Princípios Orientadores): 1. A CPLP é regida pelos seguintes princípios:

- *...e) Primado da Paz, da Democracia, do Estado de Direito, dos Direitos Humanos e da Justiça Social;*

Mais se diz nesse mesmo artigo:

- *...2. A CPLP estimulará a cooperação entre os seus membros com o objectivo de promover as práticas democráticas, a boa governação e o respeito pelos Direitos Humanos.*

A estas disposições convém adicionar o artigo 6 dos Estatutos da CPLP que se dedica às regras para a admissão de novos membros na organização. Efectivamente, o referido artigo estabelece: “ 1. *Para além dos membros fundadores, qualquer Estado, desde que use o Português como língua oficial, poderá tornar-se membro da CPLP, mediante a adesão sem reservas aos presentes Estatutos. ....* “ Esta terá sido a razão pela qual a Guiné Equatorial consagrou o Português como uma das suas línguas oficiais.

A Guiné Equatorial é um Estado africano cuja história remonta ao ano de 1471, quando o navegador português Fernão Pó descobriu a ilha de Bioco (Ilha de Fernando Pó). Ora, o Tratado de Tordesilhas concedeu a Portugal o direito exclusivo de exploração em África, logo, por inerência, ao espaço da Guiné Equatorial. A ligação a Portugal manteve-se até ao ano de 1778, ano em que Portugal cedeu a Espanha as ilhas de Ano Bom e Fernão Pó, bem como o território continental entre os rios Ogooué e Níger. Esse território manteve-se espanhol até ao início da segunda década do século XIX, altura em que, após a abolição da escravatura a Inglaterra iniciou uma ocupação pacífica do actual território da Guiné Equatorial por considerar a Ilha de Fernando Pó um ponto estratégico no controlo das rotas de escravos do Golfo da Guiné.

A presença inglesa foi, contudo, rápida pois em 1843 os Ingleses venderam todas as suas propriedades aos missionários Baptistas, que veriam, no ano a seguir, os Espanhóis empenhados em efectivar a ocupação da região, especialmente da Ilha de Fernando Pó. Em 1858 os missionários foram expulsos e, em 1877, ocorre a primeira exploração espanhola do território continental. Em 1879, a Guiné Espanhola viria a

tornar-se em local penitenciário para os cubanos. Em 1959 e no quadro da reestruturação administrativa dos territórios espanhóis, a região foi dividida em duas províncias, cada uma delas com um Governador Civil, sendo atribuídos aos naturais direitos civis iguais aos dos espanhóis. Em 1963 e por plebiscito é concedida autonomia económica e administrativa às duas províncias que assumem, então, a designação de Guiné Equatorial. Finalmente em 1967 inicia-se o processo de independência que, decorre de forma consideravelmente rápida e culmina com a declaração da independência a 12 de Outubro de 1968. A passagem desta região por outra área de influência resultante da presença colonial dos países europeus far-se-á sentir, ainda, com a adesão do novo país á Comunidade Francesa e a adopção do Franco CFA como moeda. Facto a que não é estranha a proximidade territorial, na parte continental, de países de influência francesa (Camarões e Gabão).

O que é facto é que existem interesses estratégicos para o pedido de adesão e a inclusão da Guiné Equatorial na CPLP. Com efeito, estamos a analisar um país que se insere no Golfo da Guiné (território rico em produtos petrolíferos). Ora esses recursos não podem ser explorados no quadro de um único país, pois a divisão territorial do Golfo não está feita e há cinco países nela interessados: Nigéria, Camarões, Guiné Equatorial, Gabão e S. Tomé e Príncipe. (conferir no mapa abaixo).



**Fonte:** Guiné Equatorial. Disponível em:  
[https://pt.wikipedia.org/wiki/Guin%C3%A9\\_Equatorial](https://pt.wikipedia.org/wiki/Guin%C3%A9_Equatorial)

## CONCLUSÕES

Face ao exposto, entre outras possíveis, pode a autora destas linhas retirar duas conclusões:

1. A inclusão na CPLP da Guiné Equatorial constitui uma negação da herança cultural portuguesa na região pois se descobertas quer a parte insular, quer a parte continental, pelos portugueses, nunca a região teve uma efectiva ligação ao Império Colonial Português, nem à herança que desse espaço permaneceu nos países que resultaram da sua desestruturação.
2. A admissão nessa organização internacional da Guiné Equatorial representa uma negação dos próprios princípios da CPLP dada a confirmada violação por esse Estado dos Direitos do Homem e, em especial, do Direito à Vida. Ou serão as razões económicas do caso suficientes para fazer esquecer esses mesmos princípios?
3. Por fim, a admissão da Guiné Equatorial pode constituir uma perda de identidade por parte da CPLP. Contudo, essa perda só pode ser avaliada com o decurso do tempo e três meses não são suficientes para que se afirme a mudança estrutural numa organização internacional.

## REFERÊNCIAS

ESTATUTOS da CPLP (Comunidade dos Países de Língua Portuguesa). Disponível em:<[http://www.cplp.org/Files/Filer/Documentos%20Essenciais/Estatutos\\_CPLP\\_REVLIS07.pdf](http://www.cplp.org/Files/Filer/Documentos%20Essenciais/Estatutos_CPLP_REVLIS07.pdf)>

CONSTITUIÇÕES PORTUGUESAS (Acto Adicional à Carta de 1852; Constituição de 1911; Constituição de 1933 e Constituição de 1976).

# O DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO: DESAFIOS PARA NOVOS CONCEITOS

## THE CONTEMPORARY FAMILY LAW: CHALLENGES FOR NEW CONCEPTS

Cleber Affonso Angeluci<sup>1</sup>

**RESUMO:** A atual família não é mais estruturada apenas no casamento, mas há uma pluralidade de formas que a constituem. A compreensão desse fenômeno, para o Direito de Família será possível a partir do estabelecimento dos elementos que compõem cada uma dessas formas, a exemplo da dignidade humana, da boa-fé e dos elementos da posse de estado: o nome, o trato e a fama. Adota-se o método hipotético-dedutivo e análise bibliográfica e documental acerca do tema para traçar as peças que integra a família na atualidade.

**Palavras-chave:** Direito de Família; Definição de Família; Dignidade Humana; Pluralidade Familiar.

**ABSTRACT:** The current family don't structured only in marriage, but there is a plurality of forms that constitute it. Understanding this phenomenon to family law will be possible through the establishment of the elements of each of these forms, such as the human dignity, good faith and state in possession of elements: the name, tract and the fame. Adopt the hypothetical-deductive method and literature review and documentary on the subject to draw the pieces that integrates family today.

**Key-words:** Family Law; Definition of Family; Human Dignity; Family plurality.

## INTRODUÇÃO

A família é a base da sociedade e goza de especial proteção do Estado, conforme determina a Constituição Federal de 1988. Entretanto, há um cenário de profundas alterações em sua estrutura e queda do paradigma pautado exclusivamente no matrimônio, havendo a necessidade de se pensar elementos que compõem essas novas constituições, ainda que de forma generalizante, com vistas a não permitir o retrocesso e a exclusão social.

É nesse sentido que o presente estudo se baseia, a partir de uma pesquisa que adota o método hipotético-dedutivo e análise bibliográfica e documental acerca do tema.

Assim, no primeiro capítulo a abordagem se dá, a partir dos marcos legislativos mais importantes para o Direito de Família, tendo como objeto a situação jurídica da mulher, pois se considera que seu reconhecimento social e jurídico contribuiu para a constituição da família contemporânea.

No segundo capítulo a atenção se volta para as novas formações familiares, sem necessariamente esgotar o assunto e nem mesmo tecer minúcias, mas considerando a ausência de parâmetro legislativo e as situações plurais que levam à

---

<sup>1</sup> Docente do curso de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campus de Três Lagoas. Três Lagoas/MS. Coordenador do Projeto de Pesquisa "O Direito de Família Contemporâneo". Doutor em Educação (UFMT), Mestre em Direito (UNIVEM), Especialista em Direito Empresarial (TOLEDO). Membro do IBDfam.

negação de direitos à pessoa.

No derradeiro capítulo, a partir das estruturas anteriores, se estabelece a proposta de considerar elementos que compõem a família e o Direito de Família atual, sob a égide da dignidade da pessoa humana, a boa-fé objetiva e o valor jurídico do afeto, agregando ainda os elementos componentes da posse de estado – nome, trato e fama – para a compreensão do fenômeno familiar, tecendo ao final algumas considerações, à guisa de conclusão.

## **1 Breve contexto dos marcos legislativos do Direito de Família**

Dado o pequeno espaço e o objetivo do presente estudo, a abordagem histórica do Direito de Família terá como termo inicial a Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916 que instituiu o Código Civil de 1916 e, portanto, circunscrito à família e à legislação brasileira codificada, principiando neste termo referenciado.

É cediço, porém não é demais ressaltar, que naquele momento histórico, social e político a família conhecida era unicamente a derivada do casamento, constituindo o matrimônio a fonte legítima e única porta para a constituição e reconhecimento social desse grupo coletivo.

Tanto assim que o referido diploma legal trazia no Livro I da Parte Especial intitulado “Do Direito de Família” com início no Título I denominado “Do casamento”, o Título II “Dos efeitos jurídicos do casamento”, o Título III “Do regime de bens entre os cônjuges”, o Título IV “Da dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa dos filhos” o Título V “Das relações de parentesco” e o Título VI “Da tutela, da curatela e da ausência” com 305 dispositivos destinados ao tema.

Ressalta-se que no referido Livro I a grande parte dos dispositivos referenciavam-se ao casamento, suas formalidades, celebração, proibições, provas, efeitos, regime de bens, dissolução e proteção dos filhos, nada mencionando especificamente sobre a pessoa, a outras formas de família, menos ainda à mulher, exceto para considera-la incapaz<sup>2</sup> e para lhe dar um papel secundário na estrutura civil então vigente<sup>3</sup>.

Mesmo no plano constitucional, embora ainda não houvesse o Direito Constitucional alcançado o status hodierno, dada a tradição e respeito conferido ao

---

<sup>2</sup> Com efeito, expressamente previsto no art. 6º, II a incapacidade relativa da mulher casada, *in verbis*: “Art. 6º. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: (...) II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal”.

<sup>3</sup> A propósito o art. 233: “Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: I. A representação legal da família. II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude de regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, n I, c, 274, 289, nº I, e 311). III. Direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, nº IV). IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (arts. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II e 247, nº III). V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277”.

Direito Civil, à família se dispensava unicamente o tratamento se derivada do casamento, conforme se depreende da leitura do art. 167 da Constituição Federal de 1967<sup>4</sup>.

Portanto, a 'família legítima' derivada exclusivamente do matrimônio indissolúvel era a única conhecida e respeitada legal e socialmente, não havendo qualquer tipo de concessão a outra estrutura dessa ordem, nem mesmo aos filhos porventura concebidos fora das núpcias.

Muito pelo contrário, estruturas fugidias ao matrimônio eram execradas inclusive socialmente, assim como os filhos, sendo-lhes negados quaisquer direitos, pois o casamento dos pais lhes garantia a chamada legitimidade (de família legítima), ao passo que os filhos fora do matrimônio eram ilegítimos, sem quaisquer direitos, sendo discriminados, chamados 'bastardos'.

Essa discriminação advinha, e era sustentada, por uma moral sexual e religiosa em que o casamento era o legitimador das relações sexuais. Tudo que fosse fora daí era pecado e deveria ser excluída das relações dita normais, portanto consideradas ilegítimas. Essa moral estigmatizante e hipócrita condenou, por muitos anos, filhos e famílias à exclusão social, ao impingir-lhes o selo de ilegitimidade e, portanto, à invisibilidade (PEREIRA, 2015, p. 335).

Em 27 de agosto de 1962 foi publicada a Lei nº 4.121, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, cuja ementa expressamente contempla que o diploma legal "dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada", trazendo consideráveis alterações, do ponto de vista legal, para a situação jurídica da mulher.

Talvez a mais importante modificação trazida pelo referido texto legal, ao Código Civil de 1916, para a situação jurídica da mulher foi a supressão de sua incapacidade relativa, enquanto subsistisse a sociedade conjugal, o que se pode dizer corresponde a um marco legal do início do declínio da família patriarcal, embora essa alteração paradigmática somente tenha efetivamente ocorrido com a Constituição Federal de 1988, como se verá adiante.

Além disso, esta lei "tem importância histórica, pois modificou a hierarquia da sociedade conjugal", não mais pautada na direção e poder exclusivo do homem, remediando a situação jurídica da mulher, afinal

A história da mulher no Direito, ou o lugar dado pelo Direito à mulher, sempre foi um não lugar. Na realidade, a presença da mulher é a história de uma ausência, pois ela sempre existiu subordinada ao marido, sem voz e marcada pelo regime da incapacidade. Foi somente com o Estatuto da Mulher Casada, que foi permitido à mulher praticar atos jurídicos (PEREIRA,

---

<sup>4</sup> Art 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º - O casamento é indissolúvel. § 2º - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público. 3º - O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante, a autoridade competente. § 4º - A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

Por derradeiro marco legislativo, anterior à Constituição Federal de 1988, a Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 09 de 28 de junho de 1977, possibilitou a dissolução da sociedade conjugal e do casamento pela separação judicial e pelo divórcio, respectivamente, acabando com a indissolubilidade do vínculo matrimonial e permitindo-se um novo horizonte para pessoas, principalmente mulheres, que não mais almejavam a manutenção da vida conjugal.

Por outra relevância, anota-se também que essa legislação alterou o regime legal de bens para o casamento, passando da comunhão universal para o da comunhão parcial no silêncio dos nubentes e não havendo a expressa imposição do regime da separação de bens.

Passada pouco mais de uma década, em 1988, foi promulgada a Constituição Federal que alterou profundamente a estrutura legislativa do Direito de Família brasileiro, pois logo de início estabeleceu um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito<sup>5</sup>: a dignidade da pessoa humana.

A prodigiosa Constituição trouxe ainda inovações relevantes, garantindo-se a igualdade entre homem e mulher, vedando quaisquer tipos de discriminações, inclusive quanto aos filhos, extirpando do ordenamento jurídico a odiosa categorização de filhos legítimos e ilegítimos, bem como vislumbrou, para além do casamento, outras formações familiares, expressamente consagrando a família monoparental e a união estável.

Há muito tempo se defende que a formações familiares expressamente previstas na Constituição Federal não correspondem a um rol taxativo, mas meramente exemplificativo, conforme assevera Paulo Luiz Netto Lobo:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição Federal são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade (LOBO, 2004, s/p).

A partir de então houve um considerável avanço, do ponto de vista legislativo, acerca das formações familiares, o que será objeto de estudo do próximo tópico. Antes,

---

<sup>5</sup> Embora não seja o enfoque do presente estudo, cabe um breve parêntese, acerca da expressão "Estado Democrático de Direito" tão vazia de conteúdo, embora tão pretensamente cheia de significados. Num tal Estado assim adjetivado "Democrático" e "de Direito", talvez não houvesse espaço para discussões e interpretações que marginalizam, discriminam negativamente e excluem, ofendendo de tal maneira os princípios constitucionais que muitas vezes são renegados à sorte de interpretações e aplicações das mais variadas e distantes da sua real significação. Para uma crítica aprofundada do assunto ver Giorgio Agamben, "Estado de Exceção".

porém, algumas ressalvas devem ser estabelecidas para que não haja qualquer dúvida a respeito, assim, embora o presente tópico teve em vista um esboço histórico acerca das alterações legislativas do Direito de Família, é importante observar que o fenômeno legal não tem condições para alterar o estado social e extinguir preconceitos.

Nesse sentido, não é demais ressaltar que as profundas alterações pelas quais passaram vários institutos da família e do próprio Direito de Família decorreram de intensos debates e movimentos de forças, bem como rupturas de preconceitos e dogmas existentes, muitos deles alicerçados no Direito Canônico e cedidos ao Direito Civil sem as devidas adequações para o Estado laico.

Merece relevo o papel desempenhado pela mulher para a ruptura de um sistema eminentemente machista e patriarcal, exclusivamente dominado pelo homem que exercia todo poder sobre a família, deixando a ela a situação de menoscabo e de exclusão, tratando-a meramente como sujeito de segunda categoria ou quiçá como objeto. Há, deveras, um débito de toda a sociedade brasileira que impôs à mulher essa situação de desprezo legal e de categorização inferior.

Foi, sem dúvida, a luta da mulher por melhores condições de vida, saúde, trabalho e respeito que permitiu ao legislador reconhecer e avançar, ainda que a passos tímidos, garantindo-lhe alguns direitos e minorando os sofrimentos e agruras.

A mulher, necessariamente casada e incapaz, rompe o ciclo familiar de opressão e passa a exercer um papel social e econômico de destaque, não permitindo ao legislador, senão o reconhecimento desse seu status social e familiar; de dona-de-casa para o mercado de trabalho e sua ascensão não para e, como consequência, a transformação no seio familiar também se evidencia e se concretiza com esse avanço.

Apesar de tantas conquistas é importante salientar que ainda há flagrantes desrespeitos e afronta aos princípios constitucionais e a mulher continua a padecer de maus tratos e de posturas sociais fincadas no patriarcado, daí a necessidade de regramentos legais como a chamada Lei Maria da Penha, Lei nº 13.140 de 07 de agosto de 2006 que visa proteger a mulher de violência gerada no âmbito doméstico e familiar.

Ora, houvesse a mulher conquistado efetivamente seu espaço desnecessária seria qualquer regra para lhe proteger, ainda mais de violência no âmbito da família, portanto, há necessidade de atenção vigilante para que não se permita quaisquer retrocessos no tocante a salvaguarda de direitos já concebidos; numa sociedade realmente igualitária e fraterna seria desnecessária uma lei para o mister de proteger a mulher.

Nesse contexto, merecedor de algumas palavras o Projeto de Lei nº 6.583/2013 em tramite na Câmara dos Deputados que dispõe sobre o "Estatuto da Família e dá outras providências" trazendo já no seu art. 2º uma definição bem restrita

de entidade familiar<sup>6</sup>, buscando, segundo a justificativa do próprio autor “uma família equilibrada, de autoestima valorizada e assistida pelo Estado”.

Como se houvesse um ataque à família, uma crise e sua iminente extinção,

(...) o que muitas vezes se equaciona como crise, estado este que lhe é familiar. As crises são condições mesma de sua existência, e a passagem de seus ciclos vitais acompanha a mudança etária de seus membros. Crise – estado de um sistema em que a mudança é iminente, e, como o tempo da evolução, a família está sempre em constante mudança e, como o tempo das estações, seu clima afetivo sofre variações. Mudança e crise que se permitem existir dada sua natureza indissociável da de humanidade – de instituição estruturante e estruturada pelo humano (GROENINGA, 2003, p. 126).

Este projeto, com a devida vênia, não parece estar em sintonia com o atual estágio das famílias brasileiras e padece de flagrante inconstitucionalidade por discriminar negativamente, na contramão do texto Constitucional.

Já foi dito, mas sempre é bom reafirmar, embora a sociedade modifique a regra, não a regra modifica a sociedade, é fundamental pensar o sistema jurídico civil-familiar a partir da Constituição Federal que em nenhum momento restringe as formas/entidades familiares, principalmente a partir de uma interpretação abrangente e teleológica, afinal as diversas formas de família é uma realidade fática e jurídica.

Portanto, a vingar no legislativo, o referido projeto tende a não ser promissora sua validade, vez que divorciado do sistema jurídico brasileiro e porque não, da realidade social vivida.

## **2 As diversas formas de família ou a família plural**

A partir do texto constitucional é possível vislumbrar que o Direito de Família há muito não pode mais ser visitado com olhos restritos do patriarcado, do patrimonialismo, do machismo e da restrição dos exemplos do art. 226 da Constituição Federal: casamento, união estável e família monoparental.

Alterações sociais e culturais são evidentes em toda a sociedade hodierna e há um considerável número de decisões judiciais de primeira instância e de tribunais que revelam o alargamento das estruturas familiares.

O próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu, em controle concentrado de

---

<sup>6</sup> Dispõe o art. 2º do texto proposto: Art. 2º Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Merece atenção também, no mesmo projeto o disposto no “Art. 12 As escolas deverão formular e implantar medidas de valorização da família no ambiente escolar, com a divulgação anual de relatório que especifique a relação dos escolares com as suas famílias”, uma evidente intenção de doutrinação, a partir da escola, para uma definição restritiva de família, nos moldes estritos do dispositivo anteriormente referido.

constitucionalidade, que não pode haver discriminação de sexo<sup>7</sup>, reconhecendo a união estável entre pessoas de mesmo gênero e o Conselho Nacional de Justiça editou resolução<sup>8</sup> permitindo às pessoas do mesmo sexo a união pelo casamento.

Já alertou Giselle Câmara Groeninga de forma peculiar que “a família é sistema de relações que se traduz em conceitos e preconceitos, ideias e ideais, sonhos e realizações”, de tal sorte que “mexe com nossos mais caros sentimentos. Paradigmática para outros relacionamentos, célula *mater* da sociedade” (GROENINGA, 2003, p. 125).

Portanto, a família não pode ser pensada num viés exclusivista e diminuto, do casamento, da formação entre um homem e uma mulher, pois um tal pensamento imporá um flagrante prejuízo a cada um dos membros que se envolve nessa primeira formação coletiva que o ser humano conhece e que se prolonga, muitas vezes, para além da sua própria existência.

A estrutura humana, a construção de sua dignidade, é forjada na família, os papéis sociais são conhecidos e desempenhados a partir dessa primeira formação social, onde cada pessoa se descobre, donde resulta sua importância, em última instância, para a pessoa e não apenas para o Estado e para o Direito.

O ente parido de um lugar interdito ao direito se dá, no direito, como representação, palco e cena. Personagens se movimentam, no amor e na indiferença, transportados pela garantia impossível da felicidade.

Essa via jurídica pode ser, de afeto, a expressão domiciliar eudemonista; no entanto, pode atestar os desencontros do afeto, uma abertura à obtenção, pela força ou pela execução do incontroito, da expropriação desse espaço de sujeito (FACHIN, 2008, p. 122-123).

Já se afirmou em outro momento que esse “avanço do processo de autodescoberta como pessoa carece do desenvolvimento de diversos sentimentos – cada um deles tendendo para sua formação – como fator decisivo para a conquista final do ‘eu pessoa’” (ANGELUCI, 2006, p. 46) e é nele que se constitui o núcleo fundamental da dignidade da pessoa humana: na busca de sua constituição, de sua formação, enfim, de sua felicidade.

Segundo Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka “o modelo de família que emerge atualmente, cada vez com força maior, é o modelo eudemonista, ou seja, aquele pelo qual cada um busca, na própria família, ou por meio dela, a sua própria realização, seu próprio bem estar” (HIRONAKA, 2000), portanto, é sob esse enfoque que se deve pensar e estudar a família contemporânea, numa perspectiva pluralista e abrangente.

---

<sup>7</sup> No julgamento da ADI N° 4277 e ADPF 132 em maio de 2011 o STF reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo.

<sup>8</sup> Resolução n° 175 de 14 de maio de 2013 que “dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo”.

Por isso, entre nós, o respeito ao pluralismo se constitui no ponto central de definição da tessitura de um mundo aberto, diverso e democrático, o que exige um movimento de pluralismo legislativo, e não de unificação codificada. Nesta medida, o papel do direito pós-moderno não é o de optar por um modo de vida correto/melhor, na tentativa de traduzir uma essência/verdade, em detrimento dos demais. Não havendo a possibilidade de definir as coisas por essências, a tarefa do direito resta sendo aquela de administrar o convívio entre os muitos modos de vida, dando lugar à expressão justa e equidistante sobre projetos de vida legítimos. Se não se considerar a multiplicidade das formas legítimas de autodescoberta e heterodiferenciação, estaremos castrando parte da luta humana pela liberdade. E é por isso que precisamos dos outros, ou seja, para nos descentrarmos, para nos escolarizarmos da diversidade dos olhares, pontos de vista, ideologias, perspectivas, concepções, mantendo-nos abertos à vida, na socrática e desesperada condição de seres incientes (BITTAR, 2014, p. 23)

Não cabe aos estudiosos do Direito de Família, portanto, restrição indevida nas estruturas familiares hodiernas, muito pelo contrário, a sua árdua tarefa deve consistir em alcançar, no emaranhado de regras, os vácuos que permitam a construção de um sistema hígido e apto à inclusão e realização da justiça, sempre amparados na Lei Maior.

O papel do estudioso do Direito de Família, portanto, consiste em encontrar alternativas, dentro do ordenamento jurídico, que impeçam situações de exclusão e aniquilamento social.

Assim, paralelamente à família monoparental, à união estável e à família matrimonial, seja entre homem e mulher ou entre homem e homem ou entre mulher e mulher, há uma infinidade de relações que podem se constituir em família e que carecem de algum tipo de atenção, vez que o legislador as deixou ao desamparo, que muitas vezes pode levar a situações de injustiça, quando não em enriquecimento sem causa.

Não é incomum, com o amplo acesso à informação e em decorrência das facilidades tecnológicas da vida moderna, que as pessoas não mais se relacionem como outrora, portanto, a vida individual impacta a vida coletiva (familiar) que acaba impactando, por derradeiro, a vida em sociedade. Os relacionamentos passam a ser mais fugazes e a maneira como se iniciam e se rompem mobilizam outras pessoas e a própria regulamentação.

A estrutura outrora denominada de família mosaico, como resultado “da multiplicidade das relações parentais oriundas das desuniões, do divórcio, da separação, da reconstituição da vida afetiva por meio do casamento ou de outras relações paramatrimoniais” (CHAVES, 2014, p. 145), embora ainda presente no cenário jurídico brasileiro, torna-se mais e mais complexa e outras vezes mais simples, à medida que as novas gerações, tecidas nessas tramas de relações desapegadas,

permitem uma nova interpretação acerca da família<sup>9</sup>.

A complexidade dessas estruturas se adere às circunstâncias pessoais, sociais e jurídicas que travam procedimentos e novos horizontes, em contraposição a facilitadores tecnológicos e até jurídicos que permitem grande agilidade nos processos de encontros e desencontros da vida.

A esse propósito também serviu a alteração do § 6º do art. 226 da Constituição Federal que permitiu o divórcio sem o entrave configurado na prévia separação de fato ou judicial por determinado período, tornando muito mais célere e eficiente o ponto final das relações matrimoniais e, conseqüentemente, permitiu a abertura para novas relações.

Esse cenário é propício para novos encontros e novas formações familiares onde os afetos são construídos e as relações passam a se estruturar e o convívio gera atos jurídicos que não encontram albergue no direito posto, seja pela sua total omissão, seja porque o que há de regramento é insuficiente para a proteção das pessoas.

Exemplo da primeira hipótese é a situação jurídica de irmãs(ãos) ou mesmo primos(as) que optam pelo celibatário e não constituem relação matrimonial ou estável, mas desenvolvem relação fraternal por toda a vida, constituindo patrimônio e praticando todos os demais atos jurídicos decorrentes dessa situação familiar.

A expressão 'família anaparental' de Sérgio Resende de Barros bem traduzida por Rodrigo da Cunha Pereira, "isto é, a família privada de pais, sem pais"

Assim, é a família formada entre irmãos, primos ou pessoas que têm uma relação de parentesco entre si, sem que haja conjugalidade entre elas e sem vínculo de ascendência ou descendência. É uma espécie do gênero família parental. A importância desse conceito e caracterização, assim como as demais famílias, está no sentido de proteção jurídica, especialmente para efeitos de caracterização do bem de família e sua impenhorabilidade (PEREIRA, 2015, p. 290).

Para além da caracterização do bem de família para a sucessão também é relevante a estrutura familiar em comento, pois, não havendo descendentes, nem ascendentes, nem cônjuge sobrevivente, aquela será deferida aos colaterais e, havendo outros colaterais no mesmo grau, herdarão na mesma proporção daquele que vivia fraternalmente, compondo a família anaparental.

O deferimento sucessório imposto pelo legislador em igualdade aos colaterais, ao não reconhecer essa formação familiar, não parece justo, malgrado

---

<sup>9</sup> Importante lição de Jones Figueirêdo Alves relacionando as mais diversas formas de famílias: "E mais outras famílias são possíveis, como as *reconstituídas*, com prole de uniões anteriores do casal, ou as *fissionais*, entendidas na Itália como entidade familiar experimental, formada por pessoas denominadas *celibetárias*, cuja unidade de convivência resume-se aos fins de semana ou a períodos de lazer ou viagem. Exemplos mais interessantes ao direito de família são oferecidos, ademais, pelas entidades familiares ectogenéticas, diante das técnicas de reprogênese medicamente assistida, remetendo-se à legislação emergente e a uma doutrina aprofundada a conveniente regulação eficiente das hipóteses. Aqui, o fenômeno a globalização, atraído em convenções e pactos, está a reclamar tratamento uniforme a coincidir e harmonizar interesses elevados da dignidade da família, independentemente do país onde esteja ela constituída, em tessitura de um emergente biodireito familiar" (ALVES, 2013, p. 546).

quando se considera que a formação do patrimônio se deu pelo trabalho mútuo, embora a titularidade seja exclusiva do *de cuius*, trata-se de uma não discriminação excludente, pela simples ausência de reconhecimento dessa entidade familiar e de suas consequências jurídicas.

Há ainda, hipóteses em que o regramento não é omissivo, como o anteriormente referido, mas insuficiente e precário, levando a interpretações excludentes e prejudiciais às pessoas que convivem nas estruturas contemporâneas de família, a exemplo do que ocorreu com a Lei nº 11.924 de 17 de abril de 2009 que “altera o art. 57 da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta”<sup>10</sup>.

Configura um típico exemplo em que o legislador deixou de dizer o mais importante: as consequências da lei<sup>11</sup>! Não se pode conceber que, sendo o nome um direito da personalidade, com as características específicas e as garantias que estes direitos gozam, a realização da norma fique adstrita apenas à inclusão do nome do padrasto ou madrasta, como se de um mero capricho se tratasse.

Há um sem número de consequências da realização da regra, a iniciar pelas relações de parentesco que passam a ser estabelecidas e os seus desdobramentos, além de implicâncias no tocante aos alimentos e à sucessão, por ser um exemplo legal de posse de estado de filho, embora o legislador nada tenha mencionado a esse respeito.

No horizonte é possível vislumbrar, através da janela das novas formas de família, uma infinidade de possibilidades, bem como situações, as mais diversas, para esse grupo coletivo ou mesmo para cada um de seus integrantes. Decorrência da pluralidade familiar que o Direito necessita buscar significado e significantes para que não seja promotor de injustiças.

A família plural, aberta à arquitetura do afeto e sem molduras prévias, dissecando limites e possibilidade da superação da vida insular. Nela se projeta o que está nascido no olhar que instaura essa viagem. O ninho se constitui sob o nascimento viável de um desenho que decola com prováveis escalas nas estações da maternidade e da paternidade.

A organização conceitual desse coletivo passa pela concessão do acesso a papéis que abraçam no horizonte do conceito, os seus concretos: filhos e pais se formam comunidade que se aglomera em definições, direitos, deveres, prazos e desvinculações. O direito se ocupa da família como se ocupava, antes, do Estado, e do público privado da família

---

<sup>10</sup> Trata-se da conhecida ‘Lei Clodovil’ em homenagem ao deputado federal Clodovil Hernandes, autor da proposta. Referido diploma legal consta de três dispositivos, sendo mais expressivo o art. 2º, *in verbis*: “Art. 2º O art. 57 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, passa a vigorar acrescido do seguinte § 8º: (...) § 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família”.

<sup>11</sup> Por não ser objeto principal do presente estudo, que visa estabelecer noções elementares para uma definição jurídica de família, o estudo pomenorizado da referida regra e as consequências no ordenamento jurídico serão objeto de estudo em outro trabalho em desenvolvimento no Grupo de Pesquisa O Direito de Família Contemporâneo.

nasce e se desenvolve o privado 'publicizado' por normas jurídicas, não raro de índole constitucional (FACHIN, 2008, p. 121-122).

E, nesse emaranhado de relações vividas às claras e às escondidas, o Direito não pode servir como instrumento de opressão e exclusão, muito pelo contrário, deve acompanhar as mudanças sociais, sentir o sofrimento dos marginalizados para possibilitar a salvaguarda de garantias sob a égide constitucional.

### **3 Os elementos integrantes da família contemporânea**

À família matrimonial, à união estável e à família monoparental expressamente previstas na Constituição Federal se reúnem outras, dispersas e disformes formações familiares, homossexual ou heterossexual, que em sua grande maioria fogem completamente ao padrão outrora existente, porém, gozam de alguns pontos coincidentes e que permitem estabelecer alguns parâmetros de família para o Direito de Família.

Se está diante de uma família que tem exigido de seus membros o exercício de funções que antes eram delegadas apenas a um deles; a modificação e redistribuição destas funções e obrigações, redefinindo papéis, invertendo posições, faz surgir novos modelos, novas formas de famílias (SIMÕES; DIAS, 2014, p. 269).

A proposta para a compreensão dos elementos que porventura tocam coincidentemente as contemporâneas formações familiares consiste em observar o átomo de sua composição: a pessoa, tendo como lente as normas constitucionais para, por derradeiro, traçar elementos que servem de amálgama para o Direito de Família atual.

É nesse contexto que a pessoa, protagonista das relações familiares, deve ser observada a partir da realização da sua dignidade humana, vetor tão caro à Constituição Federal, não podendo se olvidar que o papel desempenhando pela e na família afeta grandemente todas as estruturas jurídicas e sociais do Estado contemporâneo, dito democrático e de direito.

Portanto, no aspecto ora proposto, "cada pessoa humana, a vida é condição de existência. O princípio jurídico da dignidade, como fundamento da República, exige como *pressuposto a intangibilidade da vida humana*. Sem vida, não há pessoa, e sem pessoa, não há dignidade" (AZEVEDO, 2002, p. 95), não havendo família e sociedade se não existir a individualidade, considerada aqui como elemento indispensável àquelas.

Embora as discussões hodiernas ganham amplitude global, dadas as facilidades de comunicação e acesso às informação e transportes, "o direito está a

perceber a família no contexto da globalização, fruto de interpretação das mudanças experimentadas e a justifica-la a partir de modelos novos, é o que importa, de logo, assinalar”, considerando, “numa visão pluralista de *famílias institucionalizadas* nas suas variadas espécies”, apesar de existir ainda “a tipologia de entidades familiares clássicas. Isto porque unas se mostram pela necessidade de igualdade de direitos dos que a integram e, sobremodo, porque em simetria de parâmetros de dignidade” (ALVES, 2013, p. 542).

Evidenciado que a dignidade é o primeiro fator de compreensão da família contemporânea, seja ela no aspecto interno ou externo do direito, pois a família ocidental goza de parâmetros similares que devem ser considerados.

Não há negar isso: independentemente de quaisquer aspectos geográficos, culturais e econômicos, a necessidade de o homem conviver, em família, é substancialmente igual, pelo que o direito o encontra, juridicamente, em similitude de mesmas perspectivas de dignidade, em todas as partes do mundo (ALVES, 2013, p. 543).

A construção do conteúdo de dignidade humana extrapola a objetividade e, talvez por isso, a dificuldade se torne ainda maior, tanto para a compreensão, quanto para a sua efetiva aplicação.

Partindo da ótica do Direito de Família e, advertindo que estas são apenas as primeiras linhas de um horizonte mais amplo e dinâmico, é possível assegurar que não haverá dignidade humana onde não houver afeto, vez que esse elemento é fundamental para a pessoa e para o seu desenvolvimento, advertindo aqui que o termo expressa a concepção de Freud;

Em sua última formulação a respeito das pulsões, Freud pensou como fundantes no ser humano a pulsão de vida, Eros, e a pulsão de morte, Thanatos. Estão presentes em nós, em maior ou menor proporção, não em estado puro, mas fusionados. Eles nos aparecem sob a forma de afetos, amorosos e hostis. A afetividade é, portanto, originária e ambivalente, sendo esta a principal característica da constelação psíquica (GROENINGA, 2003, p. 129-130).

Ora, é na família que as primeiras experiências de vida acontecem e, exatamente por isso, não podem ser negligenciadas, vez que a construção humana como pessoa, tem início desde a concepção e somente se extinguirá com a sua morte.

A compreensão de que a Humanidade é espécie inacabada e que sua extinção individual representa o ponto final de sua autoconstrução é fundamental para a família contemporânea possa ser estudada e compreendida.

Imprescindível também compreender esse fenômeno da afetividade intrínseca a cada um; estas pulsões e as experiências primeiras forjam a pessoa e sua existência, contribuindo para a realização pessoal e, por via reflexa, a convivência social.

A vida familiar, portanto, é imprescindível para que as trocas afetivas sejam realizadas, para que haja a experimentação do outro e para que o estágio de vida solitário e egoísta seja superado para novas experiências em grupo e socializadoras, afinal, acredita-se que o ser humano é, em sua gênese, bom e mau, merecendo estudo mais acurado para que suas melhores características possam ser exteriorizadas.

A família do século XXI não se amolda mais no paradigma do casamento e vários e diversificados agrupamentos passam a ser vistos, reconhecidos e respeitados como entidades familiares, apesar de não haver texto legal que assim estabeleça, muito embora seja possível reconhecer modelos de comportamento de seus integrantes.

Com efeito, a boa-fé objetiva como regra de conduta, ora erigida a efetiva cláusula geral em nosso sistema, robustece e densifica, no campo da vida jurídica, a diretriz constitucional da solidariedade social, espraiando-se, inclusive, para o Direito de Família. Por via de consequência, a nosso ver, mesmo após a separação judicial, fixa deveres de lisura e colaboração, que caracterizam *standard* de conduta exigível, independentemente da vontade dos pais, atendida a cláusula geral do melhor interesse do menor, a ser avaliada qualitativamente (MORSELLO, 2013, p. 535).

No instante em que se atravessa uma crise paradigmática da estrutura familiar, dada a ausência de um modelo, é imprescindível pautar as discussões sobre marcos e elementos que se coadunam com as mais diversas e disformes entidades familiares, malgrado o odioso silêncio do legislador<sup>12</sup>.

Sugere-se, à guisa de principiar a discussão, para além do vetor da dignidade<sup>13</sup> da pessoa humana, da boa-fé e da afetividade, que as “modalidades”<sup>14</sup> familiares sejam pensadas também a partir dos elementos componentes da ‘posse de estado’<sup>15</sup>, ou seja, nome, trato e fama.

A modalidade familiar, qualquer que seja, deve ser nominada como família, no sentido de que seus integrantes devam viver em família, nominando o grupo coletivo que comungam, como tal.

Por outro lado, o tratamento de cada um deve se dar de maneira harmoniosa e fraterna, cada um desenvolvendo papéis estabelecidos na estrutura, exercendo o

---

<sup>12</sup> Tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 470 de 2013 que “dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências” com avissareiras novidades no âmbito da família brasileira, pois já no art. 3º estabelece que “É protegida a família em qualquer de suas modalidades e as pessoas que a integram”, demonstrando a preocupação com a diversidade e o pluralismo.

<sup>13</sup> Lembrando que a ‘dignidade pressupõe, pois, não ser recriminado nem discriminado por escolhas pessoais, que dizem respeito apenas e tão somente à vida íntima e privada, que não podem ser tolhidas ou reprimidas por preconceito moral” (JUNIOR, 2015, p. 52).

<sup>14</sup> Para utilizar a expressão do Projeto de Lei referido anteriormente.

<sup>15</sup> A sugestão ora proposta não desconsidera a advertência de Luiz Edson Fachin, de que “não há, com efeito, definição segura da posse de estado nem enumeração exaustiva de tais elementos, e, ao certo, nem pode haver, pois parece ser da sua essência constituir uma noção flutuante, diante da heterogeneidade de fatos e circunstâncias que a cercam” De tal forma que “a tradicional trilogia que a constitui (‘nomen’, ‘tractatus’ e fama), se mostra, às vezes, desnecessária, porque outros fatos podem preencher o seu conteúdo quanto à falta de algum desses elementos” (FACHIN, 1992, p. 161).

protagonismo de membro de um corpo maior; a família.

E, finalmente, a fama, ou seja, o reconhecimento social de que aquele grupamento coletivo é constituído nas bases de relações próprias de família, com cada integrante visualizado no contexto mais abrangente daquele ente do qual ele faz parte e é socialmente reconhecido como tal.

Afinal, a família, como ensina Giselle Câmara Groeninga

Pode ser definida como um sistema e, como tal, um conjunto de elementos em interação, que evolui no tempo e se organiza em função de suas finalidades e do ambiente. Como fato social total, ela é tanto uma relação privada quanto uma instituição em que se estabelecem ligações particulares, afetivas e econômicas. Há uma divisão de tarefas, responsabilidades e poderes. Cada família se estrutura de forma original. Implica relações assimétricas entre seus membros e, como instituição social, tem normas jurídicas que definem os direitos e deveres de cada um, que a sociedade deveria garantir, seja qual for sua configuração (GROENINGA, 2003, p. 136).

Nessa perspectiva plural que os elementos componentes da teoria da posse de estado, somados à dignidade da pessoa humana, à boa-fé objetiva e ao valor jurídico do afeto devem se somar para compreensão das novas, atuais e futuras modalidades familiares.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A ausência de um modelo exclusivo de família não pode ser impedimento para que a pessoa possa se relacionar e se autoconstruir; também não representa o fim da entidade familiar e o declínio da sociedade como já se ouviu falar, muito pelo contrário, pode ser considerado o começo de uma nova e integradora sociedade.

A visão de família plural deve se relacionar com o que o Direito já consolidou, a exemplo da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente previsto e da certeza de que o afeto é seu elemento integrador e, portanto, imprescindível para sua realização.

Dessa forma, a esses elementos, soma-se a boa-fé objetiva, modelo de comportamento esperado e almejado, além do nome, trato e fama, que compõem a chamada 'posse de estado', permitindo assim, a inclusão de direitos e garantias às pessoas que, porventura, vivam em modalidades familiares que não aquelas já reconhecidas pelo legislador.

Não se deve permitir, por outro lado, que a ausência de um modelo seja obstáculo para a realização familiar e pessoal da pessoa humana, sob pena de se fazer letra morta a própria Constituição Federal, deixando órfãs pessoas que ela própria garantiu proteção.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo. A família no contexto da globalização e a sociafetividade como seu valor jurídico fundamental. *In*: CASSETTARI, Christiano. **10 anos de vigência do Código Civil de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf**. São Paulo: Saraiva, 2013.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANGELUCI, Cleber Affonso. Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. **Revista CEJ**. Brasília, nº 33, p. 43-53, Abr./Jun. 2006.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista USP**. São Paulo, n. 53, p. 90-101, março/maio 2002.

BITTAR, Eduardo C. B. Famílias: pluralidade e felicidade. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice [coords.]. **Família: pluralidade e felicidade**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014.

CHAVES, Marianna. Famílias mosaico, socioafetividade e multiparentalidade: breve ensaio sobre as relações parentais na pós-modernidade. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice [coords.]. **Família: pluralidade e felicidade**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GROENINGA, Giselle Câmara. Família: um caleidoscópio de relações. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

JUNIOR, Vladimir Polízio. A possibilidade jurídica de união estável ou casamento entre mais de duas pessoas: interpretação conforme a Constituição. **Quaestio Juris**. Rio de Janeiro, vol. 08, nº 01, p. 51-80, 2015.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Disponível em: <<http://www.ibdfam-al.org.br/conteudo/artigos/entidades-familiares-constitucionalizadas-para-al%C3%A9m-do-numerus-clausus>> 2004. Acesso em: 07 de julho de 2015.

MORSELLO, Marco Fábio. Autoridade parental: evolução conceitual. *In*: CASSETTARI, Christiano. **10 anos de vigência do Código Civil de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SIMÕES, Melrian Ferreira da Silva; DIAS, Paulo Cezar. A família tentacular: das marcas de sonhos frustrados à esperança da felicidade. *In*: TOLEDO, Iara Rodrigues de; PEREIRA, Sarah Caroline de Deus; MENDES, Daiane Cristina da Silva. **Estudos acerca do princípio da afetividade no direito das famílias: construção do saber jurídico e crítica aos fundamentos da dogmática jurídica**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

# A LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: CONSIDERAÇÕES AXIOLÓGICAS DE UM CASO

## RELIGIOUS FREEDOM AS FUNDAMENTAL RIGHT: AXIOLOGICAL CONSIDERATIONS OF A CASE

Silvia Araújo Dettmer<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este trabalho busca analisar o direito à liberdade religiosa proferida na decisão interlocutória da 17ª Vara Federal do Rio de Janeiro, de 2014, no Processo nº 0004747-33.2014.4.02.5101 (2014.51.01.004747-2) que indeferiu o pedido de antecipação de tutela do Ministério Público Federal/RJ. Essa decisão delimitou o conceito semântico de liberdade, declarou que as manifestações religiosas afro-brasileiras não se constituem em religiões e desconsiderou a intolerância e a discriminação por motivos religiosos. Salienta-se na esfera jurídico-constitucional brasileira, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como entendimento de afirmação pública de liberdade religiosa da pessoa humana no Estado Democrático de Direito e da proteção à honra e à dignidade de grupos religiosos. Buscou na doutrina, PIOVESAN (2013), MACHADO (1996) e CANOTILHO (2003) para sedimentar um conceito operativo de religião e de possível utilização como instrumento de trabalho no presente estudo. Priorizou-se a pesquisa exploratória, bibliográfica e qualitativa quanto à forma de contribuição ao pensamento dialético no convívio com a diversidade religiosa

**Palavras-chave:** direitos fundamentais, liberdade religiosa, manifestações religiosas, intolerância, decisão interlocutória

**ABSTRACT:** This paper analyzes the right to religious freedom given at the interlocutory decision of the 17th Federal Court of Rio de Janeiro, 2014 in Case No. 0004747-33.2014.4.02.5101 (2014.51.01.004747-2) rejecting the request for preliminary injunction of the Federal Public Ministry/RJ. This decision defined the semantic concept of freedom, declared the African-Brazilian religious practices can't be seem as religions and dismissed intolerance and discrimination on religious grounds. It is noted in the Brazilian legal and constitutional sphere, the jurisprudence of the Supreme Court, as understanding of public affirmation of religious freedom of the individual in a democratic state of law and protection of honor and dignity of the religious groups. It was sought in doctrine, PIOVESAN (2013), MACHADO (1996) and CANOTILHO (2003) to sediment an operating concept of religion and possible use as a working tool in this study. It was prioritized an exploratory, bibliographical and qualitative research as to contribution to the dialectical thought in living with religious diversity.

**Keywords:** fundamental rights, religious freedom, religious events, intolerance, interlocutory decision

## 1 INTRODUÇÃO

O tema liberdade religiosa é complexo, vasto e atual. Em decorrência das implicações referentes aos conflitos religiosos no mundo, o direito pátrio vem dedicando-se ao tema em caráter ascendente.

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Constitucional – PUCSP. Professora Adjunto II, do curso de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), Campus de Três Lagoas/MS. email: [silviadettmer@globo.com](mailto:silviadettmer@globo.com)

A presente pesquisa tem como fio condutor a decisão judicial<sup>2</sup> da 17ª Vara Federal do Rio de Janeiro proferida em maio de 2014 que indeferiu o pedido de antecipação de tutela do MPF/RJ<sup>3</sup> para a retirada dos vídeos<sup>4</sup> referentes a opiniões da Igreja Universal sobre a crença afro-brasileira hospedados na internet.

A competente autoridade argumentou quanto a não colisão entre os direitos fundamentais: liberdade de opinião, liberdade de reunião e liberdade de religião, e buscou na vertente da concorrência entre esses direitos, o regular exercício de liberdades públicas. A decisão não entrou no conceito de religião, mas delimitou o campo semântico de liberdade e no exame da tutela declarou que “as manifestações religiosas afro-brasileiras<sup>5</sup> não se constituem em religiões, muito menos os vídeos contidos no Google refletem um sistema de crença, mas são manifestações de livre expressão de opinião”.

Posteriormente, diante da repercussão na mídia e aclamação da sociedade civil quanto a possíveis violações aos princípios da liberdade religiosa e do estado laico de sua decisão, o magistrado reviu os seus fundamentos e fez a adequação argumentativa reconhecendo os cultos afro-brasileiros como religião, e que seus elementos: liturgias e deidade cristalizam-se, de forma nem sempre homogênea. No entanto, o juiz manteve o caráter de concorrência entre os direitos fundamentais mencionados. Consequentemente, o MPF/RJ apresentou razões do Agravo de Instrumento em face da decisão aludida.

Nesse contexto, o campo de análise desse artigo delimita-se à liberdade religiosa no contexto do sistema de proteção internacional como “importante estratégia de reforço dos direitos constitucionalmente assegurados no âmbito brasileiro” (PIOVESAN, 2013, p. 81), e pauta-se em vertentes da liberdade de manifestação da sua religião, por um lado, e o discurso do ódio<sup>6</sup>, intolerância e discriminação por motivos religiosos, do outro.

Assim, busca-se analisar, a tentativa inócua da delimitação semântica de liberdade religiosa apresentada na decisão interlocutória objeto desse estudo, sem a pretensão de esgotar o tema.

---

<sup>2</sup> Processo nº 0004747-33.2014.4.02.5101 (2014.51.01.004747-2) - Ação Civil Pública. Rio de Janeiro.

<sup>3</sup> A ação do Ministério Público Federal é fruto da representação movida pela Associação Nacional de Mídia Afro que levou à Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão o teor de vídeos divulgados no Youtube. O MPF em sua página oficial na internet manifesta-se no sentido de que “ao invés de conceder a tutela jurisdicional adequada diante das graves violações que estão ocorrendo, a decisão excluiu do âmbito de proteção judicial grupos e consciências religiosas, ferindo assim, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Federal.” No presente trabalho será utilizado a expressão MPF para designar de forma abreviada o Ministério Público Federal.

<sup>4</sup> No recurso do MPF consta dezessete sinopses mencionando cada um dos conteúdos dos vídeos. São mensagens que transmitem discursos do ódio e que não são a verdadeira face do povo brasileiro e não representam a liberdade religiosa no Brasil, como supôs a Google Brasil ao alegar também que os vídeos discutidos não violam as políticas da empresa.

<sup>5</sup> As manifestações religiosas afro-brasileiras são protegidas pela Lei 12.288, de julho de 2010.

<sup>6</sup> A doutrina de um modo geral denomina *hate speech*.

Para essa reflexão, pauta-se a fundamentação nos seguintes documentos internacionais: Declaração sobre a Eliminação de todas as Formas de Intolerância e Discriminação fundadas na religião ou nas convicções, Pacto de San José da Costa Rica e Declaração Universal dos Direitos Humanos. Salienta-se na esfera jurídico-constitucional brasileira, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como entendimento de afirmação pública de liberdade religiosa da pessoa humana no Estado Democrático de Direito<sup>7</sup> e da proteção à honra e à dignidade de grupos religiosos<sup>8</sup>.

Para tanto, esse estudo segue na esteira da teoria da Constituição que se apresenta numa sociedade aberta culturalmente e que alberga, ao mesmo tempo, as tradições, as inovações e as pluralidades dentro de um modelo de Estado Constitucional Cooperativo (NEVES, 2013), projetada em uma dimensão transdisciplinar de busca de um Direito Constitucional altruísta<sup>9</sup>.

Assim, diante da concepção contemporânea de abertura à internacionalização dos direitos humanos, que se verifica a fusão e a interação entre o direito constitucional e o direito internacional buscando resguardar o valor da primazia da pessoa humana concorrendo na mesma direção e sentido (PIOVESAN, 2013, p. 81), essa decisão judicial situa-se no campo irreal.

Muitas pessoas já tentaram definir religião<sup>10</sup>, buscando uma fórmula que se adequasse a todos os tipos de crenças e atividades religiosas, uma espécie de mínimo denominador comum. Existe, naturalmente, até um risco nessa tentativa, já que ela parte do princípio de que as religiões podem ser comparadas (GAARDER; HELLERN; NOTAKER, 2005, p. 17 a 20).

Depara-se aqui, como desafio desse estudo, a interação do tratamento do direito à liberdade religiosa como implicação complementar da obrigação de tolerância, entendida como dever de respeito pela dignidade humana, bem como pelas suas diferentes crenças e opções de consciência (MACHADO, 1996, p. 255). Essa reflexão

---

<sup>7</sup> Artigo 19, I da Constituição Federal de 1988. .

<sup>8</sup> A recente Lei 12.966, de 24 de abril de 2014, trata expressamente sobre a proteção à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, alterando assim a Lei de Ação Civil Pública, cujo artigo 4º prevê: Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.

<sup>9</sup> Falar de Direito Constitucional "altruísta" significa colocar-se o problema do outro não simplesmente como destinatário de normas e de interpretações consolidadas e compartilhadas, mas sim como sujeito ativo desta mesma comunhão constitucional, como ator do desenvolvimento das teorias constitucionais e dos métodos de compreensão dos problemas da igualdade complexa, da equidade, da ponderação, do julgar; em uma palavra, das questões cruciais da teoria constitucional contemporânea diante da globalização, do pluralismo multicultural e multiétnico, da sempre mais difusa *low intensity citizenship* que desjuridifica as realidades, dentro e fora da Europa. CARDUCI, Michele. **Por um Direito Constitucional altruísta**. Tradução de Sandra Regina Martini Vial, Patrick Lucca da Ros, Cristina Lazzarotto Fortes. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 11 e 12.

<sup>10</sup> Há também pesquisadores cuja opinião é que o único método construtivo de estudar as religiões é considerar cada uma em seu próprio contexto histórico e cultural. Outros pesquisadores fazem comparações a fim de descobrir o que caracteriza o conceito de religião em si. É aí que as definições entram em cena. A religião é um sentimento ou uma sensação de absoluta dependência. GAARDER, Jostein; HELLERN, Victor; NOTAKER, Henry. **O livro das religiões**. Tradução Isa Mara Lando. Revisão técnica e apêndice Antonio Flávio Pierucci. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 17 a 20.

é fundamental à integração social e 'ponte de transição'<sup>11</sup> (NEVES, 2013) de uma sociedade no enfrentamento do problema da inclusão/exclusão de pessoas, quando o conflito assenta-se na liberdade religiosa.

## 2.Relevância do tema

Os estudos arqueológicos, históricos<sup>12</sup> e antropológicos colocaram em evidência o lugar central que a religião tem vindo a ocupar, desde sempre, nas sociedades humanas. (MACHADO, 2008, p. 2)

A abertura generalizada ao transcendente esteve longe de se traduzir num acolhimento da ideia de liberdade religiosa. A religião era uma experiência da comunidade, necessariamente dissolvente do indivíduo. Neste sentido, Jónatas Machado coloca que

A valorização cristã da personalidade individual e a afirmação 'a César o que é de César e a Deus o que é de Deus', acabaram por condicionar toda a reflexão sobre as relações que intercedem entre o político e o religioso e entre o direito e a moral nos dois mil anos subseqüentes. As palavras de Jesus estiveram na base de um processo político e institucional, de implicações revolucionárias. Este começou por apoiar-se na afirmação dos direitos da Igreja em relação ao Estado (momento hierocrático), passando pela afirmação dos direitos do Estado em relação à Igreja (momento regalista) e culminando na afirmação dos direitos dos cidadãos relativamente a ambos. (MACHADO, 1996, p. 9 e 10)

Quem se aventura nestes domínios do fenômeno religioso como fator social não deixará certamente de se confrontar com o peso de tradições fortemente enraizadas e de sentir o calor intenso da emoção e do *odium theologicum* que historicamente a elas surge associado. (1996, p. 10)

Esse estudo retrata a sociedade civil como o espaço reservado as demanda, tornando-se o lugar onde surgem e se desenvolvem os conflitos econômicos, sociais, ideológicos, religiosos, que as instituições estatais têm o dever de resolver ou através da mediação ou através da repressão. Sujeitos desses conflitos são as classes sociais, ou mais amplamente, os grupos, os movimentos, as associações, as organizações (BOBBIO, 1987, p. 35). Neste caso específico, o sujeito foi a Associação Nacional de Mídia Afro.

---

<sup>11</sup> Expressão adotada por NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. Cita também a expressão em outra obra de sua autoria **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Introdução, p. XXII

<sup>12</sup> A pesquisa histórica foi revolucionada nos últimos tempos. Uma história nova, uma história material, uma história das mentalidades e uma espécie de arqueologia do cotidiano esquecido geraram novos objetos de investigação. Trata-se de uma combinação de história de eventos e de estruturas: a história da longa duração e das estruturas, associada à história das práticas cotidianas, do imaginário social, das mentalidades etc. na tradição aberta pela escola francesa dos *Annales*. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 2.

O primeiro pedido para retirada dos vídeos aconteceu no começo de 2014<sup>13</sup>, em novo

recurso o MPF afirma que “mensagens que transmitem discursos do ódio não são a verdadeira fase do povo brasileiro e tampouco representam a liberdade religiosa no Brasil. Esses vídeos são exceções e como exceções merecem ser tratados. O povo brasileiro não comunga com a intolerância religiosa.”

Observa-se que a compreensão da realidade axiológica transformou toda a restrita teoria jurídica manifestada na decisão em primeira instância. Os direitos humanos foram identificados com os valores mais importantes da convivência humana, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente, por um processo irreversível de desagregação. (COMPARATO, 2010, p. 38)

A compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. (COMPARATO, 2010, p. 50). Neste sentido, a sociedade brasileira tem o direito de expurgar dos meios de comunicações discursos de ódio que atentam contra as garantias fundamentais e que colidem frontalmente com os objetivos da República Federativa do Brasil.

Não é fácil abordar o assunto religião, na atualidade, tendo em vista que é um tema complexo, de alta diversidade, peculiaridades e de intenso conflito jurídico-moral. No seu exame inserem-se considerações de extrema relevância e delicadeza de questões relativas não só a temas de alta indagação, como também a aspectos pouco explorados da teoria dos direitos fundamentais. (FERREIRA FILHO, 1994)

Essa delicadeza tem exigido maior reflexão depois do fato *Charlie Hebdo*, envolvendo cartunistas, ocorrido na França no mês de janeiro desse ano, que causou ‘um clima de tristeza profunda e de indignação’. (LÖWY, 2015)

Questões de direitos fundamentais foram levantadas, tais como: liberdade de pensamento, liberdade artística, liberdade de imprensa, liberdade de expressão, fundamentalismo religioso, discurso do ódio e os tabus religiosos. Não se tem a pretensão de discorrer sobre esses pontos colocados porque não é esse o objeto desse estudo, mas colocar que essas questões levam a uma pluralidade de códigos-diferença orientadores da comunicação nos diversos campos sociais, acarretando tensões, emergência de problemas que vão além das fronteiras dos respectivos Estados (NEVES, 2009, p. 24 e 33).

Não é por acaso que os direitos humanos estão hoje confrontados com importantes desafios, como sucede em Estados como a Turquia ou a França, com o debate em torno da secularização do espaço público e do uso do véu islâmico, a

---

<sup>13</sup> Conforme o site do Ministério Público Federal.

polêmica européia em torno das caricaturas de Maomé e da liberdade de expressão ou a controvérsia gerada nos EUA com a construção de um centro islâmico no Ground Zero. Igualmente relevante é o ressurgimento do constitucionalismo assumidamente islâmico, em Estados como o Irã, o Iraque, a Turquia, o Egito, a Tunísia, a Líbia dentre outros (MACHADO, 2013, p. 15).

Diante da alta complexidade que o tema liberdade religiosa acarreta e que muitas vezes, inspiram sentimentos de respeito, repugnância e horror; a decisão judicial aqui tratada negou a aplicação de vários documentos internacionais que tratam do tema e não apenas negou a liminar, mas segundo o MPF, porque o juiz da causa arvorou-se a dizer o que é e o que não pode ser considerado religião.

Na doutrina, esse estudo apóia-se em Jónatas Machado, Paulo Pulido Adragão, Sara Guerreiro, Flávia Piovesan, Durkheim dentre outros.

Enfim, não se propõe aqui uma pesquisa exaustiva dos conceitos sobre fenômenos culturais e religiosos sob o enfoque filosófico ou teleológico, muito menos apresentar com rigor cronológico a emergência histórica do direito à liberdade religiosa e sim, buscar nesta decisão judicial mencionada e, conseqüentemente no agravo de instrumento com pedido de antecipação de tutela recursal do MPF alguns aportes que causaram perplexidade não somente ao *parquet* federal, mas a sociedade brasileira como um todo.

### **3. Liberdade religiosa: tentativa de conceituação**

Diante da decisão judicial aqui analisada, o MPF apresenta razões do Agravo de Instrumento com o objetivo da condenação na obrigação de retirar conteúdos hospedados na internet.

Assim, dentre as razões apresentadas frisou-se que a comunidade internacional praticamente chegou ao consenso sobre a necessidade de coibir práticas desse tipo, razão pela qual, diversos diplomas internacionais foram promulgados depois da segunda guerra mundial, mais especificamente a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, de modo a instar os países a criarem e utilizarem instrumentos jurídicos para evitar a repetição de atos tão nefastos para a humanidade.

Retrata-se que a decisão não conceituou religião, pois o exmo juiz federal não adentrou o campo do que venha a ser religião. Porém, ao considerar que os cultos afro-brasileiros não constituem religião e que as manifestações religiosas não contêm traços necessários de uma religião, a saber, um texto base (corão, bíblia etc), estrutura

hierárquica e um Deus a ser venerado, o juiz da causa arvorou-se a dizer o que é e o que não pode ser considerado religião.<sup>14</sup>

Diante da perplexidade dessa decisão, o MPF apresentou nas razões do agravo de instrumento algumas palavras retiradas de uma vasta bibliografia (ADÈKÒYÀ, 1999) citada:

Com efeito, embora ciente de que toda palavra tem de fato força realizadora, o *parquet* federal sabe também que Ação Civil Pública não é a sede mais adequada para embates teológicos. Muito menos o MPF pretende discutir, no curso do processo, o que é fé ou religião. Afinal nas sábias palavras de algumas pessoas mais velhas, arquivos de memória viva, bibliotecas ágrafas ambulantes, religião é muito mais aquilo que se sente e o que se vive no dia a dia do que aquilo que se tenta explicar através de palavras escritas no papel.

Para os efeitos da tutela jurisdicional pretendida bastará, segundo o MPF, afirmar e demonstrar que as religiões de matrizes africanas, seus adeptos e toda a sociedade brasileira têm o direito de expurgar dos meios de comunicação discursos de ódio que atentam contra as garantias fundamentais e que colidem frontalmente com os objetivos da República Federativa do Brasil.

Não obstante o arcabouço jurídico vigente busca-se neste artigo apresentar elementos para uma reflexão diante da expressão com significado tão vasto e complexo que é a religião.

### 3.1 A dificuldade de conceituação

A origem da etimologia da palavra religião: *relegere*: reler o que dizem os deuses (Cícero); *religere*: revincular a Deus de que estávamos separados (traduz ordenação ou relação a Deus); *reeligere*: tornar a escolher Deus; *relinquere*: revelar a tradição dos antepassados (GARCIA, 2005, p. 31). O significado escolhido como o mais consentâneo é o *religere*, que traduz a ordenação ou relação a Deus; o escolhido por São Tomás de Aquino. (GUERREIRO, 2005, p. 31).

A verdade é que, sempre que somos confrontados com a necessidade de definir uma religião, rapidamente nos lembramos das religiões mundiais majoritárias: Hinduísmo, Judaísmo, Cristianismo, Islamismo, Budismo. Se o termo crença é adicionado pensaremos porventura no ateísmo ou agnosticismo.<sup>15</sup>

Apesar de religião ser um conceito extremamente difícil de concretizar, pretende-se registrar algumas tentativas de definição encetadas por alguns autores, e

---

<sup>14</sup> Razões do Agravo de Instrumento do MPF em face da decisão de fls. 153/155 proferida pelo Juízo da 17ª Vara Federal, nos autos da Ação Civil Pública.

<sup>15</sup> EVANS, Carolyn. **Religious freedom in European Human Rights Law**: the search for a guiding conception. JANIS, Mark W.; EVANS, Carolyn. **Religion and international law**. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1999. p. 385. In GUERREIRO, Sara. **As fronteiras da tolerância**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 30.

chegar, pelo menos, a um conceito operativo<sup>16</sup> que permita a sua utilização como instrumento de trabalho no presente estudo (GUERREIRO, 2005, p. 30).

Há quem entenda que não é possível atingir nenhuma definição satisfatória ou que esta pode ser contraproducente. Falharam os esforços em incluir aquela definição na Declaração para a Eliminação de todas as Formas de Intolerância e de Discriminação baseadas na Religião ou Crença e mesmo o Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América<sup>17</sup> (STEUA) tem mostrado relutância em definir o termo religião (GUERREIRO, 2005, p. 30). Mesmo assim, apresentam-se algumas considerações para melhor reflexão do tema.

#### **4. Algumas considerações conceituais**

Essas considerações são necessárias para a reflexão do presente estudo e para tanto, busca-se as recomendações do conceito adotado por Jónatas Machado. Ele avisa que este conceito tem de ser fundamentalmente um conceito de contornos esfumados, a um tempo, de razoável densidade e abertura.

Paulo Adragão critica o conceito tipológico de Jónatas Machado, apontando que nele falta não só a referência a uma origem etimológica da palavra, como a referência ao culto entre os elementos essenciais da religião. (ADRAGÃO, 2002, p. 406).

Sara Guerreiro conclui de forma semelhante à Jónatas Machado, que o conceito de religião tem como fatores chave ou lugares comuns, determinadas idéias que nos servem como pontos de partida para um entendimento necessariamente flexível de religião. (2005, p. 41)

Ela complementa que o conceito de crença é mais amplo que o de religião. E é mais difícil de definir. Surgiu historicamente para estender o conceito de religião, não só as várias convicções teístas, como também às ateias e agnósticas, ou, como refere Krishnaswami, também aos pensadores livres e aos racionalistas. (KRISHNASWAMI, 1960, p. 1)

Não se pretende apresentar um conceito satisfatório ou fechado sobre a questão da liberdade religiosa e da tolerância a esse estudo. O que se coloca são abordagens, sem o intuito de esgotar o tema, como forma de contribuição ao pensamento dialético no convívio com a diversidade religiosa. Para isso, pautou-se em Durkheim, Rubem Alves e Nietzsche.

---

<sup>16</sup> O conceito é de Adriano Moreira que chama a esse tipo de conceitos operacionais ou definições operacionais e destina-se a ser um instrumento de trabalho útil, sem compromisso com a essência das coisas. In MOREIRA, Adriano. *Teoria das relações internacionais*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 221.

<sup>17</sup> O exercício livre da religião é garantido pela 1ª. Emenda americana.

#### 4.1 Abordagem de Durkheim<sup>18</sup>

Um rápido olhar pelo mundo que se torna cada vez mais multicultural mostra que a religião desempenha um papel bastante significativo na vida social e política de todas as partes do globo (GAARDER; HELLERN; NOTAKER, 2005, p. 16).

Durkheim contemplou as tênues cores do mundo sacral que desaparecia. Fascinado, empreendeu a busca das origens do tempo perdido. E lá se foi atrás da religião mais simples e primitiva que se conhecia, sob a esperança de que o mundo sacral-totêmico dos aborígenes australianos nos oferece visões de um paraíso, uma ordem social construída em torno de valores espirituais e morais. Penetra no passado a fim de compreender o presente (ALVES, 2012, p. 69).

Assim, para compreender a delimitação analítica da decisão judicial da 17ª Vara do RJ ao declarar que “cultos afro-brasileiros não constituem religião por não apresentarem um texto base, estrutura hierárquica e um Deus a ser venerado”, buscou-se o estudo de Durkheim para melhor “encontrar um meio de discernir as causas sempre presentes, de que dependem as formas mais essenciais do pensamento e da prática religiosa.” (DURKHEIM, 1996, p. XIV). Dessa forma,

Não podemos chegar a compreender as religiões mais recentes a não ser acompanhando na história a maneira como elas progressivamente se compuseram. Toda vez, portanto, que empreendemos explicar uma coisa humana, tomada num momento determinado do tempo, quer se trate de uma crença religiosa, é preciso começar por remontar à sua forma mais simples e primitiva, procurar explicar os caracteres através dos quais ela se define nesse período de sua existência, fazendo ver, depois, de que maneira ela gradativamente se desenvolveu e complicou, de que maneira tornou-se o que é no momento considerado (DURKHEIM, 1996, p. VII).

Durkheim não investigava a religião gratuitamente, por simples curiosidade. Ele vivia num mundo que apresentava sinais de desintegração, que estava rachado por todos os problemas advindos da expansão do capitalismo. Assim, quando explorava a religião, ele estava investigando as próprias condições para a sobrevivência da vida social. E é isso o que afirma sua mais revolucionária conclusão acerca da essência da religião (ALVES, 2012, p. 64).

---

<sup>18</sup> Durkheim descreve como objeto de sua pesquisa, a religião arcaica que pareceu mais apta que outra qualquer para fazer entender a natureza religiosa do homem, isto é, para nos revelar um aspecto essencial e permanente da humanidade. Mas essa proposição não deixa de provocar fortes objeções. Considera-se estranho que, para chegar a conhecer a humanidade presente, seja preciso começar por afastar-se dela e transportar-se aos começos da história. Aborda-se o estudo das religiões primitivas porque elas pertencem ao real e o exprimem. Certamente, quando se considera apenas a letra das fórmulas, essas crenças e práticas religiosas parecem, às vezes, desconcertantes, e podemos ser tentados a atribuí-las a uma espécie de aberração intrínseca. Mas, debaixo do símbolo, é preciso saber atingir a realidade que ele figura e lhe dá sua significação verdadeira. Os ritos mais bárbaros ou os mais extravagantes, os mitos mais estranhos traduzem alguma necessidade humana, algum aspecto da vida, seja individual ou social. As razões que o fiel concede a si próprio para justificá-los podem ser errôneas; mas as razões verdadeiras não deixam de existir; compete a ciência descobri-las.

O juízo singular<sup>19</sup> desconsiderou que as religiões de matrizes africanas estão ancoradas nos princípios da oralidade, temporalidade, senioridade, na ancestralidade, cujos fundamentos, entretanto, não serão aqui analisados a fundo. Não obstante possam destoar do padrão hegemônico das religiões majoritárias que a decisão pretende usar como paradigma para restringir o seu alcance; elas constituem-se sistemas de crenças.<sup>20</sup>

Observa-se a similitude dos sinais de desintegração na *decisum*, mencionada anteriormente, porém, advindos da “metodologia jurídica tradicional muito vinculada ao modelo de uma sociedade fechada” (HÄBERLE, 2002, p. 9). Esses sinais estão presentes em expressões encontradas como “perplexidade”, “desconsiderou” “expurgar”, “requisitos para uma manifestação de fé”, “estarecedores fundamentos”, “invisibilidade”, “erro crasso”, “preconceito”, dentre tantos outros.

Em suma, o caráter profundamente religioso das crenças e dos ritos estudados por Durkheim constituem o germe inicial da vida religiosa da humanidade (DURKHEIM, 1996, p. 3) e considera que a religião é uma coisa eminentemente social cujas representações religiosas são representações coletivas que exprimem realidades coletivas. (1996, p. XVI)

Deve-se evitar toda tese radical e exclusiva, pelo menos é legítimo supor que sejam ricas em elementos sociais (DURKHEIM, 1996, p. XVI). Contrário a esse pensamento, a justiça brasileira, através de uma decisão monocrática estaria criando um sistema tarifado de fé, segundo o MPF; excluindo, com isso, determinados núcleos de pertencimento religioso da esfera de proteção judicial.<sup>21</sup>

## 4.2 Abordagem de Rubem Alves

---

<sup>19</sup> No Agravo de Instrumento com pedido de antecipação de tutela recursal, o MPF considerando a opiniosa decisão, que negou a natureza das religiões de matrizes africanas, apresentou, na oportunidade uma vasta bibliografia de doutrinadores que apresentam posições diferentes do exmo. magistrado de primeira instância. cabendo aqui nesse estudo mencionar os dados da recente pesquisa publicada referente ao mapeamento de terreiros no Rio de Janeiro. Essa pesquisa foi realizada durante vinte meses, sendo capitaneada pelos departamentos de Ciências Sociais e de Serviço Social, ambos da PUC-RJ. FONSECA, Denise Pini Rosalem da; GIACOMINI, Sonia Maria. **Presença do Axé. Mapeando terreiros no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: PUC- Rio e Pallas, 2013.

<sup>20</sup> Processo nº 0004747-33.2014.4.02.5101 – Agravo de Instrumento com pedido de antecipação de tutela recursal. fl. 5. Procurador da República: Jaime Mitropoulos. maio de 2014.

<sup>21</sup> Vale anotar conforme mencionado no agravo de instrumento do MPF que no Rio de Janeiro existem mais de oitocentos locais de culto de religiões de matrizes africanas. Dados da recente pesquisa publicada em FONSECA, Denise Pini Rosalem da; GIACOMINI, Sonia Maria. **Presença do Axé. Mapeando terreiros no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Pallas, 2013. O livro resulta da pesquisa “Mapeamento das casas de religiões de matrizes africanas no Rio de Janeiro”, realizada pelos Núcleos Interdisciplinares de Reflexão e Memória Afrodescendente (Nirema) e de Meio Ambiente (Nima), da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, entre 2008 e 2011, com apoio da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República, e adicionalmente serviu para o desenvolvimento de um programa nacional de mapeamento de terreiros em elaboração por este órgão. O trabalho envolveu a construção de uma base documental quantitativa e qualitativa, por meio de “trabalho de campo sistemático e participativo” (:26), com o objetivo de realizar a cartografia social de terreiros do estado do Rio de Janeiro. A própria ideia da pesquisa teve início com uma solicitação feita à PUC-Rio por Mãe Beata de Iyemonjá, principal líder religiosa do Ilê OmíOjuarô, a quem a obra é dedicada, autora de um dos prefácios do livro que aponta como líderes de várias correntes de matriz africana se debruçaram por bastante tempo sobre o trabalho, juntamente e “em pé de igualdade” (:11) com membros da academia. BANAGGIA, Gabriel. Resenha. Pós-Doutorando do PPGAS/MN/UFRJ.

Em meio a uma história<sup>22</sup> cheia de eventos dramáticos, alguns grandiosos, outros mesquinhos, que se forjaram as primeiras e mais apaixonadas respostas à pergunta 'o que é a religião?' (ALVES, 2012, p. 41). Ele cita Durkheim quando

'diz-se que a ciência, em princípio, nega a religião. Mas a religião existe. Constitui-se num sistema de fatos dados. Em suma: ela é uma realidade. Como poderia a ciência negar tal realidade? Não existe religião alguma que seja falsa. Se ela não estivesse alicerçada na própria natureza das coisas, teria encontrado, nos fatos, uma resistência sobre a qual não poderia ter triunfado. Nosso estudo descansa inteiramente sobre o postulado de que o sentimento unânime dos crentes de todos os tempos não pode ser puramente ilusório. Admitimos que essas crenças religiosas descansam sobre uma experiência específica cujo valor demonstrativo é, sob um determinado ângulo, em nada inferior ao das experiências científicas, muito embora sejam diferentes.' (ALVES, 2012, p. 60).

Rubem Alves esforça-se para assumir a identidade daquele cujo nome menciona. Tentou ser positivista, Durkheim, Marx, Freud (a religião é um sonho), Feuerbach e procurou as visões dos profetas. Ele abandona suas certezas para ver como o mundo se configura na visão de outra pessoa. Ao deixar falar um pedaço dele mesmo, reconhece que o mundo foi petrificado pelo hábito. (ALVES, 2012, p. 116 e 117).

Durkheim<sup>23</sup> (1996, p. VI) não investigava a religião gratuitamente, por simples curiosidade. Ele vivia num mundo que apresentava sinais de desintegração, que estava rachado por todos os problemas advindos da expansão do capitalismo. (ALVES, 2012, p. 63). Ele sentia a importância de examinar o que é a religião de uma maneira geral; como problema que, em todas as épocas, tentou a curiosidade dos filósofos, e não sem razão, pois ele interessa à humanidade inteira. (DURKHEIM, 1996, p. IX).

Diante dos estereótipos fundamentos utilizados na decisão judicial da 17ª Vara Federal do RJ, o MPF cita no recurso episódios de intolerância e discriminação às religiões de matrizes africanas no estado do RJ que foram verificados durante vinte meses da pesquisa capitaneada pelos departamentos de Ciências Sociais e de Serviço Social da PUC/RJ. Cita-se aqui parte de dois textos publicados no prefácio na obra<sup>24</sup> resultante da pesquisa mencionada, primeiramente o escrito pelo Vice-Reitor da instituição Pe. Francisco Ivern SJ

O nosso interesse para realizar este estudo não era apenas puramente acadêmico, mas prioritariamente inspirado pela nossa responsabilidade social e pelo nosso desejo de nos abrir

---

<sup>22</sup> No processo histórico, do qual a civilização se formou, recebeu-se uma herança simbólico-religiosa, a partir de duas vertentes. De um lado, os hebreus e os cristãos. Do outro, as tradições culturais dos gregos e dos romanos. Com esses símbolos, vieram visões de mundo totalmente distintas (ALVES, 2012, p. 41)

<sup>23</sup> Durkheim descreve como objeto de sua pesquisa, a religião arcaica que pareceu mais apta que outra qualquer para fazer entender a natureza religiosa do homem, isto é, para nos revelar um aspecto essencial e permanente da humanidade.

<sup>24</sup> Os trechos transcritos no recurso de agravo de instrumento do MPF fazem parte do prefácio da publicação de pesquisa acadêmica acerca das religiões de matrizes africanas FONSECA, Denise Pini Rosalem da; GIACOMINI, Sonia Maria. **Presença do Axé. Mapeando terreiros no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Pallas, 2013.

e aprender dessas religiões, sem por isso ignorar e menos ainda renunciar aos valores que caracterizam nossa própria tradição religiosa. A nossa responsabilidade sócia não podia ignorar as perseguições e injustiças que esses terreiros sofrem por parte de grupos e movimentos (...) que os discriminam e até os perseguem pelas suas origens africanas e/ou pelas suas tradições religiosas. Por outro lado (...) este estudo nos ofereceu a oportunidade de nos enriquecer ao descobrir valores que esses terreiros cultivam e ao mesmo tempo, de nos relacionar com lideranças dessas religiões de elevado valor humano e moral.

Na sequência, o texto de Mãe Beata de Iemonjá

Pude ao pé de meus oitenta anos à época, participar desta longa jornada inter-religiosa (...) que ao longo de séculos fomos negligenciados em nossos direitos civis, sociais e políticos, em consequência do processo histórico, construído na negação da importância dos povos africanos na construção da identidade cultural, política e religiosa brasileira. Creio que a pesquisa é somente o primeiro passo para outras iniciativas que busquem trazer à tona o universo de preconceito e discriminação que nossas religiões de origem africana passam até os dias de hoje, fruto da ignorância de um país que nega sua própria história, inviabilizando as ações que essas casas religiosas desenvolvem em seu meio. (...) A pesquisa é uma conquista de (...) pessoas que não estão apáticas ao desenrolar das atitudes fundamentalistas de segmentos religiosos que perseguem as religiões de matriz africana de forma tão vil e cruel, negando a própria Constituição de nosso país que reza a liberdade religiosa enquanto um direito constitutivo.

É necessário reconhecer a religião como presença invisível, sutil, disfarçada que se constitui num dos fios com que se tece o acontecer do nosso cotidiano. A religião está mais próxima de nossa experiência pessoal do que desejamos admitir. (ALVES, 2012, p. 13).

Nesse sentido, conforme entendimento do MPF, a decisão judicial ao afirmar textualmente que manifestações religiosas afro-brasileiras, protegidas pela Lei 12.2888, de 2010, não se constituem em religiões, tenta amesquinhar minorias religiosas.

Diante da infeliz decisão monocrática, cita-se DURKHEIM quando elucida que

Não podemos chegar a compreender as religiões mais recentes a não ser acompanhando na história a maneira como elas progressivamente se compuseram. Toda vez, portanto, que empreendemos explicar uma coisa humana, tomada num momento determinado do tempo, quer se trate de uma crença religiosa, é preciso começar por remontar à sua forma mais simples e primitiva, procurar explicar os caracteres através dos quais ela se define nesse período de sua existência, fazendo ver, depois, de que maneira ela gradativamente se desenvolveu e complicou, de que maneira tornou-se o que é no momento considerado. (1996, p. VII)

Henri Acselrad<sup>25</sup> acrescenta nessa reflexão aqui pretendida, um duplo movimento presente nas religiões de matriz africana, tanto "de invenção" quanto "de herança", que faz com que um "exercício de memória" seja simultaneamente "capaz de animar dinâmicas de transformação".

Essas dinâmicas de transformação podem contribuir na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos de raça, origem, etnia, religião; em que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.<sup>26</sup>

Assim todos os indivíduos e os grupos têm o direito de serem diferentes, a se considerar e serem considerados como tais. Sem embargo, a diversidade das formas de vida e o direito à diferença não podem em nenhum caso servir de pretexto aos preconceitos raciais; não podem legitimar nem um direito nem uma ação ou prática discriminatória, ou ainda não podem fundar a política do apartheid que constitui a mais extrema forma do racismo.<sup>27</sup>

#### 4.3 Abordagem de Nietzsche

O objetivo desse trabalho não é o de proceder a uma crítica das diferentes abordagens aqui mencionadas em relação à religião. Em face do direito constitucional, as diferentes confissões religiosas podem, legitimamente, desenvolver as suas posições doutrinárias sobre os mais diversos domínios, incluindo o das relações entre elas e o Estado, ou entre elas e as demais crenças religiosas. (MACHADO, 1996, p. 12).

Pretende-se refletir sobre a natureza jurídico-constitucional, que procura alicerçar a disciplina do fenômeno religioso, na complexidade das suas várias dimensões, a partir da afirmação da igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos no seio da comunidade política. (1996, p. 13)

Diante dessa decisão aqui analisada que não se apreendeu na densidade dos valores e princípios constitucionais, alicerçando-se em argumentos racionais dotados de validade pessoal; reporta-se a Nietzsche quando menciona que "o oposto do mundo dos loucos não é a verdade e a certeza (...). E o maior trabalho dos homens até hoje foi entrar em acordo acerca de muitas coisas e submeter-se a uma lei de concordância, não importando se tais coisas são verdadeiras ou falsas." (NIETZSCHE, 2012, p. 98)

---

<sup>25</sup> Em sua apresentação à obra *Presença do axé: mapeando terreiros no Rio de Janeiro*,

<sup>26</sup> Art. 5º, XVI da Constituição Federal de 1988.

<sup>27</sup> Art. 1º da Declaração sobre a raça e os preconceitos raciais, 1978.

Para Nietzsche a origem das religiões trata da autêntica invenção dos fundadores de religiões que busca em primeiro lugar, fixar uma determinada espécie de vida e de costumes cotidianos, que aja como *disciplina voluntas*<sup>28</sup> e simultaneamente afaste o tédio; depois dar a essa vida uma interpretação, mediante a qual ela pareça iluminada pelo mais alto valor. (2012, p. 220).

No ceticismo que ele aplica a todos os estados e processos religiosos, verifica-se algo singular e benéfico a análise aqui colocada, em que “é tempo de conhecê-los e descrevê-los bem, pois os devotos da velha fé também se acham em extinção, salvemos a sua imagem e o seu tipo, ao menos em prol do conhecimento.” (2012, p. 136)

Reconhece-se em Nietzsche o que Durkheim coloca quanto às condições para a compreensão da religião está em começar por remontar a sua singeleza, procurando explicar as suas características na ordem gradativa em que se desenvolveu.

O MPF menciona a perplexidade<sup>29</sup> causada pela referida decisão da 17ª Vara Federal. Essa conduta vem a exprimir o desnorreamento, a escuridão, o vazio em que os seres humanos caíram mediante o ato descrito na parábola do homem louco<sup>30</sup> cujo monólogo desse homem é talvez o mais impressionante trecho de prosa deixado por Nietzsche. (NIETZSCHE, 2012, p. 308)

Esse sentimento estende-se quando o juízo *a quo* baseia-se na premissa de que as manifestações religiosas não contêm traços necessários de uma religião, a saber, um texto base (corão, bíblia etc), estrutura hierárquica e um Deus a ser venerado.

---

<sup>28</sup> Disciplina da vontade.

<sup>29</sup> Essa expressão encontra expressa no Processo nº 0004747-33.2014.4.02.5101 (2014.51.01.004747-2) - Ação Civil Pública. Rio de Janeiro.

<sup>30</sup> Não ouviram falar daquele homem louco que em plena manhã acendeu uma lanterna e correu ao mercado, e pôs-se a gritar incessantemente: 'Procuro Deus!'. E como lá se encontravam muitos daqueles que não criam em Deus, ele despertou com isso uma grande gargalhada. Então ele está perdido? perguntou um deles. Ele se perdeu como uma criança? Disse um outro. Está se escondendo? Ele tem medo de nós? Embarcou num navio? Emigrou? E muitos gritavam e riam uns para os outros. O homem louco se lançou para o meio deles e trespassou-os com seu olhar. 'Para onde foi deus?', gritou ele: 'Já lhes direi! Nós o matamos, vocês e eu. Somos todos assassinos! Mas como fizemos isso? Como conseguimos beber inteiramente o mar? Quem nos deu a esponja para apagar o horizonte? Que fizemos nós, ao desatar a terra do seu sol? Para onde se move ela agora? Para onde nos movemos nós? (...) existem ainda 'em cima' e 'embaixo'? Não vagamos como que através de um nada infinito? Não sentimos na pele o sopro do vácuo? Não ouvimos o barulho dos coveiros a enterrar Deus? Não sentimos o cheiro da putrefação divina? Também os deuses apodrecem! Deus está morto! Deus continua morto! E nós o matamos! Como nos consolar, a nós, assassinos entre os assassinos? O mais forte e mais sagrado que o mundo até então possuíra sangrou inteiro sob os nossos punhais, quem nos limpará este sangue? Que ritos expiatórios, que jogos sagrados teremos de inventar? Não deveríamos nós mesmos nos tornar deuses, para ao menos parecer dignos dele? Nesse momento silenciou o homem louco, e novamente olhou para seus ouvintes: também eles ficaram em silêncio, olhando espantados para ele. 'Eu venho cedo demais', disse então, 'não é ainda meu tempo. Esse acontecimento enorme está a caminho, ainda anda: não chegou ainda aos ouvidos dos homens.' (...). Conta-se também que no mesmo dia o homem louco irrompeu em várias igrejas, e em cada uma entoou o seu *Requiem aeternam deo*. Levado para fora e interrogado, limitava-se a responder: 'o que são ainda essas igrejas, se não os mausoléus e túmulos de Deus.' A frase 'Deus está morto' surge no aforismo intitulado 'novas lutas', do livro III, parágrafo 125, na parábola do homem louco, que acende uma lanterna em pleno dia e corre para a praça, interpelando os esclarecidos ateus ali presentes. O monólogo desse homem é talvez o mais impressionante trecho de prosa deixado por Nietzsche. 'nós o matamos', diz ele. E em imagens incandescentes, põe-se a exprimir o desnorreamento, a escuridão, o vazio em que os seres humanos caíram mediante esse ato. <sup>30</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **A gaia ciência**. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 137 e 138.

Para John Rawls, quando a filosofia moral teve início com Sócrates, a religião antiga era uma religião cívica de práticas sociais públicas, de festividades cívicas e celebrações públicas. Além disso, essa cultura religiosa cívica não tinha fundamento em escrituras sagradas como a Bíblia, o Alcorão ou os Vedas do hinduísmo. (2011, p. XXIII).

O seu liberalismo político<sup>31</sup> pressupõe que uma doutrina abrangente razoável não rejeita os princípios fundamentais de um regime democrático. É claro que podem existir doutrinas abrangentes desarrazoadas, mesmo insanas em uma sociedade. Em tal caso, o problema consiste em contê-las, de maneira que não corroam a unidade e a justiça da sociedade. (2011. p. XVII)

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas abordagens conceituais mencionadas observa-se a dificuldade e complexidade no tratamento referente ao tema. Diante de algumas das tentativas realizadas por diversos autores nesse sentido é possível identificar alguns elementos-chave (GUERREIRO, 2005, p. 118) no conceito de religião e de crença, que contribui como base de um conceito operativo. (MARTINEZ-TORRON, 2005, p. 113).

Javier Martinez-Torron considera que a Comissão e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos não dissociam o qualificativo 'religioso' do sentido tradicional dado pela cultura ocidental, ou seja, das conotações que nos traz a nossa herança judaico-cristã: crença num ser supremo e transcendente, do qual deriva um dogma, uma moral e um culto e que conta com uma certa organização estável, não necessariamente hierárquica, estruturada por pessoas qualificadas. (2005, p. 113).

Cabe aqui citar Canotilho quando trata da autocontenção dos textos constitucionais no sentido de se limitarem a definir uma ordem essencial constitucional básica que prende-se com o assinalado fenômeno da pluralização dos mundos e pluralização dos pontos de vista característicos das chamadas sociedades pós-modernas. Para ele,

O mundo atual parece, por um lado, exigir novas pretensões do absoluto e da universalidade (fundamentalismos religiosos, econômicos, científicos, étnicos) que, em último termo, se transformam em forças de erosão da força normativa de uma constituição aberta e plural. (CANOTILHO, 2003, p. 1436).

---

<sup>31</sup> O liberalismo político surge historicamente associado à necessidade de afirmação do indivíduo e dos seus direitos fundamentais face ao Estado e à divisão de poderes. Ele é edificado durante os conflitos religiosos dos séculos XVI e XVII. QUEIROZ, Cristina. **Autonomia e Direito Fundamental à Liberdade de Consciência, Religião e Culto. Os limites da Intervenção do Poder Público.** Estudos em Comemoração. Coimbra, 2001, p. 294. In GUERREIRO, Sara. **As fronteiras da tolerância.** Coimbra: Almedina, 2005. p. 48.

O paralelo que se faz nesse sentido refere-se à delimitação do campo semântico de liberdade cuja autoridade judicial de primeira instância apresentou o direito fundamental à liberdade religiosa na órbita da indagação da teoria da ordem de valores, através de um pretensu método científico-espiritual, pode conduzir a uma ordem e a uma hierarquia de valores, caracterizadamente subjetiva, sem qualquer apoio em critérios ou medidas de relevância objetiva. (CANOTILHO, 2005, p. 1397).

Para o MPF, a difusão de conteúdos que configuram intolerância religiosa na internet viola uma das regras mais comezinhas de convivência social, que o é o dever de respeitar o próximo e os demais cidadãos considerados individual ou coletivamente.

A esse respeito considerou, a liberdade religiosa como um “direito à busca da felicidade” ou um “direito a auto-estima no mais alto ponto da consciência humana”, felizes expressões utilizadas pelo Ministro Ayres Brito, no julgamento da ADI 4277, do Supremo Tribunal Federal<sup>32</sup>.

Para um melhor entendimento, leva-se em consideração a premissa para chegar ao conceito de tolerância de Joseph Raz (1986, p. 401) de que “a inclinação para a intolerância é, pelo menos aos olhos da pessoa que a possui, justificável ou mesmo desejável” e adaptando esse conceito à questão da religião, tem-se que determinada pessoa pode acreditar que a sua fé é a única verdadeira, e considerar que todas as outras estão profundamente erradas, ou são profundamente malévolas. No entanto, será tolerante relativamente às restantes religiões quando reconhece que todos os movimentos religiosos têm o mesmo direito à liberdade religiosa, à liberdade de ter e exercer uma determinada religião. (GUERREIRO, 2005, p. 89).

Elucida John Rawls que

Se a busca de valores, avaliados nos termos dos interesses do progresso da humanidade quiser ser racional, isto é, orientada pelo conhecimento das capacidades humanas e preferências bem fundamentadas, certas liberdades serão indispensáveis. A supressão da liberdade tem sempre a probabilidade de ser irracional. (...) A tolerância não se origina de necessidades práticas ou razões de Estado. A liberdade religiosa e moral decorrem do princípio da liberdade igual; e supondo-se a prioridade desse princípio, a única razão para negar as liberdades iguais é a de evitar uma injustiça ou uma perda de liberdade ainda maior. (2000, p. 228 e 233).

Assim, a conquista constitucional da liberdade religiosa é verdadeira consagração de maturidade de um povo (...), é ela verdadeiro desdobramento da liberdade de pensamento e manifestação. A abrangência do preceito constitucional é ampla, pois sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, acaba por compreender a crença, o

---

<sup>32</sup> A ADI 4277 foi protocolada na Corte inicialmente como ADPF 178. A ação buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Pediu, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. STF, Plenário, 5/5/2011.

dogma, a moral, a liturgia e o culto. O constrangimento à pessoa humana, de forma a constrangê-lo a renunciar sua fé, representa o desrespeito à diversidade democrática de idéias filosóficas e a própria diversidade espiritual. (MORAES, 2004, p. 75).

Por fim, o Ministério Público Federal ao requerer provimento do presente agravo de instrumento com a reforma da r. decisão interlocutória do MM Juízo *a quo*, obteve, em juízo de retratação, a reconsideração da proferida decisão.

## REFERÊNCIAS

ADÈKÒYÀ, O. A. **Yoruba: tradição oral e história**. São Paulo: Terceira Margem, 1999.

ADRAGÃO, Paulo Pulido. **A liberdade religiosa e o Estado**. Coimbra: Almedina, 2002..

ALVES, Rubem. **O que é religião?** São Paulo: Edições Loyola, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

CANOTILHO, J.J. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

Constituição da República Federativa do Brasil. Organizador Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 2013.

CARDUCI, Michele. **Por um Direito Constitucional altruísta**. Tradução de Sandra Regina Martini Vial, Patrick Lucca da Ros, Cristina Lazzarotto Fortes. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DURKHEIM, Émile. **As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália**. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

EVANS, Carolyn. **Religious freedom in European Human Rights Law: the search for a guiding conception**. JANIS, Mark W.; EVANS, Carolyn. **Religion and international law**. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1999. p. 385. In GUERREIRO, Sara. **As fronteiras da tolerância**. Coimbra: Almedina, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue. Parecer. São Paulo, 24/10/1994.

FONSECA, Denise Pini Rosalem da; GIACOMINI, Sonia Maria. **Presença do Axé. Mapeando terreiros no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: PUC- Rio e Pallas, 2013.

GAARDER, Jostein; HELLERN, Victor; NOTAKER, Henry. **O livro das religiões**. Tradução Isa Mara Lando. Revisão técnica e apêndice Antonio Flávio Pierucci. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

GARCIA, Maria da Glória. **Liberdade de consciência e liberdade religiosa**. In GUERREIRO, Sara. **As fronteiras da tolerância**. Coimbra: Almedina, 2005.

GUERREIRO, Sara. **As fronteiras da tolerância**. Coimbra: Almedina, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

KRISHNASWAMI, Arcot. **Study of discrimination in the matter of religious rights and practices**. New York, EUA. 1960, p. 1., n.r.1 *apud* GUERREIRO, Sara. **As fronteiras da tolerância**. Coimbra: Almedina, 2005.

LÖWY, Michael. **Quem ri por último?** Jornal O Estado de São Paulo. Janeiro de 2015. E2 – Capa, Entrevista.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. Como levar Ronald Dworkin a sério ou como fotografar um porco-espinho em movimento. *In* GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. Apresentação.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MARTINEZ-TORRON, Javier. **La libertad religiosa em los últimos anos de la jurisprudência europea**. Anuario de derecho eclesiástico Del Estado. Madrid, vol. 9,1993. p. 53-87. *In* GUERREIRO, Sara. **As fronteiras da tolerância**. Coimbra: Almedina, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Estudos sobre a Constituição**. Lisboa: Petrony, 1978.  
**Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Limitada, 2005.

MONTEFIORE, Simon Sebag. **Jerusalém: a biografia**. Tradução: Berilo Vargas e George Schlesinger. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

MOREIRA, Adriano. **Teoria das relações internacionais**. Coimbra: Almedina, 1999.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

NIETZSCHE, Friedrich. **A gaia ciência**. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: 2013,

Processo nº 0004747-33.2014.4.02.5101 RJ – 2014.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAZ, Joseph. **The morality of freedom**. New York, Oxford, 1986. p. 401 *apud* GUERREIRO, Sara. **As fronteiras da tolerância**. Coimbra: Almedina, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito: Direito Internacional, globalização e complexidade**. Brasília: UniCEUB, 2013.

# APRENDENDO SOCIOLOGIA JURÍDICA COM PROBLEMAS: UM RELATO NO CURSO DE DIREITO<sup>1</sup>

LEARNING LEGAL SOCIOLOGY: PROBLEM-BASED LEARNING IN A LAW SCHOOL

José Artur Teixeira Gonçalves<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente relato visa apresentar uma experiência com metodologias ativas (Aprendizagem Baseada em Problemas) no ensino de Sociologia em um curso de Direito.

**Palavras-chave:** Aprendizagem Baseada em Problemas; Sociologia Jurídica; Conflitos.

**ABSTRACT:** This paper presents an experience with active methods of teaching and learning (Problem Based Learning) in Sociology course at a law school.

**Key-words:** Problem Based Learning; Sociology of Law; Conflicts.

## 1 INTRODUÇÃO

Embora ainda seja percebida nos cursos jurídicos como uma disciplina alienígena à Ciência do Direito, devido à influência do Positivismo Jurídico e sua forte herança kelseniana<sup>3</sup> no pensamento jurídico brasileiro, a Sociologia tem papel fundamental na formação dos profissionais do Direito, ajudando-os a desenvolver habilidades e competências relevantes para sua atuação como profissionais e para o enfrentamento de questões sociais da atualidade.

Tal importância se revela no Projeto Pedagógico do Curso de Direito (2014, p. 39) da instituição na qual se realizou a experiência didática a ser relatada no presente artigo. Conforme o documento citado, o perfil desejado do egresso do aluno de Direito é de um profissional que:

tenha senso de responsabilidade e ética, capacidade de discernimento para julgar e optar diante de alternativas, pensamento crítico, agilidade de raciocínio, capacidade de relacionamento com as pessoas, consciência para manter-se atualizado, pois o Direito exige constante atualização e estudo.

---

<sup>1</sup> Este trabalho amplia e aprofunda relato de experiência indicado pela Comissão Julgadora do Prêmio Esdras de Ensino do Direito, 1ª edição, à publicação no Banco de Materiais de Ensino Participativo da Fundação Getúlio Vargas (FGV). O autor agradece à Toledo Prudente pela oportunidade de ter participado, em 2014, de um período intenso de formação em metodologias ativas no Consórcio THEM Brasil, coordenado pelo Academic and Professional Programs for the Americas (LASPAU), filiado à Harvard University, que oportunizou essa experiência didática no curso de Direito.

<sup>2</sup> Doutor em História pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP/Assis), professor de Sociologia do curso de Direito e coordenador do Laboratório de Apoio Pedagógico em Inovação Acadêmica (LAP) do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.

<sup>3</sup> Isto se deve, em larga medida à apropriação do pensamento do jurista Hans Kelsen no Direito brasileiro. Silveira (2006, p. 175) destaca que o pensador vienense Hans Kelsen "reduz o âmbito do estudo da Ciência Jurídica à norma (ou ao conjunto delas), excluindo da Ciência Jurídica os fenômenos sociais, políticos e psicológicos, os quais seriam objetos da Sociologia, Ciência Política e Psicologia, respectivamente".

Entendemos, portanto, que a Sociologia não é uma disciplina acessória, mas que pode contribuir significativamente na formação dos acadêmicos, fortalecendo a aquisição de habilidades de pensamento crítico, senso de responsabilidade e ética e capacidade de solução de problemas. Tais habilidades podem ser estimuladas tanto por conteúdos específicos, como pela adoção de metodologias ativas de aprendizagem.

Pautado neste entendimento, a Aprendizagem Baseada em Problemas ou Problem Based Learning (PBL) foi adotada como uma metodologia a proporcionar a aquisição de conteúdos e habilidade pelos estudantes de Direito. O presente artigo visa relatar esta experiência. Na primeira parte, apresentamos a sequência didática adotada na disciplina. Depois, discutimos os resultados obtidos a partir de pesquisa sobre a percepção dos estudantes acerca da aquisição de habilidades intangíveis com a utilização da metodologia de ensino e aprendizagem.

## **2 ARQUITETURA DA AULA: RELATO DE UMA SEQUÊNCIA DIDÁTICA COM PBL**

A disciplina “Sociologia II”<sup>4</sup> foi planejada a partir de uma abordagem híbrida de aulas expositivas dialogadas e Aprendizagem Baseada em Problemas. Embora o PBL seja usualmente conhecido em sua abordagem curricular<sup>5</sup>, ele pode ter aplicação pontual, denominada *post-holing*, quando a aprendizagem baseada em problemas ocorre “em determinados momentos de disciplinas baseadas em aulas expositivas” (RIBEIRO, 2010, p. 22).

O PBL é uma metodologia ativa de aprendizagem, centrada na resolução de problemas e fortemente alicerçada no protagonismo do estudante. Tal metodologia se caracteriza

pelo uso de problemas da vida real para estimular o desenvolvimento do pensamento crítico e das habilidades de solução de problemas e a aquisição de conceitos fundamentais da área de conhecimento em questão. (RIBEIRO, 2010, p. 13)

A situação-problema é o ponto de partida da aprendizagem. Bridges (1992, p. 5-6) apud Sousa (2011, p. 31) pontua que o “contexto do problema faz referência a uma situação que os alunos poderão enfrentar como futuros profissionais”, possibilitando uma aprendizagem mais significativa e contextualizada.

Entre as habilidades e competências que podem ser potencializadas com o PBL estão o trabalho em equipe, a capacidade de comunicação, a resolução de problemas, a corresponsabilidade de aprendizagem, o compartilhamento de informação

---

<sup>4</sup> Ministrada no segundo semestre de 2014, para cinco turmas do 2º termo do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. A atividade envolveu 350 estudantes.

<sup>5</sup> Nesta modalidade, o PBL é implantado em todo o currículo, de modo que o conhecimento seja construído a partir de ciclos semanais de trabalho com problemas com o apoio de um tutor e não em disciplinas estanques.

e respeito pelos outros (WOOD, 2003, p. 328). Além disso, há potencialmente o aumento da motivação dos estudantes.

Tendo em vista as características mencionadas, a metodologia foi escolhida para estimular, na disciplina de Sociologia, a aquisição de conteúdos e competências, como pensamento crítico, habilidade de comunicação, trabalho em equipe e motivação.

A cada tópico principal do conteúdo programático, elegeu-se um caso ou situação-problema. Em cada ciclo, iniciado com o problema, desenvolvia-se uma sequência didática visando à aquisição dos conteúdos e das habilidades referidas. Para o presente artigo, relataremos uma sequência didática acerca do tópico Direito Alternativo, mais especificamente sobre resolução alternativista de conflitos pela posse da terra urbana e rural.

A sequência didática da atividade escolhida para o relato abrangeu seis etapas principais:

*a) Disponibilização de materiais para estudo prévio*

Por meio da ferramenta eletrônica Toledo Portal Universitário, foram disponibilizados previamente aos alunos um roteiro da aula, indicações de leitura obrigatória e complementar e um documentário ("Somos todos Pinheirinho") que trata sobre o despecho da reintegração de posse registrada em uma área ocupada por famílias sem-teto.

*b) Apresentação e discussão da situação-problema*

Na aula, iniciou-se a primeira sessão tutorial do PBL (figura 1). Foram apresentados aos alunos os principais incidentes envolvidos na situação-problema, que narra a ocupação de moradias populares por famílias sem-teto e o pedido de reintegração de posse por parte das empresas proprietárias dos imóveis ao Judiciário.<sup>6</sup>

**FIGURA 1:** Discussão do problema pelas equipes



**Fonte:** elaboração do Autor.

---

<sup>6</sup> O problema baseou-se em célebre decisão alternativista do juiz Victor Sant'Anna de Souza Filho, da então Comarca de Alvorada (Rio Grande do Sul), no contexto de redemocratização do Brasil, em 1988 (WOLKMER, 2001, p. 114-115).

Na sequência, foi solicitado que cada grupo discutisse, durante 50 minutos, os elementos do problema, estabelecendo hipóteses de solução. O objetivo era que cada equipe apresentasse ao final da sessão, uma solução hipotética, jurídica ou extra-jurídica, para o caso concreto.

*c) Brainstorming*

Finalizada a discussão nas equipes, os grupos passaram a relatar as hipóteses de solução. Durante o brainstorming, com duração de 50 minutos, o professor registrou no quadro as vias de solução propostas pelos estudantes, que se traduziram em três principais vertentes: a) concessão da reintegração de posse (posição majoritária nos grupos, o que reflete as fortes tonalidades ideológicas envolvidas nesta modalidade de conflito e um reinante positivismo jurídico impregnado no senso comum); b) Desapropriação dos imóveis pelo Poder Executivo e/ou medidas de Assistência, como concessão de abrigo provisório para as famílias; c) Não concessão da liminar de reintegração de posse (hipótese apresentada por apenas um grupo), contrariando o direito hegemônico. Note-se que o tema da aula e o conteúdo programático da disciplina versavam especificamente sobre esta modalidade de solução alternativa, o que permitiu o confronto das posições prévias dos alunos com outro paradigma jurídico.

*d) Sistematização dos conceitos*

Na aula seguinte, foram sistematizados, por meio de exposição dialogada, os principais conceitos do conteúdo programático. Notou-se maior envolvimento dos alunos na discussão, haja vista terem protagonizado um aprendizado mais ativo do tema, por meio de estudo prévio e discussão de PBL.

Ao todo, a atividade compreendeu dois encontros presenciais de 2h/a cada. Em um curso sem a utilização da metodologia PBL, esse tópico normalmente seria tratado em um encontro de 2h/a, utilizando-se a exposição dialogada como método de transmissão das informações. Apesar de exigir mais tempo, tanto de preparação prévia por parte do professor e aluno, quanto para o desenvolvimento da sequência didática em sala de aula, os resultados de aprendizagem tornam-se bastante significativos, pois permitem o desenvolvimento de habilidades intangíveis, além do conteúdo, como será visto nos resultados.

*e) Proposição de novo problema (avaliação)*

A fase seguinte do PBL envolveu a resolução de um problema da mesma natureza, de forma individual pelos alunos. A atividade foi orientada para consolidar o aprendizado, bem como avaliar a aprendizagem. Para tanto, o problema foi proposto como forma de avaliação, com valor de 3,0.<sup>7</sup> Nesta nova aplicação da problematização,

---

<sup>7</sup> A avaliação na instituição é compreendida por duas notas: de 0-3, com atividades a critério do professor, e de uma avaliação oficial e escrita, de 0-7.

os estudantes receberam uma situação-problema (figura 2) consistente na discussão da concessão ou não de liminar de reintegração de posse em face da ocupação de uma faixa contígua a uma rodovia por famílias sem-terra.<sup>8</sup>

**FIGURA 2:** Situação-problema proposta como avaliação

"VISTOS etc.

Várias famílias (aproximadamente 300 - fls. 10) invadiram uma faixa de domínio ao lado da Rodovia BR 116, na altura do km 405,3, lá construindo barracos de plástico preto, alguns de adobe, e agora o DNER quer expulsá-los do local.

"Os réus são indigentes", reconhece a autarquia, que pede reintegração liminar na posse do imóvel.

E aqui estou eu, com o destino de centenas de miseráveis nas mãos."

Assim inicia sua sentença o Juiz Federal da 8ª Vara de Belo Horizonte, Antônio Francisco Pereira, relatando um relevante problema: julgar o destino de 300 famílias sem-terra invasoras de uma área do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER).

ASSUMINDO O PAPEL hipotético de juiz, decida o caso, fundamentando-se no uso alternativo do Direito. A resposta deverá ter, aproximadamente, entre 20/25 linhas, e evidenciar argumentos de caráter alternativista, diferenciando-a da aplicação da legislação oficial.

**Fonte:** elaboração do Autor.

Solicitou-se que os alunos se investissem do papel de magistrados e decidissem o caso mediante interpretação alternativista. Para auxiliar o professor na correção da avaliação escrita, redigiu-se uma rubrica, constando os indicadores esperados nas peças escritas dos estudantes:

**FIGURA 3:** Rubrica utilizada para avaliação

Aspecto avaliado	Indicadores	Valor
Adoção pelo aluno do papel de magistrado.	Argumentação de caráter decisório sobre a questão concreta, evidenciando o posicionamento do aluno como juiz do caso	De 0 a 0,5
Manejo de argumentos alternativistas na decisão.	Não concessão de reintegração de posse e aplicação das medidas de força da lei tendo em vista a condição de excluídos sociais dos réus da ação	De 0 a 2,0
Percepção sobre a diferença da aplicação da legislação oficial e da solução de conflitos coletivos por meio de interpretação alternativa	Capacidade de estabelecer contraponto entre a decisão alternativista e a decisão pautada na aplicação do direito oficial (o aluno deverá ser capaz de apontar ao menos uma característica marcante do direito alternativo em contraposição ao direito oficial)	De 0 a 0,5

**Fonte:** elaboração do Autor.

<sup>8</sup> O problema baseou-se em sentença do juiz federal Antônio Francisco Pereira, proferida em 1995 (PEREIRA, 1998). Note-se que o problema possui fraca estruturação, uma vez que procura simular a tomada de decisão diante de situações que, como na realidade, se apresentam aos operadores do Direito de forma complexa e sem estruturação (RIBEIRO, 2010; SERVA, 2014).

Após a aplicação da avaliação, foi disponibilizado por meio eletrônico aos alunos (Toledo Portal Universitário e página na rede social Facebook) o inteiro teor da decisão real. Os estudantes, então, tiveram a oportunidade de analisar a argumentação do magistrado e compará-la com aquelas nas quais estavam investidos do papel hipotético de juiz.

**FIGURA 4:** Argumentos dos alunos e da sentença judicial

<b>ARGUMENTOS EMPREGADOS PELOS ESTUDANTES E PELO JUIZ DO CASO CONCRETO</b>	
<b>Exemplos de argumentos dos alunos na sentença hipotética</b>	<b>Exemplos de argumentos da sentença original</b>
<p>“De acordo com a legislação oficial, a reintegração era cabível, porém, <b>não é justa, pois devemos buscar o interesse social</b>, nos atentar para a democratização do sistema e buscar justiça às classes menos favorecidas”</p> <p>“Em face da <b>inércia do Estado em cumprir os direitos assegurados a essas pessoas</b>, cabe ao Judiciário limitar o direito de propriedade, partindo da premissa de que nenhum direito é absoluto, para preservar os direitos humanos. <b>Em situações como essas o Judiciário não pode demonstrar fraqueza e deve optar de forma digna pela Justiça</b>”</p> <p>“<b>O Estado é quem deveriam zelar pelo direito</b> desses indivíduos. [...] De acordo com a norma legal seria fácil conceder-lhes a reintegração de posse. No entanto, em minha sentença, prevalecerá a busca pelo justo”</p>	<p>“[...]quando a lei regula as ações <b>possessórias</b>, mandando defenestrar os invasores (artigos 920 e seguintes do CPC), ela - <b>COMO TODA LEI - tem em mira o homem comum</b>, o cidadão médio, que, no caso, tendo outras opções de vida e de moradia diante de si, prefere assenhorar-se do que não é dele, por esperteza, conveniência, ou qualquer outro motivo que mereça a censura da lei e, sobretudo, repugne a consciência e o <b>sentido do justo</b> que os seres da mesma espécie possuem.</p> <p>Mas este não é o caso no presente processo. <b>Não estamos diante de pessoas comuns, que tivessem recebido do Poder Público razoáveis oportunidades de trabalho e de sobrevivência digna</b> (v. fotografias).</p> <p>Contra este exército de excluídos, <b>o Estado</b> (aqui, através do DNER) <b>não pode exigir a rigorosa aplicação da lei</b> (no caso, reintegração de posse), <b>enquanto ele próprio - o Estado - não se desincumbir, pelo menos razoavelmente, da tarefa que lhe reservou a Lei Maior.</b>”</p>

**Fonte:** elaboração do Autor. Grifos nossos.

Ao comparar exemplos dos instrumentos de aferição de aprendizagem dos estudantes com a argumentação adotada pelo juiz federal, foi bastante gratificante notar não apenas a capacidade que os alunos demonstraram em serem protagonistas na tomada de decisão diante de um caso do mundo real e de manejarem consistentemente conceitos alternativistas do Direito, mas a similaridade de posicionamentos, refletindo posicionamento crítico diante da realidade social.

*f) Aferição da percepção dos estudantes sobre a metodologia*

Após a concretização da sequência didática, buscou-se sondar a percepção dos estudantes sobre o aprendizado mediante a aplicação de metodologias ativas na disciplina. A hipótese sondada era de que as metodologias ativas, como o PBL, favoreceriam não apenas a aquisição de conteúdos, mas também de competências e habilidades, como veremos a seguir.

### 3 PERCEÇÃO DOS ESTUDANTES SOBRE APRENDIZAGEM COM USO DO PBL

Com a finalidade de aferir a percepção dos próprios estudantes sobre a utilização da metodologia ativa – PBL – na disciplina de Sociologia II foi realizada uma sondagem, cujos procedimentos metodológicos, resultados e discussão serão apresentados neste breve *paper*.

#### 3.1 Procedimentos metodológicos

Para sondagem da percepção dos estudantes, elaborou-se um questionário com cinco questões fechadas e uma questão aberta. Adotou-se como padrão de respostas a Escala Likert de 5 pontos,<sup>9</sup> de modo que os alunos deveriam escolher o grau mais apropriado de contribuição das metodologias à sua formação em uma escala com cinco alternativas (5-excelente; 4-bom; 3-indiferente; 2-regular; 1-fraco). Uma questão tematizou a aprendizagem, outra a motivação e as outras três questões fechadas abordaram a aquisição de competências/habilidades com a utilização das metodologias, como aquisição de pensamento crítico, habilidades de comunicação e de trabalho em equipe. A questão aberta dava a oportunidade do acadêmico comentar sua percepção sobre a experiência.

A hipótese sondada foi a de que a metodologia ativas seriam vetores não só de aprendizado de conteúdos indispensáveis à disciplina, mas também favoreceriam a aquisição de habilidades e competências.

O questionário foi disponibilizado, por meio do Google Drive, a todos os estudantes matriculados na disciplina de Sociologia II, no período de 2 a 9 de dezembro de 2014, portanto após a aplicação da metodologia. A comunicação foi feita via Toledo Portal Universitário. A maior frequência das respostas se deu no primeiro dia de veiculação do questionário, decrescendo no período seguinte, provavelmente devido à redução do tráfego no Portal com o encerramento das provas oficiais e início do período de exames.

Da população estudada (totalizando 350 estudantes), obteve-se a resposta de 73 questionários, perfazendo uma amostra de 20% do universo.

---

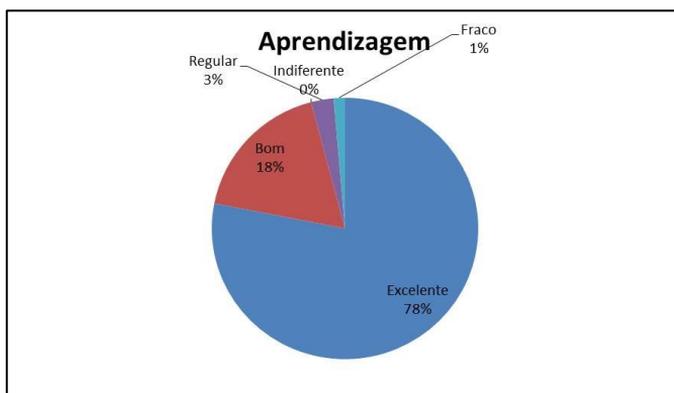
<sup>9</sup> Nesta modalidade de escala psicométrica, largamente utilizada em estudos quantitativos, os respondentes especificam seu grau de concordância com uma determinada afirmação. A escala de cinco pontos é considerada como mais confiável em relação a de 3 pontos e de mais rápida resposta do que a de 7 (DALMORO; VIEIRA, 2013).

### 3.2 Resultados e discussão

Os resultados obtidos com a aplicação do questionário sugerem que as metodologias ativas, especialmente a discussão de situações-problema, têm uma repercussão altamente positiva na aprendizagem, corroborando a hipótese de que elas favorecem a aquisição de habilidades e competências, além dos conteúdos.

Somando-se os estratos “excelente” (78%) e “bom” (18%), obtivemos o percentual de 95% dos estudantes que aprovaram os resultados do PBL para o seu aprendizado (figura 5).

FIGURA 5: PBL e aprendizagem



Fonte: Elaboração do Autor.

Pode-se depreender que a relação do conteúdo com casos e problemas do mundo real foi um fator importante no aprendizado, conforme a percepção dos próprios alunos. Como registrou um estudante:

Acredito ser uma excelente forma de aprender sociologia, principalmente na área do Direito, onde vamos lidar com casos concretos praticamente a faculdade inteira e teremos que fornecer soluções, a sociologia nos ajuda a olhar de uma forma diferente para cada caso. (Aluno 12)

Nesta direção, outro destacou que “a análise de casos concretos nos aproxima muito mais da realidade jurídica que ainda nos é um pouco distante nos dois primeiros termos” (Aluno 3).

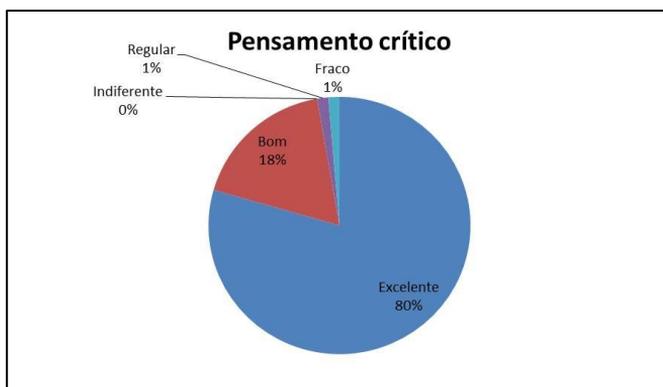
**FIGURA 6:** Fator motivacional da metodologia



**Fonte:** Elaboração do Autor.

Desta forma, verificou-se que a metodologia teve um papel motivacional na aprendizagem. "Adorei aprender novas formas de trabalhar com a sociologia, a forma didática facilita na aprendizagem", pontuou o Aluno 13. Do total de respostas (figura 6), 77% consideraram a metodologia ativa um fator "excelente" de motivação para o aprendizado.

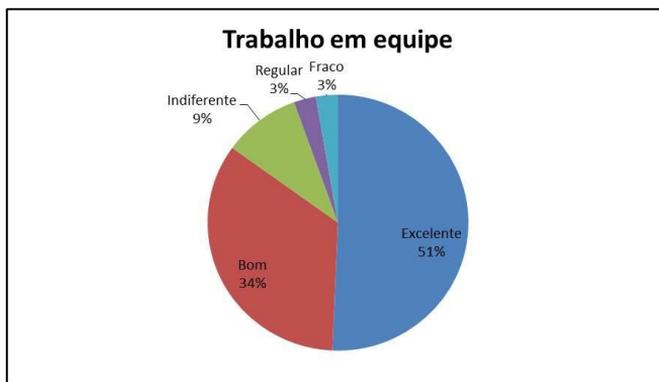
**FIGURA 7:** Pensamento crítico



**Fonte:** Elaboração do Autor.

A percepção de que a metodologia ativa estimula o desenvolvimento de pensamento crítico (79% "excelente" e 18% "bom") e outras habilidades, como a comunicação (73% "excelente" e 23% "bom") também foi altamente evidenciada nas respostas (figura 7).

**FIGURA 8:** Habilidades de trabalho em equipe



**Fonte:** Elaboração do Autor.

Quanto às habilidades de trabalho em equipe, os resultados foram positivos (85%, somando-se os estratos “excelente” e “bom”), no entanto, apresentaram o maior percentual de respostas “indiferente” (10%), “regular” (3%) e “fraco” (3%), conforme a figura 8. Vemos, assim, a possibilidade de estimular mais a aquisição de habilidades de trabalho em equipe adotando outras metodologias ativas, como a Aprendizagem Baseada em Equipes ou Team Based Learning (TBL). Destaca-se, no entanto, que métodos tradicionais, como aula expositiva, tem potencial bastante baixo para a aquisição deste tipo de habilidades, o que já nos aponta um resultado positivo com a experiência.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente relato objetivou sistematizar uma experiência de aplicação pontual de PBL em disciplina de formação humanística no curso de Direito, por meio de uma abordagem exploratória.

Como analisado, a metodologia do PBL foi facilitadora não só da aquisição de conteúdos específicos de Sociologia Jurídica (Alternativismo Jurídico, por exemplo), como de habilidades intangíveis (comunicação, trabalho em equipe), facilitando a aprendizagem e motivando os estudantes. A generalização dos resultados de aprendizagem com a metodologia ativa ensejaria, no entanto, um tratamento estatístico comparativo das mudanças de aprendizagem em um grupo experimental e um grupo-controle, o que se sugere para abordagens futuras.

Os resultados obtidos nesta primeira aferição, contudo, nos encorajam para a continuidade da adoção de metodologias ativas e problematizadoras no ensino jurídico, tendo em vista os resultados obtidos até o momento.

## REFERÊNCIAS

CARLINI, Angélica Lucía. **Aprendizagem baseada em problemas aplicada ao ensino de Direito**: projeto exploratório na área de relações de consumo. Tese (Doutorado em Educação)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2005.

DALMORO, Marlon; VIEIRA, Kelmara Mendes. Dilemas na construção de escalas tipo Likert: o número de itens e a disposição influenciam nos resultados? **Revista Gestão Organizacional**. Vol. 6, 2013.

PEREIRA, Antônio Francisco. Sentença revolucionária em ação de reintegração na posse contra sem-terra. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/jurisprudencia/16339>>. Acesso em: 30 jul. 2014.

Leia mais: <http://jus.com.br/jurisprudencia/16339/sentenca-revolucionaria-em-acao-de-reintegracao-na-posse-contr-sem-terra#ixzz3hTSaxS6U>

RIBEIRO, Luís R. de Camargo. **Aprendizagem Baseada em Problemas**: uma experiência no ensino superior. São Carlos: EdUFSCar, 2010.

SERVA, Mark A. **O que faz um bom PBL?** Delaware: Universidade de Delaware, 2014a. 21 slides

\_\_\_\_\_. **Integrando Team-based Learning & PBL**. Delaware: Universidade de Delaware, 2014b. 13 slides.

SILVEIRA, Daniel Barile da. Max Weber e Hans Kelsen: a sociologia e a dogmática jurídicas. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 27, p. 171-179, Nov. 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782006000200012&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782006000200012&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 23 Jul. 2014.

SOUSA, Sidinei de Oliveira. **Aprendizagem baseada em problemas**: estratégia para o ensino e aprendizagem de algoritmos e conteúdos computacionais. Dissertação (Mestrado em Educação)-Programa de Pós-Graduação em Educação da Faculdade de Ciências e Tecnologia. Presidente Prudente: Faculdade de Ciências e Tecnologia da Unesp, 2011.

WOOD, Diana F. **ABC of learning and teaching in medicine**: Problem based learning. *BMJ*. Vol. 326, 8, Fev. 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do Direito. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001.

# AS PRINCIPAIS EVOLUÇÕES NORMATIVAS ENTRE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939, 1973 E 2015

## THE MAIN LAW'S EVOLUTION AMONG 1939, 1973 AND 2015 CODES OF CIVIL PROCESS

Beatriz de Lima Sterza<sup>1</sup>  
Wilton Boigues<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem a finalidade de fazer uma breve comparação das principais evoluções normativas dos três Códigos de Processo Civil (1939, 1973 e 2015). Abordou-se temas referentes à importância da codificação, assim como a segurança jurídica, a instrumentalidade das formas e a efetivação dos direitos materiais como manifestação de avanço científico do Código. Abordou-se também, a vinda do CPC de 1973 e do CPC de 2015 como forma de resposta aos anseios sociais, fazendo uma breve análise entre os dois institutos. Por último, foram abordadas as principais alterações do sistema recursal entre o Código vigente e o Novo Código que passará a vigorar em 2016, que terá como principal objetivo a celeridade e a economia processual.

**Palavras-chave:** Código de Processo Civil. As principais evoluções do Código de Processo Civil. Código de Processo Civil de 1939, 1973 e 2015. Alterações do sistema recursal.

**ABSTRACT:** the presente paper has the goal to do a brief comparison of the main law's evolution among 1939, 1973 and 2015 Codes of Civil Process. It was analysed themes relative to the code's importance, as well the legal certainty, forms instrumentality and material rights effectiveness as demonstration of code's scientific advance. It was analysed as well the Codes of Civil Process of 1973 and 2015 as a form of response to the social expectations. Lastly, it was analysed the main changes of appeal system between the current code of civil process and the new one, which was the main objective the celerity and procedural [legal] economy.

**Key-Words:** Code of Civil Process. Main's evolution of Civil Process. Code of Civil Process of 1939, 1973 and 2015. Changes of appeal system.

## 1 INTRODUÇÃO

No momento presente, passamos por uma fase jurídica em que se discute quais os benefícios trazidos pelo Novo Código de Processo Civil, haja vista que após cinco anos tramitando no Congresso Nacional o Projeto Lei 166/2010, foi aprovado pelo Senado no dia 17 de dezembro de 2014 e sancionado pela Presidente Dilma Rousseff no dia 16 de março de 2015, ensejando a publicação da Lei 13.105/2015.

O presente trabalho terá por objetivo discutir alguns pontos referentes às evoluções normativas dos Códigos de Processo Civil, de modo que no segundo

---

<sup>1</sup> Discente do 4º ano do curso de Direito da Toledo Prudente Centro Universitário.

<sup>2</sup> Advogado. Aluno Especial do mestrado em Direito Tributário pela Universidade do Largo do São Francisco da Faculdade de Direito do Estado de São Paulo Professor de Civil e Processo Civil do CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO. Pós graduado em Direito Civil e Processo Civil pelo mesmo Centro. Pós graduado em Direito Tributário pela Universidade Anhuera-Uniderpe/MS. Graduado em Direito pelo CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO.

capítulo abordou-se a importância da codificação como forma de proteção a direitos fundamentais processuais dos cidadãos.

Com a sanção do novo texto do Código de Processo Civil que passará a vigorar em 2016, observa-se que o mesmo tutela a segurança jurídica, haja vista que, decide por uma uniformização de decisões dos tribunais, sendo assim, ações que versam sobre matérias de fatos e de direitos idênticas, serão julgadas da mesma forma com a mesma decisão.

No terceiro capítulo abordou-se a instrumentalidade das formas e a efetivação dos direitos materiais como manifestação de avanço científico inequívoco do Código ao permitir a ampla proteção do direito material em detrimento da formalidade.

O quarto capítulo abordou as evoluções normativas específicas, fazendo uma breve análise aos doze primeiros artigos do Novo Código de Processo Civil, referindo-se aos princípios nele mencionados.

O capítulo 4.2 titulado com "a resposta aos anseios sociais: o código de 1973 e 2015" faz uma breve análise referente aos três Códigos de Processo Civil, tendo em vista, que cada um dos códigos surgiu como uma forma de resposta aos anseios sociais da época.

E, por último, foi abordado a modificação do sistema recursal, tendo em vista que, o agravo retido e embargos infringentes foram extintos pelo novo CPC, não havendo mais preclusão temporal em relação às decisões interlocutórias e o prazo processual para interposição de recursos será de 15 dias, salvo o embargos de declaração que terá prazo de 5 dias.

Observando que o novo Código de Processo Civil tem como principal objetivo a celeridade e a redução de formalidade, a modificação no sistema recursal não poderia deixar de seguir esses princípios, haja vista que o sistema recursal do Código de Processo Civil de 1973 é muito criticado em relação às formalidades existentes.

A metodologia utilizada é a dialética, pois pretendeu-se fixar premissas novas quanto a nova forma de se ver o processo comparando os 2 Códigos de Processo Civil que vigoraram antes do Novo Código de Processo Civil. Por fim, de posse desta premissa, qual seja a proteção da Segurança Jurídica a ser prestigiada pelo novo Código, analisou-se a incidência daquele princípio em todos os seus institutos.

## **2 IMPORTÂNCIA DA CODIFICAÇÃO**

Há tempos discutia-se a possibilidade de um novo Código de Processo Civil que agilizasse o andamento dos processos judiciais, que trouxesse igualdade nas decisões em casos idênticos, aprimorasse a cooperação entre as partes, juízes, advogados, que efetuassem um julgamento das causas por ordem cronológica, que

houvesse uma audiência de conciliação no início do processo, com cobrança de multa para quem entrasse com muitos recursos seguidos para apenas retardar a finalização do processo. Um Código com menos recursos e maior celeridade, observando o princípio da economia processual, com incidente de resolução de demandas repetitivas e com honorários de sucumbência devidos ao advogado e não à parte vencedora. Neste diapasão, aprovou-se o Código de Processo Civil de 2015.

Conforme menciona o advogado Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, jurista especializado no tema que participou de todas as fases da elaboração do Novo Código de Processo Civil, de acordo com a matéria publicada pelo G1 “Dilma sanciona nesta segunda-feira novo Código de Processo Civil”:

A finalidade maior do novo Código foi diminuir de um lado o tempo de duração do processo. Ao lado disso, quis prestigiar a isonomia, em igualdade de decisão sobre o mesmo tema jurídico, mantendo as garantias constitucionais (2015, s/p)

No mesmo sentido, conforme matéria publicada no site da OAB intitulada “Código de Processo Civil é sancionado e traz conquistas para advocacia”, Marcus Vinicius Furtado Coêlho, presidente nacional da OAB, afirmou:

É importante que o CPC venha em favor da razoável duração do processo, o que é muito positivo, e respeitando o direito de defesa. Entendemos que é importante que o Judiciário se adeque à essa nova realidade, se modernizando e se organizando para atender o cidadão. Não podemos continuar com a cultura do atraso e da morosidade. Temos que inovar e entender que o cidadão necessita da prestação jurisdicional célere e com qualidade (2015, s/p)

E ainda, na mesma matéria citada anteriormente, Paulo Teixeira, deputado relator do novo CPC na Câmara, destacou que:

É o primeiro Código de Processo Civil aprovado em uma democracia, pois os dois anteriores foram escritos em regimes ditatoriais. Toda a sociedade brasileira foi ouvida em sua elaboração. Destaco alguns pontos fundamentais do novo CPC, como a valorização da mediação e da conciliação, a limitação dos recursos da Fazenda Pública, a coletivização de ações. É um momento que dá luzes ao Judiciário, para que ele entenda nosso país (2015, s/p)

Luiz Fux, coordenador da comissão de juristas convocada pelo Senado Federal para elaborar o novo Código, segundo matéria publicada pelo site da OAB, afirmou:

Nosso objetivo foi elaborar um Código que permitisse prestar a resposta judicial em um prazo razoável. Neste processo, a sociedade falou e foi ouvida, pois promovemos mais de 100 audiências públicas e recebemos mais de 80 mil e-mails com sugestões. O Judiciário sentia-se impotente frente ao desafio

da celeridade, pois havia excesso de recursos e uma litigiosidade desenfreada (2015, s/p)

Por fim, ainda na mesma matéria publicada no site da OAB, o ministro da Justiça José Eduardo Cardozo, declarou:

A vida é dinâmica, então suas regras também devem ser. Novas realidades, como o Processo Judicial Eletrônico e a conciliação, exigiam mudanças no CPC. Esse texto é um monumento jurídico que será venerado no futuro, pois é um Código equilibrado e que coloca em um bom termo o devido processo legal a celeridade, uma afirmação da cidadania e da democracia (2015, s/p)

Isto posto, verificamos as principais inovações trazidas pelo novo Código e a sua importância, tendo em vista que conforme já dito anteriormente, o Código surgiu com o principal objetivo de diminuir o formalismo em que há no Código vigente, tendo em vista que o mesmo possui inúmeros recursos e formalismo que tendem a atrasar a Justiça fazendo com que o principal objetivo do processo, que é conceder a tutela e atender ao pedido de quem realmente tem razão e direito, fique em um plano secundário.

Nesse sentido, percebe-se que o “Código de Fux” foi elaborado não apenas pensando na agilidade do Judiciário, pois quando se pensa em economia processual, celeridade e redução de formalismos está se pensando em beneficiar as partes, haja vista que quem só tem a ganhar com isso é o autor e/ou réu.

## **2.1 Segurança Jurídica**

No novo Código de Processo Civil haverá necessidade da uniformização da jurisprudência dos tribunais, nesta diáspora é perceptível a tutela à segurança jurídica, algo que não é observado no Código atual. Em relação ao tema, de acordo com o artigo “Novo CPC é publicado e, para advogados, traz segurança jurídica”, o advogado Ulisses Sousa afirma:

Isso porque um dos princípios que norteia o novo CPC é o que dispõe acerca da necessidade dos tribunais procederem para a uniformização de sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente. É tudo o que não temos hoje. A insegurança jurídica é um dos grandes males que afeta o Brasil. É um dos problemas que mais aflige o jurisdicionado e que em muito contribui para a litigiosidade excessiva e para o grande número de recursos que hoje os tribunais precisam enfrentar (2015, s/p)

No mesmo sentido, e, ainda de acordo com o artigo anteriormente citado, o advogado e também professor José Carlos Puoli afirma:

Desde logo, parece salutar, em linha geral, a ideia de dar maior prestígio para a jurisprudência, ampliando as hipóteses em que decisões de instâncias superiores deverão ser seguidas pelos juízes. Isto tende a ser relevante mecanismo para acelerar julgamentos e também garantir maior segurança jurídica, em especial para casos de direito tributário, previdenciário e de direito do consumidor (2015, s/p)

Sendo assim, no que tange à segurança jurídica é inteligível as alterações efetuadas pelo novo Código, sendo um ponto positivo e de um grande valor notório.

### **3 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO COMO FORMA DE ENTENDER A SUPERAÇÃO DOS CÓDIGOS ANTIGOS**

Observando a evolução do Código de Processo Civil, destaco as fases do processualismo, sendo elas, a fase sincretista, autonomista e instrumentalista.

Na fase sincretista, o Doutor Elpidio Donizetti, Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em seu artigo “Evolução (fases) do processualismo: sincretismo, autonomia, instrumentalismo e neprocessualismo”, afirma:

Nessa fase não havia uma verdadeira ciência do processo civil, pois os conhecimentos eram puramente empíricos, sem qualquer consciência de princípios, conceitos próprios ou método. O processo era vista apenas em sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos, chegando a ser confundido com o mero procedimento ao ser definido como “sucessão de atos” ou “modo de exercício de direitos”. Não havia sequer percepção da relação jurídica existente entre os sujeitos (relação jurídica processual), nem sobre a necessidade de se permitir a participação dos litigantes (contraditório) (2013, s/p)

Sendo assim, verifica-se que na fase do sincretismo o processo era confundido com o procedimento, não havendo percepção de relação jurídica existente entre os sujeitos e muito menos contraditório.

Na fase autonomista, há um grande desenvolvimento em relação ao sincretismo, tendo em vista que, o processo passa a ser autônomo, havendo o reconhecimento da relação jurídica processual, separando-se do direito material. Elpidio Donizetti:

Durante esse período os processualista perceberam que o processo não é um modo de exercício dos direitos (colocado no mesmo plano dos demais modos previstos pelo direito privado), mas o caminho para se obter uma proteção especial por meio do juiz, qual seja, a tutela jurisdicional. As normas do direito processual não têm por objeto os bens da vida (próprios do direito privado), e sim os fenômenos que ocorrem na vida do processo (jurisdição, ação, defesa e processo) (2013, s/p)

Não obstante, chegou-se a terceira fase do direito processual, a fase instrumentalista. Segundo Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 23):

Tudo isso e muito mais são manifestações da *postura instrumentalista* que envolve a ciência processual, neste terceiro momento metodológico. (...) Sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal ou pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução. Aprimorar o serviço jurisdicional prestado através do processo, dando efetividade aos seus princípios formativos (lógico, jurídico, político, econômico), é uma tendência universal, hoje. E é justamente a instrumentalidade que vale de suficiente justificação lógico-jurídica para essa indispensável dinâmica do sistema e permeabilidade às pressões axiológicas exteriores: tivesse ele seus próprios objetivos e justificação auto-suficiente, razão inexistiria, ou fundamento, para pô-lo à mercê das mutações políticas, constitucionais, sociais, econômicas e jurídico-substanciais da sociedade.

Salienta Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2012, p. 24):

O juiz deve estar sempre atento ao fato de que o processo não é um bem a que se aspira por si mesmo, mas um meio de obter **a solução dos conflitos de interesses e a pacificação social**. Ele é o **instrumento** da jurisdição. Por isso, embora a lei imponha a obediência a determinadas formas, o ato processual será válido, a despeito de sua inobservância, desde que tenha atingido o resultado para o qual foi previsto. Afinal, se o ato atingiu sua finalidade, ninguém teve prejuízo. As formas que a lei impõe ao processo não são um objetivo em si, mas uma garantia dada aos que dele participam. Se, apesar de desrespeitadas, a finalidade for atingida, não se decretará a nulidade do ato.

Destarte, considerando que a ciência processual encontra-se em evolução e que, como percebemos, essa evolução acontece há muito tempo, devemos ressaltar a importância da instrumentalidade do processo, tendo em vista, que no momento presente o que mais importa para o processo é o resultado, ou seja, a concessão da tutela jurisdicional demonstrando a efetividade do processo como um todo.

Nesse sentido, os artigos 154, 244 e 249, § 2º, todos do Código de Processo Civil preceituam:

Art. 154. Os atos e termos processuais **não dependem de forma** determinada senão quando a lei expressamente a exigir, **reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.**

Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, **o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.**

Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.

§ 2º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará **nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.**

Portanto, é de certo que a instrumentalidade do processo é um ponto positivo ocasionado pela evolução processual, haja vista que, conforme os artigos supracitados, o que realmente importa para essa fase é a finalidade do processo, ou seja, o alcance da tutela jurisdicional pretendida. José Roberto dos Santos Bedaque (2001, p. 14):

A importância dessas inovações, como de outras verificadas ao nível infraconstitucional, reside principalmente na sua causa. **Depois de longo período caracterizado por preocupações endoprocessuais, volta-se a ciência para os resultados pretendidos pelo direito processual. Trata-se, sem dúvida, de nova visão do fenômeno processual, instrumento cuja utilidade é medida em função dos benefícios que possa trazer para o titular de um interesse protegido pelo ordenamento jurídico material.** A conscientização de que o processo vale não tanto pelo que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, tem levado estudiosos a reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva metodológica da ciência.

Neste diapasão, é perceptível a melhoria que a evolução processual, mais precisamente a evolução das fases do processualismo, trouxe para o processo e conseqüentemente para as partes, tendo em vista, que o objetivo principal da fase instrumentalista é o resultado.

### **3.1 O processo como mecanismo de efetivação dos direitos materiais**

Considerando que presenciamos a fase instrumentalista do processo, não podemos perder de vista a sua efetividade em relação aos direitos materiais, desta forma, José Roberto dos Santos Bedaque expõe (2010, p. 49):

*Processo efetivo* é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores *segurança* e *celeridade*, proporciona às partes o **resultado desejado pelo direito material**. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-la em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo.

Conforme já mencionado no tópico 2 do presente artigo, o novo Código de Processo Civil possui como escopo a celeridade e a economia processual, como forma

de concessão da tutela jurisdicional. No entanto, devemos levar em consideração que não podemos perder de vista a ideia da segurança jurídica, tendo em conta, que mesmo que o processo seja célere deve-se conceder o contraditório e a ampla defesa, isto é, há sempre a ideia da razoável duração do processo, não obstante, deve-se prevalecer à ideia de justiça, de nada adianta um processo ser célere, econômico, se não conceder o contraditório, ampla defesa.

Salienta José Roberto dos Santos Bedaque (2010, p. 51):

O caminho mais seguro é a simplificação do procedimento, com a flexibilização das exigências formais, a fim de que possam ser adequadas aos fins pretendidos ou até ignoradas, quando não se revelarem imprescindíveis em determinadas situações. O sistema processual não deve ser concebido como uma camisa-de-força, retirando do juiz a possibilidade de adoção de soluções compatíveis com as especificidades de cada processo. As regras do procedimento devem ser simples, regulando o mínimo necessário à garantia do contraditório mas, na medida do possível, sem sacrifício da cognição exauriente.

(...)

É preciso, todavia, que o processualista não perca de vista a função indiscutivelmente instrumental desse meio estatal de solução de controvérsias, para não transformar a técnica processual em verdadeiro labirinto, em que a parte acaba se arrependendo de haver ingressado, pois não consegue encontrar a saída. O mal reside, portanto, no formalismo excessivo.

Conclui-se, portanto, que a efetividade do processo está diretamente ligada à ideia da instrumentalidade, tendo em vista, que o objetivo dos mesmos é conceder a tutela jurisdicional de forma célere, segura e econômica, fazendo com que se efetive o direito material pretendido.

#### **4 AS EVOLUÇÕES NORMATIVAS ESPECÍFICAS**

O Capítulo I do Novo Código de Processo Civil disciplinado pela Lei 13.105/2015 regulamenta sobre as Normas Fundamentais do Processo Civil, ou seja, os doze primeiros artigos do CPC de 2015 expressamente preveem os princípios e fundamentos expostos na Constituição Federal, dentre eles o princípio dispositivo (art. 2º), princípio da inafastabilidade e universalidade da tutela jurisdicional (art. 3º), princípio da celeridade (art. 4º), igualdade (art. 7º), dignidade humana, proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade, eficiência (art. 8º) e contraditório (art. 10).

A Doutora Kellen Cristina de Andrade Avila, Procuradora Federal, em seu artigo “Inovações constantes no projeto do Novo Código de Processo Civil (PL 166/2010), menciona:

Verifica-se assim, que os princípios tratados pelo Projeto do NCPC já estavam incorporados ao nosso ordenamento jurídico. Contudo, a adoção da teoria do direito processual constitucional pelo NCPC, com a alocação de princípios constitucionais expressamente em um só Título no NCPC constitui uma inovação jurídica louvável (2014, s/p)

Portanto, uma das primeiras inovações normativas do NCPC são os princípios expressamente expostos nos primeiros doze artigos do Código.

#### **4.1 A resposta aos anseios sociais: o código de 1973 e 2015**

O Código de Processo Civil de 1973, também conhecido como Código de Buzaid, substituiu o desatualizado Código de 1939.

O Código de 39 não acompanhou o desenvolvimento científico e sociológico, do processo civil europeu, afirmavam que o mesmo era teórico, complexo, contendo termos ambíguos e que possuía uma série de ações especiais, abrangendo, em desorganizada divisão, processos de jurisdição contenciosa e voluntária.

Alfredo Buzaid em 1964 entregou o Anteprojeto do Código de Processo Civil, que após muitas discussões, foi encaminhado ao Congresso Nacional em 1972, sendo sancionado em 1973, passando a vigorar em 1974.

Para uma melhor disposição, o Código de Processo Civil vigente foi organizado de uma forma lógica e cronológica, disposto em títulos, dividido de acordo com a natureza da atividade, ou seja, de acordo com o processo, sendo distribuído em cinco livros, quais seja, processo de conhecimento, processo de execução, processo cautelar, procedimentos especiais e disposições finais e transitórias. A fase do processo de conhecimento divide-se entre o rito comum ordinário e rito comum sumário. Dentro do procedimento comum ordinário temos a fase postulatória, saneadora, instrutória e decisória.

O Código de Buzaid, em seu artigo 2º, propôs o princípio dispositivo, preceituando que “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”, logo, cabe à parte interessada levar ao Poder Judiciário o seu pedido, por meio de uma petição, expondo os seus argumentos e fundamentos de fato e de direito.

No mesmo sentido, o artigo 262 do Código de Processo Civil vigente, preceitua que “o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial”, portanto, por meio da provocação da parte interessada junto ao Poder Judiciário, o Estado-juiz poderá agir de ofício, impondo ao processo rápida solução do litígio (art. 125, II, CPC), inclusive determinando, de ofício, as provas necessárias, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 130, CPC).

Ainda, poderá o Juiz de ofício, ou seja, não será necessário o requerimento das partes, tomar as medidas relativas aos artigos 267, parágrafo 3º (conhecer, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; perempção, litispendência ou coisa julgada; condições da ação); artigo 245, parágrafo único, (determina que o juiz deverá conhecer de ofício a nulidade absoluta, não submetendo essa às penas preclusivas); artigo 219, § 5º (prescrição).

À vista disso, após 42 anos de vigência do Código de Processo Civil de 1973 vislumbrou-se uma possibilidade de modificação, tendo em vista que o CPC atual necessita de uma modificação que se ajuste à modernidade, que realmente venha para efetivar a celeridade do processo e corrigir eventuais equívocos do Código de Buzaid.

Por conseguinte, no dia 16 de Março de 2015 foi sancionado pela Presidente Dilma Rousseff o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, sendo que este tramitava pelo Congresso Nacional por cinco anos, por meio do Projeto Lei 166/2010.

O Novo Código de Processo Civil vem com o propósito de agilizar os procedimentos, trazendo celeridade e observando o princípio da economia processual, além de reduzir os formalismos existentes no sistema recursal e atentar-se à segurança jurídica.

#### **4.2 A modificação recursal: primeiros aspectos do código de 1973 e 2015**

Em relação à matéria recursal do Código de Buzaid, existe uma variedade de recursos, seja diante das decisões interlocutórias ou diante da sentença em que as partes poderão se utilizar para levarem a matéria para apreciação das instâncias superiores para uma reanálise e eventual modificação de seu conteúdo.

O artigo 496 do atual CPC dispõe de oito recursos, quais são: apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário, sendo que, devemos mencionar que o agravo admite três formas de interposição: agravo de instrumento, agravo retido e agravo interno, sendo possível, ainda, o agravo regimental, previsto em regimentos internos de tribunais pátrios variados, ou seja, é perceptível a formalidade em relação aos recursos do atual CPC.

O novo CPC busca a celeridade, no entanto, ele observa também a segurança jurídica, tendo em vista que o mesmo modifica os recursos, não obstante, observa os princípios da Constituição Federal.

No Código de Processo Civil de 2015 os prazos processuais dos recursos serão de 15 dias (§ 5º, art. 1.003), salvo embargos de declaração que terá prazo de 5 dias (artigo 1.023).

O agravo retido e embargos infringentes foram suprimidos do Código. Em relação às questões decididas pelo agravo retido estas deverão ser arguidas em preliminar na apelação, tendo em vista que não ocorrerá preclusão temporal das decisões interlocutórias, conforme § 1º do artigo 1.009. Luiz Manoel Gomes Chueiri (2014, p. 200):

Uma grande novidade é a extinção do agravo na modalidade retida, o que deve ser objeto de aplausos. Recurso inútil e desnecessário, com procedimento especial e toda a dificuldade que causa na tramitação do feito e, na maioria das vezes, a parte se omite no pedido de julgamento, com perda de tempo para todos os envolvidos.

O caso é evitar a preclusão por outros meios, como a impugnação do interessado, que será objeto de julgamento com o recurso de apelação.

O agravo interno está previsto no artigo 994, III, o mesmo é cabível contra decisões monocráticas/unilaterais do relator, seu processamento se dará de acordo com o regimento interno de cada tribunal.

Conforme o artigo 1.010, a apelação será interposta no Juízo de 1º grau, o apelado será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 dias, caso o apelado interpuser apelação adesiva, o juiz intimará o apelante para apresentação das contrarrazões e após cumpridas tais formalidades, o juiz remeterá os autos ao tribunal, independentemente de juízo de admissibilidade. Observa-se que o juiz de primeiro grau ficará encarregado apenas para executar as formalidades previstas no artigo 1.010 e seus parágrafos, tendo em vista que o mesmo não realizará juízo de admissibilidade ficando a mesma a encargo do Tribunal, privilegiando-se o princípio da economia processual, haja vista que, de acordo com o CPC de 73 o juízo de admissibilidade era realizado tanto pelo juízo de 1º grau como o de 2º grau.

Ressalto aqui o que foi dito pela Doutora Priscila Fialho Tsutsui, Procuradora Federal em seu artigo "O sistema recursal no projeto do novo CPC":

Inicialmente, em busca de maior efetivação das decisões judiciais, houve tentativa de exclusão do efeito suspensivo da apelação, a fim de que toda sentença produzisse efeitos imediatos, salvo em casos excepcionais de risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e desde que ficasse demonstrada a probabilidade de provimento do recurso, nos quais o Tribunal poderia conceder o efeito suspensivo.

Contudo, diante das inúmeras críticas, como por exemplo, quanto à atribuição de poderes excessivos aos juízes de 1º grau, à falibilidade humana e à insegurança jurídica, a redação atual do Novo Projeto de Código de Processo Civil optou por manter o efeito suspensivo da apelação (2014, s/p)

Diante de tal opção, o artigo 1.012 menciona que a apelação terá efeito suspensivo, todavia o § 1º do referido artigo estão previstas as hipóteses em que a sentença produzirá efeitos imediatamente após a sua publicação, tendo em vista que, de acordo com o § 2º “o apelado poderá promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a sentença”, não obstante, o § 4º aduz que “a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação”.

Por fim, cabe ressaltar que, conforme o § 3º do referido artigo, “o pedido de concessão de efeito suspensivo nas hipóteses do § 1º poderá ser formulado por requerimento dirigido ao: I – tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-la; II – relator, se já distribuída a apelação.

Em relação ao procedimento do agravo de instrumento, cabe-nos citar as principais modificações ocorridas, sendo que a primeira está exposta no inciso I, do artigo 1.017 que aduz que “a petição de agravo de instrumento será instruída obrigatoriamente, com cópias da petição inicial, da contestação, da petição que ensejou a decisão agravada, da própria decisão agravada, da certidão da respectiva intimação **ou outro documento oficial que comprove a tempestividade** e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado”, a segunda mudança vem disciplinada no parágrafo 3º do referido artigo “na falta da cópia de qualquer peça ou no caso de algum outro vício que comprometa a admissibilidade do agravo de instrumento, deve o relator aplicar o disposto no art. 932, parágrafo único”, o que vem disposto no artigo 932, parágrafo único é a possibilidade de “antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível”, consoante entendimento do Professor Gustavo Galvão, em seu artigo “O Projeto do Novo Código de Processo Civil e as Mudanças no Sistema Recursal”:

Esta mudança vem impedir uma prática comum nos tribunais, que criaram uma jurisprudência processual de buscar no defeito uma possibilidade de se livrar do excesso de julgamento de recursos a que estão submetidos, rejeitando-os liminarmente... (s/a, s/p)

Finalmente, como terceira e última alteração em relação ao agravo de instrumento, o artigo 937, VIII permite a sustentação oral “no agravo de instrumento interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência”.

Em se tratando dos embargos de declaração, no artigo 1.026, parágrafo 2º declara que “quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar o embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa”, posto isso, observamos que a principal alteração refere-se ao valor da multa, passando de 1% a 2%, prosseguindo, o § 3º do referido artigo menciona que “na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, **à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça**, que a recolherão ao final”, em relação à Fazenda Pública é óbvia a finalidade de pagamento somente ao final, tendo em vista que a mesma é responsável por inúmeros recursos.

Em relação ao Recurso Extraordinário e Especial, a primeira alteração refere-se ao § 3º, do artigo 1.029 que informa que “O Superior Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave”, evidente destaque ao princípio da instrumentalidade das formas, que conforme salienta o professor Gustavo Galvão:

Essa mudança enfatiza a função destas cortes de uniformização, ultrapassando o interesse subjetivo das partes para prevalência da unidade do Direito. É evidente a influência do princípio da instrumentalidade das formas neste dispositivo, impedindo a continuidade de uma jurisprudência processual defensiva, especialmente nos tribunais superiores, para se livrar da quantidade de recursos a que estão submetidos (s/a, s/p)

O parágrafo 4º do referido artigo expõe que “quando, por ocasião do processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, o presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça receber requerimento de suspensão de processos em que se discuta questão federal constitucional ou infraconstitucional, poderá, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, estender a suspensão a todo o território nacional, até ulterior decisão de recurso extraordinário ou do recurso especial a ser interposto”, para uma melhor interpretação do parágrafo supracitado, o professor Gustavo Galvão exemplifica:

Esta é uma decorrência natural do próprio incidente, já que tem por finalidade evitar a coexistência de decisões conflitantes e garantir a unidade do Direito. Como o tribunal onde ocorre o incidente só poderá suspender os processos dentro de sua competência territorial, qualquer pessoa que for parte em processo que se discuta a mesma questão de direito posta no incidente, e que não esteja dentro da competência territorial do tribunal, pode requerer ao Supremo Tribunal Federal e ao

Superior Tribunal de Justiça a suspensão de todos os processos com o mesmo objeto do incidente, em todo território nacional, até ulterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial eventualmente interposto (s/a, s/p)

Ainda em relação ao Recurso Extraordinário e Especial, os artigos 1.032 e 1.033 mencionam:

Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.

Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.

Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.

Sendo assim, concluímos que haverá uma comunicação entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal em relação aos recursos interpostos equivocadamente.

Haverá um novo recurso disposto no artigo 1.042 nomeado como “Do Agravo em Recurso Especial e em Recurso Extraordinário”, esse agravo será cabível, conforme o artigo mencionado, “contra decisão de presidente ou de vice-presidente do tribunal que: I – indeferir pedido formulado com base no art. 1.035, § 6º, ou no art. 1.036, § 2º, de inadmissão de recurso especial ou extraordinário intempestivo; II – inadmitir, com base no art. 1.040, inciso I, recurso especial ou extraordinário sob o fundamento que o acórdão recorrido coincide com a orientação do tribunal superior; III – inadmitir recurso extraordinário, com base no art. 1.035, § 8º, ou no art. 1.039, parágrafo único, sob o fundamento de que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida”.

Conforme menciona o § 1º do artigo supracitado, “sob pena de não conhecimento do agravo incumbirá ao agravante demonstrar, de forma expressa: I – a intempestividade do recurso especial ou extraordinário sobrestado, quando o recurso fundar-se na hipótese do inciso I do caput deste artigo; II – a existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado, quando a inadmissão do recurso: a) especial ou extraordinário fundar-se em entendimento firmado em julgamento de recurso repetitivo por tribunal superior; b) extraordinário fundar-se em decisão anterior do Supremo Tribunal Federal de inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida”.

Em relação aos embargos de divergência, conforme preceitua o artigo 1.043 os mesmos serão cabíveis quando:

Art. 1.043. É embargável o acórdão de órgão fracionário que: mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito;  
II - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, relativos ao juízo de admissibilidade;  
III - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia;  
IV - nos processos de competência originária, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal.  
I - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do

Posto isso, o professor Gustavo Galvão menciona que:

Os embargos de divergência tem por finalidade uniformizar internamente a jurisprudência dos tribunais superiores, independentemente se a divergência resulta do julgamento do recurso ou de ação originária (s/a, s/p)

Luiz Manoel Gomes Júnior e Miriam Fecchio Chueiri (2014, p. 210):

Aqui a grande inovação é permitir a utilização de paradigma na qual o recurso extraordinário ou especial não tenha sido *conhecido*, mas desde que o mérito tenha sido analisado. Outro ponto importante é que a divergência será admissível mesmo que esteja situada no âmbito da própria admissibilidade do recurso (matéria processual). Não só será admissível embargos de divergência nos recursos extraordinário e/ou especial, mas de igual modo em se tratando de causas de competência originária. A restrição atual nem tem mesmo qualquer sentido, pois o que é relevante é que não haja divergência interna no âmbito dos Tribunais Superiores, inclusive em matéria processual.

Conclui-se, portanto, que em relação ao Sistema Recursal haverá um aperfeiçoamento, tendo em vista que, os recursos tendem a ser processados de maneira mais célere, não perdendo de vista a segurança jurídica.

## 5 CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que a codificação do novo Código de Processo Civil foi muito importante, pois, conforme já mencionado no presente artigo, o Código de Processo Civil tem por escopo diminuir os formalismos existentes no Código vigente, possibilitando um uma justiça mais célere, eficaz, econômica, no sentido que possa se

observar a instrumentalidade do processo como forma de efetivação do direito do material.

Nesse sentido, percebemos que com a vinda do Novo Código, ao mesmo tempo em que o mesmo ajudará o Judiciário para a solução dos litígios, ajudará também as partes no sentido de que possibilitada a celeridade e a economia, as partes poderão alcançar seus direitos de forma mais rápida e econômica.

Não obstante, não podemos deixar de citar a segurança jurídica trazida pelo novo Código, considerando que o mesmo tutela a uniformização da jurisprudência dos tribunais, sendo algo totalmente relevante e inovador no Novo Código.

Fazendo uma breve comparação do sistema recursal do Código vigente com o do Novo Código, vislumbramos que haverá um aperfeiçoamento, tendo em vista, que os recursos serão processados de forma mais célere, observando, claramente, a segurança jurídica, o que nos leva a concluir que o novo Código apesar de realmente apontar para uma Justiça mais econômica, célere e eficaz não deixa de tutelar a segurança jurídica, sendo assim, é perspicaz que a sanção do Novo Código foi muito benéfica para o Judiciário e para a coletividade, considerando que há muito tempo se fazia necessária a vinda de um novo Código que tutelasse de forma rígida a celeridade e a economia processual.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, ALVIM. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. Ed, V. 2, Revista dos Tribunais, 2006.

AVILA, KELLEN CRISTINA DE ANDRADE. **Inovações constantes no projeto do novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010)**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,inovacoes-constantes-no-projeto-do-novo-codigo-de-processo-civil-pls-1662010,47268.html>, acesso em 28 de abril de 2015.

BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS. **Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo**. 2ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

**BRASIL, Ordem dos Advogados. Conselho Federal. Código de Processo Civil é sancionado e traz conquista para advocacia**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/28161/codigo-de-processo-civil-e-sancionado-e-traz-conquistas-para-advocacia>, acesso em 20 de abril de 2015.

CARDOZO, José Eduardo. **Código Civil é sancionado e traz conquistas para advocacia**. Disponível em <<http://www.oab.org.br/noticia/28161/codigo-de-processo-civil-e-sancionado-e-traz-conquistas-para-advocacia>>. Acesso em 22 de Abril de 2015.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Dilma sanciona nesta segunda-feira novo código de Processo Civil**. Disponível

em<<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/03/dilma-sanciona-nesta-segunda-feira-novo-codigo-de-processo-civil.html>>. Acesso em 22 de Abril de 2015.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **Código Civil é sancionado e traz conquistas para advocacia**. Disponível em <<http://www.oab.org.br/noticia/28161/codigo-de-processo-civil-e-sancionado-e-traz-conquistas-para-advocacia>>. Acesso em 22 de Abril de 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 14. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

DINAMARCO, CANDIDO RANGEL. **A instrumentalidade do processo**. 09. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DONIZETTI, ELPIDIO. **Evolução (fases) do processualismo: sincretismo, autonomia, instrumentalismo e neoprocessualismo**. Disponível em: <http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940209/evolucao-fases-do-processualismo-sincretismo-autonomia-instrumentalismo-e-neoprocessualismo>, acesso em 29 de abril de 2015.

FUX, Luiz. **Código Civil é sancionado e traz conquistas para advocacia**. Disponível em <<http://www.oab.org.br/noticia/28161/codigo-de-processo-civil-e-sancionado-e-traz-conquistas-para-advocacia>>. Acesso em 22 de Abril de 2015.

GAIO JÚNIOR, ANTÔNIO PEREIRA e CÂMARA, ALEXANDRE FREITAS. **Novo CPC: reflexões e perspectivas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

GALVÃO, GUSTAVO. **O projeto do novo Código de Processo Civil e as mudanças no Sistema Recursal**. Disponível em: [http://www.ggalvao.adv.br/site\\_index.php?tipo\\_pag=7&id\\_menu=21226&id\\_artigo=6629](http://www.ggalvao.adv.br/site_index.php?tipo_pag=7&id_menu=21226&id_artigo=6629), acesso em 28 de abril de 2015.

GONÇALVES, MARCUS VINICIUS RIOS. **Novo curso de Direito Processual Civil**. 09. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. **O Sistema Recursal na proposta do Novo Código de Processo Civil. In Novo CPC: reflexões e perspectivas (coord. Antônio Pereira Gaio Júnior e Alexandre Freitas Câmara)**. Belo horizonte: Del Rey, 2014.

PUOLI, José Carlos. **Novo CPC é publicado e, para advogados, traz segurança jurídica**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-17/avancos-retrocessos-cpc-publicado-diario-oficial>>. Acesso em 23 de Abril de 2015.

RAMALHO, RENAN e MATOSO, FILIPE. **Dilma sanciona nesta segunda-feira novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/03/dilma-sanciona-nesta-segunda-feira-novo-codigo-de-processo-civil.html>, acesso em 20 de abril de 2015.

SOUSA, Ulisses. **Novo CPC é publicado e, para advogados, traz segurança jurídica**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-17/avancos-retrocessos-cpc-publicado-diario-oficial>>. Acesso em 23 de Abril de 2015.

TEIXEIRA, Paulo. **Código Civil é sancionado e traz conquistas para advocacia**. Disponível em <<http://www.oab.org.br/noticia/28161/codigo-de-processo-civil-e-sancionado-e-traz-conquistas-para-advocacia>>. Acesso em 22 de Abril de 2015.

THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual e Processo de Conhecimento** – vol. I, 54 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TSUTSUI, PRISCILA FIALHO. **O sistema recursal no projeto do novo CPC.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-sistema-recursal-no-projeto-do-novo-cpc,48531.html>, acesso em 28 de abril de 2015.

# RESERVA LEGAL ABSOLUTA EM TRIBUTAÇÃO E O PODER CONSTITUINTE<sup>1</sup>

## DUE PROCESS OF LAW IN TAXATION AND CONSTITUENT POWER

Guilherme Gonçalves ALCÂNTARA<sup>2</sup>  
Renato Tinti HERBELLA<sup>3</sup>

**RESUMO:** O presente estudo procura comparar a reserva legal absoluta e o poder constituinte, vistos em um ambiente constitucional-tributário. Pela limitação formal exigida ao trabalho, optou-se por não tecer considerações históricas e/ou de maior densidade técnica, tudo feito com a maior cautela possível para não prejudicar a qualidade da pesquisa. O artigo abarca, ainda, a possível inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 32/2001, que basicamente, trouxe a possibilidade de se legislar em matéria tributária através do instrumento normativo Medida Provisória.

**Palavras-chave:** Legalidade. Reserva legal. Constituição. Tributação. Direitos fundamentais.

**ABSTRACT:** This study seeks to compare the due process of law in taxation (legal reserve) and the constituent power, seen in a constitutional-tax environment. The formal limitation required for the work, it was decided not to make a historical and / or density greater technical considerations, all of it was done with the greatest caution possible not to harm the quality of this research. The article covers also the possible unconstitutionality of the Constitutional Amendment 32/2001, which basically brought the possibility to legislate on tax matters through the legal instrument law by the executive branch.

**Keywords:** Legality. Legal Reserve (due process of law). Constitution. Taxation. Fundamental Rights.

## 1 INTRODUÇÃO

A pesquisa teve como enfoque principal o estudo da reserva legal absoluta em tributação. E como é adotado expressamente na Constituição Federal, tendo em vista o Estado Democrático de Direito em que o Brasil está alicerçado, referido tema foi confrontado com alguns aspectos inerentes ao Poder Constituinte.

O assunto goza de grande importância num cenário jurídico atual, principalmente em face de uma sociedade complexa cansada de ser tributada e não ter a contraprestação estatal devida. Para fins didáticos o trabalho foi dividido em dois assuntos principais, a reserva legal absoluta e o poder constituinte.

Como método científico se utilizou o dedutivo, partindo de levantamentos particulares alcançando conclusões gerais, bem como se buscou um raciocínio dialético para, através de diferentes perspectivas, alcançar um raciocínio coerente. Por óbvio, tudo calcado em uma bibliografia constitucional-tributária.

Por fim, salienta-se que a amplitude dos institutos e a discussão sobre o tema é complexa, tornando praticamente impossível o total esgotamento da matéria. Entretanto, almeja-se que o leitor compreenda o raciocínio proposto e se motive para novas pesquisas sobre este intrigante tema.

## 2 A RESERVA LEGAL ABSOLUTA (EM TRIBUTAÇÃO)

---

<sup>1</sup> Artigo vencedor da Categoria Iniciação Científica/Direito do Encontro Toledo de Iniciação Científica Prof. Dr. Sebastião Jorge Chammé 2014.

<sup>2</sup> Discente do 8º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente.

<sup>3</sup> Discente do 10º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente.

Para melhor compreensão do que vem a ser a reserva legal absoluta em matéria tributária, primeiramente é preciso dissecá-la e compreender os seus pressupostos.

Pois bem, partindo dessa premissa, adiante serão elaborados pressupostos, requisitos e comentários que visam esmiuçar de maneira clara e objetiva o instituto da reserva legal absoluta tributária.

## 2.1 Pressupostos da reserva legal

A reserva legal absoluta, falando em termos genéricos e não somente na perspectiva tributária, é instituto eminentemente jurídico, e propõe a ideia de segurança jurídica e igualdade formal entre os pactuantes do contrato social.

Quando se fala em contrato social, procura-se aproximar a expressão nos mesmos termos em que foi idealizada por Rousseau: como forma de associação entre os homens em prol da liberdade, segurança e bem-estar social.

Assim, o contrato social teria como função precípua o interesse do bem comum, conforme leciona Rousseau (2008, p. 23):

Eu imagino os homens chegados ao ponto em que os obstáculos, prejudiciais à sua conservação no estado natural, os arrastam, por sua resistência, sobre as forças que podem ser empregadas por cada indivíduo a fim de se manter em tal estado. Então esse estado primitivo não mais tem condições de subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse sua maneira de ser. Ora, como é impossível aos homens engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir as existentes, não lhes resta outro meio, para se conservarem, senão formando, por agregação, uma soma de forças que possa arrastá-los sobre a resistência, pô-los em movimento por um único móbil e fazê-los agir de comum acordo.

Na esteira do raciocínio do revolucionário suíço, as cláusulas deste pacto social nunca se desvinculam da própria natureza do ato (ROUSSEAU, 2009, p. 24), sob pena de perecerem automaticamente. Quer-se dizer que o poder soberano, embora fundado sob a entrega dos direitos do homem<sup>4</sup>, perde a sua autoridade quando se descola do seu propósito, pois, ainda Rousseau (2009, p. 24) afirma que:

As cláusulas deste contrato são de tal modo determinadas pela natureza do ato, que a menor modificação as tornaria vãs e de nenhum efeito; de sorte que, conquanto jamais tenham sido formalmente enunciadas, são as mesmas em todas as partes, em todas as partes tacitamente admitidas e reconhecidas, até que, violado o pacto social, reentra cada qual em seus primeiros direitos e retoma a liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual ele aqui renunciou.

Em comparação, a reserva legal é uma cláusula que, tal qual a reserva jurisdicional, reserva de plenário (no controle de constitucionalidade difuso) entre outras, garante proteção complementar aos direitos fundamentais, colocando certos obstáculos na atuação do Estado. Estes institutos jurídicos são, assim, cláusulas constitucionais, instrumentos que ora proíbem a violação a direitos fundamentais, ora a permitem segundo circunstâncias previamente estabelecidas.

Feita esta consideração, podemos, antes de qualquer coisa, conferir como nascedouro da reserva legal absoluta o princípio da Legalidade. Acerca dela, José Afonso da Silva (2000, p. 423) assevera que:

---

<sup>4</sup> "Alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, à comunidade toda, porque, em primeiro lugar, cada um dando-se completamente, a condição é igual para todos, e, sendo a condição igual para todos, ninguém se interessa por torná-la onerosa para os demais" (ROUSSEAU, 2009, p. 25).

O princípio da legalidade é nota essencial do Estado Democrático de Direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito [...], porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca de igualização das condições dos socialmente desiguais. Toda sua atividade fica sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei.

A lição supra, combinada com as ideias rousseauianas, detém por semelhança a manifesta finalidade de promover o tratamento comum a todos os associados do pacto social, evitando que qualquer interesse particular predomine no agir do poder soberano.

Vale ressaltar que o próprio Rousseau já alertava que qualquer cláusula do pacto social que o desviasse da sua natureza seria anulada, pouco importando a sua forma. Ou seja, desde o século XIX já se impugnava a formalidade excessiva e se exigia um tratamento igualitário e substancial.

Logo, a Legalidade é meio, aliás, de implemento da Igualdade, ou Isonomia, também princípio constitucional, e não incompatível com ela, como muitos no “senso-comum teórico” buscam afirmar.

A Legalidade é, sem dúvida, base fundamental de uma democracia, só temos um Estado Democrático de Direito pela (e por meio da) Lei. Negar essa premissa é negar toda a megaestrutura em que nossa sociedade se baseia. Assim, pode-se dizer que a essência da reserva absoluta reside na Legalidade, esta que, por sua vez, procura impedir que o interesse particular se sobrepuje ao interesse comum.

No tocante ao direito tributário, a premissa, por óbvio, se mantém.

Se a tributação é, grosso modo, imiscuência estatal na esfera patrimonial dos cidadãos e só pode ocorrer mediante o exercício do poder soberano legítimo, fica evidente que o Direito Tributário, por sua vez, possui estreito relacionamento com a Legalidade.

Segundo Hugo de Brito Machado (2011, p. 50), o Direito Tributário existe para delimitar o poder de tributar, transformando a relação tributária, que antigamente foi uma relação simplesmente de poder, em relação jurídica.

Não se pode olvidar que a tributação, como fato social, é (muito) anterior ao Direito Tributário, isto é, este não cria aquela, mas tão somente procura a delimitar, regular, simplificá-la, não no sentido de banalização, mas de segurança, de proteção a abusos.

Portanto, o Direito Tributário é a síntese da tributação e a Legalidade. Se a tributação ocorria, outrora, mediante a discricionariedade do governo, isto é, sem sindicabilidade, e hoje só se torna viável nos seus termos, o Direito Tributário apenas existe se presentes conjuntamente os entes: tributação e Legalidade. Outrossim não é falso propor que o Direito Tributário se ocupa das relações entre ambos.

E como já se deixou antever, a relação entre o princípio da Legalidade e a reserva legal é relação gênero-espécie.

Noutras palavras, a reserva legal surge como desdobramento da Legalidade, um aspecto que lhe é peculiar, conforme ilustrado por José Afonso Da Silva (op. cit. 2000, p. 425):

O primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei.

Baseia-se nesta premissa, também, Alexandre de Moraes (2004, p. 72), se todos os comportamentos humanos estão sujeitos ao Princípio da Legalidade, somente alguns estão submetidos ao da reserva da lei.

Quando a Constituição, então, ao dispor sobre um assunto determina, ainda, que a complementação dele tem por condição de validade a forma legal, estabelece como que garantia dupla a esse assunto, por se tratar, obviamente, de invasão à esfera fundamental de direitos.

Portanto, é correto afirmar que a reserva legal absoluta é regra que deflagra os aspectos formais e garantistas da Legalidade.

## 2.2 A reserva legal absoluta em tributação

A reserva legal, quando avaliada na sua forma absoluta e em tributação, encontra respaldo, a um, no artigo 150 da Constituição Federal/88, quando impõe, em seu inciso I, que é vedado ao Estado exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça. A dois, o Código Tributário Nacional praticamente reproduz o comando nos dois primeiros incisos do artigo 97<sup>5</sup>.

Trata-se, assim, de regra calcada na Legalidade, cuja função é, conforme já ressaltado amiúde, limitar o poder estatal de se imiscuir nos direitos fundamentais, em se tratando de reserva legal absoluta em tributação, pode-se afirmar que o principal direito fundamental aqui em risco de mitigação é a propriedade.

O “devido processo legal” necessário à expropriação de um bem, na tributação<sup>6</sup>, afinal de contas, é o próprio procedimento formal necessário à confecção de uma lei.

Ou, como diz Luciano Amaro (2003, p. 28), requer-se que a própria lei defina todos os aspectos pertinentes ao fator gerador; necessários à qualificação do tributo devido em cada situação concreta que venha espelhar a situação hipotética descrita na lei.

Aliomar Baleeiro (2003, p. 38) a divide, ao ressaltar a legalidade formal e material, e aduz que a reserva legal absoluta é junção das duas características:

Ora, os artigos 150, I e 5º, II, da Constituição vigente, referem-se à legalidade, como princípio necessário à instituição e majoração de tributos, tanto do ponto de vista formal – ato próprio, emanado do poder legislativo – como do ponto de vista material, determinação conceitual específica, dada pela lei aos aspectos substanciais dos tributos, como hipótese material, espacial e temporal, consequências obrigacionais, como sujeição passiva e quantificação do dever tributário, alíquotas e base de cálculo, além das sanções pecuniárias, dos deveres acessórios, da suspensão, extinção e exclusão do crédito tributário.

Portanto, poderíamos definir a reserva legal absoluta, quando em tributação, como regra e cláusula constitucional que, em geral, impõe ao Legislativo, e somente a ele, a função de instituir ou majorar tributos, bem como especificar todos os seus elementos, de modo que não reste ao Executivo nenhuma função senão a de aplicar a lei *'ex officio'*.

<sup>5</sup> Art. 97. Somente a lei pode estabelecer: I - a instituição de tributos, ou a sua extinção; II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

<sup>6</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Uma exceção a esta regra é disposta no artigo 153, § 1º, da Constituição Federal:

§ 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.

Note que a exceção só se aplica aos incisos do parágrafo acima, isto é, aos impostos sobre importação de produtos estrangeiros; exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; produtos industrializados<sup>7</sup>; e operações de crédito, câmbio, e seguro. E ainda sim o Executivo é vinculado à lei, conforme expresso no texto constitucional.

Não é demais dizer que tal parágrafo é pertencente ao artigo 153 da Constituição, e este trata da competência da União, sendo assim, somente o Executivo da União possui esta faculdade.

No mais, é essencial destacar a parcial não recepção do artigo 21 do CTN<sup>8</sup> pelo atual ordenamento constitucional, já que a exceção acima descrita comporta apenas a alteração da alíquota de certos tributos como faculdade do Executivo, e o artigo infraconstitucional previa a possibilidade, também, de alteração de suas bases de cálculo.

Expostos, mesmo que perfunctoriamente, os fundamentos da reserva legal em tributação e seu papel no ordenamento jurídico, passa-se a segunda parte do trabalho, dedicada ao exame do poder constituinte.

### 3 O PODER CONSTITUINTE

O poder constituinte, em linhas gerais, surge de um rompimento institucional, isto é, quando a base jurídica de um Estado não mais presta ao bem comum da sociedade. Ocorrendo o rompimento entre o poder soberano e as instituições, há “celebração de novo contrato social”. O poder conferido à confecção da nova Constituição é, portanto, o poder constituinte (originário)<sup>9</sup>.

Por isso é muito bem acertada a afirmação de que a teoria do poder constituinte é uma teoria de legitimidade de poder (BONAVIDES, 2010, p. 141).

Nas palavras de Schmitt (1996, p. 93), tal poder é a: “vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre modo e forma da própria existência política, determinando assim a existência da unidade política como um todo”.

E segundo Michel Temer (2002, p. 33), antes dessa manifestação, o Estado, tal como veio positivamente, não existia. Existe, é, a partir da Constituição [...]. Historicamente é o mesmo. Geograficamente pode ser o mesmo. Não o é, porém, juridicamente.

Zulmar Fachin (2008, p. 45), por sua vez, apresenta bela síntese:

[...] o poder constituinte originário cria o Estado, dando a este sua primeira forma, partejando o que não existia. Contudo, ele pode também recriar o Estado, dando-lhe uma nova forma. Assim, o poder constituinte pode criar ou recriar o Estado.

---

<sup>7</sup> O art. 153, § 1º, da Constituição estabelece expressamente que o Poder Executivo pode definir as alíquotas do I e do IPT, observados os limites estabelecidos em lei. (RE 429.306, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 1º-2-2011, Segunda Turma, DJE de 16-3-2011).

<sup>8</sup> 7 Art. 21. O Poder Executivo pode, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do imposto, a fim de ajustá-lo aos objetivos da política cambial e do comércio exterior.

<sup>9</sup> Ora, é preciso entender que só se pode convocar uma Constituinte na hipótese de uma ruptura institucional, que deve ser grave, com as instituições inviabilizadas, povo na rua, economia em crise, etc. Não se dissolve um regime democrático porque se quer fazer outro (como seria esse “outro”? ). A Constituição é coisa séria, fruto de uma repactuação (“we the people...”). E nela colocamos cláusulas pétreas e forma especial de elaborar emendas. Portanto, alto lá! Não se pode fazer política e vender falsas ilusões em cima daquilo que é a substância das democracias contemporâneas: o constitucionalismo (STRECK, 2011).

Essencial destacar que há muito não se duvida do caráter normativo que as Constituições contemporâneas possuem. Caso não houvesse normatividade e, sobretudo, supremacia do Poder Constituinte em relação ao ordenamento jurídico, não se poderia falar em controle de constitucionalidade e, logo, uma lei ordinária poderia facilmente manipular o poder constituinte.

O poder constituinte é, em linhas genéricas, dividido em originário e derivado.

### 3.1 O poder constituinte originário

Colaciona-se o preâmbulo da nossa Constituição Federal:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Percebe-se, na abertura de nosso texto constitucional, a forte influência que a revolução francesa<sup>10</sup> exerce sobre o pensamento jurídico até os dias atuais.

Já deixamos antever que o poder constituinte originário é, grosso modo, soberano, amiúde revolucionário, e símbolo de um rompimento institucional (MORAES, p 56), que não é meramente sensível no campo das teorias jurídicas, mas sim evidente em todos os aspectos de uma determinada sociedade.

Nada obstante, é fundamental destacar que não se concorda com a tese que advoga pelo total incondicionamento do poder constituinte originário, porquanto tal assertiva além de se fundar no normativismo puro, paradigma obsoleto, ignora a construção histórica dos direitos do homem. O que é um absurdo.

Não parece esse ser o raciocínio coerente com a construção deontológica das instituições, os direitos fundamentais e a própria ideia de democracia, como leciona Carlos Ribeiro Bastos (2001, p. 39):

[...] o órgão incumbido de fazer a Constituição não goza de liberdade plena. Jorge Miranda exemplifica com a hipótese de ser democrática a ideia de direito prevalente. Diz ele que mesmo nessa hipótese, sem embargo de haver plúrimas modalidades de erigir o sistema de direitos fundamentais, de organização econômica, política ou de garantia da constitucionalidade, ainda assim o poder constituinte formal estará adstrito a uma coerência com o princípio democrático.

E esclarece Luis Roberto Barroso (2010, p. 78):

É fora de dúvida que o poder constituinte é um fato político, uma força material e social, que não está subordinado ao Direito positivo preexistente. Não se trata, porém, de um poder ilimitado ou incondicionado. Pelo contrário, seu exercício e sua

---

<sup>10</sup> Os representantes do povo francês, constituídos em ASSEMBLEIA NACIONAL, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos, resolveram expor em declaração solene os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres; a fim de que os actos do Poder legislativo e do Poder executivo, a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789 – Preâmbulo da Constituição de 1791).

obra são pautados tanto pela realidade fática como pelo Direito [...]. Deve-se enfatizar, ademais, que a separação radical entre fato e norma, entre faticidade e normatividade, já não encontra abrigo confortável na teoria jurídica contemporânea. O Direito passa a ser visto como o produto final de uma interação entre ambos.

O que se pretende afirmar é que, mesmo sendo revolucionário, e absoluto quando comparado às Constituições e legislações pretéritas, o Poder Constituinte originário deve, entretanto, respeitar certos preceitos.

Essa tomada de posição exige elucubração tal que desviaria o trabalho de seu curso pretendido. Temos de nos bastar em destacar, aqui, que a vanguarda doutrinária não ratifica o posicionamento que afirma ser o poder constituinte originário ilimitado.

CANOTILHO *apud* FACHIN (2003, p. 55-56) apresenta certas balizas:

- a) se a Constituição a ser elaborada deve ter por escopo organizar e limitar o poder, então o poder constituinte, ao fazer sua obra, estará condicionado por esta “vontade de constituição”. Deseja-se o poder organizado e limitado e esta circunstância condiciona a vontade do criador;
- b) o poder constituinte é “estruturado e obedece a padrões e modelos de condutas espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade” (CANOTILHO, 2002, p. 81). Esses valores *condicionam* sua atuação;
- c) certos princípios de justiça, impregnados na consciência de homens e mulheres, são condicionantes incontornáveis da liberdade e onipotência do poder constituinte. Se *pode tudo*, já não lhe é permitido contrariar os princípios de justiça, como, por exemplo, o de que não se deve lesar a outrem;
- d) o poder constituinte, embora seja a expressão máxima da soberania popular no âmbito do Estado-nação, não pode simplesmente ignorar princípios de Direito Internacional. Ao contrário, deve estar vinculado a alguns desses princípios, tais como o princípio da independência, o princípio da autodeterminação dos povos, o princípio da prevalência dos direitos humanos, o princípio da igualdade entre os Estados, o princípio da defesa da paz e o princípio da solução pacífica dos conflitos.

Não se pode olvidar, outrossim, que apesar destas balizas restritivas o poder constituinte originário é livre para definir a organização do Estado e a prioridade de seus objetivos.

Passa-se, em consequência, à análise do poder constituinte derivado.

### 3.2 O poder constituinte derivado ou constituído

Pode-se dizer, em resumo, que o poder constituído é poder jurídico<sup>11</sup> estabelecido pelo poder constituinte originário e, portanto, por ele condicionado.

Sua função é possibilitar tanto a dinamização da Constituição (poder constituinte derivado reformador), como a criação das Constituições estaduais (poder constituinte derivado decorrente), as quais detêm dever de simetria com a norma superior<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Diferentemente do originário que é poder de fato, o poder de reforma é jurídico (TEMER, 2008, p. 36).

<sup>12</sup> Art. 25 – CF/88 - Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. Art. 11 - ADCT - Cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta.

Em geral se caracteriza o poder constituinte instituído por ser derivado (provém de outro), subordinado (está abaixo do originário, de modo que é limitado por este) e condicionado (só pode agir nas condições postas, pelas formas fixadas) (FERREIRA FILHO. 1999, p. 28).

As ditas normas fixadas, quando referentes à condicionalidade do poder derivado reformador, podem ter natureza formal (titular de iniciativa ou reserva de 'quórum', por exemplo)<sup>13</sup>, material (clássico exemplo, as cláusulas<sup>14</sup> pétreas<sup>15</sup>), circunstancial (como as restrições de estado de sítio), ou temporal<sup>16</sup>.

Não se olvida que existem limites materiais implícitos. Para Paulo Bonavides (2010, p. 178) tais limitações são basicamente aquelas que se referem a extensão da reforma, à modificação do processo mesmo de revisão e a uma eventual substituição do poder constituinte derivado pelo poder constituinte originário.

O que importa aqui é deixar claro que, apesar de ser característico do nosso sistema jurídico a possibilidade de se modificar a Constituição, obedecido o procedimento mais complexo que o de lei ordinária – por isso se classifica, por conseguinte, a nossa Constituição de rígida, não há que se negar a presença de um núcleo imutável do poder constituinte originário que sempre estará ali (a menos que ocorra novo rompimento institucional). Que apesar do decorrer do tempo, não podem ser restringidos ou modificados, salvo para ampliar sua incidência.

A título da mais singela exemplificação, temos as cláusulas pétreas (art. 60, §4º, CF/88).

Indicando manifestações mais complexas deste "DNA Constitucional" como expressa Lenio Streck, podemos indicar a conquista histórica e gradual dos direitos fundamentais, menos como um sistema de "valores relativos" e mais como "consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens, explicitamente declarado" (BOBBIO, 2004, p. 18).

Pela análise desse núcleo intangível, composto pelas limitações acima indicadas, podemos afirmar que ele é formado, basicamente, para a proteção dos direitos fundamentais, dos preceitos democráticos, e da melhor forma de governo e Estado, só sendo a ele permitida a sua ampliação.

E somente o respeito ao sistema dos direitos fundamentais na sua universalidade permite ao homem poder autotranscender – lhe dá a chance de escolher. Escolher se vai ou não a um lugar, que profissão seguir, se se deve oferecer o lugar na fila à pessoa idosa ou o modo de responder, são exemplos singelos da fundamental conquista dos direitos de cada um (CARVALHO, 2013, p. 1). Logo, não se poderia admitir, nos dias atuais, uma Constituição de cunho fascista, o que torna evidente que o Poder Originário não é ilimitado.

Esse é um ponto fundamental a ser posto em voga, porquanto, a partir da análise de convergência entre a legalidade, o poder constituinte, e a reserva legal, todos voltados ao direito tributário, chegamos a uma hipótese de inconstitucionalidade da previsão dada pela emenda constitucional 32/2001 de tributação por meio de medida provisória.

Passa-se, enfim, conforme ressaltado acima, à análise dos institutos relacionados em conjunto, e à explanação da dita inconstitucionalidade.

#### **4 O SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 32/2001**

<sup>13</sup> Michel Temer (2002, p.37) se posiciona no sentido de que "este procedimento deve ser rigorosamente obedecido sob pena de inconstitucionalidade em razão de desobediência à forma".

<sup>14</sup> Nota-se a menção feita outrora no trabalho quanto à definição constitucional de cláusula.

<sup>15</sup> § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

<sup>16</sup> Bem explica Lopes (1993, p. 143): "Acreditamos que todas essas normas de limitação temporal da revisão constitucional, sejam permanentes ou transitórias, não podem ser afastadas através de reforma da Constituição, porque, do contrário, ter-se-ia conferido ao Poder reformador a faculdade de liberta-se das condições de tempo do seu exercício, impostas pelo legislador constituinte".

Depois de feita a conceituação dos institutos da reserva legal absoluta, incidente na tributação, e do poder constituinte, tanto na modalidade originária quanto derivada, convém ressaltar, adiante, as peculiaridades de uma análise sistemática e, por óbvio, constitucional do campo seu campo convergente de incidência.

Sobre a existência de um sistema constitucional tributário, o professor Harada (2009, p. 338) leciona:

O legislador constituinte esculpiu o Sistema Tributário de forma completa, nada deixando à eventual colaboração do legislador ordinário. Ao mesmo tempo em que procedeu a partilha de competência tributária que, por si só, já é uma limitação ao poder de tributação, na medida em que a outorga de competência privativa a uma entidade política implica, ipso facto, a vedação do exercício dessa competência por outra entidade política não contemplada, a Constituição Federal prescreveu inúmeros princípios tributários, visando à preservação do regime político adotado, à saúde da economia, ao respeito aos direitos fundamentais e à proteção de valores espirituais.

Podemos conceituar o Sistema Constitucional Tributário como o conjunto de normas organizadas harmonicamente no Texto Supremo, as quais versam sobre matéria tributária. O quadro orgânico de normas tributárias que compõem o Sistema Constitucional Tributário Brasileiro apresenta duas características estruturais, quais sejam: a exaustividade e a rigidez.

A exaustividade decorre da circunstância de a Constituição Federal hospedar, aproximadamente, uma centena de comandos de índole tributária. A rigidez, por seu turno, denota a rigorosa divisão de competência tributária que o constituinte estabeleceu, na medida em que investiu as pessoas políticas de prerrogativas legiferantes tributárias (competências) específicas, privativas e indelegáveis (JARDIM, 2009, p. 178)

Urge anotar, ainda, os ensinamentos de Sabbag (2009, p. 18) quanto aos princípios constitucionais tributários, que regulam a tributação, e são considerados limitações constitucionais ao poder de tributar. Por isso os princípios do Direito Tributário são todos princípios de proteção.

Sobre o assunto, o professor Harada (2009, p. 338) destaca que:

Esses princípios expressos, juntamente com os implícitos, que decorrem dos primeiros, do regime federativo e dos direitos e garantias fundamentais, constituem o escudo de proteção dos contribuintes, atuando como freios que limitam o poder de tributação do Estado.

E Sabbag (2009, p. 18) complementa:

O poder de tributar (*ius imperium*) não é assim, absoluto. Encontra regramentos que vêm refrear o exercício arbitrário da tributação, amoldando-o de acordo com a carga valorativa insita ao texto constitucional. De modo reflexo, a Constituição Federal define o *modus operandi* do exercício desse poder, que deverá se dar de forma justa e equilibrada, sem provocar danos à liberdade e à propriedade dos contribuintes.

Há, portanto, um lado negativo (limitação à tributação, condicionada aos princípios e regras (cláusulas) constitucionais), e um lado positivo (imposição de certos requisitos, dirigidos ao Estado, para que haja a instituição ou majoração de tributos).

A regra da reserva legal absoluta caminha neste segundo sentido sem, no entanto, deixar de se fundar no primeiro. Entretanto, cabe ressaltar, aqui, uma exceção posterior dada a esta cláusula constitucional, permitida a partir da emenda constitucional nº 32/2001.

Antes dela, a regra supra tinha eficácia plena no ordenamento jurídico, não sendo permitida a instituição, ou majoração, de tributos por nenhum instrumento senão a lei. Tudo em consonância com a Legalidade.

Com o advento da referida emenda, o artigo 62, que regulamenta(va) a medida provisória, passou a admitir a tributação por meio deste instituto.

Art. 62 - Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

Isto é, permitiu-se a instituição ou majoração de tributos por meio de medida provisória, ressalvado os casos de tributos reservados à lei complementar (art. 62, § 1º, III, CF/88).

Guardado o respeito pelos que militam em favor de tal possibilidade, entende-se que tal emenda é inconstitucional. E os motivos não são escassos.

A um, percebe-se a invasão do poder constituinte derivado nas determinações do poder originário. Conforme dissecado supra, o poder derivado reformador encontra limitações de diversos cunhos (formal, material, circunstancial, etc.) em sua aplicação, tais limitações servem para proteger o núcleo da constituição, os direitos fundamentais e a forma de governo. Tais limitações, se desrespeitadas, tornam nula (porque inconstitucional) a emenda.

Logo, se a Constituição Federal regulamenta exaustivamente o sistema tributário nacional e ainda dispõe de forma clara que ao Executivo somente será permitida a instituição ou majoração de tais tributos, não pode, posteriormente, o poder constituinte derivado reformador reverter esta situação, ao permitir à medida provisória o poder de tributação. Trata-se de flagrante violação à limitação implícita do poder originário, porque este é imiscuído pelo poder constituinte reformador.

A dois, é essencial destacar a inversão de Legalidade que isto acarreta. Não se olvida que a Legalidade, em seara constitucional-tributária, é estrita, ou seja, sua função é restringir a interferência estatal.

A reserva legal absoluta, regra instituída pelo poder originário, que ressalta os pontos mais garantistas da Legalidade, figurando como direito fundamental negativo, não pode, de maneira alguma, ser reduzida a exceção por força de emenda constitucional.

Se tal regra (reserva legal absoluta), determina que só serão instituídos ou majorados tributos por lei, sendo que ela mesma inclui suas exceções, não pode, após emenda, permitir que haja tributação por instituto que não é lei, mas somente possui sua força.

Fundamental destacar que o direito de propriedade somente pode ser restringido em situações excepcionais (estado de defesa, por exemplo) ou por meio do devido processo legal. Em matéria de tributação, vale lembrar que o devido processo legal é, justamente, o democrático e dialético processo legislativo que, nos termos rousseauianos em que se fundamenta o trabalho, é a expressão do poder soberano.

Outros fundamentos podem ser suscitados, pois o sistema constitucional tributário deve ser analisado como um todo. Acredita-se, porém, que os dois supracitados bastam para a conclusão do trabalho.

Nesta toada, é mais coerente o posicionamento do professor Roque Antonio Carrazza (2013, p. 183), que leciona:

“Todavia, obtemperamos que tal Emenda Constitucional (32/2001), na parte atinente às medidas provisórias, afronta o princípio da legalidade tributária e, por via de consequência, a autonomia e independência do Poder Legislativo. Viola, pois, a *cláusula pétrea* do artigo 60 § 4º, III, da CF, que estabelece que nenhuma emenda constitucional poderá sequer tender a abolir a Separação de Poderes.

Como se isso não bastasse, a mesma Emenda Constitucional 32/2011 – sempre no que concerne às medidas provisórias – atropela o direito fundamental dos contribuintes de só serem compelidos a pagar tributos que tenham sido adequadamente ‘consentidos’ por seus representantes imediatos: os legisladores. Invocável, portanto, na espécie, também a *cláusula pétrea* do art. 60, § 4º, IV, da CF, que veda o amesquinçamento, por meio de emenda constitucional, dos direitos e garantias individuais, *lato sensu*. [...]

II – Posto isso, observamos, antes de mais nada, que a Constituição absolutamente não deu ‘carta branca’ ao Presidente da República para baixar medidas provisórias. Pelo contrário, sua competência é restritíssima, como revela um exame sistemático do art. 62, e seu parágrafo único, da CF (versão originária).

Por isso, só analisando a Carta Magna como um todo é que haveremos de dar resposta jurídica à questão há pouco formulada.

Encontram-se no rol dos que não acham cabível medida provisória em matéria tributária: Misabel de Abreu Machado Derzi, Ives Gandra da Silva Martins, Roque Carrazza, Paulo de Barros Carvalho e José Eduardo Soares de Melo, e pronunciando-se a favor tem-se Leon Fredja Szklarowsky, Walter Ferreira Jardim, Adilson Rodrigues Pires e Marco Aurélio Greco (AMARO, 2004, p. 171).

Percebe-se que o rol de nomes da doutrina descontentes com a situação é vasto, o que apenas encoraja este trabalho em denunciar tal prática.

Tendo como norte a Constituição Federal de 1988, a análise do instituto da reserva legal absoluta, e em tributação, e o poder constituinte leva a crer que, este instituindo aquela, não há como a restringir ou a modificar, salvo de forma ampliativa. Isso porque o fundamento utilizado pelo poder constituinte originário, ao aplicar o instituto na seara tributária, foi a legalidade estrita, com o objetivo de limitar a interferência estatal no patrimônio dos cidadãos, bem como tutelar seus direitos fundamentais.

Desse modo, uma emenda constitucional que tenda a inverter a reserva legal absoluta à exceção, já que medidas provisórias são editadas sem a menor relevância e urgência, requisitos, por sinal, essenciais a ela, é, desta forma, inconstitucional por afrontar limites materiais (como as cláusulas pétreas) e implícitos (separação de poderes e distorção do poder originário).

Sendo o Direito Tributário matéria de maior relevância para a sociedade, é fundamental nos utilizarmos de uma visão constitucional e sistemática para sua aplicação, caso contrário, se aceitarmos manobras políticas sem o menor respeito ao Direito, estamos fadados ao fracasso e a arbitrariedades que não se comunicam com a democracia, tampouco com o Estado Democrático de Direito.

## 5 CONCLUSÃO

Embora limitado em razão da sua forma, o presente trabalho pôde concluir pelas seguintes proposições:

1. A função precípua da Legalidade hodiernamente pode ser explicada em Rousseau como a garantia de não desvirtuamento dos atos estatais, mantendo-os sob o foco do interesse comum. Apesar de o filósofo ser um adepto da democracia direta – a ser exercida sem intermediário por todos os cidadãos – o poder soberano a que ele se socorre possui semelhança, hoje, com o Legislativo, logo o único legítimo para exercer a tributação, porque o único que produz normas que visam o interesse público.

2. A tributação, ao deixar de ser um mero exercício da força, ou do poder, e passar a ser regida conforme o bem comum, oposto ao interesse particular, só pode ocorrer mediante o prisma da Legalidade, esta legítima representante do poder soberano, e corolário de um tratamento isonômico, porque não privilegia a nenhum cidadão no seu interesse particular, mas tão somente busca a produção de riqueza a todos.

3. São suportes desta missão da Legalidade os princípios do Direito Tributário o qual, por sua vez, nada mais é que a síntese da tributação – como fato

social - e a Legalidade, porquanto seu objeto é, necessariamente, a relação que se forma da tensão entre ambos.

4. A reserva legal absoluta, em tributação, seguindo o raciocínio acima, é cláusula que impede a instituição ou majoração de tributos por meio de instrumento que não a lei. Diz-se também que esta é espécie do gênero Legalidade.

5. O poder constituinte é poder revolucionário e o legítimo para construir uma nova Constituição. Entretanto, um raciocínio que defende a incondicionabilidade do poder constituinte originário é equivocado porque admite absurdos, como o veto aos direitos do homem e o retorno de um regime fascista, por exemplo, casos que acarretam a ilegitimidade do poder. O poder constituinte derivado, por seu turno, constitui-se, grosso modo, na ferramenta de atualização da Constituição, limitando-se ao poder constituinte originário, contudo, assim como as cláusulas do pacto social se condicionam à sua natureza. Logo, se assemelharmos o pacto social com a promulgação de uma Constituição, o bem comum rousseauiano se confunde com o poder constituinte originário, por isso eles são irreduzíveis e inadmitem ato estatal que não lhe seja subserviente.

6. O legislador constituinte originário esculpiu todo o sistema tributário no nosso "pacto social", de modo a homenagear os direitos fundamentais e o Estado de Direito. Entretanto, a emenda constitucional nº 32/2001, ao introduzir inconspicuamente o termo "medida provisória" no parágrafo 2º, do artigo 62 (CF/88), comprometeu de forma severa a integridade do sistema, invertendo totalmente a regra da Legalidade, posto que a maioria dos tributos passou a ser vulnerável ao Executivo. Por isso, e por inúmeros outros motivos, a emenda constitucional nº 32/2001 é flagrantemente inconstitucional, devendo a doutrina, e principalmente o órgão judicante, exercer um devido controle de constitucionalidade obstando a sua aplicação.

## REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Editora, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

CARVALHO, José Maurício de. **A ética Culturalista de Miguel Reale**. Revista Estudos Filosóficos nº 11/2013. Disponível em:  
<<http://www.ufsj.edu.br/revistaestudosfilosoficos>> Acesso em: 15 de junho de 2014.

FACHIN Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. ed. Método, 2008.

FERREIRA FILHO, Monoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 18ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Manual de Direito Financeiro e Tributário**. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Poder Constituinte Reformador: limites e possibilidade da revisão constitucional brasileira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 29ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. NEVES, Paulo (Tradutor). Porto Alegre: Editora L&PM, 2009.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

SCHMITT, Carl. **Teoria de La Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. **Assembleia Constituinte é Golpe!** Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/9.pdf>>. Acesso em: 20 de fev. de 2014.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

XAVIER, Alberto. **Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.

## **INSTRUÇÕES PARA APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS**

A revista jurídica INTERTEMAS tem por objetivo publicar artigos científicos de natureza teórica, metodológica e técnica, tanto de Doutrina Nacional como de Doutrina Estrangeira.

### **APRESENTAÇÃO DO MANUSCRITO**

Os artigos deverão ser apresentados em conformidade com o seguinte padrão:

- Folha de rosto contendo Título do artigo, nome do(s) autor(es) e rodapé biográfico com titulação, vinculação institucional, correio eletrônico e endereço para correspondência. É vedada qualquer forma de identificação da autoria no corpo do artigo, garantindo-se a sistemática de revisão anônima (blind review).

O corpo do artigo deverá conter:

- Título do trabalho: grafado em caixa alta, negrito, Times New Roman, tamanho 14 e centralizado;

- Resumo: após o título, separado por um espaço 1,5, dar início ao texto do resumo, grafando o título em negrito e caixa alta na mesma linha onde se dará o início do resumo. O resumo deve ser feito em espaço simples e justificado. O resumo, em português, deverá conter no máximo 200 palavras e deve apresentar o problema, a metodologia e a fundamentação teórica do artigo.

- Palavras-chave: no máximo 5 (cinco) palavras, separadas entre si por ponto.

- Abstract e Keywords. Recomenda-se uma revisão criteriosa no abstract e nas keywords, que devem seguir o resumo em português.

- O artigo deverá conter: introdução, desenvolvimento, considerações finais e referências bibliográficas. Todos os itens do artigo deverão ser numerados, em ordem crescente (ex: 1; 2; 2.1; 2.1.1.), a contar da Introdução até as Considerações finais.

- As referências bibliográficas devem ser organizadas em ordem alfabética pelos sobrenomes dos autores, obedecendo às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, e incluir apenas obras que foram citadas no artigo.

- As citações devem ser feitas no sistema autor-data, pelo sobrenome do autor, seguido do ano a que a obra se refere e da página em que se encontra a citação (ex: KUPFER, 1998, p. 38);

- Notas de rodapé devem ser utilizadas apenas para explicações subsidiárias ao texto.

- Para o texto do artigo: Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento 1 ½, parágrafo com recuo de 2,5 cm. Margens: esquerda e superior de 3,0 cm; margens: direita e inferior de 2,0cm.

- O artigo deverá conter no mínimo 15 e no máximo 25 páginas, incluindo referências bibliográficas, tabelas, figuras e quadros; a folha de rosto não deve ser contada.

- Os artigos enviados para publicação, serão analisados pela Comissão Editorial, por sistema de pares, assessorada por especialistas. Os autores são responsáveis pela adequação dos artigos às normas

apresentadas e terão prazo de 15 dias para efetuarem as possíveis correções/alterações sugeridas pela Comissão Editorial.

### **ANEXOS OBRIGATÓRIOS**

Os artigos devem vir acompanhados de duas declarações anexas (indicação de responsabilidade e conflito de interesse e transferência de direitos autorais), datadas e assinadas, conforme os modelos abaixo:

#### **1) RESPONSABILIDADE E CONFLITO DE INTERESSE**

À Revista INTERTEMAS

Declaramos, por meio desta, que o artigo (INSERIR TÍTULO COMPLETO) é de nossa autoria e inteira responsabilidade; que o conteúdo do trabalho é original, não foi publicado em outra revista, nem está sendo analisado por outra Comissão Editorial para publicação, e não fere qualquer direito autoral ou de propriedade intelectual; que os dados publicados foram obtidos de maneira ética. Declaramos também que os autores não possuem conflito de interesse em relação ao artigo submetido a esta revista.

Colocamo-nos à disposição da Comissão Editorial para dirimir qualquer dúvida que possa surgir sobre a responsabilidade do trabalho.

Local e data, nome por extenso dos autores e respectivas assinaturas.

#### **2) TRANSFERÊNCIA DE DIREITOS AUTORAIS**

Os autores abaixo-assinados transferem, sem qualquer ônus, os direitos autorais do artigo (INFORMAR O TÍTULO COMPLETO) para a REVISTA INTERTEMAS (ISSN 1516-8158) e sua versão eletrônica INTERTEMAS (ISSN 2176-848X). A reprodução total ou parcial, em qualquer meio, é proibida, exceto com a devida autorização do Editor.

Local e data, nome por extenso dos autores e respectivas assinaturas.

### **INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES**

Para mais informações ou eventuais dúvidas, solicita-se contatar os Editores da Revista INTERTEMAS via e-mail [nepe@unioledo.br](mailto:nepe@unioledo.br) ou pelo telefone (18) 3901-4004.

