

# O DIREITO

Ano 149.º (2017), I

*Diretor*

JORGE MIRANDA

# O DIREITO

Ano 149.º (2017), I

Diretor: JORGE MIRANDA

## *Fundadores*

António Alves da Fonseca

José Luciano de Castro

## *Antigos Diretores*

José Luciano de Castro

António Baptista de Sousa (Visconde de Carnaxide)

Fernando Martins de Carvalho

Marcello Caetano

Inocêncio Galvão Telles

## *Diretor*

Jorge Miranda

## *Diretores-Adjuntos*

António Menezes Cordeiro

Luís Bigotte Chorão

Maria João Galvão Teles

Propriedade de JURIDIREITO – Edições Jurídicas, Lda.

NIPC 506 256 553

Sede e Redação: Faculdade de Direito de Lisboa – Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa

Editora: Edições Almedina, SA

Rua Fernandes Tomás n.ºs 76, 78, 80

Telef.: 239 851 904 – Fax: 239 851 901

3000-167 Coimbra – Portugal

editora@almedina.net

Publicação: quatro números anuais

Tiragem: 300 exemplares

Assinatura anual € 70,00 (12,5% de desconto sobre o total dos números avulsos)

Número avulso € 20,00

Coordenação e revisão: Veloso da Cunha

Execução gráfica: DPS – Digital Printing Services, Lda.

Depósito legal: 229122/05

N.º de registo na ERC – 124475

## ÍNDICE

Editorial . . . . .	5
ARTIGOS DOUTRINAIS	
JORGE MIRANDA	
<i>Democracia e Constituição</i> . . . . .	9
CARLA AMADO GOMES	
<i>Responsabilidade internacional do Estado por dano ecológico: uma miragem?</i> . . . . .	33
JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS	
<i>Questões emergentes do património cultural subaquático</i> . . . . .	65
FRANCISCO AGUILAR	
<i>Etiam si omnes, ego... et tu.... non: o jurista perante o poder</i> . . . . .	91
HUGO LUZ DOS SANTOS	
<i>As buscas domiciliárias na Região Administrativa Especial de Macau e em Portugal e as exclusionary rules norte-americanas: perspectivas e prospectivas</i> . . . . .	117
ARTHUR PINHEIRO ALENCAR/HÉLIO SÍLVIO OURÉM CAMPOS	
<i>Direitos tributários, pátrio e alemão, à luz dos conceitos de fato jurídico, segurança jurídica e relativização da coisa julgada</i> . . . . .	153
RÚBEN RAMIÃO	
<i>Discursos sobre Teoria do Direito</i>	
Circularidade e Tautologia na Definição Alexyana de Princípios: Dois Problemas Fundamentais . . . . .	175
Sobre as Normas de Competência . . . . .	182

LÍVIA MARIA SANTANA E SANT'ANNA VAZ	
<i>Direito à diferença: liberdade de imprensa e (in)tolerância religiosa . . . . .</i>	191
RITA NUNES DOS SANTOS	
<i>A obtenção de documentos em poder da parte contrária em processo arbitral . . . . .</i>	223

## EDITORIAL

Em 2017 passam cento e cinquenta anos sobre a abolição da pena de morte nos crimes civis e sobre o primeiro Código Civil e quarenta anos sobre a revisão do atual Código para estabelecer a igualdade na família.

Se, já em 1852 fora abolida a pena de morte nos crimes políticos, de muito maior significado viria a ser a abolição nos crimes comuns, como expressão do valor que a comunidade portuguesa atribui à vida humana e como exemplo para todos os outros países.

Nunca é demais enaltecer o lugar do Código de 1867, do Código de Seabra, na nossa cultura jurídica. E, entre outros pontos a realçar, citem-se a afirmação da personalidade jurídica no artigo 1.º, a invocação do Direito natural no artigo 16.º e a enumeração dos direitos originários nos artigos 359 e seguintes.

O artigo 36.º da Constituição de 1976 prescreveu a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges quanto à capacidade civil e à manutenção e à educação dos filhos e proibiu discriminações entre os filhos nascidos dentro e fora do casamento. Não foi só para lhe dar cumprimento, embora sobretudo para isso, que se fez a reforma de 1977 do Código de 1966.

*O Direito* não poderia deixar de assinalar estas datas.



## ARTIGOS DOUTRINAIS



# *Democracia e Constituição\**

PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA

SUMÁRIO: 1. *Democracia e soberania do povo.* 2. *Democracia e Estado de Direito.* 3. *O princípio representativo.* 4. *O princípio representativo e os partidos políticos.* 5. *O princípio da responsabilidade política.* 6. *O princípio da separação de poderes.* 7. *O princípio da maioria.* 8. *Democracia e justiça constitucional.* 9. *As conceções e os valores da democracia.*

## **1. Democracia e soberania do povo**

I – Por democracia entende-se a forma de governo em que o poder é atribuído ao povo, à totalidade dos cidadãos (quer dizer dos membros da comunidade política) e em que é exercido de harmonia com a vontade expressa pelo povo, nos termos constitucionalmente prescritos.

Não é simples titularidade do poder no povo ou reconhecimento ao povo da origem ou da base da soberania. Não basta declarar que o poder em abstrato pertence ao povo, ou que já lhe pertenceu num momento pretérito e que ele o exerceu de uma vez para sempre – donde uma legitimidade de tipo democrático. Nem que o poder constituinte, a aprovação da Constituição positiva, compete ao povo, ficando os poderes constituídos para os governantes.

Democracia exige exercício do poder pelo povo, pelos cidadãos, em conjunto com os governantes; e esse exercício deve ser atual, e não potencial, deve traduzir a capacidade dos cidadãos de formarem uma vontade política autó-

\* Conferência de encerramento das X Jornadas dos Professores de Direito Público proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

O texto é, no essencial, extraído do VII volume do *Manual de Direito Constitucional* (Coimbra, 2007), donde constam as referências bibliográficas.

noma. Mais: democracia significa que a vontade do povo, quando manifestada nas formas constitucionais, deve ser o critério de ação dos governantes.

II – Numa análise puramente normativa, sem dúvida o poder, a soberania não pode ser senão um poder do Estado, tal como (mas por maioria de razão) o povo e o território só são povo e território dentro do Estado. O poder não se identifica com o Estado, mas somente o Estado tem poder ou soberania (soberania pessoal e soberania territorial).

A doutrina clássica alemã da soberania do Estado continua válida, desde que assim entendida: a soberania é do Estado como entidade jurídica global e complexa, e não dos órgãos do Estado, nem dos titulares dos órgãos, nem do povo, porque ligá-la aos órgãos – meros centros institucionalizados de formação da vontade – ou aos governantes ou aos governados – indivíduos atomisticamente considerados – significaria fracioná-la em visão unilateral.

Se se conceber o Estado como sujeito de direito, como pessoa coletiva de Direito interno e de Direito internacional, melhor se apreenderá ainda esta inserção da soberania na sua estrutura.

Olhando ao Direito interno, a soberania surge como um feixe de faculdades ou direitos que o Estado exerce relativamente a todos os indivíduos e a todas as pessoas coletivas de Direito público e privado existentes dentro do seu ordenamento jurídico. A definição das condições dessas pessoas, a atribuição da capacidade de direitos, a imposição de deveres e de sujeições, eis então algumas das manifestações do poder político.

O povo não é, porém, objeto da soberania. Configurado o Estado como pessoa coletiva, o povo ou coletividade de cidadãos tem de ser, antes, o substrato de tal pessoa jurídica. Apenas cada indivíduo ou cada uma das instituições em que os indivíduos se incorporam podem ser objeto de direitos compreendidos na soberania ou, mais rigorosamente, sujeitos de relações jurídicas com o Estado.

Algo de análogo se passa na ordem externa. Soberania aqui equivale ou à própria subjetividade ou personalidade de Direito internacional do Estado ou à capacidade plena de gozo e de exercícios dos direitos conferidos pelas normas internacionais. Um Estado diz-se soberano, como se sabe, quando pode manter relações jurídico-internacionais ou, em sentido mais restrito, quando tem a totalidade daqueles direitos e, assim, participa em igualdade com os demais Estados na comunidade internacional.

III – O que acaba de ser recordado não esgota o exame do poder no Estado, porquanto logo se vê que é imprescindível definir as posições relativas dos governantes e do povo perante ele.

O ponto de clivagem fundamental de todas as formas de governo está nisto. Ou os governantes (certo ou certos indivíduos) governam em nome próprio, por virtude de um direito que a Constituição lhes reserva, sem nenhuma interferência dos restantes cidadãos na sua escolha ou nos seus atos de governantes. Ou os governantes governam em nome do povo, por virtude de uma investidura que a Constituição estabelece a partir do povo, e o povo tem a possibilidade de manifestar uma vontade jurídica e politicamente eficaz sobre eles e sobre a atividade que conduzem.

No primeiro caso, estamos diante de autocracia (com diferentes concretizações históricas, a que correspondem também diversas formas de governo). No segundo caso, diante da democracia.

Poderá talvez atalhar-se que esta distinção não deixa de ser excessivamente formal. A objeção, porém, não procede, pois para qualificar qualquer regime político não basta ler as proclamações constitucionais, importa confrontá-las com as consequências que o Direito, decretado e vivido, extrai das mesmas; e, se se recorrer a uma investigação interdisciplinar para se procurar o suporte real do poder (Chefe do Estado, Parlamento, Executivo, órgãos formais ou partidos, governantes ou classes dominantes, etc.), haverá sempre aí que concluir pela coincidência ou não do efetivo exercício do poder com o título jurídico da sua atribuição ou não ao povo.

IV – Para designar o princípio democrático, a Revolução Francesa cunhou as locuções «soberania do povo» e «soberania nacional», as quais persistem ainda em numerosas Constituições, na linguagem doutrinal e no contraditório político.

Trata-se de uma réplica ou de uma importação do conceito de soberania do príncipe ostentado pelas monarquias absolutas. À ideia de que os reis eram soberanos nos seus Estados, de que não deviam obediência a ninguém, de que eram até superiores a todas as leis, substituiu-se a ideia de que o povo era o único soberano, de que toda a autoridade dele dimanava e que a lei devia ser a expressão da sua vontade. Ao direito divino dos reis sucederia o direito divino dos povos.

Com efeito, se a certa altura, no moderno Estado europeu, se pôde afirmar que os reis eram soberanos foi apenas porque eram os órgãos únicos ou supremos de Estados, que já não dependiam do Papa ou do Sacro Império, nem se compadeciam com autoridades feudais. É sabido que, aproveitando a identificação entre poder central e poder real, os teóricos do absolutismo dos séculos XVI a XVIII quiseram ir mais além e afirmar uma soberania sem limites jurídicos. Mas isso mais não era que um desvio, de que nem sempre se aperceberam os

políticos e juristas quando supuseram transferir a soberania dos governantes para o povo.

Por isso, não pode entender-se, apesar da apontada transposição, que a soberania do povo deva ser ilimitada, sob pena de se abrir a porta à democracia absoluta. Pois esta, nas suas principais concretizações conhecidas (jacobina, cesarista e soviética), encontra-se nos antípodas dos princípios enformadores da democracia representativa, por ser tão negadora como a monarquia absoluta das liberdades individuais e institucionais e tão contrária como ela aos processos jurídicos de limitação do poder político que o constitucionalismo se esforçou por instituir.

Por outro lado, tomar a soberania do povo no sentido de supremacia do povo no Estado tem de ser entendido em termos hábeis. Se tal supremacia significa a necessidade de os governantes serem da confiança política do povo que os elege, e se significa mesmo que ao povo incumbe (ou deve incumbir) o poder de tomar certas decisões através de eleição ou referendo, nenhuma objeção há a fazer. Se soberania ou supremacia do povo significa, porém, superintendência sobre os governantes e continua subordinação destes às injunções dos eleitores, então ela é desmentida pelas instituições e pela prática da democracia representativa que, rejeitando o mandato imperativo e procurando assegurar um mínimo de estabilidade governativa, impede os cidadãos de determinar (salvo em caso de referendo) atos em concreto dos governantes.

V – Acrescente-se que as expressões *soberania do povo* ou *da nação* prestam-se a interpretações insustentáveis ou ambíguas.

Em primeiro lugar, poderia julgar-se que há uma soberania da nação ou uma soberania da sociedade a par da soberania do Estado. Algumas correntes doutrinárias e ideológicas efetivamente chegaram a defendê-lo. Ora, o dualismo entre Estado e nação, no plano jurídico-político, tem de ser rejeitado, por a coletividade humana, seja ela qual for, correspondente ao Estado só poder ganhar expressão política (sublinhe-se, de novo) através do mesmo Estado.

Não resolve a dificuldade acentuar, como faz a ideologia do nacionalismo político, que a nação é sobretudo uma comunidade transtemporal, de cujos fins, valores e interesses não são senhoras as gerações atuais, pois vêm do passado e estão virados para o futuro. Ainda que assim pareça ser, não se enxerga como possa essa comunidade transtemporal ter outra projeção política que não seja no Estado e como possa haver outra vontade juridicamente relevante que não seja a dos governantes e dos cidadãos, a de um povo de homens vivos e atuais.

Em segundo lugar, soberania nacional e soberania popular possuem significações muito diversas e que não devem ser arbitrariamente confundidas. A primeira entronca na tradição que, da Idade Média a SUAREZ, se prolonga

mais ou menos, conscientemente, na filosofia política ocidental. Foi ela que esteve subjacente à Revolução norte-americana, que acabou por prevalecer na própria França e foi a que se traduziu na construção jurídica e política do Estado constitucional. A doutrina de soberania popular deriva das teses de ROUSSEAU e apenas terá triunfado em 1793.

VI – A Constituição de 1976 institucionalizou em Portugal a democracia representativa, pois:

- 1.º) Declara que a soberania *reside* no povo (artigo 3.º, n.º 1) e que o poder *pertence* ao povo (artigo 108.º);
- 2.º) Estabelece que o povo exerce o poder político através do sufrágio universal, igual, direto, secreto e periódico (artigos 10.º, n.º 1, e 49.º, n.º 1);
- 3.º) Prevê a eleição, de acordo com este princípio, do Presidente da República, dos Deputados à Assembleia da República e às Assembleias Legislativas Regionais e dos membros das assembleias das autarquias locais (artigos 121.º, 149.º, 231.º, n.º 2, e 239.º, n.º 1);
- 4.º) Prescreve que os partidos concorrem para a organização e para a expressão da vontade popular (artigos 1.º, n.º 2, e 51.º, n.º 1).

Em especial, os artigos 2.º, 3.º, n.º 1, e 108.º não fazem mais do que repetir, com vigor, o que já vinha das Constituições de 1822, 1838 e 1911, as quais, todas, conferiam o poder ao Povo ou Nação no sentido revolucionário ou democrático-liberal. As diferenças que existem relativamente a estas não diminuem a vizinhança bem nítida entre os preceitos.

A despeito do nome, a «soberania popular», para que apela o artigo 2.º, equivale a «soberania nacional» na linha do constitucionalismo democrático. E se houvesse dúvidas, elas ficariam afastadas pelas normas que proclamam a soberania una e indivisível (artigo 3.º, n.º 1), e pelo largo catálogo prescritivo de direitos, liberdades e garantias (artigos 24.º e seguintes, a que acrescem os direitos de natureza análoga segundo o artigo 17.º).

## 2. Democracia e Estado de Direito

I – Como bem se sabe, democracia e Estado de Direito não se confundem ou identificam necessariamente. Houve democracia sem Estado de Direito (além da jacobina, da cesarista e da soviética, mais remotamente, a ateniense). Assim como houve Estado de Direito sem democracia (de certo modo, em alguns Estados alemães no século XIX).

Mas a democracia representativa postula Estado de Direito. Postula-o pela sua complexidade organizatória e procedimental, traduzida na separação de poderes e no princípio da competência. Postula-o pela exigência de garantia dos direitos fundamentais: o direito de sufrágio e os demais direitos políticos se valem em si mesmos pelo valor da participação, valem, sobretudo, enquanto postos ao serviço da autonomia e da realização das pessoas.

Não basta proclamar o princípio democrático e procurar a coincidência entre a vontade política manifestada pelos órgãos de soberania e a vontade popular manifestada por eleições. É necessário estabelecer um quadro institucional em que esta vontade se forme em liberdade e em que cada pessoa tenha a segurança da previsibilidade do futuro. É necessário que não sejam incompatíveis o elemento objetivo e o elemento subjetivo da Constituição e que, pelo contrário, eles se desenvolvam simultaneamente.

Há uma interação de dois princípios substantivos – o da soberania do povo e o dos direitos fundamentais – e a mediatização dos princípios adjetivos da constitucionalidade e da legalidade. Numa postura extrema de irrestrito domínio da maioria, o princípio democrático poderia acarretar a violação do conteúdo essencial de direitos fundamentais; assim como, levado aos últimos corolários, o princípio da liberdade poderia recusar qualquer decisão política sobre a sua modelação; o equilíbrio obtém-se através do esforço de conjugação, constantemente renovado e atualizado, de princípios, valores e interesses, bem como através de uma complexa articulação de órgãos políticos e jurisdicionais, com gradações conhecidas.

Nisto consiste o Estado de Direito democrático.

II – É como Estado de Direito democrático que a Constituição define a República Portuguesa [preâmbulo e artigos 2.º e 9.º, alínea b)]; e tal é o regime político (conceito que está para além de forma de governo) vigente desde 1976.

O poder político pertence ao povo e é exercido de acordo com o princípio da maioria (artigos 2.º, 3.º, n.º 1, 10.º, n.º 1, 108.º, 114.º, n.º 1, 187.º, etc.), mas está subordinado – material e formalmente – à Constituição (artigos 3.º, n.º 2, 108.º, 110.º, n.º 2, 225.º, n.º 3, 266.º, 288.º, etc.), com a conseqüente fiscalização jurídica dos atos do poder (artigos 3.º, n.º 3, 204.º, 268.º, n.º 4, e 278.º e segs.). Subordinado e, portanto, *limitado*.

Os princípios do Estado de Direito encontram-se depois implícita ou explicitamente ínsitos no texto constitucional: princípio da proporcionalidade (artigos 18.º, n.º 2, 19.º, n.º 4, etc.), princípio da segurança jurídica (artigos 18.º, n.º 3, 32.º, n.º 9, 102.º, n.º 3, 266.º, n.º 2, 280.º, n.º 3, e 282.º, n.º 4), tutela jurisdicional da constitucionalidade (artigos 204.º e 277.º e segs.); tutela jurisdicional da legalidade administrativa (artigos 266.º, n.º 2, e 268.º, n.os 4 e

5); responsabilidade civil das entidades públicas por ações ou omissões lesivas dos direitos dos particulares (artigos 22.º, 27.º, n.º 5, 29.º, n.º 6, e 271.º, n.º 1).

Os princípios fundamentais do Estado de Direito democrático, em caso algum podem deixar de ser respeitados pelos tratados da União Europeia e pelas normas dimanadas das suas instituições (artigo 8.º, n.º 4).

### 3. O princípio representativo

I – Não há representação política, quando (para empregar uma expressão de Carl Schmitt) se verifica identidade – seja em monarquia (pura), seja em democracia direta – entre os titulares do poder e os governantes, quando os governados tendem a ser, simultaneamente, governantes ou quando a divisão entre governantes e governados se põe ao nível da distinção dos destinatários de normas jurídicas e não ao nível de uma distinção funcional.

Pelo contrário, representação postula inidentidade e, depois, relação. Ela redundava num fenómeno de relação e de comunicação: para que os governantes apareçam como representantes dos governados tem de haver essa distinção e essa relação.

Para se analisar o seu conceito há que distinguir entre representação do Estado e representação do povo; entre representação de grupos existentes por si e representação de toda a coletividade; entre representação gerada por um ato de vontade e representação decorrente de um facto jurídico ou *ope legis*. Só é representação política em sentido restrito e próprio a representação do povo, e do povo todo, fundada num ato de vontade (a eleição) e destinada a institucionalizar, com variável amplitude, a sua participação no poder.

II – Em primeiro lugar, na representação política não se cuida da representação do Estado:

- a) Nem como expressão ou símbolo da unidade do Estado – pois nesse sentido todo o governante representa o Estado e haveria tanto mais representação quanto menor fosse a participação do povo e maior a concentração de poderes num único governante;
- b) Nem como essência dos seus órgãos – pois o órgão não representa o Estado, é um elemento do Estado, e os atos que pratica são-lhe diretamente imputados sem distinção de esferas jurídicas;
- c) Nem como função ou competência cometida pelo Direito positivo a certos órgãos em relações jurídicas em que o Estado intervenha (como o *jus ræpresentationis omnimoda* conferido pelo Direito internacional comum) aos Reis e aos Presidentes da República.

Cuida-se, sim, da representação do povo enquanto modo de tornar o povo (ou o conjunto dos governados) presente no exercício do poder através de quem ele escolha ou de quem tenha a sua confiança. A representação política é o modo de o povo, titular do poder, agir ou reagir relativamente aos governantes.

III – Em segundo lugar, representação política implica consideração unitária do povo e realização de fins e interesses públicos (com relevância ou não de outros interesses que realmente existam na sociedade, muitas vezes em conflito). As pessoas nela investidas representam toda a coletividade e não apenas quem as tenha designado (é o princípio explicitado, em Portugal, no artigo 1.º do Ato Adicional à Carta de 1885, no artigo 7.º, § 1, da Constituição de 1911 e no artigo 152.º, n.º 2, da Constituição atual).

Mais ainda: não é só cada deputado que representa todo o povo, nem são todos os deputados que representam cada cidadão; são *todos* os deputados que representam todo o *povo* (e daí o artigo 147.º ao definir a Assembleia da República como a assembleia representativa de todos os cidadãos portugueses). Se assim não fosse, eles não poderiam deliberar sobre os assuntos do Estado.

Compreende-se, deste jeito, que tenha de se excluir do seu âmbito a representação estamental ou de «estados», vestígio da desagregação medieval da sociedade política; que a doutrina da soberania popular ou fracionada de Rousseau não se compadeça com o sistema representativo; que seja proibido o mandato imperativo; e que a mera representação de interesses, à imagem de uma noção orgânica ou corporativa de povo, só possa aproveitar-se para a constituição de órgãos consultivos, e não para a de órgãos deliberativos do Estado.

Ora, não serão contraditórios com esta ideia de unidade a divisão do território eleitoral em círculos, as eleições parciais a meio da legislatura em sistemas de círculos uninominais (previstos em alguns países) e os sistemas de representação proporcional? Não: os círculos eleitorais, para lá de expedientes de ordem técnica, servem para personalizar as escolhas dos eleitores e neles existe (ou deve existir, por imperativo da igualdade) uma proporção entre o número de eleitores inscritos e o número de representantes a eleger; as eleições parciais destinam-se a completar a composição efetiva dos Parlamentos em caso de vagas; e a representação proporcional, se espelha a divisão de posições partidárias, assume, do mesmo passo, um papel integrador dentro do contraditório político.

IV – Em terceiro lugar, não há representação política sem eleição, ato jurídico ou feixe de atos jurídicos. Contudo, a inversa não é verdadeira: *v. g.*, além das monarquias eletivas, a eleição de juizes de Tribunais Constitucionais ou de

titulares de outros órgãos independentes pelo Parlamento [artigos 163.º, alíneas h) e i), e 222.º, n.º 1, da Constituição].

O elemento volitivo patente na eleição habilita então a falar num mandato, na medida em que são os eleitores que, escolhendo este e não aquele candidato, aderindo a este e não àquele programa, constituindo esta e não aquela maioria de governo, dinamizam a competência constitucional dos órgãos e dão sentido à atividade dos seus titulares (apesar de não lhes poderem definir o objeto).

Um mandato, porém, de Direito público, inassimilável ao mandato de Direito privado. Pois a representação política é uma espécie de representação necessária imposta por lei, ao passo que o mandato representativo civil pressupõe representação voluntária. Nem há transferência de poderes: os representantes eleitos são simples titulares de órgão com competências constitucionalmente prescritas (se bem que uma Constituição democrática seja, direta ou indiretamente, obra do povo e, assim, os poderes dos representantes provenham do povo).

Como escreve Giovanni Sartori, é verdade que na representação política não há *contemplatio domini*, mas há uma *contemplatio electionis* que faz as suas vezes. É verdade que o mandato de deputado não é revogável à vontade pelos seus representados, mas a sua irrevogabilidade não é inamovibilidade e deve considerar-se que, para efeito prático, eleições periódicas correspondem (na expressão de Carré de Malberg) a uma «faculdade intermitente de revogação». É verdade que não há modo de obrigar o representante a ajustar-se ao cargo recebido, mas seria mais exato dizer que a diferença vale *pro tempore* e que a ausência de obrigação direta e formal consegue tão somente impedir a instauração de uma submissão indireta e substancial.

Diferente da representação política é a *representação institucional*, em que a investidura nos cargos políticos se faria mediante índices reveladores da capacidade de captar a vontade e os interesses da coletividade; por inerência, por cooptação ou por sucessão hereditária (assim, o artigo 12.º da Carta Constitucional ao declarar o Rei «representante da Nação»).

Mas a representação institucional, se pode ser adequado meio de expressão de determinadas instituições (*v. g.*, a família, as confissões religiosas, certas instituições culturais, as Forças Armadas) e se pode bem articular-se com a *representação de interesses*, nunca cobre toda a riqueza da vida política, nem sequer a das instituições sociais; e revela-se completamente inidónea para a formação de tendências e aspirações gerais e para a tomada de qualquer decisão obrigatória para toda a coletividade. Um Estado corporativo – como pretendeu ser sem nunca conseguir – o da Constituição de 1933, seria antagónico de um Estado de Direito democrático representativo.

#### 4. O princípio representativo e os partidos políticos

I – O peso dos partidos na vida pública reflete-se necessariamente sobre os mecanismos representativos.

Uma tese radical tenderia a afirmar que a representação política se converteu em representação partidária, que o mandato verdadeiramente é conferido aos partidos e não aos deputados e que os sujeitos da ação parlamentar acabam por ser não os deputados, mas os partidos ou quem aja em nome destes. Por conseguinte, deveriam ser os órgãos dos partidos a estabelecer as posições a adotar pelos deputados, sujeitos estes a uma obrigação de fidelidade.

Esta conceção levada às últimas consequências – com as comissões políticas ou os secretariados exteriores ao Parlamento a impor aos deputados o sentido do voto ou, no limite, a impor a suspensão ou a cessação do seu mandato – transformaria a assembleia política em câmara corporativa de partidos e retirar-lhe-ia a própria qualidade de órgão de soberania, por afinal deixar de ter capacidade de livre decisão. Se a democracia assenta na liberdade política e na participação, como admitir que nos órgãos dela mais expressivos, os Paramentos, os deputados ficassem privados de uma e outra coisa?

Estaria ainda bem patente a preterição da igualdade política dos cidadãos. Pois só os que fossem filiados em partidos poderiam (admitindo democraticidade interna) interferir, através dos respetivos órgãos, na condução das atividades parlamentares. Os outros cidadãos teriam o sufrágio reduzido a uma espécie de contrato de adesão.

O entendimento mais correto, dentro do espírito do sistema, parece dever ser outro. A representação política hoje não pode deixar de estar ligada aos partidos, mas não converte os deputados em meros porta-vozes dos seus aparelhos. Pode dizer-se que o mandato parlamentar é (salvo em situações marginais) conferido tanto aos deputados como aos partidos; não é aceitável substituir a representação dos eleitores através dos eleitos pela representação através dos dirigentes partidários, seja qual for o modo por que estes sejam escolhidos.

Dando como certo o carácter bivalente da representação política, importa procurar o enlace, o ponto de encontro específico de deputados e partidos. E esse enlace não pode ser senão o que oferecem os grupos parlamentares como conjuntos dos deputados eleitos pelos diversos partidos. São os grupos parlamentares que exercem as faculdades de que depende a atuação dos partidos nas assembleias políticas e só eles têm legitimidade democrática para deliberar sobre o sentido do seu exercício, não quaisquer outras instâncias ou centros de decisão extraparlamentares. E por aqui se afastam quer uma pura conceção individualista, vendo o deputado isolado ou desinserido de uma estrutura cole-

tiva, quer uma pura conceção partitocrática em que os aparelhos ou «as bases» se sobrepussem aos deputados e aos seus eleitores.

Nem se excluem, assim, os corolários mais importantes do regime de eleição mediatizada pelos partidos, designadamente quanto à disciplina de voto ou à perda de mandato do deputado que mudar de partido. Pelo contrário, eles ficam vistos à sua verdadeira luz, a qual, em sistema democrático, só pode ser a da liberdade e da responsabilidade políticas. Pois, se os grupos parlamentares implicam uma avançada institucionalização dos partidos, são, ao mesmo tempo um anteparo ou um reduto da autonomia individual e coletiva dos deputados – dos deputados que, por serem eles a deliberar, mais obrigados ficam a votar, pelo menos nas questões políticas principais (subsistência do Governo, orçamento, leis e tratados mais importantes) conforme a maioria se pronunciou; e a objeção de consciência só se justifica no limite.

II – É esta maneira de encarar o mandato dos deputados a que melhor se harmoniza com as regras que, direta ou indiretamente, constam da Constituição portuguesa.

A representação de todo o povo conferida aos deputados está patente (insista-se) na definição da Assembleia da República como assembleia representativa de todos os cidadãos portugueses (artigo 147.º) e no princípio de que os deputados representam todo o país e não os círculos por que são eleitos (artigo 152.º, n.º 2, mais uma vez). Daí o seu estatuto como titulares de um órgão de soberania (artigos 156.º e segs.), e não como comissários ou funcionários dos partidos.

Por outra banda, sem esquecer a regra da apresentação de candidaturas só pelos partidos (artigo 151.º, n.º 1), como a Constituição autoriza a existência de deputados não inscritos em nenhum partido – quer porque desde logo assim tenham sido propostos como candidatos (artigo 151.º, n.º 1), quer porque, tendo saído do partido por que foram eleitos, não tenham entrado para outro [artigo 160.º, n.º 1, alínea c)] – ressalta a distinção entre a função dos partidos e a dos deputados e concede-se mesmo que, em caso de rutura, o deputado prevaleça sobre o partido (se bem que outras razões possam impor a renúncia ao mandato). Tão pouco têm os partidos qualquer meio jurídico de substituir os deputados durante a legislatura: tal substituição faz-se nos termos da lei eleitoral e, quando temporária, é um direito dos deputados, e não dos partidos (artigo 153.º, n.º 2).

A Lei Fundamental define os poderes dos partidos, dos deputados e dos grupos parlamentares; e, ao passo que os poderes constitucionais dos partidos são exteriores à Assembleia, os poderes de interferência na atividade desta ou são dos deputados individualmente considerados (artigo 156.º) ou são dos gru-

pos parlamentares (artigos 114.º, n.º 3, e 180.º). Sem os deputados e os grupos parlamentares os partidos não podem agir no Parlamento.

Daí também a mais que duvidosa validade jurídica do voto de Deputados seguindo o seu partido e fazendo, ao mesmo tempo, declaração de voto, oral ou escrito, a justificar a posição diferente que prefeririam ter assumido.

## 5. O princípio da responsabilidade política

I – A representação política implica a responsabilidade política, ou seja, o dever de prestar contas por parte dos governantes, a sujeição a um juízo de mérito sobre os seus atos e atividades por parte dos governados e a possibilidade da sua substituição por ato destes.

Na democracia direta não existe este mecanismo. Por outro lado, a diferença entre a eleição em sistema representativo e a eleição à sua margem está em que, nesta, os eleitos são independentes dos eleitores, e até lhes podem ser considerados ou ficar superiores (como sucedia nas antigas monarquias eletivas e sucede com o Papa em relação ao colégio dos cardeais).

II – Trata-se, antes de mais, de uma responsabilidade *difusa*. O Presidente da República e os deputados representam todo o povo; logo, respondem perante todo o povo, e não apenas perante quem neles votou ou (quanto aos deputados) perante quem os elegeu, nos diferentes círculos.

Nisto se distingue da outra forma de responsabilidade política, a responsabilidade inter-orgânica ou responsabilidade-fiscalização, que é aquela que se verifica do Governo perante o Parlamento ou perante o Presidente da República, conforme os diferentes sistemas políticos, e que tem como consequência, se efetivada, a demissão ou a cessação de funções.

Responsabilidade difusa, aliás, porque realizada:

- a) Através da crítica dos cidadãos no exercício das liberdades fundamentais (em especial, de expressão e de manifestação), o que pressupõe o direito de eles serem esclarecidos objetivamente sobre os atos do Estado e demais entidades públicas e de serem informados pelo Governo e outras autoridades acerca da gestão dos assuntos públicos (artigo 48.º, n.º 2, da Constituição);
- b) Através das eleições no final dos mandatos, *maxime* através de não reeleição ou não recondução ou da não eleição de candidatos que apareçam identificados com os titulares cessantes;
- c) Através de eleições para outros órgãos (*v. g.*, de autarquia locais) com significado político relevante.

E, como sublinha Antonio d'Atena, o intervalo entre os atos eleitorais introduz um elemento de racionalização. Limitar a decisão do povo às escolhas periódicas dos representantes significa criar condições para a apreciação dos seus atos menos emotivamente e para que o juízo popular tenha por objeto não tanto cada uma das decisões quanto a complexa atividade por eles desenvolvida ao longo do tempo.

Por isso, a revogação popular do mandato adotada em alguns Estados e municípios dos Estados Unidos (*recall*), em alguns cantões suíços ou nas Constituições de Weimar, da Áustria e da Venezuela deve ter-se por excepcional; só o não era, porventura, em Constituições marxistas-leninistas, estranhas ao princípio representativo (como no artigo 65.º da atual Constituição cubana).

III – Mas a responsabilidade política é também uma responsabilidade institucional, quando manifestada através dos poderes e direitos da Oposição, decorrente do exercício coletivo ou em comum daquelas liberdades fundamentais e exigida pela necessidade de se formularem alternativas e alternâncias.

A livre atividade da Oposição individualiza os sistemas políticos pluralistas: aqui, a maioria deve governar e a minoria deve estar na oposição (entendida como fiscalização pública dos atos dos governantes); e, portanto, a Oposição não é dos cidadãos individualmente considerados, mas sim a de aglutinados em partidos políticos.

O direito de oposição democrática (artigo 114, n.º 2), elevada a limite material de revisão constitucional [artigo 288.º, alínea *i*), 2.ª parte], traduz-se, entre nós, no direito de resposta ou réplica política ao Governo (artigo 40.º, n.º 2), no direito de informação regular e direta sobre o andamento dos principais assuntos públicos [artigos 114.º, n.º 3, e 180.º, n.º 2, alínea *j*)], no de determinar a ordem do dia de certo número de reuniões do Parlamento (artigo 176.º, n.º 4) e no direito de interpelação [artigo 180.º, n.º 2, alínea *d*)]. E meios extremos, por envolverem a responsabilidade política do Governo, são as moções de rejeição do respetivo programa e as moções de censura (artigos 192.º, n.º 3, e 194.º).

Como direitos ou poderes de âmbito geral que podem ser aproveitados para essa finalidade contam-se ainda o de fazer perguntas ao Governo [artigo 156.º, alínea *d*)], o de iniciativa de inquéritos parlamentares [artigos 156.º, alínea *f*), 178.º, n.º 5, e 180.º, n.º 2, alínea *f*)], o de iniciativa de apreciação parlamentar de decretos-leis (artigo 169.º), o de provocação de debates de interesse público atual e urgente [artigo 180.º, n.º 2, alínea *c*)] e o de iniciativa de fiscalização da constitucionalidade ou da legalidade pelo Tribunal Constitucional [artigos 278.º, n.º 4, e 281.º, n.º 2, alíneas *f* e *g*)].

Uma lei ordinária, dita «Estatuto da Oposição» (hoje, a Lei n.º 24/98, de 26 de Maio), explicita ou acrescenta alguns direitos positivos – de informação, de consulta e de participação.

IV – Em última análise, responsabilidade política não se destina apenas a corrigir ou sancionar, em nome de princípios e fins prévia e imutavelmente aceites, a atividade governativa desenvolvida até certo momento. Todos os meios de efetivar a responsabilidade, *maxime* as eleições gerais, servem tanto para o povo avaliar o exercício do mandato dos governantes cessantes como para traçar um novo rumo para o futuro.

Também o povo é livre na responsabilização dos governantes.

## 6. O princípio da separação de poderes

I – O governo representativo está, por natureza, vinculado ao princípio da separação de poderes. Em primeiro lugar, pela separação entre o exercício do poder pelo povo através das eleições e o exercício do poder pelos governantes (disso tiveram consciência logo os autores liberais, preocupados com a garantia das liberdades). Depois, pela necessidade de equilíbrio entre os órgãos eletivos.

Justifica-se recordar as implicações básicas do princípio:

- a) Pluralidade de órgãos de função política, cada qual com competência própria (incluindo de auto-organização) e não podendo nenhum ter outra competência além da fixada pela norma jurídica;
- b) Primado de competência legislativa do Parlamento enquanto assembleia representativa, de composição pluralista e com procedimento contraditório e público;
- c) Independência dos tribunais, com reserva de jurisdição;
- d) Criação de mecanismos de fiscalização ou de controlo interorgânico (e intraorgânico), sejam de mérito ou de legalidade e constitucionalidade;
- e) Divisão pessoal de poder, através de incompatibilidades de cargos públicos;
- f) Divisão temporal, através da fixação do tempo de exercício dos cargos e de limitações à sua renovação, e divisão político-temporal, por meio da previsão de durações diferentes dos mandatos e de não acumulação das datas das eleições dos titulares de órgãos representativos;
- g) Divisão territorial ou vertical, através do federalismo ou do regionalismo político e da descentralização administrativa local;
- h) Divisão funcional através da descentralização administrativa institucional (associações e fundações públicas, institutos públicos, universidades públicas).

Por outro lado, está aí uma dimensão *positiva* e uma dimensão *negativa*, de controlo e limitação de poder, no fundo em correspondência com a *faculté de statuer* e a *faculté d'empêcher* de Montesquieu. Donde, a necessidade de um núcleo essencial de competência de cada órgão, apurado a partir da adequação da sua estrutura ao tipo ou à natureza de competência de que se cuida.

II – Ainda na perspetiva da separação de poderes, cabe considerar a relação entre partidos políticos e referendo.

O referendo apenas faz sentido – tomado como instituto de propulsão, de correção ou de legitimação de decisões parlamentares – quando nele os cidadãos se sintam plenamente livres de opções e constrangimentos partidários, quando votem só motivados pela sua maneira individual de pensar, integrados ou não em movimentos cívicos de intervenção. Se o resultado referendário tivesse de redundar em mera reprodução das maiorias parlamentares, perderia autenticidade ou sentido.

Em contrapartida, pela mesma razão, o referendo não deveria incidir sobre questões inerentes a um programa de Governo ou de cuja resolução dependesse a subsistência do Governo. Senão, a não ser assim, um Governo derrotado em votação popular teria de pedir a demissão ou o Parlamento teria de ser dissolvido.

O Direito português assegura a grupos de cidadãos a participação nas campanhas referendárias, com os adequados direitos de propaganda. Os partidos não ficam excluídos, mas deveriam aceitar autocontenção e, em nenhum caso, deveriam instrumentalizar esses grupos.

III – Negado em tese e, sobretudo, na prática pelo regime da Constituição de 1933, o princípio da separação de poderes ressurgiu na Constituição de 1976 com toda a nitidez e com as particularidades decorrentes quer da evolução dos tempos quer das exigências da realidade portuguesa.

Não se fala, ao contrário do que sucedia nas Constituições liberais, em «Poderes do Estado». Fala-se em «separação e interdependência dos órgãos de soberania» [artigos 111.º, n.º 1, e 288.º, alínea j)] ou em «separação e interdependência de poderes» (no artigo 2.º, após 1997). E, ao mesmo tempo que se declaram a unidade e a indivisibilidade da soberania (artigo 3.º, n.º 1), elevam-se a princípios fundamentais a autonomia político-administrativa dos Açores e da Madeira e a autonomia do poder local, complementadas pelo princípio da subsidiariedade (artigo 6.º).

Quanto ao sistema de órgãos de poder, caracterizam-no: 1.º) o papel institucional único do Presidente da República (artigos 120.º e 133.º); 2.º) o paralelismo organizatório dos três níveis territoriais, sempre, em cada um, com uma

assembleia e um órgão colegial responsável perante ele (artigos 190.º, 191.º, 231.º, n.º 3, e 239.º, n.º 1, *in fine*); 3.º) uma repartição de competências que, a despeito de não assentar, monisticamente, numa análise espectral das funções do Estado, lhes confere não despreciando relevo, com referências expressas a função política (artigos 161.º e 197.º), a função legislativa (artigos 161.º e 198.º), a função administrativa (artigo 199.º) e a função jurisdicional (artigo 202.º).

Enfim, são múltiplos os mecanismos de interdependência e de articulação interorgânica, entre os quais a iniciativa legislativa governamental (artigo 167.º), a apreciação parlamentar de atos legislativos (artigo 169.º) a promulgação e o veto [artigos 134.º, alínea *b*), e 136.º], a iniciativa e a decisão de convocação de referendo (artigo 115.º), a iniciativa de fiscalização da constitucionalidade [artigos 134.º, alíneas *g*) e *h*), 278.º e 281.º, n.º 1], a referenda ministerial (artigo 140.º).

## 7. O princípio da maioria

I – Se o sufrágio é o modo específico de participação política dos cidadãos, a maioria é o critério de decisão – de decisão quer do conjunto dos cidadãos nas eleições e no referendo, quer dos órgãos do Estado de natureza colegial. Governo representativo é *governo de maioria*.

Contrapostos aos sistemas eleitorais maioritários, nem por isso os sistemas proporcionais deixam de observar o princípio: *primo*, porque apenas as candidaturas que atinjam determinado montante ou cifra (em razão do número de Deputados a eleger por círculo) obtêm mandatos; *secundo*, porque são as que obtêm *mais votos* que obtêm mais mandatos.

Observe-se, no entanto, que as técnicas maioritárias não são privativas da democracia, nem se esgotam na seara da política. O Direito romano conheceu-as, o Direito canónico deu-lhes expressão e na Idade Média elas tiveram particularíssimas aplicações no âmbito das ordens religiosas e dos municípios. Assim como hoje se encontram nas associações, nas sociedades e em quaisquer entidades coletivas, com mais ou menos adaptações.

II – Por que motivo deve a maioria ser o critério da democracia? Por que devem governar os candidatos que recebem mais votos? Por que deve a lei ter o sentido querido pela maioria?

Está longe de ser pacífica a resposta.

Há quem sustente que se trata de simples ficção ou convenção, de mera regra instrumental ou de preferência. Ou quem, pelo contrário, identifique maioria com manifestação de racionalidade. Mas há ainda quem afirme que lhe

subjaz um conteúdo axiológico, seja o princípio da igualdade, seja o princípio da liberdade, seja (porventura) outro.

De harmonia com a ideia de igualdade (que remonta a Aristóteles e que Rousseau levaria às últimas consequências), é porque todos os cidadãos têm os mesmos direitos e devem ter o mesmo grau de participação na vida coletiva que deve prevalecer a maioria; a vontade do maior número entre iguais converte-se em vontade geral; e esta fica sendo a vontade do Estado.

De harmonia com a ideia de liberdade (especialmente enfatizada por Kelsen), a maioria resulta da autodeterminação dos membros da comunidade política; qualquer decisão imposta deve ser reduzida ao mínimo; tendo de haver uma ordem social, esta não pode estar em contradição senão com a vontade do menor número possível de indivíduos.

Aderimos à necessidade de um fundamento axiológico. Sem este não se explicam nem o consentimento, nem a própria obrigatoriedade da decisão decorrente do voto.

E entendemos que ele se encontra no enlace de igualdade e liberdade. Não numa presunção puramente negativa, de que ninguém conta mais do que os outros, mas no reconhecimento da dignidade cívica de todas as pessoas. Não numa liberdade com separação de uns dos outros, mas numa liberdade com integração numa sociedade de todos. Em suma, na exigência de uma igualdade livre ou de uma liberdade igual para todos.

III – A maioria não é fonte de verdade ou de justiça; é apenas forma de exercício de poder, ou meio de ação.

Não há, nem deixa de haver verdade nesta ou naquela opção política; há só (ou tem de se pressupor que haja) referência ao bem comum. Naturalmente, quando se suscitarem problemas de verdade, sejam quais forem – religiosos, morais, filosóficos, científicos ou técnicos – não cabe decisão de maioria.

Por outro lado, a decisão de maioria implica publicidade, não pode ter por objeto questões do foro privado. Tudo está, na prática, em saber deslindá-las.

IV – Tão pouco se admitem decisões de maioria que afetem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais ou o conteúdo essencial da própria democracia representativa – mais especificamente, o pluralismo, os direitos das minorias e a possibilidade de alternâncias e de alternativas.

Democracia representativa não é só governo de maioria. Envolve uma dialética necessária de maioria e minoria, sendo a maioria de hoje a minoria de amanhã e a minoria de hoje a maioria de amanhã.

V – As minorias políticas são sempre contingentes e variáveis. Diversas, porque permanentes, são as minorias étnicas nacionais, linguísticas e religiosas – que existem em não poucos Estados e que se repercutem nas respetivas estruturas constitucionais.

Sobre os direitos dos membros destas minorias à proteção contra quaisquer discriminações e à preservação da sua identidade não pode ainda incidir a decisão de maioria.

VI – A decisão da maioria pressupõe a competência para decidir, seja em diferentes escalões de poder (do Estado, das regiões autónomas, das autarquias locais), por referência ou não a um princípio de subsidiariedade; seja dentro do mesmo escalão entre os seus órgãos.

Por outro lado, não vale qualquer vontade maioritária, somente vale a que se forme no respeito das normas – constitucionais, legais, estatutárias, regimentais – que a estruturam e regulam. Donde, limites formais ou procedimentais a acrescer aos materiais e aos orgânicos.

Requisitos de regularidade do procedimento hão-de ser, nomeadamente, a convocação da eleição ou da deliberação nos termos previamente estabelecidos com carácter geral, a igualdade de todos os participantes, a liberdade de discussão e de voto, a pessoalidade do voto, a simultaneidade da votação e o rigor no apuramento dos resultados. E, quando se trate de órgãos colegiais, a reunião no tempo e no local próprios e a presença de mais de metade dos respetivos membros (*quorum*).

VII – A Constituição consagra o princípio da maioria quer a propósito das eleições quer a respeito das deliberações de órgãos colegiais e, nas eleições, distinguindo, como não poderia deixar de ser, as uninominais e as plurinominais.

Nas eleições uninominais estabelece a regra de maioria absoluta quanto ao Presidente da República (artigo 126.º) e a da maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções, quanto a dez dos juizes do Tribunal Constitucional, ao Provedor de Justiça, ao Presidente do Conselho Económico e Social, a sete vogais do Conselho Superior da Magistratura e aos membros da entidade de regulação da comunicação social [artigo 163.º, alínea *h*]).

Nas eleições plurinominais, de membros de assembleia, opta pela representação proporcional [artigos 113.º, n.º 5, 149.º, n.º 1, 231.º, n.º 2, 239.º, n.º 2, e 288.º, alínea *h*)] e prescreve que os partidos participam nesses órgãos de acordo com a sua representatividade eleitoral (artigo 114.º, n.º 1). O Primeiro-Ministro e os presidentes dos Governos regionais são nomeados tendo em conta os

resultados eleitorais (artigos 187.º, n.º 2, e 231.º, n.º 3), sendo reconhecido às minorias o direito de oposição democrática (artigo 114.º, n.º 2).

Por seu lado, nas deliberações de órgãos colegiais, a regra geral é a da maioria relativa por as abstenções não contarem para o apuramento (artigo 116.º, n.º 3). Já nas deliberações referendárias, a regra é, necessariamente, a da maioria absoluta, por as questões serem formuladas para respostas de sim ou não (artigo 115.º, n.º 6).

VIII – A prescrição de maiorias agravadas em eleições e em deliberações decorre da importância acrescida que a Constituição reconhece às escolhas:

- assim, nas eleições do Presidente da República, a maioria absoluta confere-lhe condições (ou mais condições) de independência frente aos proponentes da sua candidatura e aos partidos, no exercício dos seus poderes;
- nas eleições de certos titulares de órgãos pelo Parlamento, a maioria de dois terços – obrigando a acordos entre maioria parlamentar e minorias – serve análogo objetivo de independência e de inclusão;
- nas deliberações da Assembleia da República por maioria qualificada, esta destina-se, por um lado, a propiciar também a interferência das minorias na formação de vontade política e, por outro lado, a dar estabilidade e perdurabilidade ao seu conteúdo, na medida em que se ultrapassam maiorias conjunturais.

Relativamente a estas deliberações, há uma reserva de Constituição e, portanto, um *numerus clausus*. Nem a lei ordinária, nem o regimento podem aditar-lhes outras matérias. Doutro modo, a maioria de certo momento poderia decretar certa lei (por maioria relativa) e, ao mesmo tempo, estatuir que, doravante, a matéria seu objeto só poderia ser regulada por maioria agravada; assim, impedir-se-ia o livre jogo das alternativas políticas, além de se criar uma rigidificação descabida sobre tal matéria.

## 8. Democracia e justiça constitucional

I – Instrumento de controlo da maioria é a justiça constitucional: controlo dos limites materiais e do procedimento; controlo indispensável, sobretudo, para garantia dos direitos fundamentais.

À legitimidade democrática corresponde a legitimidade do controlo jurisdicional como legitimidade das minorias frente à maioria. Nem se verifica aqui contradição, mas sim complementaridade. A justiça constitucional só se afigura

contramajoritária ao inviabilizar esta ou aquela pretensão da maioria, não no contexto global do sistema.

II – Os Tribunais Constitucionais aparecem, na generalidade dos países, com estrutura arredada da estrutura dos demais tribunais, com juízes escolhidos pelos Parlamentos e (ou) pelos Presidentes da República sem atenção (ou atenção necessária) às carreiras judiciárias (e algo de semelhante sucede, como se sabe, com os Supremos Tribunais no modelo judicialista norte-americano).

Ora, pergunta-se como pode um tribunal com juízes designados desta maneira vir a sindacar os atos daqueles órgãos; como pode a criatura fiscalizar o criador; como pode um tribunal assim composto não reproduzir a composição do Parlamento ou a orientação do Presidente da República. Essa a aporia do Tribunal Constitucional: se lhe falta a fonte de designação por órgãos representativos carece de legitimidade; se a recebe, dir-se-ia ficar desprovido de eficácia ou utilidade o exercício da sua competência.

Mas não. É, justamente, por os juízes constitucionais serem escolhidos por órgãos democraticamente legitimados – em coerência, por todos quantos a Constituição preveja, correspondentes ao sistema de governo consagrado – e que eles declaram a invalidade de atos com a força de lei. E por eles, embora por via indireta, provirem da mesma origem dos titulares de órgãos políticos que por estes conseguem fazer-se acatar.

Os membros do Tribunal Constitucional não se tomam representantes dos órgãos que os elegem ou nomeiam, não estão sujeitos a nenhum vínculo representativo. Muito pelo contrário, uma vez designados são completamente independentes e beneficiam de garantias e incompatibilidades idênticas às dos demais juízes; para garantia dessa independência, os seus mandatos não coincidem com os dos titulares do órgão de designação, são mais longos e, por princípio, insuscetíveis de renovação; e, quando de eleição parlamentar, de ordinário requer-se maioria qualificada (o que obriga a compromissos).

Num Tribunal Constitucional ou em órgão homólogo podem e devem coexistir diversas correntes jurídicas e jurídico-políticas; e, mesmo se, em órgão parlamentar, se dá a interferência dos partidos nas candidaturas, essas correntes atenuam-se e, aparentemente, diluem-se, em virtude dos fatores objetivos da interpretação jurídica e, sobretudo, em virtude do fenómeno de institucionalização que cria dinâmica e autonomia do órgão.

Nisto tudo (insista-se) reside a especificidade da figura (ou, se se preferir, a sua ambivalência): uma legitimidade de título assimilável à dos titulares dos órgãos de função política do Estado, uma legitimidade de exercício equiparável à dos juízes dos tribunais comuns; uma legitimidade de título, inerente ao Estado democrático, uma legitimidade de exercício, expressão de Estado

de Direito donde, mais uma vez, Estado de Direito democrático (artigo 2.º da Constituição portuguesa) ou Estado democrático de Direito (artigo 1.º da Constituição brasileira).

No sistema português, de 1982, apenas há a lamentar a incoerência de o Presidente da República, eleito por sufrágio universal, não designar nenhum juiz e de três, pelo menos, entre os juízes designados pelo Parlamento serem escolhidos de entre juízes dos restantes tribunais (artigo 222.º, n.º 2). Mais correto seria os juízes vindos das carreiras judiciárias apenas serem os cooptados e os que deveriam ser designados pelo Presidente da República.

## **9. As concepções e os valores da democracia**

I – Independentemente da análise dos grandes princípios institucionais, vale a pena referir – só referir – algumas das visões explicativas (e também prescritivas) do cerne da democracia moderna à luz das respetivas compreensões filosóficas e teóricas: as de Kelsen, Rudolph, Laun, Joseph Schumpeter, Friedrich A. Hayek, Alf Ross, Robert A. Dahl, Karl Popper, Norberto Bobbio, Jürgen Habermas e Gustavo Zagrebelsky.

Para Kelsen, a ideia de liberdade é o núcleo da democracia. A igualdade entra também, mas de maneira negativa, formal e secundária: cada um deve ser o mais livre possível, logo todos devem-no ser igualmente; cada um deve participar na formação da vontade geral, logo todos devem participar de forma igual. E existe uma relação entre a posição metafísico-absolutista do mundo e a autocracia e entre a posição crítico-relativista e a democracia.

Laun define a democracia como o Estado cuja Constituição positiva não repousa sobre direitos suprapositivos que possuam determinadas pessoas ou determinados grupos de pessoas à competência da soberania ou a uma parte da competência da soberania. A democracia é um Estado livre de direitos dogmáticos de domínio.

Segundo Schumpeter, o método democrático é o sistema institucional conducente a decisões políticas, no qual os indivíduos adquirem o poder de estatuir sobre essas decisões na sequência de uma luta concorrencial tendo por objeto os votos do povo.

Para Hayek, a democracia é um meio mais do que um fim – um meio de mudança pacífica de poder e de salvaguarda da liberdade individual. E a sua vantagem principal não radica no método de selecionar os governantes, mas em que, com a participação ativa de uma grande parte da população na formação da opinião, se amplia o número de pessoas com capacidade para serem eleitas.

Para Alf Ross, o tipo ideal de democracia corresponde à forma de governo em que as funções políticas são exercidas pelo povo com um máximo de intensidade, efetividade e latitude, de acordo com os métodos parlamentares.

Robert A. Dahl liga a democracia às ideias de igualdade, autodeterminação, racionalidade e maximização das vantagens para os elementos de comunidade política. A democracia atual, de larga escala, surge como poliarquia ou conjunto de instituições indissociáveis da extensão da cidadania e da capacidade de os cidadãos se oporem aos titulares dos cargos políticos e de os afastarem pelo voto.

Por sua vez, Karl Popper contrapõe àquilo a que chama a teoria clássica da democracia uma teoria realista. Ela há-de ser o sistema em que os governantes podem ser afastados do poder sem violência, pacificamente, através do voto da maioria.

Bobbio sustenta que a democracia é a forma de governo em que vigoram regras gerais (as chamadas regras de jogo) que permitem aos cidadãos (como jogadores) resolver, sem recorrer à violência, os conflitos que nascem inevitavelmente numa sociedade em que se formam grupos cujos valores e interesses são contrastantes.

Habermas entende que a democracia há-de ser discursiva e deliberativa. Ela é sinónimo de auto-organização política da sociedade no seu conjunto, implicando, pois, a institucionalização de procedimentos e condições apropriadas de comunicação e o jogo combinado das deliberações institucionalizadas e das opiniões públicas.

Por fim (entre os Autores indicados), é uma democracia crítica a que Gustavo Zagrebelsky preconiza, assente num espírito de possibilidade e na abertura ao tempo, mediante procedimentos em que o povo não se feche sobre si mesmo; uma democracia em que a decisão popular nada tenha de preconstituído, nem seja irrevisível ou irreversível.

II – Por referência a Kelsen tender-se-ia a afastar democracia de quaisquer valores; o relativismo dir-se-ia o seu cunho próprio. No entanto, tal interpretação seria redutora e até contraditória em si mesma.

Com efeito, o relativismo democrático só pode ser um relativismo político, não, de modo algum, um relativismo filosófico; envolve um pluralismo de ideias, de correntes de opinião, de forças políticas – acompanhado ou garantido pela não assunção de nenhuma pelo Estado (quer dizer, pela *laicidade* ou pela não confessionalidade do Estado, nessa perspetiva); não equivale a indiferentismo filosófico, convertido em atitude perante a vida ou erigido em doutrina oficial.

O relativismo vale na esfera política, no jogo de ideologias, programas e partidos em disputa pelo poder para o conformar através do voto da maioria. Não pode impor-se à esfera individual, do pensamento, das convicções e das crenças das pessoas, sob pena de se negar a si mesmo, absolutizando-se. Bem pelo contrário, como escreve Jean Lacroix, afirmar o relativismo na ordem relativa é precisamente permitir ao absoluto afirmar-se na ordem do absoluto. O sistema democrático é o único que pressupõe o convívio das diferenças; logo, por definição, ele não as nega ou esconde; reconhece-as e salvaguarda-as, sim, na sua existência e na sua manifestação.

III – Qualquer forma de governo funda-se em certos valores que, conferindo-lhe sentido, vêm, por um lado, alicerçar o consentimento dos governados e o projeto dos governantes e, por outro lado, construir o referente ideal de todos quantos por ela se batem.

Assim, por detrás da diversidade de concepções e formulações teóricas, avultam valores políticos sem os quais a democracia aparece desprovida de razão de ser. E eles são (importa frisar de novo) a liberdade e a igualdade, tal como constam da Declaração de Direitos da Virgínia, da Declaração de 1789, e da maior parte das Constituições de Estado de Direito democrático.

É porque todos os seres humanos são livres e iguais que devem ser titulares de direitos políticos e, assim, interferir conjuntamente, uns com os outros, na definição dos rumos do Estado e da sociedade em que têm de viver. É porque todos são dotados de razão e de consciência (como proclama, por seu lado, a Declaração Universal) que eles são igualmente chamados à participação cívica, capazes de resolver os seus problemas não pela força, mas pelo confronto de ideias e pelo seu sufrágio pessoal e livre.

A liberdade revela-se, portanto, do mesmo passo, fundamento e limite de democracia. Revela-se fundamento, visto que a participação na condução dos destinos comuns pressupõe a liberdade. E revela-se limite, visto que a democracia não pode pôr em causa a liberdade, e a maioria é sempre maioria de conjuntura, não maioria definitiva, pronta a esmagar os direitos da minoria.

IV – É ainda em virtude de uma opção pela liberdade, e não, simplesmente, por impossibilidade da democracia direta (de um qualquer seu sucedâneo), que se justifica a democracia representativa, porquanto:

- apenas na democracia representativa se distinguem (sem se cortarem pontes) espaço público e espaço privado, a esfera do Estado e a esfera da sociedade;
- do mesmo modo, apenas na democracia representativa, se distinguem o cidadão e a pessoa na sua vida própria, não deixando esta ser absolvida

pelo cidadão total (caso da Atenas antiga e, sobretudo, dos regimes totalitários do século XX);

- apenas a democracia representativa assegura a separação de poderes e a responsabilidade política dos governantes perante os governados;
- somente a democracia representativa propicia o pluralismo e o contraditório (sem prejuízo do compromisso) no âmbito das assembleias representativas.

Não por acaso têm-se dito muitas vezes, que ela não constitui um *minus* no confronto com a democracia direta. Constitui um *majus*.

## *Responsabilidade internacional do Estado por dano ecológico: uma miragem?\**

PROF.ª DOUTORA CARLA AMADO GOMES

SUMÁRIO: 1. Era uma vez *uma fundição na fronteira do Canadá com os Estados Unidos...*: o caso *Trail Smelter* e o mito da responsabilidade ambiental dos Estados. 2. A protecção do ambiente como “interesse da comunidade internacional no seu todo” e o incumprimento de obrigações de fazer e de não fazer: da responsabilidade penal à hipótese civil. 3. Os Draft articles on State responsibility de 2001: um quadro normativo curto para a responsabilidade ambiental (e ainda mais para o dano ecológico). 4. Os Drafts de 2001 e 2006: da responsabilidade do Estado por omissão de deveres de controlo de actividades potencialmente lesivas para o ambiente até à responsabilidade (objectiva) dos operadores que desenvolvem aquelas actividades. 5. A inexistência de um princípio geral de (prevenção e) reparação do dano ecológico em zonas fora de jurisdição: 5.1. Danos ambientais ocorridos na Área e o parecer do Tribunal Internacional para o Direito do Mar no caso 17. 6. A responsabilidade internacional do Estado por dano ecológico: questões difíceis (ou impossíveis?).

### **1. Era uma vez uma fundição na fronteira do Canadá com os Estados Unidos...: o caso *Trail Smelter* e o mito da responsabilidade ambiental dos Estados**

“A reparação do dano no Direito Internacional do Ambiente está ainda na infância”, afirma Koivurova<sup>1</sup>. Ninguém diria, se pensarmos que a decisão *Trail*

\* Texto resultante da minha intervenção no Colóquio *Questões de responsabilidade internacional* promovido pela Sociedade Portuguesa de Direito Internacional, que teve lugar na Escola de Direito do Minho, no dia 4 de Dezembro de 2015, a convite da Professora Doutora Maria da Assunção Vale Pereira, a quem agradeço a lembrança.

<sup>1</sup> TIMO KOIVUROVA, *Introduction to International Environmental Law*, Londres/Nova Iorque, 2014, p. 181.

*Smelter* tem quase 80 anos. Esse caso traduz, contudo, um duplo equívoco: por um lado, não se trata, em estrito rigor, de um litígio “ambiental” – na verdade, resume-se a um conflito de vizinhança. O que estava em jogo na decisão *Trail Smelter*<sup>1</sup> nada tinha a ver com a integridade do ambiente enquanto grandeza com valor intrínseco, mas antes com o bem estar das populações residentes, e bem assim com a viabilidade das culturas agrícolas, no território americano, ambas perturbadas pela poluição atmosférica produzida pela fundição *Trail*, situada em território canadiano.

Por outro lado, a decisão arbitral *Trail* só coincidentalmente constitui um litígio internacional, pois não fora a existência de um conflito negativo de competência dos tribunais canadianos e americanos, ter-se-ia traduzido num caso de reparação de danos, pessoais e económicos, a dirimir por um tribunal interno de um dos dois Estados envolvidos – e na verdade o tribunal arbitral baseou-se na legislação interna dos EUA<sup>2</sup>. Note-se que, em 1938/41, embora o Tribunal Permanente de Justiça Internacional já tivesse afirmado o princípio geral de que “any breach of an engagement involves an obligation to make reparation”, no caso *Chorzów Factory* (1928), estava-se ainda longe de aceitar que tal responsabilidade pudesse decorrer de uma omissão de controlo público da actividade económica poluente de uma entidade privada que causa danos transfronteiriços.

Relembrando o parágrafo mais paradigmático desta decisão, não só é clara, da sua leitura, a conclusão sobre a perspectiva antropocêntrica do dano como, e sobretudo, sobre a transfiguração deste litígio interprivados numa questão de preservação da integridade territorial do Estado norte-americano em face do Estado canadiano – no sentido de uma lesão inflingida à sua população e/ou território por intrusão de poluentes atmosféricos:

*“The Tribunal, therefore, finds that the above decisions, taken as a whole, constitute an adequate basis for its conclusions, namely, that, under the principles of international law, as well as of the law of the United States, no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence”.*

<sup>1</sup> Na verdade, trata-se de dois acórdãos, um prolatado em 1938 (que se debruçou sobre danos ocorridos entre 1932 e 1936), outro prolatado em 1941 (que incidiu sobre sobre danos registados entre 1937 e 1940).

<sup>2</sup> Cfr. JAYE ELLIS, *Has International Law outgrown Trail Smelter?*, 2006, pp. 4-5 (disponível em <http://ssrn.com/abstract=1766142>).

No que mais directamente releva para esta nossa reflexão, realce-se que na decisão não se menciona o dano ao ambiente *de per se*<sup>3</sup>, nem se admite que a responsabilidade por dano transfronteiriço possa ser accionada em caso de tal dano ter ocorrido em zona – terrestre, aérea ou marinha – fora de jurisdição estatal. Acresce que onexo de causalidade deve ficar inquestionavelmente estabelecido – o que será, nos casos de responsabilidade ambiental, uma raridade, em função de danos acumulados, pretéritos, orfãos... Enfim, no que toca à avaliação das consequências (*serious consequence*), esta há-de ser realizada em função dos efeitos em pessoas e património<sup>4</sup>, não em função da lesão ao equilíbrio do ecossistema e seus componentes.

A perspectiva exclusivamente antropocêntrica não deve surpreender. Com efeito, nos anos 1940, as raras convenções dedicadas a questões que hoje considerariamos ambientais (sobre caça à foca; sobre caça de animais selvagens) tinham propósitos estritamente utilitários. O princípio da responsabilidade por dano ambiental transfronteiriço ficou gravado na Declaração de Estocolmo, de 1972, no princípio 21, 2.<sup>a</sup> parte, na sua qualidade de princípio geral de Direito Internacional de base consuetudinária, sendo reafirmado no princípio 2 da Declaração do Rio de Janeiro, de 1992 – mas por relação a danos pessoais e patrimoniais, como se pode comprovar da leitura do princípio 13 da Declaração do Rio, onde se exorta os Estados a desenhar quadros normativos que permitam atribuir “indemnização às vítimas de poluição e de outros danos ambientais”.

É certo que em ambas as Declarações referidas se avançou no sentido de fixar a extensão do dever de indemnizar a espaços fora de jurisdição estatal – o que poderia indiciar, sobretudo se pensarmos no alto-mar, que outros danos, além dos pessoais e patrimoniais, poderiam estar abrangidos. Porém, para além da questão de saber quem reclamaria a reparação de tal dano, sempre restaria o

<sup>3</sup> Confirmando esta leitura, PHILIPPE SANDS e JACQUELINE PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), *Principles of International Environmental Law*, 3.<sup>a</sup> ed., Cambridge, 2012, p. 717: “The two awards of the tribunal did not deal with pure environmental damage *per se*, and rejected the opportunity to assess damages in respect of injurious consequences to the Columbia river. The tribunal basically took a market value approach that did not take account of loss of environmental amenity”. No mesmo sentido, PHOEBE OKOWA, *Responsibility for environmental damage*, in *Research Handbook on International Environmental Law*, coord. de Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong e Panos Merkouris, Cheltenham/Northampton, 2010, p. 307.

<sup>4</sup> E mesmo quanto à prevalência destes valores, pessoais e patrimoniais, há dúvidas na doutrina quanto ao sentido da decisão. Isto porque, como realça PHOEBE OKOWA (*Responsibility...*, *cit.*, pp. 307-308), o Estado norte-americano não quis fazer exigências que pudessem estabelecer precedentes os quais, mais tarde, pudessem voltar-se contra as suas próprias indústrias.

problema de saber que critérios deveriam ser observados nessa operação e quem controlaria a sua adequação e suficiência.

Sem embargo das dificuldades que envolve fixar um conceito universal de *dano ecológico*<sup>5</sup> – tanto por razões técnicas como jurídicas –, o conceito foi merecendo aproximações pontuais. Vejam-se, a título de exemplo:

- o artigo 1, n.º 15, da *Convention on the regulation of Antarctic mineral resource activities* (1988), ainda não em vigor, que estabelece dever entender-se por dano ecológico “any impact on the living or non-living components of that environment or those ecosystems, including harm to atmospheric, marine or terrestrial life, beyond that which is negligible or which has been assessed and judged to be acceptable pursuant to (the) Convention”;
- a definição constante do *Nagoya-Kuala Lumpur Supplementary Liability Protocol* (2010), no artigo 2, 2/b): “‘Damage’ means an adverse effect on the conservation and sustainable use of biological diversity, taking also into account risks to human health, that: i) Is measurable or otherwise observable taking into account, wherever available, scientifically-established baselines recognized by a competent authority that takes into account any other human induced variation and natural variation; and ii) Is significant as set out in paragraph 3 below”.

A Resolução 687 do Conselho de Segurança das Nações Unidas (1991) constitui um bom exemplo no tocante ao computo de danos ecológicos – em território sob jurisdição estatal. A Comissão de Compensação das Nações Unidas (*United Nations Compensation Commission*) que ficou encarregada de atribuir indemnizações aos lesados pela invasão iraquiana do Koweit (onde se incluíram vários Estados da região do Golfo Pérsico), debruçou-se sobre alegações de danos de diversa natureza, desde despesas de avaliação e monitorização de risco futuro para o ambiente, passando por custos de prevenção e mitigação dos efeitos lesivos dos bombardeamentos, até à cobertura de custos de perda de serviços ecossistémicos. A atribuição de indemnizações com estas bases estava sujeita a uma cláusula de “green conditionality”, ou seja, as verbas ficariam depositadas num Fundo que reembolsaria os Estados obrigados a despesas de recuperação ambiental contra prova da efectiva afectação dos montantes a tais fins<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Sublinhando que a definição de “dano ecológico” constitui uma árdua questão, PHILIPPE SANDS e JACQUELINE PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), *Principles...*, cit., p. 706. Veja-se também, no plano do direito interno, PIERRE-ANTOINE DEETJEN, *La traduction juridique d'un dommage écologique: le préjudice écologique*, in *RJE*, 2009/1, pp. 39 segs.

<sup>6</sup> Cfr., desenvolvidamente, PHILIPPE SANDS e JACQUELINE PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), *Principles...*, cit., pp. 724-725.

Como enfatizam Birnie, Boyle e Redgwell, os resultados do trabalho da Comissão são extraordinariamente relevantes para a consolidação das bases da responsabilidade internacional dos Estados no plano da protecção do ambiente, na medida em que ficaram enunciados vários pontos nevrálgicos da mesma; no entanto, isso só foi possível, sublinham, porque o Iraque foi considerado responsável e porque foi criado um esquema de reparação *ad hoc* com entidades específicas competentes para se ocupar da situação<sup>7</sup>. Daí que este caso constitua uma excepção no panorama da reparação de danos ecológicos a título de responsabilidade internacional de um Estado.

É verdade que, por exemplo, no plano do combate à poluição marinha por hidrocarbonetos se têm observado progressos no sentido de fazer responder o dono do navio por danos não exclusivamente relacionados com interesses patrimoniais, nomeadamente pelos custos de prevenção de danos ao ambiente. No tocante à aproximação ao dano ecológico, referimo-nos às Convenções de Bruxelas, de 1969 e 1971 (*International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage; International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage Fund*), na redacção alterada pelo Protocolo de Londres, de 1992 (*Protocol to amend the International Convention on civil liability for oil pollution damage*), nomeadamente ao artigo 1, §6.º, de onde resulta a definição de “dano de poluição”:

“«Pollution damage» means:

- (a) loss or damage caused outside the ship by contamination resulting from the escape or discharge of oil from the ship, wherever such escape or discharge may occur, provided that compensation for impairment of the environment other than loss of profit from such impairment shall be limited to costs of reasonable measures of reinstatement actually undertaken or to be undertaken;
- (b) the costs of preventive measures and further loss or damage caused by preventive measures”.

Como realçam Dupuy e Viñuales, soluções como a indemnização de custos com medidas de limpeza e de contenção de danos, já vão sendo habituais em convenções de luta contra a poluição, ainda que sujeitas a condição de razoabilidade<sup>8</sup>. Mas nada comparável com o regime estabelecido na Directiva europeia 35/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril, sobre prevenção e reparação do dano ecológico, na qual se autonomiza a noção de “dano ecológico” e se definem critérios de reparação específicos. Ainda assim,

<sup>7</sup> PATRICIA BIRNIE, ALAN BOYLE e CATHERINE REDGWELL, *International Law...*, cit., pp. 231-232.

<sup>8</sup> PIERRE-MARIE DUPUY e JORGE VIÑUALES, *International...*, cit., p. 265.

em razão do princípio da territorialidade, tal regime apenas se aplica no espaço da União Europeia, ou seja, em território dos seus Estados membros – não em Estados terceiros, ainda que a pretexto de lesão provocada por uma empresa com sede na União Europeia, nem em território não sujeito a jurisdição estatal.

Nas linhas que seguem, percorreremos alguns caminhos trilhados pelo Direito da Responsabilidade internacional do Estado no âmbito da reparação de danos ao ambiente e testaremos as soluções detectadas em sede de reparação do dano ecológico no plano internacional<sup>9</sup>.

## 2. A protecção do ambiente como “interesse da comunidade internacional no seu todo” e o incumprimento de obrigações de fazer e de não fazer: da responsabilidade penal à hipótese civil

Muito se escreveu já sobre o “despertar da era ecológica”<sup>10</sup> em final da década de 1960. Com a Conferência de Estocolmo, realizada sob a égide da ONU em 1972, a questão da finitude dos recursos ambientais e do imperativo da sua gestão racional, a bem da sobrevivência no planeta de presentes e futuras gerações, entra na agenda política mundial. A Declaração de Estocolmo afirma, no princípio 2, que os recursos naturais da Terra devem ser objecto de gestão criteriosa, a bem das presentes e futuras gerações; qualifica a Natureza, as espécies selvagens e seus habitats, como uma herança cuja conservação constitui uma responsabilidade comum (princípio 4); caracteriza os recursos não renováveis como especialmente frágeis e investe os Estado no dever de evitar a sua exaustão, a bem da Humanidade (princípio 5); no princípio 7, exorta os Estados a combater todas as formas de poluição, com especial incidência na marinha, que tinha em recentes desastres com petroleiros dado mostras de particular

<sup>9</sup> Sobre este tema, vejam-se: ALAN BOYLE, *Globalising Environmental Liability: The Interplay of National and International Law*, in *Journal of Environmental Law*, 2005/1, pp. 3 segs; PATRICIA BIRNIE, ALAN BOYLE e CATHERINE REDGWELL, *International Law & the Environment*, 3.ª ed., Oxford, 2009, pp. 214 segs; LOUISE ANGÉLIQUE DE LA FAYETTE, *International liability for damage to the environment*, in *Research Handbook on International Environmental Law*, coord. de Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong e Panos Merkouris, Cheltenham/Northampton, 2010, pp. 320 segs; PHILIPPE SANDS e JACQUELINE PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie, *Principles...*, *cit.*, pp. 700 segs; TIMO KOIVUROVA, *Introduction...*, *cit.*, pp. 181 segs.; PIERRE-MARIE DUPUY e JORGE VIÑUALES, *International Environmental Law*, Cambridge, 2015, pp. 252 segs.

<sup>10</sup> ALEXANDRE KISS, *Direito Internacional do Ambiente*, in *Direito do Ambiente*, INA, 1994, pp. 174 segs, 174.

agressividade<sup>11</sup>. Nas décadas seguintes, assistiu-se a uma explosão normativa no plano do Direito Internacional do Ambiente, com alguns sucessos – como o combate à redução da camada de ozono através da Convenção de Viena e do Protocolo de Montreal –, e muitos fracassos – sendo o mais paradigmático o da luta contra as alterações climáticas.

Com a entrada em vigor da Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar, em vigor desde 1993, ganha letra de forma, em instrumento vinculativo, o conceito de “património comum da Humanidade”<sup>12</sup>, corporizado nos Fundos Marinhos – a Área, cuja gestão está regulada no Cap. XI da Convenção<sup>13</sup>. A importância da protecção de certos recursos para a Humanidade, embora aqui numa perspectiva antropocêntrica e em zona fora de jurisdição estatal, revela o ambiente como uma grandeza de valor metaestadual e meta-geracional, quebrando a lógica egoística e bilateral tradicional das normas de Direito Internacional<sup>14</sup>.

Não se pode afirmar que fosse uma tendência exclusiva do Direito do Ambiente. Na verdade, no plano dos Direitos Humanos, a consciência da necessidade da sua protecção por apelo a valores universais – como a dignidade humana, e malgrado a variabilidade geográfica e cultural do conceito –, gerava um aumento dos mecanismos de tutela, quer no plano universal – com a possibilidade de apresentação de queixas ao Comité dos Direitos do Homem por violação dos direitos consagrados nos dois Pactos da ONU de 1966 –, quer no plano regional – aqui os exemplos mais ilustrativos são os da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (de 1950), com justiciabilidade obrigatória junto do Tribunal de Estrasburgo, e o Tribunal Penal Internacional, constituído em 2002 à luz do Estatuto de Roma (de 1998).

Recorde-se que a noção de obrigações *erga omnes* foi introduzida pelo Tribunal Internacional de Justiça no caso *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (1970), quando, no §33, obtemperou

<sup>11</sup> Recorde-se o naufrágio do petroleiro *Torrey Canyon*, em 1967, que inundou a costa britânica com quase 12.000 toneladas de crude.

<sup>12</sup> Radicado no célebre discurso de Arvid Pardo, proferido em 1967 na Assembleia Geral das Nações Unidas, no qual exortou a que tanto os fundos marinhos como a coluna de água em alto mar fossem reservados a usos exclusivamente pacíficos e em benefício da Humanidade.

<sup>13</sup> Deve assinalar-se que, em 1959 (em vigor desde 1961), o Tratado da Antártida já determinara a protecção desse espaço em benefício da Humanidade, nomeadamente, com acesso e exploração condicionados a fins pacíficos – mas não sujeito à gestão de uma Autoridade internacional. Neste momento, está em vigor uma moratória que preserva esse estatuto até 2048.

<sup>14</sup> Cfr. SANTIAGO VILLALPANDO, *The legal dimension of the international community: how community interests are protected in International Law*, in *The European Journal of International Law*, 2010/2, pp. 387 segs.

*“(...) In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes”.*

No que concerne concretamente aos bens ambientais, o Tribunal Internacional de Justiça nunca se pronunciou com carácter vinculativo sobre a natureza *erga omnes* da obrigação de prevenção da sua integridade. Terá sido no parecer *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (1996), que sobre esse ponto ficou clara a posição do Tribunal, quando no §29 afirmou que

*“The Court recognizes that the environment is under daily threat and that the use of nuclear weapons could constitute a catastrophe for the environment. The Court also recognizes that the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn. The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment”.*

No estágio actual, não pode, contudo, afirmar-se ter a obrigação de prevenção de danos ambientais adquirido estatuto *erga omnes*, embora o Tribunal Internacional de Justiça não desconheça o problema<sup>15</sup>. Curiosamente, no entanto, no domínio da protecção do património cultural, a Convenção da UNESCO de 1972, sobre salvaguarda de bens do património cultural (edificado e natural) universal, a percepção da importância destes bens como testemunho de legado civilizacional, tem gerado um aumento das preocupações internacionais sobre a sua protecção – chegando até a um ponto inédito de condenação, em Setembro de 2016, pelo Tribunal Penal Internacional, do terrorista Ahmad al-Faqi al-Mahdi por crime contra a Humanidade materializado na ordem de destruição dos templos de Tombuctu, em 2012 – que aquele confessou.

Conforme assinala Villalpando, a adopção de uma perspectiva mais “sinálgmática” das relações internacionais acompanha a alteração da postura dos

<sup>15</sup> Leiam-se as considerações do Tribunal no §140 do caso *Gabcikovo-Nagymaros* (1997):

*“The Court is mindful that, in the field of environmental protection, vigilance and prevention are required on account of the often irreversible character of damage to the environment and of the limitations inherent in the very mechanism of reparation of this type of damage”.*

Veja-se também JUTTA BRUNÉE, *Common areas, common heritage, and common concern*, in *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, coord. de Daniel Bodansky, Jutta Brunnée e Ellen Hey, Oxford, 2008, pp. 550 segs, 555.

Estados, de uma atitude mais abstencionista pós Paz de Vestefália para um esquema mais interactivo. Com efeito, o imperativo de protecção do ambiente traduz um propósito universal que força a transição de um modelo de sociedade internacional em que os Estados perseguem sobretudo interesses egoístas para um modelo de comunidade internacional que pressupõe a cooperação na prossecução de interesses que só de forma global podem ser endereçados<sup>16</sup>.

Impõe-se reconhecer, em razão da natureza dos bens em jogo, que a salvaguarda da integridade de bens colectivos só pode ser efectivamente alcançada através de uma actuação solidária dos Estados, em que coloquem o interesse comum acima do interesse individual. Ora, isso é por demais evidente no caso da protecção do ambiente, no âmbito da qual se identifica facilmente um valor ético associado ao valor físico, além de se constatar uma continuidade geográfica e biofísica dos problemas de degradação ambiental que reclama uma acção concertada dos Estados. A compatibilização entre a vocação universalista da protecção ambiental vai, no entanto, enfrentar um implacável adversário na vocação nacionalista da soberania permanente sobre os recursos naturais sitos em território estatal<sup>17</sup>. Os Estados são ciosos da prerrogativa de delinear as suas políticas de exploração das riquezas naturais que detêm, e o modelo de democracia representativa – mesmo quando com ele não interferem esquemas de corrupção a favor as elites, em Estados dominados por sistemas ditatoriais – é desadequado aos tempos longos da preservação do ambiente, cedendo facilmente ao tempo curto da gestão desregrada com vista à conservação do poder.

A alternativa para fazer prevalecer os valores ambientais como valores universais parece ser a da consagração de princípios como a prevenção de danos ao ambiente (seja onde for) e a gestão racional dos recursos naturais (estejam onde estiverem, mas sobretudo em zonas sob jurisdição nacional) como normas com natureza *erga omnes*, isto é, normas que se impõem independentemente de vinculação convencional por traduzirem *obrigações dos Estados em face da comunidade internacional no seu todo*. Malgrado a evidência desta asserção, certo é que, para além dos princípios: da cooperação de boa fé; da responsabilização por danos sérios e de carácter patrimonial ou pessoal decorrentes de actividades perigosas com reflexos transfronteiriços; e da prevenção (de impactos significativos) através do procedimento de avaliação de impacto ambiental – reconhecidos como princípios de Direito Internacional geral pelo Tribunal Internacional de Justiça

<sup>16</sup> SANTIAGO VILLALPANDO, *The legal dimension...*, cit., pp. 390–392.

<sup>17</sup> Cfr., sobre este ponto, o nosso *Os bens ambientais como bens de interesse comum da Humanidade: entre o universalismo e a razão de Estado*, in *O Direito*, 2009/5, pp. 1051 segs.

nos casos *Gabcikovo-Nagymaros* (1997)<sup>18</sup>; *Costa Rica vs Nicaragua and Nicaragua vs Costa Rica* (2015)<sup>19</sup>; e *Pulp Mills on river Uruguay* (2010)<sup>20</sup>, respectivamente —; certo é que, como vimos *supra*, a jurisprudência internacional tem-se furtado a qualificar a natureza *erga omnes* da obrigação substantiva de prevenção de danos à integridade de bens ambientais contra o princípio da soberania dos Estados, pelo menos em pronúncias com eficácia decisória.

A Comissão de Direito Internacional avançou, em 1996, com uma proposta demasiado ambiciosa: a criminalização das violações de normas inter-

<sup>18</sup> Cfr. o §142 do Acórdão:

*“What is required in the present case by the rule pacta sunt servanda, as reflected in Article 26 of the Vienna Convention of 1969 on the Law of Treaties, is that the Parties find an agreed solution within the cooperative context of the Treaty.*

*Article 26 combines two elements, which are of equal importance. It provides that ‘Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith’. This latter element, in the Court’s view, implies that, in this case, it is the purpose of the Treaty, and the intentions of the parties in concluding it, which should prevail over its literal application. The principle of good faith obliges the Parties to apply it in a reasonable way and in such a manner that its purpose can be realized”.*

Veja-se também os §§112 e 143.

<sup>19</sup> Cfr. os §§ 141 e 142 do Acórdão:

*“...While Nicaragua failed to comply with the obligations under the 2011 Order, it is necessary also to take into account the fact that Nicaragua later complied with the requirements, stated in the Order of 22 November 2013, to “refrain from any dredging and other activities in the disputed territory” and to “cause the removal from the disputed territory of any personnel, whether civilian, police or security” (I.C.J. Reports 2013, p. 369, para. 59). It is to be expected that Nicaragua will have the same attitude with regard to the legal situation resulting from the present Judgment, in particular in view of the fact that the question of territorial sovereignty over the disputed territory has now been resolved.*

*142. Costa Rica is entitled to receive compensation for the material damage caused by those breaches of obligations by Nicaragua that have been ascertained by the Court. The relevant material damage and the amount of compensation may be assessed by the Court only in separate proceedings. The Court is of the opinion that the Parties should engage in negotiation in order to reach an agreement on these issues. However, if they fail to reach such an agreement within 12 months of the date of the present Judgment, the Court will, at the request of either Party, determine the amount of compensation on the basis of further written pleadings limited to this issue”.*

<sup>20</sup> Cfr. o §204 do Acórdão:

*“In this sense, the obligation to protect and preserve, under Article 41 (a) of the Statute, has to be interpreted in accordance with a practice, which in recent years has gained so much acceptance among States that it may now be considered a requirement under general international law to undertake an environmental impact assessment where there is a risk that the proposed industrial activity may have a significant adverse impact in a transboundary context, in particular, on a shared resource. Moreover, due diligence, and the duty of vigilance and prevention which it implies, would not be considered to have been exercised, if a party planning works liable to affect the régime of the river or the quality of its waters did not undertake an environmental impact assessment on the potential effects of such works”.*

nacionais de protecção ambiental<sup>21</sup>. Aludimos ao artigo 19, n.º 3, alínea d) do fracassado Projecto de artigos sobre responsabilidade internacional do Estado<sup>22</sup>, que muito provavelmente deve a essa norma o seu insucesso<sup>23</sup>. A norma em causa rezava assim:

*“Article 19 – International crimes and international delicts:*

*(...)*

*2. An internationally wrongful act which results from the breach by a State of an international obligation so essential for the protection of fundamental interests of the international*

<sup>21</sup> Sobre o movimento doutrinal de criminalização de condutas ofensivas de bens ambientais, cujos quatro crimes principais seriam os crimes de poluição atmosférica, os crimes de desflorestação, os crimes contra animais e os crimes de poluição da água, vejam-se os textos reunidos na obra coordenada por NIGEL SOUTH e AVI BRISMAN, *Routledge International Handbook of green criminology*, London & New York, 2013.

<sup>22</sup> Num outro Projecto do mesmo ano, a alínea g) do artigo 20 (*War crimes*) do *Draft Code of crimes against the peace and security of mankind*, reduziu o âmbito do tipo, tanto no seu contexto (apenas em cenário de guerra), como no seu objecto (a ofensa ao ambiente releva apenas enquanto atentado à vida e saúde das pessoas):

*“Any of the following crimes constitutes a crime against peace and security of mankind when committed in a systematic manner or on a large scale:*

*(...)*

*g) In the case of armed conflict, using methods or means of warfare not justified by military necessity with the intent to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment and thereby gravely prejudice the health or survival of the population and such damage occurs”.*

Desse Projecto de 1996, o que “sobreviveu” no Estatuto de Roma foi a norma do artigo 8, n.º 2/b) iv) – a qual confere relevo autónomo à protecção do ambiente, mas que no fundo justifica a sua destruição em cenário de guerra, salvo se a lesão for manifestamente desproporcionada em relação ao objectivo militar que se pretende alcançar –, que se transcreve:

*“The Court shall have jurisdiction in respect of war crimes in particular when committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes.*

*For the purpose of this Statute, ‘war crimes’ means:*

*(...)*

*b) Other serious violations of the laws and customs applicable in international armed conflict, within the established framework of international law, namely, any of the following acts:*

*(...)*

*(iv) Intentionally launching an attack in the knowledge that such attack will cause incidental loss of life or injury to civilians or damage to civilian objects or widespread, long-term and severe damage to the natural environment which would be clearly excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated”.*

Sobre a evolução desta norma nos trabalhos da Comissão de Direito Internacional da ONU, veja-se CARLA AMADO GOMES, *Ambiente e crimes contra a paz e segurança da Humanidade*, em curso de publicação na RMP.

<sup>23</sup> Bem assim como à solução de responsabilização quase objectiva que decorria do artigo 21 – cfr. PATRICIA BIRNIE, ALAN BOYLE e CATHERINE REDGWELL, *International Law...*, *cit.*, p. 223.

community that its breach is recognized as a crime by that community as a whole constitutes an international crime.

3. Subject to paragraph 2, and on the basis of the rules of international law in force, an international crime may result, *inter alia*, from:

(...)

(d) a serious breach of an international obligation of essential importance for the safeguarding and preservation of the human environment, such as those prohibiting massive pollution of the atmosphere or of the seas”.

Dessa lógica de valorização dos bens ambientais remanesceu, para os *Draft articles on State responsibility* de 2001 (= *Draft articles* 2001), que a Comissão de Direito Internacional apresentou à Assembleia Geral da ONU em 2001 e dos quais esta tomou conhecimento, a ideia de que há bens cuja lesão afecta os “interesses da comunidade internacional no seu todo”, cuja ofensa pode ser sindicada, para efeitos de responsabilidade civil, por qualquer Estado, ainda que não directamente lesado (cfr. os artigos 48 e 42 do *Draft articles* 2001). Esta fórmula tem uma evidente aplicação à realidade ambiental, mas continua a ser insuficiente para resolver a questão da responsabilidade internacional pela reparação do dano ecológico<sup>24</sup>. Vejamos porquê.

### 3. O *Draft articles on State responsibility* de 2001: um quadro normativo curto para a responsabilidade ambiental (e ainda mais para o dano ecológico)

Cumpra desde logo observar que o *Draft articles* de 2001 não tem eficácia vinculativa por consubstanciarem um mero projecto (*draft*)<sup>25</sup>. Depois, deve

<sup>24</sup> Além de levantar, em geral, múltiplas dificuldades de operacionalização, como explica PIERRE-MARIE DUPUY, *The deficiencies of the Law of State responsibility relating to branches of ‘obligations owed to the international community as a whole’: suggestions for avoiding the obsolescence of aggravated responsibility, in Realizing Utopia: the future of International Law*, coord. de Antonio Cassese, Oxford, 2012, pp. 210 segs, *passim*.

<sup>25</sup> O que não lhes minimiza a importância. Conforme sublinha MARIA LUÍSA DUARTE (*Direito Internacional Público e ordem jurídica global do século XXI*, Coimbra, 2014, pp. 157-158), “em domínios mais vulneráveis aos efeitos paralisantes da falta de consenso político entre os Estados (...), a aprovação de resoluções e declarações põe em marcha um processo de divulgação e de reiteração de um projecto normativo”. Ou, nas palavras de JEAN-MARIE DUPUY, em texto especialmente dedicado à importância do *soft law* no Direito Internacional do Ambiente, “In the context of ‘soft’ instruments, one could say, using the classical working of legal theory in regard to the creation of custom, that the cumulative enunciation of the same guideline by numerous non-binding texts

sublinhar-se que tem uma vocação aplicativa que se resume a Estados – facto que reduz a utilidade do seu quadro normativo em casos de dano ambiental e ecológico a um âmbito muito reduzido, pois as actividades de maior potencial lesivo são maioritariamente desenvolvidas por privados. Claro que existe a possibilidade de considerar a falta de controlo de instalações perigosas, *ab initio*, durante o seu funcionamento ou mesmo na fase de desmantelamento, como uma quebra dos deveres de prevenção a que o Estado está obrigado, por força de compromissos internacionais convencionais ou pela via dos deveres agregados à avaliação de impacto ambiental – nos termos do artigo 8 do *Draft articles* 2001. Conforme ressalta Koivurova<sup>26</sup>, neste caso, o apuramento da responsabilidade do Estado que acolhe a instalação perigosa pressupõe a aferição do cumprimento de deveres de controlo preventivo, através de questões como: i) pode ser atribuída a responsabilidade por uma lesão a alguma actividade desenvolvida no território do Estado A?; ii) O Estado A autorizou o projecto?; iii) O Estado A analisou a possibilidade de danos transfronteiriços?; iv) O Estado A notificou o Estado onde os danos se verificaram?

Deve ressaltar-se, no entanto, que tal responsabilidade, a aceitar-se, deverá assumir sempre carácter subsidiário, uma vez que é sobre o operador, que lucra com a actividade, que deverão recair os custos de reparação de danos eventualmente causados pelo funcionamento das instalações. Admitir a responsabilidade estatal como principal equivaleria a subsidiar as empresas mais poluentes e negar o princípio do poluidor-pagador<sup>27</sup>.

O facto de o *Draft articles* 2001 disciplinar um tipo de responsabilidade (civil) muito particular – por se tratar de responsabilidade no plano internacional, o que implica que é accionável perante o simples incumprimento de uma obrigação jurídica e não envolve, portanto e forçosamente, uma conduta que provoque danos no plano dos factos – explica que só se aplique entre Estados, sujeitos de direitos e obrigações internacionais por excelência. Essa circunstância justifica igualmente que só Estados possam invocar a violação de obrigações, devendo caracterizar, em regra, uma lesão de interesses próprios, políticos e/ou sociais (artigo 42 do *Draft articles* 2001). De resto, para além de organizações internacionais, só Estados têm legitimidade para se apresentar perante a grande maioria dos tribunais internacionais (cfr., paradigmaticamente, o artigo

helps to express the *opinio juris* of the world community” – *Soft law and the International Law of the Environment*, in *Michigan Journal of International Law*, 1991/2, pp. 420 segs, 432.

<sup>26</sup> TIMO KOIVUROVA, *Introduction...*, *cit.*, p. 177.

<sup>27</sup> Neste sentido, PATRICIA BIRNIE, ALAN BOYLE e CATHERINE REDGWELL (*International Law...*, *cit.*, p. 222).

35 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça), o que significa que só Estados podem reclamar responsabilidade internacional de outros Estados.

Ora, a abertura proporcionada pelo artigo 48 dos *Draft articles* 2001 só ganharia verdadeiro relevo, em primeiro lugar e desde logo, se outros actores, altruístas, pudessem apresentar acções de responsabilização de Estados que praticam – ou permitem, por omissão, a prática por privados – actuações lesivas do ambiente, dentro do seu território ou em zonas fora de jurisdição. É que, descartada que está a possibilidade de um Estado esgrimir contramedidas contra outro Estado em nome da salvaguarda de interesses da comunidade internacional no seu todo (cfr. os artigos 49 e 54 do *Draft articles* 2001), resta a hipótese de um Estado se apresentar a litigar num Tribunal Internacional contra outro Estado sem que esteja a defender um interesse particular – o que, numa perspectiva política realista, é pouco crível, sobretudo se tivermos em mente as diferenças de peso político entre os Estados da comunidade internacional. E ainda que o faça, é duvidoso que a pretensão vá além do pedido de reembolso de custos de limpeza e de reconhecimento do facto ilícito<sup>28</sup>.

Em segundo lugar, tal derrogação à regra de a legitimidade processual internacional importar necessariamente um interesse directo em agir enfrenta um obstáculo decisivo na posição expressa pelo Tribunal Internacional de Justiça no caso *East Timor* (1995) e reafirmada no caso *Armed activities in the territory of the Congo* (2006), nos quais o Tribunal esclareceu que, apesar de certos valores serem universais (mesmo que *jus cogens*), isso não significa que o Estado contra o qual se brandem as acusações possa ficar despossuído da faculdade de aceitar a jurisdição da instância internacional perante a qual é demandado<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Neste sentido, PATRICIA BIRNIE, ALAN BOYLE e CATHERINE REDGWELL, *International Law...*, cit., p. 235.

<sup>29</sup> Cfr. o §29 do caso *East Timor*:

“However, the Court considers that the *erga omnes* character of a norm and the rule of consent to jurisdiction are two different things. Whatever the nature of the obligations invoked, the Court could not rule on the lawfulness of the conduct of a State when its judgment would imply an evaluation of the lawfulness of the conduct of another State which is not a party to the case. Where this is so, the Court cannot act, even if the right in question is a right *erga omnes*”.

e o §64 do caso *Armed activities*:

“The same applies to the relationship between peremptory norms of general international law (*jus cogens*) and the establishment of the Court’s jurisdiction: the fact that a dispute relates to compliance with a norm having such a character, which is assuredly the case with regard to the prohibition of genocide, cannot of itself provide a basis for the jurisdiction of the Court to entertain that dispute. Under the Court’s Statute that jurisdiction is always based on the consent of the parties”.

Ou seja, e transpondo estas considerações para o domínio que nos ocupa quer a ofensa ao bem ambiental se tenha manifestado em território sob jurisdição estatal (do próprio lesante), quer tenha ocorrido fora dela, o Estado lesante terá sempre que manifestar a sua concordância com a submissão do litígio à jurisdição internacional. Por outras palavras, tal redundaria em que a atribuição de natureza *erga omnes* à obrigação de prevenção e responsabilização por danos ambientais *onde quer que se manifestem* não resolve a questão, adjectiva, da possibilidade de imputação judicial dessa ofensa a um agente que não reconhece a jurisdição do tribunal.

Finalmente e em terceiro lugar, o artigo 48 não resolve a questão substantiva fundamental, que reside na inexistência de um regime específico de reparação do dano ecológico no plano global, nem em termos da fixação de critérios de reparação nem, sobretudo, no plano da reparação do dano ocorrido em zona fora de jurisdição.

Cumpramos assinalar e desenvolver, no ponto seguinte, que o *Draft articles on prevention of transboundary harm from hazardous activities*, que a Comissão de Direito Internacional submeteu à Assembleia Geral da ONU também em 2001 (= *Draft articles on prevention 2001*), deu passos assinaláveis no estabelecimento de uma pauta de cooperação preventiva para a redução de poluição transfronteiriça. E não é menos certo que o *Draft principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities* (= *Draft principles 2006*) elaborado pela mesma Comissão e submetido à Assembleia Geral da ONU em 2006, constitui um esforço sério no sentido de esclarecer as regras de imputação dos danos, também ecológicos, aos operadores privados (em regimes a desenhar pelos Estados no plano do seu Direito interno), e bem assim de traçar princípios de minimização e eliminação dos efeitos das actuações lesivas.

Contudo, apesar dos progressos, continua a revelar-se um quadro insuficiente a vários títulos – e isto para além, repita-se, de estarmos a falar de instrumentos de *soft law*.

#### **4. Os Drafts de 2001 e 2006: da responsabilidade do Estado por omissão de deveres de controlo de actividades potencialmente lesivas para o ambiente até à responsabilidade (objectiva) dos operadores que desenvolvem aquelas actividades**

Como se observou, o *Draft articles 2001* é curto para enquadrar a maior parte das hipóteses de danos ao ambiente, tanto tomados em sentido amplo como restrito. Isto fundamentalmente porque as actividades (perigosas) económicas

(comerciais e industriais) são hoje em dia desenvolvidas esmagadoramente por privados, cabendo ao Estado funções de *command and control* ou de regulação.

Sabe-se que, em Direito Internacional, a imputação de responsabilidade prescinde dos motivos da actuação, nomeadamente se há ou não culpa do agente (por violação dos deveres de diligência – tal pode ser importante para graduar o *quantum* de responsabilidade, mas não a sua verificação). Para haver incumprimento e concomitante responsabilidade, cumpre aferir da actuação segundo uma espécie de diligência objectiva (*due diligence*), que por vezes é assim identificada, outras vezes é subsumida na máxima *pacta sunt servanda*, outra vez ainda é identificada como um dever de cooperação de boa fé.

Para tal, e considerando que as actividades potencialmente lesivas do ambiente – ou que são susceptíveis de gerar impactos ambientais – devem estar sujeitas a controlo prévio, a demonstração da *due diligence* para efeitos de afastamento da responsabilidade do Estado, de forma directa (em caso de actividades públicas) ou indirecta (em caso de autorização de actividades por privados), em muito fica a ganhar com a descrição dos deveres de prevenção no *Draft articles on prevention* 2001. Isto porque, através deste elenco, é possível caracterizar de forma objectiva o cumprimento de deveres de prevenção cuja violação pode servir de esteio a uma imputação de responsabilidade, autónoma ou subsidiária, ao Estado onde se sedia a actividade que gera a lesão em face do Estado em cujo território o dano se veio a verificar.

Conforme realçam Dupuy e Viñuales, a caracterização da *due diligence* no cumprimento dos deveres de prevenção não preclui a ilicitude nem exonera o Estado de responsabilidade; antes configura uma condição de actuação da norma primária de responsabilização. Ou seja, o Estado lesado deve provar i) o dano; ii) o seu âmbito e a sua natureza; iii) a não adopção da diligência devida; e iv) a relação causal entre a acção negligente e o dano<sup>30</sup>.

Note-se, assim, que uma coisa é a *responsabilidade pelo “mero” incumprimento do dever de realizar uma avaliação de impacto ambiental* quando o impacto potencial se revele significativo (ou de outro tipo de obrigação de carácter preventivo, como a aprovação de planos de contingência em caso de desastre natural) – aqui trata-se de um incumprimento de obrigação internacional puramente jurídica<sup>31</sup>; outra coisa é a *responsabilidade por danos efectivos ao ambiente provocada*

<sup>30</sup> PIERRE-MARIE DUPUY e JORGE VIÑUALES, *International...*, cit., p. 255.

<sup>31</sup> Cujá reparação se rege pelos artigos 34 a 39 do *Draft 2001*, que plasmam princípios estabelecidos desde 1928, no caso *Chorzów Factory*, em cuja página 47 se pode ler o seguinte:

*“The essential principle contained in the actual notion of an illegal act – a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals – is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which*

por uma actividade não submetida a avaliação de impacto ambiental ou a uma avaliação deficiente – neste caso, a responsabilidade, sendo também jurídica, tem uma projecção na realidade física<sup>32</sup>. Ora, nesta situação, impor-se-á – salvo caracterização especial em instrumento convencional vinculativo dos Estados em litígio – apelar à jurisprudência *Trail Smelter*, ao dano sério, a pessoas ou património, e à demonstração da causalidade entre a violação do dever e o dano (ou a agravação) do dano efectivamente causado<sup>33</sup>. Malgrado os equívocos que tal decisão encerra.

Recorde-se que o Tribunal Internacional de Justiça já qualificou o dever de realizar avaliação de impacto ambiental quando se projecta a implementação de actividades que possam causar impacto significativo no ambiente – *maxime*, dano – como uma obrigação assente num princípio de direito internacional geral, no caso *Pulp Mills on the river Uruguay* (tendo-o reafirmado nos casos apensos *Costa Rica vs Nicaragua and Nicaragua vs Costa Rica*). Esta decisão, na qual se realça a exigência de notificação prévia a Estados potencialmente afectados por actividades industriais a implementar por parte do Estado licenciador<sup>34</sup>, não define, no entanto, o que deve entender-se por procedimento de avaliação de impacto ambiental, tendo deixado de algum modo a sensação de que um passo tão importante tinha, afinal, sido dado em vazio. Nos casos apensos

*would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it – such are the principles which should serve to determine the amount of compensation due for an act contrary to international law”.*

<sup>32</sup> Esta “dualidade” ficou bem patente na análise do caso *Chorzów Factory*, quando o Tribunal obtemperou que, no que toca à efectivação da responsabilidade internacional três questões se colocam: “1. *The existence of the obligation to make reparation*; 2. *The existence of the damage which must serve as a basis for the calculation of the amount of the indemnity*; 3. *The extent of this damage*” (pag 23).

<sup>33</sup> Criticando a postura do Tribunal Internacional de Justiça no caso *Pulp mills on the river Uruguay*, por o Tribunal se ter bastado com a constatação da responsabilidade internacional do Uruguay decorrente de não ter levado a cabo qualquer procedimento de avaliação de impacto ambiental relativamente às fábricas de pasta de papel, descartando a aferição das consequências do incumprimento de deveres de prevenção de danos, FRANCESCO FRANCONI, *Realism, utopia and the future of International Environmental Law, in Realizing Utopia: the future of International Law*, coord. de Antonio Cassese, Oxford, 2012, pp 442 segs, 454. Este posicionamento, todavia, deve ser lido não apenas em função do princípio do pedido (a Argentina queria ver satisfeita a sua pretensão de efectivação da responsabilidade internacional do Uruguay através do reconhecimento da quebra de deveres de *due diligence*), como também na perspectiva de que, a querer reparação do dano ambiental, a Argentina teria tido que fazer prova de dano sério directa e exclusivamente provocado pelas descargas das fábricas no rio Uruguay.

<sup>34</sup> Cfr. o §120 do caso *Pulp Mills on the river Uruguay*.

*Nicarágua vs Costa Rica e Costa Rica vs Nicarágua*, o Tribunal pouco mais avançou, limitando-se a frisar que a avaliação de impacto ambiental deve ser um procedimento *prévio* ao início dos trabalhos no terreno e não um diagnóstico de impactos observados três anos após o início dos trabalhos de implementação<sup>35</sup>.

Teria sido, porventura, uma boa oportunidade para o Tribunal, sem entrar na definição de critérios técnico-científicos de realização da avaliação de impacto ambiental, fazer assentar tal procedimento nos momentos estabelecidos no *Draft articles on prevention 2001*, ou seja, no percurso: notificação a Estados terceiros – avaliação técnica – consultas, envolvendo audiências públicas internas e externas, caso os Estados terceiros as queiram promover – aprovação de planos de emergência, internos e externos (se a actividade/instalação implicar alto risco de acidente) – decisão com publicitação em todos os Estados.

Independentemente da maior ou menor densificação da noção de avaliação de impacto ambiental, certo é que, por um lado, nem a prova da sua realização afasta o dever de ressarcir danos na realidade física, sérios e causalmente comprovados, nem a prova da sua não realização é factor suficiente de responsabilização, por danos ambientais em sentido amplo. Por outro lado, no estrito âmbito do *Draft articles 2001*, estaremos sempre a considerar danos não ecológicos, e sobretudo danos provocados por actividades estatais (era a situação nos casos apensos *Nicarágua vs Costa Rica e Costa Rica vs Nicarágua*), uma vez que a responsabilidade internacional constitui, primacialmente, um instituto que envolve Estados, só marginalmente (provando-se omissões de fiscalização prévia) possibilitando a responsabilização do Estado quando a conduta lesiva é levada a cabo por entidades privadas.

Esta insuficiência de alcance subjectivo do *Draft articles on prevention 2001* justificou a elaboração do *Draft principles 2006*, no qual já se aponta para uma responsabilização do agente privado/operador e, o que é assinalável, a título objectivo – conforme decorre do princípio 4/2: “These measures should include the imposition of liability on the operator or, where appropriate, other

<sup>35</sup> Cfr. o § 161:

“Nevertheless, the obligation to conduct an environmental impact assessment requires an *ex ante* evaluation of the risk of significant transboundary harm, and thus ‘an environmental impact assessment must be conducted prior to the implementation of a project’ (...). In the present case, Costa Rica was under an obligation to carry out such an assessment prior to commencing the construction of the road, to ensure that the design and execution of the project would minimize the risk of significant transboundary harm. In contrast, Costa Rica’s Environmental Diagnostic Assessment and its other studies were *post hoc* assessments of the environmental impact of the stretches of the road that had already been built. These studies did not evaluate the risk of future harm. The Court notes moreover that the Environmental Diagnostic Assessment was carried out approximately three years into the road’s construction”.

person or entity. Such liability should not require proof of fault”. Esta solução foi muito debatida, pois sobre ela se dividiram argumentos entre quem preconizava um modelo de responsabilidade objectiva *do Estado*, e os que a recusavam – pois ou a actividade é proibida (ou está a ser exercida de forma ilícita) e o Estado pode ser responsável por não ter tomado as medidas preventivas adequadas; ou a actividade é permitida e é o operador que, a título objectivo, deverá responder<sup>36</sup>.

Foi esta última que vingou. O Estado surge aqui investido num papel de promotor do regime legal que permita promover a reparação “pronta e adequada” dos lesados (princípio 4/1 do *Draft principles* 2006), através do património do operador, ficando este adstrito à realização de seguros, à constituição de fundos ou à prestação de outras garantias financeiras, a fim de poder desenvolver a sua actividade especialmente perigosa<sup>37</sup>.

Note-se que o *Draft principles* 2006 pressupõe a manutenção, pelo Estado, dos deveres descritos no *Draft articles on prevention* 2001 – leia-se o princípio 5 dos primeiros –, e não é de todo de descartar a ideia, apesar de os principais visados serem entidades privadas, de que o Estado possa vir a responder em segunda linha (o princípio 7/2 do *Draft principles* 2006 permite afirmar isto). Por outras palavras e à semelhança do que sucede em regimes como a reparação de danos provocados por acidentes em centrais nucleares ou por poluição marinha por hidrocarbonetos, nos quais se prevê a responsabilidade objectiva do operador<sup>38</sup>, a responsabilidade internacional do Estado coexiste, embora de

<sup>36</sup> Estas soluções tornam cada vez mais fluida a distinção entre responsabilidade (civil) internacional do Estado e responsabilidade civil decorrente de normas internacionais. A esta miscigenação acrescem as normas que, estabelecendo imputação a título objectivo a operadores privados (cfr. *infra*, nota 38), colocam o Estado numa posição de reparador complementar, caso o dano ultrapasse o tecto fixado no instrumento internacional aplicável – cfr. PHILIPPE SANDS e JACQUELINE PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), *Principles...*, *cit.*, pp. 700–701.

<sup>37</sup> Segundo CAROLINE FOSTER (*The ILC Draft principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities: privatizing risk?*, in *RECIEL*, 2005/3, pp. 265 segs, 270), a norma cobre riscos desconhecidos. Já ALAN BOYLE (*Globalising...*, *cit.*, p. 17), e PATRICIA BIRNIE, ALAN BOYLE e CATHERINE REDGWELL (*International Law...*, *cit.*, p. 221), entendem que estes não estão compreendidos.

<sup>38</sup> Vejam-se as normas contidas: nos artigos 4.º da *Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy* (1960), conforme alterações introduzidas pelos Protocolos adicionais de 1964 e de 1982, e II da *Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage* (1963) – ambas as convenções se encontram interligadas pelo Protocolo conjunto de 1988; no artigo III da *International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage* (1969).

Veja-se também o regime criado pelo *Protocol on Liability and Compensation for Damage Resulting from Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal* (1999) – em especial, o artigo

forma subsidiária – neste contexto, no entanto, independentemente da verificação da violação de deveres de controlo prévio/vigilância.

Esta subsidiariedade permite salvaguardar na íntegra o princípio da responsabilidade internacional do Estado por danos causados por poluição transfronteiriça – ou seja, deixa intocada a responsabilidade jurídica por incumprimento de dever de prevenção, que só é actuada se este dever tiver sido preterido; e não envolve responsabilidade primária do Estado pelo ressarcimento de danos físicos causados por actividades privadas perigosas desenvolvidas no seu território a pessoas ou património de Estados terceiros<sup>39</sup>. BOYLE, no entanto, chama a atenção para que o *Draft principles 2006* deveria incluir uma norma sobre exaustão de meios internos pelos lesados como condição de efectivação da responsabilidade internacional<sup>40</sup>. Num paralelo próximo, FOSTER entende que o *Draft principles 2006* deveria conter uma norma sobre litígios entre Estados, em caso de insuficiência do regime legal no Estado onde se situa a fonte de risco, quer a título directo, quer a título de representante dos seus nacionais lesados<sup>41</sup>.

Cumpra realçar, na linha do pensamento de FOSTER, que a aplicação conjunta do *Draft articles 2001* e do *Draft principles 2006* é possível. Ou seja, caso a actividade não proibida seja privada, esteja identificada como potencialmente perigosa, seja passível de responsabilização objectiva do operador e cause danos transfronteiriços, a vítima pode desde logo accionar o operador em termos objectivos e, caso esta responsabilização seja insuficiente, poderá então accionar o Estado onde se situa a fonte de risco geradora do dano e imputar-lhe responsabilidade no mesmo plano, independentemente da observância dos deveres de vigilância a que estava obrigado<sup>42</sup>.

Uma dúvida que nos fica, uma vez admitida a aplicação conjunta – ou sucessiva – dos dois projectos, é a de saber se esta responsabilidade internacional, ainda que subsidiariamente objectiva, do Estado, cobre danos ambientais apenas no sentido clássico (pessoais e patrimoniais) ou se também abarca danos

4; e o Anexo VI do *Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty - Liability Arising From Environmental Emergencies* (2005) – cfr. o 6.º, n.º 3.

<sup>39</sup> Nas palavras de ULRICH BEYERLIN e THILO MARAUHN, *International Environmental Law*, Portland, 2011, p. 368, esta subsidiariedade é absolutamente intencional, tendo ficado claro ao longo dos trabalhos da Comissão que a responsabilidade, a ser objectiva, nunca poderia recair primariamente sobre os Estados. O único exemplo de responsabilidade internacional objectiva dos Estados é o da *Space Objects Liability Convention* (1972).

<sup>40</sup> ALAN BOYLE, *Globalising...*, cit., pp. 24–25. O Autor entende que a via da responsabilidade inter-estados deve ficar reservada a casos de reparações em massa (como Bhopal) e/ou a casos em que os reclamantes sejam destituídos de meios pecuniários para accionar as vias judiciais.

<sup>41</sup> Cfr. CAROLINE FOSTER, *The ILC Draft...*, cit., p. 279.

<sup>42</sup> CAROLINE FOSTER, *The ILC Draft...*, cit., p. 269.

ecológicos em sentido estrito. A pergunta justifica-se porquanto o *Draft principles 2006* autonomiza o dano (significativo) ecológico dos danos (significativos)<sup>43</sup> pessoais, morais e patrimoniais, e até diferencia entre custos de reparação (*reinstatement*) e custos de mitigação (*response*) relativamente ao primeiro. Veja-se o disposto no artigo 2:

*“For the purposes of the present draft principles:*

- (a) *“damage” means significant damage caused to persons, property or the environment; and includes:*
  - (i) *loss of life or personal injury;*
  - (ii) *loss of, or damage to, property, including property which forms part of the cultural heritage;*
  - (iii) *loss or damage by impairment of the environment;*
  - (iv) *the costs of reasonable measures of reinstatement of the property, or environment, including natural resources;*
  - (v) *the costs of reasonable response measures;*
- (b) *“environment” includes: natural resources, both abiotic and biotic, such as air, water, soil, fauna and flora and the interaction between the same factors; and the characteristic aspects of the landscape” .*

Assumindo a aplicação subsidiária, a continuidade do regime deve ficar assegurada, ou seja, o âmbito de responsabilização do Estado há-de ser idêntico ao do privado, sob pena de frustração dos objectivos dos documentos – ainda que, repita-se, seja apenas aplicável em caso de insuficiência do património do privado. Esta continuidade regulatória permite afirmar que se assiste a um tímido emergir da responsabilização internacional do Estado por dano ecoló-

<sup>43</sup> Anote-se o comentário da Comissão de Direito Internacional ao termo “significativo”: “The term ‘significant’ is understood to refer to something more than ‘detectable’ but need not be at the level of ‘serious’ or ‘substantial’. The harm must lead a real detrimental effect on matters such as, for example, human health, industry, property, environment or agriculture in other States. Such detrimental effects must be susceptible of being measured by factual and objective standards”. Já no âmbito do artigo 2, n.º 3 do *Nagoya-Kuala Lumpur Supplementary Liability Protocol*, já mencionado no texto, um efeito significativo equivale a:

*“A “significant” adverse effect is to be determined on the basis of factors, such as:*

- i) The long-term or permanent change, to be understood as change that will not be redressed through natural recovery within a reasonable period of time;*
- ii) The extent of the qualitative or quantitative changes that adversely affect the components of biological diversity;*
- iii) The reduction of the ability of components of biological diversity to provide goods and services;*
- iv) The extent of any adverse effects on human health in the context of the Protocol”.*

gico – mas apenas na sequência da insuficiência do património de uma entidade privada, que responde objectivamente, apenas no âmbito de determinadas actividades.

Acresce que, apesar de o modelo de reparação ser ambicioso – uma vez que envolve custos de reintegração do estado dos bens ambientais (*ao statu quo ante* dano)<sup>44</sup> e de mitigação do agravamento dos danos –, apela a um conceito indeterminado de *reasonable measures* (compreensível mas potencialmente perverso)<sup>45</sup>, e não contempla uma restauração da *situação actual hipotética* dos bens<sup>46</sup>. Finalmente, conforme realçam SANDS e PEEL, deve assinalar-se a ausência de normas sobre prazos de propositura das acções de reparação<sup>47</sup>.

Enfim, independentemente da valia, teórica e prática (mesmo sendo *soft law*) destes documentos, continuamos a enfrentar os problemas assinalados em 2., a que acresce um outro: o da impossibilidade de imputação, a Estados ou a entes privados, de danos infligidos a bens ambientais situados em zonas fora de jurisdição estatal.

## 5. A inexistência de um princípio geral de (prevenção e) reparação do dano ecológico em zonas fora de jurisdição

Em espaços subtraídos a jurisdição estatal – pensamos sobretudo em zonas de alto mar, mas não é de descartar a possibilidade de considerar também hipó-

<sup>44</sup> Facto que pressupõe a possibilidade de aferição do *statu quo ante* do bem lesado, a fim de calcular a *medida da obrigação* de reparação, bem assim como a *calculabilidade do valor* do dano, sempre que a reparação tiver, por impossibilidade de restauração primária ou compensatória por equivalente ecossistémico, que se traduzir num montante pecuniário (e aqui acresce a questão: a entregar a quem?). Sobre algumas destas questões, veja-se PHILIPPE SANDS e JACQUELINE PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), *Principles...*, cit., p. 715.

<sup>45</sup> Vale a pena assinalar a definição de “medidas razoáveis” ínsita no Anexo VI do *Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty - Liability Arising From Environmental Emergencies* (2005):

“(e) “Reasonable”, as applied to preventative measures and response action, means measures or actions which are appropriate, practicable, proportionate and based on the availability of objective criteria and information, including:

(i) risks to the Antarctic environment, and the rate of its natural recovery;  
 (ii) risks to human life and safety; and  
 (iii) technological and economic feasibility”.

<sup>46</sup> Cfr. PATRICIA BIRNIE, ALAN BOYLE e CATHERINE REDGWELL, *International Law...*, cit., p. 228. Nem tão pouco menciona a reparação de perdas interinas ou, na impossibilidade de reparação *in natura*, a alternativa da reparação por equivalente ecossistémico.

<sup>47</sup> PHILIPPE SANDS e JACQUELINE PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), *Principles...*, cit., p. 706.

teses de danos em espaço extra-atmosférico como, por exemplo, nuvens tóxicas –, a questão da reparação do dano ecológico é especialmente complexa. Isto porque, para além dos problemas, já analisados, relacionados com a inexistência de jurisdição obrigatória, com a não previsão de legitimidade alargada a actores altruístas, com a incerteza sobre o alcance da obrigação de reparação material do dano a componentes ambientais em sentido estrito, com a indefinição do âmbito da expressão “dano ecológico” fora de contextos convencionais específicos, entre outros, temos aqui que enfrentar a ausência de quaisquer normas sobre a obrigação de reparação de danos ecológicos aplicáveis a estas áreas.

Com efeito, realce-se que mesmo considerando o teor das alíneas a) iv), e b), do artigo 2 do *Draft 2006* (*supra* transcrito) – em muito semelhantes, de resto, a normas constantes de convenções sobre poluição marinha<sup>48</sup>, ou da malograda Convenção de Lugano (1993)<sup>49</sup> –, não resulta daí, nem um regime de reparação do dano ecológico propriamente dito, nem um princípio geral aplicável a zonas fora de jurisdição<sup>50</sup>. Cumpre averiguar, todavia, se esta afirmação vale para uma zona fora de jurisdição estatal que se encontra, ao abrigo da Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar, submetida a gestão internacional: a Área.

<sup>48</sup> Recorde-se que, ao abrigo das Convenções de Bruxelas, de 1969 e 1971, sobre danos decorrentes de poluição marinha, em pelo menos três casos já se reconheceu a sua cobertura de danos ecológicos no ambiente marinho. Foram os casos dos naufrágios dos petroleiros: *Patmos* (1985), na costa italiana; *Haven* (1991), nas costas italiana e francesa; e *Erika* (1999), na costa francesa da Bretanha. Este último caso é especialmente interessante na medida em que, já após uma primeira ronda de indemnizações atribuídas pelo Fundo de Compensação, um tribunal francês aceitou uma acção penal contra o mestre do *Erika*, o dono do navio e alguns outros sujeitos. Nessa acção constituíram-se assistentes dezenas de entidades, desde municípios costeiros a pescadores, passando por organizações não governamentais de defesa do ambiente e até sujeitos privados, e nessa acção foram considerados procedentes pedidos de reparação relativamente a bens não avaliáveis em termos de mercado, bem assim como danos morais como perda de fruição de qualidades dos bens ambientais marinhos, danos à imagem dos municípios costeiros e danos por lesão de bens culturais naturais (a paisagem da Bretanha) – cfr. PHILIPPE SANDS e JACQUELINE PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), *Principles...*, *cit.*, pp. 748-755, e JOSÉ JUSTE RUIZ, *Freedom of navigation and responsibility for damage to the marine environment*, in *30 Anos da Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar*, coord. de Marta Chantal Ribeiro, Coimbra, 2012, pp. 85 segs, 99 segs.

<sup>49</sup> Extensamente sobre o regime da Convenção de Lugano, celebrada no âmbito do Conselho da Europa – que não está em vigor e que é duvidoso que venha a estar –, PHILIPPE SANDS e JACQUELINE PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), *Principles...*, *cit.*, pp. 766-770.

<sup>50</sup> Embora esse princípio surja em vários documentos não vinculativos emanados de instituições tão respeitáveis como o *Institut de Droit International*, a *World Commission for Economic Development* ou o *United Nations Program for the Environment* – cfr. PHILIPPE SANDS e JACQUELINE PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), *Principles...*, *cit.*, p. 704.

### 5.1. *Danos ao ambiente ocorridos na Área e o parecer do Tribunal Internacional para o Direito do Mar no caso 17*

Com a Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar, nasceu uma zona marinha que, encontrando-se subtraída a qualquer poder de jurisdição estatal, passou a estar submetida a “jurisdição” internacional, isto é, à gestão de uma Autoridade Internacional para os Fundos Marinhos criada pela Convenção<sup>51</sup>. Descartada aqui a questão de saber se alguns Estados da comunidade internacional (muitos, mas não todos<sup>52</sup>) estão legitimados a investir os fundos marinhos para além das zonas económicas exclusivas nacionais num estatuto de área comum cuja utilização (leia-se: acesso e exploração) carece de autorização de uma Autoridade Internacional, que garante o seu aproveitamento a favor da Humanidade; o que nos interessa, nestas linhas, é averiguar se a constituição desta zona especial envolve algum tipo de deveres de protecção do ambiente – tendo sobretudo em mente a preocupação revelada pela Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar sobre o tema (cfr. o artigo 192).

Nos termos do artigo 153 da Convenção, a Autoridade gere os recursos abióticos presentes nos fundos marinhos – mas não a flora nem muito menos a fauna piscícola cujos habitats aí se situam, no solo e na coluna de água. Não é crível, no entanto, que a Autoridade se encontre desligada dos deveres de prevenção de impactos ambientais que as actividades que autoriza possam causar, tendo em mente a obrigação geral decorrente do artigo 192 da Convenção. Tal interpretação constituiria uma leitura inconsistente do sistema que a Convenção pretendeu criar, no plano da protecção ambiental do meio marinho.

O Regulamento sobre prospecção e exploração de nódulos polimetálicos na Área (*Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area*), adoptado em 2000 pela Assembleia da Autoridade, desenvolve o princípio, estabelecido no artigo 22 do Anexo III à Convenção, que fixa a responsabilidade do operador privado autorizado a explorar os recursos da Área “for the actual amount of any damage arising out of wrongful acts in the conduct of its operations”. O artigo 16, n.º 5, deste Regulamento exige que o operador contrate seguros adequados e suficientes que permitam cobrir os prejuízos causados. O dano para o ambiente marinho é objecto de menção no artigo 1, n.º 3/c) e f), alíneas que conjugadamente exigem que este dano constitua uma

<sup>51</sup> Extensamente sobre o regime da Área, veja-se FERNANDO LOUREIRO BASTOS, *A internacionalização dos recursos naturais marinhos*, Lisboa, 2005, pp. 449 segs

<sup>52</sup> Os Estados partes da Convenção são actualmente 168 – cfr. <https://www.itlos.org/the-tribunal/states-parties>

alteração séria, adversa e significativa para a “produtividade, estado, condição e qualidade do ambiente marinho”<sup>53</sup>.

Perante estas normas, remanescem, todavia, dúvidas sobre a responsabilidade por dano ambiental, nomeadamente sobre: i) se a Autoridade tem o dever de prevenir danos a *todos* os bens ambientais presentes nos fundos marinhos sob sua gestão decorrentes de actividades económicas levadas a cabo na Área; ii) se os Estados e empresas que aí desenvolvem actividades respondem, e a que título.

O Tribunal Internacional para o Direito do Mar foi consultado pelo Nauru, em 2010, sobre a eventual responsabilidade dos Estados por actividades desenvolvidas na Área por empresas por si patrocinadas (*sponsored*). A resposta foi dada pela Câmara para a Resolução de Litígios da Área, em parecer datado de 1 de Fevereiro de 2011. Cumpre advertir que as questões colocadas ao Tribunal foram três, mais precisamente:

- 1.<sup>a</sup> pergunta: quais são as responsabilidades e obrigações dos Estados partes da Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar quando exploram actividades mineiras na Área?
- 2.<sup>a</sup> pergunta: qual é a extensão de responsabilidade do Estado contratante caso a empresa que patrocina viole obrigações de *due diligence*?
- 3.<sup>a</sup> pergunta: quais são as medidas necessárias e apropriadas que incumbem ao Estado a fim de prevenir a eclosão de danos decorrentes da exploração dos recursos abióticos da Área por empresas por si patrocinadas?

À primeira questão, o Tribunal respondeu que o Estado que firma o contrato com a empresa assume uma posição de garante – “obligation to ensure” – da conformidade da actuação da empresa com os termos do contrato. Esta obrigação de garante deve traduzir-se nas cláusulas do contrato, através das quais o Estado exige da empresa a adopção das melhores tecnologias de modo a evitar potenciais riscos para o ambiente marinho, bem assim como impõe a constituição de garantias financeiras que permitam fornecer compensação pronta e efectiva em caso de poluição marinha.

<sup>53</sup> LOUISE ANGÉLIQUE DE LA FAYETTE, *International liability...*, cit., p. 347, chama a atenção para que o Regulamento não aborda a questão dos critérios de reparação do estado dos componentes ambientais, a qual, apesar de se afigurar complexa, pelo menos poderia ter sido prevista “wherever possible”.

Sobre a segunda questão, o Tribunal considerou que recai sobre os Estados uma obrigação *in vigilando*. Por outras palavras, não se trata de responsabilidade objectiva mas antes de uma responsabilidade subsidiária que se acciona no caso de se provar que o Estado não adoptou todas as medidas necessárias e suficientes para evitar o dano – nomeadamente, não conduziu a prévia avaliação ambiental do projecto.

No que toca à terceira questão, o Tribunal entendeu que as medidas a exigir do Estado “comitente” devem ser idênticas às que seriam exigíveis à Autoridade caso esta entidade levasse a cabo, por sua conta, a actividade de exploração.

Destas respostas resultam algumas conclusões relevantes, como sejam: i) que existem deveres de prevenção de danos ambientais e responsabilidade por incumprimento desses deveres – claramente afirmada quanto a empresas e Estados “comitentes”, e colateralmente atribuível à Autoridade, uma vez que o Tribunal reconheceu um dever de controlo prévio do Estado sobre as garantias, técnicas e financeiras, de boa execução ambiental do projecto, idêntico ao que recairia sobre a Autoridade caso esta levasse a cabo, directamente, a exploração (além de que estes deveres de controlo prévio estão estabelecidos no Regulamento *supra* referido – cfr. o artigo 21); ii) que a não realização de avaliação de impacto ambiental do projecto submetido pela empresa é condição de responsabilização internacional (subsidiária) do Estado por dano ambiental decorrente da actividade de exploração – o Tribunal invocou expressamente a decisão *Pulp Mills on the river Uruguay* prolatada pelo Tribunal Internacional de Justiça no ano anterior.

Ficam-nos, no entanto, dúvidas sobre a posição do Tribunal quanto à responsabilização – subsidiária? solidária? –, da Autoridade, quando não explora directamente os recursos abióticos, por danos decorrentes da execução de um projecto por si aprovado sem que reunisse os requisitos de conformidade dos deveres de prevenção aplicáveis. Note-se que esse dever decorre, em geral, do seu estatuto de gestora da Área e pode discutir-se se tem assento, em especial, do artigo 21, n.º 6, do Regulamento *supra* referido, que atribui à Comissão Técnica e Legal da Autoridade a competência de não aprovação de um plano submetido por um Estado sempre que se trate, nos termos da alínea c), de um projecto a desenvolver numa zona “...disapproved for exploitation by the Council in cases where substantial evidence indicates the risk of serious harm to the marine environment”.

Tanto no Regulamento *supra* citado, como no iter argumentativo deste parecer, se reconhece a autonomia do dano ecológico – na linha do *Draft principles 2006*. Porém, em nenhum dos dois se esclarece nem sobre o nível de

recuperação dos bens ambientais nem sobre os critérios de reparação<sup>54</sup>. Sobre-tudo, desde logo porque fora do âmbito da consulta (e fora do âmbito expresso dos poderes/deveres da Autoridade à luz da Convenção), nada se diz quanto à extensão dos deveres de prevenção e reparação de danos ao ambiente marinho a cargo da Autoridade relativamente a actividades outras que não as de exploração dos recursos minerais dos fundos marinhos – nomeadamente, actividades piscatórias, actividades de investigação científica, transporte de resíduos perigosos.

Assim, e por um lado, no tocante a bens ambientais não integrados nos fundos marinhos e, por outro lado, relativamente a bens ambientais sujeitos à jurisdição da Autoridade mas lesados por actividades diversas das conexas com a exploração mineira dos fundos marinhos, continuamos a ter uma lacuna normativa quanto a um dever de prevenção e concomitante responsabilização do Estado e de privados por danos ecológicos.

## **6. A responsabilidade internacional do Estado por dano ecológico: questões difíceis (ou impossíveis?)**

Depois deste breve périplo, confirma-se a primeira impressão que deixámos no início deste texto, parafraseando Koivurova: há ainda um longo caminho a percorrer no tocante à construção de um regime universal de responsabilidade internacional por dano ecológico, quer no plano da responsabilização do Estado, directamente ou por omissão de deveres de diligência preventiva, quer no plano da responsabilização de operadores privados<sup>55</sup>.

O modelo da directiva europeia 35/2004<sup>56</sup>, a que já se aludiu, constitui um exemplo a seguir, mesmo que imperfeito – por só prever responsabilização em caso de actividades económicas (excluindo as de lazer e outras); por assentar numa noção algo restrita de dano ecológico (excluindo danos ao ar, ao solo e subsolo); por deixar demasiado solta a opção da responsabilidade objectiva; por não prever a restauração da situação actual hipotética dos bens lesados; entre

<sup>54</sup> No mesmo sentido, PHILIPPE SANDS e JACQUELINE PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), *Principles...*, cit., p. 708.

<sup>55</sup> Conclusão confirmada por PHILIPPE SANDS e JACQUELINE PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), *Principles...*, cit., p. 704: “In the environmental field, no single instrument sets forth the generally applicable international rules governing responsibility and liability”.

<sup>56</sup> Vejam-se, sobre o regime da directiva, CAROLE HERMON, *La réparation du dommage écologique. Les perspectives ouvertes par la directive du 21 avril 2004*, in *AJDA*, 2004/33, pp. 1792 segs; e os textos reunidos na obra colectiva *La responsabilité environnementale. Transposition de la directive 2004/35 et implications en droit interne*, coord. de Delphine Misonne e Benôit Jadot, Louvaine-la-Neuve, 2009.

outros défices. Porém, como já se observou, este regime só vale para entidades a operar no espaço territorial da União Europeia e para danos verificados em território da União Europeia. Recorde-se que a directiva assenta numa perspectiva pura de dano ecológico e prevê critérios de reparação do dano os quais, embora não apontem para a reposição da situação actual hipotética, contemplam medidas de reparação primária, interina e de compensação por equivalente, que podem ser implementadas cumulativamente face a um mesmo dano.

Um outro modelo, no plano dos contributos institucionais, encontra-se na Resolução do *Institut de Droit International* adoptada, no seio da oitava comissão, na sessão de Estrasburgo, de 1997, cujo relator foi Francisco Orrego Vicuña, intitulada *La responsabilité en droit international en cas de dommages causés à l'environnement*<sup>57</sup>. De entre outros pontos com interesse, realçam-se

- a sua aplicação quer a espaços sob jurisdição estatal quer a espaços fora de qualquer jurisdição (cfr. o considerando inicial 4.º);
- a exortação à formulação de normas de *due diligence* que se pautem em standards objectivos, os quais traduzam uma ideia de actuação do Estado de acordo com as regras da *good governance* (artigo 3);
- a responsabilização primária dos operadores privados, a título objectivo mas sujeita a limites e com causas de exoneração, a qual não prejudica, no entanto, a responsabilidade internacional do Estado caso este não preveja a responsabilidade objectiva por actividades perigosas para o ambiente no seu direito interno (artigos 5, 6, 9);
- a previsão da constituição de Fundos de Reparação especiais a accionar quando o dano tenha causa desconhecida ou quando o valor das medidas a implementar ultrapasse os tectos indemnizatórios impostos pela responsabilidade objectiva – podendo, neste último caso, chamar-se os operadores de determinados sectores a contribuir para a constituição de tais fundos (artigo 12);
- a adopção de um conceito amplo de medidas de reparação, que abranja desde a cessação de actividade à reparação *in natura*, à reparação pecuniária e à satisfação (artigo 24);
- a compensação de qualquer dano ecológico, mesmo que irreparável ou inquantificável (do prisma estritamente económico). Vale a pena aqui transcrever o §2.º do artigo 25:

<sup>57</sup> Disponível em [http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/1997\\_str\\_03\\_en.PDF](http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/1997_str_03_en.PDF)

Veja-se também, do mesmo ano, a Resolução sobre *Procedures for the Adoption and Implementation of Rules in the Field of Environment*, cujo relator foi Felipe Paolillo (disponível em [http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/1997\\_str\\_04\\_en.PDF](http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/1997_str_04_en.PDF)).

*“Lorsque des dommages sont irréparables en raison de conditions physiques, techniques ou économiques déterminées, il convient de recourir à d’autres critères pour les évaluer. La dégradation de l’usage des biens, de la qualité esthétique et d’autres valeurs non liées à l’usage, les lignes directrices nationales ou internationales existantes, l’équité inter-générationnelle et une évaluation équitable dans son ensemble devraient être considérées comme des critères subsidiaires pour la fixation des indemnités”.*

- O estabelecimento de normas amplas de legitimidade, que permitam a actores altruístas reclamar a reparação dos danos independentemente da prova de interesse directo (artigo 27);
- A criação de uma entidade internacional, um Alto Comissário para o Ambiente, que tenha por missão monitorizar as operações de reparação de dano ecológico em áreas fora de jurisdição, bem assim como a afectação de eventuais quantias recebidas a título de compensação de danos irreparáveis à recuperação de outras áreas onde tenham eclodido danos ecológicos cujas causas sejam desconhecidas (artigo 28).

Nenhum destes modelos, todavia, se adequa à resolução do grande desafio ambiental do século XXI: as alterações climáticas. Esta magna questão traz consigo, desde a Conferência do Rio de Janeiro de 1992, o problema da “cobrança” da “dívida histórica” dos Estados do hemisfério Sul aos Estados do hemisfério Norte. Recorde-se que, em Declaração anexa à Convenção–quadro sobre a luta contra as alterações climáticas e ao Protocolo de Quioto, quatro Estados do Sul do Pacífico (Fiji, Kiribati, Nauru e Tuvalu) afirmaram não abdicar do seu direito a exigir responsabilidade pela conduta negligente dos Estados do hemisfério Norte no tocante à emissão desregrada de dióxido de carbono para a atmosfera<sup>58</sup>.

O facto de a industrialização do Norte ter provocado o aquecimento do planeta, pondo em risco o equilíbrio do sistema climático mundial ao gerar cada vez mais fenómenos extremos e, em certos casos, condenando mesmo ao desaparecimento, a breve trecho, Estados insulares – e afectando sobretudo o hemisfério Sul –, já teve repercussões judiciais no sentido da tentativa de responsabilização de Estados como os EUA, tanto por acção – os EUA são os segundos maiores emissores de CO<sub>2</sub> do planeta, a seguir à China –, como por

<sup>58</sup> “Understanding that signature of the convention shall in no way constitute a renunciation of any rights under international law concerning state responsibility for the adverse effects of climate change and that no provisions in the convention can be interpreted as derogating from the principles of general international law.”

omissão – recusaram assinar o Protocolo de Kioto e continuam sem ratificar o Acordo de Paris.

É nesta linha que se compreendem acções como a apresentada pela vila de Kivalina, no Círculo Ártico, que está a desaparecer e que processou, em 2012, companhias petrolíferas americanas junto de um tribunal da Califórnia, pedindo o ressarcimento dos danos causados no plano da degradação ambiental e das condições de vida da sua população<sup>59</sup>. Ou como a ameaça do Tuvalu, em 2002, de que iria accionar a Austrália junto do Tribunal Internacional de Justiça a fim de garantir asilo para a sua população, ameaçada no seu espaço vital em razão da subida do nível das águas. Ou ainda, num plano para-judicial, a queixa apresentada pelo povo Inuit à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, em 2005/2006, exigindo a tomada de medidas pelos EUA no sentido de travar a degradação irreversível das condições de vida no seu território, nomeadamente, através da ratificação do Protocolo de Kioto<sup>60</sup>.

Nenhuma destas iniciativas logrou alcançar mais do que repercussão mediática. Isto porque o instituto da responsabilidade civil se mostra inábil para lidar com estas pretensões<sup>61</sup>, em razão do carácter difuso das emissões, da retroactividade da imputação, da dificuldade de estabelecer nexos de causalidade, da variabilidade das projecções dos climatólogos. A estas dificuldades acresce, como aponta VOIGT, a inexistência de consenso sobre uma norma primária

<sup>59</sup> O tribunal desatendeu a pretensão alegando constituir esta um “political issue”, arredado do seu âmbito de competência. O caso subiu ao *Supreme Court*, mas sem sucesso.

<sup>60</sup> Segundo MEREDITH WILENSKY (*Climate change in the courts: an assessment of Non-U.S. climate litigation*, Columbia Law School, 2015, p. i. – disponível em <http://delpf.law.duke.edu/article/climate-change-in-the-courts-wilensky-vol26-iss1/>), os EUA são o Estado do mundo no qual mais litígios se registam sobre alterações climáticas. Só em 2013 foram decididos 420 casos, enquanto em todo o resto do mundo se contam 173. Enquanto nos EUA há acções propostas com vista à efectivação de responsabilidade civil por omissão de medidas de minimização de emissões, no resto do mundo essas acções não foram identificadas (*idem, idem*, p. v).

<sup>61</sup> Em sentido contrário, defendendo, em teoria, a adequação do instituto da responsabilidade civil para enquadrar pretensões envolvendo o incumprimento de obrigações relacionadas com a redução de emissões de gases com efeito de estufa, MICHAEL G. FAURÉ e ANDRÉ NOLLKAEMPER, *International Liability as an Instrument to Prevent and to Compensate for Climate Change, in the Stanford Environmental Law Journal*, 2007, pp. 123 segs. Os Autores reconhecem, no entanto, que “Climate change litigation – and more particularly, liability suits – are not the panacea that will bring about a miraculous solution to the enormous problems that the world faces as a result of global warming. Undoubtedly, regulatory solutions and economic instruments like emissions trading will play a far more important role in reducing GHG emissions than liability suits ever will” (p. 178).

vinculativa sobre *due diligence* no tocante à obrigação de prevenção do aumento do nível da temperatura no planeta<sup>62</sup>.

Já uma solução como a do *Green Fund for Climate Change*, criado em 2009 (na COP de Copenhaga), parece revelar-se mais adequada. Está em causa a mobilização de 100 biliões de dólares até 2020, para afectar a acções de adaptação a implementar em Estados em desenvolvimento, de forma a torná-los mais resilientes em face das alterações climáticas. Porém, a verba estimada é astronómica e é altamente incerto que consiga ser reunida. Além de que é duvidoso que possa resolver um problema da magnitude que se apresenta, correndo o risco de se revelar apenas um retardador desculpante de medidas mais drásticas no sentido do controlo das emissões de gases com efeito de estufa.

Como certamente observou Rosalyn HIGGINS, Presidente do Tribunal Internacional de Justiça, “If what is required for something to fall within the law of State responsibility is an internationally wrongful act, then what is internationally wrongful is allowing ... the harm to occur”<sup>63</sup>. Tal asserção deve ser especialmente repudiada num domínio como a protecção do ambiente. Acrescem as incertezas e debilidades do instituto da responsabilidade civil internacional do Estado assinaladas, que fazem com que a doutrina acentue cada vez mais a necessidade de robustecer os instrumentos preventivos – e é essa a via que tem sido adoptada em vários tratados sectoriais. Na antecipação de danos geralmente irreversíveis vale sempre mais prevenir do que remediar – prevenir cooperativamente, pois os problemas são globais<sup>64</sup>; prevenir com base em *standards* uniformes e fixados com recurso à melhor tecnologia disponível; e prevenir sistemática e documentadamente, com submissão periódica dos dados a comissões de verificação independentes<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> CHRISTINE VOIGT, *State Responsibility for Climate Change Damages*, in *Nordic Journal of International Law*, vol 77, 2008, pp. 1 segs, esp. p. 7 e 15 (ainda que entenda ser possível retirar uma proibição de aumento de emissões para além do nível fixado no Protocolo de Kioto, a partir do momento em que ele entrou em vigor e relativamente aos Estados partes, tempera depois esta afirmação com a constatação de que a lógica das responsabilidades comuns mas diferenciadas entorpece a afirmação de uma obrigação precisa).

<sup>63</sup> ROSALYN HIGGINS, *Problems and process: International Law and how we use it*, Oxford, 1994, reimp. de 2003, p. 165.

<sup>64</sup> Sobre a ideia de cooperação preventiva, veja-se o nosso *A gestão do risco de catástrofe natural - Uma introdução na perspectiva do Direito Internacional*, Capítulo I da obra colectiva *Direito(s) das catástrofes naturais*, coord. de Carla Amado Gomes, Coimbra, 2012, pp. 15 segs, esp. 29 segs (o texto encontra-se disponível online aqui: [http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/catastrofes\\_naturais.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/catastrofes_naturais.pdf)).

<sup>65</sup> Cfr. JORGE VIÑUALES, *Managing abundance by standards for the protection of the environment*, in *Realizing Utopia: the future of International Law*, coord. de Antonio Cassese, Oxford, 2012, pp. 326 segs, *passim*.

Recorde-se, aliás, que porventura a vertente mais interessante, do ponto de vista estritamente ambiental, do caso *Trail Smelter*, foi a injunção judicial no sentido da gestão do risco futuro de repetição do dano que passou a recair sobre a fundição *Trail*, através da implementação de um sistema de monitorização<sup>66</sup>. Na verdade, em razão da dimensão económica das actividades poluentes, é pouco crível que os tribunais ordenem o seu encerramento, preferindo, num esquema de balanceamento de interesses, sujeitá-las a, para futuro, exercer um controlo mais eficaz no que tange a salvaguarda da qualidade do ambiente em que se inserem.

Claro que dispensar o instituto da responsabilidade é impensável – quer porque isso significaria degradar a protecção ambiental e regredir no importante percurso já percorrido, quer porque poderia significar premiar os infractores<sup>67</sup>. Porém, reduzir as hipóteses do recurso a ele, antecipando a eclosão de danos por forma a evitá-los, é certamente o melhor caminho<sup>68</sup>. Sobretudo no âmbito dos espaços fora de jurisdição, nos quais a responsabilidade internacional do Estado por dano ecológico continua a ser, e apesar de alguns esforços em contrário, uma miragem.

<sup>66</sup> Neste sentido, PATRICIA BIRNIE, ALAN BOYLE e CATHERINE REDGWELL, *International Law...*, *cit.*, p. 227.

<sup>67</sup> Embora se deva admitir que, no âmbito dos espaços submetidos a jurisdição, a responsabilidade internacional do Estado por dano, ambiental ou ecológico, será sempre uma via residual, em razão da subsidiariedade realçada no texto. No mesmo sentido, PATRICIA BIRNIE, ALAN BOYLE e CATHERINE REDGWELL, *International Law...*, *cit.*, p. 223.

<sup>68</sup> Como observam PATRICIA BIRNIE, ALAN BOYLE e CATHERINE REDGWELL (*International Law...*, *cit.*, p. 237), “Like tort law, [state responsibility] complements, but does not displace, the need for a system of regulatory supervision”.

# *Questões emergentes do património cultural subaquático*

PROF. DOUTOR JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS

SUMÁRIO: 1. *Considerações gerais*. 2. *A importância do património cultural subaquático*. 3. *A Convenção da UNESCO de 2001*: 3.1. *Generalidades*; 3.2. *Noção de património cultural subaquático*; 3.3. *Preservação in situ*; 3.4. *Imunidade soberana*; 3.5. *O despojo subaquático e outros regimes jurídicos*. 4. *Os Acordos entre Estados*. 5. *Consequências da aprovação da Convenção da UNESCO*: 5.1. *Enquadramento geral*; 5.2. *O caso espanhol*; 5.3. *O caso português*. 6. *Conclusões*.

## **1. Considerações gerais**

Além de reiterar a importância e a diversidade dos temas que integram o I Curso do Direito do Património Cultural promovido pelo CIDP, como já o fiz em escrito anterior, cumpre sublinhar as vicissitudes que deram origem ao presente tema – o Património Cultural Subaquático. Na verdade, perante a necessidade de programar uma aula extraordinária, em virtude da troca da sessão de outro orador, desde logo se colocou a hipótese, a mim e ao Professor João Martins Claro, de acrescentar um ou dois temas suplementares a integrar o Plano do Curso.

Ora, tendo em conta a presença, além de juristas e historiadores, de arqueólogos e até de investigadores ligados à problemática do Património Cultural Subaquático, considerámos pertinente visitar um assunto que integra uma das áreas que tem merecido desde, há algum tempo, a nossa especial atenção. Aliás, esta revisitação é plenamente justificada dado que o nosso anterior escrito, elaborado a propósito das II Jornadas de Direito Marítimo, já tem, na verdade, seis anos, e o assunto impõe uma reflexão actual, tendo em conta a sucessiva factualidade dos últimos tempos, noticiada, amplamente, pela comunicação social. Não só a Convenção da UNESCO sobre a Protecção do Património Cultural Subaquático já entrou em vigor, como dispomos de um período de tempo

*O Direito* 149.º (2017), I, 65-89

razoável para aquilatar o que de relevante aconteceu desde então. Tudo isso merece, uma outra reflexão que importa partilhar com os alunos do presente Curso de Direito do Património Cultural.

## 2. A importância do património cultural subaquático

O bem cultural subaquático constitui uma sub-espécie de bem ou património cultural<sup>1</sup>. É, como se compreende, o meio subaquático que dá identidade a este vasto e complexo subtipo de bem cultural. Todavia, este bem cultural não será caracterizado por apenas se encontrar imerso ou, sequer, em contacto com o meio aquático. Acresce que importa abranger os bens localizados em zonas húmidas e mesmo em terra firme, tendo em conta a actual ou pretérita instabilidade do meio marinho<sup>2</sup>. Aliás, perante esta factualidade, em face da necessidade de abranger um conjunto de bens que não se encontrava debaixo de água, a que correspondia, literalmente, o temo subaquático, sugeriram-se outros termos que melhor representariam tal complexa realidade, v.g. os *bens em ambiente aquático*<sup>3</sup>. Mas isso não teve êxito. Assim, embora se reconheça a incorrecção do termo *subaquático*, reitera-se a preferência por este termo, em virtude do seu uso se encontrar vulgarizado<sup>4</sup> e até ter sido adoptado por legislações nacionais diversas e, inclusivamente, pela Convenção da UNESCO de 2001.

Quanto a este último aspecto, cumpre reconhecer que a legislação portuguesa afina pelo mesmo diapasão. Adopta o termo *subaquático*, determinando, no entanto, que o património cultural subaquático é composto por bens móveis

<sup>1</sup> Defendemos a plena equivalência entre os termos *património cultural* e *bem cultural*. Cf. JL BONIFÁCIO RAMOS, *Achamento de Bens Culturais Subaquáticos*, Lisboa, p. 346. De modo semelhante, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Rapport Portugais” in *La Protection des Biens Culturels: Journées Polonaises, Travaux de l’ Association Henri Capitant*, Vol XL, Paris, 1989, pp. 473 e segs; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Projecto de Convenção do UNIDROIT sobre a restituição internacional dos bens culturais roubados ou ilicitamente exportados” in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra, 1998, pp. 221 e segs; JOSÉ CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, 2.º ed., Coimbra, 2010, pp. 11 e segs.

<sup>2</sup> Expressão de CHRISTIAN LAVIALLE, no sentido de ilustrar a necessidade de compreender os bens localizados debaixo de água e outros que, devido à inconstância do meio aquático, se localizam em zonas emersas. Cf. “La loi du 1er décembre 1989 relative aux biens culturels maritimes” in *La Semaine Juridique*, n.º 3489, 1991, pp. 65.

<sup>3</sup> A propósito, cf. ADOLFO MARTINS, *A Arqueologia Naval Portuguesa (séculos XII-XVI): Uma Aproximação ao Seu Estudo Ibérico*, Lisboa, 2004, p. 352.

<sup>4</sup> Cf. KERSTIN HEUCKE, ULRICH MÜLLER e MICHAEL STOSS, “Bedeutung der Unterwasserarchäologie” in *Unterwasserarchäologie: Denkmalschutz und Archäologie unter Wasser*, coord. por Frank Fechner, Stuttgart, 1997, pp. 19 e segs.

ou imóveis e suas zonas envolventes, testemunhos de presença humana, possuidores de valor histórico, artístico ou científico, situados, inteiramente ou em parte, em meio subaquático, encharcado ou húmido<sup>5</sup>. Além disso, pode ainda situar-se nas margens dos cursos de água, margens de lagos e lagoas ou, inclusivamente, em zonas inundadas ou assoreadas<sup>6</sup>. Acresce que a Convenção da UNESCO assume orientação semelhante, ao declarar que a locução património cultural subaquático abrange objectos que se encontram parcial ou totalmente, periódica ou continuamente, submersos<sup>7</sup>. Como tal, incluiu bens que, durante um período, mais ou menos longo, deixaram de estar submersos ou sequer em contacto com a água, enquanto elemento envolvente ou caracterizador.

Embora tenha havido recolha de bens subaquáticos desde a Antiguidade, se tivermos em conta o facto de os despojos de navios serem arrojados para as costas, não é menos verdade que houve extrema dificuldade, senão mesmo impossibilidade, de reaver os bens que submergiram a grande profundidade. Pois que a carência de meios técnicos era limitativa ou mesmo impeditiva. Daí a ideia que os bens integrantes de navios naufragados, arrastados para as profundezas, se haviam perdido para sempre<sup>8</sup>. Todavia, em face das recentes descobertas técnicas e tecnológicas, em especial o escafandro autónomo (SCUBA) e diversas outras sofisticadas invenções, ocorridas, em grande parte, durante o século XX, foi possível alcançar locais, situados a enorme profundidade<sup>9</sup>, ainda antes inacessíveis.

Aquelas descobertas tiveram por consequência, muito legitimamente, uma acrescida preocupação com os despojos de naufrágio que, perante o decurso do tempo, em meio aquático, haviam adquirido a qualidade de bens culturais subaquáticos. Bens que eram, em boa verdade, de especial importância científica e cultural. Porque, muitos deles eram encontrados, séculos após a submersão, quase intactos, demonstrando a enorme capacidade de conservação do meio aquático. Aliás, em diversos casos, aqueles bens apresentavam um estado de conservação superior aos bens culturais terrestres de idêntica época histórica. Isso devia-se, por um lado, à extraordinária capacidade de conservação do meio

<sup>5</sup> Cf. artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 146/97 de 27 de Junho.

<sup>6</sup> Cf. artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 146/97.

<sup>7</sup> Cf. artigo 1.º da Convenção da UNESCO para a Protecção do Património Cultural Subaquático, aprovada em Paris, a 3 de Novembro de 2001.

<sup>8</sup> Cf. JEFFREY SCRIMO, “Raising the Dead: Improving the Recovery and Management of Historic Shipwrecks” in *Ocean and Coastal Law Journal*, n.º 5, 2000, p. 275.

<sup>9</sup> SARAH DROMGOOLE declara que as inovações tecnológicas tornaram o fundo do mar acessível em, pelo menos, 98% da totalidade. Cf. “2001 UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage” in *International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 18, n.º 1, 2003, p. 65.

subaquático<sup>10</sup> e, por outro, ao facto de se tratar de um sítio fechado<sup>11</sup>. Compreende-se, assim, muitíssimo bem, a imagem do despojo enquanto cápsula do tempo<sup>12</sup> ou, numa outra perspectiva, como a de nova Pompeia<sup>13</sup>.

Se a problemática dos despojos de naufrágio, arrojados às costas ou praias, mereceu relevância do Direito, desde a Antiguidade<sup>14</sup>, cumpre reconhecer que o paradigma se alterou com a emergência destes outros despojos. Já não eram simples coisas que cabia apropriar, mas algo diferente. Eram um sub-tipo património cultural que, por si só, provocava outro tipo de indagações<sup>15</sup>. De tal modo que, o Conselho da Europa aprovou, em 1978, uma Recomendação no sentido de promover medidas de protecção do património cultural subaquático.<sup>16</sup> O assunto também mereceu crescente importância por parte do Direito interno dos Estados que compreenderam a necessidade de distinguir os

<sup>10</sup> RONALD HERZOG enfatiza a especial capacidade de conservação dos despojos de naufrágio, em meio subaquático. Cf. *Kulturgut unter Wasser: Schatztaucher, des Seevölkerrecht und der Schutz des kulturellen Erbes*, Aachen, 2001, p. 137.

<sup>11</sup> O despojo subaquático será um sítio fechado onde o tempo para na altura do afundamento, por contraste com o bem arqueológico terrestre, situado em zona de acumulação, onde o Homem coloca, geração após geração, vestígios sucessivos da sua existência. Cf. JEAN YVES BLOT e MARIA LUÍSA BLOT, “O Passado Debaixo de Água” in *Oceanos*, n.º 5, 1990, p. 107.

<sup>12</sup> PATRICK O’KEEFE justifica a utilização do termo *cápsula do tempo*, ao constatar que o naufrágio arrasta para o fundo os objectos que se encontram a bordo, bem como o próprio navio. Ora, a especial capacidade de conservação do meio aquático, bem como a inacessibilidade do local permite que tais objectos, de uma mesma época histórica, subsistam intocáveis até ao momento da descoberta. Cf. “Protecting the Underwater Cultural Heritage: The International Law Association Draft Convention in *Marine Policy*, vol. 20, n.º 4, 1996, p. 297. Ainda a propósito da expressão, OLE VARMER sublinha a ideia de cápsula do tempo, a propósito do despojo subaquático, dado conter notícias seguras da época da submersão, por contraste com o património cultural terrestre que terá estado em contacto com sucessivas civilizações e diversas gerações. No sentido de melhor ilustrar a sua opinião, evidencia o caso de um navio afundado no rio James, Virgínia, que teria fornecido mais informações sobre a constituição da cidade de Jamestown do que quaisquer achados arqueológicos terrestres provenientes de escavações efectuadas por toda a cidade. Cf. *The Case Against the Salvage of the Cultural Heritage*” in *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 30, n.º 2, 1999, pp. 288-9.

<sup>13</sup> No relatório que acompanhou a Recomendação do Conselho da Europa de 1978, Ropper refere que o bem cultural subaquático desempenha a função de uma nova Pompeia. Cf. Relatório Ropper, doc. 4200, p. 7.

<sup>14</sup> Cf. JL BONIFÁCIO RAMOS, *O Achamento...* op. cit., pp. 88 e segs.

<sup>15</sup> Sobre este aspecto, YAKOV MALKIEL, “An Evolutionary Look at the Law, Technology, and Economics of Sunken Treasure” in *Journal of Maritime Law and Commerce*, n.º 44, 2013, pp. 206 e segs.

<sup>16</sup> Cf. Recomendação n.º 848 do Conselho da Europa, aprovada na sequência da apresentação e discussão do Relatório Ropper.

bens arqueológicos terrestres e os bens arqueológicos subaquáticos<sup>17</sup>. A seguir, a Convenção Europeia para a Protecção do Património Arqueológico autonomiza os bens subaquáticos<sup>18</sup> e, a partir daí, ocorre uma autêntica proliferação de diplomas legais evidencia a necessidade de preservar o património cultural subaquático<sup>19</sup>.

A par do incremento do Direito interno, cumpre sublinhar o reconhecimento da insuficiência dos artigos 149.º e 303.º da Convenção do Direito do Mar da ONU, por parte da Comissão de Direito do Património Cultural da Associação de Direito Internacional (ILA), bem como a proposta de Convenção Internacional para a Protecção de Bens Culturais Subaquáticos, apresentada na UNESCO, em 1994. Consequentemente, em face do bom acolhimento<sup>20</sup>, foi decidido elaborar, em 1997, um Projecto de Convenção<sup>21</sup> que serviu de base a um texto comum. Assim, na quarta reunião de peritos e de representantes de governo foi adoptado um texto a ser submetido à Conferência Geral da UNESCO, a reunir em Paris, a 29 de Outubro de 2001. Aquela Conferência Geral, a 31ª, aprovou, a 2 de Novembro, sob proposta da Comissão de Cultura, a Convenção sobre a Protecção do Património Cultural Subaquático patenteando o relevo da importância desta espécie de património cultural.

Porém, a preservação deste património subaquático não se circunscreve à aprovação de leis nacionais ou de uma Convenção da UNESCO. Importa ainda promover uma mudança de mentalidades e a especialização nesta área<sup>22</sup>. Também a compatibilidade em face das Convenções<sup>23</sup>, bem como os Acordos entre Estados destinados a proteger bens culturais subaquáticos situados em áreas de jurisdição de um deles e cuja bandeira ou pavilhão era de Estado terceiro. Tais acordos destinam-se a regular, de um modo geral, a preservação, conservação e a titularidade dos objectos de que se compõe o despojo.

<sup>17</sup> Cf. a título de exemplo, Lei n.º 1925 de 1974 da República de Malta.

<sup>18</sup> Trata-se da versão revista da Convenção Europeia, aprovada em La Valetta, em 1992.

<sup>19</sup> No Direito português, aprovaram-se, durante os anos 90, dois diplomas legais, no exíguo espaço de quatro anos. Cf. Decreto-Lei n.º 289/93 de 21 de Agosto e Decreto-Lei n.º 164/97 de 27 de Junho.

<sup>20</sup> Cf. UNESCO Doc 28C/39 de 4 de Outubro de 1995.

<sup>21</sup> Cf. UNESCO, Doc 29/C/22 de 5 de Agosto de 1997.

<sup>22</sup> RENEE TORPY enfatiza o incremento da especialização que tem registado a arqueologia subaquática nos últimos tempos, em especial nos Estados Unidos da América. Cf. "Grave Robbers os Archaeologists? Savaging Shipwrecks" in *Journal of Maritime Law and Commerce*, n.º 46, 2015, pp. 92 e segs.

<sup>23</sup> A proposta norueguesa no sentido de a subordinar à Convenção da ONU de 1982 foi rejeitada, tendo prevalecido a ideia de compatibilizar ambos os textos, no que ao património cultural dizia respeito. Cf, sobretudo, o artigo 3.º da Convenção da UNESCO.

### 3. A Convenção da UNESCO de 2001

#### 3.1. *Generalidades*

Depois da aprovação da Convenção da UNESCO, com 87 votos a favor, 4 contra<sup>24</sup> e 15 abstenções<sup>25</sup>, houve que aguardar a ratificação e consequente aceitação por parte dos Estados membros. Cumpre referir que a Convenção está sujeita à adesão por parte de Estados não membros, desde que pertençam à ONU ou a uma instituição especializada do sistema da Organização das Nações Unidas ou mesmo à Agência Internacional de Energia Atómica. Ainda os Estados Partes no Estatuto do Tribunal Penal Internacional e de qualquer outro Estado convidado a aderir à Convenção pela Conferência Geral da UNESCO<sup>26</sup>. Também existe a possibilidade de um território aderir, desde que goze de autonomia interna, reconhecida pela ONU, mesmo que não tenha acedido à plena independência, em conformidade com a Resolução n.º 1514 da Assembleia Geral<sup>27</sup>.

Se a Convenção entrou somente em vigor no dia 2 de Janeiro de 2009, três meses após o depósito do 20.º instrumento de ratificação ou aceitação, refira-se que, neste momento, existe um número muito apreciável de adesões. Além disso, tiveram lugar sessões de trabalho destinadas a aprovar instrumentos destinados a prosseguir os objectivos inscritos no texto da própria Convenção, pelo que, actualmente, vigora o Regulamento Interno, o Estatuto do Conselho Consultivo e as *Guidelines*. Também já ocorreu a eleição do Comité Técnico e Científico.

Reconhecendo a extrema relevância da Convenção em sede de preservação do património cultural subaquático, sobretudo se atentarmos na exiguidade do alcance dos anteriores instrumentos acerca desta matéria<sup>28</sup>, destacaremos, sem pretensão de exaustividade, os seguintes aspectos: a noção de património cultural subaquático; a protecção *in situ*; a imunidade soberana; a relação com

<sup>24</sup> Votaram contra os seguintes Estados: Rússia, Noruega, Turquia e Venezuela.

<sup>25</sup> A abstenção proveio do Brasil, República Checa, Colômbia, França, Alemanha, Grécia, Islândia, Israel, Guiné-Bissau, Holanda, Paraguai, Suécia, Suíça, Reino Unido e Uruguai.

<sup>26</sup> Cf. alínea a) do n.º 2 do artigo 26.º da Convenção.

<sup>27</sup> Cf. alínea b) do n.º 2 do artigo 26.º da Convenção.

<sup>28</sup> Relativamente ao alcance da Convenção da UNESCO, no que respeita à protecção do património cultural subaquático, por contraste com o exíguo e contraditório regime da Convenção da ONU, cf. TULLIO SCOVAZZI, “The Regime of Underwater Cultural Heritage Before the 2001 UNESCO Convention” in *The Protection of The Underwater Cultural Heritage: Before and After the 2001 UNESCO Convention* coord por Roberta Garabello e Tullio Scovazzi, Leiden 2003, pp. 10 e segs.

regimes jurídicos eventualmente aplicáveis e os acordos bilaterais e multilaterais entre Estados ou Organizações Internacionais.

### 3.2. *Noção de património cultural subaquático*

Património cultural subaquático significa um qualquer vestígio da existência do homem de carácter cultural, histórico ou arqueológico que se encontre parcial ou totalmente, periódica ou continuamente, submerso há, pelo menos, 100 anos<sup>29</sup>. A esse propósito, cumpre destacar os sítios, as estruturas, os edifícios, os artefactos, os restos humanos, os navios, as aeronaves, os artefactos de carácter pré-histórico, os oleodutos e os cabos colocados no leito do mar<sup>30</sup>.

Ao combinar uma cláusula geral, os vestígios da existência do homem de carácter cultural, histórico ou arqueológico, com uma enumeração, ainda que não exaustiva, de alguns tipos de bens culturais subaquáticos, a noção supra-citada revela vantagens e inconvenientes que importa destacar. Quanto às vantagens, existe maior clareza na identificação dos bens abrangidos, bem como a identificação de objecto que importe proteger<sup>31</sup>. No que respeita aos inconvenientes, a noção parece ambígua e propensa a promover interpretações algo erróneas<sup>32</sup>.

Todavia, além destas apreciações genéricas, houve diversos outros reparos. Deste modo, importa sublinhar a substituição do termo *despojo*, inserto no Projecto, por *navio* que, como sabemos, não é a designação mais adequada<sup>33</sup>. Porque, após a ocorrência do naufrágio ou afundamento, o navio deixa de existir juridicamente, representando o conseqüente despojo um importante manancial de bens culturais subaquáticos<sup>34</sup>. Também suscita reparos o limite

<sup>29</sup> Cf. n.º 1 do artigo 1.º da Convenção.

<sup>30</sup> Cf. n.º 1 do artigo 1.º da Convenção.

<sup>31</sup> Cf. RONALD HERZOG, *Kulturgut...* op. cit., pp. 33-4.

<sup>32</sup> Cf. DAVID BEDERMANN, “Maritime Preservation Law: Old Challenges New Trends” in *Widener Law Symposium Journal*, n.º 8, 2002, p. 194; OLE VARMER, “United States of America” in *The Protection of the Underwater Cultural Heritage: National Perspectives in Light of the UNESCO Convention 2001*, coord. por Sarah Dromgoole, Leiden, 2006, pp. 374 e segs.

<sup>33</sup> Defendemos anteriormente esta opinião. Cf. JL BONIFÁCIO RAMOS, “O Navio Afundado Como Património Cultural” in *O Navio: II Jornadas de Direito Marítimo*, Lisboa, 2010, p. 456. Em sentido contrário, aceitando a eliminação do termo despojo ou wreck, em virtude do amplo conteúdo a que correspondiam tais expressões, nas leis ou Convenções próprias da salvação marítima, cf. ROBERTA GARABELLO, *La Convenzione UNESCO Sulla Protezione del Patrimonio Culturale Subacqueo*, Milão, 2004, pp. 82-3.

<sup>34</sup> Acerca deste ponto, NADINE PALLAS enfatiza as estimativas que indicam a perda de dezenas ou de centenas de milhares de navios no mar, nos rios e nos lagos, ao longo do decurso do tempo. Cf. *Maritimer Kulturgüterschutz*, Berlim, 2004, pp. 136-7.

temporal de cem anos porque, na verdade, o limite não corresponde a uma regra de natureza arqueológica ou cultural, mas representa uma mera determinação de índole administrativa, pragmática e algo arbitrária<sup>35</sup>, destinada a facilitar a fiscalização de prescrições normativas<sup>36</sup>. Por isso, embora se reconheça ter cabimento algum limite cronológico<sup>37</sup>, não se considera inadequado o limite de cinquenta anos ou sequer um determinado momento histórico, como, por exemplo, 1945, o terminus da Segunda Guerra Mundial<sup>38</sup>.

### 3.3. *Preservação in situ*

A Convenção considera a preservação *in situ* um princípio e uma opção prioritária antes do início de qualquer intervenção sobre o património subaquático<sup>39</sup>. No entanto, tal princípio não é incompatível com o acesso responsável e não intrusivo do público, para fins de observação e documentação, no sentido de o sensibilizar, promovendo e valorizando aquele património<sup>40</sup>. Em suma, a Convenção não pretende erigir a preservação *in situ* em princípio absoluto, dirigido à imutabilidade da localização dos bens culturais subaquáticos, mas antes conciliar a preservação com a fruição dos bens, desde que isso não seja incompatível com a gestão patrimonial.

Deste modo, embora se compreenda a preservação *in situ*, enquanto opção prioritária antes de iniciar qualquer intervenção, reconhece-se, no entanto, que a permanência *in situ* pode não representar a melhor opção no sentido de proteger o bem cultural. Na verdade, se o meio subaquático apresenta inegáveis qualidades no sentido de propiciar uma adequada conservação, pode suceder que o meio cause, noutras ocasiões, devido a alterações ambientais, uma acção erosiva ou destruidora que justifique uma outra atitude<sup>41</sup>. Além disso, atendendo na evolução técnica e tecnológica, porque o meio subaquático deixou

<sup>35</sup> Cf. CRAIG FORREST, “A New International Regime for the Protection of Underwater Cultural Heritage” in *International and Comparative Law Quarterly*, n.º 51, 3, 2002, p. 524.

<sup>36</sup> Neste sentido, cf. ROBERTA GARABELLO, *La Convenzione...* op. cit., pp. 84-5.

<sup>37</sup> Se não houvesse limite algum corria-se o risco de considerar objectos recentemente afundados, como seria o caso do submarino Kursk. Cf. RONALD HERZOG, *Kulturgut...* op. cit., p. 46.

<sup>38</sup> Cf. SARAH DROMGOOLE e NICHOLAS GASKELL, “Draft UNESCO Convention on the Protection of the Protection of the Underwater Cultural Heritage 1998” in *International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 14. N.º 2, Maio, 1999, pp. 191-2.

<sup>39</sup> Cf. n.º 5 do artigo 2.º.

<sup>40</sup> Cf. n.º 10 do artigo 2.º.

<sup>41</sup> GWÉNAËLLE LE GURUN reconhece que os bens culturais subaquáticos podem ser atingidos por diversos factores de índole erosiva ou destrutiva, como a poluição marítima, a instalação de cabos

de ser espaço fechado, a possibilidade de actividades destinadas à recuperação clandestina ou mesmo à pilhagem aumentou, de modo muito significativo<sup>42</sup>.

Mesmo em sítios ou em parques arqueológicos subaquáticos a preservação *in situ* sequer é absoluta. Pois que, apesar das proibições e do controlo administrativo, pode ser reavaliada a preservação *in situ* nos parques arqueológicos e, caso a situação o justifique, suscitar uma mudança de local ou, inclusive, a emersão do bem cultural<sup>43</sup>. Por isso, mais do que um impedimento definitivo, a preservação *in situ* representa uma restrição ao imediato levantamento, no sentido de melhor acautelar os estudos e a recolha de informações do que, na verdade, insistir num imobilismo susceptível de comprometer o próprio bem cultural subaquático.

### 3.4. *Imunidade soberana*

Quanto à imunidade soberana, a Convenção contém disposições que revelam alguma dificuldade interpretativa. Na verdade, declara, enquanto princípio geral, o reconhecimento da prática dos Estados e do Direito Internacional, incluindo a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, relativa às imunidades ou quaisquer direitos de um Estado sobre os seus navios e aeronaves<sup>44</sup>. Além disso, a propósito das definições, esclarece que a expressão *navios e aeronaves do Estado* pretende significar os navios de guerra e outros navios ou aeronaves pertencentes a um Estado ou por ele operados e utilizados exclusivamente para fins públicos ou não comerciais, que sejam devidamente identificados e considerados enquanto património cultural subaquático<sup>45</sup>. Todavia, num preceito subordinado à epígrafe “imunidades” prescreve que os navios de guerra e outros navios do Estado ou aeronaves militares com imunidade de jurisdição que operem com fins não comerciais observem, tanto quanto possível e razoável, o disposto nos artigos 9.º, 10.º, 11.º, e 12.º da Convenção,

submarinos, outras obras públicas ou particulares. Cf. *La Métamorphose Encore Inachevée du Statut des Biens Culturels Sous Maris*, Nantes, 2000, pp. 18 e segs.

<sup>42</sup> Tal aspecto foi sublinhado por LUIGI MIGLIORINO, “In Situ Protection of the Underwater Cultural Heritage under International Treaties and National Legislation” in *International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 10. N.º 4, 1995, pp. 483 e segs.

<sup>43</sup> Cf. CHRISTOPHER BORDELON, “Saving Salvage: Avoiding Misguided Changes to Salvage and Find Law” in *San Diego Law Review*, n.º 7, 2005, pp. 191-2.

<sup>44</sup> Cf. n.º 8 do artigo 2.º.

<sup>45</sup> Cf. n.º 8 do artigo 1.º.

através da adopção de medidas apropriadas que não prejudiquem as operações ou a capacidade operacional daqueles navios ou aeronaves<sup>46</sup>.

Se a imunidade dos navios de guerra ou de Estado tem sido reconhecida pela doutrina<sup>47</sup>, pelo Direito Internacional<sup>48</sup> ou até pelo Direito interno de certos Estados<sup>49</sup>, cumpre esclarecer a relevância que tal imunidade merece na Convenção da UNESCO, a propósito da protecção do património cultural subaquático. Mas se isso pode não ser totalmente claro numa simples leitura do articulado, importa trazer à colacção os trabalhos preparatórios. Aí houve, é bom sublinhar, uma importante corrente no sentido de inserir, no articulado da Convenção, uma referência aos despojos subaquáticos de navios de guerra ou de Estado<sup>50</sup>. Aliás, a esse propósito, convém referir que Portugal integrou esta corrente, sustentando, inclusivamente, que o princípio da imunidade soberana dos navios de guerra e de Estado naufragados deve ser universalmente respeitado<sup>51</sup>. Mas, ao invés, uma outra orientação defendeu o não reconhecimento, no texto da Convenção, de um regime especial para os navios de guerra ou de Estado<sup>52</sup>.

Perante a dualidade acima identificada, foi necessário gizar um compromisso entre aquelas posições antagónicas, atribuindo mais poderes ao Estado costeiro sobre os bens situados no mar territorial. Esbatendo, correlativamente, aquelas atribuições no que respeita à zona económica exclusiva e à plataforma

<sup>46</sup> Cf. artigo 13.º.

<sup>47</sup> Cf. GÜNTER HOOG, “Probleme der Immunität von Staatsschiffen” in *Archiv des Völkerrechts*, n.º 20, 1982, pp. 314 e segs; ISABELLE PINGEL, “L’Immunité des Navires de Guerre” in *La Mer et son Droit: Mélanges Offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, Paris, 2003, pp. 79 e segs; ROB REGAN, “Sovereign Immunity and the Lost Ships of Canada’s Historic Merchant Fleet” in *University of Toronto Faculty of Law Review*, n.º 64, 2010, pp. 1 e segs.; VALENTINA VADI, “War, Memory, And Culture: The Uncertain Legal Status of Historic Sunken Warships Under International Law” in *Tulane Maritime Law Journal*, n.º 37, 2013, pp. 345 e segs.

<sup>48</sup> Destacamos, entre outras, a Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, de 10 de Dezembro de 1982 e a Convenção de Salvação Marítima, assinada em Londres em 28 de Abril de 1989.

<sup>49</sup> Indica-se, a título de exemplo, a lei canadiana sobre imunidades que dedica uma parte do respectivo articulado à imunidade do navio. Cf. Secção 7 e seguintes da Lei do Canadá de 3 de Junho de 1982.

<sup>50</sup> O tópico é muito nítido nas propostas do Reino Unido, França, Estados Unidos da América Malta, como nos relata Roberta Garabello, *La Convenzione...* op. cit., pp. 341-2. Em sentido semelhante, cf. MARIANO AZNAR GÓMEZ, *La Protección Internacional del Patrimonio Cultural Subacuático*, Valência, 2004, pp. 273 e segs.

<sup>51</sup> Cf. “Fundamentação da Posição de Portugal sobre a Questão da Imunidade Soberana dos Navios de Guerra e de Estado no Quadro do Projecto da Convenção Internacional para a Protecção do Património Cultural Subaquático (UNESCO)” in <http://www.ipa.min-cultura.pt/cnans/lei>

<sup>52</sup> Isso foi sustentado, de modo reiterado, pelo Grupo dos 77, também conhecido por conjunto de países em vias de desenvolvimento. Cf. ROBERTA GARABELLO, *La Convenzione...* op. cit., pp. 343-4.

continental. Por isso, quanto ao mar territorial, nas águas interiores e arquipelágicas, o Estado costeiro assume o dever de informar o Estado de pavilhão parte na Convenção e, sendo caso disso, outro Estado com interesse legítimo, se ocorrer a descoberta de despojos de navios de guerra ou de Estado<sup>53</sup>. Ao invés, no que respeita aos despojos situados na zona económica exclusiva ou na plataforma continental, nenhuma intervenção poderá ser realizada sem o acordo do Estado de pavilhão<sup>54</sup>.

No entanto, apesar das diversas restrições, motivadas por uma extrema dificuldade em compatibilizar as pretensões dos Estados costeiros e os Estados com titularidade sobre os despojos subaquáticos<sup>55</sup>, podemos afirmar que a Convenção da UNESCO reconhece a imunidade dos navios de guerra e de Estado, naufragados há, pelo menos, mais de cem anos. Todavia, cumpre reconhecer que a imunidade se encontra mais atenuada no que respeita aos despojos localizados nas águas territoriais de um outro Estado do que na Área ou na Plataforma Continental. Todavia, tendo em conta as prescrições de outras Convenções, no sentido de reconhecer a imunidade, importa atentar o que a prática vai oferecendo quanto ao património cultural subaquático e à implementação da Convenção da UNESCO de 2001.

### 3.5. *O despojo subaquático e outros regimes jurídicos*

Cumpre esclarecer que os bens subaquáticos são objecto da aplicação de diversos outros regimes jurídicos. Independentemente da característica cultural que justifica o regime autónomo, assumem outras qualidades, designadamente a de despojo subaquático. Ora, devemos sublinhar que a orientação da Convenção da UNESCO de 2001 não foi a de afastar, pura e simplesmente, a aplicabilidade de outros regimes jurídicos. Antes pelo contrário. Na verdade, procurou promover uma certa compatibilidade entre regimes jurídicos potencialmente aplicáveis.

Aliás, quanto à Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, declara respeitar os direitos, a jurisdição e os deveres dos Estados decorrentes do Direito Internacional, enunciando o propósito de interpretar e aplicar a Convenção da UNESCO, no contexto e em conformidade perante o Direito Internacional,

<sup>53</sup> Cf. n.º 3 do artigo 7.º.

<sup>54</sup> Cf. n.º 7 do artigo 10.º

<sup>55</sup> Sobre este assunto, cf. TULLIO SCOVAZZI, “The 2001 UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage” in *Italian Yearbook of International Law*, n.º 11, 2001, pp. 21-2.

incluindo a Convenção da ONU sobre o Direito do Mar<sup>56</sup>. Além disso, pode ainda ocorrer uma relação com a lei dos salvados e até perante normas próprias da *law of finds*, designada, numa infeliz tradução portuguesa, por lei dos achados<sup>57</sup>.

Relativamente ao primeiro aspecto, em especial ao quadro normativo da Convenção da ONU, devemos sublinhar que a tendência é a de atribuir aos Estados costeiros poderes sobre bens situados no mar territorial e zona contígua. Na verdade, o artigo 303.º confirma a tendência de ampliar a jurisdição do Estado costeiro aos espaços marítimos adjacentes ao mar territorial, conferindo àquele Estado a obrigação de proteger os objectos de carácter arqueológico e histórico, situados na zona contígua. Aliás, uma qualquer retirada de bens não autorizada seria susceptível de configurar uma violação territorial do Estado soberano<sup>58</sup>. Por outro lado, se nada se refere quanto à plataforma continental e zona económica exclusiva, o artigo 149.º determina que os objectos de natureza arqueológica devem ser preservados em benefício da humanidade.

No que respeita ao segundo tópico, cumpre notar que a ideia ampla de salvação marítima, que decorre da Convenção de 1989, inclui a recuperação de despojos subaquáticos<sup>59</sup>. Relativamente à *law of finds*, erradamente traduzida por lei de achados, uma específica modalidade de recuperação de despojos do Direito norte-americano, cumpre reconhecer que ela pode incidir sobre bens culturais subaquáticos. Aliás, devemos sublinhar que a jurisprudência norte-americana tem vindo, em sede de *law of finds*, a equacionar a problemática atinente aos bens culturais subaquáticos<sup>60</sup>. Por isso, bem se compreende a orientação algo conciliatória que resulta do texto da própria Convenção da UNESCO.

Todavia, depois da entrada em vigor da Convenção, coloca-se, naturalmente, a questão de saber como compatibilizar regimes jurídicos que são, em boa verdade, conflituantes. Apesar da postura mais ou menos abrangente do texto que, no seio da UNESCO, procurou proteger o património cultural subaquático, de modo a cativar a anuência de uma maioria significativa de Estados membros. Daí a necessidade de revisitar esta problemática a uma outra

<sup>56</sup> Cf. o artigo 3.º.

<sup>57</sup> Cf. artigo 4.º.

<sup>58</sup> Cf. MAURO LOOSLI, *Kulturgüterschutz in Italien: Rechtliche Grundlagen und Instrumente*, Zurique, 1996, p. 72.

<sup>59</sup> Cf. PIERRE BONASSIES, “La Convention Internationale de 1989 sur l’ Assistance” in *Il Diritto Marittimo*, n.º 105, 2003, pp. 361 e segs; Craig Forrest, “Historic Wreck Salvage. An International Perspective” in *Tulane Maritime Law Journal*, 2009, n.º 33, pp. 347 e segs.

<sup>60</sup> Cf. JL BONIFÁCIO RAMOS, *O Achamento...* op. cit., pp. 677 e segs.

luz, com outro olhar, motivado pela aplicabilidade da própria Convenção. Ora a esse propósito, embora reconheçamos a necessidade de aprofundar o debate, importa assinalar a tendência de sobrevalorizar o património cultural subaquático<sup>61</sup>, em detrimento das pretensões emanadas da salvação marítima<sup>62</sup>, *law of finds*<sup>63</sup> ou, inclusivamente, do Direito do Mar<sup>64</sup>. Embora reconheçamos que a densificação destes aspectos não está concluída, necessitando de ampla maturação, tanto mais que a Convenção da UNESCO não apresenta, sobretudo neste particular, uma solução rígida ou fechada<sup>65</sup>, imune a qualquer metodologia interpretativa.

#### 4. Os Acordos entre Estados

Atendendo nas pretensões do Estado costeiro sobre os despojos subaquáticos, sem olvidar a imunidade soberana dos navios de guerra ou de Estado, têm vindo a ser celebrados diversos Acordos, no sentido de harmonizar tais pretensões e, de algum modo, proteger os despojos, enquanto património cultural subaquático. Por isso, se os Acordos entre Estados incluíram diversos aspectos relacionados com a salvação marítima, podemos afirmar que, a partir do Acordo entre a Austrália e a Holanda, de 6 de Novembro de 1972, as questões relativas à imunidade soberana e à protecção dos bens subaquáticos assumiram papel preponderante<sup>66</sup>. Aliás, no Acordo de 1989, celebrado entre a República Francesa e os Estados Unidos da América, relativo ao despojo do Alabama, era evidente a pretensão de dirimir pretensões conflituantes relativas à titularidade e à preservação do despojo, reforçando os poderes de uma Comissão científica

<sup>61</sup> ESTHER VÁSQUEZ sustenta, inclusivamente, que a Convenção da UNESCO elimina as pretensões relativas a recompensas que resultariam da aplicabilidade das normas próprias da salvação marítima ou da *law of finds*. Cf. “La Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Subacuático: Principios Generales” in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, n.º 2, 2011, pp. 333-4.

<sup>62</sup> Será o entendimento de JAMES NAZIGER, “The Evolving Role of Admiralty Courts in Litigation Related to Historic Wreck” in *Harvard International Law Journal*, n.º 44, n.º 1, 2003, pp. 266 e segs.

<sup>63</sup> Cf. ROBERTA GARABELLO, *La Convenzione...* op. cit., pp. 387 e segs.

<sup>64</sup> Cf. CRAIG FORREST, *International Law and the Protection of Cultural Heritage*, Nova Iorque, 2010, pp. 347 e segs.

<sup>65</sup> Assim, SARAH DROMGOOLE, “2001 UNESCO...” in op. cit., pp. 86-7.

<sup>66</sup> Deste modo, a Holanda aceitou transferir para a Austrália a titularidade daqueles despojos, ao passo que a Austrália reconheceu pretensões holandesas de natureza arqueológica e cultural sobre tais despojos. Além disso, foi constituída uma Comissão, com representantes de ambos no sentido de cooperar para a preservação do despojo. Cf. artigos 4.º e seguintes do Acordo.

paritária<sup>67</sup>. Algo de semelhante sucede no Acordo, do mesmo ano, relativo ao *HMS Birkenhead*, onde o Governo sul-africano se compromete a permitir o acesso a historiadores militares britânicos, bem como uma divisão equitativa das moedas descobertas<sup>68</sup>.

Por seu turno, a Convenção da UNESCO declara não alterar os direitos e obrigações dos Estados partes relativamente à protecção de despojos subaquáticos, decorrentes de acordos bilaterais, regionais ou multilaterais, celebrados anteriormente, desde que não ponham em causa os princípios e os objectivos da Convenção<sup>69</sup>. Acresce que os Estados Partes são encorajados a celebrar outros acordos bilaterais e regionais ou a aprofundar os acordos existentes, podendo adoptar regras e regulamentos que garantam uma melhor protecção do que a prevista na própria Convenção<sup>70</sup>. Além disso, as partes podem convidar Estados com interesse legítimo, nomeadamente de natureza cultural, histórica ou arqueológica, a aderir a acordos bilaterais ou multilaterais, anteriormente firmados<sup>71</sup>.

Não é de estranhar, portanto, a expectativa na proliferação de novos Acordos bilaterais<sup>72</sup> ou até de Acordos multilaterais ou regionais<sup>73</sup>. No sentido de adaptar as linhas mestras da Convenção, podendo prosseguir os seus objectivos e, assim, representar um outro importante instrumento de preservação do património cultural subaquático. Isso é notório no Acordo relativo ao despojo *La Belle*<sup>74</sup>, celebrado em 2003, entre a República Francesa e os Estados Unidos da América. Porque, na verdade, o Acordo reconhece a titularidade francesa sobre o despojo, aceitando, todavia, que o despojo permaneça à guarda de uma Comissão que zelará por questões atinentes à sua preservação e conservação<sup>75</sup>.

Algo de similar ocorre no Acordo sobre o despojo do *Titanic*<sup>76</sup>. Embora a necessidade de proteger o despojo tenha sido evidenciada na anterior lei ameri-

<sup>67</sup> Cf. artigos 1.º e seguintes do Acordo.

<sup>68</sup> Cf. parágrafo 1.º da troca de notas.

<sup>69</sup> Cf. n.º 3 do artigo 6.º da Convenção.

<sup>70</sup> Cf. n.º 1 do artigo 6.º da Convenção.

<sup>71</sup> Cf. n.º 2 do artigo 6.º da Convenção.

<sup>72</sup> Cf. MICHAEL RISVAS, “The Duty to Cooperate and the Protection of Underwater Cultural Heritage” in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2013, pp. 587 e segs.

<sup>73</sup> Quanto ao favorecimento de acordos de incidência regional propiciados pela Convenção, cf. TULLIO SCOVAZZI, “The Entry Into Force of the 2001 UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage” in *Aegean Review Law Sea*, n.º 1, 2010, pp. 31 e segs.

<sup>74</sup> Despojo correspondente a um navio militar francês, afundado em 1686, num local que correspondia, no momento da descoberta, em 1995, a águas territoriais americanas.

<sup>75</sup> Cf. artigos 1.º e seguintes do Acordo.

<sup>76</sup> Acordo subscrito, em 2004, pelo Canadá (país com maior proximidade do despojo), Reino

cana, *RMS Titanic Maritime Memorial Act*<sup>77</sup>, cumpre sublinhar que o despojo se localiza em águas internacionais<sup>78</sup>. Daí o Acordo entre Estados poder prosseguir aqueles objectivos, de modo mais eficiente. Por isso, embora tenha reconhecido o *status quo*, validando, de algum modo, os atentados patrimoniais anteriormente cometidos, cumpre reconhecer a vocação claramente protectora do texto daquele Acordo. Não só proclama que o despojo assume uma importância histórica excepcional, como enfatiza a preservação *in situ* e o acesso público não intrusivo<sup>79</sup>. Além disso, declara, expressamente, a promoção de consultas entre os Estados-partes, signatários do Acordo, no sentido de o harmonizar com o conteúdo da Convenção da UNESCO<sup>80</sup>.

## 5. Consequências da aprovação da Convenção da UNESCO

### 5.1. Enquadramento geral

Depois de uma impressionante margem de aprovação em Paris, era expectável um importante número de adesões a esta Convenção da UNESCO, por parte dos Estados Membros signatários. Todavia, não foi isso que sucedeu. Aliás, no ano subsequente, ou seja em 2002 não houve uma só ratificação. E, em cada ano posterior, duas ratificações. Somente, a partir de 2006, o número aumentou. Apesar da, só conseguir entrar em vigor em 2 de Janeiro de 2009, três meses após o depósito do 20.º instrumento de ratificação ou de aceitação<sup>81</sup>. Actualmente, o panorama tem mudado, dado hoje em dia haver um total de cinquenta e cinco adesões ou ratificações.

Unido (Esta do de bandeira), República Francesa (nacionalidade do descobridor do despojo, Robert Ballard) e Estados Unidos da América.

<sup>77</sup> Cf. secção 2 do *RMS Titanic Maritime Memorial Act* de 1986.

<sup>78</sup> PETER HERSHEY sublinha, precisamente, as contingências do direito americano, em face da localização do despojo do Titanic. Cf. “RMS Titanic as National and World Heritage: Protecting the Wreck Site of the Titanic Pursuant to the National Historic Preservation Act and the World Heritage Convention” in *Florida Coastal Law Review*, n.º 16, 2015, pp. 281 e segs.

<sup>79</sup> Cf. artigo 2.º e seguintes do Acordo.

<sup>80</sup> Cf. n.º 2 do artigo 9.º do acordo.

<sup>81</sup> Barbados terá sido o vigésimo país a aderir, ao depositar o instrumento de ratificação em 2 de Outubro de 2008. Antes dele, temos, por ordem cronológica, as seguintes adesões: Panamá e Bulgária (2003); Croácia e Espanha (2004); Líbia e Nigéria (2005); Lituânia, México, Paraguai, Portugal, Equador e Ucrânia (2006); Líbano, Santa Lucia, Roménia e Camboja (2007); Cuba, Montenegro e Eslovénia (2008).

De qualquer modo, apesar do hiato entre a aprovação e a sua entrada em vigor, parece consensual a ideia de que a Convenção representa um instrumento muitíssimo relevante no sentido de promover uma adequada preservação do património cultural subaquático<sup>82</sup>. Além disso, e apesar de os respectivos dispositivos vincularem os países que tenham depositado instrumentos de ratificação<sup>83</sup>, cumpre reconhecer a influência nos demais. Na verdade, ocorreu uma mudança de paradigma na recuperação e eventual exploração de despojos subaquáticos<sup>84</sup>.

Além disso, embora tenha decorrido um exíguo período temporal que dificulta uma análise mais circunstanciada e global, julgamos pertinente apreciar a actuação de alguns Estados que tenham procedido à ratificação da Convenção. Contudo, na impossibilidade de estudar, com alguma profundidade de estudar um leque significativo, resolvemos destacar os casos de Portugal e Espanha. Dois países, que ratificaram a Convenção da UNESCO, quase concomitantemente<sup>85</sup>. Porém, a actuação, dirigida à preservação do património cultural subaquático, tem mostrado diferenças assinaláveis e, sobretudo, uma postura diferenciada daqueles dois países que devemos salientar.

## 5.2. *O caso espanhol*

Ainda antes da aprovação da Convenção da UNESCO, podemos notar uma atitude consequente, por parte do Reino de Espanha, no sentido de preservar ou mesmo reivindicar bens culturais subaquáticos abrangidos por imunidade soberana de navios de guerra e de Estado. Porém, se no entanto, nem sempre obteve o resultado esperado<sup>86</sup>, mostrou uma postura coerente, sem

<sup>82</sup> A propósito, cf. NADINE PALLAS, *Maritimer...* op. cit., pp. 360 e segs. Mariano Aznar Gómez, *La Protección...* op. cit., pp. 212 e segs.

<sup>83</sup> Cf. artigo 27.º da Convenção.

<sup>84</sup> Cf. LAURA GONGAWARE, *Tulane Maritime Law Journal*, n.º 37, 2012, pp. 213 e segs. Em sentido semelhante, OLE VARMER declara que os Estados Unidos da América desempenham diversas políticas compatíveis com as orientações da Convenção da UNESCO de 2001. Cf. “Closing the Gaps in the Law Protecting Underwater Cultural Heritage on the Outer Continental Shelf” in *Stanford Environmental Law Journal*, n.º 33, 2014, pp. 261 e segs. No que respeita à recuperação do Belitung, na Indonésia, também teria havido alteração de paradigma. Cf. “UNESCO and the Belitung Shipwreck: The Need For a Permissive Definition of “Commercial Exploitation” in *George Washington International Law Review*, n.º 45, 2013, pp. 860 e segs.

<sup>85</sup> A Espanha depositou o instrumento de ratificação em 6 de Junho de 2005 e Portugal em 21 de Setembro de 2006.

<sup>86</sup> Indicamos, a título de exemplo, as pretensões acerca do despojo do Atocha que não foram reconhecidas pelos tribunais americanos, tendo os respectivos bens ficado à guarda de um museu

tibiezas ou tergiversações. De tal modo que, no que respeita aos despojos localizados em águas americanas, sobretudo após a vigência do *Abandoned Shipwreck Act* (ASA)<sup>87</sup>, que procura evitar a apropriação automática do Estado americano, bem como proibir práticas clandestinas<sup>88</sup>, o Reino de Espanha redobrou de esforços no sentido de procurar demonstrar a justeza das suas pretensões, por contraponto às actuações dos recuperadores de tesouros<sup>89</sup>. Aliás, acabou por contribuir, através da sua empenhada litigância, junto dos tribunais americanos, para uma significativa evolução por parte da jurisprudência norte-americana<sup>90</sup>.

O empenhamento é particularmente notório a partir do momento em que a empresa *Sea Hunt Inc.* decidiu proceder à recuperação dos despojos das fragatas espanholas *La Galga de Andaluza* e *Juno*, afundadas em 1750 e em 1802, respectivamente. Consequentemente, porque aquela recuperação subaquática havia sido licenciada pelas autoridades do Estado de Virgínia, o tribunal havia reconhecido a razoabilidade do pedido da empresa *Sea Hunt Inc.* Todavia, em sede de recurso, o *Court of Appeals* confirmou as pretensões do Estado espanhol, assumindo que os navios de guerra ou de Estado, enquanto navios públicos, só poderiam ser considerados despojos abandonados se houvesse declaração expressa nesse sentido<sup>91</sup>. Mas porque isso não havia acontecido, a imunidade foi reconhecida, bem como a titularidade espanhola<sup>92</sup> que, nos termos do acórdão, não podia ter sido interrompida pela descoberta dos despojos subaquáticos, ou, sequer, pelo estado de guerra entre os Estados Unidos e o Reino de Espanha que, na verdade, motivara o afundamento da fragata *Juno*<sup>93</sup>.

Como se compreende, esta sentença representou uma mudança de azimute por parte dos tribunais americanos, em contraposição a decisões anteriores, designadamente o caso *Atocha*. Tal mudança, representou uma nova e impor-

situado na Florida. Cf. *Treasure Salvors, Inc The Unidentified Wrecked and Abandoned Sailing Vessel believed to be Nuestra Señora de Atocha*, 459 F Supp. 507. (S.D. Fla. 21 de Agosto de 1978).

<sup>87</sup> Aprovado em 1987.

<sup>88</sup> Nos trabalhos preparatórios do ASA referiu-se a existência de 50 mil despojos de navios que estariam submersos em águas americanas e que estariam ameaçados pelas recentes inovações tecnológicas. Cf. DANIEL LARSEN, “Ownership of Historic Shipwreck in US Law” in *Internatinal Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 9, n.º 1, 1994, pp. 31 e segs.

<sup>89</sup> Cf. MARIANO AZNAR-GÓMEZ, “Spain” in *The Protection...* in op. cit., p. 275.

<sup>90</sup> Cf. DEIDRE O’ SHEA, “The Evolution of Maritime Historic Preservation Jurisprudence” in *Widener Law Symposium Journal*, n.º 8, 2002, pp. 417 e segs

<sup>91</sup> Cf. *Sea Hunt, Inc v. Unidentified Shipwrecked Vessel or Vessels*, 221 F 3d, 634. Sobretudo a decisão de 21 de Julho de 2000, do *Court of Appeals (Fourth Circuit)*.

<sup>92</sup> Cf. MARIANO AZNAR GÓMEZ, *La Protección...* in op. cit., p. 352.

<sup>93</sup> Na verdade, a sentença reconhece que o afundamento não representa qualquer acto de confisco. Cf. *Sea Hunt, Inc v. Unidentified Shipwrecked Vessel or Vessels*, cit.

tante orientação dos tribunais americanos<sup>94</sup>, relativamente a despojos localizados nas suas águas territoriais ou até na sua zona económica exclusiva. Aliás, tal reorientação foi coerente quanto às actividades de empresas americanas a operar em águas internacionais ou até em águas sob jurisdição de países terceiros. Isso sucedeu, aliás, quando a *Odyssey Marine Exploration* descobriu, em Março de 2007, o despojo da fragata *Nuestra Señora de las Mercedes*, pertencente à Coroa espanhola. Aquela fragata havia partido de Montevideu, com uma preciosa carga de ouro, prata e especiarias, provinda, em grande parte, do Peru, tendo sido envolvida numa batalha com navios da Armada britânica, naufragando, subsequentemente, a 5 de Outubro de 1804, próximo do Cabo de Santa Maria, em plena costa algarvia. Em face da descoberta do despojo, não só a *Odyssey* requer a titularidade, de acordo com a *law of finds*, como a República do Perú reclama os bens integrantes da respectiva carga, devido ao facto de provirem do território a que corresponde, na actualidade, o Estado peruano. Por seu turno, o Reino de Espanha alegou que a fragata pertencia à sua Armada, no momento do naufrágio, e que, após aquela funesta factualidade, nunca houvera qualquer abandono ou renúncia da sua parte<sup>95</sup>. Além disso, embora a República do Perú e a própria *Odyssey* tenham alegado que a fragata espanhola também exercia, ao tempo do afundamento, funções de natureza comercial, tanto o tribunal de 1ª instância do Estado da Florida, como o *Court of Appeals* reconheceram a plena imunidade soberana do despojo correspondente à *Nuestra Señora de las Mercedes*<sup>96</sup>. Por isso, em Setembro de 2011, a empresa *Odyssey* foi compelida a devolver ao Reino de Espanha, os bens retirados do despojo<sup>97</sup>, vg. 500 mil moedas de ouro. Algumas delas, colocadas, mais tarde, em exibição, no Museu Nacional de Arqueologia Subaquática de Cartagena.

Além da postura extremamente actuante, acima descrita, no que respeita aos despojos protegidos pela imunidade soberana da Coroa espanhola, em face de qualquer actividade de recuperação subaquática, cumpre ainda sublinhar uma política consistente no sentido de implementar a celebração de Proto-

<sup>94</sup> Cf. TULLIO SCOVAZZI, “The Regime...” in op. cit., p. 60

<sup>95</sup> Para maior detalhe das pretensões espanholas, junto dos tribunais americanos, cf. MARIANO AZNAR-GÓMEZ, “Treasure Hunters, Sunken State Vessels and the 2001 UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage” in *The International Journal of Marine and Coastal Law*, n.º 25, 2010, pp. 215 e segs.

<sup>96</sup> Cf. *Odyssey Marine Exploration Inc v. Unidentified Shipwrecked Vessel*, 657 F. 3d, 1166, 2011 (11<sup>th</sup> Cir 2011)

<sup>97</sup> A decisão mereceu a concordância de grande parte da doutrina. Nessa perspectiva, cf. CHRISTINE BURNS, “Finders Weepers, Losers Keepers: The Eleventh Circuit Denies Salvage Company’s Claim to a Sunken Military Vessel Found in International Waters in *Odyssey Marine Exploration, Inc. V. Unidentified Shipwrecked Vessel*” in *Tulane Maritime Law Journal*, n.º 36, 2012, pp. 809 e segs.

colos e Acordos de Cooperação com Estados em cujas águas se localizam, ou será suposto localizarem-se, despojos subaquáticos abrangidos pela imunidade espanhola. A este propósito indicamos, entre outros, os seguintes: Acordo com a Comunidade de Estados do Caribe (2002); Acordo com a República da Colômbia (2003) ou Acordo com a República de Cabo Verde (2004). Na verdade, encontramos, em todos eles, especial preocupação em face da preservação do património cultural subaquático e até, por vezes, de modo expresso, referências à necessidade de adequação perante as directrizes da Convenção da UNESCO de 2001<sup>98</sup>.

Deste modo, nem surpreende a atitude das autoridades e até da imprensa espanhola quando confrontados com notícias acerca da provável descoberta do despojo do galeão *San José*, ao largo de Cartagena, em águas de jurisdição colombiana. Na verdade, apesar da resistência pública, por parte das autoridades da Colômbia, devemos sublinhar o facto de a nacionalidade da empresa, que terá efectuado alguns trabalhos de recuperação, ser de nacionalidade norte-americana, *Sea Search Armada* (SSA). Ora, atentando na jurisprudência anterior, não será de supor que os tribunais americanos reconheçam a tal empresa quaisquer direitos sobre aquele despojo. Além disso, quanto à aparente intransigência das autoridades colombianas, a acreditar nas declarações do Presidente Juan Manuel Santos, defendendo que o despojo se integra no património colombiano, consideramos que tal postura é inadequada e despropositada. Inadequada porque a Colômbia terá assinado, como se referiu, o Acordo com o Reino de Espanha abrangendo a temática do património cultural subaquático. Despropositada porque, apesar de a Colômbia não ter ainda ratificado a Convenção da UNESCO de 2001, isso não significa que esteja desobrigada de reconhecer a imunidade de navios de guerra e de Estado. Além disso, ao ter contratado com uma empresa de recuperação subaquática americana, não será de supor que as pretensões dessa empresa não incluam a apropriação de bens daquele despojo e que, sobretudo, tal actuação venha a ser reconhecida pelos Tribunais americanos.

### 5.3. O caso português

Embora tenhamos ratificado a Convenção da UNESCO, pouco tempo depois da Espanha, a atitude portuguesa tem sido diametralmente oposta, no

<sup>98</sup> É esse o conteúdo do Acordo, celebrado entre o Reino de Espanha e a República da Colômbia. Cf. a propósito, ELSA GONZÁLEZ, *La Protección Jurídica del Patrimonio Cultural Subacuático en España*, Valência, 2012, p. 142.

que respeita à preservação do património cultural subaquático português. Trata-se de uma postura omissa e demissionária, como procuraremos demonstrar. Na verdade, basta retomar o caso do despojo da fragata *Nuestra Señora de las Mercedes* para comprovar o que acabámos de dizer. Relembremos que a fragata espanhola naufragou próximo do Cabo de Santa Maria, na costa algarvia. Mais exactamente, segundo as estimativas mais fiáveis, a 30 milhas náuticas da cidade de Faro. Isso corresponde, como sabemos, a pouco mais do limite externo da nossa zona contígua, em plena zona económica exclusiva portuguesa. Consideramos, assim, extraordinário, para não dizer pior, que a recuperação efectuada pela *Odyssey* tenha sido totalmente ignorada pelas autoridades marítimas portuguesas. Acresce que o processo judicial, intentado pelo Reino de Espanha, junto dos tribunais americanos, foi olímpicamente silenciado pelas autoridades portuguesas, quando, afinal, o despojo havia sido localizado em águas sob jurisdição nacional. Aliás, para cúmulo do surrealismo, devemos sublinhar que os responsáveis pela arqueologia subaquática portuguesa até sugeriram um movimento diplomático de sinal contrário, após os tribunais americanos se terem pronunciado, de modo favorável à reivindicação espanhola, por causa da descoberta dos despojos das fragatas *La Galga* e *Juno*<sup>99</sup>. Tendo em conta tais atitudes, compreende-se, embora não se aceite, a omissão portuguesa a propósito da *Nuestra Señora de las Mercedes*, quando, afinal, o despojo é abrangido pela jurisdição portuguesa. Aliás, a título de curiosidade, consta que depois de amplos e lesivos trabalhos de recuperação subaquática, ocorridos entre 2007 e 2015, terá sido endereçado, algures em 2016, um pedido dirigido ao Ministério dos Negócios Estrangeiros, oriundo das autoridades espanholas, para acederem, ao que resta do despojo. Aguardemos que responde o MNE. Provável revisitação do célebre adágio popular “depois de casa roubada, trancas na porta”?

Há muita outra factualidade que condiz com a tónica demissionária assinalada. Sem pretender ser exaustivo, citaremos alguns casos paradigmáticos. Designadamente o da nau S. Bartolomeu, da Carreira das Índias, naufragada em 1627, no golfo da Biscaia, em águas territoriais francesas. Sucede que, após a descoberta do respectivo despojo, o ISEAM apresentou um pedido que mereceu uma competente resposta por parte do Ministério da Cultura português<sup>100</sup>.

<sup>99</sup> Numa informação, a propósito de um galeão, sob imunidade portuguesa, descoberto no Brasil, o Director do CNANS, FRANCISCO ALVES, cita o caso dos despojos *Juno* e *La Galga* para aduzir que as iniciativas relacionadas com o princípio da imunidade soberana dos navios de guerra e de Estado devem ser assumidas “a contragosto”. Até sugere que o Estado português proclame a intenção de “oferecer” os espólios aos Estados costeiros, onde tenha ocorrido a descoberta, reclamando, “apenas reclamando a partilha do seu estudo”. Cf. Informação CNANS 2002/241, de 23 de Agosto.

<sup>100</sup> Para maior pormenor, cf. JL BONIFÁCIO RAMOS, “O Navio...” in op. cit, p. 477.

Todavia, embora a República Francesa tenha manifestado disponibilidade em celebrar um Acordo bilateral com a República Portuguesa, no sentido de ajudar a preservar o despojo e tal orientação ter obtido anuência por parte do MNE<sup>101</sup>, foram suscitadas sucessivas dificuldades por parte do departamento de arqueologia subaquática, dependente do Ministério da Cultura<sup>102</sup>. Aliás, num significativo memorando, o Director do IGESPAR despachou no sentido de considerar que o despojo era “uma realidade virtual” e que a pesquisa do despojo sequer representaria uma prioridade nacional<sup>103</sup>. Quando bem se sabia da existência de diversas empresas privadas com interesse no despojo da nau de S. Bartolomeu e a única entidade que pretendia desvalorizar o assunto era, afinal, o Estado português.

Contudo, infelizmente, o desinteresse sequer se restringe aos despojos situados em águas portuguesas ou francesas. Pois que, em 2002, foi pedida autorização ao Ministério da Cultura, relativamente a objectos oriundos de um despojo de uma nau localizada junto à ilha de Moçambique, pertencente à Carreira das Índias. Se tal pedido teve por propósito a tentativa de realizar um leilão de bens recuperados de meio subaquático, sem autorização ou acompanhamento das autoridades portuguesas e, por isso, se entende o indeferimento, não se compreende o que sucedeu depois. Na verdade, após a sugestão de promover a negociação de um Acordo entre a República Portuguesa e a República de Moçambique, tendo em conta o avultado património subaquático, abrangido pela imunidade soberana portuguesa, situado nas costas moçambicanas. Embora tenha obtido anuência por parte do Ministro da Cultura<sup>104</sup>, o despacho não obteve resposta por parte do Ministério dos Negócios Estrangeiros.

Vejamos ainda o caso do despojo da nau Bom Jesus, naufragada em 1530, junto à costa africana, cujos vestígios terão sido encontrados, enterrados na areia, de modo fortuito, em 2008, em território da actual República da Namíbia. Efectivamente, ainda nesse mesmo ano, um arqueólogo sul-africano comunicou ao Consulado português da cidade do Cabo a descoberta do despojo, de origem portuguesa tal era a inusitada quantidade de moedas, astrolábios e canhões que ilustravam, sem margem para dúvida, a sua proveniência. Subsequentemente, em face da repercussão pública que o assunto mereceu, dado tratar-se da mais relevante descoberta arqueológica da África subsariana ou, ainda, do tesouro mais importante encontrado em África, com exclusão do

<sup>101</sup> Cf. Parecer do Departamento de Assuntos Jurídicos do MNE de 7 de Julho de 2008, enviado pelo Gabinete do Ministro, no dia subsequente, ao Ministério da Cultura.

<sup>102</sup> Cf. Informação CNANS 2003/314 de 29 de Outubro.

<sup>103</sup> Cf. Despacho do Director do IGESPAR de 4 de Agosto de 2010.

<sup>104</sup> Cf. Despacho do Ministro da Cultura, Pedro Roseta, de 26 de Dezembro de 2003.

Vale dos Reis (Egipto), ocorreu apenas nessa altura o envio de representantes portugueses à Namíbia, no intuito de participarem numa reunião de *stakeholders*<sup>105</sup>. Todavia, a partir daí, não se compreende ou sequer se aceita a atitude desta delegação. Aliás, importa recordar que antes da dita reunião, as autoridades namibianas haviam qualificado o despojo descoberto como património comum dos dois países<sup>106</sup>. Todavia, de modo surpreendente, ou talvez não, se tivermos em conta os anteriores sinais de postura demissionária, a representação portuguesa declara que o interesse do Estado português não é a posse dos vestígios, na qualidade de Estado de bandeira, mas, apenas, a mera colaboração na salvaguarda daqueles objectos<sup>107</sup>. Quando, é bom notar, a origem portuguesa do navio sequer levantava dúvidas<sup>108</sup>, como também as não suscitava a qualificação de navio de guerra ou de Estado<sup>109</sup>. Compreende-se, portanto, que as autoridades namibianas tenham agradecido a “generosa oferta do Governo português”, conforme expresso numa acta da reunião havida. O que não se compreende é a atitude chocantemente lesiva das autoridades portuguesas, ao arrepio dos princípios e de regras da Convenção da UNESCO, atinentes à preservação do património cultural subaquático, que tão lealmente havia aprovado e ratificado.

Já que aludimos a atitudes lesivas, para não dizer criminosas no que respeita ao património cultural subaquático, tanto aquele o abrangido pela imunidade, como todo o outro que se situa em águas sob nossa jurisdição, tendo em conta a deficiente fiscalização, evidenciada na recolha do despojo *Nuestra Señora de las Mercedes*, temos ainda de aludir à inacreditável imutabilidade da legislação interna portuguesa, após a aprovação, ratificação e subsequente entrada em vigor da Convenção da UNESCO de 2001. Ou seja, se a legislação portuguesa, em especial o Decreto-Lei n.º 164/97 de 27 de Junho, relativo à actividade arqueológica em meio subaquático é claramente datado, anquilosado e contraditório, em finais dos anos noventa, como pensamos ter demonstrado em escrito anterior<sup>110</sup>, pior fica após a entrada em vigor da Convenção da

<sup>105</sup> A reunião de *stakeholders*, realizou-se em Oranjemund, na Namíbia, nos dias 21 e 22 de Agosto de 2008

<sup>106</sup> Cf. FRANCISCO ALVES, *O Navio Português do Século XVI de Oranjemund, Namíbia: Relatório das Missões de 2008 e 2009*, Lisboa, 2009, p. 11

<sup>107</sup> Cf. FRANCISCO ALVES, *O Navio...* in op. cit., pp. 14-5.

<sup>108</sup> Cf. SHADRECK CHIRIKURE, ASHTON SINAMAI, ESTHER GOAGOSSES, MARINA MUBUSISI, e W NDORO, “Maritime Archaeology and Trans-Oceanic Trade. A Case Study of the Oranjemund Shipwreck Cargo, Namibia” in *Journal of Maritime Archaeology*, n.º 5, 2010, pp. 37 e segs.

<sup>109</sup> O próprio FRANCISCO ALVES reconhece esse decisivo aspecto no seu relatório, cf. “O Navio...” in op. cit., p. 45.

<sup>110</sup> JL BONIFÁCIO RAMOS, *O Achamento...* op. cit., pp. 785 e segs.

UNESCO ocorrida em janeiro de 2009. Na verdade, sem pretender esgotar um debate, que merece, sem dúvida alguma, outro estudo de maior fôlego, deixaremos, em guias de tópicos, para futura reflexão, duas questões.

A primeira incide sobre o conteúdo do enigmático artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 164/97, sob epígrafe “Propriedade do Estado”. Sobretudo, porque o preceito determina que o património cultural subaquático sem proprietário conhecido ou aquele que não for recuperado pelo respectivo proprietário, dentro do prazo de cinco anos, se integra na propriedade do Estado. Sem mais elucubrações, perguntaremos o seguinte: será isso compatível com a imunidade dos navios de guerra e de Estado, reconhecida pelo Direito Internacional e pela Convenção da UNESCO? Mais! Como compatibilizar tal errónea declaração, em face do despojo de *Nuestra Señora de las Mercedes*, localizado em águas sob jurisdição portuguesa? Ou será que tal prescrição normativa é, apenas, uma singela proclamação, de nula consequência, dada a atitude omissiva e o reiterado desleixo do Estado português?

A segunda respeita ao regime das recompensas, previsto nos artigos 16.º e seguintes do supra-citado Decreto-Lei. Dado que o n.º 1 do artigo 17.º atribui uma quantia monetária ao descobridor, impropriamente designado por achador, relativamente a um bem cultural que venha a ser inventariado. Porém, o artigo 3.º, subordinado à epígrafe “inventariação”, prescreve que os bens culturais subaquáticos só serão inventariados quando o seu relevante interesse histórico, artístico ou científico mereça especial protecção. Em suma, a atribuição de recompensa não abrange todos os bens culturais subaquáticos, mas respeita apenas aos bens inventariados. Por isso, um outro preceito, o n.º 3 do artigo 14.º, reconhece a possibilidade de a tutela não se pronunciar pelo valor de um determinado bem subaquático ou de o Ministério da Cultura não homologar a proposta de inventariação. Contudo, as dificuldades não ficam por aqui, Devemos sublinhar que o Decreto-Lei n.º 164/97 apenas revoga, de modo expresso, o Decreto-Lei n.º 289/93, convivendo com outros importantes diplomas, designadamente com o Regulamento Geral das Capitánias<sup>111</sup> e o Regulamento das Alfândegas<sup>112</sup> que, por seu turno, consagram preceitos relativos à aquisição de bens subaquáticos de interesse científico. Também por isso insistimos na pergunta: não será importante aprovar um novo regime de protecção do património cultural subaquático? Um outro regime que, não apenas compatibilize dispositivos conflituantes, mas, sobretudo, que adegue o direito

<sup>111</sup> Cf. Decreto-Lei n.º 265/72 de 31 de Julho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 370/2007 de 6 de Novembro.

<sup>112</sup> Cf. Decreto n.º 31730 de 15 de Dezembro de 1941, alterado, ainda recentemente, pela Lei n.º 66-B/2012 de 31 de Dezembro.

interno em face do articulado vigente da Convenção da UNESCO, que, por obra do acaso, foi aprovada e ratificada por Portugal. Será pedir muito? Sobre-tudo, quando o debate e o trabalho legislativo acerca das consequências no respectivo direito interno, após a ratificação da Convenção da UNESCO de 2001, se encontra, noutros países, na ordem do dia<sup>113</sup>?

## 6. Conclusões

Reflectimos, num primeiro momento, acerca da importância e do relevo do património cultural subaquático, tendo em conta a especificidade do meio onde se insere que, muito naturalmente, não apenas o limita e o condiciona, mas lhe confere importante capacidade de conservação. Por isso, tem sido entendido como verdadeira cápsula do tempo ou como uma nova Pompeia. Procurámos ainda compreender as tentativas de proteger aquele importante património, numa perspectiva de Direito interno, como de Direito Internacional.

Por causa da entrada em vigor da Convenção da UNESCO de 2001, houve que apreciar, com mais cuidado, a noção de património cultural subaquático, a preservação *in situ*, a imunidade soberana e as relações entre o despojo subaquático e outros regimes jurídicos. Também se considerou relevante atribuir especial atenção à problemática dos Acordos entre Estados com origem muito anterior à aprovação da Convenção da UNESCO. Daí ter sido enfatizado, pelo respectivo articulado, enquanto via, muitíssimo relevante, no sentido de contribuir para preservar os bens culturais subaquáticos. Depois da entrada em vigor da Convenção, suscita-se, muito naturalmente, o interesse em apreciar a actuação dos diversos Estados que a aprovaram e ratificaram. Porém, dada a dificuldade de apreciar mais de meia centena de ordenamentos jurídicos, bem como a actuação concreta dos Estados, antes e depois da entrada em vigor da Con-

<sup>113</sup> Em Espanha o assunto tem merecido um amplo debate doutrinário. A esse propósito Cf. ELSA GONZÁLEZ, *La Protección...* op. cit., pp. 29 e segs; Em Itália, até se avançou mais. Se a ratificação italiana é posterior, as alterações legislativas sucederam-se, após a aprovação da Convenção da UNESCO. Por um lado, o Decreto Legislativo n.º 41 de 22 de Janeiro de 2004, que aprovou o *Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, faz várias expressas referências ao património cultural subaquático, de modo coerente e compatível com as prescrições da Convenção da UNESCO de 2001. Por outro, a Lei n.º 157 de 23 de Outubro de 2009, que autoriza o Presidente da República a ratificar a Convenção da UNESCO, consagra diversas prescrições relativas à descoberta e pesquisa de bens culturais subaquáticos, imediatamente aplicáveis no Direito interno italiano. Sobre isso, Cf Guido Camardo, *Convenzione sul Patrimonio Culturale Subacqueo e Normativa Interna di Adeguamento* in *Scritti in Onore di Francesco Berlinguer*, Vol I, Gênova, 2010, pp. 247 e segs.

venção, escolhemos o caso espanhol e o caso português, enquanto exemplos diferenciadores da política de preservação do património cultural subaquático.

Como vimos, se o Estado espanhol, além de reflectir nas alterações a introduzir no respectivo Direito interno, tem insistido no reconhecimento da imunidade soberana dos despojos localizados em águas sob jurisdição de outros Estados, através da celebração de Acordos Bilaterais ou, inclusivamente, por meio da reivindicação junto das instâncias judiciais competentes. O Estado português manifesta uma preocupante e criminoso atitude de apatia e desleixo, pautada por uma conduta omissa e demissionária. Omissa no que respeita, sobretudo, à inalterabilidade do Direito interno, após ter ratificado a Convenção há, precisamente, dez anos. Demissionária no que respeita à inacção quanto à celebração de Acordos com Estados terceiros e, sobretudo, em sede de descoberta de despojos, nos quatro cantos do Mundo, abrangidos pela imunidade soberana portuguesa. Na verdade, se existe área onde o Ministério Público deve actuar, depois de meritória atitude na preservação dos quadros de Miró, é, exactamente, na efectiva protecção do património cultural subaquático português.

20 de Junho de 2016



# Etiam si omnes, ego... et tu.... non: o jurista perante o poder

PROF. DOUTOR FRANCISCO AGUILAR\*

SUMÁRIO: *Introdução. 1. O dever geral de desobediência ao torto: 1.1. Precisam os homens da segunda parte da segunda lei da robótica?; 1.2. A natureza humana e o poder como confortável “fonte da verdade e da justiça”; 1.3. O aproveitamento da natureza humana pelo poder: a cenoura da contrapartida e a robotização do homem. 2. Necessidade moral e jurídica do cientista do Direito como defensor da ideia de Direito: 2.1. Consequências: 2.1.1. Em especial, o cientista do Direito perante o poder científico; 2.1.2. Em especial, o cientista do Direito perante o poder político: 2.1.2.1. Rejeição da assepticidade axiológica; 2.1.2.2. O dever especial de desobediência ao torto; 2.1.3. Em especial, o cientista do Direito perante o poder jurisdicional e, conseqüentemente, o económico; Excurso: o “crime da dogmática do crime”; 2.1.4. Em especial, o cientista do Direito perante a sociedade. Considerações finais.*

## Introdução

Falar em cientista do Direito faz-nos cogitar imediatamente na assepticidade do demandado objectivismo das *Naturwissenschaften*. O cientista do Direito, na lógica da reprodução desse pensamento, deveria na “mesa de anatomia” da Faculdade de Direito fazer as vezes do cirurgião, realizando exames descritivos, e apenas descritivos, daquilo que o legislador “apresentasse” como Direito. O cientista do Direito, positivisticamente completamente arredado que estaria da filosofia do Direito na sua demanda metodológica de solução do caso concreto, pouco acrescentaria, assim, a um teórico do Direito, isto porque, autolimitando-se ao formalismo de uma interpretação dita literal da lei, que verdadeiro sinónimo de Direito seria, pouco mais teria a acrescentar do que procurar traduzir em conceitos e quadros lógicos o Direito criado pela von-

\* Professor auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

tade do legislador. O cientista do Direito, deste modo, serviria duplamente o legislador. À uma, ensinando a sua vontade e, à duas, dando-lhe um tratamento científico atestador, com a sapiência da sua proveniência, de juridicidade à mesma. O Direito deveria ser a lei e esta, por sua vez, deveria ser formalmente “aplicada” e descrita. O cientista do Direito positivista, assim axiologicamente desvinculado, seria burocratizado e limitar-se-ia a ser o primeiro serventuário do poder, como uma espécie de tradutor da lei ou de dicionário da lei ou de enciclopédia ambulante de decisões jurisdicionais.

Mas este estado de coisas conduz a uma insustentável antinomia, porquanto questiona a liberdade como o ponto de partida que é pressuposto pela respeitabilidade das suas proposições jurídicas. No essencial, o cientista do Direito limita-se, então, a dizer e a escrever não aquilo que verdadeiramente pensa como correspondente à verdade e à justiça mas aquilo que querem que digam e que escreva como supostamente verdadeiro e justo. Por concordância ou por medo. Por lucro ou por sobrevivência. Com o que, acabará, em última análise, por ser a sua credibilidade que é posta em causa, no próprio momento e na posteridade.

Esclareça-se, por fim, que no presente estudo indistintamente designamos o cientista do Direito como jurista e admitimos mesmo que, muito provavelmente, seja esta última expressão a preferível para referi-lo, à uma porque contém a raiz latina do Direito (*jus*), que à lei (*lex*) deve ser contrapositivamente contraposto, à duas, porque, evita as oitocentistas associações, por reminiscência, com o positivismo científico jus-natural e filosófico do séc. XIX, as quais alimentaram o positivismo jurídico, e à três para evitar a confusão com a contemporânea divinização das ciências naturais e da tecnologia, também elas propiciadoras de um entendimento asséptico do Direito. Por isso optámos por utilizar a palavra jurista no título do presente escrito, ao invés da expressão cientista do Direito que começámos por cogitar para esse efeito. Mas trata-se, em todo o caso, da mesma realidade.

## 1. O dever geral de desobediência ao torto

### 1.1. *Precisam os homens da segunda parte da segunda lei da robótica?*

I – De entre a vasta obra literária de Asimov, designadamente na de ficção científica e, ainda mais especificamente, na infindável problematização dos seres humanos e dos robots em torno da moral, começou o próprio Autor por destacar os nove contos que juntou, com o cimento de uma introdução, no

seu *I Robot*<sup>1</sup>. Na verdade, apesar de à partida tão insuspeitamente anódina, por se tratar da criação de máquinas destinadas a servir o homem, as relações das máquinas, como criaturas humanas, com o seu criador (o homem)<sup>2</sup> constitui um dos temas de referência da literatura de ficção científica. Ora, a escrita que Asimov foi dedicando aos problemas filosóficos, morais e sociais do futuro da interacção do homem com os robots revela um natural desenvolvimento daquilo que sempre pareceu natural ao autor naturalizado norte-americano: que os robots viessem a ser programados com regras de comportamento<sup>3</sup> que replicassem a decência humana de um homem moralmente bom. Essas leis da robótica foram, desde cedo, surgindo nos escritos individuais de Asimov, apenas mais tarde tendo vindo a ser, enquanto tal, expressamente nominadas<sup>4</sup>. Para efeito da presente reflexão, centremo-nos na segunda lei da robótica, a qual obriga, contudo, por remissão, a aludir à primeira: os nucleares deveres negativo e positivo de salvaguarda de um ser humano a que se encontram adscritos os robots (1.ª lei)<sup>5</sup> e a obediência às ordens dos seres humanos a que os mesmos se encontram obrigados, exceptuada apenas em caso de conflito com a primeira lei (2.ª lei)<sup>6</sup>. A excepção da segunda parte da segunda lei, resultante da tradicionalmente entendida colisão entre as duas primeiras leis, conduziria a uma ponderação de laboratório, porventura demasiado difícil para a tomada de decisão dos robots, daí a sua pré-programação: em caso de o cumprimento de uma ordem conduzir, propositadamente ou não, à postergação da primeira lei, a qual das leis da robótica deveriam os autómatos atender? Asimov responde com a excepção à segunda lei da programação robótica: o dever de obediência (primeira parte da segunda lei) cessa, quando comprometa os deveres negativo e positivo de protecção da integridade humana (primeira lei).

<sup>1</sup> Integrante precisamente da chamada *Robot series* de contos e romances que o Autor dedicou à temática referida no texto principal.

<sup>2</sup> Directamente e mais tarde, indirectamente, com o próprio robot a assumir esse demiurgo papel.

<sup>3</sup> E isto pode mesmo verificar-se tanto nos escritos iniciais em que se tratava fundamentalmente de regras de salvaguarda integradas no matemático cérebro dos robots [v. ASIMOV, «Runaround», *I Robot*, London, 2013 [original norte-americano de 1950], p. 44], como na natural evolução do pensamento do Autor para a consideração do problema como um problema moral, ou pelo menos ético, à medida que a inteligência geral dos robots alcançou ou ultrapassou mesmo a dos seres humanos (o que ASIMOV trataria em *Caves of steel*, publicado em livro em 1954).

<sup>4</sup> Precisamente no conto «Runaround» (v. ASIMOV, *I Robot*, obra citada, 2013, p. 44).

<sup>5</sup> “Um robot não deve ferir um ser humano ou, através de inacção, permitir o ferimento de um ser humano” (v. ASIMOV, *I Robot*, obra citada, 2013, p. 44).

<sup>6</sup> “Um robot deve obedecer às ordens que lhe sejam dadas por seres humanos, excepto quando tais ordens conflituem com a primeira lei” (v. ASIMOV, *I Robot*, obra citada, 2013, p. 44).

II – Os robots de Asimov precisam desta excepção à segunda lei, por três razões cumulativas: porque nos escritos iniciais de Asimov não têm nesta matéria autonomia decisória, porque não são seres humanos, isto é, não compartilham a pertença à nossa espécie e porque têm conhecimento disso mesmo<sup>7</sup>. Com a excepção à segunda lei, Asimov opera a ponderação moral e jurídica próprias do ser humano e (pré-) integra na razão prática dos andróides o humanamente desejado moral critério de conduta. Sublinhe-se, tão-somente, que esta excepção à segunda lei pressupõe naturalmente a aceitação das duas primeiras leis e respectivos pressupostos (as razões que indicámos) pelos referidos pensadores binários: faltando o respeito por elas naturalmente que ficaria, desde logo, em aberto um qualquer tipo de revolta e libertação andróide perante o ser humano<sup>8-9</sup>.

III – Ora, impõe-se, então, responder à questão colocada, tarefa que não se afigura muito difícil. Os seres humanos não precisam da excepção da segunda parte da lei de Asimov, pela mesma razão de não precisarem da primeira lei da robótica: porquanto aqueles nucleares deveres negativo e positivo de protecção da integridade humana, designadamente de outras vidas humanas já estão marcados no “código genético” dos culturais moral e Direito humanos – densificados na ideia de Direito da igualdade de todos na indestrinçável humanidade comum – e aquela ponderação, por sua vez e conseqüentemente, não é senão a ponderação exigida moral e juridicamente ao homem. Escrevemos juridicamente, porquanto, qualquer dever jurídico pressupõe um dever moral ao qual

<sup>7</sup> É uma lei implícita.

<sup>8</sup> Tema muito explorado pela ficção científica, incluindo pelo próprio Asimov, mas que aqui representa a conta de um outro rosário.

<sup>9</sup> Embora as subtilezas da interpretação pudessem levar os robots a entender a primeira lei no sentido de esta proteger a humanidade mais abstractamente considerada e de, perante esta, eles serem mais importantes do que um mais concretizado ser humano [v. ASIMOV, «The evitable conflict», *I Robot*, London, 2013 [original norte-americano de 1950], pp. 242 e ss.].

Diferente é, em rigor, a questão da lei zero da robótica, segundo a qual um robot não deve lesar a humanidade ou, através de inacção, permitir a lesão da humanidade, a qual o Autor muito mais tarde criaria [efectivamente, ela surge, muito mais recentemente, no *Robots and empire* de 1985], não já como interpretação da lei um, mas antes como autonomizada e cumulativa lei em face das três primeiras leis da robótica: esta lei zero (de protecção da humanidade mais abstractamente considerada por omissão e por acção que reproduz no mais abstracto plano da humanidade a lei um, mais concretizadamente protectora de cada ser humano individualmente considerado), tendo prioridade sobre todas as outras por ordem decrescente de importância, prevaleceria inclusive em face da lei um, assim permitindo a um robot atacar um específico ser humano para protecção da humanidade.

acresce<sup>10</sup>, em última análise tradutor da ideia de Direito da igualdade de todos na indestrinçável humanidade comum. Em suma, diríamos que os deveres de protecção jurídica dos bens jurídicos imprescindíveis à realização de todos em sociedade e, em rigor, e em última análise, a própria ideia de Direito, que estes observam e traduzem, conduzem a um *dever de ponderação moral e jurídica dos bens postos em causa perante a ordem conflituante*, ponderação essa em que a ordem, por si só, cede<sup>11</sup>.

Com efeito, essa ponderação com prevalência da integridade humana, *maxime* da vida humana sobre a obediência a uma ordem conflituante é, para os homens, natural, resumindo-se à decisão prática do comportamento humano, a qual não pode senão deixar de ser juridicamente intersubjectivamente guiada de acordo com o pensamento de um homem moralmente orientado. O homem é capaz de realizar essa ponderação e a ela está moral e juridicamente obrigado, em cumprimento dos deveres de protecção dos bens essenciais à vida em comunidade e, em última análise, da (moral) ideia de Direito da igualdade de todos na indestrinçável humanidade comum que os anima. Essa ponderação faz parte do processo decisório humano e deve conduzir à axiológica correspondência analógica ao cumprimento dos deveres de respeito negativo e positivo da humanidade comum plasmada, desde logo, na vida de um outro ser humano. Isto implica, naturalmente, exigir de cada homem um esforço de superação dos defeitos morais da sua natureza, como veremos. O que não é, porém, exigir demais<sup>12</sup>. Termos em que se afirma um *dever moral e jurídico geral*

<sup>10</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos ditos neutros na cumplicidade*, Lisboa, 2014, a Introdução e § 13; IDEM, *A norma do caso como norma no caso, Sobre a prático-axiológica natureza da intersubjectiva realização (unitária) do Direito*, Coimbra, 2016, § 3.

<sup>11</sup> O que, em princípio, apenas não sucederá caso esteja em causa, do lado da ordem, a salvaguarda de bens jurídicos que revelem ser, no significado da contextualizada concretude do caso, superiores aos bens jurídicos cujo sacrifício o cumprimento da ordem implique. Mas claro está que, nesse caso, não se tratará já da mera consideração da obediência.

<sup>12</sup> Ali onde o ilícito a que a obediência conduz for negligente, importará saber, no entanto, se todas as diligências intersubjectivamente razoáveis ao caso para aferição da possível iniquidade da ordem foram adoptadas.

Para além disso, note-se que o desconhecimento do crime implicado no cumprimento da ordem conduz a uma causa de ausência de culpa (artigo 37.º do Código Penal): o comportamento é, então, ilícito, isto é, juridicamente inadmissível mas o agente não é censurável. Mas isto mesmo só sucede, quando o ilícito em questão não seja intersubjectivamente evidente, o que implica que o agente seja punido ali onde os bens jurídicos sejam imprescindíveis à vida do homem em sociedade (*v.g.*, vida, integridade pessoal, bom nome e liberdade, em todas as suas dimensões, incluindo a de consciência). Finalmente, no caso específico da cumplicidade, a consequência do receio de despedimento por ausência de cumprimento de uma ordem que conduz a um crime de cumplicidade (sobre, esta questão, v. FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos...*, obra citada, 2014,

*de desobediência à lei e à ordem injustas*<sup>13</sup>. O desobedecido não é, em tal caso, Direito mas torto, pelo que se pode afirmar que o dever de desobediência à lei injusta consubstancia, verdadeiramente, um moral e jurídico *dever geral de desobediência ao torto* e à ideia de torto em que o mesmo assente. Com efeito, não são normas jurídicas mas elas próprias torto todas as demandas de normação dirigidas na sua função prática ao cidadão comum ou ao funcionário público *lato sensu* e, em todo o caso, na sua função judicativa ao decisor, no sentido da preferência, naquela ponderação, à obediência ao injusto<sup>14</sup>. Na realidade, o dever geral de desobediência ao torto funda-se no cumprimento da (legítima) norma, do (verdadeiro) Direito, que o torto pretendia afastar, em última análise, portanto, na defesa da ideia de Direito, pelo que concluímos que, ironicamente, é *o dever geral de obediência ao (axiologicamente legítimo e, portanto, verdadeiro) Direito e à sua ideia* que fundamenta o dever de desobediência ao torto. O dever geral de desobediência ao torto é moral e jurídico, porquanto respeita, na sua nuclearidade, como vemos, à defesa da ideia (moral) de Direito. E é geral, porque se dirige a todos, ao cidadão (comum). Acrescente-se apenas que o dever geral de desobediência ao torto, resultante do dever geral de obediência ao Direito, que para todos resulta da ideia de Direito, implica sempre a permissão, perante o Direito e a sua axiologicamente impregnada (moral) ideia, de desobediência ao torto, a qual o é em sentido fraco, ou seja, não alternativa. Como exemplos inequívocos de cumprimento de este dever de desobediência ao injusto, na ficção e na realidade, poderemos lembrar a “clássica” violação da proibição de

§§ 10 e 16) poderá, apenas em certos casos e em crimes menos graves, conduzir a uma repercussão no “quantum” da pena beneficiadora do arguido (v. FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos...*, obra citada, 2014, § 16).

<sup>13</sup> Dever este que ultrapassa a mera possibilidade de desobediência que resulta da recusa de validade dessas leis em caso de injusto extremo [v. GUSTAV RADBRUCH, «Fünf Minuten Rechtsphilosophie» [original de 1945], *Rechtsphilosophie*<sup>2</sup>, *Studiensausgabe*, Heidelberg, 2003, p. 210; IDEM, em particular sobre o injusto extremo, «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht», *SJZ*, 1946, pp. 105 e ss., sobretudo p. 107].

<sup>14</sup> O torto dos preceitos demandantes, directa ou indirectamente, de proibição de desobediência ao injusto é apenas evitável por uma interpretação (necessariamente em conformidade com a ideia de Direito) que necessariamente deverá restringir o escopo programático dos primeiros à mera imoralidade subjectiva (o eu comigo ou o eu com Deus) ou ao desrespeito de meras práticas de trato social (não verdadeiramente lesivas do outro, por conseguinte) que a obediência implicasse. *V.g.*, é o caso, desde logo, da mais genérica previsão do artigo 8.º/2 do Código Civil, a qual conduz ao torto, e portanto não norma, apenas quando o cumprimento da demandada normação inicial conduza a uma intersubjectivamente verdadeiramente percebida situação de injustiça, isto é, de imoralidade no (intersubjectivo) sentido de lesiva do outro [sobre esta questão, v. FRANCISCO AGUILAR, *A norma do caso...*, obra citada, 2016, § 12].

*O Direito* 149.º (2017), I, 91-115

Creonte por Antígona<sup>15</sup> e a violação da proibição do governo de Salazar por Aristides de Sousa Mendes<sup>16</sup>.

### 1.2. *A natureza humana e o poder como confortável e/ou interesseira “fonte da verdade e da justiça”*

I – A natureza humana, *egoísta* como filosoficamente evidenciado<sup>17</sup>, apresenta, no contexto da presente análise, duas características essenciais, que poderemos classificar como defeitos estruturais: a *credulidade perante a autoridade* e a *obediência cega ao poder*. Perante elas, o poder facilmente se insinua como tendencial fonte de verdade e de justiça.

II – Quanto à *credulidade perante a autoridade*, seja ela de que natureza for, ela verifica-se, não obstante a capacidade humana de questionar e indagar metodicamente pela verdade em qualquer problema que se lhe coloque. É que o ser humano apresenta como característica indelével a *preguiça intelectual*. Como pensar implica um esforço intelectual, o homem tende a preferir, sobretudo quando não esteja em causa um seu interesse essencial, o não-exercício da sua natureza pensante, o que o leva a aceitar aquilo que é afirmado pelo poder

<sup>15</sup> O édito de Creonte, novo rei de Tebas, proibia cerimónias fúnebres a Polinices e mesmo o mero lamento pela sua morte, por considerar que este, ao contestar através de uma guerra civil a usurpação resultante da quebra do pacto de exercício alternado de poder pelo seu irmão Etéocles, tinha levantado armas contra Tebas e, por isso, dos dois irmãos mortos em combate, apenas Etéocles, por ser formalmente o rei de Tebas, merecia honras fúnebres, devendo o cadáver de Polinices permanecer no local da batalha quedando insepulto de modo a que o seu corpo, sendo devorado por cães e aves de rapina, se tornasse num espectáculo vergonhoso [v. SÓFOCLES, *Antígona*<sup>9</sup>, Lisboa, 2010 [original grego de cerca de 442 a.C.], *in passim*, sobretudo p. 48, linhas 21 a 29, pp. 55-56, linhas 193 a 208].

<sup>16</sup> A circular 14, de 11 de Novembro de 1939, do Ministério dos Negócios Estrangeiros, emitida pouco mais de dois meses após o início da Segunda Grande Guerra, proibia aos cônsules de quarta classe, em qualquer circunstância, a concessão de vistos consulares sem prévia consulta à Secretaria de Estado e aos cônsules de carreira (era o caso de Aristide de Sousa Mendes) proibia, em algumas hipóteses, a concessão de vistos consulares sem autorização do Ministério dos Negócios Estrangeiros. Os vistos não deviam especificamente ser emitidos, *v.g.*, quanto a quem apresentasse sinais de não poder regressar livremente ao seu país de proveniência [artigo 2.º/alínea b)], a judeus expulsos do país da sua nacionalidade ou daqueles de onde proviessem [artigo 2.º alínea c)] ou a quem, pretendendo apenas o trânsito por Portugal, não tivesse o visto para o país de destino ou bilhete de passagem aérea ou garantia de embarque das Companhias de transporte [artigo 2.º/alínea d)].  
<sup>17</sup> *V.g.*, THOMAS MORE, *Utopia*, London, 2012 [original latim de 1516], *in passim*; HOBBS, *Leviatã*<sup>2</sup>, ou *matéria forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*, Lisboa, 1999 [tradução do original inglês de 1651], *in passim*, sobretudo primeira parte, designadamente, capítulos XIII a XV.

como verdade. No caso do poder político, veja-se como, se, no passado, assentava a legitimidade da sua unção na “verdade religiosa”, invoca hoje, a par aliás do poder económico, a (actualmente) sacrossanta “verdade científica”, *rectius*, verdade das ciências naturais. O carimbo da ciência é, com efeito, hodiernamente, suficiente para fundar a fé na verdade e dispensar um juízo crítico quanto à correspondente proposição científica, desde logo um juízo questionador da idoneidade e da imparcialidade daquilo que é cientificamente afirmado.

III – O mesmo se diga da *obediência cega ao poder*. Ela é particularmente grave, quando ocorre perante o poder político atendendo às consequências que o mesmo pode implicar para os atingidos pelas consequências daquilo que ele pretende determinar como jurídico.

Desde que ela o não prejudique, o homem aceita tendencialmente cumprir qualquer ordem proveniente do poder instituído, preferindo ver na mesma reflectida a sapiência e a não-iniquidade que atribui à autoridade que a emanou. Constituem a argamassa deste *egoísmo moral* a *preguiça moral*, a *cobardia moral*, a *indiferença moral* e o *maior distanciamento moral* em face da consequência lesiva que conduzem à obediência cega perante a ordem. É que também o testar da conformidade do conteúdo, em particular do comando ou da proibição, com a igualdade como ideia de Direito, quando não respeitar a um bem de importância capital implica um esforço, desta vez, moral, que o ser humano pode, infelizmente, dispensar se utilitariamente ele não lhe disser respeito. Por sua vez, sempre que estejam em causa situações mais graves – aquelas que, mesmo sem esforço, despertam aquilo que poderemos apelidar de *alarme moral interior da humanidade comum* –, entra em acção a cobardia moral, o contra-axiológico assobiar para o lado, o, adaptando, *mutatis mutandis*, a feliz expressão de Churchill, ir alimentando o crocodilo na esperança de ser o último a, por ele, ser devorado<sup>18</sup>. E, em um ou outro caso, em situações menos graves ou mais graves portanto, em alternativa pode verificar-se a pura e simples indiferença moral. À preguiça moral, à cobardia moral e à indiferença moral há ainda a acrescentar, não inteiramente estanque das categorias anteriores antes revelando uma natureza de parcial sobreposição em face delas, o *maior distanciamento moral* relativamente ao cometimento indirecto do mal – a lesão – sobre o bem jurídico, seja pela simples interposição de uma outra pessoa plenamente responsável cau-

<sup>18</sup> “Each one hopes that if he feeds the crocodile enough, the crocodile will eat him last. All of them hope that the storm will pass before their turn comes to be devored. But I fear greatly that the storm will not pass. It will rage and it will roar even more loudly, even more widely” (1940, January 21, New York Times, Text of Churchill’s Speech on War Prospects, Quote, page 30, Column 4, New York).

sadora do directo ataque ao bem jurídico incorporador do contributo lesivo do homem-de-trás (*v.g.*, a questão da responsabilidade no mundo empresarial dos accionistas pelos actos dos dirigentes da empresa e destes pela actuação dos seus subordinados ou, em geral, a demanda pela economia da automática impunidade jurídica na cumplicidade por comportamentos ditos neutros)<sup>19</sup>, seja pela diminuição do peso relativo da intervenção de cada pessoa, fruto da divisão de trabalho a partir da sociedade industrial, no resultado final relativo à um qualquer processo de produção complexo, o que conduz à distinção existencialista entre o agir e o fazer e à tentação de não incluir neste último domínio – o do fazer – de um juízo reflexivo, em última análise moral<sup>20</sup>, que é, recorde-se, pressuposto do juízo jurídico<sup>21</sup>, seja, finalmente, pelo transversal *rechnende Denken* que metastiza todas as dimensões do homem na era da tecnologia<sup>22</sup>. Este maior distanciamento moral é, no fundo, a dimensão precisamente moral, passe o pleonasma, do ditado alemão *aus dem Augen, aus dem Sinn*.

Começámos por escrever desde que não o atinja, mas bom é de ver, que esta última característica da obediência cega ao poder se encontra naturalmente presente, por maioria de razão, quando o egoísmo do cumprimento da ordem beneficiar o próprio agente.

### 1.3. **O aproveitamento da natureza humana pelo poder: a cenoura da contrapartida e a robotização do homem**

I – Os poderes, político e fáctico, sabem que o homem não carece da referida lei da robótica. Mas conhecem aqueles defeitos morais e é por causa deles que o poder se aproveita da natureza humana: para instrumentalizar o homem. É indubitavelmente esse o caso da apresentação de uma contrapartida, de uma vantagem, para o cumprimento do torto: *v.g.*, a conveniente oferenda, pelo poder político, de um benefício psicológico como um bode expiatório colectivo (*v.g.*, o judeu como culpado de todos os males, da perda da primeira grande guerra, à exploração do capitalismo, ao tentado à liberdade do comunismo, à peste negra, aos invernos mais rigorosos, às secas, às más colheitas, aos terramotos, etc., etc., etc.), sobretudo se o poder político o estender a um benefício

<sup>19</sup> Sobre este último ponto exemplificado, v. FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos...*, obra citada, 2014, *in passim*, sobretudo §§ 4 e 16.

<sup>20</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos...*, obra citada, 2014, §§ 13 e 16.

<sup>21</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos...*, obra citada, 2014, §§ 13 e 16; IDEM, *A norma do caso...*, obra citada, 2016, §§ 3 e 10.

<sup>22</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos...*, obra citada, 2014, § 16.

profissional e/ou económico, ainda que indirecto, por decorrente da ilegítima destrinça na humanidade comum [v.g., apropriação de bens, vagas na função pública, clientela, pacientes, etc.<sup>23-24</sup>], perpetradora do “assassinato da pessoa moral e da aniquilação da pessoa jurídica”<sup>25</sup>, mais se assemelhando, então, o diálogo do poder com os seus destinatários ao da conversa do senhor “todo vestido de preto” com o Theodoro d’ *O Mandarin* de Eça de Queirós<sup>26</sup>. Por seu lado, ainda a título de mera exemplificação, sendo a ciência a nova religião, os seus (temporários) “dogmas” (os “novos estudos”), não estando moralmente comprometidos, também correspondem geralmente à exploração das fraquezas da natureza humana nos termos que permitam uma mais fácil prossecução dos interesses dos seus financiadores, os quais se reconduzem, directa ou indirectamente, ao poder fáctico económico. O ser humano vê aquilo que quer ver e ouve aquilo que quer ouvir e o poder dá-lhe e diz-lhe aquilo que ele quer ver e ouvir a troco da sua submissão e obediência: o *panem et circenses* da *praxis* política de sempre corresponde ao da actuação de qualquer poder, designadamente do económico (v.g., a indústria “alimentar” e a indústria farmacêutica), com o patrocínio de (desonestos) estudos que, sob o rótulo da verdade (v.g., a promoção do saudável e a promoção da cura), materialmente certificam a mentira (v.g., a promoção do prejudicial à saúde e da doença que visam evitar ou de outra ou outras piores).

II – Mas mais do que isso, escrevemos robotização do homem. É que o poder político, quando tirânico, não se contenta com a potencial obediência cega dos seus cidadãos, *rectius*, súbditos. Se Asimov, na evolução da sua obra, procurou humanizar os Robots<sup>27</sup>, *os tiranos procuram robotizar o homem*. É que não basta o aproveitamento da dita tendência moral para a preguiça e a cobardia. Na realidade, perante a possibilidade de alguns dos destinatários das normas lhes recusarem a aplicação, a insegurança do poder político, designadamente quando sociopático, exige o ajoelhar sádico e humilhante

<sup>23</sup> Sobre o histórico aproveitamento em proveito próprio pela população alemã, v. FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos...*, obra citada, 2014, § 13.

<sup>24</sup> Sobre a discriminação racial nacional-socialista, a literatura é infundável: v., apenas a título de exemplo, RICHARD LAWRENCE MILLER, *Nazi Justiz, Law of the Holocaust*, Westport, 1995, pp. 9 e ss.; BURLEIGH/WIPPERMANN, *The racial state: Germany 1933-1945*<sup>16</sup>, Cambridge, 2009, *in passim*. Sobre o pormenor da principal fundadora legislação dessa discriminação, v. FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos...*, obra citada, 2014, § 13.

<sup>25</sup> HANNAH ARENDT, *The origins of totalitarianism*, San Diego/New York/London, 1951, p. 455. Em particular, v., na mesma obra, sobre a primeira pp. 451e ss. e sobre a segunda pp. 447 e ss..

<sup>26</sup> EÇA DE QUEIRÓS, *O Mandarin*<sup>13</sup>, Porto, 1944 [original de 1880], pp. 12 e ss..

<sup>27</sup> V., *supra*, 1.1..

de uma *efectiva obediência cega e incondicional*. Basta recordar, a este propósito, o exemplo do comando da vénia perante o chapéu imposto por Gessler, no *Wilhelm Tell*<sup>28</sup>. Por outras palavras, as ordens do tirano são para ser cumpridas, independentemente de qualquer juízo moralmente parametrizante por parte dos seus destinatários ou de qualquer ponderação normativa que, no caso, devesse analogicamente prevalecer. O juízo é o do decisor político e deve quedar incontrollável, restando ao destinatário cumpri-lo. Os juramentos de obediência a Hitler, não institucional e condicional mas, nos seus antípodas, pessoal e incondicional, na *Wehrmacht* e no funcionalismo público alemão são disso mesmo exemplo<sup>29</sup>.

## 2. Necessidade moral e jurídica do cientista do Direito como defensor da ideia de Direito

I – Num mundo ideal, o papel do cientista do Direito como defensor da justiça dos programas normativos não seria tão importante, seja porque o poder político e o poder jurisdicional seriam estritamente escrupulosos na sua intervenção jurídica, seja porque o Direito seria correctamente compreendido pelos seus destinatários na primazia da essência da materialidade que lhe subjaz, o que inclui a necessária intuitiva parametrização axiológica daqueles mesmos programas e ponderação inclusiva dos pretendentes programáticos pelo caso convocados, seja, finalmente, porque a natureza egoísta humana não se manifestaria na predisposição do homem para obedecer à autoridade, *rectius*, não existiria sequer.

II – Mas esse mundo é ideal. Não é o mundo corruptível do homem de carne-e-osso e das suas fraquezas. Tendendo o homem a acreditar no conhecimento que lhe é transmitido pela autoridade e a obedecer aos seus “comandos” e “proibições”, a intervenção do cientista do Direito torna-se decisiva, pelo exemplo comunitário de coragem cívica que consubstancia.

III – Daí a necessidade moral de o cientista do Direito defender escrupulosamente a verdade e a justiça, com isso obstando, por um lado, à burla científica ou profissionalmente embrulhada à conveniência da hipocrisia social e/ou dos interesses económicos e, por outro lado, denunciar a “norma” e a “ordem”

<sup>28</sup> V. SCHILLER, *Wilhelm Tell*, Tübingen, 1804, Acto III, Cena 3.

<sup>29</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos...*, obra citada, 2014, § 13.

tortas, como moral e juridicamente iníquas e apelar ao seu incumprimento e à sua desobediência bem como à resistência passiva à tirania.

É o que veremos no ponto seguinte.

## 2.1. *Consequências*

### 2.1.1. *Em especial, o cientista do Direito perante o poder científico*

I – No domínio da descoberta da verdade, impõe-se seguir o método cartesiano no seu espírito essencial – a dúvida metódica – e, uma vez alcançado ou suspeito o conhecimento pela intuição, submetê-lo ao juízo crítico da razão<sup>30</sup>. O cientista do Direito, como qualquer cientista, deve pois, partindo da evidência intuitiva relativa a uma determinada proposição<sup>31</sup>, a qual não deixará no seu processo de formação de beneficiar de um decisivo momento intuitivo sublinhe-se, construir dedutivamente as suas proposições, nunca descuidando, porém, de as sujeitar ao racional juízo crítico.

II – O espírito essencial do método cartesiano implica a rejeição de todo e qualquer dogma, o que inclui os dogmas religiosos, incluindo o da existência de Deus<sup>32</sup>.

III – Pressuposto inalienável do juízo crítico científico é a liberdade científica. Sem liberdade, não há ciência. Há apenas e tão só o jugo da mentira, pelo que não deve o cientista aceitar que algum poder limite a sua liberdade. Assim, *v.g.*, veja-se, quanto ao cientista em geral, a demanda do poder em silenciar as vozes cientificamente incômodas em episódios como os da imposição a Thomas More, já depois de este não ter reconhecido a validade da anulação do casamento de Henrique VIII com Catarina de Aragão, do juramento de supremacia (*oath of supremacy*) reconhecedor do Rei como Chefe da Igreja de Inglaterra, ou, ainda, os da proibição de liberdade de ensino relativamente a Sócrates e a Galileu.

<sup>30</sup> V. DESCARTES, *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences*, Paris, 2000 [original de 1637], pp. 49 e 65.

<sup>31</sup> V. DESCARTES, *Discours...*, obra citada, 2000, p. 66.

<sup>32</sup> Para a existência de Deus em Descartes e a sua ligação com a verdade do *cogito*, v. DESCARTES, *Discours...*, obra citada, 2000, pp. 68 e ss..

### 2.1.2. Em especial, o cientista do Direito perante o poder político

#### 2.1.2.1. Rejeição da assepticidade axiológica

Como por várias vezes sublinhámos<sup>33</sup>, o cientista do Direito não deve assepticamente aceitar os programas de normas como se de um facto natural se tratassem. Isto é, não deve aceitar o Direito como um facto natural, que meramente importasse analiticamente decompor. É que, sendo o Direito axiologia, mais propriamente imanentismo ontológico-axiológico, o juízo precisamente axiológico é indispensável, pelo que entendemos dever ser o espírito nuclear da dúvida metódica cartesiana estendido, *mutatis mutandis*, em geral à razão prática e, em especial, à questão da (axiológica) normação jurídica ou, nos termos tradicionais, da validade da norma jurídica. Mais precisamente, a ideia (moral) de Direito cria um dever de aferição da parametricidade axiológica, moral e jurídica, de todo e qualquer programa de norma e, por conseguinte, de toda e qualquer ordem. Termos em que, a restrição cartesiana da dúvida metódica ao domínio do conhecimento com expressa exclusão, portanto, do domínio prático, o da orientação de conduta<sup>34</sup>, e consequente criação de uma “moral provisória” assente na obediência acrítica às leis do país<sup>35-36</sup>, deve, pois, ser rejeitada. Assim, recusada aquela que poderemos designar por *preguiça moral de Descartes*, a crítica da dúvida metódica irrenunciável no domínio do conhecimento deverá de igual modo, *mutatis mutandis*, ser exigida no domínio prático. Por outras palavras, a dúvida metódica deve constituir não apenas o método para evitar a mentira, alcançando a verdade, mas também como método para obstar ao injusto. Tudo isto é, claro está, inconciliável com os pensamentos positivistas e respectivas consequências, os quais, naturalmente, rejeitamos.

#### 2.1.2.2. Dever especial de desobediência ao torto

I – O cientista do Direito tem um *dever especial de desobediência ao torto* e à respectiva ideia de torto. Este dever qualificado de desobediência resulta

<sup>33</sup> V., primeiramente, FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos...*, obra citada, 2014, § 16.

<sup>34</sup> V. DESCARTES, *Discours...*, obra citada, 2000, p. 55.

<sup>35</sup> V. DESCARTES, *Discours...*, obra citada, 2000, p. 55.

<sup>36</sup> E não só, pois também aos costumes e à lei de Deus seria devida uma obediência acrítica, segundo DESCARTES, *Discours...*, obra citada, 2000, p. 55. Mais ainda, em geral, do domínio da razão prática deveriam, segundo o Filósofo francês, ser adoptadas as opiniões alheias que pareçam ser mais “entendidas” [v. DESCARTES, *Discours...*, obra citada, 2000, p. 55; IDEM, «Lettre à Reneri pour Pollot, avril ou mai, 1638», *Discours...*, obra citada, 2000, pp. 149 e s. (AT II, pp. 34-36)].

precisamente do dever de exemplo de defesa do (axiologicamente legítimo) Direito, que o torto procura afastar, da ideia de Direito que ele deve constituir. Enquanto o dever geral de desobediência do cidadão comum é um dever moral e jurídico importa frisar que o dever especial do cientista do Direito – que não substitui esse mesmo dever geral de desobediência, que inclui como vimos, um dever de ponderação moral e jurídica dos bens postos em causa perante a ordem conflituante, com cedência desta última, em si só considerada, nos termos que tivemos oportunidade de expor – é um dever moral acrescido pela sua mais sensível percepção da preterição do princípio da igualdade, fruto da sua formação jurídica. É esta dimensão moral acrescida que sob o cientista do Direito impende que o deve erigir em paladino da ideia de Direito. É por isso que, às leis que ultrapassam o rubicão da humanidade comum o mínimo que se poderá pedir aos juristas será, nas palavras de Radbruch aos alunos de Heidelberg, que sejam “os primeiros a recusar-lhes obediência”<sup>37</sup>. E isto sempre que aquele Rubicão seja ultrapassado – sempre que se verifique um programa de norma ou uma ordem iníqua portanto – e não apenas na doutrina do injusto extremo<sup>38</sup>. Escrevemos, no entanto, o mínimo. Vejamos porquê.

II – Em que consiste, ao certo, o especial dever de desobediência ao torto do cientista do Direito em particular? Ao contrário da resistência (passiva) simples do cidadão comum, que se pode traduzir na pura e simples desobediência à iniquidade do poder, a *resistência (activa) qualificada do jurista* exige, mais do que o incumprimento do torto (concreto), a denúncia desse torto e das mentiras em que o mesmo assenta, o apelo ao incumprimento do torto e, finalmente e em última instância, o apelo à resistência passiva perante a tirania ou qualquer outra forma de opressão, quando o poder político adopte uma ideia de torto claramente iniquamente destrinçante da humanidade comum<sup>39</sup>.

Também a liberdade científica e a liberdade de expressão do jurista implicadas pelo dever especial de desobediência ao torto e à tirania devem ser vistas como permissões morais em sentido fraco, porquanto são não alternativamente implicadas pelo dever moral acrescido que para ele implica a defesa (da ideia) do Direito. Tratando-se da defesa da ideia moral e jurídica do Direito, o dever moral acrescido do cientista do Direito é, pela natureza das coisas, insusceptível de ser axiologicamente contrariado pelo legislador, conduzindo, portanto, toda

<sup>37</sup> GUSTAV RADBRUCH, «Fünf Minuten...», obra citada, 2003, p. 210.

<sup>38</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos...*, obra citada, 2014, § 13.

<sup>39</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos...*, obra citada, 2014, § 13; IDEM, «A ideia de Direito ou uma das ideias de Direito?», RDC, 2016, 4, pp. 853 e ss..

e qualquer proibição de cumprimento daquele dever moral ao (espúrio) torto, que não ao (legítimo) Direito.

III – Este dever especial de desobediência é, naturalmente, insusceptível de ser cumprido pelo positivista. Basta recordar o reconhecimento, por Radbruch, da impotência do positivismo na defesa “contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas”<sup>40</sup>.

IV – O dever especial de desobediência implica naturalmente uma especial coragem cívica do jurista, qualificada perante a do cidadão comum, mas nisso mesmo consiste o especial dever do cientista do Direito enquanto paladino da ideia de Direito. Esse dever pode ser concretizado em um apelo expresso ou explícito [*v.g.*, os panfletos do *weisse Rose*<sup>41</sup>] ou tácito ou implícito [*v.g.*, a ironia do Kurt Huber nas suas aulas de filosofia, antes de colaborar com o *weisse Rose*<sup>42</sup>]: como refere Joaquim Fest relativamente ao movimento estudantil de Munique no quadro mais vasto da oposição alemã ao regime nazi, os membros do *weisse Rose* foram os únicos que, quebrando o círculo vicioso de considerações tácticas e outras inibições, formularam um protesto, falando veementemente não apenas contra o regime mas também contra a indolência moral e o atordoamento da população<sup>43</sup>. Estes positivos exemplos não se referem a juristas, apesar de no primeiro caso se tratar de um intelectual<sup>44</sup>, pelo que se não pode dizer que moralmente seja pedir demais a um cientista do Direito defender o Direito, quando não-juristas o fizeram, de forma exemplar, no passado. Ainda assim, sublinhe-se a circunstância de o presente dever moral de defesa da ideia do Direito não exigir, necessariamente, o sacrifício da vida do jurista em defesa do Direito e de não incluir, precisamente por se tratar da defesa da ideia de Direito imposta pela transcendência do outro, nem um “dever de resistência activa armada” nem um “dever de tiranicídio”<sup>45</sup>: o dever moral qualificado de defesa da ideia de Direito da igualdade de todos na indestrinçável humanidade comum torna o cientista do Direito em defensor da ideia de Direito; obriga-o a ser, adaptando a resposta do *Eurico* de Alexandre Her-

<sup>40</sup> GUSTAV RADBRUCH, «Fünf Minuten...», obra citada, 2003, p. 209.

<sup>41</sup> V. FRANK McDONOUGH, *Sophie Scholl, The real story of the woman who defied Hitler*, Gloucestershire, 2010, pp. 95 e ss. e 187 e ss..

<sup>42</sup> V. FRANK McDONOUGH, *Sophie Scholl...*, obra citada, 2010, pp. 92 e s..

<sup>43</sup> Cfr. JOAQUIM FEST, *Staatsstreich<sup>3</sup>, Der lange Weg zum 20. Juli*, München, 1997, p. 201.

<sup>44</sup> V., *infra*, o presente número.

<sup>45</sup> Sobre a configuração de um direito de legítima defesa da ideia de Direito no tiranicídio, v. FRANCISCO AGUILAR, «Sobre o atentado de 20 de Julho de 1944 como legítima defesa da ideia de Direito», no prelo.

culano, “um soldado e um sacerdote”<sup>46</sup>... da ideia de Direito, mas um soldado não “sacrílego”<sup>47</sup>, que procura evitar “o crime do presbítero”<sup>48</sup>, por outras palavras, um cavaleiro monge<sup>49</sup> da ideia de Direito, mas um cavaleiro monge pela pena... que não pela espada<sup>50</sup>.

Assim, por exemplo, começando por invocar não um cientista do Direito mas um professor de filosofia – o que, como intelectual, o tornou igualmente destinatário de um dever moral acrescido de desobediência<sup>51</sup> –, no caso de Karl Jaspers, uma inequívoca reserva moral do povo alemão, o seu silêncio durante o consulado nacional-socialista ter-se-á ficado a dever à circunstância de a sua mulher ser judia. Já, porém, o “silêncio” de Mezger em face do novo “Direito” penal racial nacional-socialista e, mais do que isso, a colaboração com o novo regime, designadamente na famosa questão dos associaíais, os quais contrariaram o seu ensino até à data<sup>52</sup>, constituem um exemplo de postergação daquele mesmo dever. Por sua vez, o elogio e contentamento do também penalista Grispigni relativamente à nacional-socialista nova legislação penal alemã, que precisamente demonstraria a passagem da órbita da culpa (expição) para a órbita da segurança jurídica (defesa), com o que ficaria demonstrado o acerto da sua doutrina<sup>53</sup>, revela uma assepsia científica,

<sup>46</sup> ALEXANDRE HERCULANO, *Eurico, o presbítero*<sup>5</sup> [original de 1844], Mem Martins, 1994, p. 197.

<sup>47</sup> ALEXANDRE HERCULANO, *Eurico...*, obra citada, 1994, p. 193.

<sup>48</sup> ALEXANDRE HERCULANO, *Eurico...*, obra citada, 1994, p. 198.

<sup>49</sup> V. FERNANDO PESSOA, «Do vale à montanha... [original de 24.10.1932]» *Poemas esotéricos*, Porto, 2014, pp. 92 e s..

<sup>50</sup> Ali onde o cientista do Direito for mais além do que isso, designadamente no caso de utilização de violência contra a tirania, estará a actuar para além deste específico dever, podendo apenas, nos termos gerais, discutir-se outras constelações, designadamente, e no limite, o direito de legítima defesa ali onde se tutelem outros bens não crassamente desproporcionais que encarnem a ideia de Direito (v. a análise do atentado de 20 de Julho de 1944 contra Hitler em FRANCISCO AGUILAR, «Sobre o atentado...», no prelo).

<sup>51</sup> V., *infra*, o presente número.

<sup>52</sup> Sobre estas questões, v. FILIPPO GRISPIGNI/EDMUND MEZGER, *La reforma penal nacional-socialista*, Buenos Aires, 2009, pp. 43 e ss. e 93 e ss.; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*<sup>3</sup>, *Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, Valencia, 2002, *in passim*; IDEM, «Comentario a “La riforma penale nazionalsocialista”, de Filippo Grispigni y Edmund Mezger», [FILIPPO GRISPIGNI/EDMUND MEZGER] *La reforma penal nacional-socialista*, Buenos Aires, 2009, pp. 102 e ss.; FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos...*, obra citada, 2014, § 13.

<sup>53</sup> Sobre estas questões, v. FILIPPO GRISPIGNI/EDMUND MEZGER, *La reforma penal...*, obra citada, 2009, pp. 29 e ss., 51 e ss. e 71 e ss.; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, «Comentario a “La riforma penale nazionalsocialista”, de Filippo Grispigni y Edmund Mezger», [FILIPPO GRISPIGNI/EDMUND MEZGER] *La reforma penal...*, obra citada, 2009, pp. 102 e ss.; FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos...*, obra citada, 2014, § 13.

incompatível com o cumprimento do dever do cientista do Direito de defesa da ideia de Direito<sup>54</sup>.

V – O dever de resistência qualificada do cientista do Direito integra-se no mais vasto dever qualificado de apelo à resistência do intelectual à tirania é à defesa da verdade. Este *dever especial do intelectual, em geral, à desobediência* também acresce ao dever geral de desobediência e também ele é um dever moral. Nas palavras do conservador Kurt Huber, no sexto panfleto do *weisse Rose*, “nós “trabalhadores intelectuais” somos aqueles que devemos colocar obstáculos no caminho desta casta de super-homens [ímpios [...], inconscientes aproveitadores e executantes – cegos e estúpidos carrascos – do *Führer*]”<sup>55</sup>. Assim, o integrar da imprensa clandestina da resistência francesa, a denúncia tanto do lançamento das bombas atômicas sobre o Japão como da tirania do comunismo em geral e da intervenção soviética nos países de leste europeus em particular, a recusa libertária de alinhamento com qualquer dos lados da paliçada da guerra fria e a defesa dos direitos humanos, designadamente do direito à vida, nos anos 50 da centúria passada, elementos expressivos da substituição do desencanto da “justiça” pela lei por um não relativizável compromisso normativo de cada um para com o seu semelhante, exemplificam, na vida de Albert Camus<sup>56</sup>, o cumprimento desse mesmo dever. Recorde-se, *v.g.*, a expressão de Victor Hugo, a propósito da sua firme oposição denunciante de Napoleão III<sup>57</sup>, “e se restasse apenas um, sê-lo-ia eu!” (*Et s’il n’en reste qu’un, je serai celui-là!*)<sup>58</sup>. Ou, na poesia imortal do nosso Herculano, “livre o poeta seja, e em hino isento a inspiração transforme que na sua alma ajeja”<sup>59</sup>.

Exemplo paradigmático de um comportamento nos antípodas daquilo que seria esperado de um intelectual, isto é, em que não apenas não se verifica o

<sup>54</sup> Para a crítica à assepsia científica, precisamente a propósito de Grispigni, *v.*, por todos, FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos...*, obra citada, 2014, § 13.

<sup>55</sup> FRANK McDONOUGH, *Sophie Scholl...*, obra citada, 2010, p. 197 (*v.*, na mesma obra, p. 115).

<sup>56</sup> Trata-se aqui do sublinhar de alguns aspectos da vida de Albert Camus, não naturalmente universalizáveis a todas as suas tomadas de posição públicas. É, todavia, de sublinhar a circunstância de o Autor ter feito marcha-a-trás em face dos excessos do pós-guerra relativamente ao sangue que, inicialmente, aquando da libertação, reclamara, os quais muito provavelmente o levaram a tornar-se um incansável defensor do combate à pena de morte.

<sup>57</sup> Sistemáticamente apontando-lhe tanto a usurpação (César) quanto a tirania (Sila). Se é certo, que a primeira crítica tem algum fundamento por força da queda da República em golpe de Estado, já a denúncia exasperada de Victor Hugo quanto à tirania de Napoleão III é muito exagerada e produto de alguma inflamação romântica.

<sup>58</sup> VICTOR HUGO, «Ultima verba», *Les Châtiments*, Paris, 1853, linha 64.

<sup>59</sup> ALEXANDRE HERCULANO, «A vitória e a piedade», *A harpa do crente*<sup>2</sup>, Mem Martins, 1986 [original de 1838], p. 103.

referido dever de denúncia do torto e apelo à desobediência ao torto mas, pelo contrário, se defende a matriz da nova concepção de sociedade do torto e se prescreve a obediência à tirania é o de Heidegger que, pretendendo oportunisticamente que lhe tivesse sido atribuído um papel de relevo no regime de Hitler, escreveu impensáveis, por moralmente obscenos, elogios, melhor, ou pior neste caso, hossanas ao nacional-socialismo logo após este ter ascendido ao poder<sup>60</sup>. É caso para recordar, nas palavras de Alexandre Herculano, a especial infâmia da consagração de um “hino mentido da Terra aos opressores”<sup>61</sup>.

VI – Semelhante dever perante o poder político apresenta naturalmente custos elevados. A simples recusa de colaborar com o algoz da democracia, própria do dever geral de resistência do cidadão comum, pode por si só implicar, no mínimo, o despedimento ou saneamento político<sup>62</sup>. Mas, invocando o conto do filósofo e do homem rico, sempre diremos que as lentilhas serão preferíveis à bajulação do poder<sup>63</sup>.

### 2.1.3. *Em especial, o cientista do Direito perante o poder jurisdicional e, consequentemente, o económico*

I – Já escrevemos que o cientista do Direito tem o dever de orientar a jurisprudência na realização do Direito com escrupulosa reverência à significação substantiva do caso<sup>64</sup>, isto é, na normação do caso verdadeiramente mimetizadora da normação no caso, o que será particularmente importante, naturalmente, ali onde a interpretação realizadora do Direito se revele mais difícil.

II – Esse dever de orientação do cientista do Direito deve apelar para uma decisão do caso que mimetize a norma no caso, isto é, que retrospectivamente corresponda ao significado, *in tempore casus* portanto, da materialidade subjacente ao caso transmitida pela situação de vida em que o mesmo contextualizadamente se integre. O dever do cientista do Direito é, pois, o de auxiliar o

<sup>60</sup> V. MARTIN HEIDEGGER, «Follow the Führer!» [tradução do original alemão de 1934], *Philosophical and political writings* [organizado por Manfred Stassen], New York/London, 2003, pp. 12 e ss..

<sup>61</sup> ALEXANDRE HERCULANO, «A vitória...», obra citada, 1986, p. 103.

<sup>62</sup> V. JOAQUIM FEST, *Not I, A german childhood*, London, 2013 [original alemão de 2006], pp. 34 e ss..

<sup>63</sup> V. GONÇALO M. TAVARES, «A história de Listo Mercatore», *Histórias falsas*<sup>8</sup>, Alfragide, 2015, pp. 35 e s..

<sup>64</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, «Norma jurídica *in tempore casus*: o caso como fundamento dos (e limite aos) poderes legislativo e jurisdicional», *O Direito*, Ano 148.º, 2016, IV, pp. 840 e ss..

decisor, normalmente, o juiz a obter a significação da materialidade subjacente ao caso.

Nestes termos, contraria esse dever o cientista do Direito que, positivisticamente, apele ao formalismo<sup>65</sup> ou conceptualismo jurisdicionais. Na realidade, em tal circunstância, do que se trata é da mera demanda de decisão não do caso no substrato da sua essência mas da aparência do caso e, portanto, da realização de injustiça. É que, não nos esqueçamos que os positivismos são incompatíveis com a primazia do significado material conteudístico do caso<sup>66-67</sup>: podemos em rigor dizer que, nuclearmente, a materialidade subjacente ao caso está para um positivista como a água, derretendo-a, está para a “malvada bruxa do ocidente”, no *maravilhoso feiticeiro de OZ*<sup>68</sup>. Com efeito, vedam os positivismos o acesso à significação axiológica do caso na sua contextualizada concretude, negando, por conseguinte, uma correspondência analógica – *ergo*, justa – na realização do Direito, *rectius*, negam a própria realização (necessariamente justa) do Direito.

Incumpre, com efeito, inequivocamente, este seu papel o cientista do Direito que, nos antípodas do esclarecimento do Direito, procura obscurecê-lo, ocultá-lo ou negá-lo, substituindo o Direito pelo torto, *rectius*, fazendo o torto passar por Direito.

A isto mesmo pode ser conduzido o jurista pela sedução do vil metal com que lhe acena o poder económico, e mesmo o político por vezes, a troco de um parecer comprometido com um determinado interesse, quando a defesa deste último implique a parcerística proposta de adopção de uma decisão iníqua para o caso, termos em que o torto do caso usurpará o lugar da legítima norma no caso. Ali onde isso suceda, será caso para dizer, invocando, *mutatis mutandis*, as palavras de Alexandre Herculano a propósito do poeta: “Desonra àquele que, ao poder e ao ouro, prostitui o alaúde”<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> O formalismo é, elucidativamente, afastado pela própria Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigos 29.º/3 e 30.º da referida Declaração, sobretudo o primeiro enunciado), a propósito da programação normativa dos seus preceitos, mesmo sendo eles respeitantes àqueles primeiros direitos humanos.

<sup>66</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos...*, obra citada, 2014, a Introdução e §§ 4 e 16; IDEM, «Norma jurídica *in tempore casus...*», obra citada, 2016, pp. 839 e ss..

<sup>67</sup> Sobre a (primazia da) materialidade subjacente ao caso – a materialidade das situações jurídicas – como princípio basilar da interpretação jurídica imposto pelo combate à cegueira do formal conceptualismo do sistema à sua viva periferia, v., por todos, MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito civil*, Coimbra, 1997 [reimpressão], sobretudo pp. 1252 e ss.; IDEM, *Tratado de Direito civil português*, I, Parte geral, Tomo I, *Introdução, Doutrina geral, Negócio jurídico*, Coimbra, 1999, pp. 189 e s..

<sup>68</sup> V. L. FRANK BAUM, *The wonderful wizard of Oz*, Oxford, 2015 [original norte-americano de 1900], pp. 104 e s..

<sup>69</sup> ALEXANDRE HERCULANO, «A vitória...», obra citada, 1986, p. 103.

**Excurso: o “crime da dogmática do crime”**

I – Mas importa sublinhar que, no âmbito da parcerística iníqua, verifica-se um incumprimento ainda mais grave, que encontramos especificamente na dogmática penal. Referimo-nos à insidiosa demanda de soluções de privilégio, as quais procuram determinar a impunidade através da construção e/ou utilização de fórmulas que, por força da aparente carga axiológica do seu significado (*v.g.*, risco permitido, espaço livre de Direito, comportamentos neutros), consubstanciam um convite insidioso a uma mais fácil, por menos trabalhosa<sup>70</sup>, uma vez assente no carácter abraçadábriço de uma palavra ou expressão (*v.g.*, “permitido”, “livre de Direito”, “neutro”), “fundamentação decisória”<sup>71</sup>.

II – Semelhantes expressões dogmáticas não passam, na realidade, apesar da carga axiológica que aparentam, de fórmulas vazias que, desse modo, traduzem um convite a uma desresponsabilização do agente com dispensa de verdadeira fundamentação decisória<sup>72</sup>, a qual axiológica não deveria senão deixar de ser. Na criação e na utilização dessas expressões consiste o “crime da dogmática do crime”, porquanto com elas a dogmática, contornando e procurando prevalecer sobre a metodologia, ao pretender apurar o Direito ao arrepio do significado contextualizado do caso, conduz não à decisão justa do caso mas antes, nos seus antípodas, impedindo a legítima normação do caso, à imposição da não-norma, isto é, do torto<sup>73</sup>. Esta circunstância e esta circunstância apenas justifica que a teoria da conexão do risco desaprovado se mantenha, com várias designações, como a dominante teoria de apuramento da antinormatividade da conduta, apesar do carácter reconhecidamente vazio da sua fórmula do risco permitido<sup>74</sup>. Exemplo inequívoco de “crime da dogmática do crime” foi o verificado na Alemanha em meados dos anos 90 do século xx com os chamados comportamentos neutros na cumplicidade, expediente que se encontra em infundáveis pareceres destinados a assegurar a impunidade, ao arrepio do signifi-

<sup>70</sup> Que se alimenta da preguiça moral como defeito humano para obter uma resposta célere sobre a aparência do significado do comportamento descontextualizado.

<sup>71</sup> Sobre esta questão, *v.*, por todos, FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos...*, obra citada, 2014, a Introdução e § 16; IDEM, «Norma jurídica *in tempore casus...*», obra citada, 2016, p. 843.

<sup>72</sup> Sobre esta questão, *v.*, por todos, FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos...*, obra citada, 2014, a Introdução e § 16; IDEM, «Norma jurídica *in tempore casus...*», obra citada, 2016, p. 843.

<sup>73</sup> Sobre esta questão, *v.*, por todos, FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos...*, obra citada, 2014, §§ 4 e, sobretudo, 16; IDEM, «Norma jurídica *in tempore casus...*», obra citada, 2016, pp. 839 e ss..

<sup>74</sup> Sobre esta questão, *v.*, por todos, FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos...*, obra citada, 2014, § 16; IDEM, *A norma do caso...*, obra citada, 2016, §§ 10 e 11; IDEM, «Norma jurídica *in tempore casus...*», obra citada, 2016, p. 843.

cado do caso concreto no contexto do respectivo pedaço de vida, da economia e, com ela, a superioridade da economia sobre o Direito, designadamente sobre o Direito penal<sup>75</sup>.

#### 2.1.4. *Em especial, o cientista do Direito perante a sociedade*

I – Vimos já que o cientista do Direito deve combater o poder político totalitário. E, não por acaso, invocámos exemplos de desafio ao nacional-socialismo. O que significa que deverá fazê-lo ainda que a sociedade tenha aceite e aderido ao exercício do poder político, quando este tenha consubstanciado o ultrapassar do ponto de não-retorno civilizacional de adopção de uma ideia de torto na humanidade comum destrinçante. A sua missão será, então, pedir a dita decência civilizacional, através da desobediência ao poder político patológico do novo regime, desempenhando a função de consciência da comunidade.

II – O cumprimento do dever do cientista do Direito revela-se, no entanto, muito mais difícil numa outra hipotização em que o torto comece por afirmar-se através do totalitarismo de uma contra-cultura, uma cultura de torto, traduzida nos dogmas sociais do politicamente correcto, a qual, obliteradora da liberdade de expressão, mais do que conduzir a uma ostracização social, seja efectivamente defendida e activamente promovida pela maioria e acabe por revelar-se expressa ou ocultamente em programas normativos, no caso da sua manifestação oculta apenas aparentemente não injustos, cuja iniquidade não obstante não seja suficientemente questionada.

Esta última questão respeita, no entanto, à conta de um outro rosário, cujos pressupostos e metástases exigem um tratamento autónomo, o qual oportunamente realizaremos.

III – Se no primeiro dos cenários, o cientista do Direito, que efectivamente o seja e que exerça a sua função de paladino da verdade e da ideia de Direito, pode arriscar a morte profissional, social, jurídica e física, no segundo pode comprometer, pelo menos, a sua vida profissional e social.

A calúnia que, fruto da tirania da opinião maioritária<sup>76</sup>, sobre o cientista do Direito e sobre o cientista ou o intelectual ou, em geral, todo aquele que ouse,

<sup>75</sup> Sobre esta questão, v., por todos, FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos...*, obra citada, 2014, a Introdução e §§ 1 a 3, 4 e 16; IDEM, «Norma jurídica *in tempore casus...*», obra citada, 2016, p. 844.

<sup>76</sup> Sobre a tirania da (maioritária) opinião e a ditadura do uso, v., por todos, JOHN STUART MILL, *On liberty*, New York, 2002 [original inglês de 1859], pp. 47 e ss., 55 e ss., modelarmente, 56 e 58.

exercendo a sua individualidade, pensar pela sua própria cabeça e expressar publicamente o seu entendimento das coisas, será lançada por contestar uma convenientemente hipócrita mentira da maioria prevalecente é de há muito conhecida e muitas vezes redundará na distorção do discurso minoritário, no espúrio e falacioso argumentativo ataque *ad hominem* da maioria social àqueles que tenham um entendimento impopular e na difamação dos seus autores como “homens maus e imorais”<sup>77</sup>. Qualquer desvio formal que seja ao politicamente correcto será combatido com uma vituperação destinada, não somente ao ostracismo, social e profissional, de quem ousa contestar a verdade e o Direito oficiais, mas também a tornar o questionar dessa “verdade social” em um exemplo para todos os membros da sociedade dos elevados custos da não-conformidade de modo a que não coloquem em causa os dogmas sociais ou sequer ouçam aqueles que professem os contra-dogmas<sup>78</sup>.

No mínimo, será o cavaleiro da verdade e da justiça tratado como louco. Com efeito, o inconformismo da razão e da justiça é, devemos recordar, rotulado de loucura<sup>79</sup> tanto quando ocorra no tempo errado (antes de tempo, como no complexo de Cassandra)<sup>80</sup> como quando ocorra no local errado (como naquilo que apelidamos de complexo de H. G. Wells)<sup>81</sup>. Mas mesmo aí, não ocorrendo um “reconhecimento do erro”, o qual em muito contentaria a multidão pela prevalência da sua “estupidez”, *rectius*, da sua opinião sobre a do homem isolado<sup>82</sup>, poderá procurar-se silenciá-lo (*v.g.*, com um encarceramento), ou “normalizá-lo”, “curando-o”, como resulta respectivamente dos referidos exemplos dos complexos. Ou, no extremo, calá-lo inclusive com a eliminação física, podendo aqui ser invocada a título de exemplo, *mutatis mutandis*, a prosa de Chesterton: “ele [aquele que desenhou na catacumba escura o símbolo secreto

<sup>77</sup> JOHN STUART MILL, *On liberty*, obra citada, 2002, p. 44.

<sup>78</sup> Assim, em geral, a opinião prevalecente sobre a opinião minoritária (v. JOHN STUART MILL, *On liberty*, obra citada, 2002, p. 45).

<sup>79</sup> Assim, JOHN STUART MILL, *On liberty*, obra citada, 2002, p. 57.

<sup>80</sup> Apolo sucessivamente abençoou e castigou Cassandra com o dom da profecia e com a maldição de não prever senão as futuras tragédias e de ninguém em elas acreditar.

<sup>81</sup> H. G. Wells procurou demonstrar como, em terra de cegos, quando a “invisibilidade” é mais do que física, a saber conceptual ou de entendimento, quem tem um olho não é (reconhecido como) rei mas antes (considerado como) louco [v. H. G. WELLS, *The country of the blind*, London, 2005 [original inglês de 1927], sobretudo pp. 17 e ss. e 27 e ss.]. Ora, quanto a nós, isto mesmo se pode dizer também e sobretudo quanto a outro tipo de “invisibilidade”: a *invisibilidade moral*, à qual se refere a nossa construção e adaptação no presente ponto do texto principal.

<sup>82</sup> V. GONÇALO M. TAVARES, «A história de Arquitas», *Histórias falsas*<sup>8</sup>, Alfragide, 2015, p. 90.

de Cristo] era o louco solitário e toda a sociedade sã estava ligada, não para o salvar, mas para lhe dar a morte”<sup>83</sup>.

## Considerações finais

O cidadão comum tem o moral e jurídico dever geral de desobediência ao torto. Esse dever consubstancia-se na recusa de cumprimento de ordens e normas postergadoras da ideia de Direito e funda-se, nuclearmente, na ideia de Direito da igualdade indestrinçável de todos na humanidade comum. É que o dever geral de desobediência resulta do cumprimento da (legítima) norma, do (verdadeiro) Direito, e portanto da sua ideia, que o torto pretendia afastar, tratando-se, portanto, da (verdadeira) realização do Direito, pelo que, ironicamente, o dever geral de desobediência ao torto é implicado pelo dever geral de obediência ao (axiologicamente legítimo e, portanto, verdadeiro) Direito e, em última análise, à ideia de Direito. A permissão que a desobediência ao torto implica é, assim, uma permissão em sentido fraco, isto é, não alternativa.

O cientista do Direito não apenas é destinatário daquele primeiro dever como tem ainda o moral dever especial de desobediência ao torto, implicante da protecção da ideia de Direito.

Ao contrário da resistência (passiva) simples do cidadão comum que se pode traduzir na pura e simples desobediência à iniquidade do poder, a resistência (activa) qualificada do jurista exige, mais do que aquele incumprimento do torto (concreto), a denúncia do torto e das mentiras em que o mesmo assente, o apelo ao incumprimento do torto e, finalmente, e em última instância, o apelo à resistência passiva perante a tirania ou qualquer outra forma de opressão, quando, *v.g.*, o poder político, adoptando uma ideia de torto claramente iniquamente destrinçante da humanidade comum, tenha saído do Direito.

Por outras palavras, o dever de desobediência do cientista do Direito ao arbítrio é especial em face do cidadão comum, consubstanciando um dever de resistência qualificado de denúncia do arbítrio e da tirania e de apelo à resistência passiva relativamente a todas as formas de opressão ou condicionamento da liberdade de expressão, designadamente de natureza política, económica, religiosa ou directamente do politicamente correcto da ditadura fáctica da hipocrisia social, quando estas pretendam, sob qualquer forma, substituir o Direito pela força.

<sup>83</sup> CHESTERTON, «The curse of the golden cross», *The incredulity of Father Brown* [original inglês de 1926], *The complete Father Brown stories*, London, 2012, p. 457.

Explicando o título do presente escrito – *ainda que todos os outros, eu... e tu... não* (*Etiam si omnes, ego... et tu... non*) –, o ... *et tu...* representa o nosso acrescento à usual fórmula abreviada (*Etiam si omnes, ego non*)<sup>84</sup> da resposta de Pedro a Jesus após a última ceia (Mateus, 26, 33). Cristo dissera aos discípulos que, nessa mesma noite, todos o negariam. Pedro respondeu-lhe “ainda que todos se escandalizassem contigo, eu nunca me escandalizarei” (*et si omnes scandalizati fuerint in te ego numquam scandalizabor*). Adaptando ao presente contexto o sentido da resposta de Pedro, na fórmula abreviada referida do *Etiam si omnes, ego non*, diremos que deve o cientista do Direito dizer ao seu semelhante *ainda que todos os outros* (*o façam/obedeçam*), *eu não* (*o farei/obedecerei*). Ao que aditamos um ... *et tu...* – *Etiam si omnes, tu... non* – *ainda que todos os outros* (*o façam/obedeçam*), *tu não* (*o farás/obedecerás*) colocando nesta referência ao *tu* o cidadão comum a quem se dirigirá o cientista do Direito<sup>85</sup>, rezando, então, a nossa fórmula um *Etiam si omnes, ego et tu non*<sup>86</sup>. A primeira parte da expressão, correspondente à sua clássica abreviada fórmula como acabamos de ver, refere-se ao dever geral de desobediência ao torto. Mantemos esse *eu não* – na recusa de cumplicidade, será um *comigo não*<sup>87</sup> –, porquanto o jurista não deve reclamar do outro a desobediência ao torto que ele próprio não está disposto a realizar. Nisso consiste o seu exemplo moral de desobediência ao torto. Ao que lhe acrescentamos o *tu não* como expressão do dever comunitário especial do jurista de, para além de activamente denunciar o torto, apelar ao seu incumprimento e à desobediência à tirania e à opressão, sob todas as formas, proveniente de todo e qualquer poder.

A liberdade científica e de expressão do cientista do Direito não constituem, pois, especiais permissões morais em sentido forte, sendo antes, implicadas pelo comando do moral especial dever do cientista do Direito e desse modo não constituindo uma alternativa moral entre duas ou mais possibilidades de acção, permissões morais em sentido fraco. Tratando-se de um dever moral de

<sup>84</sup> V. JOAQUIM FEST, *Not I...*, obra citada, 2013, p. 54.

<sup>85</sup> Ao cidadão comum, não, naturalmente, a Cristo, que aqui, simbolicamente, seria a própria ideia de Direito em cujo nome se invoca a desobediência.

<sup>86</sup> Escrevemos o *ego* (eu) antes do *tu* (tu), porquanto, em primeiro lugar, ao contrário da contemporânea utilização polida e civilizada da humilde inversão do tu e eu, tanto quanto nos apercebemos na consulta que fizemos no latim, tanto em Autores de referência incontornável como Cícero como em todo o tipo de dramaturgia, supostamente mais próxima da linguagem comum, é o *ego et tu* que faz a regra e não o *tu et ego* e, em segundo lugar, porquanto a precedência à utilização do *ego* é, no presente contexto [e o contexto é tudo, não nos esqueçamos (v. FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos...*, obra citada, 2014, §§ 4 e 16), assim também o devendo ser na linguagem], sinónimo não de primazia, egoísmo ou falta de humildade mas, pelo contrário, de exemplo e de sacrifício.

<sup>87</sup> V. FRANCISCO AGUILAR, *Dos comportamentos...*, obra citada, 2014, § 16.

defesa da própria ideia moral e jurídica de Direito ele é, pela natureza das coisas, insusceptível de ser axiologicamente contrariado pelo legislador conduzindo, portanto, toda e qualquer legalmente demandada programação de proibição do seu cumprimento ao torto e não ao Direito.

O dever moral acrescido do cientista do Direito erige-o em um paladino da igualdade de todos na indestrinçável humanidade comum como ideia (moral) de Direito, em um cavaleiro monge da ideia de Direito... pela pena, que não pela espada.



## *As buscas domiciliárias na Região Administrativa Especial de Macau e em Portugal e as exclusionary rules norte-americanas: perspectivas e prospectivas*

DR. HUGO LUZ DOS SANTOS

SUMÁRIO<sup>1-2-3</sup>: *I – Introdução. II – O regime jurídico das buscas domiciliárias contido no artigo 162.º, n.º 1, do Código de Processo Penal de Macau e as proibições de prova (artigo 113.º, do Código de Processo Penal de Macau) à luz da doutrina norte-americana da “exclusionary rule”: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América (US Supreme Court) e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) em matéria de “independent source” “purged tainted limitation” e “inevitable discovery” e da “wilful blindness”. III – Breve alusão à distinção entrada no domicílio e busca domiciliária. IV – A entrada no domicílio e as buscas domiciliárias como expressão de um novo paradigma de “prevenção de perigos” e das formas de investigação criminal de campo avançado (“vorfeldermittlungen”); segue, the good-faith exception to the exclusionary rules e a noção dogmática da “knock and announce” – o artigo 159.º, n.º 4, alínea a), do CPP de Macau e a tutela (avançada) da dignidade da pessoa humana (artigo 30.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau).*

<sup>1</sup> Este artigo doutrinal segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

<sup>2</sup> Muito agradecemos ao Senhor Professor Doutor Joaquim Freitas da Rocha, brilhante académico da Escola de Direito da Universidade do Minho, pelo estímulo, continuamente manifestado, e sempre tão bondosamente nutrido, no que toca à publicação deste e de outros estudos deste *proto-jurista*. O que devo ao académico, exemplo de pundonor científico, e à pessoa, repositório fiel das qualidades *dianoéticas* propugnadas por Aristóteles, transcende, em muito, a mera menção de um agradecimento público e nunca, pelo menos com a justiça devida, poderia ser aqui narrado. Os erros, omissões e imprecisões – e são muitos! – são imputáveis, em exclusivo, ao autor deste estudo.

<sup>3</sup> É ainda devida uma palavra de agradecimento, ao Senhor Professor Doutor Damião da Cunha, Professor da Universidade Católica (Porto) e à Senhora Professora Doutora Helena Morão, Professora da Faculdade de Direito de Lisboa, pela amabilidade académica, consubstanciada na disponibilidade manifestada para analisar criticamente as primeiras versões deste estudo. Os erros, omissões e imprecisões – e são muitos! – são imputáveis, em exclusivo, ao autor deste estudo.

RESUMO: O objectivo primacial da presente investigação é o estudo do regime jurídico das *buscas domiciliárias* vigente na Região Administrativa Especial de Macau (RAEM). De qualquer modo, no Código de Processo Penal de Macau encontra-se, de certa maneira, prevista a doutrinalmente designada “*entrada no domicílio*”; tendo essa o escopo de *evitar e prevenir* um *dano sério, iminente e grave* para um conjunto alargado de pessoas. Com base nos contributos científicos do direito comparado, designadamente, do direito norte-americano, procura-se estender essa base de sustentação legal e doutrinal à Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), de forma a alargar os poderes de actuação policial, colimados à tutela da segurança dos cidadãos, e, inerentemente, à confiança comunitária no sistema judicial como um *todo*.

Pese embora, a restrição de alguns direitos fundamentais, a *entrada no domicílio* constitui um instrumento legalmente adequado para tutelar uma miríade de outros direitos fundamentais, tais como o bem-estar, a saúde, e a vida.

O presente estudo analisa, também, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

PALAVRAS-CHAVE: Buscas Domiciliárias; Entrada no Domicílio; Região Administrativa Especial de Macau.

## I. Introdução

A aquisição da prova, ou, pelo menos, de determinado material probatório, pode ser realizado, por vezes, sem a observância de todo o formalismo ou ritualismo legal; é dizer, à custa da violação de um método proibido de prova (artigo 113.º, n.º 3, do CPP de Macau), que vem a possibilitar o avanço da investigação criminal e, por essa via, o alcance de outros meios de prova conexos àquela prova proibida. Tal ocorrerá, num certo sentido, quando um órgão de polícia criminal utiliza os conhecimentos adquiridos a partir de uma escuta telefónica nula que permitem a localização geográfica dos co-autores da prática, por exemplo, de um crime de tráfico de estupefacientes; e, por via dessa escuta telefónica nula, realizam a apreensão (artigo 163.º, n.º 1, do CPP de Macau), na sequência de uma busca domiciliária (artigo 162.º, n.º 1, do CPP de Macau), de uma quantidade considerável de produtos estupefacientes, que, pela sua quantidade e natureza, fundamenta a responsabilidade jurídico-penal dos co-arguidos; tal ocorrerá, também, quando o órgão de polícia criminal utiliza violência, física ou psicológica, para obter declarações do arguido, que permitem, decorrentemente, a descoberta do cadáver da vítima e da arma do

homicídio coberta de impressões digitais do arguido, por aquele ter confessado a sua localização<sup>4</sup>.

Nestes casos tipológicos, a questão que se coloca é a de saber se a impossibilidade de utilização que incide sobre a prova primária, imediata ou directa (a escuta telefónica nula; a confissão do arguido) transmite-se, e, na afirmativa, em que medida e alcance, aos meios de prova secundários, mediatos, ou indirectos<sup>5-6-7</sup> (a apreensão, na sequência da busca domiciliária, de uma quantidade considerável de produtos estupefacientes; a descoberta do cadáver e da arma do crime), de forma a que a proibição de valoração se estenda a todas as provas (artigo 113.º, n.º 1, do CPP de Macau) que só foram alcançadas por força daquela invalidade originária: é esta, pois, a (candente) questão de se saber se as proibições de prova são (ou não) dotadas de um efeito-à-distância<sup>8</sup>, ou, noutra designação doutrinal, de um tele-efeito ou efeito-remoto.

<sup>4</sup> Neste sentido, HUGO LUZ DOS SANTOS, “Um estudo sobre Buscas Domiciliárias na Região Administrativa Especial de Macau e as Proibições de Prova”, in: *Revista da Administração Pública de Macau*, 2014/12, Número 106 (4.º de 2014), Volume 27, (2014), pp. 943-960, que seguiremos, em certos pontos, de muito perto.

<sup>5</sup> É nesta lógica (a das escutas telefónicas ilegais) que se inscreve a importância, de todos os lados reconhecida, dos *meios ocultos de investigação* “que surpreendem as pessoas atingidas nas suas formas mais descomprometidas e “inocentes” de acção, interacção e comunicação, levando-as a “dizer” – por vezes a “fazer” – coisas que de outro modo não diriam nem fariam; assim, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “O regime dos “conhecimentos da investigação” em Processo Penal”. Reflexões a partir das escutas telefónicas”, in *As Alterações aos Códigos Penal e de Processo Penal: Uma Reforma «Cirurgica»?*, André Lamas Leite (organização), Coimbra Editora, Coimbra, (2014), pp.154.

<sup>6</sup> Sobre os meios ocultos de investigação; Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Métodos Ocultos de Investigação” (Plädoyer para uma Teoria Geral), in *Que Futuro para o Direito Processual Penal?, Simpósio de Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, (2009), pp. 525 e ss.

<sup>7</sup> É neste quadrante temático que se inscreve a importância da *produção inconsciente de dados auto-incriminatórios*. A este respeito a doutrina alemã tem considerado que eles não caem no âmbito de tutela normativa do *nemo tenetur se ipsum accusare*; VOGEL, “Informationstechnologische Herausforderungen an das Strafprozessrecht”, in *Zis*, (2012), pp. 485-487; O *Supremo Tribunal Federal Alemão (BGH)* já analisou um caso de um *monólogo auto-incriminatório* em sede do qual o arguido, sem ter a consciência de que estava a ser gravado, através de *meios ocultos de investigação criminal*, confessou a prática de um crime grave. A esta luz, o *BGH* considerou que, pese embora a *confissão* tenha impendido sobre a prática de crime grave, aquele *monólogo* pertencia a um *núcleo irredutível*, e, por isso, *inviolável*, da *dignidade da pessoa humana* – mormente o *direito geral de personalidade* que se desdobra desta. Deste modo, o *BGH* decretou a *proibição de valoração* daqueles *monólogos auto-incriminatórios*; acórdão do *Supremo Tribunal Federal Alemão (BGH)*, de 22.12.2011, *HRRS*, (2012), n.º 268.

<sup>8</sup> Sobre esta designação, entre outros, JOÃO HENRIQUE GOMES DE SOUSA, “Das nulidades à “fruit of the poisonous tree doctrine – Escutas telefónicas e efeito à distância”, in *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, ano 66, pp. 729-730.

Por conseguinte, o presente artigo doutrinal colima-se a uma reflexão em torno o efeito remoto (é dizer, efeito à distância) das denominadas “*exclusionary rules*”, isto é dos preceitos que disciplinam preventivamente a actividade de investigação dos órgãos de polícia criminal na sua relação de mútua implicação com os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Para lograr tal desiderato, mobilizaremos a mais recente doutrina e jurisprudência norte-americanas em torno da “*fruit of the poisonous tree doctrine*”, e, ainda, a recente jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH); bem como analisaremos, no plano doutrinário, a noção dogmática de entrada no domicílio e de busca domiciliária.

Como veremos, e de harmonia com a mais recente doutrina e jurisprudência norte-americanas, o efeito remoto das proibições de prova nunca prefigurou, em si e por si, uma regra inderrogável e absoluta no Direito Processual Penal dos Estados Unidos da América; ao invés, tem-se assistido, progressivamente, e com a crítica acerba da doutrina norte-americana, a uma limitação, por parte da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América (US Supreme Court), do efeito remoto (ou do efeito à distância, ou, ainda, do tele-efeito), cujos contornos dogmáticos, pela sua pertinência e acerto, importam transportar para o Direito Processual Penal da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China (RAEM).

Com efeito, a questão que se coloca é, na estrita decorrência do que acima se deixou antecipado, a de saber se é (ou não) dogmática e legalmente justificada uma certa limitação, em medida que (ainda) se julga constitucionalmente suportável, de um certo naipe de direitos fundamentais (dentre os quais, o domicílio e a reserva da intimidade da vida privada<sup>9</sup>, que se autonomiza e desdobra daquele), a que corresponderá, simetricamente, uma certa expansão do âmbito de actuação policial em matéria de meios de obtenção de prova, tendo em vista, reflexa e instrumentalmente, antecipar a tutela de bens jurídicos supra-individuais, e, assim, defender preventivamente a integridade dos bens jurídicos de grande valor da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China (RAEM) – artigo 159.º, n.º 4, alínea a), do CPP de Macau.

<sup>9</sup> Que “*constitui uma condição da integridade da pessoa e a sua protecção deve ser considerada, actualmente, como um aspecto da protecção da dignidade humana*”, ANA LUÍSA PINTO, “Aspectos Problemáticos do Regime das Buscas Domiciliárias”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 15, N. 3, Julho-Setembro de 2005, Coimbra Editora, Coimbra, (2006), p. 415.

## II. Da doutrina norte-americana da “*exclusionary rules*”: a jurisprudência do *US Supreme Court* e do *TEDH* em matéria de “*independent source*” “*purged tainted limitation*” e “*inevitable discovery*” e da “*wilful blindness*”<sup>10</sup>

O regime jurídico que disciplina o meio de obtenção de prova, buscas domiciliárias, encontra-se densificado nos artigos 159.º a 162.º, do CPP de Macau (de forma essencialmente homogénea ao estatuído nos artigos 174.º a 177.º do CPP Português).

A questão que se coloca é, como acima se deixou antecipado, numa primeira hipótese, *quid iuris* quando um órgão de polícia criminal utiliza os conhecimentos adquiridos a partir de uma escuta telefónica nula, que permite a localização geográfica dos co-autores da prática, de um crime de tráfico de estupefacientes, e, por via dessa escuta telefónica nula, realizam a apreensão (artigo 163.º, n.º 1, do CPP de Macau), na sequência de uma busca domiciliária (artigo 162.º, n.º 1, do CPP de Macau), de uma quantidade considerável de produtos estupefacientes, que, pela sua quantidade e natureza, fundamenta a responsabilidade jurídico-penal dos co-arguidos; sendo certo que essa apreensão realizada no decurso da referida busca domiciliária sempre aconteceria, inevitavelmente, num outro momento processual, sensivelmente idêntico àquele, tendo em conta a fonte independente, que é a inquirição de uma testemunha/consumidor de produtos estupefacientes, que revelou a localização exacta do local onde os co-arguidos armazenavam o produto estupefaciente<sup>11</sup>.

Por outro lado, numa segunda hipótese, e mudando ligeiramente as coordenadas problemáticas da hipótese acima enunciada, *quid iuris* quando, a partir de uma escuta telefónica nula se obtém a localização geográfica de dois co-arguidos, que transportavam, num veículo automóvel, um número apreciável de

<sup>10</sup> Sobre a explicitação dos conceitos que a seguir se avançarão, na doutrina portuguesa, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, (1992), pp. 175 e ss; HELENA MORÃO, “O efeito-à-distância das proibições de prova no Direito Processual Penal português”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 16, N. 4, Outubro-Dezembro de 2006, Coimbra Editora, Coimbra, (2007), pp. 576 e ss; HELENA MORÃO, “Efeito-à-distância das proibições de prova e declarações confessoriais – o acórdão n.º 198/2004 do Tribunal Constitucional e o argumento “*the cat is out of the bag*”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 22, N.º 4, Outubro-Dezembro 2012, Director: Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), pp. 708 e ss; LUÍS BÉRTOLO ROSA, “Consequências Processuais da Proibições de Prova”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 20, N.º 2, Abril-Junho 2010, Director: Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, (2010), pp. 236 e ss.

<sup>11</sup> Referindo-se a esta hipótese, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Das Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, (1993), pp. 61.

produtos estupefacientes, sendo que o co-arguido A, que conduzia o referido veículo, afirmou, na audiência de discussão e julgamento, desconhecer, em absoluto, que transportava o referido produto estupefaciente; diferentemente, o co-arguido B confessou que estava plenamente ciente que transportava produtos estupefacientes, tendo ainda confessado a localização de um outro acervo de produtos estupefacientes.

Na primeira hipótese, denota-se a verificação, no âmbito das exclusionary rules<sup>12-13-14</sup>, da doutrina da fonte independente (independent source) e da descoberta inevitável (inevitable discovery) que, no fundo, são matizes da limitação do efeito à distância (Fernwirkung)<sup>15</sup> ou efeito remoto das proibições de prova (artigo 109.º, n.º 1, do CPP de Macau; artigo 122.º, n.º 1, do CPP de Portugal, artigo 32.º, n.º 8, da CRP).

Na segunda hipótese, estamos perante, ainda no quadro hermenêutico das “exclusionary rules”, da doutrina da mácula dissipada (purged tainted limitation) e, já no plano da afirmação da responsabilidade jurídico-penal do co-arguido B, de um estado voluntário de cegueira perante os factos (wilful blindness) que, no fundo, (também) são matizes da limitação do efeito à distância ou efeito remoto das proibições de prova (artigo 109.º, n.º 1, do CPP de Macau)<sup>16</sup>.

Por conseguinte, preliminarmente, cumpre esclarecer a teleologia iminente, tanto ao artigo 109.º, do CPP de Macau, como ao artigo 122.º, n.º 1, do CPP de Portugal, artigo 32.º, n.º 8, da CRP.

Com efeito, já antes do Código de Processo Penal actual, Figueiredo Dias, afirmava a inteira vigência entre nós da doutrina que os alemães cognominaram

<sup>12</sup> Muito criticamente acerca da existência de uma “good faith exclusionary rules”, nos quadros do direito processual penal norte-americano, RICHARD M. RE, “The Due Process Exclusionary Rule”, in *Harvard Law Review (HLR)*, Volume 127, Number 7, May 2014, (2014), pp. 1942-1945.

<sup>13</sup> A este propósito, a mais recente e abalizada doutrina norte-americana tem enfatizado a “exclusionary rule as a manifestation of judicial review”; assim, ROHITH V. SRINIVAS, “The exclusionary rule as Fourth Amendment Judicial Review”, in *American Criminal Law Review (ACLR)*, 49, 179, 181, (2012).

<sup>14</sup> Uma vez que, como bem refere autorizada doutrina norte-americana, “there can be no right without remedy”, Cfr. THOMAS K. CLANCY, “The Fourth Amendment’s Exclusionary Rule as a Constitutional Right”, in *10 Ohio ST. Journal of Criminal Law (OSJCL)*, 357, 357, (2013).

<sup>15</sup> Sobre a problemática das proibições de prova e dos meios ocultos de investigação, na doutrina alemã, SINGELSTEIN, “Möglichkeiten und Grenzen neuerer strafprozessualer Ermittlungsmassnahmen”, in *NStZ*, Beck, München, (2012), pp. 604-610.

<sup>16</sup> Referindo que “as proibições de prova emergentes apresentam uma estrutura teleológica nova, visando um efeito político extrínseco sobre a conduta futura de agentes policiais, uma função preventiva”; assim, PAULO DÁ MESQUITA, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento. Estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*, Dissertação de Doutoramento, Coimbra Editora, Coimbra, (2011), pp. 217, nota 128.

do Fernwirkung des Beweisverbots e os americanos do “fruit of the poisonous tree”<sup>17</sup>.

Pode, assim, afirmar-se com segurança que o sentido de uma norma prescrevendo que a invalidade do acto nulo se estende aos que deste dependerem ou que ele possa afectar (artigo 109.º, n.º 1, do CPP de Macau e artigo 122.º, n.º 1 do CPP de Portugal, artigo 32.º, n.º 8, da CRP) é, desde logo, o de abrir caminho à ponderação que – como adiante se verá – subjaz à chamada doutrina dos «frutos proibidos».

Com efeito, certas situações de «efeito-à-distância» não deixam de constituir uma das dimensões garantísticas do processo criminal, permitindo verificar se o nexos naturalístico que, caso a caso, se considere existir entre a prova originária inválida e a prova secundária posterior é, também ele, um nexos de antijuridicidade que fundamente o «efeito-à-distância»<sup>18</sup>; ou se, pelo contrário, existe na prova subsequente um tal grau de autonomia relativamente à primeira que a destaque substancialmente daquela<sup>19</sup>.

Mas para perceber o sentido e alcance da doutrina da Fernwirkung des Beweisverbots<sup>20-21</sup> e da “fruit of the poisonous tree” impõe-se realizar uma digressão pela doutrina e jurisprudência norte-americanas.

É universalmente conhecida a metáfora empregue pelo Juiz do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos, Felix Frankfurter, na decisão *Nardone v. United States*<sup>22-23</sup>, «Fruit of the poisonous tree» («Fruto da árvore venenosa») podendo, através dela, dizer-se constituir um meio de prova inválido a «árvore venenosa», importando determinar se a prova que aparece depois constitui «fruto» daquela «árvore» estando, por isso, também ele – o «fruto» – «envenenado». Poucas máximas conseguem sintetizar como esta de uma forma tão sugestiva aquilo que pretendem expressar. Por trás dela encontramos no

<sup>17</sup> Neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Para Uma reforma Global do Processo Penal Português”, in *Para uma Nova Justiça Penal*, Almedina, Coimbra, (1983), pág. 208.

<sup>18</sup> Com leitura idêntica, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Bruscamente no Verão Passado”, a *Reforma do Código de Processo Penal português- Observações críticas de uma Lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra Editora, Coimbra, (2009), 89-91.

<sup>19</sup> Assim, Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal, n.º 198/2004, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Rui Moura Ramos, que, em certos segmentos deste texto, seguiremos de muito perto; disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>20</sup> Assim, na doutrina alemã, GERALD GRÜNWARD, *Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung*, Baden-Baden, 3. Auflage, (2009), pp. 160-178.

<sup>21</sup> V., na doutrina alemã, JAN REINECKE, *Die Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten*, Beck, München, 4. Auflage, (2008), pp. 76-87.

<sup>22</sup> [308 U.S. 338 (1939)].

<sup>23</sup> Esta e as outras decisões do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América adiante referidas, podem ser consultadas em: <http://supct.law.cornell.edu/supct/search>.

entanto uma realidade extremamente complexa que vem fornecendo critérios de decisão, desde o seu aparecimento na ordem jurídica norte-americana, passando pelo seu desenvolvimento jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América, durante um período de mais de oitenta anos, e culminando com os importantes reflexos que tem noutros sistemas jurídicos, designadamente nos europeus continentais<sup>24</sup>.

A afirmação de um claro efeito reflexo de uma prova proibida sobre uma prova, em si mesma legal, mas derivada daquela, aparece pela primeira vez na decisão de 1920 do Supremo Tribunal norte-americano, *Silverthorne Lumber Co v. United States*<sup>25</sup>, redigida pelo Juiz Oliver Wendell Holmes, onde, aliás, a metáfora da «árvore venenosa» não é ainda empregue. Estava em causa nesta decisão uma apreensão reconhecidamente ilegal de determinados livros de contabilidade de uma sociedade, e os factos conhecidos através destes documentos, ilegalmente obtidos, serviram de base a uma ulterior incriminação dos dois sócios dessa sociedade (“O Governo, embora repudie e condene a apreensão ilegal, pretende prevalecer-se do direito de utilizar o conhecimento adquirido por esse meio que, de outra forma, não teria obtido”). Os termos precisos através dos quais o Supremo Tribunal Federal norte-americano expressou o seu entendimento, são fundamentais para uma correcta caracterização da doutrina então estabelecida.

Com efeito, afirmou o Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América que, o sentido profundo de um preceito proibindo a aquisição de prova de determinada forma não é apenas que essa prova, assim adquirida, não seja usada em tribunal naquelas circunstâncias. É, também, que ela não seja, pura e simplesmente, utilizada e quaisquer circunstâncias. Claro que isto não significa que os factos resultantes dessa prova se tornem sagrados e inacessíveis<sup>26</sup>. Se o conhecimento deles é adquirido por uma fonte independente [independent source] podem ser provados, como quaisquer outros, mas o conhecimento adquirido através do procedimento ilegal do Ministério Público não pode ser utilizado<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Assim, Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal, n.º 198/2004, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Rui Moura Ramos, que acompanharemos de muito perto, mesmo textualmente em certos pontos deste apartado; disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>25</sup> (251 U.S. 385).

<sup>26</sup> Assim também, na doutrina norte-americana, GEETANJLI MALHOTRA, “Resolving the Ambiguity Behind the Bright-Line Rule: The Effect of *Crawford v. Washington* on the Admissibility of 911 Calls in evidence-Based Domestic Prosecution Cases”, in *University of Illinois Law Review (UILR)*, Volume 2005, (2006), 234-236.

<sup>27</sup> (251 U. S. pág. 392).

Significa isto que, argumenta o Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América, o que se considerou ilegítimo foi o uso indirecto – para além do uso directo, que é pressuposto pela proibição do procedimento probatório ilegal. O Tribunal, porém, não excluiu em *Silverthorne* que esses mesmos factos pudessem ser obtidos no processo, desde que essa aquisição proviesse de um «fonte independente», ou seja, não se traduzisse numa atribuição de eficácia indirecta à prova proibida<sup>28-29</sup>.

Este mesmo entendimento foi fixado, de forma mais clara, na decisão, já anteriormente referida, do US Supreme Court onde a metáfora «fruto de uma árvore venenosa» foi pela primeira vez empregue<sup>30</sup> (a segunda decisão *Nardone* de 1939)<sup>31</sup>.

Nesta, estando em causa uma interceptação telefónica ilegal [que como tal havia sido anteriormente declarada na primeira decisão *Nardone* de 1937<sup>32</sup>, o Juiz *Frankfurter*, citando como precedente a sentença *Silverthorne*, e concretamente o trecho desta acima transcrito, afirmou que na prática esta afirmação genérica [referia-se à citação extraída de *Silverthorne*] coloca problemas de grande complexidade. Através de uma argumentação sofisticada é possível demonstrar uma conexão causal entre a informação obtida através da escuta telefónica ilegal e a prova do Governo [acusação]<sup>33</sup>.

Não obstante, continuou o Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América, tal conexão pode ser tão atenuada que, por razões de bom senso, dissipe essa mácula [dissipate the taint]. Uma forma simples de lidar com esta situação – que cumpra o § 605 [a norma de que resultava a ilegalidade da escuta], mas cumpra, igualmente, os fins da lei penal – é deixá-la nas mãos de juízes experientes. O ónus recai, obviamente sobre o acusado, que deve provar, primeiro, que a escuta telefónica foi ilegal. Uma vez estabelecido isto, o juiz de

<sup>28</sup> Neste sentido, na doutrina norte-americana, ROGER W. KIRST, “Does *Crawford* Provide a Stable Foundation for Confrontation Doctrine?”, in *Brooklyn Law Review (BLR)*, Volume 71, 1, (2005), pp. 67-89.

<sup>29</sup> Aproximadamente neste sentido, HELENA MORÃO, “O efeito-à-distância das proibições de prova no Direito Processual Penal português”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 16, N. 4, Outubro-Dezembro de 2006, Coimbra Editora, Coimbra, (2007), pp. 576.

<sup>30</sup> A segunda decisão *Nardone* de 1939.

<sup>31</sup> Assim também, na doutrina norte-americana, TOM LININGER, “Kids Say the Darnest Things: The Prosecutorial Use of Hearsay Statements by Children”, in *Indiana Law Journal (ILJ)*, Volume 82, (2007), pp. 1007.

<sup>32</sup> (302 U. S. 379)]

<sup>33</sup> No mesmo sentido, na doutrina belga, GREGORY LEWKOWICZ, “Droits de l’homme, droits du citoyen: les présupposés de la jurisprudence américaine et européenne”, in *Juger les droits de l’homme: Europe et Etats-Unis face à face*, Bruxelles, Bruylant, (2007), pp. 17-19.

juízo deve dar a oportunidade ao acusado de provar que parte substancial da acusação constitui «fruto de uma árvore venenosa» [the case against him was a fruit of the poisonous tree]. Isto deixa aberta uma ampla oportunidade de a acusação convencer o tribunal de julgamento de que a sua prova tem uma origem autónoma [independent origin]<sup>34</sup>”.

O contexto destas decisões foi o da afirmação da «regra de exclusão» (exclusionary rule)<sup>35</sup> segundo a qual a prova obtida pela acusação através da violação dos direitos constitucionais do acusado<sup>36</sup>, não pode ser usada contra este<sup>37-38</sup>.

Trata-se, assim, com a doutrina do «fruto da árvore venenosa», de estender a «regra de exclusão» às provas reflexas. Porém, esta projecção de invalidade aparece, desde os primórdios da formulação da doutrina, matizada por uma série de circunstâncias em que a prova derivada (derivada porque de alguma forma relacionada com a prova inválida) pode, não obstante, ser aceite como prova válida<sup>39</sup>.

Deste modo, através de uma longa elaboração jurisprudencial o Supremo Tribunal norte-americano pôde particularizar as circunstâncias em que uma prova reflexa deve ser excluída do efeito próprio da doutrina do «fruto da árvore venenosa»<sup>40</sup>. São fundamentalmente três esses grupos de circunstâncias: a chamada limitação da «fonte independente» (independent source limitation); a limitação da «descoberta inevitável» (inevitable discovery limitation); e a limitação da «mácula (nódoa) dissipada» (purged taint limitation)<sup>41</sup>.

<sup>34</sup> (308 U. S. pág. 341).

<sup>35</sup> Que, na óptica da doutrina norte-americana, serve para “*detering constitutional violations*”, DANIEL J. MELTZER, “Detering Constitutional Violations by Law Enforcement Officials: Plaintiffs and Defendants as Private Attorneys General”, in *Columbia Law Review (CLR)*, 247, 269-270 (1988).

<sup>36</sup> Neste sentido, na doutrina norte-americana, produzida no âmbito da *exclusionary rule*: KERMIT L. HALL, *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York/Oxford, (1992), pág. 202-214; 234-245; 264-278.

<sup>37</sup> Esta regra foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América, pela primeira vez, em 1914 na decisão *Weeks v. United States* (232 U.S. 383), no contexto da Federação e foi estendida aos Estados em 1961 com *Mapp v. Ohio* (367 U.S. 643).

<sup>38</sup> Assim, na doutrina norte-americana, LEONARD W. LEVY, “Exclusionary Rule”, in *Criminal Justice and the Supreme Court*, New York, (1990), pág. 115-156, com referências bibliográficas e jurisprudenciais.

<sup>39</sup> Assim, na doutrina norte-americana, CHARLES McCORMICK, *McCormick on Evidence*, Saint Paul (MN), Thomson/West, (2006), § 176-§191.

<sup>40</sup> Sobre esta evolução jurisprudencial, com especial ênfase no “*due process of law*” RYAN C. WILLIAMS, “The One and Only Substantive Due Process Clause”, in *Yale Law Journal (YLJ)*, 408, 420-421, 434, 456, (2010).

<sup>41</sup> V., na doutrina norte-americana, LEROLD H. ISRAEL/WAYNE R. LAFAYE, *Criminal Procedure – Constitutional Limitations*, 7th edition. St. Paul, Minnesota, (2006), págs. 287/306.

A primeira limitação, a «fonte independente», remonta à decisão *Silverthorne*, onde o Juiz Holmes excepcionou, expressamente, a existência de uma independent source corroborando os conhecimentos que também eram derivados da prova proibida<sup>42</sup>; tal fonte possibilitaria a aceitação daqueles conhecimentos. Existem diversas decisões do Supreme Court afirmando esta limitação, a título de exemplo cita-se *Segura v. United States* de 1983<sup>43</sup>, onde a uma busca domiciliária inicial sem mandado, na qual foi observada “parafernália própria para o tráfico de droga”, mas não a própria droga, se seguiu uma segunda busca domiciliária com mandado (baseado este numa «causa provável» anterior à primeira busca) em que a droga foi efectivamente encontrada. O Tribunal, excluindo o que foi encontrado na primeira busca domiciliária (ilegal), manteve, no entanto, como prova válida o estupefaciente apreendido na segunda busca domiciliária (legal), considerando-o proveniente de uma «fonte independente»<sup>44</sup>.

A este propósito, o Supremo Tribunal Federal norte-americano perfilhou o entendimento de que, a prova em causa é admissível<sup>45</sup>, é inteiramente consistente com os casos anteriores, que representam mais de meio século de decisões. O Tribunal nunca afirmou que a prova constitua «fruto da árvore venenosa»<sup>46</sup> apenas porque não teria aparecido se não fosse a actividade ilegal da polícia. [Desses casos decorre] claramente que a prova não será excluída como «fruto» a não ser que a ilegalidade tenha sido causa sine qua non da própria descoberta dessa prova”<sup>47</sup>.

A outra restrição à doutrina do «fruto da árvore venenosa», que é referida como a limitação da «descoberta inevitável», assenta na ideia de que a projecção do efeito da prova proibida não impossibilita a admissão de outras provas derivadas quando estas tivessem inevitavelmente (would inevitably) sido des-

<sup>42</sup> *United States v. Dessesauere*, 429 F.3d 359, 369–70 (1st Cir. 2005)

<sup>43</sup> (468 U.S. 796).

<sup>44</sup> Sobre este aresto jurisprudencial, com muito interesse, JENNY MCEWAN, “Pragmatism Against Principle”, in *San Diego Law Review (SDLR)*, Volume 44, (2007), pp. 605–608.

<sup>45</sup> Na doutrina norte-americana, WAYNE A. LOGAN, “Policing Identity”, in: *Buffalo University Law Review*, 92, 561, 1593–602 (2012).

<sup>46</sup> *Pretzantzin v. Holder*, 736 F.3d 641, 646 & n.6 (2d Cir. 2013) (discussing circuit court disagreement on suppressing identity evidence); *United States v. Navarro-Diaz*, 420 F.3d 581, 584–86 (6th Cir. 2005) (same); *People v. Tolentino*, 926 N.E.2d 1212, 1214–16 (N.Y. 2010), cert. dismissed, 131 S. Ct. 1387 (2011) (discussing circuit split in deciding not to suppress identifying information collected during an unlawful traffic stop).

<sup>47</sup> (468 U.S. pág. 815).

cobertas, através de outra actividade investigatória legal<sup>48</sup>. Note-se que o que aqui está em causa não é, contrariamente ao que sucede no caso da «fonte independente», a constatação de que através de uma actividade de investigação autónoma daquela que originou a prova ilegal se chegou efectivamente à prova derivada<sup>49</sup>. Contrariamente, nestas situações, está em causa a demonstração pela acusação de que uma outra actividade investigatória não levada a cabo, mas que seguramente iria ocorrer naquela situação, não fora a descoberta através da prova proibida, conduziria inevitavelmente ao mesmo resultado<sup>50</sup>.

Constitui paradigma desta limitação o caso de 1983, *Nix v. Williams*<sup>51</sup>, também conhecido por *Williams II*, onde um interrogatório ilegal, porque não precedido da leitura dos *Miranda warnings*<sup>52</sup>, levou o suspeito a indicar a localização do cadáver da vítima<sup>53</sup>. Este, porém, sendo certo que ocorriam concomitantemente buscas no local onde foi encontrado, viria seguramente, embora eventualmente mais tarde, a ser descoberto<sup>54</sup>. A respeito da validade processual da descoberta baseada na prova inquinada, observou o Tribunal nesta decisão (*Williams II*) que o fundamento da extensão da regra de exclusão à prova que constitui «fruto» da actuação ilegal da polícia<sup>55-56</sup>, é a de que essa consequência extrema se mostra necessária para dissuadir a polícia de violar os direitos cons-

<sup>48</sup> Na doutrina norte-americana, MICHAEL KIMBERLY, “Comment, Discovering Arrest Warrants: Intervening Police Conduct and Foreseeability”, in: *Yale Law Journal (YLJ)*, 18, 177, 178 (2008) (arguing for suppression whenever police can reasonably foresee a mere possibility, as opposed to a likelihood, of discovering evidence).

<sup>49</sup> Que, no dizer de autorizada doutrina norte-americana, “requires evidentiary suppression or any other remedy”, LAWRENCE ROSENTHAL, “Seven Theses in Grudging Defense of the Exclusionary Rule”, in *Ohio St. Journal of Criminal Law (OSJCL)*, 525, 525-527, (2013).

<sup>50</sup> ISRAEL/LAFAVE, cit. pp. 297.

<sup>51</sup> (467 U.S. 430).

<sup>52</sup> *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436 (1966)).

<sup>53</sup> Assim também, num artigo sobre a jurisprudência *Miranda v. Arizona*, YALE KAMISAR, “The Rise, Decline and Fall (?) of *Miranda*”, in *Washington Law Review (WLR)*, Volume 87, n.º 4, (2012), pp. 966.

<sup>54</sup> Mais recentemente, na jurisprudência do *US Supreme Court*, *New York v. Harris*, 495 U.S. 14 (1990); *Taylor v. Alabama*, 457 U.S. 687 (1982); *United States v. Crews*, 445 U.S. 463 (1980); *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590 (1975).

<sup>55</sup> O reverso da medalha, é, justamente, a “excepção da boa fé da conduta policial” (*good-faith exception to the exclusionary rule*), *U.S. v. Leon*, 468 US 897 (1984), assente no tipo de conduta levada a cabo pelos agentes do governo, disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions>.

<sup>56</sup> Referindo a este propósito que “if a particular guarantee of the Constitution is violated, no substitute procedure can cure the violation”; o Acórdão do *US Supreme Court*, *Bullcoming v. New Mexico*, 131 S. Ct 2705, (2011), também disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions>.

titucionais dos suspeitos<sup>57</sup>, não obstante o elevado custo social<sup>58</sup> que representa deixar impunes óbvios culpados [letting obviously guilty persons go unpunished]<sup>59</sup>. Significa este fundamento que a acusação não deve ser colocada numa melhor posição do que aquela em que estaria na ausência da ilegalidade<sup>60</sup>.

Por contraste, a doutrina da fonte independente – permitindo a admissão de prova descoberta por meios inteiramente independentes de qualquer violação constitucional – assenta no fundamento lógico de que o interesse da sociedade<sup>61</sup> em evitar condutas policiais ilegais e o interesse público em que os jurados tenham acesso a toda a prova existente de um crime<sup>62</sup>, sejam postos em equilíbrio, colocando a polícia na mesma, e não em pior, posição do que

<sup>57</sup> Na medida em que esse é o “*original meaning of the process*”; o Acórdão do *US Supreme Court, McDonald v City of Chicago*, 130 S. Ct 3020, 3084 (2010), também disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions>.

<sup>58</sup> Esta ideia tem subjacente a (muito discutida) doutrina norte-americana da *cost-benefit analysis*, que teve expressão jurisprudencial no acórdão do *Us Supreme Court, Herring v. United States*, 555 U.S. (2009) e, mais recentemente, nos acórdãos do *Us Supreme Court, United States v. Cozzi*, 613 F.3d 725 (7th Cir. 2010); *United States v. Slough*, 641 F.3d 544, 553–54 (D.C. Cir. 2011); *United States v. Fofana*, 666 F.3d 985 (6th Cir. 2012). A bibliografia, em matéria de *Cost-Benefits Analysis*, nomeadamente em língua inglesa, é, hoje, inabarcável, pelo que se indica, sem pretensão de exaustividade ou de hierarquização dogmática, na doutrina norte-americana, CASS R. SUNSTEIN, *Valuing Life: Humanizing the Regulatory State*, New York, (2014), *passim*; JEFFREY GORDON, “The Empty Call for Cost-Benefits Analysis for Financial Regulators”, in: *Journal of Legal Studies*, Vol. 43, S351, (2014); CASS R. SUNSTEIN, “The Limits of Quantification”, in: *California Law Review*, Vol. 103, 1369, (2014); MATHEW ADLER & ERIC A. POSNER, “New Foundations of Cost-Benefit Analysis”, in: *Regulation & Governance*, Vol. 3, 72, (2006); THOMAS J. MILES & CASS R. SUNSTEIN, “The Real World of Arbitrariness Review”, in: *University of Chicago Law Review*, vol. 75, 761, (2008); JOHN C. COATES IV, “Cost-Benefit Analysis of Financial Regulation: Case Studies and Implications”, in: *Yale Law Journal*, Volume 124, pp. 882-911, (2015); ERIC A. POSNER & E. GLEN WEYL, “Cost-Benefit Analysis of Financial Regulations: Response to Criticisms”, in: *Yale Law Journal*, January 2015, Volume 124, (2015), pp. 246-265.

<sup>59</sup> Sendo essa uma das razões pela qual a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América estatua a “*admissibilidade da exceção da boa fé da conduta policial*”; assim, *Herring v. U.S.*, U.S. 07-513 (14-01-2009), disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions>.

<sup>60</sup> Assim, na doutrina norte-americana, TRACEY L. MEARES, “Everything Old is New Again: Fundamental Fairness and the New Legitimacy of Criminal Justice”, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, Volume 3, (2005), pp. 111-114.

<sup>61</sup> Que se fundará “*numa ideia de preservação da integridade moral ou axiológica do Estado*”, SANDRA OLIVEIRA E SILVA, “Legalidade da prova e Provas Proibidas”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 21, N. 4, Outubro-Dezembro de 2011, Coimbra Editora, Coimbra, (2012), pp. 579.

<sup>62</sup> Assim, Acórdão do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América, *Irvine v. California*, 347 U.S. 128 (1954), também disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions>.

aquela em que estaria, não fora o seu erro ou conduta incorrecta<sup>63</sup>. Embora a doutrina da fonte independente não se aplique nesta situação, a sua razão de ser é consistente e justifica a adopção da excepção da descoberta inevitável à regra de exclusão<sup>64</sup>.

Quando a acusação logra estabelecer, por critérios de preponderância da prova, que determinada informação, em última análise ou inevitavelmente, teria sido descoberta por meios legais, neste caso buscas que estavam em curso, então o fundamento da dissuasão [de procedimentos ilegais] apresenta uma base tão reduzida que não impede a admissão da prova [then the deterrence rationale has so little basis that the evidence should be received]”<sup>65</sup>.

A terceira limitação estabelecida pelo Supremo Tribunal norte-americano à doutrina dos «frutos de uma árvore venenosa», pode ser denominada, numa tradução algo livre, «mácula dissipada» (purged taint limitation)<sup>66</sup>.

Nesta, admite-se que uma prova, não obstante derivada de outra prova ilegal, seja aceite, sempre que os meios de alcançar aquela apresentem uma forte autonomia relativamente a esta, em termos tais que produzam uma decisiva atenuação da ilegalidade precedente. Como se viu do trecho antes transcrito de Nardone II, o Juiz Frankfurter já falava em 1939 numa conexão tão atenuada com a prova proibida que «dissipava a mácula» (such connection have become so attenuated as to dissipate the taint). O Supreme Court vem, desde então, ao longo de seis décadas, exprimindo esta ideia ao falar de meios de aquisição da prova derivada “suficientemente distintos” da prova originariamente ilegal que a tornam algo de tão longínquo que a «mácula» se dissipa. Foi o que o Supremo Tribunal Federal norte-americano disse, em 1962, em *Wong Sun e al. v. United States*<sup>67</sup>, numa situação que, por se referir a uma confissão posterior à prova proibida, apresenta um certo paralelismo com a segunda hipótese prática que acima enumerámos. Nesta decisão considerou-se que a invalidade de uma detenção inicial, não assente em «causa provável», não afectava uma posterior confissão voluntária e esclarecida quanto às suas consequências, tratando-se esta de um «acto independente praticado de livre vontade» (independent act of

<sup>63</sup> Sendo fundamentalmente esta a razão pela qual a mais autorizada doutrina alemã se refira a uma “*legitimação através do processo*”, NIKLAS LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 1. Auflage, Beck, München, (1969), pp. 5-7.

<sup>64</sup> Em sentido próximo, com algumas particularidades, CHRISTOPHER MCCRUDEN, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, in *European Journal of International Law*, Volume 19, (2008), pp. 706-709.

<sup>65</sup> Essencialmente no mesmo sentido, na doutrina norte-americana, JASON MAZZONE, “The Bill of Rights in the Early State Courts”, in *Minnesota Law Review (MLR)*, Volume 92, (2007), pp. 45-78.

<sup>66</sup> ISRAEL/LAFAVE, ob. cit. págs. 299/301.

<sup>67</sup> (37 U.S. 471).

free will)<sup>68</sup>, ou, na designação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), uma “informação qualificada” prestada, ex post facto, pelo arguido<sup>69</sup>.

A este respeito constata-se mesmo a existência de um sentido uniforme nas decisões do Supremo Tribunal norte-americano<sup>70</sup>, considerando que nos casos de prova derivada envolvendo actos de vontade (derivative evidence involving volitional acts), traduzidos, por exemplo, no depoimento de testemunhas ou na decisão do suspeito de confessar o crime ou de prestar declarações relevantes quanto a este<sup>71</sup>, a invalidade da prova anterior não se projecta na prova posterior, porque assente em decisões autónomas e produto de uma livre vontade<sup>72</sup>.

Volvendo à primeira hipótese prática que nos interpela, afigura-se-nos de meridiana clareza que a mesma subsume-se às limitações do efeito à distância da fonte independente e da descoberta inevitável. Quanto à segunda hipótese prática subsume-se, combinadamente, à limitação da mácula dissipada e, no plano da responsabilidade jurídico-penal do co-arguido A, à willful blindness.

Mas o que significa a willful blindness?

Às três limitações à doutrina “efeito à distância” das proibições de prova soma-se uma outra sub-limitação, denominada pela doutrina norte-americana, “willful blindness”, com relevo directo na resolução da segunda hipótese, no que se refere ao co-arguido A e ao (alegado) desconhecimento de que transportava<sup>73</sup>, conjuntamente com o co-arguido B, produtos estupefacientes; sendo

<sup>68</sup> ISRAEL/LAFAVE, ob. cit. pág. 302.

<sup>69</sup> Assim, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), *Gäfgen v. Alemanha*, 5.ª secção, (T.E.D.H.), de 30 de Junho de 2008; apesar de o arguido não ter o dever de contribuir para a sua própria incriminação (TEDH *Saunders c. UK*, de 17/12/1996 (§ 68; TEDH *Heaney and McGuinness c. UK*, de 21/12/2000 (§ 40), mesmo quando a obtenção da prova fere um direito protegido pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (TEDH *Khan* § 34; *Allan* § 42; *PG e JH c. Reino Unido*, de 25/09/2001), nos quadros de processo justo e equitativo (*Içoz c. Turquia*, de 09/01/2003; *Jalloh* §§ 99, 104, *Goçmen c. Turquia*, de 17/10/2006 (§ 73); *Haroutyunian c. Arménia*, de 28/06/2007, (§ 63).

<sup>70</sup> Neste sentido as decisões, respectivamente, de 1971 e 1985, *Michigan v. Tucker* (417 U. S. 433) e *Oregon v. Elstad* [470 U.S. 298]).

<sup>71</sup> Em sentido próximo, na doutrina italiana, ENRICO MARZADURI, “Diritto alla prova testimoniale e modalità di escussione del testimone”, in *Associazione Tra Gli Studiosi Del Processo Penale*, (2005), pp. 17-35.

<sup>72</sup> Cfr. STEVEN D. CLYMER, “Are Police Free to Disregard Miranda?”, in *Yale Law Journal* (YLJ), vol. 112, n.º 3, Dezembro de 2002, (2002), pág. 510.

<sup>73</sup> Esta segunda hipótese funda-se, essencialmente, nos factos naturalísticos que estiveram na base do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 198/2004, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Moura Ramos, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); o Tribunal Constitucional não fez qualquer referência à doutrina norte-americana da *willful blindness*, mas, pelas razões que exporemos em texto, poderia (e deveria) tê-lo feito. Uma parte da doutrina mais abalizada verbaliza, com razão, algumas dúvidas relativamente à solução normativa encontrada pelo Tribunal Constitucional no que

certo que a condenação de A fundou-se, sem outra corroboração probatória, exclusivamente, no depoimento do co-arguido<sup>74-75</sup> B.

Com efeito, no que se refere ao “willful blindness”, no sistema jurídico norte – americano são identificados quatro títulos de imputação subjectiva (ao contrário dos sistemas jurídicos continentais, que adoptam um sistema dualista, exclusivamente baseado nas figuras do dolo e da negligência).

Assim, de acordo com o Model Penal Code<sup>76</sup>, em particular a sua secção 2.02, o autor do facto criminoso pode actuar Purposely, Knowingly, Recklessly ou Negligently.

À parte da questão do concreto preenchimento dos títulos de imputação subjectiva, constantes dos parágrafos 3 e 5, que não se desenvolverá por não

respeita à condenação do co-arguido A, cuja afirmação da sua responsabilidade jurídico-penal escorou-se, exclusivamente, no *depoimento do co-arguido B*, que, como se disse, *confessou* os factos ilícitos-típicos, revelando estar *plenamente ciente* de que transportava produtos estupefacientes. Não desenvolveremos, nesta sede, a questão do *depoimento do co-arguido* e sobre a *corroboração probatória* (ver, por todos, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 133/2010 relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Vítor Gomes, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)); a este respeito a referida doutrina afirma que “os alicerces do acórdão da primeira instância do caso português mostram-se igualmente frágeis por outros motivos. Efectivamente mesmo que fosse válido, o depoimento do arguido A em audiência limita-se a confirmar que este conduzia o seu automóvel, vindo de Lisboa, o que, por si só, não constitui prova de crime algum. Apenas o seu co-arguido relata e confessa o contexto delituoso do transporte de droga. Desta forma, a condenação de A apoiou-se fundamentalmente nas declarações do seu co-arguido, como admite, aliás, o próprio Tribunal Constitucional”, Neste sentido, HELENA MORÃO, “Efeito-à-distância das proibições de prova e declarações confessórias – o acórdão n.º 198/2004 do Tribunal Constitucional e o argumento “*the cat is out of the bag*”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 22, N.º 4, Outubro-Dezembro 2012, Director: Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), pp. 724.

<sup>74</sup> Sobre o *depoimento do co-arguido*, por todos, HUGO LUZ DOS SANTOS, “Recurso de Apelação. Falta de Fundamentação da Decisão de Extracção de ADN, Derrogação do mandado de esgotante apreciação do ilícito”, in *Revista do Ministério Público (RMP)*, n.º 135, Ano 34, Julho-Setembro de 2013, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), *passim*.

<sup>75</sup> Talvez seja por isso que, ainda que noutro campo temático, mas sem perder de vista, certamente, o depoimento do co-arguido, a doutrina refira que “a intransmissibilidade das declarações do arguido constitui, em resumo, um mecanismo relativo a uma política sobre a formação da prova declarativa que tem como fonte o arguido”; assim, PAULO DÁ MESQUITA, “A utilizabilidade probatória no julgamento das declarações processuais anteriores do arguido e a revisão de 2013 do Código de Processo Penal”, in *As Alterações aos Códigos Penal e de Processo Penal: Uma Reforma «Cirúrgica»?*, André Lamas Leite (organização), Coimbra Editora, Coimbra, (2014), pp.142.

<sup>76</sup> O Model Penal Code consiste num texto proposto em 1962, pelo *American Law Institut*, como possível denominador (*standard*) da legislação penal dos vários Estados federados e que, actualmente, apesar de não ter assumido a forma de lei, assume influência relevante para a doutrina e para a jurisprudência que a ela frequentemente recorrem como modelo interpretativo.

ser absolutamente pertinente para a economia do presente artigo, é, contudo, importante sinalizar que a jurisprudência e a doutrina dos Estados Unidos têm revelado particular preocupação com a análise da relação entre Knowledge e Willful Blindness.

Concretamente, pretende-se avaliar se o agente que não conhece efetivamente as circunstâncias do facto, mas cujo desconhecimento resulta de uma decisão voluntária de não conhecer, pode ser jurídico – penalmente responsabilizado por uma infração que, ao nível subjectivo, depende daquele conhecimento.

Em particular, a willful blindness está relacionada com a circunstância de o agente se colocar conscientemente numa situação de cegueira (blindness) perante os factos<sup>77</sup>.

No sistema americano, esta questão tem sido colocada muito frequentemente no âmbito do tipo legal de crime de tráfico de estupefacientes, o qual implica que o agente “conheça” o facto de estar a praticar actos materiais – produção, distribuição, venda ou detenção – sobre uma substância proibida (controlled substance), sendo esta questão debatida amplamente pela doutrina norte-americana<sup>78-79-80-81-82</sup>, no âmbito temático do confisco in rem, mais pro-

<sup>77</sup> Assim, HUGO LUZ DOS SANTOS, “A Criminalidade económico-financeira na Região Administrativa Especial de Macau (RAEM): Subsídios para a interpretação da lei do branqueamento de capitais”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau (BFDUM)*, n.º 36, Macau, China, (2015), *passim*.

<sup>78</sup> Neste sentido, JOÃO MATOS VIANA, “O administrador que assina sem prévia confirmação, documento com conteúdo ilícito; caso de conhecimento ou ignorância do facto típico”, in *Direito Penal Económico e Financeiro, Conferências do Curso Pós-Graduação de Aperfeiçoamento*, Coordenadores Maria Fernanda Palma; Augusto Silva Dias; Paulo de Sousa Mendes, Coimbra Editora, Coimbra, (2012), pp. 96-105, que seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

<sup>79</sup> Neste sentido, na doutrina norte-americana, STEVEN SCHARCZ/ALAN E. ROTHMAN, “Civil Forfeiture: a higher form of commercial law”, in *Fordham Law Review*, Volume 62, (2008), pp. 277-304.

<sup>80</sup> Neste sentido, na doutrina norte-americana, STEFAN D. CASSELLA, “The Innocent owner defense to civil asset forfeiture, Civil Forfeiture reform act of 2000 creates a Uniform Innocent Owner Defense to Most Civil Forfeiture Cases Filed by Federal Government”, in *Selected Works of STEFAN D. CASSELLA*, (2006), pp. 29.

<sup>81</sup> Neste sentido, os Acórdãos do Supremo Tribunal dos Estados Unidos (US SUPREME COURT), *United States v. Certain Funds on Deposit in Account*, E.D.N.Y, 1991; *United States v. Dacarrett*, Nos 1264, 1265, 92 – 6229, 92-6259; *United States v. Banco Cafetero Panamá*, 797, F.2, 1154, (2d Cir.1986).

<sup>82</sup> Neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos (US SUPREME COURT), *United States v. Buena Vista Ave II*, 113, S. Ct, 1126, 1993.

priamente da “innocent owner defense”<sup>83</sup>, no sentido da protecção dos bona fide purchasers<sup>84</sup>.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos tem negado provimento aos recursos dos (alegados) bona fide purchasers, com base, justamente, na ideia motriz que “um arguido que permanece “willful blind” não tem legitimidade para reivindicar os benefícios emergentes do “innocent owner defense”<sup>85-86</sup>.

Revertendo ao caso concreto, referente à segunda hipótese, o co-arguido A é “willful blind”<sup>87</sup>, porque, à luz das regras da experiência comum (artigo 114.º, do CPP de Macau e artigo 127.º, do CPP de Macau), estava plenamente ciente das circunstâncias suspeitas que rodearam o transporte daquele concreto acervo de produto estupefaciente e conformou-se com aquele transporte – que já é distribuição; uma vez que o tipo legal de crime de tráfico de estupefacientes é um crime exaurido, excutido ou de empreendimento, consumando-se no primeiro acto de execução, sendo os actos posteriores a continuação do crime já iniciado<sup>88</sup> (artigo 21.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 21 de Janeiro).

<sup>83</sup> Neste sentido, HUGO LUZ DOS SANTOS, “O acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) *Varvara c. Itália* e o confisco alargado na União Europeia: um passo atrás no “crime doesn’t pay”, in *Scientia Iuridica (SI)*, Tomo LXIII, N.º 334, Janeiro/Abril de 2014, Cejur, Braga, (2014), pp. 103-106.

<sup>84</sup> Neste sentido, os Acórdãos do Supremo Tribunal dos Estados Unidos (US SUPREME COURT), *United States v. One 1987 Volkswagen Jetta* 760 F. Supp. 772, 775 (W.D. Mo, 1991); *United States v. one 45 Douglas C- 54* (DC-4).

<sup>85</sup> Neste sentido, Acórdãos do Supremo Tribunal dos Estados Unidos (US SUPREME COURT), *United States v. 316 United of Mun. Secs.* 725, F. Supp. 172, 180, (S.D.N.Y.M., 1989); *United States v. 1977 Porsche Carrera*, 748, F. Supp. 1180, 1185 (W.D. Tex. 1990), *aff’d*, 946, F, 2d 30 (5th Cir. 1991); *United States v. Real Property 874 Gartel Drive*, 79 F.3d 918, 1996.

<sup>86</sup> Sobre a *innocent owner defense* no quadro da “civil forfeiture” e de uma questão (candente) nos Estados Unidos da América em torno da “nazi looted artwork” e da “Laches defense”, que não desenvolveremos, e do recente Acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos (US SUPREME COURT), *United States v. Portrait of Wally*, 663, F. Supp. 2d 232, 238, (S.D.N.Y.), 2009; PATRICIA RUIZ, “If you could say it in words, there’d be no reason to paint: recovering beloved works of art through civil forfeiture”, in *Northern Illinois Law Review*, Volume 3, Fall 2011, Number 1, (2011), pp. 37 e ss.

<sup>87</sup> Para um caso semelhante, de “Willful blindness”, Acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos (US SUPREME COURT), *United States v. Giovanetti*, 919, F. 2d 1223 (7th Circuit 1990).

<sup>88</sup> Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 26/06/2012, relatado pela Exma. Senhora Desembargadora Ana Barata Brito, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Deste modo, em síntese, a doutrina norte-americana<sup>89-90-91</sup> e a jurisprudência do Supremo Tribunal Americano consideram que o pressuposto do “conhecimento” fica preenchido sempre que o estado mental do agente corresponda a uma situação de willful blindness.

O que bem se compreende.

Na verdade, atenta a teoria do contacto social, e havendo uma ligação especial<sup>92</sup> entre o co-arguido B e o co-arguido A, (alegadamente) de boa fé, formam-se a partir desse aforismo os denominados círculos de diligência devida<sup>93</sup>, consubstanciados no universo de deveres de protecção (Schutzpflichten)<sup>94</sup> que emergem na esfera jurídica do co-arguido A, sob a forma de um ónus de proteger, pelo acesso à informação, a sua esfera jurídica; isto é, desse círculo de diligência devida resulta um especial dever de monitorização<sup>95</sup>, de informação<sup>96</sup>, da proveniência e natureza do produto estupefaciente que A e B transportavam para Lisboa.

O que significa que se o co-arguido A não observar esse ónus de informação/monitorização, consubstanciado, nomeadamente, na recusa em transportar tal produto estupefaciente, sibi imputet, devendo o mesmo (co-arguido A), ser jurídico –penalmente responsabilizado pela prática do tipo legal de crime de

<sup>89</sup> Neste sentido, na doutrina norte-americana, DOUGLAS HUSAK/CRAIG CALLENDER, “Willful ignorance, knowledge and the “equal culpability” thesis: a study of deeper significance of the principle of legality”, in *Winsconsin Law Review*, 29, (1994), pp. 10 e ss.

<sup>90</sup> Neste sentido, na doutrina norte-americana, ROBIN CHARLOW, “Willful ignorance and criminal culpability”, in *Texas Law Review*, Volume 70, (1992), pp. 1434 e ss.

<sup>91</sup> Neste sentido, JOÃO MATOS VIANA, “O administrador que assina sem prévia confirmação, documento com conteúdo ilícito; caso de conhecimento ou ignorância do facto típico”, cit., pp. 96-105, que vimos seguindo de muito perto, mesmo textualmente.

<sup>92</sup> Neste sentido, na doutrina alemã, GÜNTHER TEUBNER, “Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gezetzbuch”, II, in *Luchterhand, Neuwied*, 980, & 242, n.º 58.

<sup>93</sup> Neste sentido, ainda que noutra âmbito temático, o notável estudo realizado por MIGUEL BRITO BASTOS, “Deveres Acessórios de informação. Em especial, os deveres de informação do credor perante o fiador”, in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano V (2013), Números I-II, Director: António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, (2013), pp. 275.

<sup>94</sup> Neste sentido, com base numa monumental análise de direito comparado, PEDRO CAETANO NUNES, “Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores”, in *II Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, (2013), pp. 217.

<sup>95</sup> Assim, aproximadamente neste sentido, na doutrina alemã, WELTEN, *Normkenntnis und Normverständnis*, Baden-Baden, (2003), pp. 90.

<sup>96</sup> Razão pela qual autorizada doutrina brasileira refira, recorrendo à teoria das normas, que a “norma secundária (abstenha-se de praticar a conduta planeada) nasce apenas quando o sujeito possui um motivo concreto para se informar”; assim, ALAOR LEITE, “Existem Deveres Gerais de Informação no Direito Penal?”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 23, N. 2, Abril-Junho de 2013, Coimbra Editora, Coimbra, (2014), pp. 223-224, que seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

tráfico de estupefacientes não sendo, pois, considerado terceiro de boa fé<sup>97-98</sup>, nos termos referidos pela doutrina e jurisprudência norte-americanas.

Concretizando: os nexos de imputação subjectiva (principalmente o knowledge) e a willful blindness entrelaçam-se e interpenetram-se, numa relação de mútua implicação, sendo o dever de informação o seu baluarte intransponível.

Porquanto, quando o sujeito, como sucede nos casos de willful blindness, actua com consciência segura do ilícito, o Estado-Juiz está em condições de exigir uma abstenção categórica.

Dito de forma cortante e sincrética: o arguido possui nesses casos total controle sobre a actuação e consequências que dela advirão, na medida em que possui, a montante, não só um motivo concreto para se informar, como, a jusante, o domínio de facto sobre o conglomerado informativo que pode, em última análise, infirmar ou confirmar a sua responsabilidade jurídico-penal.

Por conseguinte, quando (e se) o arguido cumpra a norma secundária de conteúdo “informe-se” – o dever de informação – e aceda à consciência segura do crime, então surge a norma secundária que exige a abstenção categórica. Apenas nesse momento é que o Estado-Juiz pode exigir legitimamente uma abstenção categórica por parte dos arguidos (seus cidadãos) e puni-los em caso de violação dessa exigência – nestes casos tipológicos, o Estado pode (deve) exigir do sujeito uma abstenção categórica do seu projecto de conduta criminosa<sup>99</sup>.

Esse é o pólo irradiador que deve nortear a resolução do problema do dever de informação, no quadro contextual dos nexos de imputação subjectiva (principalmente o knowledge) e a willful blindness.

Com estes exemplos respeitantes à doutrina dos «frutos da árvore envenenada» nos Estados Unidos da América, procurou-se traçar, genericamente, o quadro de referência desta no que podemos chamar o seu «ambiente natural».

<sup>97</sup> Referindo-se ao “núcleo protector do terceiro de boa fé”, JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, “O artigo 5.º do Código do Registo Predial e a compra e venda imobiliária”, in *Revista O Direito*, Ano 143, 2011, V, Coimbra, Almedina, (2012), pp. 978.

<sup>98</sup> Aduzindo à boa fé como “princípio fundamental do direito privado”, ANA MARIA TAVEIRA DA FONSECA, “Publicidade espontânea e publicidade provocada de direitos reais sobre imóveis”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, N.º 20, Cejur, Braga, Coimbra Editora, (2008), pp. 21.

<sup>99</sup> Sobre a relação de mútua implicação entre o *dever de informação* e a *abstenção categórica*, na doutrina alemã, PUPPE, *Strafrecht, AT*, 2. Auflage, (2011), pp. 223 e ss; JAKOBS, *System der Strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main, (2012), pp. 65 e ss; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, (2012), pp. 299 e ss; ALAOR LEITE, “Grund und Grenzen eines Rückwirkungsverbots bei täterbelastenden Rechtsprechungsänderungen im Strafrecht. Für ein Rückwirkungsverbot bei «strafunrechtskonstituierender Rechtsprechung»”, in: *GA*, (2014), pp. 23-37; URS KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt am Main, (1989), pp. 24 e ss.

Note-se que estão em causa soluções próprias de uma ordem jurídica que é substancialmente diferente do ordenamento jurídico de Macau e de Portugal, o que não impediu tal doutrina de perpassar abalizada doutrina portuguesa. Muitas destas soluções não têm nem poderiam ter correspondência no Direito Processual Penal macaense e português. Porém, o que importa é que a doutrina dos «frutos da árvore venenosa», nunca teve, na sua origem e desenvolvimento no direito norte-americano, um «efeito dominó» que arrasta todas as provas<sup>100</sup> que, em quaisquer circunstâncias, apareçam em momento posterior à prova proibida<sup>101</sup> e com ela possam, de alguma forma, ser relacionadas<sup>102</sup>.

Com efeito, as limitações do efeito-à-distância das proibições de prova, são uma “judicially created rule”<sup>103</sup> especialmente criada para “detering police misconduct”<sup>104-105</sup> e não um efeito automático que afecta todas as provas mediatas, reflexas ou derivadas.

<sup>100</sup> Depois de alguma instabilidade jurisprudencial – que passou por uma extensão da “legitimidade” para arguir a violação de direitos constitucionais até à afirmação de uma “legitimidade automática” (*Jones v US* – 362 US 257, (1960) – o Supremo Tribunal Federal norte-americano estabeleceu um critério seguro de “análise de expectativa de privacidade” para estatuir quem tem legitimidade para invocar a profanação de direitos constitucionais com o conseqüente *benefício de exclusão da prova ilícita* (*Katz V U.S.* – 389 US 347, (1967), mesmo que se trate do mesmo processo com vários arguidos (*Rakas v. Illinois* – 439 U.S. 128, (1978), no quadro temático de uma outra, porventura menos conhecida, *limitação da regra de exclusão*, a *standing doctrine*, que traça a distinção daqueles que têm legitimidade para invocar a possibilidade de aplicação da regra de *exclusão da prova*. Esta consiste, em traços gerais, na afirmação daqueles que viram violados os seus direitos constitucionais poderem beneficiar da exclusão da prova ilícita; assim, JOÃO HENRIQUE GOMES DE SOUSA, “Em busca da regra mágica. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Universalização da Regra de Exclusão da Prova – O caso *Gäfgen v. Alemanha*”, in *Revista Julgar (RJ)*, n.º 11, Maio-Junho 2010, Director: José Mouraz Lopes, Coimbra Editora, Coimbra, (2010), pp. 29.

<sup>101</sup> Neste sentido referindo que “a aceitação do efeito-à-distância pelos tribunais portugueses é (...) bastante mitigada, pelo que dificilmente aceitariam a tese maximalista”; LUÍS BÉRTOLO ROSA “Consequências processuais das proibições de prova”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 20, N.º 2, Abril-Junho de 2010, Director: Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, (2011), pp. 265.

<sup>102</sup> Assim, Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal, n.º 198/2004, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Rui Moura Ramos, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>103</sup> Neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos (*US Supreme Court*) *Illinois v. Krull*, 480 U.S., 340 (1987), disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions/>.

<sup>104</sup> Neste sentido, (*US Supreme Court*) *Arizona v. Evans*, 480 U.S., 340 (1995), disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions/>.

<sup>105</sup> Neste sentido, (*US Supreme Court*) *Davis v. United States*, 131, S. Ct. 2419, U.S., (2011), disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions/>.

### III. Breve alusão à distinção entre *entrada no domicílio* e *busca domiciliária*

Nos quadros da sociedade de risco (*Risikogesellschaft*) tem-se assistido a um incremento da criminalidade altamente organizada, com raízes transnacionais. O carácter altamente organizado e transnacional da criminalidade hodierna, convoca, é consabido, uma miríade de questões dogmáticas que se polarizam, justamente, no equilíbrio entre a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos e o arsenal de mecanismos processuais que a máquina punitiva estadual lança mão para combater aquela criminalidade altamente organizada com raízes transnacionais.

Como escrevemos noutra local<sup>106</sup>, a imperiosidade de um sistema de justiça célere e eficaz, no concerne ao combate da criminalidade complexa, é uma reivindicação ancestral da sociedade tomada no seu todo.

Essa reivindicação, pensa-se, radica na convicção, comunitariamente suportada, de que o tratamento da criminalidade complexa, não raro, com ramificações plurilocalizadas, dentro e fora do espaço comunitário, peticiona o chamamento à colação de ferramentas de investigação criminal que possam (desejavelmente) garantir a perseguição criminal dessa mesma criminalidade, consubstanciado na efectivação da pretensão punitiva do Estado, encabeçada pelo titular da acção penal – o Ministério Público.

É precisamente ancorado nessa ideia motriz que o Direito policial, no que concerne à entrada no domicílio, se tem polarizado numa extensão dos poderes policiais tendo em vista a antecipação da tutela de bens jurídicos de grande valor.

Com efeito, no direito policial, a entrada no domicílio pode ser definida como uma diligência de natureza policial que se traduz penetração por agentes policiais em domicílio privado com vista a constatar um facto, a prestar auxílio urgente, a identificar e, se for caso disso, a deter pessoas ou a apreender objectos<sup>107</sup>. Diferentemente, a busca domiciliária compreende a procura de pessoas

<sup>106</sup> Assim, HUGO LUZ DOS SANTOS “A reforma do Código de Processo Penal de 2013 e o Processo Sumaríssimo: entre a *Law and Economics* posneriana (*MDR*) e a maximização da justiça consensual (*MJC*): duas faces da mesma moeda?”, in: *O Direito*, ano 147.º, n.º 1, Director: Jorge Miranda, (2015), *passim*.

<sup>107</sup> A mais autorizada doutrina alemã define “a *entrada no domicílio* como a penetração na habitação, podendo permanecer e olhar para as coisas. Todavia, a entrada também pode visar encontrar uma pessoa que deva ser detida, ou conduzida à esquadra de investigação criminal encontrar uma coisa que deva ser apreendida ou *defender alguém de um perigo actual para a saúde ou para a vida*. Deste modo, a *entrada no domicílio* (“*introdução em casa alheia*”) *sem o consentimento do seu titular é uma manifestação de força inerente à actividade policial*”, Neste sentido, na doutrina alemã, SCHOLLER/SCHLOER, *Grundzüge des Polizeirecht und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, 7. Auflage, (2010), pp. 156-159.

ou objectos, deliberada e orientada a um fim, por parte de órgãos do Estado, ou para a averiguação de uma situação de facto<sup>108</sup>, a fim de detectar alguma coisa que o titular do domicílio não quer espontaneamente mostrar ou entregar.

Assim, diferentemente da simples entrada no domicílio a busca domiciliária consiste na procura de pessoas e coisas que se sabe ou suspeita que se encontram no domicílio, podendo estar escondidas. A busca domiciliária pode compreender a abertura de portas, armários, gavetas, caixas e, se necessário, o arrombamento de soalhos, paredes ou sótãos<sup>109</sup>. Por conseguinte, a busca domiciliária é uma medida mais ablativa que a simples entrada no domicílio, uma vez que a busca domiciliária pressupõe a entrada no domicílio, mas a entrada no domicílio não exige necessariamente a realização de uma busca domiciliária, servindo outros fins, como a simples “tomada de conhecimento” ou “constatação” da presença ou estado de pessoas, coisas ou situações<sup>110</sup>.

Tanto a entrada no domicílio como a busca domiciliária podem ter fins preventivos ou repressivos, sendo, respectivamente, subsumíveis ao direito policial (se o fim for marcadamente preventivo) ou ao direito processual penal (se o fim for eminentemente repressivo)<sup>111</sup>.

É neste âmbito temático, no que se refere concretamente à entrada no domicílio, que se inscreve a importância precípua da entrada preventiva vigente no direito policial<sup>112</sup>.

Com efeito, a entrada preventiva no domicílio, apesar de estar sob reserva de juiz, pode também ser mobilizada pelos órgãos de polícia criminal através de uma cláusula geral de polícia. Neste caso, a entrada no domicílio pode ter lugar, essencialmente, para dois tipos de fins: para a prevenção de um perigo actual e relevante para a colectividade (por exemplo, incêndio, associação criminosa, terrorismo, detenção de material explosivo susceptível de ferir gravemente

<sup>108</sup> Assim, na jurisprudência alemã, o acórdão do Tribunal Constitucional Federal Alemão – *Bundesverfassungsgericht (BVerfGE)*, 76, 83/89, também disponível em <http://www.bundesverfassungsgericht.de/rss/entscheidungen/>

<sup>109</sup> Neste sentido, ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, “Entrada e busca domiciliária no Direito Policial”, in: *Revista do Ministério Público (RMP)*, ano 32, n.º 125, Janeiro-Março de 2011, Director: Adriano Cunha, Coimbra Editora, Coimbra, (2011), pp. 222, que seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

<sup>110</sup> Assim, ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, “Entrada e busca domiciliária no Direito Policial”, *cit.*, pp. 222.

<sup>111</sup> Aproximadamente neste sentido, na doutrina alemã, SCHOLLER/BROB, *Grundzüge des Polizeirecht und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, 6. Auflage, (2009), pp. 146-167.

<sup>112</sup> A recente jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*BVerfGE*), admitiu expressamente a figura da *indiciação policial suficiente* como suporte legalmente adequado à prolação de um mandado de busca domiciliária; neste sentido, o *Beschluss* do *BVerfGE* de 05/05/2011, disponível em <http://www.bundesverfassungsgericht.de/rss/entscheidungen/>

ou matar um número indeterminado de pessoas); para a prevenção de um perigo relevante para a vida ou a integridade física de pessoas em concreto (por exemplo, homicídio, ofensa à integridade física grave ou qualificada, roubo qualificado, roubo agravado pelo resultado, violência doméstica agravada pelo resultado). Nestes casos, não é necessária uma previsão expressa da lei, nem autorização prévia do juiz<sup>113</sup>. A urgência da situação, aliada à grande relevância dos bens jurídicos em causa e à forma grave como estão a ser ameaçados exige uma intervenção imediata (perigo actual e grave)<sup>114</sup>, embora posteriormente deva ser dado conhecimento ao juiz, que confirmará a legalidade da intervenção policial preventiva<sup>115</sup>.

**IV. A entrada no domicílio e as buscas domiciliárias como expressão de um novo paradigma de “prevenção de perigos” e das formas de investigação criminal de campo avançado (“*vorfeldermittlungen*”); segue, the good-faith exception to the exclusionary rules e a noção dogmática da “*knock and announce*” – o artigo 159.º, n.º 4, alínea a), do CPP de Macau e a tutela (avançada) da dignidade da pessoa humana (artigo 30.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau)**

A referência, sincopada e necessariamente sincrética, à destriça entre a entrada no domicílio e as buscas domiciliárias não é despidianda.

Na verdade, tal distinção está recoberta pelo manto da fecundidade heurística, uma vez que esse discrimen acaba por se polarizar na expansão dos poderes de actuação policial, tendo em vista a prevenção de perigos para bens jurídicos de grande valor [artigo 159.º, n.º 4, alínea a), do CPP de Macau].

Essa é, outrossim, a plataforma teleológica em que repousa a good-faith exception to the exclusionary rules, na modalidade de knock and announce, de extracção jurisprudencial norte-americana, que significa, no essencial, que a polícia pode (deve!) derrogar a advertência jurídico-processual do knock and announce quando (e se) divisar-se um perigo iminente e actual para bens jurí-

<sup>113</sup> Assim, na doutrina alemã, REICHERT/RUDER, *Polizeirecht*, Verlag, Köln, 3. Auflage, (2008), § 606–608.

<sup>114</sup> A recente jurisprudência do Tribunal de Cassação Francês (*Cour de Cassation*), densificou a noção de *suspeita e perigo grave*, no âmbito de uma busca não domiciliária realizada a um escritório de advogados; neste sentido, Acórdão do Tribunal de Cassação Francês, de 16/06/2011, disponível em [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence2/chambre\\_criminelle578/](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence2/chambre_criminelle578/).

<sup>115</sup> Assim, ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, “Entrada e busca domiciliária no Direito Policial”, *cit.*, pp. 232–233, que seguimos textualmente.

dicos de valor. Este é o sentido hermenêutico da mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal da América (Us Supreme Court), que abaixo se dará a devida nota.

Com efeito, até há relativamente pouco tempo era possível encarar com relativa segurança e de demarcação de fronteiras entre repressão (de perigos) e prevenção (de perigos). Uma distinção que tinha como reverso a separação entre duas actividades do Estado, respectivamente: a realização da justiça criminal, regulamentada pelas leis processuais penais com destaque para o Código de Processo Penal e levada a cabo pela polícia, pelo Ministério Público e, em última instância, pelos Tribunais; a actividade de polícia – *stricto sensu*, isto é, contraposta à intervenção das forças policiais na investigação criminal (“órgãos de polícia criminal”) – da competência da Administração Pública, encabeçada pelo Governo e regulamentada pelos pertinentes ordenamentos legais e regulamentares<sup>116</sup>.

Pelo menos no plano categorial e abstracto as coisas eram relativamente claras. De um lado, tratava-se contrafactivamente à suspeita da prática – no passado – de um crime; do outro, de prevenir um perigo concreto que ameaça bens jurídicos, um perigo que poderia naturalmente assumir a forma de ameaça da prática de um crime. A separação das águas passava, assim, pela fronteira do tempo: a justiça criminal (repressão) orientava-se para o passado; a polícia (prevenção) para o futuro. Determinante era, nestes termos, a conexão temporal entre a intervenção das autoridades e o evento sobre o qual projectam a sua actuação: um crime supostamente cometido ou o perigo que poderá projectar-se em lesão sobre os bens jurídicos. Devendo precisar-se que, do lado da polícia, ia implícita ou pressuposta uma compreensão de perigo correspondente ao perigo concreto. A significar a existência, no caso concreto, de uma situação em que, com probabilidade bastante e num tempo relativamente próximo, ocorrerá um dano para bens jurídicos ou interesses comunitários ou individuais. Sendo assim as coisas, tornava-se fácil traçar com relativa clareza e correcção as pertinentes constelações fácticas a cada um dos domínios de cada lado da divisória<sup>117</sup>.

Reversamente, os dados sofreram uma alteração sensível.

<sup>116</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Bruscamente no verão passado”, a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente –, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, ano 137.º, n.º 3951, Julho-Agosto 2008, Coimbra Editora, Coimbra, (2008), p. 323.

<sup>117</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Bruscamente no verão passado”, a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente –, *cit.*, p. 323.

Porquanto, tanto do lado da justiça criminal como do lado da prevenção de perigos, a “luta” contra o crime deslocou-se em boa medida para o chamado *Vorfeld* (campo avançado).

De um lado e do outro, a intervenção das respectivas instâncias assume cada vez mais uma dimensão pró-activa: de um lado, não se espera a prática do crime para começar, por exemplo, a investigar e recolher provas; do outro, do lado policial, não se espera que o perigo se concretize para pôr em campo acções de prevenção. Trata-se antes de clarificar o campo avançado do perigo para nem sequer deixar o perigo acontecer e, concretamente, impedir a ocorrência de crimes ainda não individualizados e só possíveis num futuro indeterminado. Partindo dos seus originários e separados territórios, investigação criminal e prevenção policial desenvolvem assim tropismos de convergência para um mesmo e novo espaço onde levam a cabo acções cada vez com mais significativos momentos comuns. Trata-se, num caso e noutro, de formas de investigação de campo avançado (*Vorfeldermittlungen*), em geral concretizadas sob o mesmo procedimento de recolha de informações. O advento deste novo paradigma de investigação de campo avançado deve-se, no essencial, aos desafios da criminalidade organizada e ao recurso crescente aos meios ocultos de investigação. Que, mesmo quando partem do processo penal, acabam por descobrir “crimes” que podem vir a acontecer ou perigos que podem vir a actualizar-se. E determinam uma presença cada vez maior da investigação de campo avançado<sup>118</sup>.

As investigações de campo avançado são normalmente levadas a cabo pelas mesmas instâncias policiais, umas vezes na veste de órgão de polícia criminal, outras na qualidade de polícia em sentido técnico. E comportam sempre coeficientes maiores ou menores de prevenção ou repressão. O que dificulta a sua caracterização e arrumação já que o critério tradicional e formal, assente no tempo da intervenção das autoridades, perde a sua fecundidade heurística. Neste contexto, não faltam vozes a advogar uma classificação tripartida: a par da repressão e prevenção em sentido tradicional, apareceria agora a investigação de campo avançado como *tertium genus*. O que legitimaria que se falasse a este propósito, como alguns pretendem, de uma terceira tarefa da polícia (*dritte Polizeiaufgabe*)<sup>119</sup>.

<sup>118</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Bruscamente no verão passado”, a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente –, *cit.*, p. 323.

<sup>119</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Bruscamente no verão passado”, a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente –, *cit.*, p. 324.

Numa tomada de posição naturalmente provisória e a benefício de uma mais aturada reflexão, parece-nos dever acompanhar-se, ainda aqui, a solução proposta pelo Tribunal Constitucional alemão (Bundesverfassungsgericht – BVerfGE), de 27/07/2005<sup>120</sup>. Que, privilegiando, um critério material ou de fim, aponta para uma arrumação sistemática quadripartida, dividindo as investigações de campo avançado em duas novas categorias colocadas ao lado das tradicionais. Apodando-as, respectivamente, de providência para perseguição (futura) de crimes (Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten) e combate preventivo ao crime (vorbeugende Bekämpfung von Straftaten).

No primeiro caso, trata-se de reunir provas, preparando a ulterior perseguição e punição de crimes (ainda) não cometidos mas cuja prática, num futuro incerto, se revela possível, mesmo provável. Deste lado, estamos perante novas formas de investigação criminal, cuja disciplina terá de buscar-se no Código de Processo Penal de Macau. Trata-se, em definitivo, de uma nova forma de realizar, face a novos desafios, investigação de índole estruturalmente repressiva. A este respeito, o BVerfGE “numa perspectiva temporal, a providência para a perseguição assume natureza preventiva, mas do ponto de vista material ela pertence a um processo orientado para a repressão. Os dados são recolhidos com o fim de perseguição de um crime concreto, que possivelmente será cometido e, em última instância, apenas para serem valorados num processo penal”<sup>121</sup>. Diferentemente, no segundo, trata-se apenas de prevenir e afastar perigos (crimes) possíveis antes de se atingir o limiar do perigo concreto. É uma nova forma de actividade de polícia, a colocar ao lado do seu modelo tradicional. Para além do seu patente relevo teórico-doutrinal, o problema enunciado reveste-se igualmente de incontornáveis e decisivas implicações normativas e prático-jurídicas. O que acontece de forma particularmente linear no capítulo das proibições de prova. Pela natureza das coisas, o normal será que a prevenção se revista de maior urgência e dignidade: salvar a vida de A em perigo, é manifestamente mais urgente e relevante do que perseguir B, suspeito da morte de C. Por ser assim, é natural e compreensível que os pressupostos e condições das acções de transmissão e devassa preordenadas à prevenção de perigos sejam menos exigentes<sup>122</sup>: ela (a prevenção de perigos) constitui, por um lado, um entreposto de protecção, uma guarda avançada, da tutela e defesa de bens jurídicos de grande valor [artigo 159.º, n.º 4, alínea a), do CPP de Macau], e,

<sup>120</sup> Ver *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 122, (2006).

<sup>121</sup> Ver *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 122, (2006).

<sup>122</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Bruscamente no verão passado”, a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente –, *cit.*, p. 324.

por outro lado, ocasionando uma extensão dos poderes policiais para áreas não sobreponíveis às proibições de prova, constitui, outrossim, uma forma de tutela avançada da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, da CRP, artigo 30.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau)<sup>123</sup>.

Por conseguinte, surgindo o processo penal de Macau cada vez mais comprometido com as tarefas de prevenção de perigos para bens jurídicos de grande valor [artigo 159.º, n.º 4, alínea a), do CPP de Macau]<sup>124</sup>, afigura-se-nos recoberta pelo manto diáfano da legalidade a actuação dos órgãos de polícia criminal da Região Administrativa Especial de Macau, com base na realização de uma busca domiciliária ou de uma entrada no domicílio, quando (e se) esta seja preordenada à prevenção da prática iminente de um crime, cujas malhas estejam protegidas por um bem jurídico de grande valor, tais como a vida, o ambiente, a segurança colectiva, como forma de tutela avançada de, por exemplo, actos de terrorismo.

Por outro lado, e estabelecendo o inarredável laço de pertinência com o hemisfério temático das proibições de prova (no espaço norte-americano, exclusionary rules), é este o palco privilegiado, no que concerne ao sentido e limites da actuação dos órgãos de polícia criminal neste âmbito de investigação de campo avançado, da good-faith exception to the exclusionary rules, mormente na (nóvel) modalidade, de extracção jurisprudencial norte-americana, da knock and announce<sup>125</sup>.

<sup>123</sup> Assim, HUGO LUZ DOS SANTOS, “O recurso aos métodos indirectos de avaliação da matéria colectável e a prova indiciária, à luz do acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 26/02/2013: o virar da página?”, in *Revista Fiscal (RF)*, Setembro/Outubro de 2014, Vida Económica, Porto, (2014), pp. 20-22.

<sup>124</sup> Para o direito alemão, KÖHLER, “Prozessrechtsverhältnis und Ermittlungseingriffe”, in: *ZStW*, (2015), p. 25; criticando a noção dogmática das formas de investigação de campo avançado (*Vorfeldermittlungen*), e, por inerência, a expansão do campo de actuação policial, ver, na doutrina alemã, MÜSSIG, “Grenzen der Beweisverwertung beim Einsatz” “Verdeckter Ermittler”, in: *GA*, (2007), pp. 87 e ss.

<sup>125</sup> Nos Estados Unidos da América, a jurisprudência do Supremo Tribunal (*Us Supreme Court*) inaugurou, em 1984, o recorte jurisprudencial da “good-faith exception to the exclusionary rule”, afirmando, no que concerne à conduta policial em matéria de buscas domiciliárias que “the good-faith exception applies when officers conduct a search or seizure with “objectively reasonable reliance”; neste sentido, *United States v. Leon*, 468 U.S. 897, 913 (1984); no mesmo sentido, com algumas particularidades processuais, ver, e.g., *Illinois v. McArthur*, 531 U.S. 326, 330 (2001) (explaining that unwarranted searches and seizures are generally “unreasonable”); *Payton v. New York*, 445 U.S. 573, 586 (1980) (explaining that warrantless home searches are “presumptively unreasonable”); *Michigan v. DeFillippo*, 443 U.S. 31, 37 (1979) (upholding a search incident to arrest as based on probable cause that the defendant had violated a law, even though courts later found the law to be unconstitutional); *United States v. Ankeny*, 502 F.3d 829, 835-38 (9th Cir. 2007); *United States v. Song Ja Cha*, 597 F.3d 995, 997 (9th Cir. 2010); *United States v. Edwards*, 666 F.3d 877 (4th Cir. 2011); recentemente, o *Us Supreme Court*, introduziu, em matéria da *police misconduct*,

Porquanto, se a estas formas de investigação de campo avançado (prevenção de perigos) é conatural uma maior lassidão e largura do âmbito de actuação material e funcional dos órgãos de polícia criminal Região Administrativa Especial de Macau, é consabido que, natural e necessariamente, terá de existir um contrapeso à expansão desses poderes de actuação policial.

Tentando ser mais claro: se a polícia, à luz do modelo de investigação de campo avançado, pode (deve!) realizar uma busca domiciliária ou uma entrada no domicílio sempre que, base em indícios sérios e fortes, vislumbre uma possibilidade, também ela séria e forte, de perigo para bens jurídicos de grande valor (vida ou segurança colectiva); então essa actuação policial avançada e de campo prévio deverá ser censurada quando (e se), por um lado, esses indícios não eram suficientes fortes e sérios ou, por outro lado, quando sobreveio uma actuação policial grosseiramente negligente e pouco sedimentada num cuidado prévio à realização dessa busca domiciliária<sup>126</sup> ou entrada no domicílio<sup>127</sup> – neste contexto, emerge (vicejante) a temática das proibições de prova e, no espaço norte-americano, das regras de exclusão da prova (exclusionary rules).

Assim, divisando-se dúvidas no que concerne à existência e consistência dos indícios sérios e fortes que motivam a realização da busca domiciliária ou da entrada no domicílio, devem os órgãos de polícia criminal lançar mão da doutrina da knock and announce, ou seja, devem bater à porta do domicí-

a destringa entre *scope rules* (“limit the evidence that the government may lawfully obtain for later use in court”) e *manner rules* (“impose additional constraints on police in order to collect the evidence in lawfully manner”); ver, neste sentido, *United States v. Adams*, 740 F.3d 40 (1st Cir. 2014); ver *Maryland v. King*, 133 S. Ct. 1958, 1970 (2013) (holding that a search “must be reasonable in its scope and manner of execution”); ver *United States v. Collins*, 714 F.3d 540, 543–44 (7th Cir. 2013), while generally declining to suppress evidence in excessive force cases; ver, igualmente, *United States v. Watson*, 558 F.3d 702, 705 (7th Cir. 2009); na doutrina norte-americana, ALBERT W. ALSCHULER, “The Exclusionary Rule and Causation: *Hudson v. Michigan* and Its Ancestors”, in: *Iowa Law Review*, 93, 1741, 1756 (2008); RICHARD M. RE, “Comment, *United States v. Ankeny*: Remediating the Fourth Amendment’s Reasonable Manner Requirement”, in: *Yale Law Journal (YLJ)* 723, 727 (2008) (arguing that suppression is appropriate for scope violations, but not manner violations).

<sup>126</sup> Neste sentido, discorrendo longamente sobre o conteúdo dogmático do *direito de auto-determinação informacional (informationelle Selbstbestimmung)* no âmbito da *Abschirmung der private sphere*, o acórdão do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*BVerfGE*), de 24/01/2012, disponível em <https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/2012/1>.

<sup>127</sup> Neste sentido, discorrendo longamente sobre o conteúdo jurisprudencial da *privacy*, o acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América (*Us Supreme Court*), *United States v. Jones*, de 24/01/2012, disponível em <http://www.supremecourt.gov/>.

lio, fazendo-se anunciar e identificar (certificar) a sua qualidade profissional de órgãos de polícia criminal<sup>128-129</sup>.

O que bem se compreende: a realização de uma busca domiciliária ou entrada no domicílio, nos moldes acima expostos, configura uma limitação extrema ao núcleo intangível de privacidade<sup>130</sup>, emergente do espaço físico (domicílio), que abrange – e se identifica com – o universo de coisas, factos, eventos, vivências, emoções, lugares que, por serem portadores de lastros irreduzíveis de subjectividade, individualidade e pessoalidade, o cidadão quer legitimamente guardar para si e para um número circunscrito de “outros”<sup>131</sup>, sendo esse, pois, um espaço de tutela da privacidade, convertido em lugar de realização da vida privada<sup>132-133</sup>.

<sup>128</sup> No Acórdão *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586, 594 (2006), o *Us Supreme Court* enfatizou essa necessidade, cruzando-a com as *exclusionary rules*, “when police is executing a valid search warrant and failed to *knock and announce* their presence, as required by the Fourth Amendment”; no mesmo sentido, ver, *Sanchez-Llamas v. Oregon*, 548 U.S. 331, 349 (2006); com outros contornos processuais, *Arizona v. Johnson*, 129 S. Ct. 781, 788 (2009).

<sup>129</sup> Ver, e.g., *Herring v. United States*, 129 S. Ct. 695, 707 (2009) (Ginsburg, J., dissenting) (arguing that integrity values demand suppression for manner violations).

<sup>130</sup> Por essa razão se compreende que a doutrina refira que, com a *esfera íntima* e a *esfera privada* da pessoa humana, seja enquanto *pretensão de isolamento, tranquilidade* e exclusão do acesso dos outros a si próprio (*direito à solidão*), seja, enquanto impedimento à ingerência dos outros (*direito ao anonimato*), seja ainda, mais modernamente, e perante a insuficiência protetora das referidas dimensões, enquanto *controlo das informações que lhe dizem respeito e de subtração ao conhecimento dos outros os factos reveladores do modo de ser do sujeito na condução da sua vida privada (autodeterminação informacional)*. Como refere JOAQUIM SOUSA RIBEIRO, esta última dimensão, hoje a de maior relevo, «*impede que o “eu” seja objeto de apropriação pelos outros, como matéria de comunicação na esfera pública. Nela conjuga-se o direito ao segredo (à intromissão dos outros na esfera privada, com tomada de conhecimento de aspetos a ela referentes) e um direito à reserva (proibição de revelação)*» – “A Tutela de bens da personalidade na Constituição e na Jurisprudência constitucional portuguesas”, in: *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), p. 853.

<sup>131</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Domicílio, intimidade e Constituição”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Novembro-Dezembro 2008, Coimbra Editora, Coimbra, (2008), p. 110.

<sup>132</sup> Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Alemão (*BGHSt*), 50, 206, JR, (2006), p. 216. No mesmo sentido, *BGHSt* 42, 372, in: *Neue Juristischen Wochenschrift (NJW)*, (2007), p. 1018.

<sup>133</sup> O artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), estabelece que «*qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência*». Nos termos do n.º 2, «*não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros*». O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) tem desenvolvido uma ampla

A esta luz se compreende, que a busca domiciliária e a entrada no domicílio, configurem uma “grande devassa” (*grosser Lauschangriff*)<sup>134-135-136</sup>. Mais. Corporizam, ainda na mesma topografia argumentativa, uma derrogação do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento

jurisprudência sobre a *proteção do acesso a dados de comunicações*, afirmando expressamente que os mesmos se encontram abrangidos pela proteção de “*vida privada e familiar*” insita no n.º 1 do artigo 8.º da CEDH. Assim, no caso *Malone c. Reino Unido*, referiu que o *acesso e uso de dados respeitantes a tráfego de comunicações* constituem matéria que é abrangida pelo âmbito de proteção do n.º 1 do artigo 8.º da CEDH (*Acórdão de 02/08/1984, queixa n.º 8691/79*).

Por fim, no contexto da *União Europeia*, cabe mencionar os artigos 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Note-se que, antes de a mesma produzir efeitos vinculativos, o *Tribunal de Justiça da União Europeia* já havia proclamado a existência de um «*princípio geral de direito comunitário que consagra a proteção contra as intervenções arbitrárias e desproporcionadas do poder público na esfera da atividade privada de uma pessoa singular ou coletiva*» (*Acórdão de 22/10/2002, Roquette Frères, processo n.º C-94/00*). Atualmente, o artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais consagra o respeito pela vida privada e familiar, dispondo, inspirado nas demais normas internacionais, que «*todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações*». Este direito vale, nos termos do artigo 52.º, n.º 3 da Carta, com o mesmo sentido que é conferido ao artigo 8.º da CEDH. Por seu turno, o artigo 8.º da Carta contém uma norma específica relativa à *proteção de dados pessoais*, proteção essa que recebe, assim, uma consagração expressa e autónoma face ao artigo 7.º. A norma em causa estabelece que «*todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito*». O *Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)* referiu que este direito está «*indissociavelmente relacionado com o direito ao respeito pela vida privada*» (*Acórdão de 09/11/2010, Volkerund Markus Schecke, processo n.º C-92/09 e C-93/09*). Por outro lado, esclareceu que a *proteção de dados de tráfego das comunicações* se encontra abrangida pelo âmbito de proteção deste direito fundamental (assim, o *Acórdão de 08/04/2014, Digital Rights Ireland Ltd.*, processos n.º C-293/12 e C-594/12, que, anulou a Diretiva 2004/26/CE, por violação dos artigos 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais); neste sentido, *Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal*, n.º 403/2015, que seguimos de muito perto, mesmo textualmente, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>134</sup> Neste sentido, na doutrina alemã, DUTTGE, in: *Juristischen Zeitung (JZ)*, (1999), pp. 262 e ss; HERDEGEN, *Bonner Kommentar GG*, artigo 13, Rn. 26; BÖCKENFORDE, in: *Juristischen Zeitung (JZ)*, (2008), p. 926.

<sup>135</sup> Neste sentido, o *leading case* do *Acórdão do Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgericht – BVerfGE)* 109, 279 = in: *Neue Juristischen Wochenschrift (NJW)*, (2004), pp. 1000-1002.

<sup>136</sup> A noção, jurisprudencialmente recortada, da *grosser Lauschangriff* foi retomada no *Acórdão do Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgericht – BVerfGE)*, conhecido como *Carolina II*, in: *Neue Juristischen Wochenschrift (NJW)*, (2008), pp. 1793 e ss; sobre esta seminal decisão jurisprudencial, ver, na doutrina alemã, S. ENGELS/U. JÜRGENS, “Auswirkungen der EGMR-Rechtsprechung zum Privatsphärenschutz. Möglichkeiten und Grenzen der Umsetzung des “Caroline” – Urteils in deutsches Recht”, in: *Neue Juristischen Wochenschrift (NJW)*, (2007), p. 2520.

da personalidade<sup>137</sup>, sendo essa a razão pela qual a mais autorizada doutrina norte – americana refere que “there are benefits that are hard or impossible to quantify (such as human dignity)”<sup>138-139-140-141</sup>.

Porque assim é, as buscas domiciliárias e a entrada no domicílio, com a tesitura processual e a teleologia que lhes subjaz (prevenção de perigos), devem ser realizadas com especial diligência e cuidado pelos órgãos de polícia criminal; porquanto essas formas de investigação de campo avançado configuram uma (não menos especial) forma de protecção mais elevada dos bens jurídicos de grande valor do Região Administrativa Especial de Macau e polarizam-se, justamente, na defesa preventiva de bens jurídicos pluripessoais, essenciais à convivência comunitária<sup>142</sup>, uma vez que a sua integridade<sup>143</sup> (law as integrity)<sup>144</sup> é primacial para o bom funcionamento do sistema processual penal de Macau, surgindo o preceituado no artigo 159.º, n.º 4, alínea a), do CPP de Macau, como um afloramento dessa defesa preventiva dos bens jurídicos de grande valor.

Sendo essa a razão pela qual, a entrada no domicílio, enquanto sub-tipo das buscas domiciliárias, é um mecanismo usualmente utilizado no direito processual penal norte-americano para acorrer a situações de “serious and imminent

<sup>137</sup> Neste sentido, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “A Tutela Penal da Imagem na Alemanha e em Portugal”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 141.º, N.º 3972, Janeiro-Fevereiro de 2012, Coimbra Editora, Coimbra, (2012), pp. 143-144.

<sup>138</sup> Neste sentido, muito recentemente, na doutrina norte-americana, CASS R. SUNSTEIN, “The Real World of Cost-Benefits Analysis: Thirty-Six Questions (and almost as many answers)”, in *Columbia Law Review (CLR)*, January 2014, Volume 114, Number 1, (2014) pp. 177.

<sup>139</sup> Neste sentido, muito recentemente, na doutrina norte-americana, RACHEL BAYEFSKY, “Dignity as a value in Agency Cost-Benefit Analysis”, in *Yale Law Journal (YLJ)*, Volume 123, (2014), pp. 1740.

<sup>140</sup> Muito recentemente, na doutrina francesa, sobre a densificação do princípio da dignidade da pessoa humana, JOËLLE VUILLE, “Dans le doute, abstien-toi? Le rôle du défendeur dans l’appréciation de l’indice ADN – Étude comparative des pratiques suisses et américaines”, in *Revue de Science Criminelle et droit penal comparé (RSC)*, Octobre-décembre 2013, n.º 4, (2013), pp. 777-970.

<sup>141</sup> Muito recentemente, na doutrina italiana, sobre a densificação do princípio da dignidade da pessoa humana, DOMÉNICO PULITANÒ, “Confini del dolo. Una riflessione sulla Moralità del Diritto Penale”, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale (RIDPP)*, Volume 56, n.º 1, (2013), pp. 22-54.

<sup>142</sup> Neste sentido, ainda que noutra âmbito temático, ANDRÉ LAMAS LEITE, “Penas acessórias, questões de género, de violência doméstica e o tratamento jurídico-criminal dos «Shoplifters»”, in *As Alterações aos Códigos Penal e de Processo Penal: Uma Reforma «Cirúrgica»?*, André Lamas Leite (organização), Coimbra Editora, Coimbra, (2014), pp. 65.

<sup>143</sup> Neste sentido, entre nós, RUI CARDONA FERREIRA, “O debate Hart-Dworkin”, in *O Direito*, ano 145.º, Volume IV (2013), Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra, (2014), pp. 837.

<sup>144</sup> Neste sentido, na doutrina norte-americana, RONALD DWORKIN, *Law’s Empire*, Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing, 1986 (reimpressão de 2012), pp. 413 e ss.

harm”<sup>145</sup>, para bens jurídicos de grande valor, que, com base no paradigma do “objectively reasonable basis”<sup>146</sup>, que levam razoavelmente o órgão de polícia criminal (reasonable police officers)<sup>147</sup> a supor que a entrada no domicílio dos cidadãos, sem um mandado de busca domiciliária, justifica-se uma vez que “there is a reasonable basis for believing that an occupant is imminently threatened with serious injury”, ou “there is a major violence for a various number of people about (or soon will) occur”, e a entrada no domicílio do órgão de polícia criminal é realizada em ordem a “protect and avoid serious injury”<sup>148-149</sup>, ancorada numa indicia of reliability<sup>150</sup> de perigo iminente para bens jurídicos de relevante valor [artigo 159.º, n.º 4, alínea a), do CP]<sup>151</sup>; cuja

<sup>145</sup> Acórdão do Supremo Tribunal norte-americano (US Supreme Court), *Ryburn v. Huff*, de 23/01/2012, (2012), disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions/>.

<sup>146</sup> Acórdão do Supremo Tribunal norte-americano (US Supreme Court), *Brigham City v. Stuart*, 547 US 398, 400, (2006), disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions/>.

<sup>147</sup> Acórdão do Supremo Tribunal norte-americano (US Supreme Court), *Graham v. Connor*, 490 US 386, 396-397, (1989), disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions/>.

<sup>148</sup> Acórdão do Supremo Tribunal norte-americano (US Supreme Court), *Georgia v. Randolph*, 547 US 103, 118, (2006), disponível em [http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-354\\_olp1.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-354_olp1.pdf).

<sup>149</sup> Acórdão do Supremo Tribunal norte-americano (US Supreme Court), *Rincey v. Arizona*, 437 US 385, 392, (1978), disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions/>.

<sup>150</sup> Acórdão do Supremo Tribunal norte-americano (US Supreme Court), *Crawford v. Washington*, 541 US 36, (2004), disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions/>.

<sup>151</sup> Não desconhecemos que o recorte doutrinário e jurisprudencial do *bem jurídico* tem sido vivamente discutido, inclusive, por autorizada doutrina alemã; ver, *v.g.*, ROLAND HEFENDEHL/ANDREW VON HIRSCH/WOLFGANG WOHLERS, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden. Nomos, (2008), pp. 197 e ss; ANDREW VON HIRSCH, “Der Rechtsgutsbegriff und das Harm Principle”, *Die Rechtsgutstheorie, cit.*, p. 23; ROLAND HEFENDEHL, “Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts”, in: *GA*, 154, (2007), pp. 7 e ss; SABINE SWOBODA, “Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen”, in: *ZStW*, 122, (2010), pp. 28 e ss. As recensões críticas, encabeçadas por GÜNTHER JAKOBS, HEIKO LESCH e POLAINO NAVARRETE, ao posicionamento teórico do *bem jurídico*, enquanto entreposto exclusivo de protecção subsidiária de bens jurídicos, fundam-se, no essencial, nos seguintes argumentos: *i*) na vaguidade do conceito e da fundamentação do princípio da exclusiva protecção de bens jurídicos; *ii*) no traço impreciso do *objecto de acção* tutelado nos bens jurídicos de natureza colectiva; *iii*) na emersão do *funcionalismo sistémico* enquanto expressão de uma ideia de *danosidade social*, vista como desestabilização de um conjunto de estruturas sociais suportadas pelo axioma da harmonia social; *iv*) o direito penal não deve tutelar os interesses da pessoa – logo a dignidade da pessoa humana surge, a esta luz, pulverizada pelas estruturas sistémicas que fagocitam o “*eu-pessoa*” e acarinham o “*nós-estrutura normativo-social*”; *v*) a esta luz, o direito deve ser materialmente visto como um *nexo funcional* de tutela da estabilidade do sistema social; *vi*) como tal, o cometimento do crime abala os alicerces em que repousa a estabilidade do sistema social e a harmonia social que, a montante, o escora; *vii*) por conseguinte, as condutas que põem em causa a estabilidade do sistema social devem ser severamente punidas, porque o arguido não é visto como uma pessoa, mas como um elemento que faz perigar a estrutura normativo-social suportada pela norma jurídico-penal, e,

extensão, pela sua pertinência e acerto dogmático, se preconiza para a Região Administrativa Especial de Macau.

Madeira (Funchal, com um relance do olhar para as Desertas), 30 de Março de 2016.

como tal, deve ser inocuízado – a esta luz, surge o desolador *direito penal do inimigo*; viii) porque assim é, a vigência da norma jurídico-penal aparece como um específico “bem jurídico-penal”; ix) a esta luz, o direito penal é configurado com base numa ideia de preservação da estrutura social contra um dano à vigência da norma que conduz, inerentemente, à garantia contra-fática de certos feixes de expectativas comunitárias; x) numa palavra, o foco passa a estar no delito enquanto *infração de um dever* e não numa inimizade para com o dever-ser jurídico-penal; neste sentido, na doutrina alemã, GÜNTHER JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn: Ferdinand Schöningh, (2004), pp. 28–42; HEIKO LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, Köln: Heymanns, (2007), pp. 221–229; POLAINO NAVARRETE, “Scientia Universalis”, in: *Festschrift für Roxin*, (2011), pp. 174–177. Este posicionamento teórico tem sido, de todos os lados, asperamente criticado. Desde logo, porque assenta, ele próprio, num recorte impreciso e vago. Com efeito, i) só partindo de uma noção kelseniana de *Grundnorm* (norma imperativa fundamental) é que se pode, com alguma propriedade, definir os exatos contornos da díade *estrutura sistémica-harmonia social*, e não se vislumbra esse esforço de concretização por parte da *teoria do dano de vigência da norma*; ii) por outro lado, não se percebe qual é o barómetro da *danosidade social* (a *normativamente esperada pelo cidadão-pessoa*, que esse funcionalismo sistémico posterga; ou a *juridicamente tutelada* por um conjunto informe de *cidadãos-sistema* que acalentam a expectativa de cumprimento por outrem de normas jurídico-penais que, eles próprios, pela sua fluidez e imprecisão, desconhecem?); iii) a noção teórica de estrutura social, de sabor totalizante, assenta numa desconformidade entre a conduta do arguido e a *normativamente esperada*, não pelo dever-ser jurídico-penal, mas por um dever de não fazer perigar a vigência da norma jurídico-penal (cujo conteúdo teleológico, pela sua opacidade, ninguém consegue captar); iv) logo, quem atentar contra os alicerces da estrutura normativo-social deve sofrer uma *capitis diminutio máxima* e passar de indivíduo-pessoa a inimigo, o que cauciona, desde logo, a seguinte perplexidade: só deve ser considerado como inimigo um arguido que pratique um crime de injúria ou só aquele que pratique um crime de homicídio ou um crime de terrorismo? Não se afigura líquida a resposta porque, em ambos os casos, e de forma intercambial, o arguido põe em causa a vigência da norma! v) Por conseguinte, esta teoria enfrenta, desde logo, invencíveis problemas de *proporcionalidade em sentido estrito*, do ponto de vista, não só da reacção penal, como da proporcionalidade da reacção penal, que deixa de ser consentânea com o bem jurídico violado (que feneceu, por força da emergência da feição totalizante da estrutura normativo-social, cujo conteúdo funcional é imperscrutável) e passa a ser medida (sempre e só) em função de qualquer norma penal violada, porque todas as condutas com relevo jurídico-penal atentam, em igual medida, contra o *dever jurídico-penal* normativamente pressuposto pela norma jurídico-penal, parificando um empedernido criminoso a um criminoso de ocasião. A estas críticas, da nossa lavra, somam-se outras críticas que se polarizam, no essencial, no sentido de que: no que respeita à questão do conteúdo das normas penais como um problema não-científico, a ser tematizado unicamente pelo sistema político, o modelo recorre a uma máxima vulgar e absolutamente incorrecta, baseada em um conceito demasiado curto, restrito ou incompleto de ciência. Como consequência, a *teoria do dano de vigência da norma* não oferece qualquer tipo de limitação. Ela nada pode dizer – e também não o quer – acerca da legitimidade do conteúdo das normas penais concretas. Mas com isso, o direito penal transforma-se em mero instrumento de

tecnologia social orientado à optimização do funcionamento da sociedade e qualquer forma de institucionalização pode ser objecto de protecção; neste sentido, na doutrina alemã, CLAUS ROXIN, “Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?”, in: *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, Köln, (2005), pp. 148-150; com outro enquadramento, no quadro dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal económico, THEILE, *Wirtschaftskriminalität und Strafverfahren*, Beck, München, (2009), pp. 5-15; na doutrina portuguesa, JOSÉ DE FARIA COSTA, “Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, ano 142.º, N.º 3978, Janeiro – Fevereiro 2013, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), pp. 158-173. Por conseguinte, em face do (justificado) entono crítico desferido na direcção da *teoria do dano de vigência da norma*, aderimos, sem reboço, à *teoria constitucional do bem jurídico*, defendida por: CLAUS ROXIN, “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 23, n.º 1, Janeiro-Março 2013, Director: Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, (2014), pp. 8-42; Assim também, JOANA AMARAL RODRIGUES, “A teoria do bem jurídico-penal: várias dúvidas e uma possível razão”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 23, N. 2, Abril-Junho de 2013, Coimbra Editora, Coimbra, (2014), pp. 176 e ss; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O “Direito Penal do Bem Jurídico” como Princípio Jurídico – Constitucional. Da Doutrina Penal, da Jurisprudência Constitucional Portuguesa e das suas relações», in *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, (2009), pp. 36-37; MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Constituição e Legitimação do Direito Penal”, in *Diálogos constitucionais entre Brasil-Portugal*, Organização: António Avelãs Nunes/Jacinto Nélson de Miranda Coutinho, Rio de Janeiro, Renovar, (2006), pp. 53.; na doutrina alemã, FRISTER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, (2011), 3.º Capítulo, Número de margem 32.

O Direito 149.º (2017), I, 117-151



## *Direitos tributários, pátrio e alemão, à luz dos conceitos de fato jurídico, segurança jurídica e relativização da coisa julgada*

ARTHUR PINHEIRO ALENCAR\*

PROF. DOUTOR HÉLIO SÍLVIO OURÉM CAMPOS\*\*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Das Constituições (1824-1967): 2.1. Constituições alemãs. 3. Fato jurídico e isonomia. 4. ITBI: contexto histórico. 5. Preamar de 1831 e Lei de Terras de 1850: 5.1. Terrenos de marinha. 6. Segurança jurídica, coisa julgada e sua possível relativização. Conclusão. Referências.

RESUMO: A evolução do presente trabalho busca permear, à guisa de exemplo, a análise do direito tributário brasileiro e alemão e relação entre o fato jurídico e a isonomia. Elaborou-se o presente estudo sob as vias do método lógico-dedutivo, logo, a pesquisa descritiva se faz presente no levantamento e análise de literatura, na intenção de expor um panorama histórico-legal, cujo ponto inicial será o Imposto da Sisa, seguido de uma análise perfunctória da Constituição Portuguesa de 1822, a qual inspirou a primeira Lei Maior do Brasil, e dois anos depois, serviria de ponte tanto para o margeio da Preamar de 1831, quanto para o estudo da Lei de Terras de 1850. Delineia-se desta feita, um plano de trabalho, cuja desembocadura – sob o alvedrio do instituto da enfiteuse e suas implicações, resultará nos terrenos de marinha, na segurança jurídica, relativização da coisa julgada em matéria tributária, e seus consectários.

\* Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Advogado. E-mail: arthuralencar@msn.com

\*\* Juiz Federal; Líder de Grupo de Pesquisa – CNPq: “Política e Tributação: aspectos materiais e processuais”; Professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco; Professor Titular e Membro do Conselho Superior da Universidade Católica de Pernambuco (Graduação, Mestrado e Doutorado); Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e Doutorado pela Faculdade Clássica de Direito de Lisboa; Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e pela Faculdade Clássica de Direito de Lisboa – (Equivalência); Ex-Procurador do Estado de Pernambuco; Ex-Procurador do Município do Recife; Ex-Procurador Federal; Pós-doutorado pela Universidade Clássica de Lisboa. E-mail: ouremcampos@jfpe.jus.br

*O Direito* 149.º (2017), I, 153-173

**PALAVRAS-CHAVE:** História; direito comparado; terrenos de marinha.

**ABSTRACT:** This article will permeate the analysis of Brazilian and German tax law and the relationship between legal fact and isonomy. We've developed this study in the ways of logical-deductive method, therefore, the descriptive research is present in the analysis of literature. The studies will shed into a legal-historical background, whose starting point is the tax of Sisa, followed by a perfunctory analysis of the Portuguese Constitution of 1822, which first inspired the Highest law of Brazil, and two years later, would serve as a bridge for the study of the Land Law of 1850. Finally, it will be studied the emphyteusis and its implications, which will result in tide lands, Legal certainty and relativization of *res judicata* in tax matters.

**KEY-WORDS:** History; comparative law; tide lands.

## 1. Introdução

Visando associar a teoria à prática cotidiana, pavimentou-se uma relação trinitária ladeada por um percurso histórico-jurídico. Intenta-se, sob a esfera gravitacional da segurança jurídica, fato jurídico e coisa julgada – indicativos basilares do Estado Democrático de Direito –, traçar uma linha científica, precisa e substanciosa. Mapear-se-á, à guisa de exemplo, tanto a Preamar de 1831 – a qual, ainda hoje sem a necessária precisão geográfica, gera tantas polêmicas –, quanto a Lei de Terras. Esta será analisada com o auxílio do instituto da enfiteuse. Faz-se deste modo, uma análise crítica de alguns momentos do comportamento tributário brasileiro, sem deixar ao largo o modelo jurídico alemão – em específico no tocante ao direito tributário, e a análise conjunta do fato jurídico com a isonomia.

## 2. Das Constituições (1824-1967)

Tempo e memória atuam conjuntamente, de há muito. Esta, teria a função de robustecer aquele, ficando predicativos, os quais, bem observados, não levariam ao cometimento de erros pretéritos. Todavia, a valência de ambos, foge, por vezes, ao dístico causa-consequência.

O pintor catalão, Salvador Dali, possui dentre os seus quadros, “A persistência da memória”. A languidez dos objetos presentes na obra – ante a simbologia dos relógios em aparente processo de derretimento –, mostra-se apta a retratar inúmeros cenários, exemplificar diversos acontecimentos, corroborar múltiplas

assertivas. Contudo, estas entidades, ladeadas pela atividade secular de delimitar o tempo, por vezes apresentam-se maculadas por uma espécie de “mão invisível”, capaz de deformá-las a ponto de perderem, até, a sua identidade mínima, a de objeto. Eis então que emerge outro personagem, o esquecimento.

Esquecer não é uma simples *vis inertiae* [força inercial], como crêem os superficiais, mas uma força inibidora ativa, positiva no mais rigoroso sentido, graças à qual o que é por nós experimentado, vivenciado, em nós acolhido, não penetra mais em nossa consciência, no estado de digestão (ao qual poderíamos chamar “assimilação psíquica”). (Nietzsche, 2009, p. 43)

Se o esquecimento, como pugna Frederico Nietzsche, há de funcionar como porta de entrada para o novo, haveria que se dar algum crédito a esta faculdade. Todavia, não se deve subverter tal intuito, procedendo-se a uma consubstanciação contingente, aliada a interesses particulares. Destarte, no intuito de compreender o desenvolvimento constitucional dos impostos, é mister recorrer-se à História.

Bastante inspirada pelo país colonizador, a pré Cabralina Pindorama, inaugura a História formal do seu Constitucionalismo através da Carta Magna do Império do Brasil de 1824: infundia-se o compromisso com direitos e liberdades fundamentais, haja vista o reforçar de ares, perpetrado por uma etérea liberdade, a qual apartaria laços de união, tendentes a mitigar o grau de independência intentado. Pugnava-se, portanto, já no primeiro artigo, por uma Nação livre e independente. Houve, de fato, durante a sua vigência, a elaboração de um arcabouço jurídico para o governo. No que dissesse respeito às riquezas, caberia à Assembléia Geral, fixar de forma anual as despesas públicas, além de estabelecer o modo de pagar a dívida (artigo 15, X e XIV).

Em 1891, sob forte influência do constitucionalismo americano, emerge a República dos Estados Unidos do Brasil. Numa Carta Magna com uma vida relativamente longa, passaram-se à competência exclusiva da União, impostos sobre importações vindas do estrangeiro; taxas de selo; correios e telégrafos (artigo 7.º, 1.º, 3.º e 4.º). Da mesma forma que a competia privativamente, a instituição de bancos e a criação e manutenção de alfândegas (artigo 7.º, § 1.º, 1.º e 2.º). No intuito de possibilitar a consolidação das instituições e do Brasil, contra qualquer tentativa de desintegração, defendia-se, no âmbito dos Estados, a uniformidade de impostos (artigo 7.º, §2.º): competia exclusivamente àqueles a tributação sobre imóveis urbanos e rurais e a respeito da transmissão de propriedade (artigo 9.º, 2.º e 3.º). O artigo 10.º, a seu turno, vedava aos Estados e a União a tributação sobre bens, rendas ou serviços que não estejam sob suas competências. Competiria ao Congresso Nacional, de modo privativo, orçar

despesas e fixar receitas, legislar sobre a dívida pública, regular arrecadação e distribuição das rendas federais (artigo 34, 1.º, 3.º, 4.º). Contudo, em face de querelas entre governadores e ante a crise econômica de 1929, responsável por pôr em dúvida o liberalismo econômico e a legitimidade de uma democracia liberal, promulga-se em 16 de julho de 1934, uma nova Constituição.

A Revolução de 1930 – a qual depôs o presidente Washington Luiz, e após a transição de uma Junta Militar, deu posse ao então governador do Rio Grande do Sul, Getúlio Vargas, descortinou uma série de aspectos significativos, tais a constitucionalização dos direitos sociais; a criação da Justiça Eleitoral; do sufrágio feminino e do mandado de segurança. Na Lei Maior, caberia prioritariamente à União criar e manter alfândegas e entrepostos, além de fixar o sistema monetário (artigo 5.º, X, XII).

Numa inspiração da Constituição passada, deu-se atribuição aos Estados, para que, de maneira exclusiva, decretassem impostos sobre transmissão de propriedade *causa mortis*, e imobiliária *inter vivos*, “inclusive a sua incorporação ao capital da sociedade” (artigo 8.º, b, c). Aspecto importante foi a vedação da bitributação (artigo 11). No intuito de refletir um caráter democrático, cunhou-se no texto legal, o respeito ao “peculiar interesse”, à “autonomia municipal, a fim de, por exemplo, instituir impostos (artigo 13). Quanto à segurança jurídica, percebe-se o apreço pelo instituto, ao vedar-se à União e aos entes federados, a cobrança de quaisquer tributos que se façam incidir sobre efeitos já produzidos por atos jurídicos perfeitos (artigo 17, VII), além de garantir a brasileiros e estrangeiros residentes no país, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” (artigo 113, 3).

Entretanto, aos 10 de novembro de 1937, o Presidente da República desferiu um golpe contra as práticas democrático-institucionais com a qual se revestia a Constituição de então, e instituiu o Estado Novo, praticamente sem freios ou contrapesos constitucionais.

Inspirado no ideário nazi-fascista de Hitler e Mussolini e pela Constituição da Polônia (1935), cunha-se a Constituição “Polaca” de 1937, visando fortalecer o Poder Executivo, dando-lhe legitimidade para intervir de forma mais direta na elaboração da legislação – reduzindo, entretanto, a influência do parlamento nacional. No intento de insculpir no Estado uma baliza capaz de coordenar e orientar a economia nacional, atribuiu-se aos Estados, a organização e custeio – com recursos próprios –, daquilo que coubesse dentro do conceito de interesse peculiar (artigo 8.º). Contudo, ressaltou-se no parágrafo único que, em casos de arrecadação insuficiente para a manutenção dos serviços, por três anos consecutivos, seria o estado transformado em território, até que pudesse restabelecer sua parcela de autonomia financeira. Caberia ainda a eles, concorde o artigo 23, “b” e “c”, a transmissão de propriedade por *causa mortis* e *inter vivos*.

O parágrafo 4.º deste artigo determinava, ressalte-se, que caberia ao Estado em cujo território se encontrasse os bens corpóreos, o imposto sobre a transmissão.

No caso da transmissão *causa mortis* de bens incorpóreos, incumbiria ao ente federativo no qual fosse aberta a sucessão. Mais uma vez, o legislador houve por bem vedar a bitributação, ressaltando contudo, que nos casos de competência concorrente, prevaleceria o imposto decretado pela União (artigo 24). Mantêm-se mais uma vez, os princípios da “autonomia”, do “interesse peculiar” dos Municípios, e a vedação a impostos que não sejam uniformes ou que impliquem em discriminação entre estados, Distrito Federal e municípios (é o que se depreende da leitura conjunta dos artigos 26; 34 e 35, b).

Com o final da II Guerra Mundial, na qual o Brasil lutou contra as ditaduras nazi-fascistas, cresce um sentimento de imperiosa redemocratização. Pavimenta-se o caminho para a quinta Constituição brasileira: aproximadamente uma para cada quarto de século. No pós-Estado Novo, adotando-se por base, entretanto, o texto de 1934, exsurge-se a Constituição de 1946. A partir de então, houve uma distribuição mais bem cunhada das competências da União, Estados e Municípios.

O constituinte permitiu a intervenção do Governo Federal nos Estados – a ser decretada por lei federal –, em algumas situações: quando necessário assegurar o princípio da autonomia municipal (artigo 7.º, VII, “e” e artigo 8.º), por exemplo. O artigo 23, I e II, por sua vez, permitia a intervenção dos Estados nos municípios, a fim de que estes pudessem regularizar suas finanças, quando incorressem em falta de pontualidade quanto ao empréstimo garantido pelo Estado, ou se deixam de pagar por dois anos seguidos, a dívida para com eles. O artigo 28, II, “a”, garante, quanto ao seu interesse peculiar – via administração própria –, o já constante princípio da autonomia dos Municípios. Portanto, estes poderiam decretar e arrecadar impostos de sua competência, além de poder aplicar suas rendas. A Carta Magna buscou também fincar diretrizes gerais quanto à educação e economia.

No que diz respeito aos impostos, o artigo 19, II e III atribuía competência aos Estados para decretá-los sobre transmissão de propriedade *causa mortis* e *inter vivos*. O parágrafo 2.º, a exemplo da Constituição anterior, determina respectivamente que os impostos sobre a transmissão de bens corpóreos, são de direito do Estado em que se ache situados. O artigo 141, § 3.º cultua a santíssima trindade, ao garantir que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. A Ditadura Militar, iniciada em 1964, foi a responsável pela Constituição de 1967. Muito embora, frise-se o entendimento contrário daqueles que julgam não haver Carta Maior, em razão da coação ao trabalho dos parlamentares, os quais não estavam investidos das faculdades constituintes e muito menos representando o povo.

O Texto permitia à União, intervir nos Estados, com a finalidade de endireitar as finanças destes, que dentre outros casos, deixassem de repassar aos Municípios as cotas tributárias que lhes fossem de direito. (artigo 10, V, “b”). Haveria também esta permissão, quando houvesse necessidade de observar o princípio da autonomia municipal (artigo 10, VII, f). A criação dos Municípios e divisão distrital dependeria de lei estadual – todavia, frise-se, a organização municipal, em nome das “peculiaridades locais”, poderia variar: é o que rezava o artigo 15. No seguinte, assegurava-se a autonomia municipal, através de eleições diretas de Prefeito, Vice e Vereadores, (artigo 16, I). Da mesma forma, pugnando-se por uma administração própria, respeitando mais uma vez o “peculiar interesse”, no momento de instituir e arrecadar tributos de sua competência e na organização dos serviços públicos locais (artigo 16, II, “a” e “b”). O parágrafo 3.º, “a”, “b” e “c” possibilitava a intervenção nos Municípios – quando regulada na Constituição do Estado –, em três situações: no atraso do pagamento de empréstimo garantido pelo Estado; nos casos em que, por dois anos consecutivos, não pagasse dívida fundada e quando a Administração do município não prestasse contas, a serem obrigadas por lei estadual.

O capítulo V é dedicado ao Sistema Tributário, composto de “impostos, taxas e contribuições de melhoria”, concorde o artigo 18. O artigo 24, I atribui aos Estados e Distrito Federal, a competência para instituir impostos sobre “transmissão, a qualquer título, de bens imóveis por natureza e acessão física”. O artigo seguinte atribuía aos Municípios o poder de decretar impostos sobre propriedade predial e territorial urbana, e serviços não compreendidos nas competências tributárias da União ou dos Estados. (artigo 25, I e II).

O Ato institucional n.º 7, de 26 de fevereiro de 1969, não trouxe mudanças no sistema tributário, mas foi de um autoritarismo galopante. O artigo 7.º suspendia a autonomia dos entes da Federação, ao impedir eleições parciais para o Executivo ou Legislativo. O § 1.º, impõe aos Municípios em vagar os cargos de Prefeito ou Vice, em razão da extinção do mandato, por exemplo, a intervenção federal, a ser decretada pelo Presidente da República. Por fim, o artigo 9.º impedia apreciação judicial, dos atos praticados com base no Ato Institucional e seus Atos Complementares.

### 2.1. *Constituições alemãs*

A jurisdição constitucional alemã passou por uma lenta evolução. Em 28 de março de 1849, é aprovada a primeira Constituição alemã, através da Assembleia Nacional de Frankfurt, muito embora ela não tenha chegado a ser promulgada. Contudo, um ano antes da promulgação da Magna Carta, já havia a

previsão da liberdade de imprensa e de reunião. O momento constitucional do pós Revolução de 1848, mirava na unidade nacional e na democracia, optando-se pela unidade dos Estados, e cabendo ao imperador, ao lado do Parlamento (*Reichstag*), a condução da Alemanha.

A Constituição de 1871, à guisa de exemplo, trouxe consigo o Conselho Federal (*Bundesrat*), responsável por dirimir conflitos políticos. Já a Constituição de Weimar, em 1919, foi a responsável pela instituição do Tribunal de Justiça do Estado, enquanto instância competente para dirimir conflitos constitucionais entre Estados ou com o poder central (*Reich*). O artigo 13,II da Constituição atribuía competência ao Supremo Tribunal do Reich e ao Tribunal de Finanças, a decisão sobre a compatibilidade de direito estadual com o federal, mediante requerimento do governo central ou de um governo estadual.

A atual Constituição Alemã (*Grundgesetz* ou GG) garante a cada cidadão o “direito do juiz legal” e proíbe juízes ou tribunais de exceção. Do final da primeira década do século XX até 1945, surgiram em terras germânicas os Tribunais Financeiros e os Tributários, sendo patente, a influência, no direito tributário brasileiro, do Código Tributário Alemão de 1919 (*Reichsabgabenordnung*). Percebe-se um desenho bem estruturado do judiciário alemão, imbuído principalmente numa organização judiciária plural. Logo, na jurisdição alemã o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) representa a última instância, o qual coexiste com cinco tribunais superiores<sup>1</sup>, com competências para questões civis e penais (BGH); administrativas (Bverw G); tributárias (BFH); trabalhistas (BAG), assistência social e previdência (BSG). Os Estados, a seu turno, possuem autorização constitucional para criar tribunais estaduais, hierarquicamente abaixo dos federais. As competências dos tribunais estão descritas em leis<sup>2</sup>, salvo o *Bundesverfassungsgericht*, que encontra suas disposições na Lei Maior. Há ainda que se esgotar todas as vias, para que se possa propor uma ação perante a Corte Maior. Destaque-se a impossibilidade de os juízes permanecerem mais que doze anos neste tribunal, sem olvidar da aposentadoria, que se dá aos 68 anos.

<sup>1</sup> Os tribunais chamam-se, respectivamente: *Bundesgerichtshof* (BGH); *Bundesverwaltungsgericht* (BverwG); *Bundesfinanzhof* (BFH); *Bundesarbeitsgericht* (BAG) e *Bundessozialgericht* (BSG).

<sup>2</sup> A *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG), por exemplo, trata de questões civis e penais: a primeira instância é composta pelo *Amtsgericht* (Fórum) – para causas com valor inferior a 5 mil euros – ou o *Landgericht* (Tribunal de Justiça), para os demais casos. Há ainda o *Oberlandesgericht*, espécie de terceira instância estadual e segunda instância em certos casos da competência do *Landgericht*. Há, por fim, a última instância ordinária nos casos civis da Alemanha, o *Bundesgerichtshof*, ele revisa decisões do *Oberlandesgericht*.

Em específico, as questões tributárias (*Finanzgerichtsordnung*) possuem apenas duas instâncias – único caso dentre as vias judiciais alemãs; há um tribunal tributário (*Finanzgericht*) em cada Estado. A segunda instância (e última) é representada pelo *Bundesfinanzhof*. A competência destes tribunais é regida pela FGO (*Finanzgerichtsordnung*), e baseia-se especialmente na lei da ordem tributária (*Abgabenordnung*). Na primeira instância há dois senados de três juízes e dois jurados, na segunda instância, os senados compõem-se de cinco juízes. O direito tributário alemão busca evitar que o Estado espolie fiscalmente os cidadãos, sem prestar a devida deferência e proteção ao bem comum. Evitam-se ao máximo, partidarismos do legislativo, cuja posição redunde num caos fiscal, por exemplo. Logo, os legisladores têm assente o seguinte norte tributário: segurança do planejamento econômico e aversão à modificações sazonais, no que disser respeito aos tributos.

Como dever fundamental, o imposto não pode ser encarado nem como um mero *poder* para o estado, nem como um mero *sacrifício* para os cidadãos, constituindo antes um contributo indispensável a uma vida em comunidade organizada em *estado fiscal*. Um tipo de estado que tem na subsidiariedade da sua própria *ação* (econômico-social) e no primado da autorresponsabilidade dos cidadãos pelo seu sustento o seu verdadeiro suporte. (Nabais, 1998, p. 679.)

Desta feita, embora fruto de uma especialização do Direito Administrativo, e parte do Direito Público, o Direito Tributário alemão, não pode ser tratado de maneira estanque. Do direito civil, guarda o caráter de uniformidade da tributação, em conjunto com a segurança jurídica, a intervenção para resguardar Direitos Fundamentais e a estrita reserva legal. Há também a correlação com o Direito Social e o princípio da capacidade contributiva tributária. Entretanto, o Código Tributário só se aplica aos tributos regulados por Direito Federal ou Direito da Comunidade Européia – e administrado por autoridades federais. Nos municípios, as leis tributárias seguem o Código Tributário Municipal.

No Brasil, a competência tributária representa tanto a legitimação, dada pela Constituição Federal, a fim de que os entes políticos possam criar tributos, quanto uma contenção ao poder fiscal de cobrar tributos. A diferença entre competência privativa e exclusiva é a delegabilidade, possível naquelas. IOF e IPI, por exemplo, são impostos criados pela União, logo a titularidade da competência tributária desta, impede que os demais entes da federação criem estes impostos. Ressalte-se a diferença entre competência para instituir um tributo e a capacidade tributária ativa, responsável por permitir a cobrança de tributo já criado. Outra característica da competência tributária, é que nem os impos-

tos – previstos na Lei Maior – decaem, por não serem instituídos, ou tem sua competência modificada.

### 3. Fato jurídico e isonomia

Não se pode falar em impostos e constituições, e olvidar a relação entre a norma jurídica e o suporte fático, a qual, quer no direito pátrio, quer no tudesco, será sinalizada por uma díade substantiva: relevância e legalidade. Logo, o antecedente das normas conterà uma previsão hipotética, cotejando o acontecimento social e o fato jurídico sob duas finalidades: garantir a juridicidade ao fato e realizar concretamente o enunciado.

É preciso, contudo, distinguir aquilo que o legislador cunhou, enquanto fato responsável pelo surgimento da relação jurídico-tributária (suporte fático hipotético ou abstrato), e o acontecimento previsto na norma, a sua aplicação materializada (suporte fático concreto). Esta inclusão se dá no momento em que o fato jurídico tributário, ao circunscrever a descrição normativa da hipótese tributária (princípio da tipicidade), estabelece um direito subjetivo público, em nome do qual, o sujeito ativo passa a exigir uma prestação do sujeito passivo. Está-se diante da regra-matriz de incidência tributária, a qual se dá, no instante em que o fato gerador (Brasil, 2011, Recurso Especial 1019820/RS) incide na obrigação de pagar o laudêmio, nos terrenos de marinha – momento do registro do imóvel em cartório, no valor de 5% sobre o valor atual do imóvel. Tal situação avulta em importância, ao analisar-se que, só em 2007, a Secretaria de Patrimônio da União, amealhou (Lima, 2009, p. 5) na cobrança de laudêmios, aforamentos e ocupações, pouco mais de 3,3 bilhões de reais. Não há que se desprezar também, o fato de os herdeiros da Família Real brasileira ainda receberem foros e laudêmios em razão do regime enfiteutico, constituído por Dom Pedro II na Fazenda Imperial, localizada em Petrópolis (RJ). Estima-se (Sobrinho, 2008) que a parte da família que reside nesta cidade, recebe de R\$ 3 a 5 mil por mês, só com os laudêmios.

Subsumir o fato à norma é, portanto, deparar-se com uma efusão de efeitos jurídicos, garantidores do respeito à vontade legal – sob pena de sanções, caso haja descumprimento de deveres. Logo, é mister traçar uma linha de conduta – legislativa, interpretativa e prática –, no sentido de combater as desigualdades que impingam disparidades monetárias quase incontornáveis. Desviada a idéia de que a lei deveria tratar a todos de maneira abstratamente igual, o legislador procurou identificar aspectos essenciais a fim de agrupar pessoas em situação paritária de direitos.

Portanto, a vedação constitucional que impede as distinções entre pessoas, deve ser analisada de modo apartado da estreiteza da literalidade pura.

A desigualdade econômica não é, de modo nenhum, desigualdade de fato, e sim a resultante, em parte, de desigualdades artificiais, ou desigualdades de fato mais desigualdades econômicas mantidas por leis. O direito que em parte as fez, pode amparar e extinguir as desigualdades econômicas que produziu. (Miranda, 1987, p. 689)

O princípio da igualdade tributária, portanto, deve dizer respeito à repartição do ônus fiscal da forma mais equânime possível, através da proporcionalidade, progressividade (sobre renda, patrimônio). Reza o princípio da capacidade contributiva, a seu turno, que a carga tributária deve ser distribuída de acordo com a capacidade econômica dos contribuintes. No Direito Alemão, este mesmo princípio funciona tal um critério de repartição ou de imposição, da mesma forma que um norte, bastante razoável, para a aplicação do princípio da igualdade.

#### 4. ITBI: contexto histórico

A passagem do fato à norma, de fato não é algo inédito, haja vista justificção principéscas para a instituição do Imposto de Sisa: aumento de despesas públicas e urgência. Tais predicados exsurgiram enervados por um contexto de imensa agitação política, econômica e diplomática. O início do Século XIX trouxera ao Brasil – não pela primeira vez –, os ares da contradicção.

Um príncipe regente, ao contrariar princípios até então vigentes, revoga nos idos de 1808 – em sua imensa maioria –, uma legislação que primava pelo monopólio: tratava-se da Abertura dos Portos, decretada em Salvador, uma semana após a chegada da família real portuguesa. Um ano após o ato de compulsória liberalidade – mais envolto pela força das circunstâncias do que por mera virtude Joanina –, surge, no dia 3 de junho de 1809<sup>3</sup>, através de Alvará, o Imposto da Sisa. Ele incidia sobre compras, vendas e arrematações de bens de raiz, feitas no Estado e nos Domínios Ultramarinos (Índia, por exemplo), no

<sup>3</sup> No mesmo três de Junho de 1809, surgiu o Alvará sobre a Décima de todos os Prédios Urbanos, através do qual o Príncipe Regente cobrava 10% (dez por cento) sobre o rendimento líquido, a todos aqueles que possuíssem prédios urbanos, em estado de serem habitados e que estivessem situados à beira do mar – do contrário haveria isenção. Havia também o burlesco e auto-explicativo, Alvará sobre a contribuição de 5 réis em cada arrátel (459 gramas), de Carne fresca de Vaca

valor de 10% do preço de compra. Pagava-se ainda, cinco por cento do preço das compras e vendas dos escravos, embora fossem nulas as compras e vendas de bens de raiz, caso não fossem pagas as respectivas Sisas. A arrecadação era feita pelo Conselho da Real Fazenda, a cargo das três pessoas mais abonadas da Corte. Nas demais Capitanias, a arrecadação caberia às Juntas da Administração, representações fazendárias.

O ato liberal tomado por um Estado colonialista, seguido pela taxação dos bens, trouxe, além da família real – e uma plêiade de cortesãos –, o embrião de um sentimento de nacionalidade. A presença da corte no Rio de Janeiro foi responsável por incutir ares de império, principalmente após 1815, quando Dom João VI cunha um novo contorno jurídico para o Brasil: o país passava a ser um só reino, junto com Portugal e Algarves. Sete anos mais tarde, no dia sete de setembro, era declarada oficialmente a Independência do Brasil.

O famoso quadro “O Grito do Príncipe”, do pintor Pedro Américo, não refletia, todavia, o coruscante interregno entre 1815 e 1822. Neste lapso temporal, o Brasil passara por duas Revoluções, a Pernambucana de 1817<sup>4</sup> e a do Porto de 1820<sup>5</sup>, que obrigara o regresso do rei a Portugal, deixando no então Reino Unido, o príncipe regente Dom Pedro.

Após a Independência pátria, ainda sob a égide do imposto, os então reinóis, viram-se envoltos numa propensa aura de nação livre e soberana: descortinava-se uma oposição ideológica entre constitucionalismo e absolutismo. A inspiração na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em especial no artigo 16, ao pugnar que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não for assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”, fez irromper o claustro no qual residia a necessidade de um sistema que inspirasse a separação de poderes e assegurasse os direitos individuais. Neste ínterim, sob a égide de um propenso sistema político de liberdades, Portugal, lutava para consolidar um Estado Constitucional de Direito, a ser representado pela Magna Carta de 1215.

Nos três artigos iniciais da Lei Maior portuguesa, albergava-se a propriedade, liberdade e segurança, sob o manto do princípio de legalidade. A pri-

<sup>4</sup> Também conhecida como Revolução dos Padres, a Revolução de 1817, sob a influência de idéias Iluministas, representou uma luta contra o absolutismo monárquico francês e uma crise econômica regional, em razão de uma grande seca um ano antes, da queda no preço do açúcar e algodão – em face da concorrência estrangeira – e da criação de novos impostos. Durou 75 dias.

<sup>5</sup> Durante a transferência da corte portuguesa para o Brasil (1808), os lusitanos viram-se invadidos por tropas napoleônicas, as quais foram detidas pelo exército inglês. Portugal transformara-se em colônia brasileira e protetorado britânico. Tratados garantindo privilégios alfandegários e o controle do exército inglês, foram gerando um sentimento de inconformismo, que culminou com retorno de expressa maioria da corte, e o embrião da primeira constituição portuguesa.

meira Constituição lusa consagrara o direito à propriedade: o artigo 6.º declara-o “sagrado e inviolável”. Todavia, utilizando-se do mesmo argumento que embasara o então Imposto de Sisa, o legislador peninsular inscreveu a ressalva de que, em nome da urgência e da necessidade pública, o português seria privado deste direito – preservada a indenização preliminar. Por fim, no Capítulo III da então Carta Magna Lusa, o legislador houve por bem tratar da Fazenda Nacional, estabelecendo no seu artigo 234 a competência fiscalizadora do Governo – com o fito de cobrar, na forma da lei, as contribuições. No artigo 236, há o reconhecimento da dívida pública: “as Cortes designarão os fundos necessários para o seu pagamento ao passo que ela se for liquidando.

## 5. Preamar de 1831 e Lei de Terras de 1850

Com o delineamento constitucional de então, o Brasil seguia o curso de sua história. Tornara-se necessário, desbravar – via atividade legiferante –, os “mares nunca dantes navegados”. Contudo, não se poderia deixar em segundo plano, a imensa quantidade de terras de que o país dispunha.

O primeiro mapeamento legal-possessório das águas brasileiras – Aviso de 18 de novembro de 1818 – indicava que a faixa representada pelas 15 braças da linha d’água do mar, e pela sua borda seria conservada para a servidão pública. Anos mais tarde, em novembro de 1832, uma Instrução do Ministério da Fazenda atribui um novo marco regulatório, utilizado até hoje: repetir-se-iam as 15 braças da primeira década do século XIX, só que desta vez, contadas a partir do ponto alcançado pela linha da preamar<sup>6</sup> média de 1831. A priori, esta modificação fora resultado de estudos durante o ano de 1831, visando dar maior suporte às construções de instalações portuárias e à navegação marítima. Todavia, este ancoradouro responsável por nortear os terrenos de marinha e seus acrescidos, foi aos poucos sendo desvirtuado.

Antevendo-se uma fonte de alta rentabilidade, passou-se a aforar<sup>7</sup> algumas faixas de terrenos sob os auspícios da demarcação da preamar média de 1831.

<sup>6</sup> As preamares médias anuais são medidas com base na média aritmética de todas as alturas de marés-cheias, em um ano, tomando-se por base o nível médio do mar. A altura mínima, a seu turno, é chamada de baixa-mar.

<sup>7</sup> Atualmente, conforme o artigo 101 do Decreto-Lei 9.760/1946, o foreiro paga anualmente à União o correspondente a 0,6% do valor do terreno – após a concessão do aforamento, a porcentagem é atualizada pela correção monetária. Não pagarão as taxas, famílias comprovadamente carentes, de acordo com o artigo 1.º do Decreto-Lei 1.876/1981. O não pagamento destas taxas, por três anos sucessivos ou intercalados, levará ao cancelamento compulsório do direito de domínio útil do particular.

A partir de então, as receitas advindas destas concessões, passaram a integrar o orçamento anual da Fazenda Nacional. Em 1867, a Lei n.º 1.507 fixando a despesa e estimando a receita do Império para os biênios 1867/68 e 1868/69, inscreveu, enquanto fonte de receita, os laudêmios. Por fim, o Decreto n.º 4.105 de 1868, estabeleceu os terrenos acrescidos de marinha – quer formados natural, quer forjados artificialmente –, e dispostos até a distância de 33 metros para a terra.

Em pouco tempo, começara-se a deixar de lado o ideário feudal que associava a quantidade de glebas à qualidade do prestígio social, e passava-se a visar o lucro e a capacidade de se forjar outros bens. Dentre os vieses sob os quais a economia passaria a verter seus interesses – além da faixa litorânea da Preamar –, inevitavelmente, encontrar-se-iam as terras.

A Lei de Terras possui uma das suas fontes na Roma Antiga, que no intuito de estimular o cultivo, arrendava terrenos para os colonos – um pouco distantes dos mais profícuos e bem localizados. A concessão para uso provisório mediante pagamento dava-se por um longo período, por vezes de maneira perpétua. No arrendamento público dos romanos, o titular do direito poderia alienar ou legar a propriedade, e o adquirente, a seu turno, assumiria direitos e obrigações iguais – tratava-se do usufruto.

A enfiteuse, por sua vez, caracterizava-se por uma delimitação temporal, e que, ao fim do prazo, podia-se elevar o valor do foro ou proceder à retomada da terra. É válido ressaltar, que o direito compilado por Justiniano, exigia do enfiteuta, a comunicação ao proprietário, acerca de qualquer transferência pretendida, a fim de que lhe fosse concedido o direito de pôr a termo a enfiteuse, pagando o que seria devido ao terceiro. Em caso de descumprimento deste regramento, seria aplicada uma sanção pecuniária equivalente a 2% do preço pago pelo novo enfiteuta, tratava-se do laudêmio. Caso não se pagasse o foro por três anos, era feita a devolução da coisa. Séculos mais tarde, na Idade Média (476 d.C.-1453), os senhores feudais faziam uso do instituto da enfiteuse para garantir o assenhoreamento sobre as terras:

A imposição do celibato do clero, no século XI, constituiu uma garantia à preservação dos bens eclesiásticos como patrimônio da Igreja, pois excluía quaisquer direitos legais a eventuais herdeiros dos sacerdotes: o Direito medieval não reconhecia a filhos ilegítimos qualquer fundamento jurídico que os habilitasse à herança paterna. Em uma sociedade em que a terra se afirmava como a base da riqueza, o fato de a Igreja converter-se na maior proprietária de terras ajuda a entender melhor a preponderância que assumiu na sociedade medieval. (Aquino, Franco e Lopes, 2003, p. 507)

No Brasil, a Igreja fora uma grande concedente de domínios úteis e detentora de diretos – tratavam-se dos Patrimônios de Santos, áreas de terra geralmente destacadas de fazendas, em torno da capela rural, ao redor das quais se ergueram inúmeras cidades. Optou-se pelo registro paroquial, em razão da presença, quase constante, da Igreja em diferentes localidades do país. No desenvolvimento da agricultura brasileira, a enfiteuse fora bastante útil, representando nos séculos XIX e XX, o aproveitamento de terras baldias; contribuindo para a urbanização de áreas próximas aos grandes centros, além de instalar núcleos industriais em vários pontos do país. Entretanto, o instituto ajudou a manter privilégios, haja vista a portentosa fonte de renda a título de transferência *inter vivos*.

A partir da metade do século XIX, as terras passariam a ser adquiridas no ato da compra, sendo vedadas novas concessões de sesmarias ou ocupações por posse, salvo nas terras a dez léguas do limite do território (sessenta quilômetros, em média). Quatro anos após a promulgação da Lei de Terras, surge a sua regulamentação, a ser executada pelo Decreto 1.318 de 30 de janeiro de 1854: todos aqueles que possuísem terras, deveriam registrá-las, procurando a paróquia na qual se encontrava sua propriedade. Outro componente da estrutura fiscalizadora, a fim de instrumentalizar os desígnios do governo imperial, foi a Repartição Geral das Terras Públicas. Subordinado ao Ministério da Agricultura do Império, o órgão possuía a finalidade de gerir as medições, dividir e descrever as terras devolutas, além de prover sua conservação. Contudo, tanto a Lei de Terras, quanto a sua regulamentação, haja vista o abandono na inspeção de terras públicas pelo governo em 1878, não foram capazes de legitimar posses ou revalidar muitas sesmarias. A Coroa Portuguesa passara ainda, a conceder a posse da terra aos que viessem desbravar a Terra de Santa Cruz, a exemplo do Foral de Olinda, nos idos de 1537.

O primeiro donatário da capitania de Pernambuco, Duarte Coelho, doara àquela cidade, terras no Recife e no Cabo de Santo Agostinho. Todavia, esta carta de privilégio da então capital pernambucana, não trazia no seu bojo questões relativas aos limites de jurisdição, diretrizes fiscais e as normas judiciais. Estas questões só receberiam uma maior atenção, mais de um século e meio depois. Em 1709, foi feita uma demarcação do patrimônio de Olinda, e a conseqüente assinatura, por parte dos ocupadores do solo, dos termos de aforamento. Com base nisto, até setembro de 2009, haviam sido emitidos pouco mais de 18 mil carnês para os habitantes de Olinda e algo além de 3 mil e trezentos, para o Recife, somando respectivamente, R\$ 1,141 milhão e R\$ 456 mil (Sandes, 2010), a serem pagos.

Na Alemanha, historicamente falando, o ato da entrega dos imóveis deveria ser feito perante testemunhas e de forma solene. No século XII – mesmo momento em que a Igreja surgia como detentora de diversas propriedades –,

as negociações sobre imóveis naquele país, passam a contar com assento oficial em livros permanentes (há exemplares conservados, frise-se, em texto original, de 1135 a 1142, na cidade de Colônia, estado da Renânia do Norte-Vestfália).

Atualmente, os bens imóveis, as suas modificações jurídico-reais, são regidos pelo Livro Fundiário, o qual cumpre as funções de registro e publicidade. As inscrições podem ter caráter constitutivo, a exemplo da transmissão do direito de propriedade ou apenas declarativo, quando se retroage ao momento em que houve a inexatidão, a fim de extirpar o dissenso entre a situação jurídica inscrita e a real, por exemplo. Todavia, o princípio da inscrição não nasce por geração espontânea: a idéia de que a alteração das relações jurídicas sobre o imóvel se dá a partir deste norte (não há aquisição, sem inscrição), ocorre *a posteriori*. Logo, necessitar-se-ia – sob pena de não haver aquisição –, de dois requisitos para a apresentação do princípio da eficácia jurídica formal do registro imobiliário: a transferência fruto do acordo de vontades e a inscrição no livro. O registro obedece ao princípio da exatidão, dessarte, a função do agrimensor é primordial.

### 5.1. *Terrenos de marinha*

A despeito do histórico político-legislativo da Lei de Terras e a relação com a enfiteuse, há que se fazerem presentes, nas cercanias da Preamar de 1831, os terrenos de marinha.

O regime enfiteutico da União encontra-se, dentre os direitos de fruição ou gozo, a fim de permitir-se a utilização de um bem, à maneira do dono. Logo, o proprietário que por alguma razão não pudesse utilizar o imóvel de forma direta, poderia ceder uso e gozo da propriedade, exigindo em contrapartida, o pagamento do foro. Neste sentido, o presidente do Supremo Tribunal Federal (biênio 2010/2012), Ministro Cezar Peluso, aos 31/05/2006, alinhou na Medida cautelar em ação cautelar – AC 1105 MC/SE:

Os terrenos de marinha e seus acrescidos são bens públicos da União (CF 20 VII). Pode ser feito aforamento de terreno de marinha, por meio de contrato regido pelo direito administrativo (DL 9760/46). Pelo aforamento o proprietário do domínio útil tem de pagar foro anual ao poder público (DL 9760/46 101) ou taxa de ocupação (DL 9760/46 127). “Conquanto excluída agora a admissibilidade de constituição ex vi do artigo 2.038, caput, do Código Civil, a figura subsiste para terrenos de marinha, como se depreende, não só do § 2.º desse artigo, mas sobretudo do artigo 49, § 3.º, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), segundo o qual “a enfiteuse continuará sendo aplicada aos terrenos da marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima”.

O Decreto-Lei n.º 9.760/46, responsável por reger os bens imóveis da União, estabelece no artigo 2.º, duas referências, uma espacial e outra temporal. Aquela é responsável por definir a faixa territorial, de 33 metros, medidos horizontalmente para o lado de terra, a partir da linha da preamar média de 1831. Esta é motivo de dificuldades no que diz respeito à exata localização da zona costeira, afinal, as variações do nível médio do mar podem ser influenciadas por vários fatores, dentre eles o aumento dos efeitos tectônicos e a diminuição da salinidade. A inexatidão ondeb-se atualmente no uso do início da vegetação natural da costa marítima, ou seja, locais em que terminam as praias, ao invés da Preamar de 1831.

Tais obscuridades geram incertezas jurídicas. A notificação inopinada de que um terreno passará a ser considerado como se de marinha o fosse, gerou uma corrida ao Judiciário, haja vista os moradores se verem gravados com cobranças – tais foros e taxas de ocupação –, que não faziam parte dos seus cotidianos. O então Ministro Relator do STJ, Luiz Fux, no Recurso Especial 1161374/SC, julgado aos 22/09/2010, já pugnava que na demarcação dos terrenos de marinha, além de se fazer a citação pessoal dos interessados, devem ser observados o contraditório e a ampla defesa.

Tal situação pode ser comprovada numa análise jurisprudencial, acerca do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, sobre diversos temas dos terrenos de Marinha. Depreende-se que entre 1988 e 2010, passaram pela Corte, 231 recursos, dos quais aproximadamente 80% e 11% foram, respectivamente, Recursos Especiais e Conflitos de Competência. Da totalidade de recursos, os Estados de Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Pernambuco, foram os que mais demandaram (34, 16 e 12 por cento, respectivamente), dos quais, pouco mais de 46% não foram providos. Os ministros Luiz Fux, Eliana Calmon e Castro Meira, foram os que mais julgaram os recursos (a diferença do terceiro para o primeiro não ultrapassa 1%). Dentre os assuntos mais recorrentes, consta a notificação pessoal de interessados (quando certos e identificados), para a demarcação dos terrenos de marinha e a atualização anual da taxa ocupação, conforme valor do domínio pleno do terreno.

Diante desta situação, a Assembléia Legislativa de Pernambuco, após a vigência da Lei Federal n.º 11.481/2007, propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4264, na qual se grassou vencedora. Tal media foi tomada ante a redação do artigo 5.º da Lei Federal n.º 11.481/2007, e o artigo 11 do Decreto-Lei 9.760, de 1946: a notificação da demarcação dos terrenos de marinha passaria a ser através de edital. O Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, entende que cabe ao comprador do imóvel o ônus por não exigir certidões judiciais – tal a Certidão Autorizativa de Transferência do Imóvel –, salvo

prove que não teria como conhecer do litígio, conforme dispõe o Recurso em Mandado de Segurança 27358/RJ.

Outra questão basilar encontra-se no Projeto Orla, instituído pelo Governo Federal cuja finalidade é disciplinar o uso e ocupação da zona costeira. No estado de Pernambuco, o projeto já fora concluído nas localidades de Tamandaré, São José da Coroa Grande, Goiana e Cabo de Santo Agostinho. Encontra-se em andamento nos municípios de Recife, Ipojuca e Itamaracá. Ressalte-se que Pernambuco possui aproximadamente 70 mil imóveis cadastrados como terreno de marinha, principalmente nos Municípios de Recife e na região metropolitana.

Antevendo-se uma determinação de dominialidade ainda não homologada pela linha da Preamar Média de 1831, o Projeto Orla prescreve que será feita a suposta identificação de terrenos de marinha e seus acrescidos, a partir do estabelecimento de uma Linha presumida de Marinha. Trata-se de presunção no mínimo questionável, afinal, a legislação se deve fazer uso de uma legitimação racional-legal, cuja validade das decisões obrigatórias deveria encontrar-se fincada em um sistema – de fato, envolto por uma complexidade social, mas que não pudesse prescindir de no mínimo, uma boa técnica legislativa. Outra questão dissonante encontra terreno fértil na Instrução Normativa da SPU, n.º 2 ao prescrever que o cálculo da LPM/1831 seja balizado pelos valores máximos das preamars de sizíguas daquele ano, ou do que mais dele se aproximar. A legislação determina que o referencial seja a linha das preamars médias de 1831, não as máximas atuais.

## **6. Segurança jurídica, coisa julgada e sua possível relativização**

A relação entre institutos chega ao término, ladeada pelos substantivos seletividade e motivação. Desta feita, torna-se possível atribuir uma função distintiva entre preferências dicotômicas – valor diante de desvalor, o sim, perante o não. Neste viés no qual o conceito-meio – princípio –, desemboca no conceito-fim – legitimação –, a formação da unidade é de vital importância para a Constituição, enquanto meio propagador de uma eficácia integradora. É notório o direcionamento teórico neste sentido, ao analisar-se, por exemplo, o artigo 93, n.º. 1, alíneas 1 e 2, responsável por atribuir ao Tribunal Constitucional Federal Alemão, o caráter dirimente de litígios acerca da interpretação da Lei Fundamental; a extensão de direitos, e a compatibilidade de leis federais e estaduais, com o Texto Maior.

A gradual aproximação entre a esfera público-privada, entretanto, pode turvar a necessidade de o Estado portar-se qual um dos guardiões da ordem

social. Todavia, é perceptível a mudança de ventos, haja vista as mudanças da compreensão teórica da linguagem, da natureza das convicções e do âmbito de ação estatal. Afinal, o pretérito argumento de autoridade fincado na simples invocação de regras, e o apreço por uma pseudoconseqüente dedução, não mais ferra a alcunha de decisão jurídica autorizada.

Quando o Direito atribua ou reconheça, às pessoas, espaços de liberdade, genéricos ou específicos, pressupõe, à partida, campos de livre arbítrio; a referência a uma função social e *económica*, exprime a idéia de que a discricionariedade aí implícita não será total: os comportamentos levados, no seu seio, a cabo, deveriam respeitar o escopo social e *económico* que presidiu à sua constituição, quer produzindo uma maior utilidade pessoal – função pessoal – quer social – função social, a que se pode acrescentar o complemento de *económica* (Cordeiro, 2001, p. 1231)

No intuito de não ver a assertividade necessária das decisões jurídicas resvalada pela força das circunstâncias, surge a coisa julgada: instituto jurídico-processual que funciona como um espelho, ao refletir o modo como os estudiosos e aplicadores do Direito encaram a estabilidade das decisões jurisdicionais.

Em Seção Plenária do Supremo Tribunal Federal, aos 18/12/2009, na qual se discutia o Agravo Regimental em Suspensão de Liminar 172/PR, o Ministro-Relator, Gilmar Ferreira Mendes, cunha uma definição breve, porém percuente: “a coisa julgada é o especial efeito da decisão judicial, ultrapassados os prazos recursais, identificando-se com sua imutabilidade”. A despeito do artigo 467 do Código de Processo Civil estabelecer a correlação da imutabilidade e indiscutibilidade da sentença com a impossibilidade recursal, é o artigo 485 do mesmo diploma, que indica de forma mais segura o âmbito de incidência da coisa julgada material, ao prescrever que cabe à Ação Rescisória, a desconstituição da sentença de mérito transitada em julgado. No Brasil, este tipo de ação seria trazido à baila pelo Regulamento 737 de 1850, com prazo prescricional de 30 anos. Depois, viria o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil de 1973, cujos prazos respectivos seriam cinco e dois anos. Na Alemanha, há a revisão do procedimento, instituto semelhante à ação rescisória brasileira. Contudo, os efeitos de decisões judiciais anteriores à declaração da inconstitucionalidade, na maioria dos casos, são preservados – excetuam-se, por exemplo, as condenações criminais.

No Direito Tributário, a súmula 239 do Supremo Tribunal Federal, discutida no Recurso Especial 731250/PE, prescreve: “decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício, não faz coisa julgada em relação aos posteriores”. Logo, mesmo havendo o trânsito em julgado, haveria a possibilidade de rediscutir a mesma questão, com a ressalva de fazê-lo em

relação aos exercícios financeiros seguintes. Ponto controverso reside ainda no parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil, o qual permite à Fazenda Pública, em havendo embargos à execução, a alegação de que o título era inexigível, haja vista basear-se em norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Não se pode olvidar do artigo 475-L, § 1.º, do mesmo diploma, o qual amplia para as outras execuções ou cumprimentos de sentença, o disposto no artigo precedente. Essa redação veicula a possibilidade de o pólo executado alegar – em qualquer instante –, a inconstitucionalidade da sentença judicial que transitara em julgada, mesmo após os dois anos para fazer uso da Ação Rescisória. O direito alemão, por influência do professor Gilmar Ferreira Mendes, serviu de fonte para esta regra. Frise-se, entretanto, que no país europeu, os efeitos anteriores da coisa julgada são respeitados – impede-se apenas a execução vindoura do título executivo, que venha a ser baseado em norma inconstitucional. Em razão da controvérsia desta adaptação, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, busca impugnar tais dispositivos, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.740, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Há que se fazer lembrar ainda, os atos judiciais não decisórios, atos executivos, decisões interlocutórias e sentenças que extinguem o processo sem julgamento de mérito: estes estão alheios à coisa julgada material. Distinção importante é a que reside entre a compreensão do trânsito em julgado e da coisa julgada. É fato, que o trânsito em julgado pode prescindir da coisa julgada material, o inverso, porém não ocorre: a coisa julgada, para se caracterizar, necessita que tenha ocorrido o trânsito em julgado. Com algum esforço, entretanto, pode-se vincular o trânsito em julgado à coisa julgada formal, mesmo não havendo identidade entre estes dois conceitos. O primeiro refere-se ao aspecto temporal, no que diz respeito ao esgotar-se de meios, a fim de rever a sentença; o segundo, refere-se à autoridade que se estabelece, impedindo a reabertura do processo, portanto, há uma relação de causa e efeito.

## **Conclusão**

Em nome, não só da segurança jurídica – mas da higidez tanto das relações sociais, quanto jurídicas –, é premente que se afastem as legislações octópodes, emaranhadas nos braços da intermitência ou de uma discricionariedade sem balizas. Devem-se empreender esforços para evitar as aquiescências apriorísticas dos conteúdos jurídicos, circunscritos a uma espécie de formalidade Caronteana, logo, maniqueísta: a depender de que margem do “rio do entendimento”

se velejasse, a sociedade seria conduzida na direção de garantias intangíveis, ou no rumo de uma grande instabilidade.

Conclui-se, portanto, pelo partidarismo da discussão e do levantamento de problemas, associado ao afastamento das imutabilidades marmóreas, impassíveis. Logo, é mister traçar um raio de visão amplo e crítico, no que diz respeito à subsunção dos motivos que levem às práticas, quer no momento de instituir impostos, taxas, quer no instante de rever um entendimento há muito firmado. Para tanto, deve-se evitar ainda, o colonialismo requentado e as importações arbitrárias de sistemas jurídicos “Quaresmianos” – de que pontos do globo o sejam –.

## Referências

### Livros

- AQUINO, Rubim Santos Leão de; FRANCO, Denize de Azevedo; LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos. *História das sociedades: das comunidades primitivas as sociedades medievais*. 19. Ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 2003.
- CORDEIRO, Antonio Manuel da R. e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 1. Ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1 de 1969*. 6 tomos. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do Estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 1998.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral*. Uma polêmica. Tradução, notas e posfácio Paulo César de Souza. 2.ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

### Internet

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial 1161374/SC. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=201001031530&pv=010000000000&tp=51>. Acessado em: 26/10/2010, às 09:09:15
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança 27358/RJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200801597013>. Acessado em: 18/10/2010, às 09:43:11
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1019820/RS. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=terreno+marinha&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=96>. Acessado em 16/02/2011, às 09:50:12
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 731250/PE. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200500375454&pv=000000000000>Acessado em: 02/03/2011, às 09:03:12

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4264. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4264&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acessado em: 15/10/2010, às 12:18:55
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Suspensão de Liminar, 172/PR. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609245>. Acessado em: 18/11/2010
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em ação cautelar **1105/SE**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1105&classe=AC-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acessado em: 01/09/2010, às 8:32:45
- Folha Online. SOBRINHO, WANDERLEY. *Parte da família imperial recebe até hoje taxa sobre a venda de imóveis de Petrópolis*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u378136.shtml>. Acessado em: 02/09/2010 às 15:05:06
- JC Online. SANDES, GIOVANNI. *Olinda cobra tributo do período colonial*. Disponível em: <http://jc.uol.com.br/canal/cotidiano/grande-recife/noticia/2010/09/01/olinda-cobra-tributo-do-periodo-colonial-234750.php>. Acessado em 20/10/2010, às 10:48:11
- Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – Secretaria do Patrimônio da União. *Projeto Orla*. Brasília, 2002. Disponível em: [http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/spu/publicacao/081021\\_PUB\\_ProjOrla\\_fundamentos.pdf](http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/spu/publicacao/081021_PUB_ProjOrla_fundamentos.pdf). Acessado em 12/10/2010, às 15:00:46.
- Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instrução Normativa n.º 2, de 12 de março de 2001. Disponível em: [http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Legislacao/Instrucao\\_Normativa/010312\\_IN\\_2.pdf](http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Legislacao/Instrucao_Normativa/010312_IN_2.pdf). Acessado em: 12/10/2010, às 15:22:07
- SOS Terrenos de Marinha. LIMA, O. P. *Terrenos de marinha e seus acrescidos: localização e demarcação destes bens da União pelo método científico versus critérios praticados pela SPU*. Disponível em: [http://sosterrenosdemarinha.org.br/wp-content/uploads/2009/04/terr\\_mar\\_metcient\\_x\\_presun\\_spu.pdf](http://sosterrenosdemarinha.org.br/wp-content/uploads/2009/04/terr_mar_metcient_x_presun_spu.pdf). Acessado em 31/08/2011 às 14:15:19.



# *Discursos sobre Teoria do Direito*

DR. RÚBEN RAMIÃO

## “CIRCULARIDADE E TAUTOLOGIA NA DEFINIÇÃO ALEXYANA DE PRINCÍPIOS: DOIS PROBLEMAS FUNDAMENTAIS”\*

### **Introdução**

A discussão sobre os princípios jurídicos é, como se sabe, uma das mais complexas ao nível da chamada teoria da norma. Um dos autores que mais terá contribuído para compreensão da natureza dos princípios jurídicos foi Robert Alexy. Na sua célebre *Teoria dos Direito Fundamentais*, Alexy apresentou-nos um conceito de princípio, em parte influenciado pelo pensamento dworkiniano<sup>1</sup>, assente em duas ideias principais: (i) a primeira ideia é que os princípios jurídicos se distinguem das regras estruturalmente, pois aplicam-se na maior medida do possível, tanto fáctica, como juridicamente, daí a designação de princípios como imperativos de otimização, ao contrário das regras que se aplicam de modo absoluto ou definitivo; (ii) a segunda ideia é a de que, como os princípios têm uma natureza expansiva, originam uma metodologia específica para resolver os conflitos entre si – que é a ponderação. Alexy concluiu que,

\* O presente texto corresponde à comunicação apresentada no I Congresso Português de Filosofia, realizado na Fundação Calouste Gulbenkian e na Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa nos dias 5 e 6 de setembro de 2014.

<sup>1</sup> Alexy aceita a natureza *prima facie* dos princípios ao contrário das regras que estabelecem uma disciplina definitiva. Porém, ao contrário do pensamento dworkiniano que considera a enumeração de todas as exceções às regras como uma possibilidade, Alexy suaviza esta tese procurando demonstrar que também é impossível enumerar todas as exceções às regras, e que, dado que estas regulam algo de forma absoluta, contêm sempre as condições da sua própria aplicabilidade, logo, sempre que é introduzida uma exceção a uma regra, emerge a sua natureza *prima facie*, que é mais forte que a natureza *prima facie* dos princípios, uma vez que estes são razões para se decidir num determinado sentido.

se os princípios se aplicam na maior medida do possível, então só poderão ser restringidos na menor medida do possível.

Porém, num não menos célebre artigo (*On the Structure of Legal Principles*) sobre a estrutura dos princípios e para responder a algumas críticas, Alexy modificou a sua posição inicial. Agora, os princípios são normas para serem otimizadas por regras de otimização. Estas regras de otimização são normas técnicas de segundo nível que têm como objeto as normas de princípio. Ou seja, nesta segunda versão da sua teoria, os princípios deixam de ser normas de otimização para passarem a ser normas para serem otimizadas.

Independentemente da versão que se siga da teoria dos princípios de Alexy, eu identifico dois problemas fundamentais com a sua definição, que constituem o objeto da presente comunicação.

### **(Da Circularidade)**

Designarei o primeiro problema como o problema da circularidade. A afirmação de que um princípio jurídico é uma norma que determina um tipo de conflito específico que é somente resolúvel por via de uma metodologia particular de resolução desse mesmo tipo de conflito, no caso, a ponderação, pressupõe uma definição prévia acerca do tipo de normas que origina esse mesmo conflito. Quer dizer: no espírito de qualquer jurista ou aplicador do Direito, tem de estar presente a definição de princípios jurídicos para que este saiba de antemão que tipo de conflito ocorrerá quando duas normas regulam a mesma matéria de forma diferente.

Se o efeito criado no sistema pela existência de princípios jurídicos, ou seja, os conflitos que originam quando colidem entre si, supõe uma definição prévia do que sejam princípios jurídicos, quer dizer, apenas se poderá saber se estamos perante um conflito entre normas que é somente resolúvel pela via da ponderação se se identificar o concreto tipo de normas conflitantes, então a definição de princípios jurídicos parte de um efeito que *de per se* já pressupõe o próprio conceito de princípio para ter operatividade. Sem este conceito prévio, apenas podemos dizer que existem normas jurídicas que originam um conflito resolúvel pela via da ponderação, e que somente depois de se verificar o conflito concreto é que se pode determinar que as normas conflitantes são de facto princípios jurídicos.

Claro está que este argumento não é muito forte, e qualquer defensor da teoria de Alexy conseguirá com relativa facilidade superá-lo. Poderá dizer que a definição de princípios jurídicos não é pressuposta por nenhum conflito entre

normas, e que é a partir da análise do efeito que certas normas produzem no ordenamento jurídico que se pode induzir um conceito geral descritivo da natureza dessas mesmas normas. Assim, tal como um cientista que observa os resultados das experiências realizadas por si e produz os conceitos gerais e abstratos aptos a descrever os objetos ou as leis universais sobre esses mesmos objetos, a teoria alexyana procurou simplesmente definir o conceito de princípios jurídicos a partir da observação sobre como os juristas resolvem os conflitos entre esse tipo de normas. Para o defensor da teoria alexyana, não é necessário saber de antemão se uma norma é um princípio ou uma regra antes de esta entrar em conflito com outra norma. O que interessa é saber que, se o conflito entre duas normas determinar a necessidade de ponderação, então estaremos perante um conflito entre dois princípios, logo as duas normas conflitantes são princípios jurídicos.

Porém, o meu argumento inicial foi uma pequena rasteira que se apresentou ao defensor da teoria alexyana. Este, ao defender-se, fez emergir o verdadeiro problema da circularidade. É que, se é irrelevante saber se uma norma é ou não um princípio antes de essa mesma norma colidir com outra, e se é da natureza do conflito que decorre a identificação da natureza da norma, então, dado que os conflitos normativos são efeitos produzidos pelas normas no sistema normativo, a teoria alexyana mais não faz do que definir um princípio jurídico pelo efeito que esse princípio produz, e não, a partir da concreta estrutura do princípio, como Alexy pretendia inicialmente. A sua definição não se baseia nas propriedades das normas, mas na forma como estas se comportam no ordenamento (como bem notou David Duarte). A circularidade na teoria do jusfilósofo alemão significa que este pretendeu definir o que são princípios jurídicos a partir da sua estrutura específica, mas baseou-se no efeito que estes produzem e que supõe essa mesma estrutura específica que origina o efeito.

Além disto, por um lado, como esta definição de princípios assenta no efeito das normas, e não na sua estrutura, não permite compreender a verdadeira natureza dos princípios, dado que também são identificáveis conflitos entre regras também somente resolúveis por via da ponderação; por outro lado, como o princípio precisa de colidir com outro princípio para ser qualificado como princípio, e dado que os princípios também podem colidir com regras, uma norma seria um princípio quando colidisse com outro princípio, e seria uma regra quando colidisse com outra regra, ou seja, como o que interessa é o efeito produzido no ordenamento aquando da colisão, pela definição de Alexy, uma norma pode ser princípio e regra ao mesmo tempo.

**(Da Tautologia)**

O segundo problema fundamental que eu identifico na teoria dos princípios de Alexy diz respeito ao seu conceito de princípio jurídico como imperativo de otimização. Para explicar esta ideia, recorrerei a um simples exemplo.

É muito comum nas discussões acerca do Futebol os jornalistas perguntarem aos respetivos adeptos de cada equipa quais são as suas expetativas relativamente ao percurso das respetivas equipas, por exemplo, na Liga dos Campeões. As respostas dos adeptos quase sempre se expressam pela seguinte proposição: *“espero que a minha equipa vá o mais longe possível na competição”*. Porém, quando tentamos retirar um sentido lógico desta proposição, constatamos facilmente que tal se afigura difícil. É que, as equipas irão sempre o mais longe possível em qualquer competição, quer sejam eliminadas muito cedo, quer conquistem o respetivo título de campeão. Como o que determina o sucesso ou o insucesso da sua participação são as condições que tornam possível esse mesmo sucesso ou insucesso (tais como a qualidade dos jogadores, oportunidades de golo, a seriedade dos árbitros, etc.), é sempre possível dizer que uma equipa foi até onde poderia ter ido. Como tal, a proposição – *“espero que a minha equipa vá o mais longe possível”* – nada me diz sobre a natureza da participação da minha equipa numa qualquer competição, bem como, nada permite extrair acerca das condições que possibilitam o sucesso ou o insucesso dessa mesma participação. Esta proposição, se tomada com um sentido puramente descritivo, é, apenas, uma afirmação sobre aquilo que já se sabe.

Claro que o nosso adepto de Futebol não tinha qualquer intenção de produzir uma proposição descritiva sobre a participação da sua equipa na competição (exceto se se afirmar que a sua proposição descreve o seu próprio estado interior, como defende uma certa forma de behaviorismo). A sua proposição expressa antes um desejo ou mera expetativa. Porém, se eu digo que quero que a minha equipa favorita vá o mais longe possível na competição, já sei de antemão que as equipas só irão até onde for possível irem. Por conseguinte, se digo isso como uma mera expetativa, a minha expetativa realizar-se-á sempre. Logo, não pode haver qualquer expetativa, dado que esta (como afirmou Espinosa) se exprime por meio de um sentimento de incerteza acerca de um facto futuro positivo (esperança).

Se a proposição expressar antes um sentimento de um específico dever moral, não se estabelecendo as concretas metas a atingir, por exemplo, quais os jogos que a equipa terá forçosamente de ganhar, então esse mesmo dever moral nada imporá verdadeiramente. Para a presente explicação, seria o mesmo que perguntar a uma pessoa quanto tempo esta espera viver. Que poderia ser

inteligido se ela respondesse simplesmente: «espero viver o tempo que a minha saúde me permitir viver»?

Ora, eu penso que a definição de princípios como imperativos de otimização padece do mesmo mal. Dizer que uma norma jurídica se aplica na maior medida do possível nada acrescenta àquilo que já sabemos sobre as normas jurídicas. Quando uma norma, qualquer que ela seja, é aplicada, é aplicada porque foi possível aplicá-la. Uma norma jurídica, enquanto conteúdo normativo, expressão de sentido de um concreto dever ser, comando, etc., é o produto de um elemento volitivo, ou seja, a vontade de criação dessa mesma norma com esse específico conteúdo. Para que uma norma seja aplicada, é necessário um outro elemento volitivo, o elemento volitivo da entidade que aplica ou que pode aplicar essa norma com o sentido prescritivo por si atribuído. Este elemento precede sempre qualquer aplicação normativa, seja ela a aplicação de um princípio ou de uma regra. Este elemento é composto pela leitura da norma efetuada pela entidade com competência para interpretar e aplicar a norma. Nenhuma norma jurídica pode ser aplicada faltando este elemento. Por isso, qualquer norma, quando é aplicada, é sempre aplicada na maior medida do possível, dado que a possibilidade de aplicação de uma norma é a sua condição primordial de aplicabilidade. Daí que, uma definição de princípios jurídicos como imperativos de otimização é, em termos lógicos, uma tautologia, pois expressa algo que já se sabe<sup>2</sup>.

Tal como a afirmação do adepto de Futebol só terá sentido se, por “ir o mais longe possível” se quiser expressar um sentido de dever moral concreto de obrigação, por exemplo, que a sua equipa está moralmente obrigada a vencer os jogos que disputar contra equipas cuja qualidade de futebol praticado é considerada inferior, também a definição de princípios de Alexy apenas terá sentido lógico se, por “aplicação na maior medida do possível (fáctica e juridicamente)” se entender um sentido de dever moral de aplicação dos princípios com uma grande extensão. Quer dizer, os princípios são normas que, pela sua especial importância no sistema, por, por exemplo, conterem os valores fundamentais do Estado de Direito Democrático, deverão ser aplicados ao maior número de situações, ou seja, os princípios deverão projetar os seus efeitos normativos no maior conjunto de situações.

Daqui apenas se retira um dever moral sobre a aplicação dos princípios, e não uma definição da estrutura ou da natureza dos próprios princípios. Alexy define princípios não como eles são, mas pelo modo como eles devem (moral-

<sup>2</sup> A tautologia é assim diferente do raciocínio circular. A circularidade consiste num raciocínio que procura certas condições lógicas cuja validade do próprio raciocínio pressupõe, enquanto a tautologia expressa um significado explicativo contido no próprio termo que se procura explicar.

mente) ser aplicados. Logo, na definição de Alexy, um princípio é aquilo que deve ser.

Mesmo que se adote a sua segunda versão, a de que os princípios são ideais para serem otimizados, isso não permite que se escape ao problema do sentido tautológico do conceito de otimização: por um lado, dizer que um princípio é uma norma de otimização ou uma norma para ser otimizada não difere no que toca à ideia de princípio como norma que se aplica na maior medida do possível (que não acrescenta nada àquilo que já se sabe sobre as normas jurídicas); por outro lado, cria-se uma confusão entre uma realização graduável de uma norma que é expressa pelo conceito de otimização com uma realização graduável de um estado de coisas objeto da determinação jurídica.

Esta confusão, em minha opinião, é criada pela adoção de um princípio regulativo da mente do jurista. Este princípio ou máxima que se encontra no pensamento kantiano determina que *“só é devido aquilo que é possível”*. Este princípio expõe a *“idoneidade prática do Direito”* (para usar as palavras de Stammler), pois uma norma jurídica irrealizável nunca poderá ser justa.

Por força deste princípio, um *“dever ser”* sobre uma impossibilidade perde a sua natureza de dever ser. Como certas normas jurídicas estabelecem um objetivo que só pode ser realizado de forma graduável, a mente do jurista tende a não invalidar o sentido de dever ser dessas normas, e atribui-lhes uma condição de aplicabilidade que, embora não esteja contida nem no conteúdo, nem na estrutura das normas, faz parte da sua natureza específica. Trata-se de uma pura ilusão da mente do jurista. Por exemplo, a norma que consta do artigo 58.º da Constituição portuguesa estabelece que *“todos têm direito ao trabalho”*. Decorre do conteúdo e da estrutura lógica desta norma que ela só será cumprida se for atingido um estágio de pleno emprego. Porém, esse estágio é puramente ideal, dado que nas atuais circunstâncias (situação económica, adoção de medidas de austeridade, empobrecimento generalizado da população portuguesa), é impossível o cumprimento da norma. Contudo, o Direito, enquanto sistema de normas, tem uma função social: criar as condições racionais para a possibilidade de vivência em comunidade. Uma dessas condições consiste no estabelecimento de um ideal a ser atingido – o ideal de pleno emprego –, por tudo o que isso implica e traz de positivo para os membros da comunidade. Mas, dado que face às condições sócio-económicas que se vivem em cada momento esse ideal não pode ser atingido, a mente do jurista procura um compromisso entre a manutenção de um ideal a ser perseguido e a convicção da sua quase impossibilidade. Esse compromisso é atingido quando se infere do princípio *“só é devido aquilo que é possível”* uma condição genérica de possibilidade que se atribui às normas que buscam ideais social ou moralmente

relevantes, mas cuja execução plena dos seus efeitos não é possível<sup>3</sup>. É deste ato da mente que resulta o conceito de “imperativo de otimização”. Através deste ato, a mente do jurista satisfaz o seu intento de procurar um fundamento racional para a concretização da função social do Direito.

Porém, a possibilidade de aplicação de uma norma, mais propriamente, a possibilidade de execução dos seus efeitos ou do preenchimento dos seus pressupostos é o resultado de uma avaliação externa face ao conteúdo e estrutura das normas. A norma “todos têm direito ao trabalho” tem o mesmo conteúdo e a mesma estrutura, quer a comunidade portuguesa viva em tempos de crescimento económico ou de dificuldades (como acontece atualmente). O conceito de “imperativo de otimização” que determinaria a natureza de princípio desta norma não se extrai do sentido de dever ser da norma, mas da sua exequibilidade. Como todas as normas estão sujeitas a condições de exequibilidade, todas poderiam ser qualificadas como princípios, o que torna desnecessária a própria distinção entre princípios e regras.

## **Conclusão**

A teoria dos princípios de Alexy levanta outros problemas que não tive por objetivo apresentar neste Congresso. Limitei-me a expor dois dos seus problemas fundamentais que penso serem uma objeção clara e forte à sua definição de princípios jurídicos.

\* \* \*

<sup>3</sup> Ao contrário do que supostamente acontece com as regras que estabelecem efeitos inexecutáveis, sendo, por isso, inválidas.

## “SOBRE AS NORMAS DE COMPETÊNCIA”\*

## I

A ordem jurídica é normalmente identificada como um sistema ordenador composto por diferentes modalidades normativas. São elas a modalidade de obrigação, a modalidade de proibição, a modalidade de permissão, e finalmente a modalidade de atribuição de competência.

Se as primeiras três modalidades normativas são relativamente consensuais, já a modalidade de atribuição de competência levanta dúvidas quanto à sua real natureza. Trata-se de saber o que são normas de competência ou atributivas de poder, conforme se utilize a designação germano-românica ou anglo-saxónica, respetivamente.

Existem duas teses fundamentais acerca do problema das normas de competência: a tese reducionista e a tese não reducionista. Para os partidários da primeira, as normas de competência são normas que se podem inserir em duas das primeiras modalidades normativas. Ou são normas permissivas que conferem um poder especial para fazer algo ou são normas que impõem que se faça algo<sup>1</sup>. Para os defensores da segunda tese, as normas de competência constituem um tipo especial e independente de normas, não sendo, por isso mesmo, redutíveis a meras normas permissivas ou impositivas.

Entre os defensores da tese reducionista encontram-se Kelsen, von Wright, Lindahl, Alf Ross (numa primeira fase), Alchourrón e Bulygin (este último também numa primeira fase. von Wright sustenta que as normas de competência são essencialmente normas permissivas de segunda ordem porque o seu conteúdo regula a prática de atos normativos, ao passo que as normas de primeira ordem regulam condutas humanas. As normas jurídicas de segunda

\* O presente texto corresponde à comunicação apresentada nas Sétimas Jornadas de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Filosofia Social, que decorreram nos dias 17 e 18 de abril de 2015 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

<sup>1</sup> Kelsen identificou vários sentidos possíveis de competência: a competência para produzir normas jurídicas, a competência geral ou individual atribuída aos cidadãos para participação na elaboração das normas jurídicas (por exemplo, através de consultas públicas ou da participação política na ação legislativa), a competência para a autovinculação (através de declarações negociais contratuais ou de natureza unilateral), a competência para agir judicialmente, isto é, processualmente (através da apresentação de petições), a competência que cada indivíduo tem para cumprir os seus próprios deveres jurídicos, e a competência ou capacidade para cometer crimes ou outras ofensas. Porque existem diferentes sentidos possíveis de competência, enquanto poder ou capacidade para fazer algo, Kelsen foi um dos primeiros autores a rejeitar o conceito de competência como um conceito exclusivo do Direito público.

ordem estabelecem as condições para a produção de atos normativos, sejam eles de introdução de novas normas no sistema ou de revogação de normas existentes. Os destinatários destas normas de competência são as autoridades das quais resultam as normas de conduta, isto é, as normas de segunda ordem. Estas permissões de segunda ordem podem ser conjugadas com normas de conduta que expressem imposições ou permissões, por exemplo, acerca de certos conteúdos necessários das normas. Porém, as normas de competência distinguem-se deste tipo de comandos.

Já para Kelsen e para Ross (numa primeira fase), as normas de competência são normas impositivas. De acordo com Kelsen, na sua *Teoria Geral do Estado e do Direito*, todas as normas jurídicas são comandos dirigidos aos Tribunais ou aos oficiais do Direito estabelecendo um dever de aplicação de sanções coercivas, uma vez verificadas certas condições. Estas condições seriam constituídas pela verificação de certas condutas humanas – aquelas que implicassem um incumprimento das normas jurídicas de conduta –, meros fragmentos secundários das normas sancionatórias.

Ross também entende que as normas de competência são comandos dirigidos aos Tribunais, mas, ao contrário de Kelsen, indiretamente dirigidos, estabelecendo as condições de validade de certos atos normativos ou estabelecendo um dever de aplicação de sanções aos indivíduos que atuem excedendo os limites da sua competência.

Entre os defensores da teoria não reducionista encontramos Hart, Ross (numa segunda fase do seu pensamento), Bulygin, Atienza e Manero.

Estes autores, excetuando-se Atienza e Manero, partem de uma posição comum inspirada no pensamento de John Searle relativo aos diferentes tipos de regras. Searle identificou dois tipos de regras presentes em qualquer jogo ou em qualquer comunidade: as regras constitutivas e as regras regulativas.

## II

As regras regulativas são aquelas que regulam as condutas humanas no jogo ou na comunidade. Por exemplo, a regra que proíbe a agressão física entre jogadores numa partida de Futebol regula uma conduta humana. Outro exemplo é o da regra que proíbe o homicídio. Ambas as normas regulam, segundo Searle, condutas pré-existentes, quer dizer, que já existiam antes de as referidas regras serem introduzidas. Como os factos por elas reguladas são independentes das próprias regras, são denominados factos brutos. Estes factos brutos podem ser descritos sem qualquer referência a uma regra.

As regras constitutivas, por seu turno, não regulam condutas. Antes criam factos dependentes da introdução das próprias regras. Por exemplo, a regra que define o que é um golo num jogo de Futebol cria um facto novo – o golo. Outro exemplo é o da regra que institui o casamento.

As regras constitutivas definem os factos institucionais, estabelecem a sua própria existência. Não é possível pensar um golo sem pensar na regra que o define, como não é possível pensar num casamento sem pensar na regra que o institui.

De contrário, podemos pensar num ato de agressão de um indivíduo a outro indivíduo ou num ato pelo qual um indivíduo mata outro indivíduo sem a necessidade de pensarmos nas regras que proíbem a agressão física ou o homicídio.

As regras constitutivas e as regras regulativas formam dois tipos lógicos diferentes. Enquanto as regras regulativas são expressas na fórmula “*se X, então deve ser Y*”, as regras constitutivas são expressas através da fórmula “*fazer X no contexto Y conta como Z*”.

Hart, Ross, e Bulygin usam esta distinção para caracterizar as normas de competência. As normas atributivas de competência assemelham-se a normas constitutivas, pois permitem definir certos atos como atos jurídicos, não se podendo pensar nas normas jurídicas (como expressão dos atos normativos) sem pensar nas normas que autorizaram a sua produção.

Porque as normas de competência são constitutivas, elas não são suscetíveis de ser violadas. Somente as normas de conduta podem ser violadas, e caso o sejam, são dirigidas sanções contra aqueles que as incumpriram. Mas no caso das normas de competência não há determinação de qualquer sanção para a sua violação, dado que esta não é possível. O conceito de “norma de competência” associa-se, por isso, ao conceito de invalidade que não é uma sanção dirigida contra alguém, mas sim, a ausência da verificação das condições constitutivas para a prática de um determinado ato.

A distinção entre normas constitutivas e normas regulativas baseia-se no facto de certos factos serem regulados por normas (as normas de conduta) enquanto outros são criados por normas (as normas constitutivas). Porém, quando uma norma jurídica disciplina um determinado facto, ela constitui esse mesmo facto como facto jurídico regulado, e, por conseguinte, constitui a natureza jurídica do facto. Por exemplo, o ato através do qual um sujeito desfere um golpe na cabeça de outro sujeito provocando-lhe uma lesão grave que tem como consequência a sua morte é anterior à criação da norma que pune o homicídio. Mas, é a partir da introdução de uma regra que pune o homicídio que passamos a qualificar o ato praticado como sendo um homicídio. Antes da introdução da regra, não existia homicídio, somente a conduta como facto

bruto. Com a regra, o facto, isto é, a morte de alguém pelas mãos de outrem, assume uma natureza institucional, pois o mesmo facto deixa de ser “bruto” e passa a ter um significado jurídico, significado esse expresso através da fórmula “fazer X no contexto Y conta como Z”. Este significado jurídico ou institucional quer apenas dizer que o facto é qualificado como homicídio, ou seja, constitui-se o facto como juridicamente relevante e como condição necessária para a aplicação de certos efeitos legais, no caso, a punição pela prática do ato. Somente podemos falar em homicídio, liberdades, direitos fundamentais, etc., porque as regras jurídicas constituem a especial natureza jurídica dos factos que regulam. A regra que permite correr à noite constitui o ato de correr à noite como sendo um ato permitido, e é partir dessa qualificação que o ato de correr à noite é interpretado como um conteúdo de um direito, ou de uma liberdade. Nós qualificamos o ato de correr à noite como um direito ou como uma liberdade porque existe uma regra que define o ato de correr à noite como sendo um ato permitido, e esta qualificação resulta da constituição do ato de correr à noite como uma liberdade<sup>2</sup>. Neste sentido podemos dizer que todas as normas são constitutivas da realidade jurídica porque todas as normas permitem uma qualificação dos factos que constituem o seu conteúdo através da identificação do estatuto deontico desses mesmos factos. Como afirma Raz, todas as normas são simultaneamente constitutivas e regulativas. Se eu me dirigir a alguém e disser: “prometo pagar-te 50 euros”, este meu ato pode ser descrito sem recurso a qualquer regra. Basta dizer: “o Rúben dirigiu-se à pessoa X e proferiu as palavras “prometo pagar-te 50 euros”. Através da introdução de uma regra que constitui a “promessa”, a definição do ato que eu pratiquei constitui um facto institucional, mas dizer que esse mesmo facto é institucional equivale a dizer que ele deve ser tido ou qualificado de certa maneira pelos restantes membros da comunidade em que me insiro. Assim, a constituição normativa de um facto institucional implica a imposição no sentido de que aquele facto seja interpretado como facto institucional. A institucionalização do facto é, por isso, uma imposição de qualificação, de interpretação, ou seja, de sentido (jurídico).

Outro aspeto que importa referir acerca desta distinção, é que os seus defensores concebem as regras constitutivas como definições de um sistema. Assim, por exemplo, a regra que cria o “golo” num jogo de Futebol define o próprio “golo”, enquanto a regra que institui o testamento define o que seja um testamento. Por essa razão, dizem estes filósofos do Direito, não podemos pensar num ato como sendo um golo ou como sendo um testamento se não estiverem preenchidas as condições constitutivas das regras que criam e definem estes

<sup>2</sup> Que decorre da subsunção do ato numa norma permissiva geral que, no caso português, pode ser identificada a partir do enunciado do artigo 27.º, n.º 1 da Constituição Portuguesa.

factos institucionais. Por isso, um golo marcado com a mão ou um testamento feito por alguém que é incapaz são inválidos, não podendo ser definidos, isto é, concebidos como um golo ou como um testamento<sup>3</sup>.

Ora, a meu ver esta conceção resulta algo problemática, senão vejamos: a linguagem é um sistema simbólico através do qual os seres humanos conseguem comunicar uns com os outros. A linguagem é um sistema evolutivo, e por isso mesmo não estabelece uma relação necessária entre os seus termos e o significado que lhes corresponde. O mesmo é dizer que a linguagem tem um uso. Uma definição é um termo da linguagem sujeito a um uso específico. Através de uma análise social nós podemos compreender o uso que os indivíduos de uma comunidade fazem de um determinado conceito ou definição. Podemos designar este uso de um conceito ou termo da linguagem como um uso “real”.

Porém, quando as normas jurídicas definem factos (através da criação de factos institucionais), não produzem um uso real dos termos da linguagem que elas utilizam para definir ou para criar factos. Quando a norma do jogo de Futebol define o que é um golo, por se tratar de um «dever ser», ela dirige uma conduta, a conduta pela qual se utiliza o termo “golo” e as consequências do preenchimento de certas condições. É através dessa imposição que o facto – introdução da bola na baliza – assume a natureza institucional de um golo. Se um jogador introduzir de uma determinada maneira a bola na baliza, o árbitro do jogo deve reportar-se àquele facto utilizando a expressão “golo”. E, a utilização da expressão “golo” significa que o árbitro deve produzir determinadas consequências no decurso do jogo, nomeadamente atribuindo a vitória à equipa que tiver marcado mais golos. Aqui estamos perante um conceito ou definição sujeita a um uso “operativo”.

Se um jogador (como aconteceu no célebre campeonato mundial de 1986)<sup>4</sup> introduzir a bola na baliza com a mão, o árbitro não deve usar a expressão “golo”, ou seja, não deve reportar-se a esse facto como sendo um golo, e deverá retirar daí as consequências necessárias. Mas, não foi isso que se passou nesse campeonato. O árbitro não se apercebeu do sucedido e validou o golo. E esse golo contou! Se a teoria destes filósofos estivesse correta, não seria possível pensarmos na existência de um golo inválido. Como as condições constitutivas do facto institucional não foram preenchidas, não poderíamos pensar no facto de alguém ter introduzido a bola na baliza com a mão como sendo um golo. Porém, apesar de todos reconhecermos a invalidade do golo, pensamos nesse “golo” como sendo um golo. Isto acontece, a meu ver, porque a

<sup>3</sup> No caso do Testamento *vide* artigo 2190.º do Código Civil português.

<sup>4</sup> Refiro-me à “*mão de Deus*” de Diego Armando Maradona!

definição normativa é puramente operativa, quer dizer, uma definição jurídica não nos diz como um termo é utilizado, mas sim, como deve ser utilizado. As definições jurídicas são essencialmente instruções dirigidas às entidades que aplicam o sistema para que o apliquem de determinada forma extraíndo dele determinados efeitos, verificadas determinadas circunstâncias. O regular uso de um determinado conceito operativo dá lugar a um uso real do conceito. Da aplicação da regra que define o que é um golo resulta o uso que efetivamente se faz desse conceito. No jogo, as pessoas aprendem a usar o conceito de “golo” de uma determinada forma, que é influenciada pela forma como os árbitros aplicam a regra. Acontece que a regra é, por vezes, mal aplicada, por exemplo, quando se validam golos marcados com a mão, ou marcados quando o jogador está em posição irregular (fora de jogo), ou ainda quando o guarda-redes tiver sofrido uma falta atacante. Como nalguns destes casos os golos são validados, os participantes do jogo (jogadores e adeptos) aprendem a utilizar o conceito de “golo” para descrever tanto as situações de golo regular como as situações de golo irregular. Este acaba por ser o uso real do conceito “golo”. E, este uso opõe-se ao conceito de “golo” no seu sentido operativo. Numa palavra: Uma coisa é a regra estabelecer como devemos utilizar um conceito, outra coisa é a concreta utilização que fazemos desse conceito. É a diferença entre o «dever ser» e o «ser». E é por esta razão que a definição de um facto institucional resulta mais da forma como os participantes num dado sistema usam certas definições previstas nas regras do que do sentido específico das definições que é dado pelas próprias regras.

O mesmo acontece quando pensamos, por exemplo, num testamento. Sabemos que um testamento é inválido se for feito por um incapaz, mas se a nulidade desse mesmo testamento nunca for declarada, não deixamos de pensar no ato como sendo um testamento. Em certa medida podemos dizer que o uso real dos conceitos jurídicos incorpora certos erros respeitantes à aplicação desses mesmos conceitos por quem tem a autoridade ou o poder para os aplicar ou deles extrair os devidos efeitos. A construção de Searle confunde, por isso, dois planos que uma teoria com a pretensão de explicar o fenómeno jurídico (que eu entendo só poder ser uma teoria do Direito de orientação positivista) não pode confundir, e que são o plano do «ser» com o do «dever ser».

A conceção das normas de competência como normas constitutivas nos termos colocados pelos autores supra-referidos não explica a verdadeira natureza das normas de competência. Nós podemos pensar no exercício de um poder ainda que as condições constitutivas desse mesmo poder não estejam preenchidas. Por exemplo, se o governo português legislar sobre matéria de direitos, liberdades e garantias sem a respetiva lei de autorização ou com vio-

lação do objeto, sentido, extensão ou duração fixados, o seu ato é inválido<sup>5</sup>. Porém, se a invalidade nunca chegar a ser declarada, as normas produzidas pelo governo aplicar-se-ão na mesma medida e com a mesma força normativa de outras normas regularmente criadas. Isto significa que nós podemos conceber ou pensar no exercício de um poder que não coincide com a definição normativa desse poder. Em alternativa podemos conceber a existência de um poder genérico para praticar atos, mesmo que contrários ao próprio Direito (como resulta do pensamento kelseniano), mas essa alternativa coloca a atribuição de um poder enquanto facto institucional constituído como conteúdo de uma norma permissiva, o que colide com a conceção proposta por estes autores.

### III

A meu ver, as teorias reducionistas aproximam-se mais da verdadeira natureza das normas de competência. Parece ser um dado imanente da nossa consciência que uma norma jurídica somente terá um significado deontico, ou seja, normativo, se for concebida como um «dever ser», contrariamente ao que defendem Atienza e Manero. Se as normas de competência são normas, então são um «dever ser». Isto significa que as normas de competência não são, em rigor, distintas das restantes categorias de normas, isto é, as normas de competência podem ser normas permissivas (quando conferem uma liberdade a alguém para exercer um poder específico), podem ser normas impositivas (quando estabeleçam o dever de alguém exercer um determinado poder sobre outrem), e podem ser normas proibitivas (quando impedem que um determinado poder seja exercido num determinado sentido). Normalmente o poder ou a competência são construídos a partir de uma articulação entre estas três modalidades de normas<sup>6</sup>. Por exemplo, a Constituição portuguesa estabelece o leque de competências do Estado (Governo, Parlamento, e Presidente da República) através de normas que permitem a prática de certos atos jurídicos, de normas que impõem a prática de certos atos jurídicos (como a produção de

<sup>5</sup> Artigo 165.º, n.º 1, a) e n.º 2 da Constituição portuguesa.

<sup>6</sup> O conceito e a exposição referente às modalidades de normas tem apenas o condão de tornar mais fácil a exposição, dado que, como já se defendeu noutro sítio, as diferentes modalidades de normas correspondem essencialmente às diferentes formas pelas quais um enunciado normativo pode ser construído. O mesmo significado normativo pode assumir a forma de norma proibitiva ou impositiva, e uma norma permissiva pode ser construída semanticamente como norma proibitiva ou impositiva. Apenas se excetua a passagem de normas proibitivas ou impositivas para normas permissivas, o que é logicamente impossível.

normas de concretização de normas constitucionais não exequíveis por si mesmas ou através da imposição de tarefas fundamentais do Estado), e através de normas que impedem a prática de atos jurídicos com um conteúdo específico (como é o caso das normas de direitos fundamentais). Nos dois primeiros casos podemos falar de uma competência positiva. No último caso podemos falar de uma competência negativa. Em todo o caso, uma norma de competência não é mais do que uma norma de conduta, podendo ser cumprida ou violada como qualquer outra norma de conduta.

O poder que é conferido através da norma de competência é exercido por meio de uma relação que se estabelece entre aquele que tem o poder e os restantes membros da comunidade. Essa relação consiste numa sujeição a quem tem o poder. Se esta relação for interpretada como o estabelecimento de uma correlação entre o exercício da conduta (que é a prática de um ato jurídico) e a conduta correlativa que consiste no acatamento das normas criadas por esse ato jurídico, então a competência é a outra face da sujeição. Quer dizer: ter uma competência ou um poder significa que os outros membros da comunidade devem obedecer a quem tem a competência ou o poder. Se, por competência ou poder, se entende um dever de obediência, então a norma que atribui uma competência ou um poder mais não faz do que instituir um dever, isto é, uma conduta que é devida. E, essa conduta devida é a obediência a quem tem o poder. Por uma ou por outra via, a norma de competência é sempre um «dever ser» sobre uma conduta.

Se, por poder, entendermos a regular obediência dos membros da comunidade a um sujeito ou a uma entidade, então esse conceito de poder exprimirá um comportamento social. A descrição de uma norma de competência nos mesmos termos em que se descreve este conceito de poder equivale a uma descrição de um facto. Nestes termos, a norma de competência não tem sentido prescribente. Trata-se apenas de uma asserção sobre um facto.

Para que o conceito de “norma de competência” seja compreensível em termos normativos, a norma de competência não pode ser uma descrição de um facto. Se o for, não é sequer uma norma. Mas se a norma de competência é uma norma, então terá de ser uma norma permissiva, proibitiva, ou impositiva. Porém, se definirmos a norma de competência como uma norma permissiva, proibitiva, ou impositiva, negamos-lhe a sua autonomia, ou seja, deixa de poder ser entendida como categoria normativa independente.



## *Direito à diferença: liberdade de imprensa e (in)tolerância religiosa*

MESTRA LÍVIA MARIA SANTANA E SANT'ANNA VAZ\*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As funções dos direitos fundamentais. 3. O direito à liberdade de imprensa e sua função social. 4. Direito à diferença, dignidade humana e liberdade religiosa: 4.1. Direito à diferença: dignidade humana como reconhecimento; 4.2. Direito à liberdade religiosa e tolerância. 5. Direito à diferença: liberdade de imprensa e (in)tolerância religiosa. 6. Considerações finais. Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo concentra-se na área dos Direitos Fundamentais e tem como principal objeto de estudo os limites da liberdade de imprensa ante o direito à diferença e à liberdade religiosa. O atentado ao jornal francês *Charlie Hebdo*, ocorrido em 7 de janeiro de 2015, é o ponto de partida para a abordagem da função social do direito à liberdade de imprensa, no contexto de um regime democrático e de uma sociedade aberta e pluralista. O trabalho também explora a dignidade humana como reconhecimento e o correlato dever de tolerância, elementos intrinsecamente relacionados à igual liberdade de todos os cidadãos. Por fim, procura-se identificar os diversos valores e prerrogativas em tensão na conjuntura do conflito jusfundamental que envolve a temática.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais, liberdade de imprensa, função social, direito à diferença, dignidade humana, igualdade, tolerância, liberdade religiosa.

ABSTRACT: This article focuses on the area of Fundamental Rights and its main object of study are the limits of the freedom of press against the right to difference and religious freedom. The attack on the french journal *Charlie Hebdo*, which occurred on January 7th, 2015, is the starting point for approaching the social

\* A autora é graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia, e em Comunicação Social (Relações Públicas) pela Universidade do Estado da Bahia; mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia; doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e em Direito pela Université de Paris 1 (Sorbonne); Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia.

function of freedom of press in a democratic system and in an open and pluralistic society. The paper also explores the human dignity as recognition and the correlative duty of tolerance, elements closely related to the equal freedom of all citizens. Finally, it seeks to identify the several values and prerogatives in tension in the context of jusfundamental conflict involving the theme.

KEY WORDS: fundamental rights, freedom of press, social function, right to difference, human dignity, equality, tolerance, religious freedom.

## 1. Introdução

Na manhã do dia 7 de janeiro de 2015, dois homens armados invadiram a sede do jornal satírico francês *Charlie Hebdo*, no centro de Paris, e mataram 12 pessoas, incluindo os principais membros da equipe editorial, funcionários e dois policiais. O ataque teve o propósito – declarado pelos próprios atiradores – de vingar o profeta Maomé, caricaturizado em diversas edições do periódico.

A polêmica das caricaturas sobre Maomé teve início em 30 de setembro de 2005, a partir da publicação, pelo jornal dinamarquês *Jyllands-Posten*, de *cartoons* que satirizavam a figura do fundador do islamismo. Na ocasião, foram publicadas doze ilustrações de diferentes autores, acompanhadas por um texto sobre autocensura e liberdade de expressão. As charges apresentavam tom particularmente provocativo e repercutiram negativamente em meio à comunidade islâmica, especialmente por ultrajar indiscriminadamente os muçulmanos, reproduzindo estereótipos associados ao terrorismo. Além das reações políticas de diversos países islâmicos – exigência de punição dos cartunistas, boicote a bens dinamarqueses, pedido às Nações Unidas de sanção internacional contra a Dinamarca etc. –, e das ameaças de morte sofridas pelos autores, a publicação gerou uma série de atos de violência contra embaixadas da Dinamarca.

Em fevereiro de 2006, o *Charlie Hebdo* reproduziu as charges do jornal dinamarquês, causando reação de organizações islâmicas que acusaram o pasquim francês da prática do crime de injúria com base religiosa. Três foram as charges combatidas na ação judicial: a primeira retratava Maomé com um turbante do qual saía o pavio aceso de uma bomba; a segunda apresentava o profeta dizendo a terroristas que não se suicidassem, pois não havia mais virgens no paraíso; e a terceira – capa de uma edição especial do semanário de Paris sobre fundamentalismo religioso – trazia Maomé lamentando-se por ser “amado por tolos”. Um ano depois, o *Charlie Hebdo* foi absolvido pelo Tribunal Correcional de Paris, que considerou que a difusão das caricaturas era protegida pelo direito à liberdade de expressão e não representava ataque direto ao Islã, mas

apenas aos fundamentalistas. Para os magistrados, os desenhos, examinados isoladamente, tinham potencial ofensivo para os adeptos do islamismo, mas, analisados no contexto geral da edição especial sobre fundamentalismo religioso, não configuravam vontade deliberada de ofensa por parte do *Charlie Hebdo*. De acordo com o tribunal, numa sociedade laica e pluralista, o respeito por todas as crenças está associado à liberdade de criticar religiões, quaisquer que sejam. A decisão foi confirmada em 12 de março de 2008, pelo Tribunal de Apelação de Paris, que entendeu que a comunidade muçulmana não foi atingida em sua totalidade pelas caricaturas, mas apenas “os muçulmanos terroristas”. A Corte concluiu que os desenhos contestados constituíram parte relevante do debate de interesse público sobre a liberdade de expressão<sup>1</sup>.

A partir de 2011 – numa espécie de generalização do *aval judicial* casuisticamente concedido –, o periódico francês iniciou uma sequência de publicações satíricas envolvendo o islamismo.

Na edição de n.º 1011, de 2 de novembro de 2011 – publicada antecipadamente em 31 de outubro de 2011 –, o jornal foi *rebatizado* de *Charia Hebdo* para *celebrar* a vitória do partido islâmico *Ennahda* na Tunísia, bem como a declaração do líder do CNT (Conselho Nacional de Transição) da Líbia de que a Sharia (lei islâmica) seria a base da legislação do país. A capa anunciava o profeta como editor-chefe e continha uma caricatura de Maomé com os dizeres “100 chicotadas se você não morrer de rir!”. Na madrugada de 2 de novembro de 2011, as reiteradas ameaças sofridas pelos membros do editorial culminaram num ataque à sede do jornal, que foi incendiada, sem, no entanto, deixar vítimas.

Dias após o atentado, na edição de n.º 1012, datada de 9 de novembro de 2011, um muçulmano foi representado beijando avidamente um jornalista do *Charlie Hebdo* na boca. A charge, assinada pelo cartunista Renald Luzier (Luz), continha a mensagem “o amor é mais forte que o ódio” e retratava escombros da sede do jornal.

No ano seguinte, o periódico voltou a satirizar Maomé, na edição de n.º 1057, de 19 de setembro de 2012. A capa da edição, intitulada *Intouchables 2* – em referência ao filme francês que foi sucesso de bilheteria –, mostrava um judeu ortodoxo empurrando um muçulmano numa cadeira de rodas, ambos avisando ao leitor: “não ria!” Mas as caricaturas mais provocativas se encontravam no interior do exemplar, com desenhos que exibiam o profeta despido em

<sup>1</sup> Disponível em «<http://www.ddg.fr/sites/default/files/CA%20PARIS%2012032008.pdf>». Acesso em 07 de junho de 2015.

posições, no mínimo, embaraçosas<sup>2</sup>. As charges foram lançadas no contexto da divulgação do filme “Inocência dos muçulmanos”<sup>3</sup>, que provocou uma onda de reações violentas no Oriente Médio. Os protestos ganharam repercussão internacional, com incidentes nas embaixadas americanas no Egito e no Cairo, culminando num ataque à embaixada dos Estados Unidos na Líbia, que resultou na morte do embaixador e de outros três americanos. Na ocasião, considerando a difusão do vídeo e a citada edição do *Charlie Hebdo*, o secretário-geral da Organização das Nações Unidas (ONU), Ban Ki-moon, pediu que a liberdade de expressão não fosse usada como veículo “para provocar e humilhar os valores e as crenças de outros povos”<sup>4</sup>.

No dia 10 de julho de 2013, com expressa referência ao massacre ocorrido no Egito, o *pasquim* publicou a sua edição de n.º 1099, cuja capa apresentava a imagem de um muçulmano que, em vão, utilizava o Alcorão como escudo contra projéteis de arma de fogo, com a seguinte mensagem: “le Coran c’est de la merde – ça n’arrête pas les balles”<sup>5</sup>. Como consequência, por iniciativa da LDJM (Liga de Defesa Judicial dos Muçulmanos), o jornal foi processado por incitação ao ódio e injúria com base religiosa, perante o Tribunal Correccional de Paris, e por blasfêmia – delito não tipificado no ordenamento jurídico francês –, perante o Tribunal Correccional de Strasbourg<sup>6</sup>.

A primeira edição do *Charlie Hebdo* após o atentado de 7 de janeiro de 2015 trazia na capa uma caricatura de Maomé que, choroso, segurava um cartaz com a inscrição “Je suis Charlie”, expressão que se tornou slogan em apoio às

<sup>2</sup> Um dos desenhos – paródia de uma cena do filme “O desprezo”, de Jean-Luc Godard – recebeu o título “Le film qui embrase le monde musulman”, e apresenta um cineasta filmando as nádegas de Maomé que, despido, questiona: “Et mes fesses? Tu les aimes, mes fesses?”.

<sup>3</sup> O curta-metragem – no qual os atores falam inglês – foi amplamente difundido na internet e apresenta Maomé como filho ilegítimo inclinado a práticas homossexuais e pedofilia, além de retratar os muçulmanos indiscriminadamente como violentos e imorais.

<sup>4</sup> Disponível em «[http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content\\_id=2780681&seccao=%C1sia](http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content_id=2780681&seccao=%C1sia)». Acesso em 19 de junho de 2015.

<sup>5</sup> Em seguida aos atentados de 07 de janeiro de 2015, a charge em comento – que foi alvo de ação judicial em 2013, conforme será discutido mais adiante – foi reelaborada e publicada no facebook, por um jovem de 16 anos, gerando contra este uma ação do Ministério Público por apologia ao terrorismo. Na releitura elaborada pelo adolescente, o caricaturista e jornalista Stéphane Charbonnier (Charb) – morto no atentado – segura, inutilmente, uma edição do jornal *Charlie Hebdo* (justamente a n.º 1099) para se proteger de balas. A frase original foi substituída pela mensagem: “Charlie Hebdo c’est de la merde – ça n’arrête pas les balles.” Também o usual subtítulo “journal irresponsable” foi substituído por “journal en faillite”. Disponível em «<http://fr.ubergizmo.com/2015/01/20/charlie-hebdo-jeune-16-ans-interpellation-apologie-du-terrorisme.html>». Acesso em 05 de junho de 2015.

<sup>6</sup> O processo foi declarado nulo por vício formal.

vítimas e em prol da liberdade de expressão. Intitulada “*Tout est pardonné*”, a charge foi assinada por Renald Luzier (Luz), cartunista que sobreviveu ao ataque.

O trágico episódio envolvendo o pasquim francês é extremamente paradigmático e impõe importantes reflexões no âmbito jurídico. Em linhas gerais, discute-se, com frequência, os limites da liberdade de expressão em conflito com direitos da personalidade, como os direitos à honra e à imagem. No entanto, outros aspectos de extrema relevância merecem ser discutidos, tendo como ponto de partida o emblemático evento, notadamente quando se leva em consideração que a tão aclamada liberdade de expressão – a depender do modo como exercida – pode servir de veículo para propagação de sentimentos de intolerância e acirramento de graves conflitos sociais e religiosos.

Nessa senda, algumas questões orientadoras podem servir de esteio para o desenvolvimento da temática:

1. Equanto direito fundamental, a liberdade de imprensa possui uma função social?
2. Qual a importância dessa função social no âmbito dos direitos à diferença e à tolerância religiosa?
3. Qual a correlação entre direito à diferença, dignidade humana e tolerância religiosa?
4. Quais são os direitos fundamentais em tensão e que elementos devem ser considerados na resolução de conflitos jusfundamentais nessa seara?

## **2. As funções dos direitos fundamentais**

Os direitos fundamentais – cujo surgimento histórico está associado à limitação do poder estatal – exercem, atualmente, diversas funções na ordem jurídica, sendo, portanto, caracterizados pela sua multifuncionalidade. Sob essa perspectiva, a teoria dos quatro *status* de Jellinek – embora alvo de críticas<sup>7</sup> – pode clarificar a compreensão das dimensões funcionais dos direitos fundamentais.

Para Jellinek, enquanto membro da comunidade política, todo indivíduo se relaciona com o Estado a partir de quatro espécies de situações jurídicas ou

<sup>7</sup> As situações jurídicas concebidas por Jellinek na sua classificação trifásica conferem primazia à noção de direitos fundamentais como instrumentos de defesa de interesses individuais, e não compreendem todos os tipos de prerrogativas jusfundamentais presentes nas Constituições modernas, a exemplo dos direitos coletivos.

*status*: a) o *status subjectionis*; b) o *status negativus*; c) o *status positivus*; e d) o *status activus*.

O *status subjectionis* é caracterizado pela subordinação jurídica do indivíduo ao Estado, que tem o poder de vincular juridicamente seus cidadãos, na condição de sujeitos passivos destinatários das normas emanadas dos poderes públicos.

Dos demais *status* – verdadeiras posições jurídicas da pessoa frente ao Estado – derivam os direitos públicos subjetivos, que conferem aos indivíduos diferentes categorias de exigências jurídicas de caráter público<sup>8</sup>.

O *status negativus* ou *libertatis* consiste na esfera de liberdade garantida ao indivíduo, abstraídas as limitações que lhe são juridicamente impostas (*status subjectionis*). Trata-se do reconhecimento de um círculo de atuação imune à intervenção estatal, que corresponde à prerrogativa de exigir uma abstenção do Estado.

Já o *status positivus* ou *civitatis* diz respeito à posição da personalidade que outorga ao sujeito a possibilidade de exigir ações positivas do Estado voltadas para a satisfação de determinadas necessidades.

Por fim, o chamado *status activus* refere-se ao direito que tem o cidadão de participar ativamente da formação da vontade política estatal<sup>9</sup>. Desse estado ativo do indivíduo não decorrem exigências de omissão ou de prestação estatais, mas de reconhecimento da condição de membro da comunidade política.

Originariamente, os direitos fundamentais cumpriam tão somente a função de direitos de defesa do indivíduo contra os abusos do Estado (*status negativus*), sendo certo afirmar que as restrições opressoras da autodeterminação da personalidade impulsionaram a luta pelo reconhecimento dos direitos de liberdade. Nesse sentido, por exemplo, a coação religiosa e a censura deram origem à exigência de liberdade religiosa e de liberdade de imprensa<sup>10</sup>. Nessa primeira etapa, coincidente com a consagração do Estado Liberal, consolidou-se, então, a genuína *função de defesa* ou de resistência dos direitos fundamentais.

Da concepção dos direitos fundamentais exclusivamente como instrumentos de defesa do cidadão ante a onipotência estatal resultava a sua não incidência nas relações entre sujeitos pertencentes à mesma categoria. Tal perspectiva, no entanto, tinha por base a noção puramente formal de igualdade, desconside-

<sup>8</sup> Para GEORG JELLINEK, *Teoría General del Estado*, p. 524, o reconhecimento do indivíduo como pessoa e como membro do Estado é a base de todas as exigências público-jurídicas.

<sup>9</sup> Como recorda GEORG JELLINEK, *Teoría General del Estado*, p. 527, “la voluntad del Estado es voluntad humana”.

<sup>10</sup> Cfr. GEORG JELLINEK, *Teoría General del Estado*, p. 525.

rando a existência de núcleos de poder privado com potencial tão (ou mais) opressor quanto (que) os poderes públicos.

Na medida em que o paradigma do Estado Liberal evoluiu para formas de Estado Social de Direito, os direitos fundamentais passaram por um processo de dinamização de seu conteúdo, deixando de ser meros limites ao exercício do poder político para se tornarem também um conjunto de valores e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos (*status positivus*)<sup>11</sup>. Nessa conjuntura, os direitos fundamentais assumem também a *função de prestação*. Exige-se agora do Estado prestações positivas que atenuem as desigualdade fáticas e supram as necessidades essenciais dos indivíduos. Desse modo, os direitos a prestações voltam-se para a obtenção das condições jurídicas e materiais indispensáveis ao efetivo exercício dos direitos de liberdade. Nada obstante, importa ressaltar que a adição de novas dimensões aos direitos fundamentais não exclui – e sim complementa – sua originária função de defesa. Caso contrário, o direito perderia sua *força atual de resistência* e cederia espaço para a concretização de um bem jurídico conflitante<sup>12</sup>.

A transição do modelo estatal resultou também na extensão da incidência dos direitos fundamentais a todos os ramos do ordenamento jurídico e, nesse sentido, também às relações jurídico-privadas. Essa progressiva e constante redefinição das prerrogativas jusfundamentais estabelece novas exigências público-jurídicas e, conseqüentemente, competências estatais inéditas, que, em linhas gerais, podem ser negativas (de abstenção) ou positivas (de prestação).

Assim, a atuação dos poderes públicos passa também a se orientar no sentido de promover condições para a efetiva liberdade e igualdade de todos os indivíduos, removendo os obstáculos impostos para a plenitude de seus direitos fundamentais, que devem ser protegidos preventiva e repressivamente de eventuais violações. Levando em consideração a *função de proteção*, o reconhecimento constitucional de um direito implica para o Estado, além do dever de abstenção (*função de defesa*), o dever de proteção, consistente na obrigação de adotar medidas (normativas, administrativas e judiciais) vocacionadas a proteger o exercício da prerrogativa jusfundamental das atividades de terceiros – e das próprias entidades públicas – que venham a afetá-lo.

Doutrina mais recente tem acentuado, ainda, uma *função de não discriminação* dos direitos fundamentais, que impõe ao Estado a concessão de tratamento igualitário aos seus cidadãos no que tange ao acesso aos bens jurídicos. Na verdade – tendo como norte a constante releitura dos direitos fundamentais –, não se trata de uma função circunscrita à não discriminação, mas de uma verdadeira

<sup>11</sup> Cfr. ANTONIO E. PEREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, p. 21.

<sup>12</sup> Cfr. DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 52.

*função de igualdade*. Isso porque a noção de igualdade transcende a mera proibição de discriminação, para alcançar outras vertentes de viés eminentemente positivo, como o direito à diferença e direito à promoção da igualdade. Nessa linha de entendimento, cada direito fundamental – visto sob a ótica do princípio da igualdade material – guarda em si também uma *função de promoção*, capaz de democratizar o seu exercício, de maneira a permitir a inclusão social, jurídica e política (*função de participação – status activus*) dos indivíduos pertencentes a grupos minoritários<sup>13</sup>.

Com a evolução do modelo de Estado Liberal para o Estado Social, os direitos fundamentais não podem mais ser considerados asilo de um pensamento meramente individualista. Sendo o homem sempre socialmente situado, deve ser observado o contexto em que ele vive, bem como suas relações intersubjetivas. Dito de outro modo, o pleno desenvolvimento da subjetividade humana requer a conjugação de suas dimensões pessoal e coletiva<sup>14</sup>, sobrelevando a chamada *função social* dos direitos fundamentais.

De fato, para além do foco na emancipação do indivíduo, o atual estágio de desenvolvimento dos direitos fundamentais permite afirmar que estes corporificam também metas comuns das sociedades democráticas, conciliando diferentes forças sociais num esforço cooperativo que transcende interesses meramente particulares. Trata-se da harmonização dos interesses privados com a missão de satisfação dos interesses da coletividade, impondo-se, em dadas circunstâncias constitucionalmente fundamentadas, limites às liberdades individuais visando ao bem comum<sup>15</sup>.

É preciso, contudo, esclarecer que da *funcionalização social* dos direitos fundamentais não decorre a preponderância dos interesses da sociedade sobre a noção de liberdade e autonomia moral do indivíduo. Os direitos fundamentais devem ser vistos, ao mesmo tempo, na perspectiva individual e no compromisso que possuem de realizar as tarefas sociais, equilíbrio indispensável num

<sup>13</sup> Ressalte-se que a expressão *minorias* ou *grupos minoritários* não deve ser empregada num sentido literal. Aplica-se a grupos que, embora nem sempre representem uma minoria quantitativa, são socialmente desfavorecidos e, portanto, sub-representados nos mais diversos setores da sociedade, em especial nas posições sócio-econômicas mais elevadas. Percebe-se, então, que a expressão denota categorias de pessoas marginalizadas ou excluídas do processo social e econômico, sem que necessariamente representem parcela numericamente minoritária da população. Trata-se, então, de uma expressão qualitativa e não quantitativa.

<sup>14</sup> Cfr. ANTONIO E. PEREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, p. 25.

<sup>15</sup> Mencione-se, a título de exemplo, o direito à propriedade, típico direito de primeira dimensão, de caráter eminentemente negativo, tido como absoluto e que, com o advento do Estado Social em respeito ao princípio da solidariedade, ganha nova roupagem configurando-se como direito que deve ter em si agregada uma função social.

Estado Democrático de Direito<sup>16</sup>. Sob essa ótica, em síntese, a *função social* tem o papel de obstar a fruição egoisticamente individualista dos direitos fundamentais, condicionando-a também, mas não apenas, ao bem-estar coletivo<sup>17</sup>.

### 3. Direito à liberdade de imprensa e sua função social

Os direitos de liberdade configuram-se como feixes de prerrogativas indispensáveis ao livre e pleno desenvolvimento da personalidade humana, limitando a ingerência estatal nas questões de índole privada. Representam, portanto, genuínos instrumentos de defesa do indivíduo ante os poderes públicos.

É importante elucidar que, diante da complexidade e complementaridade das prerrogativas jusfundamentais, seu papel no sistema jurídico deve ser analisado não sob o ponto de vista da exclusividade, mas da predominância funcional<sup>18</sup>. Isso porque é possível identificar num mesmo direito, além de sua função

<sup>16</sup> Para TZVETAN TODOROV, *Os inimigos íntimos da democracia*, p. 17, “toda democracia implica a ideia de um melhoramento possível da ordem social, de um aperfeiçoamento graças aos esforços da vontade coletiva”.

<sup>17</sup> Cfr. MARCOS SAMPAIO, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, p. 57.

<sup>18</sup> Em sentido semelhante, LÍVIA MARIA SANTANA E SANT’ANNA VAZ, *Notas sobre a aplicabilidade e a eficácia das normas constitucionais de direitos sociais*, pp. 85–86, defendendo que as características predominantes dos direitos de liberdade, de um lado, e dos direitos sociais, do outro, “não afastam a interpenetração de dimensões negativas e positivas nos direitos fundamentais, enfraquecendo a rigidez da dicotomia entre direitos de liberdade e direitos sociais. Com efeito, tal concepção dicotômica – que deu origem a denominações contrastantes às *categorias de direitos* estudadas, a exemplo das expressões direitos absolutos, direitos fortes e *leges perfectae*, atribuídas aos direitos de liberdade, em oposição aos termos direitos relativos, direitos fracos ou débeis e *leges imperfectae*, associados aos direitos sociais –, sob muito de seus aspectos, merece ser revisitada. Num sentido estrito, as prestações inerentes aos direitos de viés social referem-se a bens ou serviços economicamente avaliáveis, como a saúde, a educação e a assistência social. Sob esse prisma, nota-se que nem todos os direitos sociais possuem conteúdo prestacional *stricto sensu*, antes se assemelhando aos direitos ditos de defesa, por terem como objeto nuclear um ato negativo. Pode-se assinalar, exemplificativamente, o direito à greve e o direito à liberdade sindical. Por outro lado, entendidos os direitos sociais como direitos a prestações em sentido amplo, sua concretização envolve a organização e aparelhamento dos órgãos estatais, inclusive a consecução da proteção judicial, afastando-se a peculiaridade dessas prerrogativas em relação aos direitos civis e políticos que, em menor ou maior grau, também demandam, para sua realização plena, atividades prestacionais do Estado. Tome-se como exemplo o direito à vida, geralmente apontado como típico direito de defesa. Apesar de sua preponderante esfera negativa, impeditiva de ações estatais tendentes à ofensa do bem protegido, a plenitude desse direito exige – agora no seu viés positivo – que o Estado atue no sentido de proteger a integridade física dos indivíduos contra ataques de outros particulares ou mesmo dos poderes públicos. Também os direitos sociais, apesar de possuírem mais latente sua dimensão prestacional, não deixam de impor uma abstenção estatal no sentido de não prejudicar o

preponderante ou essencial, outras vocações que resultam da delimitação de seu alcance e conteúdo. Nesse sentido, mesmo os direitos de liberdade podem encerrar funções de prestação, proteção, promoção, igualização etc.

A liberdade de expressão *lato sensu* envolve tanto a liberdade de expressão *stricto sensu* quanto a liberdade de informação. Enquanto a liberdade de expressão em sentido estrito diz respeito à manifestação de ideias, pensamentos e opiniões, a liberdade de informação se refere à divulgação de informações, estando condicionada, portanto, à verdade do que se divulga.

A liberdade de imprensa traduz-se em um dos modos de exteriorização das liberdades de expressão e de informação atribuídas aos meios de comunicação<sup>19</sup>. Direito fundamental imprescindível numa ordem constitucional democrática, assenta-se na dignidade e na autonomia inerentes a toda pessoa humana. Sob a perspectiva funcional, tal prerrogativa jusfundamental exerce *função predominante de defesa*. Com efeito, a liberdade de imprensa tem por fim precípua a limitação do poder do Estado, que deve se abster de censurar os meios de comunicação, aos quais se garante ampla – porém, não irrestrita – liberdade de expressão e de informação.

O domínio da função negativa ou de defesa, no entanto, não elide as demais tarefas agregadas ao direito fundamental em comento. Decerto que para o efetivo exercício da liberdade de imprensa é imprescindível uma atuação protetiva do Estado (*função de proteção*), capaz de salvaguardá-lo de intervenções ofensivas, sejam estas oriundas dos próprios poderes públicos, ou mesmo de entidades privadas. Também a *função de participação* é aqui desempenhada – ainda que de forma mediata ou instrumental –, uma vez que a liberdade de imprensa assume papel relevante no debate político, munindo os cidadãos das

bem jurídico. A título exemplificativo, o direito à saúde, além de impulsionar uma atuação positiva dos entes estatais em prol de sua concretização – através da oferta de serviços de saúde –, impõe que o Estado exima-se de qualquer atuação tendenciosamente prejudicial à saúde dos particulares. Dessa maneira, conclui-se que também os direitos sociais são dotados de dimensões negativas, o mesmo ocorrendo com os direitos de defesa que, em muitos de seus aspectos, dependem de prestações estatais positivas. Dito de outro modo, não há direito que não seja dotado, ao mesmo tempo, de um *conteúdo mínimo prestacional* e de um *conteúdo mínimo defensivo*, o que implica reconhecer que as prerrogativas jusfundamentais são *predominantemente prestacionais* ou *predominantemente defensivas*”.

<sup>19</sup> Cfr. CLÁUDIO CHEQUER, *A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Preferencial Prima Facie (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)*, pp. 16-17. Nas palavras do autor, pp. 12-13, “a liberdade de informação exige uma divulgação verdadeira sobre fatos de relevância pública e, portanto, capaz de oferecer interesse para a reta conformação de uma opinião pública livre, requisito básico de toda sociedade democrática; ao passo que a liberdade de expressão em sentido estrito, por se referir a pensamentos, ideias, opiniões e juízos de valor, não se presta, por sua natureza abstrata, a uma demonstração de sua exatidão, fazendo com que aquele que a exercita não precise demonstrar a prova da veracidade de sua manifestação.”

informações e opiniões que possibilitam sua efetiva participação na formação da vontade estatal. Ademais, a liberdade de imprensa também não prescinde de uma atuação positiva das entidades públicas no sentido de promover o amplo acesso aos meios de comunicação, bem como de assegurar a equitativa representatividade dos mais diversos grupos nos órgãos de imprensa (*funções de promoção e de igualdade*).

Isso posto, questiona-se: a liberdade de imprensa, enquanto direito fundamental, teria também uma função social?

Do inquestionável poder dos meios de comunicação de massa decorre notável potencial para a realização do bem comum, por meio do adequado cumprimento de suas atividades de informação, formação e entretenimento. Entretanto, no âmbito da liberdade de imprensa, é igualmente potente o “dano que se pode produzir na sociedade, quando se sobrepõem ao fim social fins estritamente egoísticos”<sup>20</sup>.

Há basicamente duas correntes que procuram traduzir as funções da liberdade de imprensa e a posição do Estado frente a esse direito fundamental: a teoria libertária e a teoria democrática. A teoria libertária, fundada numa concepção liberal individualista, entende que o direito à liberdade de imprensa diz respeito à proteção da autonomia discursiva do indivíduo, exigindo que o Estado se abstenha de interferir nessa esfera individual de liberdade. A teoria democrática, por sua vez, percebe a liberdade de imprensa como um instrumento para a promoção da diversidade na esfera pública, o que impõe, ao contrário, uma atuação positiva do Estado no sentido de conferir espaço equitativo aos mais diversos grupos no debate democrático de ideias. Enquanto a primeira percebe o Estado como potencial violador, a segunda o identifica como seu principal promotor.

A teoria democrática coaduna-se com a função social do direito à liberdade de imprensa, que, como já se esclareceu linhas atrás, não é incompatível com as demais dimensões contidas em tal prerrogativa. Deve-se, então, buscar um equilíbrio entre as duas concepções, permitindo uma harmonia entre a promoção do debate democrático e a garantia da autonomia individual. Desse modo, encontram-se em questão, ao mesmo tempo, as dimensões defensiva, protetiva e promotora do direito à liberdade de imprensa, que impõem, de um lado, abstenção e, de outro, atuação estatal.

Owen Fiss aborda a questão do efeito silenciador, enquanto fenômeno ligado à liberdade de expressão nas sociedades liberais. Tal efeito seria fruto do acesso privilegiado de determinados grupos hegemônicos aos meios de comu-

<sup>20</sup> Cfr. GUILHERME DÖRING CUNHA PEREIRA, *Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação*, p. 37.

nicação de massa, ou mesmo do preconceito difundido pela imprensa contra determinadas categorias de pessoas, especialmente os grupos minoritários<sup>21</sup>. Associando-se tal concepção à ideia de função social da liberdade de imprensa – que tem como uma de suas vertentes a salvaguarda do regime democrático –, a atuação do Estado pode ser essencial para garantir que a voz de grupos minoritários seja ouvida, ampliando a diversidade e o pluralismo do debate público, em prol da democracia. A questão envolve um delicado e complexo equilíbrio entre o excesso de intervenção estatal e a completa omissão do Estado, extremos que esvaziam diferentes dimensões do direito à liberdade de imprensa.

Não há dúvidas de que a imprensa é um dos alicerces do regime democrático, atuando, a um só tempo, como guardião e propulsora da democracia. De fato, os meios de comunicação possuem o importante papel de fornecer informação e formação ao cidadão, atividade indispensável para o refletido exercício dos direitos políticos, notadamente o direito ao voto. Além disso, atuam como agentes de monitoramento constante dos poderes públicos, com relevante influência no direcionamento de determinadas decisões políticas. Para o adequado cumprimento dessas missões, a imprensa não pode estar dissociada da ideia de pluralismo político-ideológico, o que pressupõe que seus próprios órgãos sejam também plurais e democraticamente distribuídos e representados.

Nessa senda, importa ressaltar que a partir do reconhecimento da função social da liberdade de imprensa – e, conseqüentemente, dos meios de comunicação – originam-se não apenas limites, mas também garantias para a consecução de seus tão elevados fins. Sob essa perspectiva, a busca do equilíbrio deve se orientar pela proporcionalidade entre poder e responsabilidade social. Ou seja, se o poder não deve ser um fim em si mesmo, mas meio para a consecução de determinados fins, quanto mais amplo e intenso for, maiores serão as responsabilidades sociais agregadas<sup>22</sup>.

Não se trata, no entanto, de conceber uma instrumentalização ou uma noção meramente funcionalista da liberdade de imprensa, condicionando-a inexoravelmente aos interesses do Estado ou da coletividade. Do mesmo modo, não é o caso de definição prévia rígida, ou da adequação moral dos meios de comunicação, medidas que certamente restringiriam a pluralidade de ideias e a riqueza da convivência humana, com ofensa ao próprio bem comum. Assim, a satisfação da função social deve ser observada casuisticamente,

<sup>21</sup> Cfr. OWEN FISS, *A Ironia da Liberdade de Expressão – Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*, pp. 33 e ss.

<sup>22</sup> É nesse sentido que GUILHERME DÖRING CUNHA PEREIRA, *Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação*, p. 38, afirma que “o poder, qualquer poder, se legitima, se aperfeiçoa e se justifica no cumprimento dos fins para os quais, de fato ou de direito, ele existe”.

de forma mediata, corrigindo-se eventuais disfuncionalidades ou abusos, que, a depender da gravidade, podem representar verdadeiro desvio da natureza da atividade comunicacional.

No atual estágio da história das sociedades, a democracia se apresenta como regime político hegemônico e não é ameaçada, em grande escala, por nenhum outro rival externo. Todavia, a própria democracia produz ameaças internas que, por invocarem o espírito democrático, revestem-se de aparente legitimidade<sup>23</sup>. Com efeito, os elementos constitutivos do regime democrático devem se ajustar mutuamente, de maneira a formar um complexo e dinâmico organismo. A absolutização ou emancipação de qualquer desses elementos – inclusive a liberdade – representa um risco à própria ideia de democracia<sup>24</sup>. Desse modo, a liberdade descomedida é capaz de subjugar o bem-estar da coletividade à tirania dos indivíduos ou grupos de indivíduos, minando a democracia com a injeção de certas características típicas do totalitarismo<sup>25</sup>. Nessa linha de entendimento, também o princípio democrático e a própria democracia devem encontrar limites, sob pena de se instaurar um *totalitarismo democraticamente legitimado*<sup>26</sup>, com exponencial potencial esmagador das minorias, em evidente contraposição à dignidade da (de toda) pessoa humana.

Nas modernas sociedades democráticas, não raras vezes, esse processo interno de contaminação se dá quando a liberdade de imprensa é posta não como um valor a ser matizado em equilíbrio com os demais, mas como fundamento irrestringível da democracia. Nesse passo, os meios de comunicações gozariam do pleno direito de divulgar qualquer conteúdo, ainda que discriminatório, intolerante e, até mesmo, antidemocrático, relativizando *a priori* todos os demais valores, em nome da absolutização da liberdade de expressão. Tal postura totalitária, além de incompatível com a função social da liberdade de imprensa, revela-se irreconciliável com as tantas outras tarefas sob a incumbência do Estado, como a garantia da ordem pública e da segurança dos seus cida-

<sup>23</sup> Cfr. TZVETAN TODOROV, *Os inimigos íntimos da democracia*, p. 14

<sup>24</sup> Para TZVETAN TODOROV, *Os inimigos íntimos da democracia*, pp. 16-17, quando os elementos da democracia são erigidos a únicos ou absolutos, escapando às limitações recíprocas, transformam-se em ameaças como o populismo, o ultraliberalismo e o messianismo: são os chamados inimigos íntimos da democracia. Nas palavras do autor, “o primeiro adversário da democracia é a simplificação que reduz o plural ao único, abrindo assim o caminho para o descomedimento.”

<sup>25</sup> Cfr. TZVETAN TODOROV, *Os inimigos íntimos da democracia*, pp. 89 e ss. PAULO OTERO, *A Democracia Totalitária*, pp. 151 e ss., aborda a questão da “subtil e paulatina impregnação totalitária da democracia”, referindo-se a um tipo de democracia fundada num cruzamento com elementos de configuração totalitária.

<sup>26</sup> Cfr. PAULO OTERO, *A Democracia Totalitária*, p. 172.

dãos, a manutenção da paz e estabilidade sociais, o combate à discriminação, a promoção da igual liberdade e dignidade de todos etc.

É indispensável, então, abandonar a insensatez dos extremismos. Não é preciso decidir entre o tudo ou nada: nem a tirania do Estado, nem a tirania do indivíduo. A democracia se mantém sã por meio da harmonização constante de seus elementos, numa mútua limitação dos abusos cometidos, quer pelo indivíduo, quer pelos poderes públicos<sup>27</sup>.

#### 4. Direito à diferença, dignidade humana e liberdade religiosa

##### 4.1. *Direito à diferença: dignidade humana como reconhecimento*

A dignidade da pessoa humana, enquanto princípio normativo, expressa reivindicação de reconhecimento, sob pena de se frustrar a noção elementar de que cada ser humano é dotado de igual dignidade e, portanto, juridicamente, merece, de forma incondicional, a posição de sujeito de direito, e não de mero objeto de direito<sup>28</sup>. Efetivamente, não se pode desprezar a existência de uma dimensão dignitária associada ao reconhecimento que é devido a cada indivíduo – pelos demais particulares e pelo Estado – de igual dignidade e respeito, com aceitação e validação de suas limitações, escolhas e especiais necessidades, possibilitando a todos a realização de suas capacidades e objetivos de vida<sup>29</sup>. Inerente a essa percepção de dignidade é a ideia de que o respeito e o reconhecimento público são necessários para se levar uma vida privada completa. Escolhas particulares ganham significado e validação, em certa medida, pelo reconhecimento por parte da comunidade social e política. A partir desse ponto de vista, a liberdade para tomar decisões pessoais também deve incluir a aceitação pública dessas escolhas, sem o que a própria vida privada não alcança sua plenitude.

<sup>27</sup> Cfr. TZVETAN TODOROV, *Os inimigos íntimos da democracia*, p. 149, “nada nos obriga a limitarmos à escolha entre ‘o Estado é tudo’ e ‘o indivíduo é tudo’: precisamos defender os dois, Estado e indivíduo, cada um limitando os abusos do outro”.

<sup>28</sup> Cfr. STEPHAN KIRSTE, *A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito*, p. 194, para quem “o direito que a dignidade humana proporciona é o da reivindicação do reconhecimento da capacidade jurídica de cada ser humano”.

<sup>29</sup> No entendimento de JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria*, pp. 30-31, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se como fundamento da concepção de direitos como trunfos, “porque é dessa igual dignidade de todos que resulta o direito de cada um conformar autonomamente a existência segundo as suas próprias concepções ou planos de vida que têm (...), independentemente da maior ou menor adesão social que concitem”.

Essa vertente da dignidade humana tem como consectário lógico a tolerância diante das diferentes identidades – ainda que antagônicas –, e implica não apenas direitos, mas também *deveres interindividuais* ou *deveres fundamentais recíprocos*<sup>30</sup>. Diz respeito a uma conduta do *eu* para com o *tu* – e, enfim, para com o *nós* – pautada na reciprocidade, na igualdade, na solidariedade, na justiça, no respeito e na confiança. Cada um deve reconhecer o outro, com todas as suas diferenças, como um espelho de si mesmo – um *alter ego* que, em termos de dignidade, representa a sua própria *imagem e semelhança* encarnada –, confiando que igual reconhecimento também lhe será atribuído pelo outro, ainda que assim não o seja<sup>31</sup>.

A *dignidade como reconhecimento* incide sobre os ideais de autorrealização, alcançando os direitos de solidariedade, que exigem a tolerância de terceiros pelas escolhas individuais, além de criarem uma demanda para que os poderes públicos considerem as diferenças entre as pessoas. O que importa aqui não é apenas ter um espaço de não interferência na inerente dignidade do indivíduo, ou viver conforme seus ideais de vida digna particularmente compreendidos, mas também a atitude adotada pela sociedade e pelo Estado, perante seus membros, incidindo sobre os sentimentos subjetivos de autoestima de cada sujeito e grupo.

Convém salientar que tanto a *dignidade como autonomia* quanto a *dignidade como reconhecimento* são inerentes ao indivíduo, enfatizando, porém, aspectos distintos da personalidade. Enquanto a *dignidade autonômica* enfoca o atributo da autodeterminação do sujeito, como agente capaz de escolher e dirigir sua própria vida, a *dignidade como reconhecimento* considera que a dignidade de uma pessoa não se restringe a fazer escolhas livremente, mas abrange a validação e aceitação dessas escolhas pelo Estado e por outros membros da comunidade.

É também na própria dignidade humana que se fundam as diferenças entre os homens. Sim, porque cada ser humano é único e irrepetível e, por ser igual aos demais em dignidade, merece que sejam consideradas, reconhecidas e res-

<sup>30</sup> JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos*, pp. 294–295, afirma que os deveres interindividuais e para com a comunidade são manifestação normal da interdependência das pessoas na sua autorrealização. Na lição de JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 83, o homem individual, destinado ou condenado a viver em comunidade, é titular de liberdade limitada, tendo também “deveres fundamentais de solidariedade para com os outros homens e para com a sociedade, obrigando-se a suportar as restrições e as compressões indispensáveis à acomodação dos direitos dos outros e à realização dos valores comunitários, ordenados à felicidade de todos.”

<sup>31</sup> Nas palavras de CARMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*, p. 72, “desimporta a conduta do outro ou a correspondência de seu sentimento, de sua fé ou de seu pensamento em relação àquele que se conduz dignamente”.

peitadas suas diferenças. É, portanto, na *dignidade como reconhecimento* que se alcança o *direito à diferença*, enquanto direito de cada pessoa de ser e agir de acordo com sua identidade e conforme os seus princípios, aspirações, capacidades e modos de vida, inclusive mantendo (ou não, quando possível modificá-las) certas características físicas e hábitos culturais, religiosos ou comportamentais, e, ainda assim, ser reconhecida pelos demais como parte integrante daquela comunidade, como ser igualmente digno em sua incomparabilidade. O direito à diferença firma-se, então, como consequente do princípio da igualdade, que encontra base para sua multidimensionalidade, completude e efetividade, no princípio da dignidade da pessoa humana. Mais do que isso, em termos normativos – ou seja, considerando a dignidade humana na sua acepção principiológica – não há de se falar em dignidades (dignidade da mulher/do homem, dignidade do negro/do branco etc.), mas na dignidade da pessoa humana, que determina igual respeito, com centralidade para a acepção objetiva<sup>32</sup> do termo. Em outras palavras, traduzindo-se o valor dignitário – na sua dimensão de reciprocidade – juridicamente, trata-se de um *dever ser* que impõe um tratamento igualmente digno a todos, independentemente dos reais sentimentos ou pensamentos (acepção subjetiva) que as pessoas nutrem umas pelas outras, especialmente por aquelas que são consideradas diferentes e, por isso, muitas vezes, indesejáveis.

Com a contemporaneidade, dá-se uma expressiva ascensão das diferenças entre os indivíduos e da própria noção de diversidade. Enquanto no mundo moderno o indivíduo era homogeneizado, desprezando-se suas peculiaridades e afastando-se sua identidade pessoal, no mundo contemporâneo, as diferenças são consideradas<sup>33</sup>. Assim, as sociedades contemporâneas distinguem-se pelo reconhecimento das diferenças entre os indivíduos e das diversas esferas identitárias residentes em cada pessoa. Nesse sentido, o sujeito pós-moderno não possui uma identidade fixa ou essencial, mas várias identidades, prevalentes em conformidade com o momento e o meio social<sup>34</sup>. Há, portanto, a substituição da fantasiosa identidade unificada, coerente e completa da modernidade por

<sup>32</sup> Cfr. OSCAR SCHACHTER, *Human dignity as a normative concept*, p. 849.

<sup>33</sup> Tal questão é retratada por STUART HALL, *A identidade cultural na pós-modernidade*, p. 7, que afirma que “as velhas identidades, que por tanto tempo estabilizaram o mundo social, estão em declínio, fazendo surgir novas identidades e fragmentando o indivíduo moderno, até aqui visto como um sujeito unificado”.

<sup>34</sup> Cfr. FLÁVIA PIOVESAN, *Temas de Direitos Humanos*, p. 130. Nesse mesmo sentido, Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, p. 23, afirma que a ampliação e evolução dos direitos do homem dá-se a partir da passagem do *homem abstrato* para o *homem concreto*, “através de um processo de gradativa diferenciação ou especificação dos carecimentos e dos interesses, dos quais se solicita o reconhecimento e a proteção”.

uma *celebração móvel*<sup>35</sup> das múltiplas identidades do sujeito, o que envolve inclusive a liberdade na assunção destas, mesmo em contraposição com os *rótulos socialmente impostos*.

Os próprios indivíduos, agregados a movimentos sociais, passam a exigir o reconhecimento das diferenças, para, a partir dele, garantir-se a igualdade de oportunidades. Também as constituições passam a reconhecer as diferenças em seu próprio bojo, adotando valores voltados para a redução das desigualdades fáticas. De fato, a organização dos textos constitucionais contemporâneos demonstra que os legisladores constituintes não permaneceram alheios ao processo de *especificação do sujeito de direito*<sup>36</sup>, havendo clara preocupação em tratar de forma especial os direitos das crianças, dos idosos, das mulheres, dos grupos étnicos, dos portadores de deficiência física etc.

Mesmo no âmbito internacional, as diferenças passam a ser consideradas, evoluindo-se para um sistema especial de proteção das minorias, com base no qual a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou instrumentos como a Declaração dos Direitos da Criança (1959), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental (1971) e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979)<sup>37</sup>.

Tal fenômeno de particularização do indivíduo traz consigo consequências sociais, políticas e jurídicas relevantes. O Estado, que antes exercia políticas de forma homogeneizada, passa a adotar a diferença como um dos parâmetros dos seus programas sociais. Ao revés da implementação indistinta de ações governamentais, passa-se à consideração de certos fatores identitários – como sexo, raça, etnia, origem e, mais recentemente, orientação sexual – na implementação de políticas públicas. Nesse contexto, a noção moderna de identidade tem dado origem às chamadas *políticas da diferença*<sup>38</sup>, fundadas no reconhecimento

<sup>35</sup> A expressão é de STUART HALL, *A identidade cultural na pós-modernidade*, p. 8.

<sup>36</sup> A respeito desse processo na Constituição brasileira de 1988, cfr. FLÁVIA PIOVESAN, *Temas de Direitos Humanos*, p. 132.

<sup>37</sup> PIERRE MERTENS, *Egalité et droits de l'homme: de l'homme abstrait à l'homme «situé»*, pp. 274 e ss., expõe como ocorreu tal fenômeno no âmbito da Organização das Nações Unidas, alertando que a discussão sobre que *homem situado* deve ter seus direitos protegidos envolve mais concretamente o problema das desigualdades.

<sup>38</sup> CHARLES TAYLOR, *The Politics of Recognition*, pp. 37 e ss., distingue, enquanto políticas de reconhecimento, a *política do universalismo* e a *política da diferença*. Enquanto a primeira enfatiza a igual dignidade de todos os cidadãos, buscando a equalização de direitos e prerrogativas, a política da diferença centra-se no reconhecimento da unicidade, da identidade única de cada indivíduo.

das particularidades dos indivíduos e dos grupos (étnicos, raciais, religiosos, culturais etc.) a que eles pertencem.

Sob essa perspectiva, cabe aos poderes públicos exercer o papel de guardião do respeito interpessoal entre os cidadãos, sem embargo da adoção de políticas que, não se limitando à igualdade formal, concebam tratamento diferenciado com base em certas disparidades detectadas. As políticas da diferença podem também fundamentar a imposição de deveres – negativos e afirmativos – a atores não estatais, com vistas a proteger a dignidade humana, por meio do incentivo ao desenvolvimento de sujeitos pertencentes a grupos minoritários. Da dignidade da pessoa humana como reconhecimento pode resultar, portanto, especial proteção e promoção dos direitos das minorias, considerando-se a autocompreensão pessoal do indivíduo no âmbito das relações sociais historicamente atualizadas<sup>39</sup>.

#### 4.2. *Direito à liberdade religiosa e tolerância*

O fenômeno religioso – enquanto importante dimensão da personalidade humana – deve ser reconhecido, respeitado e acomodado pelo Estado, em sua pluralidade, de modo a reverenciar a igual dignidade de todos os homens.

Nessa conjuntura, a liberdade religiosa se configura como uma das múltiplas posições jurídicas que se desdobram de um *direito geral de liberdade de consciência*, alicerçado na autodeterminação existencial e ética do indivíduo<sup>40</sup>. Isso significa

<sup>39</sup> Na Alemanha, o Judiciário (BGHZ 75, 160 (163), já se posicionou no sentido de considerar que os judeus, em decorrência dos fatos históricos, devem ter assegurada, como elemento constituinte de sua dignidade, uma especial responsabilidade moral por parte dos demais particulares, levando em consideração o respeito à sua autocompreensão. Transcreve-se, pela sua importância, trecho citado por PETER HÄBERLE, *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*, p. 65, “o próprio fato histórico de que os homens deveriam ser apartados com base em critérios de origem/ ascendência (Abstammungskriterien), estabelecidos pelas pretensas Leis de Nuremberg, e que fossem submetidos a privações com o objetivo de extermínio de sua individualidade, assegura aos judeus que vivem na República Federal da Alemanha uma relação especialmente pessoal com os seus concidadãos; nessa relação, os acontecimentos históricos seguem atuais. É natural, neste contexto, que em virtude dessa auto-compreensão pessoal lhes seja assegurada uma especial responsabilidade moral por parte de todos os outros, que constitui parte de sua dignidade, no sentido de serem considerados um grupo de pessoas distinto alcançado e destacado pelo destino. O respeito a essa auto-compreensão é para cada um dos integrantes do grupo uma das garantias diretas contra a repetição de discriminações desse tipo e uma condição fundamental para suas vidas na República Federal”.

<sup>40</sup> Cfr. JÓNATAS EDUARDO MENDES MACHADO, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, p. 195.

que cada ser humano é livre para tomar suas decisões éticas e existenciais, de acordo com sua própria consciência, podendo-se mesmo afirmar a consagração de uma verdadeira *liberdade religiosa ou a-religiosa*<sup>41</sup>.

O direito à liberdade religiosa abrange a liberdade de crença – com observância inclusive da chamada *reversibilidade das opções de fé*<sup>42</sup> –, a liberdade de culto, a liberdade de conduta de acordo com a crença – uso de determinadas indumentárias, observância de certos rituais religiosos etc. –, bem como a liberdade de manifestação e difusão da fé.

Do direito fundamental em comento decorre um núcleo jurídico-subjetivo do indivíduo que faz parte da esfera íntima de cada pessoa e cujas fronteiras não devem ser ultrapassadas, nem pelos poderes públicos, nem pelas entidades privadas. Embora a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais seja menos intensa que a do Estado – que se obriga, simultaneamente a não intervir, a proteger e a promover tais prerrogativas –, não se pode negar a força normativa desses preceitos também no campo do direito privado, especialmente nas hipóteses em que o *poder social* afasta a horizontalidade da relação entre as partes. De qualquer modo – ainda que haja paridade na distribuição de poder entre os envolvidos –, trata-se de situações em que os sujeitos são, ao mesmo tempo, titulares e destinatários de direitos fundamentais, o que resulta, em última análise, num problema de colisão de direitos fundamentais, que devem ser harmonizados, na máxima medida possível, de acordo com as nuances do caso concreto. Dessa maneira, é imperioso considerar a tensão que pode haver entre a liberdade religiosa e outros direitos fundamentais, notadamente aqueles atrelados ao princípio da autonomia privada, a exemplo da liberdade de imprensa.

Ademais, a liberdade religiosa não deve ser compreendida de forma apartada dos princípios da igualdade e da neutralidade estatal, sob pena de manutenção do *status quo* de privilégio das confissões dominantes, com consequente degradação da posição jurídica e social das confissões religiosas minoritárias. A neutralidade religiosa se traduz, de modo geral, em dois impedimentos: veda a assunção de posicionamento religioso estatal, ao tempo em que proíbe que o Estado se ocupe do conteúdo das necessidades religiosas de seus jurisdicionados<sup>43</sup>. A atuação dos poderes públicos nesse setor se restringe, em linhas gerais, à acomodação do fenômeno religioso, nas suas mais diversas manifestações.

<sup>41</sup> Cfr. JÓNATAS EDUARDO MENDES MACHADO, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, p. 221.

<sup>42</sup> Cfr. JÓNATAS EDUARDO MENDES MACHADO, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, p. 221. Nesse sentido, o indivíduo tem direito de, a qualquer tempo, alterar suas crenças religiosas.

<sup>43</sup> Cfr. CHRISTIAN STARCK, *Nuevo desarrollo de las relaciones entre estado e iglesia en el derecho alemán*, p. 45.

No entanto, a concepção da religião como questão eminentemente privada não permite que o Estado adote – mesmo numa conjuntura de laicidade – postura de mero espectador diante das tensões e conflitos de interesses que permeiam o fenômeno religioso. Além de comprometer a ordem pública e paz social – tarefas intrinsecamente estatais –, a completa inércia do Estado diante das questões afetas à religião pode significar uma espécie de consentimento tácito às mais diversas formas de intolerância religiosa – desde insultos e incitação ao ódio, a atos de violência<sup>44</sup> –, bem como à exclusão sócio-política e jurídica das chamadas *minorias religiosas*.

A plena e igual liberdade religiosa guarda relação direta com o direito à diferença e o correlato dever estatal – que não exclui os deveres fundamentais<sup>45</sup> dos indivíduos – de respeito e tolerância<sup>46</sup>. Não basta abster-se de discriminar; é essencial uma atuação tolerante diante das diferenças, o que passa necessariamente pelo reconhecimento e validação das mesmas, na conjuntura de uma sociedade democrática, aberta e pluralista. Nessa perspectiva, o direito à liberdade religiosa, além de figurar como um direito subjetivo público poderá ser invocado também nas relações entre particulares, como decorrência do chamado *efeito erga omnes* dos direitos fundamentais<sup>47</sup>.

A discussão em torno da diversidade e do pluralismo envolve necessariamente a reflexão acerca da noção de tolerância<sup>48</sup>, tendo em vista a incompletude

<sup>44</sup> No Brasil, são cada vez mais frequentes as notícias de atos de intolerância praticados contra indivíduos e grupos que professam religiões de matriz africana. Dados recentes registrados pelo Centro de Referência de Combate ao Racismo e à Intolerância Religiosa Nelson Mandela – entidade vinculada à Secretaria de Promoção da Igualdade Racial (SEPROMI) – dão conta de que pelo menos duas pessoas por mês são vítimas de intolerância religiosa no Estado da Bahia. Disponível em «<http://atarde.uol.com.br/bahia/noticias/1688596-intolerancia-religiosa-agride-duas-pessoas-por-mes-na-bahia>». Acesso em 14 de junho de 2015.

<sup>45</sup> Sobre deveres fundamentais, cfr., dentre outros, JOSÉ CASALTA NABAIS, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa*, pp. 27 e ss.; PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, pp. 536-539. A consolidação do princípio da solidariedade tem como resultado o estabelecimento – para além dos direitos fundamentais – de deveres fundamentais de cada indivíduo perante os demais membros da sociedade, o que implica reconhecer a complementaridade da dignidade de cada homem. Desse modo, arremata o autor, p. 458, “a dignidade do *eu* não é independente da dignidade do *tu*”.

<sup>46</sup> Sobre os destinatários do *imperativo de tolerância*, cfr. PAULO MOTA PINTO, *Nota sobre o “imperativo de tolerância” e seus limites*, pp. 757 e ss. Note-se que a afirmação de que o dever de tolerância pode aplicar-se também aos particulares não implica uma equivalência de intensidade e de forma quanto à aplicação do imperativo de tolerância ao Estado.

<sup>47</sup> Cfr. JÓNATAS EDUARDO MENDES MACHADO, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, p. 253.

<sup>48</sup> Nesse sentido, JOSÉ-ROMÁN FLECHA ANDRÉS, *Cristianismo y Tolerancia*, p. 24. Sobre o conceito de tolerância, cfr. JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, p. 59.

da igualdade – e da igual liberdade – se, embora reconhecidas, as diferenças não são toleradas jurídica e socialmente<sup>49</sup>. Tolerar significa suportar, aguentar, aceitar, permitir, pressupondo que aquele que tolera encontra-se numa posição de certa superioridade em relação ao tolerado, e que possui razões – seja de ordem ideológica, moral ou religiosa – para, a princípio, inadmitir aquilo que tolera<sup>50</sup>.

A amplitude da acepção de tolerância é variável<sup>51</sup>. Trata-se de um conceito de caráter evolutivo, conforme as circunstâncias sociais e políticas de cada momento<sup>52</sup>. Identifica-se como ponto de partida da filosofia da tolerância o desenvolvimento dos direitos e liberdades individuais, mais precisamente da liberdade religiosa. A partir dos ideais libertários próprios da Revolução Liberal, gradativamente, evolui-se de um modelo estatal fulcrado na unidade teológica para um Estado tolerante às diferentes religiões, que abandona a imposição de crenças, rumo ao reconhecimento da liberdade religiosa do indivíduo.

Mesmo a ideia de tolerância deve ser concebida com certos limites, sob pena de se instituir uma sociedade – e, por conseguinte, também um Estado e uma ordem jurídica – tolerante a toda e qualquer manifestação ideológica, bem como aos atos delas decorrentes.

John Locke teorizou sobre a tolerância<sup>53</sup> – por ele apontada como um limite imposto ao poder soberano –, ocupando-se, entre outros fatores, da discussão acerca da licitude da tolerância para com os intolerantes. Em linhas gerais, Locke defende uma visão, sob certo ponto de vista, reducionista da tole-

<sup>49</sup> Para JOSÉ BADA, *La tolerancia entre el fanatismo y la indiferencia*, p. 35, a consciência da identidade pessoal ou coletiva implica a percepção da diferença diante do outro, mas não contra o outro. Para o autor, a percepção da diferença é uma condição para a deferência e o respeito ao outro. No entendimento de PRIMO MAZZOLARI, *Sobre a tolerância e outros ensaios*, p. 37, “um regime tolerante, reconhecendo a igualdade e dissemelhança dos cidadãos, move-se na liberdade; um regime intolerante, negando a igualdade e suprimindo a dissemelhança, impõe a conformidade”. JOSÉ-ROMÁN FLECHA ANDRÉS, *Cristianismo y Tolerancia*, p. 21, observa que a tolerância não equivale à indiferença, mas antes pressupõe convicções firmes e respeito pelas convicções alheias.

<sup>50</sup> Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Nota sobre o “imperativo de tolerância” e seus limites*, p. 748.

<sup>51</sup> DIOGO PIRES AURÉLIO, *Um Fio de Nada – Ensaio sobre a Tolerância*, p. 25, observa que ao termo podem ser atribuídos diferentes significados. Num sentido estrito, no entanto, o vocábulo se refere: a) à permissão de maneiras de pensar e de agir contrárias àquelas que adota para si aquele que tolera; ou b) à permissão de maneiras de ser, incluindo cor da pele, raça, origem étnica, diferentes do grupo no qual aquele que tolera está inserido.

<sup>52</sup> Cfr. JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, p. 50.

<sup>53</sup> Sobre a concepção da tolerância em Locke, cfr. JOSÉ ANTONIO AGUILAR RIVERA, *La casa de muchas puertas: diversidad y tolerancia*, pp. 235 e ss.

rância<sup>54</sup>, ao negá-la àqueles que defendessem opiniões subversivas, tendentes à destruição da sociedade. Locke consolidou um debate de extrema relevância para o direito<sup>55</sup>, e que permanece atual, especialmente nos dias de hoje, em que as sociedades são cada vez mais multiculturais e multirraciais, sem que tal diversificação tenha correspondido à conscientização social sobre a importância de posturas tolerantes.

John Rawls, por seu turno, defende que, numa sociedade justa, também os intolerantes devem ser tolerados, sob pena de a própria sociedade tornar-se intolerante e, portanto, injusta. No entanto, levando em consideração os direitos à *autodefesa* e à *autopreservação*, os intolerantes devem ser tolerados, apenas na medida em que não ponham em perigo a própria sociedade tolerante e suas instituições<sup>56</sup>.

Com efeito, um dos principais prismas de uma sociedade democrática consiste em delimitar os limites da intolerância e da própria tolerância<sup>57</sup>, tendo como importante alicerce a ordem jurídica. A tolerância ilimitada para com os comportamentos intolerantes resultaria numa sobrelevação exacerbada da liberdade, num absolutismo libertário capaz de ameaçar os alicerces do próprio sistema democrático. De certo que a linha fronteira entre o tolerável e o intolerável é extremamente tênue e historicamente determinável de acordo com o contexto sócio-político. Nada obstante, o que não se pode perder de vista é

<sup>54</sup> Cfr. JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, p. 52.

<sup>55</sup> Sobre a projeção jurídica da ideia de tolerância, cfr. PAULO MOTA PINTO, *Nota sobre o “imperativo de tolerância” e seus limites*, pp. 750 e ss. Para o autor, p. 755, o princípio da tolerância não deve ser relacionado com os direitos fundamentais, não havendo que se falar num direito fundamental à tolerância. “Antes a tolerância, quando corresponde ao respeito pelos direitos alheios (e não apenas a ‘complacência’ ou ‘indulgência’), parece ser um princípio que *subjaz* ao reconhecimento dos direitos fundamentais, como princípio assente no *respeito e reciprocidade*, pelo qual as pessoas se reconhecem reciprocamente como tendo igual dignidade (...)”.

<sup>56</sup> Cfr. JOHN RAWLS, *Uma teoria da justiça*, pp. 266 e ss. Para Rawls, p. 269, “a justiça é infringida sempre que se nega a liberdade igual sem uma razão suficiente”. BJARNE MELKEVIK, *Tolérance et modernité juridique*, p. 26, observa que um dos riscos da sociedade moderna é que o discurso da tolerância se torne fator justificador da persistência de ideologias de ódio, de supremacia religiosa e de intolerância. Para HERBERT MARCUSE, *Tolerância Repressiva*, p. 93, a sociedade deve ser discriminatória quando estão em perigo a pacificação da existência, a liberdade e a felicidade. Segundo o autor, “nesse caso, certas coisas não podem ser ditas, certas ideias não podem ser expressadas, certas políticas não podem ser propostas, certa conduta não pode ser permitida sem transformar a tolerância num instrumento de continuação da servidão”.

<sup>57</sup> Para ROBERT PAUL WOLFF, *Além da Tolerância*, p. 12, “a virtude da moderna democracia pluralista (...) é a tolerância”, de modo que (p. 27) a defesa do pluralismo corresponde à defesa da própria tolerância.

que, sendo o livre debate de ideias – mesmo que antagônicas entre si e discordantes da linha ideológica eventualmente dominante – um marco do regime democrático, não há espaço para o simples *intolerantismo estatal*, sob pena de as instituições democráticas fomentarem, elas mesmas, valores antidemocráticos.

Dessa maneira, de um lado, a tolerância também deve garantir o direito à diferença dos próprios intolerantes – ainda que estes não sejam, no caso concreto, considerados como grupos vulneráveis ou minoritários – o que, em última análise, fortalece a própria pluralidade e diversidade de ideias, necessárias para a verdadeira configuração de uma sociedade democrática. Em contrapartida, a liberdade e o direito à diferença dos grupos que defendem ideias de intolerância devem ser filtrados no sentido de garantir a prevalência dos valores democráticos, resultando na limitação das manifestações que verdadeiramente ponham em risco os princípios inerentes a um Estado Democrático de Direito. Cabe, então, aos poderes públicos a difícil tarefa de estabelecer um *padrão de intolerância mínima* enquanto linha demarcatória da própria tolerância<sup>58</sup>, que se configura – nos termos expressos na Declaração de Princípios sobre a Tolerância, da UNESCO, de 1995<sup>59</sup> – como a *harmonia na diferença*.

Por tudo que foi exposto, pode-se definir o direito à diferença, no âmbito do direito à liberdade religiosa, como a prerrogativa jusfundamental de reconhecimento das peculiaridades confessionais como fatores relevantes na configuração identitária dos grupos minoritários, garantindo-lhes, na medida da justa composição dos interesses vigentes, tolerância estatal e social. Sob essa perspectiva, poder-se-ia presumir que o direito à diferença exige exclusivamente uma postura passiva das entidades públicas e privadas, no sentido de não interferência no exercício dessa prerrogativa, ou de simples *indiferença às diferenças*. No entanto, a ótima concretização do direito à diferença envolve não só o reconhecimento, a aceitação, o respeito e a valorização positiva desses atributos, mas também a criação de mecanismos que garantam um espaço democrático para a convivência das diferentes confissões religiosas.

Esclarecidos tais aspectos, pode-se afirmar que o *dever de tolerância religiosa* consiste, em apertada síntese, no “dever de respeito pela dignidade e pela personalidade dos outros, bem como pelas suas diferentes crenças e opções de consciência”<sup>60</sup>. Exige, pois, verdadeiro espírito de fraternidade e reciprocidade,

<sup>58</sup> BJARNE MELKEVIC, *Tolérance et modernité juridique*, p. 28, aponta como elemento mais importante acerca do tema a questão da escolha democrática sobre o que deve ser considerado intolerável.

<sup>59</sup> Sobre a Declaração de Princípios sobre a Tolerância, cfr. BJARNE MELKEVIC, *Tolérance et modernité juridique*, pp. 68 e ss.

<sup>60</sup> Cfr. JÓNATAS EDUARDO MENDES MACHADO, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, p. 255.

incumbindo ao Estado o papel institucional de *guardião da tolerância religiosa* entre seus cidadãos<sup>61</sup>.

## 5. Direito à diferença: liberdade de imprensa e (in)tolerância religiosa

O direito à diferença – enquanto dimensão do direito à igualdade – associa-se intrinsecamente ao direito à liberdade religiosa; ao direito de professar qualquer religião ou nenhuma religião; de agir de acordo com suas crenças; de participar ou deixar de participar de cultos religiosos; de alterar sua religião; de praticar uma religião diversa daquela professada e aceita pela maioria, sem ser, por isso, socialmente marginalizado ou excluído; sem sofrer violações de seus direitos; sem ser vítima de intolerância religiosa.

Também a ideia de efeito silenciador aplica-se perfeitamente à questão da intolerância religiosa praticada ou incentivada pela imprensa. Ora, as manifestações unilaterais dos meios de comunicação em favor de grupos religiosos hegemônicos e/ou contra grupos religiosos minoritários acabam por abafar a voz das minorias religiosas, que ficam condenadas ao silêncio no debate público. Mas o efeito silenciador não é o único que decorre da inobservância da função social da liberdade de imprensa. Há, ainda, um perverso e perigoso efeito segregador, por meio da difusão de estereótipos, que podem reforçar o sentimento de intolerância religiosa, em evidente desrespeito ao direito à diferença.

Ademais, levado às últimas consequências, o exercício ilimitado da liberdade de imprensa pode promover verdadeira incitação ao ódio, de modo a gerar risco à segurança pública. Nessa senda, ainda que de forma reflexa, os meios de comunicação podem difundir mensagens que – pelo seu conteúdo e alcance – incitam o ódio religioso, gerando danos até mais catastróficos do que o discurso do ódio propagado por outros veículos.

A partir de uma compreensão da *dignidade humana como reconhecimento* alguns países têm, por exemplo, proibido a difamação e o discurso do ódio, criminalizando determinadas condutas. Fundado, *a priori*, na liberdade de expressão, o *hate speech* propaga ideologias segregacionistas e inferiorizantes que, embora nem sempre tenham o condão de tornar efetiva a discriminação do grupo vitimado, pode causar danos à integridade psíquica em menor ou maior escala. Além de afetar o direito à honra, manifestações dessa natureza violam a dig-

<sup>61</sup> Cfr. JÓNATAS EDUARDO MENDES MACHADO, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, p. 257.

nidade como reconhecimento, atingindo o sentimento de pertença dos grupos e indivíduos em questão<sup>62</sup>.

A regulação do discurso de ódio se justifica a partir da correlação entre o direito à diferença, a *dignidade como reconhecimento* e o dever de tolerância. Esse tipo de discurso prejudica a igual dignidade de todos, na medida em que reforça a exclusão social de certos grupos – em razão de suas peculiaridades – e exprime a ideia de que estes são indignos de igual respeito e cidadania<sup>63</sup>.

Na maioria dos Estados democráticos, o discurso do ódio – destinado à depreciação de indivíduos e grupos com fundamento em aspectos como raça, etnia, religião, orientação sexual etc. – é compreendido como uma espécie de abuso do direito à liberdade de expressão. Nesse sentido, as variadas formas de *hate speech* têm sido restringidas ou mesmo proibidas pela ordem jurídica de diversos países, permanecendo os Estados Unidos da América como uma exceção, cujo sistema jurídico protege constitucionalmente esses discursos, enquanto manifestações amparadas pela cláusula da liberdade de expressão, garantida na Primeira Emenda à Constituição.

A Suprema Corte do Canadá tem baseado suas decisões contra o *hate speech* no princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente na sua dimensão de reconhecimento. Para o tribunal, o senso de dignidade humana e de pertença de uma pessoa à comunidade está intimamente ligado à preocupação e respeito concedido aos grupos aos quais ela pertence. O escárnio, a hostilidade e o abuso incentivados pela propaganda de ódio, portanto, têm um impacto fortemente negativo sobre a autoestima do indivíduo. Os magistrados argumentaram que tal discurso pode também resultar em discriminação ou violência contra membros dos grupos minoritários, mas a principal preocupação é o dano ao senso de dignidade da pessoa, comprometendo sua adesão à comunidade<sup>64</sup>.

Por ocasião da sua decisão STC 105/1990, o Tribunal Constitucional da Espanha ressaltou que o direito à liberdade de expressão não envolve um pretendido direito ao insulto, incompatível com a dignidade da pessoa humana<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> CHARLES TAYLOR, *The politics of recognition*, p. 25, enfatiza que o não reconhecimento pode causar danos, representando uma verdadeira forma de opressão, ao aprisionar o indivíduo num falso, distorcido e reduzido modo de ser.

<sup>63</sup> Cfr. NEOMI RAO, *Three concepts of dignity in constitutional law* p. 251.

<sup>64</sup> R. v. Keegstra, [1990] 3 S.C.R. 697, 746–47 (Can.). Disponível em «<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/695/index.do>». Acesso em 18 de junho de 2015.

<sup>65</sup> “(...) No cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el art. 10.1 del Texto fundamental; (...) No ha

Para a corte espanhola, o direito à liberdade de expressão tem seus limites ultrapassados nas hipóteses em que são proferidos insultos e afirmações meramente vexatórias, que não possuem relação com a formação de uma opinião pública livre<sup>66</sup>.

No que tange à tolerância e à sua composição com o direito à liberdade de expressão, importar fazer referência ao caso Siegfried (*Habeas Corpus* n. 82.424-2-RS<sup>67</sup>), julgado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, que condenou o réu pela prática do crime de racismo, em virtude da edição e publicação de livros de cunho antissemita, nos quais se fazia apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias. Na ocasião, a corte considerou que a liberdade de expressão não deve ser veículo de ofensa à igualdade<sup>68</sup>.

Dito isso, é importante ratificar que a inoperância do Estado nesse setor – sob o pretexto de salvaguardar os direitos de liberdade – pode corresponder a uma ilegítima e inconstitucional omissão na consecução de outras tarefas estatais, exigíveis para a plena concretização funcional dos direitos fundamentais. Assim, a plena inclusão das minorias religiosas – ou dito de outro modo, o efetivo respeito à igual liberdade religiosa ou a-religiosa – exige que o Estado, sem transcender os limites constitucionalmente consagrados, restrinja os discursos que violem o dever de mútuo respeito e tolerância, e que acirrem sentimentos de marginalização de toda uma comunidade, em nome de um suposto e anti-democrático direito irrestrito de liberdade.

Pode-se retomar, nesse ponto, os acontecimentos que culminaram no atentado à sede do jornal *Charlie Hebdo*, para levantar algumas reflexões impor-

existido, por tanto, vulneración del art. 20.1 del Texto Constitucional, toda vez que la libertad de información ha sido ejercida no ya sólo con críticas, sino que sus límites se han sobrepasado con insultos y vejaciones desmesuradas e innecesarias para la información de la opinión pública. Disponível em «<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1990-15864.pdf>». Acesso em 13 de junho de 2015.

<sup>66</sup> Em sentido semelhante, algumas decisões do Tribunal Constitucional espanhol, entre outras, cfr. STC 176/1995 (difusão de ideologias antissemitas) e STC 235/2007 (difusão de ideias ou doutrinas que neguem ou justifiquem a prática de delitos de genocídio). Disponível em «[http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos/jurisprudencia\\_constitucional.php](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/jurisprudencia_constitucional.php)». Acesso em 04 de junho de 2015.

<sup>67</sup> Decisão emitida em 17/09/2003, DJ 19/03/2004. Disponível em «<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=SiegfriedEllwangerCastan&base=baseAcordaos>». Acesso em 28 de maio de 2015.

<sup>68</sup> Vale a transcrição de um trecho do acórdão: “As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5.º, § 2.º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica”.

tantes. O semanário publicou reiteradas charges representativas de Maomé, com clara intenção de satirizar o islamismo, chegando mesmo a difundir este-reótipos segregacionistas. Efetivamente, as imagens divulgadas transcendem a mera intenção de informar ou de emitir opiniões – ainda que desfavoráveis – acerca de uma dada religião. Muitos dos desenhos são obscenos, gratuitamente ofensivos, e aviltam não apenas os fundamentalistas – como se concluiu na citada decisão judicial favorável ao periódico francês –, mas toda a comunidade muçulmana.

No contexto da sociedade francesa, tais mensagens são ainda mais danosas, por agravar as iniquidades sociais, econômicas e jurídicas já sofridas por aqueles que professam o islamismo – religião com o segundo maior número de adeptos em toda a França, que, por sua vez, possui a maior comunidade muçulmana da Europa. Os muçulmanos – em sua maioria imigrantes e descendentes de imigrantes africanos oriundos de ex-colônias francesas – constituem cerca de 10% da população do país<sup>69</sup>. Em Paris, as comunidades islâmicas vivem nas periferias, submetidas à pobreza e à violência, com poucas oportunidades de emprego e de acesso à educação. Questões econômicas, sociais, políticas e culturais dificultam a integração dos imigrantes muçulmanos à sociedade francesa. A discriminação com base na religião tem se tornado mais um elemento de *isolamento* dessas comunidades. Não há dúvidas, portanto, de que os muçulmanos constituem um grupo religioso minoritário, sem voz no debate público, podendo-se identificar claramente um efeito silenciador capaz de fomentar a intolerância religiosa e perpetuar preconceitos. É como uma *condenação* ao escárnio público *sem direito de defesa*.

Nessa conjuntura, identifica-se clara violação aos direitos à diferença e à liberdade religiosa. Ser livre para professar qualquer religião (ou nenhuma) e ser – em virtude de sua crença religiosa –, constantemente, objeto de ofensas, preconceitos e provocações é o mesmo que ter uma liberdade religiosa limitada e condicionada à aceitação da maioria. A diferença, então, deixa de ser um direito – indissociável da ideia de igual dignidade – para ser um fator de discriminação e marginalização.

Ainda que não se possa classificar as charges da revista francesa como discurso do ódio, em certa medida, os efeitos produzidos foram tão nocivos quanto. De fato, deve-se recordar que, após os atentados foram desencadeados comportamentos em série, com a disseminação de ataques a mesquitas situadas em Paris. Mesmo antes do episódio, já se podia vislumbrar um risco à segurança pública, haja vista que os membros do jornal já tinham sido ameaçados, por

<sup>69</sup> Disponível em «<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/01/comunidade-muculmana-da-franca-teme-impacto-dos-atentados.html>». Acesso em 15 de junho de 2015.

diversas vezes, em virtude das publicações. Não se defende que ameaças devam silenciar os meios de comunicação, mas o fator do risco iminente à segurança pública é, sem dúvida, um elemento que, dentre outros, deve ser considerado no caso concreto, notadamente se, diante das circunstâncias fáticas, há dúvidas sobre o atendimento da função social da liberdade de imprensa.

Outra questão a se considerar é justamente a declarada *irresponsabilidade* do *Charlie Hebdo*<sup>70</sup>, enquanto rótulo vinculado ao caráter satírico do pasquim. Sob essa perspectiva, é crucial esclarecer que, ainda que a divulgação ou mensagem seja na modalidade humorística ou sob o formato de charge ou crônica, as limitações à liberdade de expressão se mantêm, de acordo com as circunstâncias fáticas. Caso contrário, bastaria o *rótulo de humor* para evitar limitações por parte dos poderes públicos (especialmente do Judiciário), adquirindo-se passe livre para a violação de outros direitos fundamentais. Nesse ponto, importa ressaltar que, casuisticamente, caberá a responsabilização civil ou criminal do agente, bem como o ressarcimento por eventuais danos morais e materiais causados aos indivíduos ou grupos afetados.

Como última etapa desse esforço reflexivo, cabe ainda identificar os direitos fundamentais em tensão na situação fática em análise. De um lado, o direito à liberdade de imprensa, que deve ser, *prima facie*, exercido à salvo de restrições. É certo que a liberdade de expressão constitui uma das bases de uma sociedade democrática, sendo válida não apenas para informações ou ideias acolhidas ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também para as que possam ofender, chocar ou causar inquietação<sup>71</sup>. Nada obstante, e apesar da sua imprescindibilidade para o pleno funcionamento da democracia, a liberdade de expressão – inclusive a de imprensa – não é absoluta, devendo ser considerada no conjunto sistemático dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

Dessa maneira, se, de um lado, há a liberdade de imprensa dos jornalistas – que *a priori* podem divulgar livremente o conteúdo que desejarem –, do outro, podem figurar diversos direitos fundamentais, em contraposição. Primeiramente, tem-se o próprio direito à honra das pessoas pertencentes às minorias religiosas que se sintam ofendidas. O direito à honra é, no entanto, apenas o

<sup>70</sup> No site oficial «[www.charliehebdo.fr](http://www.charliehebdo.fr)», a expressão utilizada como subtítulo é justamente “journal irresponsable” (jornal irresponsável). Acesso em 05 de junho de 2015.

<sup>71</sup> Para SÉRGIO RICARDO DE SOUZA, *Abuso da liberdade de imprensa e pseudocensura judicial: no sistema luso-brasileiro*, p. 9, a proteção robusta dispensada à liberdade de informação jornalística no seio das sociedades democráticas não assenta no postulado de que a comunicação se faça sempre de forma tímida e inofensiva, havendo situações em que a mesma se reveste de um caráter socialmente provocatório, ofensivo e até danoso, sendo aceitável, desde que não ultrapasse os limites da razoabilidade e passe a configurar injustificável abuso de direito.”

mais evidente. Estão também em questão, como já visto, os direitos à diferença e à liberdade religiosa, que podem ser decisivamente afetados a depender do conteúdo e amplitude da informação difundida. Enfim, deve-se observar o próprio exercício do direito à liberdade de imprensa que, ao extrapolar os limites constitucionalmente impostos, acaba por restringir também a liberdade de expressão das minorias religiosas, excluindo-as do debate público.

Nessa linha de entendimento, é indispensável ressaltar que as restrições ao direito à liberdade de imprensa – como a qualquer outro direito de índole fundamental – não podem ser levadas a efeito de forma arbitrária pelo Estado, necessitando, para encontrar justificação constitucional, observar os *limites dos limites* aos direitos fundamentais. Não se pode perder de vista que – assim como nos demais conflitos envolvendo prerrogativas jufundamentais – as tensões entre a liberdade de imprensa e os direitos à diferença e à liberdade religiosa apenas podem ser equacionadas à luz das variáveis fáticas do caso concreto, cabendo ao Poder Judiciário, por meio do critério da proporcionalidade, conferir peso aos valores constitucionais em confronto, limitando-os fundamentadamente.

## 6. Considerações finais

Os diversos recursos midiáticos podem ser veículos voltados para a promoção do debate democrático e para a disseminação de mensagens positivas. Não obstante, também podem facilmente se desvirtuar para a defesa de ideologias antidemocráticas, para a incitação do ódio racial e religioso, contribuindo para a fixação de um pensamento unilateral preconceituoso, estereotipado e discriminatório.

Nessa conjuntura, não se deve apelar para uma dicotômica decisão entre dois extremos: a irrestringibilidade do direito à liberdade de imprensa ou o milimétrico controle do mesmo; ambos igualmente destrutivos do regime democrático. Antes, deve o Estado recobrar a lucidez e acuidade de um verdadeiro guardião da igual liberdade e dignidade de todos para identificar todos os direitos fundamentais e valores sócio-jurídicos em jogo. Assim, às vezes é preciso reduzir a voz de alguns para que se torne possível ouvir a voz de outros, e o papel do Poder Judiciário nesse cenário é crucial e constitucionalmente legitimado.

Finalizando com o paradigmático atentado ao *Charlie Hebdo*, convém recordar que, logo após o fato – que, assim como as charges, teve repercussão internacional, – os meios de comunicação de todo o mundo saíram em defesa da liberdade de expressão. Novamente, outras tantas vozes – salvo raras exceções – deixaram de ser ouvidas. Somando-se à imprensa, e a numerosos manifestantes, o Governo francês determinou que as escolas fizessem um minuto

de silêncio, nas salas de aula, em homenagem às vítimas do ataque. Em muitas dessas escolas, no entanto – principalmente naquelas situadas nas zonas periféricas –, os alunos não aceitaram aderir à homenagem. Talvez, intuitivamente, tenham se recusado a se submeter, mais uma vez, ao efeito silenciador, numa forma eloquente de esbravejar: “Je ne suis pas Charlie”.

## Referências bibliográficas

- AGUILAR RIVERA, José Antonio. *La casa de muchas puertas: diversidad y tolerancia*. In CARBONELL, Miguel *et al.* (comp.) Serie Doctrina Jurídica, n. 28. Universidad Nacional Autónoma de México. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 223-246.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Edições Almedina, 2007.
- ANDRÉS, José-Román Flecha. *Cristianismo y Tolerancia*. 3.<sup>a</sup> ed. Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca, 2007.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *A dignidade da pessoa humana e o fundamento dos direitos humanos*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 103, jan./dez 2008, pp. 277-299.
- AURÉLIO Diogo Pires. *Um Fio de Nada – Ensaio sobre a Tolerância*. Lisboa: Edições Cosmos, 1997.
- BADA, José. *La tolerancia entre el fanatismo y la indiferencia*. Navarra: Editorial Verbo Divino, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CHEQUER, Cláudio. *A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Prima Facie (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- HÄBERLE, Peter. *A dignidade da pessoa humana como fundamento da comunidade estatal*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.), *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2.<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pp. 45-103.
- HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 7.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- FISS, Owen M. *A Ironia da Liberdade de Expressão – Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Trad. Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Júlio César Faira Editor, 2013.

- KIRSTE, Stephan, *A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.), *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2.<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pp. 175-198.
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes Machado. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusive – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadão*. Boletim da Universidade de Direito da Universidade de Coimbra. *Stydia Ivridica* 18. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- MARCUSE, Herbert. *Tolerância repressiva*. In WOLFF, Robert Paul et al. *Crítica da Tolerância Pura*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970, pp. 87-126.
- MAZZOLARI, Primo. *Sobre a tolerância e outros ensaios*. Tradução de António Ramos Rosa. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1965.
- MELKEVIK, Bjarne. *Tolérance et modernité juridique*. Collection Dikè. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 2006.
- MERTENS, Pierre. *Égalité et droits de l'homme: de l'homme abstrait à l'homme situé*. In DEKERS, R.; FORIERS P.; PERELMAN, C. (Dir.). *L'égalité*. vol. 4 des Travaux du Centre de Philosophie du Droit de l'Université Libre de Bruxelles. Bruxelles: Bruylant, 1975, pp. 266-302.
- NABAIS, José Casalta. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa*. Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n. 400, Lisboa, 1990.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais – triunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- OTERO, Paulo. *A Democracia Totalitária – Do Estado totalitário à sociedade totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI*. Cascais: Principia, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Vol. I. Coimbra: Edições Almedina, 2007.
- PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação*. São Paulo: RT, 2002.
- PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2007.
- PINTO, Paulo Mota. *Nota sobre o “imperativo de tolerância” e seus limites*. In *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- PROVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- PISÓN, José Martínez de. *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*. Madrid: Editorial Tecnos, 2001.
- RAO, Neomi. *Three concepts of dignity in constitutional law*. In *Notre Dame Law Review*, vol. 86, n.º 1, 2011, pp. 183-271. George Mason University Law and Economics Research Paper Series.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. In *Jurisprudência Catarinense*, a. 35, n. 117, 2.º trimestre 2009, Florianópolis: TJ/SC, 2009, pp. 71-107.
- SAMPAIO, Marcos. *O conteúdo essencial dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

- SCHACHTER, Oscar. *Human dignity as a normative concept*. In *The American Journal of International Law*. Vol. 77, n.º 4 (oct. 1983). American Society of International Law, pp. 848-854.
- SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Abuso da liberdade de imprensa e pseudocensura judicial: no sistema luso-brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- STARCK, Christian. *Nuevo desarrollo de las relaciones entre estado e iglesia en el derecho alemán*. In LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel. *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, pp. 45-56.
- TAYLOR, Charles. *The Politics of Recognition*. In *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*. Amy Gutmann (ed.). Princeton: Princeton University Press, 1994, pp. 25-73.
- TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Trad. Joana Angélica d'Avila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- VAZ, Livia Maria Santana e Sant'Anna. *Notas sobre a aplicabilidade e a eficácia das normas constitucionais de direitos sociais*. In MIRANDA, Jorge (Org.). *O direito constitucional e a independência dos tribunais brasileiros e portugueses: aspectos relevantes*. Curitiba: Juruá Editora, 2011, pp. 75-138.
- WOLF, Robert Paul. *Além da tolerância*. In WOLFF, Robert Paul *et al.* *Crítica da Tolerância Pura*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970, pp. 11-58.

# *A obtenção de documentos em poder da parte contrária em processo arbitral\**

DR.<sup>a</sup> RITA NUNES DOS SANTOS<sup>\*\*</sup>

SUMÁRIO: I. *Introdução*. II. *Enquadramento legal*: A) *Common Law vs Civil Law – duas realidades incompatíveis?*; B) *Tendência de uniformização das regras relativas à condução do processo arbitral*: 1. *Perspectiva geral*; 2. *Lei Modelo da UNCITRAL e leis de arbitragem nacionais*; 3. *Regulamentos de Arbitragem*. III. *Dinâmica de um processo arbitral*: A) *Definição das regras processuais aplicáveis*; B) *Análise das Directrizes da IBA em matéria de apresentação de documentos em poder da contraparte*: 1. *Timing e tramitação do processo de apresentação de documentos*; 2. *Dos requisitos de que se deve revestir um pedido de apresentação de documentos em poder da contraparte*; 3. *Da não admissão de um pedido de apresentação de documento*; D) *Consequências do incumprimento de uma ordem de apresentação de documentos*. IV. *Articulação entre Tribunais Arbitrais e Tribunais Judiciais*: A) *Do auxílio na fase de produção de prova*: 1. *Enquadramento legal*; 2. *Tribunal competente e tramitação processual*; B) *Da Impugnação de decisões do Tribunal Arbitral em matéria de apresentação de prova*. V. *Conclusão*.

## **I. Introdução**

A prova documental assume uma relevância preponderante no âmbito da arbitragem doméstica ou internacional<sup>1</sup>. Com efeito, as relações comerciais entre empresas assentam, regra geral, em contratos escritos nos quais são esti-

\* Este artigo tem por base o trabalho final apresentado em 15.09.2015 no âmbito do Curso de Extensão Universitária em Arbitragem da Universidade Nova de Lisboa.

\*\* Advogada na Moraes Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, Sociedade de Advogados, R.L.

<sup>1</sup> Neste sentido, veja-se ANTONIAS DIMOLITSA, *Giving Evidence: Some reflexions on oral evidence vs documentary evidence and on the obligations and rights of the witnesses*, in *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law – Arbitration and Oral Evidence*, Janeiro de 2005, pp. 11-27 (em particular a p. 11).

pulados os direitos e obrigações das partes, sendo que em caso de emergência de um litígio no que respeita à respectiva execução ou cumprimento é também no teor desses contratos, dos respectivos anexos ou *side letters*, da documentação preparatória à conclusão dos mesmos ou contemporânea destes, da correspondência trocada durante a respectiva execução, ou mesmo de documentação interna produzida pelas partes quanto aos mesmos, que os árbitros podem, em primeira linha, encontrar a fonte mais directa para interpretar o sentido das declarações negociais das partes e, bem assim, aferir o pontual cumprimento das obrigações aí previstas.

Nessa medida, o sucesso das pretensões das partes no âmbito do processo arbitral está, não raras vezes, dependente da sua capacidade para apresentar ao Tribunal prova documental que sustente a sua alegação de facto, situação que, tendo em conta a natureza iminentemente relacional deste tipo de litígios de índole comercial, pode passar pela necessidade de aceder a documentação que está, precisamente, em poder da contraparte e que esta última tem relutância em revelar, por poder ser desfavorável à sua posição.

Qual o nível de colaboração que se pode esperar obter da contraparte no que respeita ao acesso a documentos? Qual o âmbito dos pedidos que lhe podem ser dirigidos? E quais as consequências de um eventual incumprimento de uma decisão do Tribunal Arbitral no que respeita à apresentação de documentos?

Estas são apenas algumas das questões a que vamos procurar responder neste trabalho, começando por fazer um enquadramento dos princípios gerais que norteiam esta questão da obtenção de documentos detidos pela contraparte e das soluções consagradas pelas várias leis de arbitragem nacionais, regulamentos das instituições de arbitragem de referência e directrizes e recomendações comumente aceites pela comunidade arbitral quanto a este ponto, avançando depois para uma análise dos requisitos de que habitualmente se faz depender um pedido de documentos em poder da parte contrária, com destaque para o tratamento dado a esta questão pelas Directrizes da *International Bar Association* de 2010 no que respeita à produção de prova em arbitragem internacional. Vamos também considerar quais as eventuais consequências que podem advir para uma parte que recuse a apresentação de documentos determinada pelo Tribunal Arbitral, e, por fim, considerando as especificidades próprias do processo arbitral e dos poderes do Tribunal Arbitral, fazer um enquadramento da articulação entre Tribunais Arbitrais e Tribunais Judiciais no que respeita a esta matéria [com enfoque nas soluções consagradas pela Lei da Arbitragem Voluntária portuguesa (Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro)], quer no que respeita ao controlo das decisões arbitrais, quer no que respeita à respectiva efectividade.

## II. Enquadramento legal

### A) Common Law vs Civil Law – duas realidades incompatíveis?

A questão do âmbito e limites no acesso ao acervo documental da contraparte é objecto de entendimentos e práticas judiciais radicalmente diferentes nos países de matriz anglo-saxónica, com tradição legal de *common law*, e nos países de matriz continental, com tradição legal de *civil law*.<sup>2</sup>

Com efeito, nos Estados Unidos da América, a fase de *discovery* vai mesmo além da possibilidade de acesso à prova no decurso do processo contencioso, intervindo antes numa fase anterior à apresentação do caso ao Tribunal, sendo permitido à parte requerente, com grande amplitude, o acesso a informação factual e a meios de prova que permitam estruturar e sustentar a posição que esta pretende vir a defender no processo (dando origem às chamadas *fishing expeditions*)<sup>3</sup>.

Em Inglaterra não se vai tão longe, muito embora vigore um princípio de *disclosure* que abrange o dever de procura e revelação no âmbito do processo de todos os elementos relevantes para apreciação do mérito das pretensões das partes, quer os mesmos sejam favoráveis quer sejam desfavoráveis à posição da parte que os revela<sup>4-5</sup>.

Já os sistemas ditos de *civil law*, como é o caso do português, são bastante mais restritivos nesta matéria, apenas permitindo investidas cirúrgicas aos

<sup>2</sup> Quanto a este ponto, veja-se ALAN REDFERN, MARTIN HUNTER, NIGEL BLACKABY e CONSTATINE PARTASIDES, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5.ª ed., Kluwer Arbitration, 2009, pp. 384-385. Veja-se ainda GIACOMO ROJAS ELGUETA, *Understanding discovery in international commercial arbitration through behavioral law and economics: a journey inside the minds of parties and arbitrators*, Harvard Negotiation Law Review, 2011, pp. 165-191 (em particular as pp. 171-174).

<sup>3</sup> Quanto a esta matéria, veja-se LOUIS B. KIMMELMAN and DANA C. MACGRATH, *Document Production in the United States*, in Document Production in International Arbitration, ICC International Court of Arbitration Bulletin: 2006 Special Supplement, ed. ICC, Paris, 2006, pp. 43-56, e ROBERT H. SMIT, *Towards Greater Efficiency in Document Production before Arbitral Tribunals – A North American Viewpoint*, in Document Production in International Arbitration, ICC International Court of Arbitration Bulletin: 2006 Special Supplement, ed. ICC, Paris, 2006, pp. 93-100.

<sup>4</sup> Quanto a este ponto, veja-se V.V. VEEDER, *Document Production in England: Legislative Developments and Current Arbitral Practice*, in Document Production in International Arbitration, ICC International Court of Arbitration Bulletin: 2006 Special Supplement, ed. ICC, Paris, 2006, pp. 57-61.

<sup>5</sup> De acrescentar que nos países de *common law* é genericamente aceite que os *solicitors* têm o dever de assegurar que nenhum elemento relevante deixa de ser apresentado à contraparte ou ao Tribunal. Quanto a este ponto, veja-se JEFF WAINCYMER, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Arbitration, 2012, p. 833.

arquivos documentais da contraparte. Exige-se habitualmente que o requerente identifique e descreva o documento concreto que pretende obter, explique por que razão não o consegue obter por outro meio e indique os factos concretos que com o mesmo pretende provar<sup>6</sup>.

Face a esta disparidade de práticas nacionais (que eram tendencialmente replicadas em arbitragens, nomeadamente domésticas)<sup>7</sup>, o grande desafio no que respeita à arbitragem internacional, cujos utilizadores e actores – partes, árbitros, advogados – vêm muitas vezes de *backgrounds* diferentes, tem sido o de encontrar uma plataforma comum de entendimento que acautele as suas legítimas expectativas no que respeita ao processo arbitral e assegure algum nível de previsibilidade, certeza e igualdade nas decisões a proferir quanto ao acesso à prova documental.

## B) *Tendência de uniformização das regras relativas à condução do processo arbitral*

### 1. *Perspectiva geral*

O esforço de harmonização no âmbito da arbitragem internacional – de que a Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, de 1958, é possivelmente o exemplo mais duradouro e conseguido – tem sido objecto de intensificação nas últimas décadas, acompanhando o movimento de crescente carácter transnacional das relações de comércio.

No que respeita em concreto à uniformização de práticas processuais arbitrais, cabe aqui realçar o papel preponderante da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional<sup>8</sup> (adiante “Lei Modelo da UNCITRAL”), que tem influenciado de forma significativa as leis de arbitragem de vários países [nomeadamente a actual Lei da Arbitragem Voluntária portuguesa (adiante “LAV”)], das regras de arbitragem preparadas também pela UNCITRAL, frequentemente utilizadas em arbitragens *ad hoc* um pouco por todo

<sup>6</sup> Vai neste sentido o disposto no artigo 429.º do Código de Processo Civil português quanto à apresentação de documentos em poder da parte contrária.

<sup>7</sup> Neste sentido, veja-se BERNARD HANOTIAU, *Document Production in International Arbitration: A Tentative Definition of ‘Best Practices’*, in *Document Production in International Arbitration*, ICC International Court of Arbitration Bulletin: 2006 Special Supplement, ed. ICC, Paris, 2006, pp. 113-119 (em particular a p. 113).

<sup>8</sup> Quanto a este ponto, veja-se ROLF TRITTMANN e BORIS KASOLOWSKY, *Taking Evidence in Arbitration Proceedings Between Common Law and Civil Law Traditions – the Development of a European Hybrid Standard for Arbitration Proceedings*, in *University of New South Wales Law Journal*, Vol 31, n.º 1, 2008, pp. 330-340.

o mundo, bem como, no âmbito da arbitragem institucionalizada, dos regulamentos de arbitragem das instituições arbitrais de referência, como a CCI, a LCIA ou a AAA. De registar ainda a crescente tendência de elaboração, divulgação e codificação, por parte da comunidade arbitral, de directrizes e manuais de boas práticas processuais arbitrais (também conhecida como *soft law*). São aqui de destacar as já referidas Directrizes da *International Bar Association* (adiante “IBA”) sobre produção de prova em arbitragem internacional (adiante “Directrizes da IBA em matéria de produção de prova”), e para as Directrizes da IBA relativas à representação das partes em arbitragem (que estabelecem regras de conduta para os mandatários das partes com impacto na sua postura no que respeita à condução do processo e à produção de prova)<sup>9</sup>, bem como para orientações relativas a práticas de *case management* que promovam a eficiência e controlo de custos em matéria arbitral<sup>10</sup>.

## *2. Lei Modelo da UNCITRAL e leis de arbitragem nacionais*

A tendência das várias leis de arbitragem nacionais no que respeita à questão da determinação das regras do processo, em particular no que respeita à produção de prova, vai no sentido de não impor soluções pré-definidas. Assim, ressalvado o respeito devido a princípios estruturantes do processo como o da igualdade das partes ou o direito de defesa, é dada primazia à autonomia das partes na previsão das regras processuais a aplicar, e, na ausência de determinação expressa das mesmas, aos poderes de direcção do processo por parte do Tribunal Arbitral, a quem cabe então a determinação das concretas regras do processo, e, bem assim, a última palavra quanto à “*admissibilidade, a pertinência, a importância e a matéria de qualquer prova produzida*” (cf. parte final do artigo 19.º, n.º 2 da Lei Modelo da UNCITRAL nas suas versões de 1985 e 2006).

A opção pela previsão de um reduzido número de regras imperativas em matéria de organização processual e pelo reforço dos poderes do Tribunal Arbitral nesta matéria é, assim, a consagrada pela LAV portuguesa (cf. artigo 30.º, n.ºs 1 a 4, da LAV), bem como, nomeadamente, pelas leis de arbitragem suíça (cf. artigo 184.º da lei de arbitragem internacional suíça e artigo 373.º do respectivo Código de Processo Civil, aplicável a arbitragens domésticas), espa-

<sup>9</sup> De referir ainda as Directrizes da IBA sobre outras matérias, como a elaboração de convenções de arbitragem, representação das partes ou conflito de interesses.

<sup>10</sup> De destacar aqui o *ICC Commission Report: Controlling time and costs in International Arbitration* (2012) (disponível em [www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org), consultado em 07.08.2015) e as *UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Procedures* (2012) (disponível em [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org), consultado em 07.08.2015).

nhola (cf. artigo 30.º da *Ley de Arbitraje*), italiana (cf. artigos 816 *bis* e 816 *ter* do respectivo Código de Processo Civil<sup>11</sup>), alemã (cf. artigos 1046.º e 1047.º do Código de Processo Civil alemão), ou pela lei de arbitragem brasileira (cf. artigo 22.º da Lei Federal 9.307/96), não constando das referidas leis qualquer referência específica no que respeita à produção de prova documental em poder da contraparte.

Também reconhecendo o papel preponderante do Tribunal Arbitral em matéria de condução do processo e produção de prova, muito embora incluindo previsão expressa relativa aos poderes do Tribunal para ordenar a apresentação de documentos, veja-se a lei francesa sobre arbitragem internacional (cf. artigo 1467.º, § 3, do respectivo Código de Processo Civil), a lei belga (cf. artigo 1700.º, § 4, do *Code Judiciaire*)<sup>12</sup>, a lei holandesa (cf. artigo 1039.º, n.º 4, do respectivo Código do Processo Civil), a lei inglesa (cf. artigo 34.º, n.º 2, alínea d) do *UK Arbitration Act*), ou o *U.S Federal Arbitration Act* (cf. *section 7*).

### 3. Regulamentos de Arbitragem

Saindo do plano das leis de arbitragem nacionais para a consideração do teor dos vários regulamentos de arbitragem das instituições arbitrais de referência – cujas regras apenas se impõem às partes caso estas decidam acolher as suas disposições na convenção de arbitragem, em acordo posterior até à aceitação do primeiro árbitro, ou, em alternativa, na falta de acordo das partes quanto a esta matéria, por determinação do Tribunal Arbitral – encontramos referências seguras de que deverá ser concedido às partes algum grau de acesso a documentos em poder da contraparte na fase da instrução do processo. É, no entanto, de registar a ausência de indicações claras quanto ao âmbito e limites dessa possibilidade, dando margem a uma grande discricionariedade por parte de cada tribunal arbitral no que respeita ao tipo de pedidos que podem aqui considerar-se abrangidos.

Assim, o artigo 27.º, n.º 1, do Regulamento de Arbitragem da UNCTRAL começa por referir que “*cada parte tem o ónus da prova dos factos que*

<sup>11</sup> Muito embora estas disposições da lei italiana sejam ainda assim mais detalhados no que respeita às regras a seguir em matéria de produção de prova do que as leis nacionais anteriormente citadas.

<sup>12</sup> De notar que os referidos artigos da lei francesa e da lei belga prevêem mesmo a possibilidade de aplicação de sanções pelo Tribunal Arbitral (“*astreinte*”) caso a parte recuse a apresentação de documentos ordenada pelo Tribunal Arbitral. Quanto a este ponto, veja-se em particular OLIVIER CAPRASSE, *Le Nouveau Droit Belge de l'Arbitrage*, in *Revue de l'Arbitrage – Bulletin de Comité Français de l'Arbitrage*, 2013, Vol. 4, pp. 953 a 978 (em particular a p. 970).

sustentam o seu pedido ou defesa”<sup>13</sup>, acrescentando, no seu n.º 3, que o Tribunal Arbitral pode, em qualquer momento do processo, ordenar às partes que apresentem documentos ou outras provas que tenham em seu poder. Em suma, a regra constante do n.º 1 deste artigo constata a aplicação – genericamente aceite na prática arbitral – de que deve valer como regra o princípio geral de repartição do ónus da prova “*actori incumbit probatio*”<sup>14</sup>, podendo esse ónus ser cumprido, de acordo com o n.º 3 do mesmo artigo, seja através de documentos que a parte tenha em seu poder e apresente com as suas exposições escritas, quer através de documentos em poder da contraparte<sup>15</sup>.

As regras aplicáveis a arbitragens domésticas e internacionais conduzidas sob a égide da *American Arbitration Association* [Rule R-32 das *Commercial Arbitration Rules* e artigo 20.º do Regulamento do *International Center for Dispute Resolution* (“ICDR”), respectivamente] regulam a matéria da apresentação de documentos em poder da contraparte nos mesmos termos previstos nas Regras da UNCITRAL.

Também o artigo 25.º do Regulamento de Arbitragem da CCI dá margem para a possibilidade de pedido de documentos em poder da contraparte, ao referir, no seu n.º 1, que o “*Tribunal Arbitral deverá proceder à instrução da causa com a brevidade possível, recorrendo a todos os meios apropriados*”. Com efeito, entre estes “meios” a que o Tribunal pode recorrer estará a possibilidade de ordenar a junção de documentos pela contraparte, podendo essa notificação surgir a “*qualquer momento no decorrer do procedimento*”, como sugere o n.º 4 do mesmo artigo.

Na mesma linha, o artigo 22.º, n.º 1, alíneas iii) e v), do Regulamento de Arbitragem da LCIA prevê que, salvo convenção em contrário das partes, o Tribunal Arbitral tenha poderes “*para realizar as investigações que pareçam [...] necessárias ou convenientes*” bem como para “*exigir que qualquer uma das partes entregue ao Tribunal Arbitral e às outras partes, para inspeção, qualquer documento ou conjunto de documentos em sua posse, custódia ou poder que o Tribunal Arbitral determine ser relevante*”<sup>16</sup>. Por fim, e olhando para o panorama nacional, o actual

<sup>13</sup> No original: “*each party shall have the burden of proving the facts relied on to support its claim or defense*”.

<sup>14</sup> Quanto à aceitação desta regra de repartição do ónus da prova quer pelas tradições de *common law* quer pelas de *civil law*, veja-se YVES DERAÏNS, *Towards Greater Efficiency in Document Production before Arbitral Tribunals – A continental Viewpoint*, in *Document Production in International Arbitration*, ICC International Court of Arbitration Bulletin: 2006 Special Supplement, ed. ICC, Paris, 2006, pp. 83-91 (em particular a p. 86).

<sup>15</sup> Neste sentido, veja-se GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, 2<sup>nd</sup> Edition, Kluwer Arbitration, 2014, pp. 2319-2423 (em particular a p. 2337).

<sup>16</sup> No original: “*The Arbitral Tribunal shall have the power [...] iii) to conduct such enquiries as may appear to the Arbitral Tribunal to be necessary or expedient [...]; v) to order any party to produce to the Arbitral*

artigo 31.º, n.º 3, do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa prevê que “o tribunal arbitral pode, por sua iniciativa ou a requerimento de uma ou de ambas as partes: [...] b) promover a entrega de documentos em poder das partes ou de terceiros”.

Em suma, há um consenso no sentido de ser admissível algum grau de *disclosure* no âmbito da arbitragem, em particular da arbitragem internacional, bem como quanto à circunstância de o acesso aos arquivos da contraparte dever ocorrer na fase da instrução do processo (ou seja, já após a apresentação das primeiras exposições escritas das partes e em complemento da documentação que estas apresentaram com as mesmas). Fica assim, em princípio, afastada a possibilidade de intervenção de uma verdadeira fase de *discovery* ao estilo americano, até porque dificilmente esse sistema se conjugaria com a opção pelo recurso à arbitragem (na medida em que se trata de uma fase que decorre tendencialmente *pre-trial*, ou seja, num momento em que o Tribunal Arbitral não está ainda constituído).

Há ainda consenso quanto à atribuição ao Tribunal Arbitral de grande margem de discricionariedade na apreciação da admissibilidade destes pedidos (como, aliás, em todas as matérias relativas à prova). A grande questão é que, neste consenso a que se chegou quanto à discricionariedade dos poderes do Tribunal Arbitral em matéria de condução do processo e produção de prova, está, por natureza, todo o potencial de desarmonização e incerteza que à partida se pretendia evitar. A preencher este espaço, ganha assim destaque a já referida *soft law*, que estabelece directrizes específicas quanto às circunstâncias em que podem ser admitidos estes pedidos de obtenção de documentos em poder da contraparte, directrizes essas que, na falta de outras indicações seguras quanto a esta matéria, têm ganho grande relevância na prática arbitral<sup>17</sup>.

### III. Dinâmica de um processo arbitral

#### A) *Definição das regras processuais aplicáveis*

De tudo o que já foi referido *supra* quanto ao panorama de “fontes de direito” a considerar no que respeita à condução do processo arbitral resulta que a primazia no que respeita a esta matéria é habitualmente concedida às

*Tribunal and to other parties documents or copies of documents in their possession, custody or power which the Arbitral Tribunal decides to be relevant”.*

<sup>17</sup> Neste sentido, veja-se se JEFF WAINCYMER, ob. cit., p. 840.

partes<sup>18</sup>, que podem, se assim o entenderem, regular directamente esta matéria, respeitados que sejam os princípios fundamentais de um processo justo e equitativo (nomeadamente, o princípio da imparcialidade do julgador, de obrigação de citação do demandado, igualdade das partes ao longo do processo, exercício do contraditório ou dever de fundamentação das decisões judiciais), que se impõem como limites aos poderes de disposição das partes<sup>19</sup>.

Assim, as partes podem, desde logo, estabelecer na convenção de arbitragem ou em acordo a celebrar até à aceitação do primeiro árbitro as regras de processo a aplicar, sendo defensável que, nesse contexto, e na ausência de disposição legal imperativa quanto à possibilidade de ser ordenada a junção de documentos em poder da contraparte<sup>20</sup>, as partes optem por excluir ou restringir fortemente esse mecanismo<sup>21</sup>.

As partes podem ainda optar por prever expressamente a possibilidade de serem dirigidos pedidos de apresentação de documentos à contraparte, estabelecendo condições mais ou menos apertadas para a admissibilidade desses pedidos, para as circunstâncias em que os mesmos podem ser recusados pela contraparte, ou mesmo quanto a eventuais sanções que possam decorrer dessa recusa para a parte que não proceda à apresentação dos documentos (ponto sobre o qual nos pronunciaremos adiante em maior detalhe). De notar que a estipulação de regras pelas partes no que respeita à condução do processo pode ser feita também por remissão, nomeadamente, para as regras de arbitragem da UNCITRAL ou para o regulamento de arbitragem de uma qualquer instituição arbitral, aplicando-se, nesse caso, as regras aí previstas quanto à condução do processo (regras essas que, como resulta do que já vai dito *supra*, vão habitualmente no sentido de admitir por princípio a possibilidade de a contraparte ser chamada a apresentar documentos, ainda que deixando grande margem

<sup>18</sup> Quanto a este ponto, veja-se ALAN REDFERN, MARTIN HUNTER *et. al.*, *ob. cit.*, pp. 363-367.

<sup>19</sup> Veja-se, quanto a esta matéria, os princípios consagrados no artigo 30.º, n.º 1 da LAV.

<sup>20</sup> Esta possibilidade não será tão clara face ao teor das leis de arbitragem francesa, belga, holandesa, inglesa ou americana, nos termos já analisados *supra*, na medida em que estas leis expressamente prevêm a possibilidade de o Tribunal ordenar a apresentação de documentos.

<sup>21</sup> Quanto a este ponto, veja-se JOERG RISSE, *Ten Drastic Proposals for Saving Time and Costs in Arbitral Proceedings*, in *Arbitration International*, Volume 29, n.º 3, LCIA, 2013, pp. 453-466, que propõe a eliminação da possibilidade de pedir a apresentação de documentos em poder da contraparte em arbitragem internacional (em particular, as pp. 459-461), e NUNO FERREIRA LOUSA, *Produção de Prova em Arbitragens Internacionais: Em especial, a apresentação de prova documental em poder da parte contrária*, in VII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial – Intervenções, Almedina, Julho de 2014, pp. 45-59: “a menos que as partes tenham incluído algo em sentido diverso na sua convenção de arbitragem, não existe um direito processual pré-constituído de as partes requererem a junção de documentos em poder da parte contrária, uma vez que tem sido considerado que a observância das regras de due process não passa necessariamente pela concessão de um tal direito às partes” (p. 47).

de discricionariedade aos árbitros no que respeita a essa matéria)<sup>22</sup>. As partes podem também acordar expressamente na aplicação das Directrizes da IBA em matéria de produção de prova, passando as referidas Directrizes a vincular contratualmente as partes. Essa possibilidade é, aliás, expressamente prevista na Nota Introdutória às referidas Directrizes, que sugere inclusivamente um modelo de cláusula a incluir na convenção de arbitragem prevendo a aplicação destas regras à condução do processo<sup>23</sup>.

Caso as partes não acordem entre si, antes do início da arbitragem, quais as regras por que se regerá o processo arbitral, a definição dessas regras caberá aos árbitros. Nesse caso, pode ser conveniente que as regras em causa sejam desde logo expressamente previstas no momento da celebração da acta de missão e subscritas quer pelos árbitros quer pelas partes ou seus representantes (caso seja possível obter o acordo de todos), assim assegurando a concordância prévia das partes no que respeita às regras processuais. Assim, caso se opte por prever expressamente a possibilidade de serem pedidos documentos à contraparte, devem ser estabelecidos os *timings* e definidos critérios para a realização desses pedidos, bem como previstas desde logo as consequências de um eventual incumprimento da ordem de junção de documentos (nomeadamente em termos de inferências negativas que os árbitros poderão extrair da referida recusa, ou consequências em matéria da repartição das custas, nos termos que melhor desenvolveremos abaixo), assim mitigando consideravelmente o risco de futuras reclamações das partes quanto a esta matéria<sup>24</sup>.

Em alternativa à fixação das regras processuais logo na fase da assinatura da acta de missão, é também muito comum que os árbitros acordem na fixação das regras do processo no momento da elaboração da primeira Ordem Proces-

<sup>22</sup> Face à ausência de detalhe com que a matéria da apresentação de documentos é habitualmente regulada nos referidos Regulamentos de Arbitragem, e face à natureza iminentemente contratual da opção pela remissão para estas regras, não é de excluir a possibilidade de as partes optarem ainda assim por regular adicionalmente esta matéria antes da constituição do Tribunal arbitral, esclarecendo, nomeadamente, em que termos e circunstâncias podem ser realizados estes pedidos de documentos.

<sup>23</sup> Quanto a estas Directrizes e ao potencial interesse da sua aplicação em arbitragens domésticas, veja-se PEDRO METELLO DE NÁPOLES, *As novas regras da IBA sobre produção de prova em arbitragem internacional*, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano III, 2010, pp. 105-116 (em particular a p. 107).

<sup>24</sup> Os pontos 51 e 52 do *ICC Commission Report: Controlling time and costs in International Arbitration* (ICC, 2012) tratam da questão da definição e aplicação de regras processuais em matéria de apresentação de documentos em poder da contraparte, sugerindo que se comece *ab initio* por ponderar se é verdadeiramente necessário permitir este mecanismo, e, em caso afirmativo, se estabeleçam regras claras quanto ao procedimento a seguir, propondo inclusivamente que se opte por remeter para o disposto no artigo 3.º das Directrizes da IBA sobre produção de prova.

sual<sup>25</sup>. Esta opção, muito embora não envolvendo directamente as partes, tem a vantagem de garantir maior flexibilidade aos árbitros caso entendam alterar ou completar as regras ao longo do processo, adequando-as às circunstâncias concretas do caso e promovendo uma maior eficiência na condução e gestão do processo, habitualmente apontada como uma das principais vantagens do recurso à arbitragem.

Face à ausência de regulamentação detalhada desta matéria por parte das leis de arbitragem nacionais e regulamentos de arbitragem de que demos conta *supra*, tem-se assistido a uma crescente tendência para convocar as soluções das já referidas Directrizes da IBA em matéria de produção de prova à organização de processos arbitrais<sup>26</sup>, quer em arbitragens internacionais, para as quais estas Directrizes foram originariamente pensadas, quer em arbitragens domésticas<sup>27</sup>. Sem prejuízo da reconhecida qualidade e utilidade destas Directrizes, como de outros códigos de boas práticas ou recomendações de *case management*, cremos que esta remissão deve ser utilizada de forma ponderada, e não por sistema.

Com efeito, estas Directrizes da IBA procuravam sobretudo uniformizar práticas arbitrais distintas no que respeita à produção de prova – nomeadamente as já assinaladas diferenças entre os sistemas de *common law* e de *civil law* – criando um meio-termo entre ambos os modelos que acautelasse o respeito pelas legítimas expectativas das partes no que respeita ao processo arbitral e facilitasse a coexistência no processo entre partes, advogados e árbitros com diferentes tradições jurídicas<sup>28</sup>. O resultado desta tentativa de conciliação dos vários inte-

<sup>25</sup> Quanto ao teor habitual desta primeira Ordem Processual, veja-se Alan Redfern, Martin Hunter *et. al*, *ob. cit.*, pp. 363-367.

<sup>26</sup> Quanto a este ponto, veja-se STEPHEN JAGUSCH, *Organisation and Presentation of Documents to the Tribunal*, in *Art of Advocacy in International Arbitration*, Second Edition, Doak Bishop and Edward G. Kehoe Editors, pp. 281-301 (em particular as pp. 286-287).

<sup>27</sup> HORACIO A. GRIGERA NAÓN, ex-Secretário Geral da CCI, destaca a ampla aplicação destas Directrizes em arbitragens sedeadas na América Latina ou envolvendo partes ou mandatários oriundos da América Latina no seu artigo *Document Production in International Commercial Arbitration: A Latin American Perspective*, ICC International Court of Arbitration Bulletin: 2006 Special Supplement, ed. ICC, Paris, 2006, pp. 15-19 (em particular na p. 15). Em sentido inverso, AHMED S. EL KOSHERI e MOHAMED S. ABDEL WAHAB assinalam a circunstância de as referidas Directrizes da IBA em matéria de produção de prova serem ainda relativamente desconhecidas nos países árabes, e, conseqüentemente, pouco aplicadas em arbitragens com estes relacionadas. Quanto a este ponto, veja-se o seu artigo *Trends in Document Production in Egypt and the Arab World*, in *Document Production in International Arbitration*, ICC International Court of Arbitration Bulletin: 2006 Special Supplement, ed. ICC, Paris, 2006, pp. 7-14 (em particular na p. 12).

<sup>28</sup> Quanto a este ponto, veja-se ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, Almedina, 2015, p. 301: “As IBA Rules tentaram um compromisso: o pedido de entrega de documento deve ser suficientemente identificado, explicando-se, no mínimo, por que razão se supõe que exista e explicando com

resses em presença resultou num sistema que acaba por ser um *tertium genus*, que não corresponde integralmente a nenhuma das duas grandes tradições jurídicas em causa: prevê maior grau de *disclosure* do que o de países com sistemas ditos de *civil law* e um menor grau de *disclosure* do que os regimes ditos de *common law*. Nessa medida, considerando que o próprio texto das Diretrizes, no seu Preâmbulo, refere expressamente que as mesmas visam especialmente aplicar-se em casos em que as partes em confronto vêm de “*diferenças tradições jurídicas*”, fará sentido ponderar com particular atenção se se justifica a remissão – ou pelo menos a remissão em bloco – para estas Diretrizes, em casos em que as partes têm tradições jurídicas comuns. Com efeito, entre partes com tradição jurídica de *civil law*, poderá fazer mais sentido, na perspectiva de adaptação do processo às expectativas das partes, prever um regime no que respeita à apresentação de prova documental em poder da contraparte mais restrito do que o previsto nestas Diretrizes (que, como veremos de seguida, prevê a possibilidade de serem pedidos não apenas documentos específicos, devidamente descritos e individualizados pela parte requerente, mas antes categorias de documentos), até porque a tendência aponta para que regimes mais restritivos nesta matéria têm a virtualidade de tornar o processo mais expedito, eficiente e económico<sup>29</sup>.

## B) *Análise das Diretrizes da IBA em matéria de apresentação de documentos em poder da contraparte*

### 1. *Timing e tramitação do processo de apresentação de documentos*

São especialmente relevantes no que respeita à prova documental os artigos 3 e 9 das referidas Diretrizes da IBA em matéria de produção de prova, nos quais são traçadas as grandes linhas do processo de apresentação de documentos e das funções e atribuições das partes, advogados e árbitros quanto a esta matéria. Procurando seguir cronologicamente as grandes fases do processo, são de destacar os seguintes pontos:

*que facto se relaciona (art. 3/3). Estas regras podem aplicar-se nas arbitragens internas, sempre sob reserva do contraditório”.*

<sup>29</sup> De notar que entre as técnicas sugeridas pela CCI para a condução eficiente do procedimento arbitral (cf. Anexo IV do seu Regulamento de Arbitragem) é atribuído grande destaque ao controlo de produção de prova documental, sugerindo-se, em particular, que se “*solicite às partes que produzam toda a prova documental nas quais se apoiam com as suas manifestações escritas*”, bem como que, “*quando apropriado*”, se “*evit[em] requerimentos de produção de prova [...] com o fim de controlar tempo e custos*”.

*O Direito* 149.º (2017), I, 223-259

- *Cada parte começa por apresentar ao Tribunal Arbitral todos os documentos que tem em seu poder ou a que pode ter acesso (por serem do domínio público) que sustentam a posição por si defendida na acção (cf. artigo 3.1 das Directrizes). Com efeito, a regra é a de que a parte deve juntar aos autos os documentos que tem em sua posse juntamente com a exposição escrita do caso<sup>30</sup>, sendo que os pedidos de documentos dirigidos à contraparte apenas devem surgir após esta primeira apresentação do caso pelo requerente<sup>31</sup>, assim se procurando impedir que a parte construa integralmente o seu caso com base no acesso aos arquivos da contraparte.*
- *Após essa primeira exposição do caso e apresentação dos documentos, e dentro do prazo fixado pelo Tribunal para o efeito (de forma a evitar que esta fase de document production se protele indefinidamente no tempo), a parte deve dirigir ao Tribunal Arbitral e à contraparte o pedido para apresentação de documentos (pedido esse cujos requisitos analisaremos em maior detalhe *infra*)<sup>32</sup>. Caso o Tribunal Arbitral opte pela bifurcação do processo (começando, por exemplo, por decidir a questão da competência do Tribunal, e avançando depois, sequencialmente, para a determinação da existência ou não de responsabilidade e para a aferição dos danos), pode, após consultar as partes, optar pela organização de uma fase de apresentação de documentos para cada etapa (cf. artigos 3.2. e 3.14 das Directrizes).*
- *No prazo que tiver sido fixado pelo Tribunal para o efeito, a parte requerida deve enviar directamente à parte requerente os documentos que tem em seu poder e quanto aos quais não tem objecções à junção (cf. artigo 3.4 das Directrizes). A regra é aqui a de procurar limitar a intervenção do Tribunal Arbitral nesta fase, por razões de maior eficiência e controlo de custos do procedimento, pondo as partes a discutir directamente uma com a outra os respectivos pedidos de apresentação de documentos<sup>33</sup>. Com efeito, é possível que surjam dúvidas quanto à identificação dos documentos pedi-*

<sup>30</sup> Neste sentido, veja-se YVES DERAÏNS, ob. cit., p. 88.

<sup>31</sup> BERNARD HANOTIAU, ob. cit., p. 115, refere que esta regra poderá ter que ser afastada em algumas circunstâncias, dando o exemplo de arbitragens de investimento, em que o investidor que tenha sido expulso do país pode não ter acesso a qualquer documento que lhe permita defender a sua posição, caso em que será adequado permitir que estes pedidos de apresentação de documentos ocorram numa fase inicial do procedimento.

<sup>32</sup> Caso o pedido seja dirigido às partes não pela contraparte mas sim pelo Tribunal Arbitral, a regra do artigo 3.10 das Directrizes da IBA em matéria de produção de prova prevê que o mesmo pode ocorrer em qualquer momento até à conclusão do processo arbitral, aplicando-se, em caso de objecções suscitadas pelas partes, o regime previsto nos artigos 3.4 a 3.8 das Directrizes.

<sup>33</sup> Não era esta a opção da versão anterior destas Directrizes, datada de 1999, onde se previa que os documentos fossem enviados, por defeito, quer para as partes quer para o Tribunal Arbitral.

dos, fazendo sentido que as partes troquem informação adicional entre si de forma a especificar ou restringir os pedidos inicialmente formulados. É também possível que nem todos os documentos pedidos pela parte requerente e disponibilizados pela contraparte tenham de facto interesse para a acção e venham a ser utilizados pela parte requerente, não fazendo por conseguinte sentido que o Tribunal Arbitral tome conhecimento do respectivo teor. Assim, apenas em casos em que o Tribunal Arbitral o requeira expressamente devem os documentos apresentados em resposta a estes pedidos ser-lhe enviados directamente pela parte requerida.

- *Caso a parte tenha alguma objecção à junção de algum ou alguns dos documentos solicitados, por se verificar alguma das circunstâncias previstas no artigo 9.2 das Directrizes (que analisaremos em maior detalhe adiante), deve apresentá-la por escrito à parte requerente e ao Tribunal Arbitral.* Após tomar conhecimento da objecção suscitada pela parte requerida, pode o Tribunal Arbitral convidar as partes a discutirem directamente uma com a outra a questão, com vista a tentarem ultrapassar a divergência existente. Caso tal não seja possível, qualquer uma das partes pode pedir ao Tribunal Arbitral que se pronuncie sobre esse ponto (cf. artigos 3.5 a 3.7 das Directrizes).

De notar que deve ser respeitado ao longo deste processo o princípio do contraditório (até para acautelar possíveis futuras impugnações da decisão arbitral com esse fundamento), cabendo ao Tribunal Arbitral assegurar que a parte requerente é ouvida sobre a pertinência das objecções suscitadas pela parte requerida. De forma a tornar o processo de troca de comunicações entre as partes (ou, caso o mesmo seja chamado a intervir, com o Tribunal Arbitral) mais rápido e eficiente, evitando a troca de exposições escritas longas sobre cada documento, é prática habitual a elaboração de uma tabela para utilização dos vários envolvidos (vulgarmente designada de “*Redfern Schedule*”, em homenagem ao seu autor, Alan Redfern)<sup>34</sup>, devendo ser inscrita na primeira coluna da tabela uma descrição do documento ou categoria de documentos cuja apresentação o requerente pretende, na segunda coluna a indicação das razões pelas quais se justifica essa apresentação, na terceira coluna as objecções suscitadas pelo requerido à apresentação do documento em causa e na quarta e última coluna a decisão do Tribunal Arbitral quanto ao pedido em causa, ponderados os argumentos apresentados pelas partes<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Quanto a este ponto, veja-se ALAN REDFERN, MARTIN HUNTER *et. al.*, *ob. cit.*, pp. 394-395.

<sup>35</sup> O ponto 52 do “*ICC Commission Report: Controlling time and costs in International Arbitration*” (ICC, 2012), relativo à gestão eficiente de pedidos de apresentação de documentos em poder da contraparte, sugere expressamente a utilização deste *Redfern Schedule*.

- Ao tomar a sua decisão sobre a admissibilidade ou não do pedido formulado, deve o Tribunal Arbitral ponderar, face à informação que lhe foi fornecida pelas partes, i) se as questões que a parte requerente pretende ver provadas com o documento pedido são relevantes face ao caso concreto em análise e importantes para a decisão do processo; ii) se são legítimas as objecções suscitadas pela parte requerida; e iii) se todos os requisitos de que deve depender o pedido de apresentação de documentos em poder da contraparte, nos termos do artigo 3.3 das Directrizes, estão verificados (cf. artigos 3.6 e 3.7 das Directrizes).
- De notar que, excepcionalmente, caso o Tribunal tenha dúvidas quanto à legitimidade das objecções suscitadas pela contraparte e considere que tais dúvidas apenas podem ser cabalmente esclarecidas pela análise do documento, está prevista a possibilidade de o Tribunal Arbitral nomear um “Expert” independente e imparcial para analisar o referido documento e tomar posição quanto à validade da objecção formulada, comunicando-a ao Tribunal. Pretende assim evitar-se que, caso a conclusão seja de facto no sentido da validade da objecção suscitada pela parte requerida (e, por conseguinte, pela inadmissibilidade da junção do documento) o Tribunal Arbitral não tome conhecimento do seu teor e possa ser indevidamente influenciado pelo mesmo no seu juízo do caso<sup>36</sup>.
- Deve ser assegurada, por todos os envolvidos, a confidencialidade de qualquer documento que venha a ser apresentado nos autos – espontaneamente ou a pedido do Tribunal ou da contraparte – que não seja do domínio público, apenas podendo o mesmo ser usado no contexto do processo. Esse princípio é expressamente consagrado no artigo 13.5 das Directrizes, revestindo-se de particular importância nesta matéria, na medida em que, a pedido da contraparte,

<sup>36</sup> Têm-se colocado algumas interrogações quanto à natureza e funções deste “Expert”, em particular quanto a se a sua nomeação deve seguir o procedimento previsto no artigo 6 das Directrizes no que respeita a peritos nomeados pelo Tribunal, bem como quanto ao exacto objecto da tarefa que lhe é confiada e à medida em que a mesma não poderá consubstanciar a atribuição a um terceiro, estranho ao Tribunal Arbitral, de poderes adjudicatórios no que respeita à questão da admissibilidade ou não do documento. O entendimento dominante aponta no sentido de não serem obrigatoriamente aqui aplicáveis as regras de nomeação previstas no artigo 6 das Directrizes, sendo conferida maior discricionariedade ao Tribunal Arbitral nesta escolha. Quanto à natureza dos poderes do “Expert”, cabe referir que o artigo 3.8 prevê apenas que o “Expert” analise o documento e comunique a sua posição quanto à validade da objecção deduzida ao Tribunal Arbitral, cabendo depois a este último tomar a decisão definitiva quanto à admissibilidade do pedido (muito embora seja natural que a recomendação do “Expert” acabe por ser seguida pelo Tribunal Arbitral, confiando este no juízo formulado por um terceiro quanto a esta questão, que pode potencialmente vir a revelar-se determinante para o resultado da acção). Veja-se, quanto a esta matéria, o *Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee), p. 11.

pode uma parte ser obrigada a apresentar nos autos documentos internos ou de conteúdo sensível (cf. artigo 3.14 das Directrizes).

## 2. *Dos requisitos de que se deve revestir um pedido de apresentação de documentos em poder da contraparte*

Procurando fazer uma ponte entre as diferentes tradições jurídicas dos sistemas ditos de *common law* e de *civil law*, as Directrizes da IBA avançam com um conjunto de requisitos para a apresentação de pedidos de documentos em poder da contraparte que visam circunscrever a possibilidade de recurso a este mecanismo à obtenção de documentos ou categorias de documentos concretos e devidamente identificados, evitando pedidos de intuito meramente exploratório dirigidos aos arquivos documentais da contraparte. A parte requerente deve assim *i)* fazer uma descrição do documento ou categoria de documentos cuja junção pretende; *ii)* declarar em que medida o documento ou documentos em causa são relevantes face ao caso concreto em análise e importantes no contexto da decisão do processo; e *iii)* declarar que os documentos pedidos não estão na sua posse ou controlo ou especificar as razões pelas quais seria excessivamente oneroso para o requerente apresentar os referidos documentos, expondo igualmente as razões pelas quais o requerente assume que o documento ou documentos em causa estão na posse ou sob o controlo da contraparte (cf. artigo 3.3 das Directrizes)<sup>37</sup>.

Pela relevância prática de que se reveste esta matéria, cabe analisar em maior detalhe cada um dos referidos requisitos:

### a) *Descrição do documento ou categoria de documentos cuja junção se pretende*

Pretende aqui evitar-se transformar o mecanismo de junção de documentos em poder da contraparte numa verdadeira “*fishing expedition*”, apenas se admitindo pedidos específicos, contendo informação que permita ao destinatário identificar o documento visado (aqui se incluindo, na medida do possível, a indicação do seu autor ou autores, data, súmula do respectivo conteúdo, etc...),

<sup>37</sup> Para uma análise destes requisitos, bem como das circunstâncias em que o Tribunal Arbitral deve rejeitar a apresentação de documentos, veja-se JEFF WAINCYMER, ob. cit., pp. 855-870. Também quanto a este ponto, Philipp Habegger faz um apanhado da interpretação que vem sendo feita dos referidos requisitos pelos árbitros suíços no seu artigo *Document Production – An Overview of Swiss Court and Arbitration Practice*, in *Document Production in International Arbitration*, ICC International Court of Arbitration Bulletin: 2006 Special Supplement, ed. ICC, Paris, 2006, pp. 21-32 (ver, em particular, as pp. 28-32).

bem como ponderar se, em relação ao mesmo, se verifica alguma das causas que lhe permitem objectar ao pedido, nos termos do artigo 9 das Directrizes. A descrição do documento pedido deve ainda permitir ao Tribunal aferir, face às posições já expressas pelas partes, se o mesmo será relevante para a apreciação e decisão do processo, segundo requisito de que depende a admissibilidade destes pedidos. A questão da descrição da documentação cuja junção é pedida à contraparte ganha particular relevância no que respeita à possibilidade – prevista como uma aproximação destas regras aos regimes de *common law*, com práticas de *disclosure* mais abrangentes – de o requerente pretender a junção não de um documento concreto mas de uma categoria de documentos. Neste último caso, deve ainda assim o requerente descrever em suficiente detalhe a categoria específica e delimitada de documentos cuja junção pretende, devendo tratar-se de uma categoria de documentos que, pela sua natureza, seja razoável assumir que exista e que esteja na posse ou sob o controlo da contraparte. Ou seja, parecem-nos que ainda que se admita que o requerente não possa identificar especificamente as datas ou autores de todos esses documentos, será ainda assim de exigir que o requerente dê indicações precisas quanto à natureza dos documentos e quanto ao período temporal em que os mesmos terão sido elaborados<sup>38-39</sup>.

<sup>38</sup> Quanto a este ponto, o *Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee), apresenta o seguinte exemplo (cf. p. 9): “numa arbitragem relativa à resolução de um contrato de joint venture por uma das partes, a contraparte pode saber que a comunicação da resolução foi feita numa determinada data, que o conselho de administração deve ter tomado a decisão de avançar para a resolução numa reunião próxima da data em que ocorreu a comunicação, que devem ter sido preparados documentos para ponderação do conselho de administração quanto a esta matéria antes de estes deliberarem, e que devem ter sido preparadas minutas relativas a essa proposta de deliberação. A parte requerente não consegue identificar as datas e autores de tais documentos, mas consegue ainda assim identificar com algum detalhe a natureza desses documentos e o período temporal em que os mesmos terão sido preparados” (tradução livre).

<sup>39</sup> Tratando-se de um pedido de documentos em formato electrónico, que assumem crescente relevância nas relações comerciais mas cuja localização pode ser particularmente difícil para o requerido, as Directrizes da IBA em matéria de produção de prova avançam com alguns detalhes adicionais quanto ao tipo de indicação que deve constar do requerimento de junção de forma a facilitar a localização dos documentos pedidos. Assim, devem ser identificados ficheiros informáticos específicos, termos de procura, nomes de autores ou destinatários dos documentos ou quaisquer outros elementos que permitam levar a cabo a procura dos documentos pedidos de forma eficiente (podendo o Tribunal Arbitral ordenar que o requerente complete o seu pedido inicial com algum ou alguns destes elementos, caso os mesmos não tenham sido inicialmente pedidos). Quanto ao tema do uso da tecnologia na fase de apresentação de documentos, veja-se NICHOLAS FLETCHER, *The Use of Technology in the Production of Documents*, in *Document Production in International Arbitration*, ICC International Court of Arbitration Bulletin: 2006 Special Supplement, ed. ICC, Paris, 2006, pp. 101-111.

b) *Relevância dos documentos face ao caso concreto e importância dos mesmos no contexto da decisão do processo*

Para além de descrever o documento ou documentos cuja junção pretende, o requerente deve ainda tornar claro ao Tribunal o propósito visado com o pedido. Será aqui relevante, nomeadamente, indicar os concretos pontos da matéria de facto que pretende provar com o documento<sup>40</sup>, assim permitindo ao Tribunal aferir, face à informação que já tem quanto às posições das partes e quanto às questões a apreciar, se o documento em causa se afigura relevante no contexto da apreciação do caso<sup>41</sup>. Parece-nos que poderá eventualmente fazer sentido considerar aqui a distinção entre factos essenciais e factos instrumentais ou acessórios, reservando-se, por regra, este tipo de pedidos dirigidos à contraparte à prova de factos essenciais que integrem a causa de pedir do requerente<sup>42</sup>, relativamente aos quais este tenha o ónus da prova<sup>43</sup>.

Será aqui também importante apreciar a necessidade da apresentação da documentação em causa face à prova já produzida, evitando-se a duplicação de prova produzida quanto ao mesmo ponto, bem como aferir da existência de meios alternativos ao dispor do requerente para proceder à prova do facto em causa, caso em que deverão ser preferencialmente apresentados esses outros

<sup>40</sup> Neste sentido, veja-se BERNARD HANOTIAU, ob. cit., p. 116. O referido Autor refere ainda a possibilidade de o pedido de documentos se referir não à prova de factos alegados nas exposições escritas já apresentadas pela parte, mas também a factos que a parte pretende alegar em futuras exposições escritas, desde que, nesse último caso, o pedido de apresentação de documentos seja já acompanhado da alegação dos factos relevantes em causa ou, no mínimo, de um resumo dessa alegação de facto (cf. p. 118).

<sup>41</sup> Quanto a este ponto, VIRGINIA HAMILTON, *Document Production in ICC Arbitration*, in *Document Production in International Arbitration*, ICC International Court of Arbitration Bulletin: 2006 Special Supplement, ed. ICC, Paris, 2006, pp. 63-81, refere que o Tribunal deve bastar-se com a constatação de uma relevância *prima facie* do documento, ou pela probabilidade de relevância do documento, face à factualidade alegada pelas partes (cf. p. 69).

<sup>42</sup> Quanto à distinção, no direito português, entre factos essenciais e instrumentais, veja-se ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed. (reimpressão), Coimbra Editora, 2004, pp. 415-417. Veja-se ainda JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil – Conceito e Princípios Gerais à luz do novo Código*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Outubro de 2013, pp. 165-169 e 172-174.

<sup>43</sup> Defendendo ser de rejeitar o pedido de apresentação de documentos caso os mesmos apenas visem contradizer a versão dos factos apresentada pela contraparte, e não a prova de factos a cargo do requerente, veja-se YVES DERAÏNS (ob. cit., p. 87). Já JEFF WAICYMER (ob. cit., p. 859), manifesta reservas quanto a este ponto, considerando que deve também ser possível pedir a apresentação de documentos em poder da contraparte para contrariar a versão dos factos por esta apresentada, sob pena de uma parte poder facilmente apresentar uma versão enviesada da realidade sem que a contraparte tenha forma de a contradizer.

meios de prova, reservando-se a possibilidade de pedir a apresentação de documentos pela contraparte como uma via de último recurso.

c) *Posse ou controlo do documento ou documentos pedidos*

É de relativo senso comum que este mecanismo de recurso à contraparte tem como pressuposto a obtenção de documentos que não estão na posse do requerente ou aos quais este, contrariamente ao requerido, não consegue aceder sem incorrer em custos ou esforços manifestamente excessivos, justificando-se que o requerente o declare expressamente, expondo de forma circunstanciada, se for o caso, os factos que explicam a dificuldade de acesso ao documento em causa. É aqui também relevante a circunstância de ser possível pedir à contraparte a junção de documentos que estejam não na sua posse, directamente, mas sob o seu “controlo”, tendo esta facilidade em obtê-los junto de terceiros. Poderá fazer sentido incluir aqui documentação detida por sociedade ou sociedades controladas pela sociedade requerida, ou documentação que esta tenha direito a receber em virtude de contrato celebrado com um terceiro (por exemplo, estudo ou relatório contratado pelo requerido a uma terceira entidade). De referir ainda que a situação de “controlo” de um determinado documento pelo requerido deve ser passível de demonstração pelo requerente com base em elementos objectivos facilmente apreensíveis pelo Tribunal Arbitral<sup>44</sup>.

3. *Da não admissão de um pedido de apresentação de documento*

Perante a apresentação de um requerimento de apresentação de documento pela contraparte, pode o Tribunal Arbitral, por sua iniciativa ou na sequência de objecções suscitadas pela parte requerida, decidir pela sua inadmissibilidade caso considere que o mesmo não respeita algum ou alguns dos requisitos identificados *supra* (cf., em particular, o artigo 9.2, alínea a), das Directrizes).

Do mesmo modo, deve um pedido de apresentação de documento ser rejeitado caso o Tribunal Arbitral considere que há algum impedimento legal à produção e apreciação do documento em causa, nomeadamente por o mesmo se encontrar sujeito a confidencialidade face às regras legais, éticas ou deontológicas que o Tribunal considere aplicáveis. Quanto a esta matéria, há que

<sup>44</sup> Quanto a este ponto, veja-se JEFF WAINCYMER, ob. cit., p. 863, e VIRGINIA HAMILTON, ob. cit., p. 74, que refere inclusivamente um caso de uma arbitragem CCI em que o Tribunal considerou que este requisito estaria satisfeito quer no caso de a parte requerida controlar a entidade que detém o documento, quer no caso de ser controlada por esta ou de apenas integarem o mesmo Grupo societário, solução que já nos parece mais duvidosa.

considerar que em sede de arbitragem internacional as partes e seus advogados provêm muitas vezes de ordenamentos jurídicos distintos, com regras e entendimentos distintos no que respeita ao que deve entender-se como estando sujeito a sigilo ou a confidencialidade. Nesse contexto, a aplicação de diferentes regras a cada uma das partes poderia gerar situações de injustiça relativa, na medida em que, em circunstâncias de facto semelhantes, poderiam os documentos em poder de uma das partes estar protegidos de apresentação e os da outra parte não o estarem. De forma a mitigar essa situação de potencial injustiça, as Directrizes apontam no sentido de caber ao Tribunal, na medida do possível, procurar que o entendimento seguido assegure o tratamento justo e equitativo das partes e acautele as suas legítimas expectativas em matéria de confidencialidade do documento à data em que o mesmo foi elaborado (cf. artigos 9.2, alíneas b) e g), e 9.3 das Directrizes)<sup>45</sup>.

As Directrizes prevêem ainda a dispensa de apresentação de documentos nos casos em que o requerido invoque a destruição do documento em termos que se afigurem razoavelmente plausíveis (cf. artigo 9.2, alínea d), das Directrizes), bem como nos casos em que o Tribunal considere válidas as alegações da parte requerida quanto à confidencialidade técnica ou comercial do documento<sup>46</sup>, ou quanto à sua particular sensibilidade política ou institucional, justificando-se a sua não apresentação em Tribunal (cf. artigo 9.3, alíneas e) e f), das Directrizes). Em alternativa à não apresentação dos documentos, e caso o entenda adequado, pode antes o Tribunal Arbitral tomar medidas que permitam assegurar a confidencialidade dos documentos em causa.

Para além deste grupo de situações mais específicas em que se considera justificada a não apresentação de documentos, e em linha com o princípio geral segundo o qual cabe ao Tribunal a última palavra no que respeita à admissibilidade da prova, as alíneas b) e g) do artigo 9.2 das Directrizes prevêem cláusulas mais genéricas de recusa de pedidos de apresentação de documentos, na aplicação das quais se joga com maior relevância a discricionariedade dos poderes dos árbitros quanto a esta matéria. Assim, mesmo em situações em que os pedidos de apresentação de documentos formulados respeitem os requisitos previstos *supra*, pode o Tribunal Arbitral recusar os pedidos em causa caso considere

<sup>45</sup> Deve ainda ser ponderada a actuação passada da parte no que respeita ao documento em causa, na medida em que esta pode já ter renunciado tacitamente a essa confidencialidade, utilizando o referido documento (cf. artigo 9.3, alínea d), das Directrizes da IBA em matéria de produção de prova).

<sup>46</sup> Pode, por exemplo, pensar-se no caso de os documentos em causa serem documentos internos de importância estratégica para o desenvolvimento da requerida, sendo o requerente um concorrente directo da mesma.

que os mesmos consubstanciam um ónus excessivo para o requerido face ao volume de documentação pedido ou ao tempo ou custo necessário para recolha da mesma. Do mesmo modo, pode o Tribunal recusar a apresentação de documentos por motivos de economia processual, ou em função de considerações relativas à proporcionalidade, justiça ou igualdade<sup>47</sup>.

### **C) *Papel dos mandatários das partes em matéria de produção de prova***

Também com o intuito de uniformizar práticas e procedimentos no campo da arbitragem internacional, foram aprovadas, em Maio de 2013, as “*IBA Guidelines on party representation in International Arbitration*”.<sup>48</sup> Com efeito, a existência de directrizes quanto à produção de prova só por si, se interpretadas com diferente peso e medida por advogados provenientes de diferentes sistemas jurídicos, habituados a práticas diferentes e sujeitos a regras deontológicas diferentes, não seria suficiente para assegurar o tratamento equitativo das partes ao longo do processo arbitral<sup>49</sup>.

Assim, estas Directrizes relativas à actuação dos mandatários das partes recomendam que, ainda numa fase prévia a qualquer pedido de apresentação de prova, estes devam tomar a incitativa de alertar os seus clientes (que, por seu turno, deverão transmitir tais indicações aos seus colaboradores e, se aplicável, a entidades sob o seu controlo) de que deverão conservar quaisquer documentos que possam potencialmente vir a ser relevantes no contexto da arbitragem, e, se necessário, tomar activamente medidas que garantam a conservação de docu-

<sup>47</sup> O *Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee) refere-se à disposição desta alínea g) como sendo uma verdadeira “*catch-all provision*”, que deve permitir ao Tribunal Arbitral assegurar que a audiência e produção de prova decorram de forma justa e eficiente (p. 26).

<sup>48</sup> A integração destas Directrizes nas regras processuais estará, também aqui, dependente de determinação das partes ou do Tribunal Arbitral. De todo o modo, grande parte das regras de conduta aí previstas são decorrências normais da aplicação dos princípios gerais da boa fé, de cooperação entre as partes e o Tribunal com vista à boa administração da justiça, bem como concretização de deveres de actuação profissional a que os advogados estarão adstritos por força das regras deontológicas que lhes são aplicáveis.

<sup>49</sup> O *Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee) sublinha que, *a contrario*, a aplicação destas Directrizes pode não ser necessária em casos em que os mandatários das partes tenham expectativas idênticas no que respeita ao seu papel no que respeita à fase de “*document production*” ou em casos em que a referida “*document production*” não ocorra ou apenas ocorra em reduzido grau (cf. p. 12).

mentos que, em circunstâncias normais e de acordo com as políticas internas da empresa, seriam destruídos (cf., em particular, as Directrizes 12 e 15).

Já no decurso do processo arbitral, esclarece-se que não devem os mandatários das partes fazer um uso impróprio da possibilidade de requerer a apresentação de documentos ou de objectar a tal apresentação em termos que prejudiquem ou causem desnecessário atraso no procedimento. Aqui se incluirão requerimentos de apresentação de documentos excessivamente prolixos ou abrangentes, bem como os que desconsiderem os requisitos de admissibilidade já analisados supra (cf., a este propósito, a Directriz 13). Do mesmo modo, não devem os mandatários apresentar objecções com base em falsos pressupostos ou por motivos meramente dilatatórios.

Prevêem ainda as referidas Directrizes que, caso o mandatário das partes tome conhecimento que o seu cliente está a obstar indevidamente à apresentação de documentos que devia apresentar, deve alertá-lo para o dever de apresentar o documento, bem como para as eventuais consequências da referida não apresentação, ponto que discutiremos em maior detalhe *infra* (cf. Directrizes 16 a 17).

Questão relevante que cabe aqui apreciar é a da conjugação do dever inerente à função do advogado, de assegurar a prossecução dos interesses do seu cliente, com estas regras de actuação no que respeita à recolha e apresentação de prova, cuja aplicação, em muitos casos, coloca o advogado na posição de promover a apresentação em Tribunal de documentação desfavorável à posição defendida na acção pelo seu cliente.

O grande desafio à conjugação destes dois vectores surgirá, parece-nos, em situações em que estas regras não sejam interiorizadas e aplicadas de forma uniforme pelos mandatários das partes e seus clientes, havendo uma parte que colabora na apresentação dos documentos, ainda que potencialmente desfavoráveis à sua tese, e uma outra que constantemente se furta a essas ordens. Para precaver situações como essas, a chave será os advogados das partes e o Tribunal deixarem à partida claras, aquando da definição das regras do processo, as consequências processuais que poderão advir de falta de colaboração, cabendo um papel relevante ao Tribunal Arbitral no sentido de disciplinar activamente a condução dos trabalhos, sem receio de aplicar sanções à parte faltosa caso considere que a mesma ou o seu advogado não actuaram de boa fé.

Fora desses casos patológicos, o problema de compatibilização dos interesses dos clientes com estas regras de boa prática será mais teórico do que real. Com efeito, o dever do advogado é o de assegurar a prossecução de quaisquer interesses do cliente, mas apenas dos seus interesses *legítimos*, nos quais não se inscrevem as eventuais tentativas do cliente de se furta à aplicação das regras processuais e às decisões do Tribunal Arbitral. Em segundo lugar, é de referir

que, ao instruir o cliente, mesmo antes do início do processo arbitral, para a necessidade de detectar e recolher, por todos os meios ao seu alcance, a documentação existente relativa à matéria em discussão na arbitragem, o advogado estará, acima de tudo, a acautelar os interesses legítimos do seu cliente. Com efeito, ao adquirir conhecimento antecipado do teor da informação relevante – e, sendo o caso, tomando consciência do peso negativo que a mesma poderá vir a ter para a posição do cliente caso venha a ter que ser apresentada em Tribunal – será possível ponderar de forma mais adequada qual a melhor forma de estruturar a acção a apresentar, com maior consciência da prova documental disponível e das fragilidades da posição do cliente, bem como avaliar de forma mais informada o risco de sucesso ou insucesso da acção e o eventual interesse em avançar para uma solução negociada. Por último, cabe realçar que uma actuação do mandatário das partes em desrespeito das regras e princípios por que se deve reger a produção de prova – quer apresentando objecções sem fundamento aos pedidos de apresentação de documentos em poder da contraparte, quer apresentando requerimentos de apresentação de documentos pela contraparte demasiado abrangentes ou pouco específicos – expõe o seu cliente à possível aplicação de sanções por parte do Tribunal Arbitral, nos termos melhor desenvolvidos abaixo.

#### **D) Consequências do incumprimento de uma ordem de apresentação de documentos**

A efectividade prática dos deveres de colaboração da contraparte na apresentação de prova está estreitamente ligada à possibilidade de aplicação, pelo Tribunal Arbitral, de sanções processuais à parte faltosa. De outra forma, face à inexistência de poderes de *jus imperii* dos Tribunais Arbitrais – que não podem, pelos seus próprios meios, impor às partes a apresentação de documentos – o incentivo para que as partes apresentassem voluntariamente documentos que pudessem ser prejudiciais à sua posição na acção ficaria comprometido, podendo, em última análise, pôr em causa a própria viabilidade da arbitragem como meio alternativo de resolução de litígios, a par da justiça estadual<sup>50</sup>.

<sup>50</sup> Quanto a este ponto, refere JEREMY K. SHARPE, *Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence*, in *Arbitration International*, Vol. 22, n.º 4, LCIA, 2006, pp. 549-571, que “ao encorajarem a realização de uma fase de apresentação de documentos apropriada e adequada, os árbitros asseguram o exercício do direito, por cada uma das partes, à apresentação do seu caso em juízo e garantem que os autos integram prova suficiente para a prolação de uma sentença baseada numa apreciação completa do mérito, assim potenciando a executoriedade internacional da referida sentença e, porventura, um maior grau de cumprimento voluntário da mesma” (p. 550, tradução livre).

A consciência da relevância desta questão e a necessidade de dotar os Tribunais Arbitrais de mecanismos que obstem aos efeitos perniciosos desta falta de colaboração gera hoje consenso na prática arbitral internacional, com destaque para o crescente reconhecimento da possibilidade de os Tribunais Arbitrais poderem retirar “inferências negativas” da recusa de colaboração da parte (assim procurando anular o efeito que as mesmas procuravam alcançar com a falta de colaboração), poderem valorar negativamente a referida falta de colaboração para efeitos de repartição das custas, bem como – ainda que aqui com menor expressão – para a possibilidade de o Tribunal Arbitral aplicar sanções pecuniárias à parte faltosa<sup>51-52</sup>.

Não obstante o crescente reconhecimento da relevância destas medidas, são ainda escassas as referências expressas às consequências da falta de cooperação das partes nas leis de arbitragem e regulamentos das instituições arbitrais de referência<sup>53</sup>. Nessa medida, assumem também aqui um papel preponderante na codificação e divulgação destes mecanismos as Directrizes da IBA em matéria de produção de prova, que consagram expressamente a possibilidade de o Tribunal Arbitral, perante a não apresentação por uma parte, sem justificação plausível, de documento que lhe fora ordenado que apresentasse, poder concluir, face a esse comportamento, que o documento em causa seria contrário

<sup>51</sup> CURTIS J. MAHONEY sugere que, numa primeira fase, ao invés de avançar de imediato com medidas que qualifica de “*punitivas*” para a parte faltosa, se opte por uma solução inspirada no disposto no artigo 30.º, alínea b), n.º 6, das *Federal Rules of Civil Procedure* dos Estados Unidos da América, a saber, pela possibilidade de a parte requerente poder chamar a depor um representante legal da contraparte para que este explique ao Tribunal Arbitral quais os concretos procedimentos que levou a cabo para localizar os documentos pedidos. Sustenta o Autor que a mera ameaça dessa possibilidade será muito possivelmente suficiente para que o processo de *disclosure* de documentação decorra de forma mais eficiente e transparente (cf. *Dealing with “Known Unknowns” in Document Exchange: A Comment on the ICCA Congress Session on Early Stages of the Arbitral Process*, Kluwer Arbitration Blog, 29.04.2014).

<sup>52</sup> Face à referida falta de *jus imperii* não será já em princípio sustentável que o não cumprimento de uma ordem de apresentação de documento emitida por um Tribunal Arbitral possa revestir relevância criminal.

<sup>53</sup> Quanto a este ponto, veja-se HOWARD M. HOLTZMANN e JOSEPH E. NEUHAUS, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Kluwer, Deventer, The Netherlands, 1989, p. 701, que referem que, não obstante a ausência de menção expressa no texto da Lei Modelo da UNCITRAL à possibilidade de o Tribunal retirar “inferências negativas” da recusa de apresentação de documentos, se entendeu, no decurso dos trabalhos preparatórios da referida Lei, que essa possibilidade estaria abrangida pelo disposto no artigo 25.º, alínea c), da referida Lei Modelo. Ainda quanto a este ponto, veja-se Jeff Waincymer, ob. cit., pp. 878-880.

aos interesses da parte que o não apresentou (cf. artigo 9.5 das Directrizes)<sup>54</sup>, bem como a possibilidade de o Tribunal, constatando que a parte não actuou de boa fé no âmbito da produção de prova, tomar essa actuação em consideração na repartição que fizer dos custos da arbitragem, nomeadamente dos custos associados à produção de prova (cf. artigo 9.7 das Directrizes)<sup>55</sup>.

Ao nível das leis de arbitragem nacionais, é de destacar as referências da lei francesa sobre arbitragem internacional (cf. artigo 1467.º, § 3, do respectivo Código de Processo Civil) e da lei belga (cf. artigo 1700.º, § 4, do *Code Judiciaire*) à possibilidade de o Tribunal aplicar sanções às partes (“*astreintes*”), caso estas recusem a apresentação de documentos.

Já quanto à possibilidade de a actuação das partes no que respeita à produção de prova poder ser tida em conta para efeitos de condenação em custas, é de destacar a formulação adoptada pelo Regulamento de Arbitragem da CCI, que prevê que o Tribunal Arbitral deve ponderar na sua decisão “*quaisquer circunstâncias que entenda relevantes, inclusive em que medida cada parte conduziu a arbitragem de uma forma expedita e eficiente quanto aos custos*”<sup>56</sup>.

De todo o modo, e sem prejuízo da existência ou não de referência expressa na lei de arbitragem do local da sede da arbitragem ou no regulamento de arbitragem ou regras processuais escolhidos pelas partes à possibilidade de aplicação de sanções por parte de Tribunais Arbitrais, a primazia concedida aos árbitros em matéria de condução da produção de prova e de apreciação da respectiva admissibilidade e valor probatório (ponto em relação ao qual as várias leis nacionais, as Regras da UNCITRAL e os Regulamentos de Arbitragem das instituições de referência vêm convergindo, nos termos melhor analisados *supra*), permitem só por si sustentar a possibilidade de os árbitros apreciarem livremente a actuação das partes para efeitos probatórios, retirando daí as ilações que considerem adequadas. Na prática, perante uma parte que recuse, sem motivo justificado, apresentar um documento pedido pela outra parte para prova de determinado

<sup>54</sup> O ponto 51 das *UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Procedures* (2012) é menos claro quanto a esta matéria, referindo que o Tribunal pode “*retirar as suas conclusões*” da falta de apresentação do documento pela parte requerida.

<sup>55</sup> De referir, no entanto, que o conceito e implicações da boa fé contratual não são pacíficos no direito inglês. Quanto a este ponto, veja-se, entre outros, V.V. VEEDER, *The Lawyer’s Duty to Arbitrate in Good Faith*, in *Arbitration International*, Vol. 18, n.º 4, LCIA, 2002, pp. 431-451 (em particular a p. 440).

<sup>56</sup> Outras leis nacionais, como é o caso da Portuguesa (cf. artigo 42.º, n.º 5, da LAV), não dão indicações tão claras quanto a esta matéria, muito embora seja comum a previsão de regimes de repartição de custas sem sujeição à regra pura e simples do decaimento (o que só por si dá ao Tribunal Arbitral margem de manobra para optar por uma repartição de custas que tenha em conta a actuação das partes no que respeita, nomeadamente, à produção de prova).

fácto por si alegado (em relação ao qual a parte que requer a apresentação do documento tem originariamente o ónus da prova), pode o Tribunal Arbitral, caso o considere justificado e adequado nas circunstâncias do caso, concluir, face a essa recusa de apresentação, que o documento em causa seria de facto prejudicial à parte que recusa apresentá-lo e favorável à parte que requer a sua junção, atestando da veracidade do fácto por esta alegado. Trata-se, no fundo, do reconhecimento da admissibilidade da prova por presunções (em que de um fácto conhecido se retira um fácto desconhecido)<sup>57</sup>, que poderá resultar, na prática, numa inversão do ónus da prova.<sup>58</sup> Por se tratar de matéria que poderá suscitar maiores dúvidas em termos de concretização prática, sendo relevante procurar assegurar algum grau de previsibilidade, igualdade e uniformização na aplicação feita pelos Tribunais Arbitrais desta possibilidade de retirar “inferências negativas” da actuação das partes, a doutrina vem tentando identificar um conjunto de pressupostos a considerar pelo Tribunal Arbitral antes de retirar as referidas ilações da actuação da parte. É aqui de destacar a lista de requisitos proposta por Jeremy K. Sharpe<sup>59</sup>, elaborada em grande medida com base em jurisprudência do “*Iran-United States Claims Tribunal*”<sup>60</sup>, que se nos afigura ser de considerar, pelo menos a título indicativo, por Tribunais Arbitrais chamados a decidir questões deste tipo, e sobre a qual procuraremos de seguida desenvolver uma análise crítica:

<sup>57</sup> Quanto à admissibilidade de prova por presunções judiciais no direito português, veja-se, entre outros, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lex – Edições Jurídicas, 1995, pp. 212-213, FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *A Prova em Direito Civil*, Coimbra Editora, 2011, pp. 17-18, LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, *Prova por Presunção no Direito Civil*, Almedina, 2012 (em particular as pp. 93-98) e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *A Prova*, in *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ed. Especial Código Civil Português – Evolução e Perspectivas Actuais, 2008, pp. 331 a 341 (em particular as pp. 336 e ss).

<sup>58</sup> Quanto a este ponto, veja-se RUI MANUEL DE FREITAS RANGEL, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, Almedina, 2000, pp. 219-226 (em particular a p. 223) ou LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, ob. cit., p. 95.

<sup>59</sup> Os referidos requisitos são elencados e desenvolvidos por JEREMY K. SHARPE, ob. cit., p. 551, e seguidos em grande medida por GARY BORN, ob. cit., p. 2392), muito embora sublinhando que os mesmos devem ser considerados como meras directrizes de actuação, sob pena de se poder chegar a situações absurdas de denegação de justiça. Com efeito, sublinha este último Autor que uma abordagem demasiado restritiva desta questão nega a conclusão lógica e de senso comum segundo a qual uma parte que insiste em reter prova e em não cumprir as ordens do Tribunal no sentido de a revelar estará normalmente a esconder alguma coisa que lhe é desfavorável, justificando-se que o Tribunal retire inferências negativas desta sua actuação.

<sup>60</sup> Refere o Autor que as decisões arbitrais proferidas nesse âmbito envolveram muitas vezes a necessidade de ponderar retirar ou não inferências negativas da actuação das partes, na medida em que a situação política no Irão impossibilitou em várias ocasiões o acesso a prova documental relevante.

- a) *A parte que pretende que o Tribunal retire inferências negativas da actuação da contraparte deve apresentar toda a prova disponível que corrobore a inferência pretendida*

Entende-se que os Tribunais Arbitrais se devem abster de retirar inferências negativas da falta de colaboração de uma das partes quando a actuação da parte que requereu a apresentação de documentos e a quem cabe o ónus da prova dos factos em questão não é também isenta de críticas, na medida em que poderia ter apresentado outras provas (nomeadamente outros documentos ou testemunhas) que corroborassem a ilação pretendida e não o fez<sup>61</sup>, não apresentando justificação adequada para essa não apresentação. Este requisito remete uma vez mais para o princípio da boa fé na condução do processo, não podendo a parte beneficiar de uma inversão do ónus da prova se a sua actuação no que respeita à prova de determinado facto não foi também ela exemplar.

- b) *A prova cuja junção é requerida deve ser passível de apresentação por parte da parte faltosa*

Este requisito é ele próprio pressuposto prévio da possibilidade de se dirigir um pedido de apresentação de documento à contraparte, nos termos já tratados *supra*, sendo aqui de exigir que a parte que requer a apresentação do documento logre convencer o Tribunal de que o documento em causa está na posse ou sob o controlo da parte requerida. Com efeito, caso a parte requerida negue a existência do documento ou a posse do mesmo, parece-nos que será à parte requerente que caberá o ónus de provar que o documento existe e está na posse ou sob o controlo da parte requerida (ou que o documento existia e foi indevidamente destruído pela parte requerida)<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Decidiu-se neste sentido no caso *William J. Levitt v. Islamic Republic of Iran*, award nb. 520-210-3 (29 de Agosto de 1991), 27 Iran-US cl. Trib. Rep. 145 (disponível em [www.kluwerarbitration.com](http://www.kluwerarbitration.com), consultado em 07.08.2015).

<sup>62</sup> Também defendendo que cabe à parte requerente o ónus de provar a existência do documento e que o mesmo se encontra na posse da parte requerida veja-se HILMAR RAESCHKE-KESSLER, *The Production of Documents in International Arbitration – A Commentary on Article 3 of the New IBA Rules of Evidence*, Arbitration International, Vol. 18, n.º 4, LCIA 2002, pp. 411-430, em particular a p. 422. Também VIRGINIA HAMILTON (ob. cit., p. 74.) se refere a esta questão, remetendo no seu artigo para o teor de uma decisão de um Tribunal Arbitral que decidiu no sentido de o ónus da prova quanto à posse, custódia ou controlo do documento caber à parte que requer a sua apresentação.

- c) *A inferência pretendida deve ser razoável, consistente com outros factos considerados assentes no processo e ter uma conexão lógica com a provável natureza da prova retida pela parte faltosa*

Reafirma-se aqui a natureza das inferências como “*conclusões lógicas derivadas não apenas de factos provados no processo mas também das «regras da experiência e senso comum»*”<sup>63</sup>, sendo de exigir que a razoabilidade da ilação que se pretende extrair da recusa de colaboração da parte faltosa seja aferida à luz dos referidos padrões de normalidade e senso comum (podendo aqui relevar, nomeadamente, a percepção dos árbitros quanto ao que sejam os usos normais do comércio) e rejeitada caso não passe esse crivo<sup>64</sup>. Com efeito, cabe não esquecer que esta prova “*por inferências*”, mecanismo próximo da prova por presunção, é, por natureza, subsidiária, devendo ceder sempre que a inferência pretendida aponte num sentido que não seja coerente com outros factos objecto de prova directa no âmbito do processo, ou sempre que não se vislumbre um nexo de conexão lógica entre o facto presumido e o provável conteúdo do documento não apresentado<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> JEREMY K. SHARPE, *ob. cit.*, p. 558.

<sup>64</sup> Quanto a este ponto, veja-se, nomeadamente, o caso *Behring International, Inc. v. Islamic Republic of Iran Air Force*, award nb. 523-283-3 (29 de Outubro de 1991), 27 Iran-US cl. Trib. Rep. 218 a 234 (disponível em [www.kluwerarbitration.com](http://www.kluwerarbitration.com), consultado em 07.08.2015), bem como a demais jurisprudência citada por JEREMY K. SHARPE quanto a este ponto (*ob. cit.*, p. 559).

<sup>65</sup> Concluindo pela verificação dessa conexão lógica entre o facto presumido e o provável teor do documento não apresentado, veja-se o caso *INA Corp. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, award nb. 184-161-1 (12 de Agosto de 1985), 8 Iran US Cl. Trib. Rep. 373 (disponível em [www.kluwerarbitration.com](http://www.kluwerarbitration.com), consultado em 07.08.2015). Com efeito, o Demandado procurava aí sustentar que o Demandante não tinha direito a qualquer compensação pela expropriação de que fora alvo, tendo apresentado para o efeito um Relatório elaborado após a expropriação no qual se referia que a empresa tinha um valor negativo. O Relatório continha uma série de notas de rodapé nas quais eram referidos um conjunto de anexos e feitas declarações relativos à falta de fidedignidade das demonstrações financeiras com base nas quais o Relatório fora elaborado. O Demandante pediu a apresentação dos anexos ao Relatório, tendo-se o Demandado negado a apresentá-los, alegando que seriam muito “volumosos”. O Tribunal considerou que a justificação invocada para a não apresentação dos documentos não era válida, tendo ainda concluído que, face ao conteúdo das notas de rodapé do Relatório, era provável que os documentos não apresentados viessem confirmar a alegação do Demandado quanto à falta de fidedignidade do Relatório e quanto ao valor real (positivo) da empresa, pelo que retirou uma inferência negativa da falta de apresentação dos documentos em causa, tendo desconsiderado o Relatório e atribuído ao Demandante o montante total reclamado.

- d) *A parte que pretende que seja extraída uma inferência negativa da actuação da contraparte deve ainda assim apresentar prova “prima facie”<sup>66</sup> dos seus pedidos ou da sua defesa*

Em linha com o princípio “*actori incumbit probatio*”, não deve o Tribunal retirar inferências negativas da actuação da contraparte caso a parte que tem o ónus da prova não tenha já produzida prova de primeira aparência dos factos por si alegados. Acompanhamos quanto a este ponto Jeremy K. Sharpe, que sustenta que a prova apresentada pela parte que pode beneficiar da inferência negativa, muito embora possa não ser conclusiva, deve ainda assim ser, “*face às circunstâncias do caso, razoavelmente i) consistente; ii) completa e iii) detalhada*”<sup>67</sup>.

- e) *A parte a quem é requerida a apresentação de prova deve estar consciente, ou ter razões para poder estar consciente, de que está obrigada a apresentar a prova em causa sob pena de o Tribunal poder retirar inferências negativas dessa não apresentação*

Está aqui em causa assegurar o respeito pelo princípio do processo justo e equitativo, devendo o Tribunal, antes de retirar quaisquer consequências negativas da falta de apresentação de prova requerida, assegurar que *i) a parte requerida está consciente que a apresentação da prova em causa foi ordenada pelo Tribunal e de que está, por conseguinte, obrigada a apresentá-la; ii) foi*

<sup>66</sup> Está aqui em causa uma prova dita de primeira aparência. Nas palavras de CALVÃO DA SILVA (*in Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, Coimbra Editora, 1990, p. 388), trata-se de prova que “*não propicia um juízo de certeza absoluta e de plena convicção no espírito do julgador, mas apenas um juízo de probabilidade bastante, assente nas lições práticas da vida e na experiência do que acontece normalmente*”.

<sup>67</sup> Veja-se quanto a este ponto JEREMY K. SHARPE (ob. cit., p. 564), que sustenta ainda que, para além da prova apresentada ser consistente, também a versão dos factos apresentada pela parte que pretende que o Tribunal retire uma inferência negativa da actuação da contraparte deve ser consistente ao longo do processo, tal como defendido pelo Tribunal Arbitral no caso *Reza Said Malek v. Government of the Islamic Republic of Iran*, award nb. 534-193-3 (11 de Agosto de 1992), 28 Iran-US Cl. Trib. Rep. 246 (disponível em [www.kluwerarbitration.com](http://www.kluwerarbitration.com), consultado em 07.08.2015), citado pelo referido Autor (cf. pp. 564-565). Sublinha ainda o Autor que a prova apresentada pela parte que pretende beneficiar da inferência negativa deve, para além de detalhada, ser razoavelmente formal, remetendo para a decisão do caso *Reza Nemazee v. Government of the Islamic Republic of Iran*, award nb. 575-4-3 (10 de Dezembro de 1996), 10 Iran-US Cl. Trib. Rep. 22 (disponível em [www.kluwerarbitration.com](http://www.kluwerarbitration.com), consultado em 07.08.2015), em que o Tribunal entendeu que a prova apresentada pelo Demandante em favor da existência dos direitos de propriedade de que se arrogava titular – que assentava, fundamentalmente, num conjunto de cópias de cartas – não constituía base suficiente para que o Tribunal retirasse inferências negativas da falta de apresentação pelo Demandado de documentação pedida pelo Demandante quanto a este ponto (cf. pp. 567-568).

concedido prazo suficiente à parte para proceder à referida apresentação, considerando as especificidades da prova requerida e as circunstâncias do caso; e *iii*) a parte faltosa está consciente das eventuais consequências da não apresentação da prova em causa, nomeadamente de que o Tribunal pode retirar inferências negativas dessa sua actuação<sup>68</sup>.

#### IV. Articulação entre Tribunais Arbitrais e Tribunais Judiciais

##### A) *Do auxílio na fase de produção de prova*

###### 1. *Enquadramento legal*

Caso a parte a quem seja ordenada a apresentação de documento se recuse a proceder a essa entrega, e sem prejuízo da possibilidade de o Tribunal Arbitral retirar inferências negativas dessa sua conduta, de que forma pode o Tribunal Arbitral, desprovido de poderes de *ius imperii*, assegurar o acesso ao documento em causa, que considere ser relevante para a boa decisão da causa?

A resposta poderá variar em função da solução dada a esta questão pela lei da sede da arbitragem, muito embora seja de notar que a Lei Modelo da UNCITRAL, que vem servindo de inspiração a várias leis de arbitragem nacionais, aponte, no seu artigo 27.º, no sentido de ser possível recorrer aos Tribunais Judiciais para assegurar o acesso a esse documento<sup>69</sup>. Inspirado na referida Lei Modelo, o artigo 38.º da LAV (aplicável a arbitragens domésticas ou internacionais com sede em Portugal) vai também nesse sentido, acrescentando ainda que tal auxílio poderá também ser prestado a Tribunais Arbitrais com sede no

<sup>68</sup> Quanto à questão do respeito pelas legítimas expectativas das partes em matéria de prova e pelos princípios de *due process*, veja-se JEREMY K. SHARPE (ob. cit., pp. 569-570), que a esse respeito destaca a decisão do caso *Avco Corp v. Iran Aircraft Industry*, award nb. 377-261-3 (18 e Julho de 1988), 19 Iran-US Cl. Trib. Rep. 200 (disponível em [www.kluwerarbitration.com](http://www.kluwerarbitration.com), consultado em 07.08.2015), cujo reconhecimento e execução nos Estados Unidos da América veio a ser posteriormente negado pelos Tribunais americanos, que entenderam que a parte tinha sido induzida em erro quanto à prova que era suposta apresentar, não tendo tido assim oportunidade de fazer valer os seus direitos em Tribunal.

<sup>69</sup> HOWARD M. HOLTSMANN e JOSEPH E. NEUHAUS (ob. cit., p. 735) dão conta das preocupações manifestadas no decurso dos trabalhos preparatórios da Lei Modelo da UNCITRAL quanto à inclusão de um artigo nestes moldes, face ao receio de que esta possibilidade de recurso aos Tribunais Judiciais pudesse ser utilizada pelas partes com propósitos meramente dilatórios.

estrangeiro, em particular quando a actuação requerida deva ter lugar no território nacional<sup>70</sup>.

Centrando a nossa análise no regime previsto na LAV, temos que resulta do referido artigo 38.º, n.º 1, que a iniciativa do recurso ao Tribunal Judicial nesta matéria deve partir de uma das partes e merecer a prévia autorização do Tribunal Arbitral. Nada é dito quanto à possibilidade de o Tribunal Arbitral, por sua iniciativa, solicitar o auxílio do Tribunal Judicial (afastando-se a LAV, quanto a este ponto, da solução prevista no artigo 27.º da Lei Modelo da UNCITRAL, que prevê a possibilidade de o Tribunal Arbitral poder optar por esse pedido de auxílio independentemente de solicitação das partes<sup>71</sup>). Parece-nos, no entanto, que não será de interpretar esse silêncio da LAV como um impedimento expresso à possibilidade de o Tribunal Arbitral recorrer, por sua iniciativa, aos Tribunais Judiciais<sup>72</sup>. Com efeito, uma interpretação sistemática deste preceito face aos amplos poderes conferidos às partes e ao Tribunal Arbitral na definição das concretas regras do processo, por um lado, bem como à luz dos poderes do Tribunal Arbitral no que respeita à determinação da “*admissibilidade, pertinência e valor de qualquer meio de prova produzida ou a produzir*” (cf. artigo 30.º da LAV, em particular os respectivos n.ºs 3 e 4), parecem justificar a possibilidade de as partes ou o Tribunal poderem estabelecer regra diferente quanto a esta matéria<sup>73</sup>. Aliás, considerando que o Tribunal Arbitral pode tam-

<sup>70</sup> O Tribunal Judicial deve aqui funcionar como um verdadeiro “juiz de apoio” à jurisdição arbitral, nos termos do modelo francês.

<sup>71</sup> Prevê o referido artigo 27.º da Lei-Modelo que “O tribunal arbitral, ou uma das partes com a aprovação deste tribunal, pode solicitar auxílio na obtenção de provas a um tribunal competente do presente Estado. O tribunal pode responder à solicitação nos limites das suas competências e de acordo com as suas próprias regras relativas à obtenção de provas.”

<sup>72</sup> Quanto a este ponto, JOÃO RAPOSO (*A Intervenção do Tribunal Judicial na Arbitragem: Nomeação de Árbitros e Produção de Prova*, in I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções, Almedina, Junho de 2008, pp. 109-127), escrevendo ainda ao abrigo da LAV de 1986, refere que, nos termos da lei “o pedido de produção de prova perante o tribunal judicial é feito pela própria parte interessada – e não, portanto, pelo tribunal arbitral, que se limita a conceder-lhe autorização para tal efeito”, manifestando no entanto reservas quanto a essa solução, parecendo ser favorável a um regime que atribua um papel mais activo do Tribunal Arbitral na condução destes pedidos junto do Tribunal Judicial: “*diga-se, aliás, de passagem que, tal como os resultados da diligência são remetidos ao tribunal arbitral – e não, portanto, à parte requerente da diligência –, talvez também o pedido devesse ser feito directamente por aquele tribunal, e não pela parte interessada, não se deslocando, assim, artificialmente para o plano do mero interesse da parte uma questão que releva directamente da condição do tribunal arbitral*” (cf. p. 124).

<sup>73</sup> Também no sentido de não ser de excluir a possibilidade de o Tribunal Arbitral poder, officiosamente, decidir pelo accionamento do Tribunal estadual, veja-se o comentário de ARMINDO RIBEIRO MENDES constante da Lei da Arbitragem Voluntária Anotada, Associação Portuguesa de Arbitragem, Almedina, 2.ª ed., 2015, p. 102: “*Embora a LAV não contenha norma expressa semelhante [à*

bém, por sua iniciativa, dirigir a uma das partes um pedido de apresentação de documento, não faria sentido que, face à recusa da parte em entregar esse documento, o Tribunal Arbitral não pudesse, por si só, requerer o auxílio do Tribunal Judicial no que respeita à efectiva apresentação desse documento. A questão será, no entanto, tendencialmente teórica, na medida em que não sendo este pedido suscitado por qualquer das partes, que são quem tem o ónus da prova dos factos em discussão nos autos, e tendo o Tribunal Arbitral outras formas de retirar consequências da falta de cooperação do requerido, nos termos melhor expostos *supra*, não será muito provável que o Tribunal Arbitral avance com este pedido ao Tribunal Judicial, cuja tramitação poderá não ser compatível com os prazos apertados para prolação de sentença previstos no artigo 43.º da LAV<sup>74-75</sup>.

## 2. Tribunal competente e tramitação processual

O Tribunal competente para prestar auxílio no que respeita a arbitragens com sede em Portugal é “o tribunal de 1.ª instância ou o tribunal administrativo de círculo em cuja circunscrição se situe o local da arbitragem, consoante se trate de litígios compreendidos na esfera de jurisdição dos tribunais judiciais ou na dos tribunais administrativos” (cf. artigo 59.º, n.º 4, da LAV)<sup>76</sup>. A LAV, tal como a Lei Modelo da UNCITRAL, não regula expressamente a tramitação do pedido a dirigir ao Tribunal Estadual<sup>77</sup>. Considerando o tipo de pedido que está aqui em

do artigo 27.º da Lei Modelo da UNCITRAL], *pode entender-se que, no silêncio da LAV, a intervenção do tribunal estadual é disciplinada segundo as respectivas normas processuais adjetivas*”.

<sup>74</sup> Sendo que, no caso dos árbitros, o artigo 43.º, n.º 4, da LAV prevê expressamente que os mesmos possam responder pelos danos causados às partes caso a decisão arbitral não seja proferida no prazo fixado.

<sup>75</sup> Quanto a esta matéria, veja-se ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, pp. 350-352 (em particular, a pp. 352): “Este procedimento não é funcional. Mesmo admitindo que não haja incidentes e que o tribunal do Estado se possa ocupar imediatamente do problema, vamos ter de contar largos meses, antes de obter resultados. Repare-se que o dispositivo vigente não prevê a suspensão dos prazos da arbitragem enquanto desse tal procedimento, ao contrário do 22.º/5 do DL 243/84, de 17-jul., e que, ao inverso da lei alemã, não se prevê a presença, na audiência a decorrer no tribunal do Estado, dos árbitros, para poderem exprimir vivamente o que pretendam. Bem pode suceder que, no termo de tudo isto, a diligência seja inútil, havendo que repeti-la. Haveria, pois, que prever um processo especial integrado, devidamente adaptado a este incidente”.

<sup>76</sup> Já no caso de pedidos relativos a arbitragens com sede no estrangeiro, é competente o tribunal judicial de 1.ª instância em cuja circunscrição “*deva ter lugar a produção de prova solicitada*” (cf. artigo 59.º, n.º 5, da LAV).

<sup>77</sup> HOWARD M. HOLTZMANN e JOSEPH E. NEUHAUS, *ob. cit.*, p. 735, referem que no decurso dos trabalhos preparatórios da Lei Modelo da UNCITRAL foram discutidas possíveis redacções mais

causa, parece-nos que fará sentido que a parte que pretende obter o auxílio do Tribunal Estadual na obtenção de determinado documento descreva sucintamente no requerimento que apresentar o documento cuja junção pretende e explique quais os factos que pretende provar com o referido documento e de que forma esse documento é essencial para a prova desses factos. Fará também sentido que junte cópia da decisão do Tribunal Arbitral que determinou a junção do documento pela contraparte e que foi incumprida por esta última, decisão essa ilustrativa de que o Tribunal Arbitral, a quem cabe decidir a causa, considerou o pedido de apresentação de documento pertinente e relevante para prova da matéria em discussão nos autos. O Tribunal Judicial deverá conceder um prazo curto para a contraparte se pronunciar sobre este pedido, afigurando-se fazer sentido a aplicação do prazo subsidiário de 10 dias previsto na lei processual civil.

Questão que poderá também suscitar dúvidas é a das circunstâncias em que o Tribunal Judicial poderá recusar prestar a assistência requerida no que respeita à produção de prova<sup>78</sup>. Os trabalhos preparatórios da Lei Modelo da UNCITRAL, no decurso dos quais chegou a discutir-se regular directamente esta matéria, apontavam no sentido de limitar as situações em que essa assistência poderia ser negada, tendo estado sob discussão uma proposta de redacção que apenas permitia ao Tribunal Judicial recusar assistência em casos em que *i*) os interesses do Estado fossem postos em causa pela apresentação da prova requerida; *ii*) a razão pela qual foi requerida a assistência do Tribunal não justifique a prestação da referida assistência; ou *iii*) o Tribunal Arbitral ou a parte requerente tivessem qualquer outro meio razoável para aceder a esse meio de prova<sup>79-80</sup>.

extensas deste artigo, que regulavam os termos em que deveria ser dirigido o pedido ao Tribunal Judicial e as circunstâncias em que este último poderia recusar-se a prestar assistência. Acabou, no entanto, por se entender que poderia ser limitativo estar a regular expressamente essa matéria na referida Lei Modelo, acabando por se optar pela redacção minimalista que veio a ser adoptada.

<sup>78</sup> Sendo certo que está à partida excluída a possibilidade de o Tribunal Judicial proceder a uma revisão do mérito da decisão do Tribunal Arbitral quanto a esta matéria.

<sup>79</sup> Quanto a esta ponto, veja-se HOWARD M. HOLTZMANN e JOSEPH E. NEUHAUS, ob. cit., p. 742.

<sup>80</sup> JOÃO RAPOSO (ob. cit. p. 124) sustenta que o Tribunal Judicial poderá recusar o pedido de produção de prova que lhe seja dirigido quando o pedido seja dirigido por uma parte sem prévia obtenção de autorização do Tribunal Arbitral ou quando o pedido seja ilegal: “*estando os tribunais submetidos à Constituição e à lei, não poderão realizar a diligência se a mesma for ilegal – como aconteceria se, por hipótese, fosse requerida a realização de prova com violação dos limites consagrados no n.º 3 do artigo 519.º do Código do Processo Civil*”, actual artigo 417.º do CPC, a saber, *se a referida produção de prova implicar a “violação da integridade física ou moral das pessoas, [a] intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas comunicações, [ou a ] violação o sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado”*.

Parece-nos fazer sentido, neste contexto em que se pretende que a jurisdição estadual funcione como verdadeiro apoio ao Tribunal Arbitral, esta abordagem minimalista dos poderes de sindicância do juiz estadual, salvaguardando-se em todo o caso o respeito pelos princípios da ordem pública internacional do Estado Português, que deve ser de conhecimento oficioso pelo Tribunal Judicial.

Decidindo o Tribunal Judicial pela executoriedade da decisão do Tribunal Arbitral quanto a esta matéria, deve aquele ordenar que a prova seja perante si produzida – podendo, para o efeito, recorrer a todos os mecanismos, nomeadamente coercivos, previstos na lei de processo – remetendo os seus resultados (no caso, os documentos em poder da contraparte), para o Tribunal Arbitral.

Por fim, ainda quanto a este ponto da articulação entre o Tribunal Arbitral e o Tribunal Judicial, é de referir que, nos termos do artigo 20.º, n.º 1 e n.º 2, alínea *d*), da LAV (que aqui segue o regime previsto no artigo 17.º da Lei Modelo da UNCITRAL) uma parte poderá também recorrer aos Tribunais Judiciais para ordenar à contraparte que preserve um meio de prova ao seu dispor que possa ser “*relevante e importante para a resolução do litígio*”<sup>81</sup>, seja antes de intentar a ação arbitral, seja já no decurso da mesma. É aqui de realçar que os requisitos de que depende o decretamento de uma providência cautelar com esta finalidade de preservação de um meio de prova são tendencialmente menos apertados do que os previstos para o decretamento de outro tipo de medidas cautelares, nos termos do artigo 21.º, n.º 3, da LAV, o que se justifica por este tipo de medidas normalmente não acarretar particulares prejuízos para o requerido.

## **B) *Da impugnação de decisões do Tribunal Arbitral em matéria de apresentação de prova***

Restará agora considerar os cenários em que o Tribunal Arbitral não admita o pedido de junção de documentos em poder da contraparte formulado no âmbito do processo arbitral (ou admita esse pedido, não obstante as objecções à altura formuladas pela parte requerida), ou em que, não obstante ter admitido esse pedido e ordenado a apresentação desses documentos, a parte requerida se

<sup>81</sup> Quanto à interpretação deste duplo requisito – relevância e importância –, cuja redacção foi inspirada no texto das Directrizes da IBA em matéria de produção de prova, veja-se MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª ed., Almedina, 2014, p. 218, concluindo que “*para que um meio de prova seja considerado relevante (relevant), tem de estar relacionado com a disputa e para que seja importante (material) tem de ter valor enquanto meio de prova*”.

recuse a apresentá-los, optando ainda assim o Tribunal Arbitral por negar autorização à parte requerente para que se dirija ao Tribunal Judicial, nos termos expostos *supra*.

As decisões em causa não serão à partida recorríveis, face ao regime-regra de irrecorribilidade de decisões arbitrais consagrado no artigo 39.º, n.º 4, da LAV.

Também não poderão as decisões em causa ser objecto de pedido de anulação autónomo, na medida em que estão em causa meras decisões processuais interlocutórias do Tribunal Arbitral, e não uma sentença arbitral final (cf. artigo 46.º, n.º 1, da LAV, em linha com o regime previsto no artigo 34.º da Lei Modelo da UNICTRAL)<sup>82-83</sup>.

Neste contexto, o controlo da legalidade da decisão do Tribunal Arbitral quanto a estas matérias apenas poderá ocorrer em sede de pedido de anulação da sentença arbitral que vier a ser proferida.<sup>84</sup> Estando em causa questões relativas à produção de prova, poderá, em particular, a parte que se considere lesada pela decisão do Tribunal invocar o disposto na subalínea ii) da alínea a) do n.º 3 do artigo 46.º da LAV, relativa à eventual violação no processo de algum dos princípios fundamentais previstos no artigo 30.º, n.º 1, da LAV.<sup>85</sup> Poderão, nomeadamente, estar aqui abrangidas situações em que a parte invoca que a decisão que recusou ou ordenou a apresentação de determinado documento pôs em causa a igualdade processual das partes (na medida em que não foi seguido critério equivalente no que respeita a pedido dirigidos pela contraparte), que a não admissão dos pedidos em causa impediu a parte de fazer valer

<sup>82</sup> Defendendo que este tipo de decisões de natureza processual não constituem, por regra, uma sentença, não sendo nessa medida susceptíveis de impugnação autónoma ou de reconhecimento e execução ao abrigo da Convenção de Nova Iorque, veja-se Jeff Waincymer, ob. cit., p. 870.

<sup>83</sup> Quanto a este ponto, veja-se ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *Decisões Interlocutórias e Parciais no Processo Arbitral – Seu Objecto e Regime*, in *Temas de Direito da Arbitragem*, Coimbra Editora, Fevereiro de 2013, p. 182, que se refere a estas decisões como “*simples “ordens ou resoluções de processo” (i.e., decisões com finalidade meramente ordinatória ou instrutória)*”, sustentando que as mesmas podem ser revogadas ou modificadas pelos árbitros a todo o tempo, não tendo, por conseguinte, força de caso julgado formal e não sendo susceptíveis de impugnação perante os tribunais estaduais.

<sup>84</sup> Quanto a esta matéria, veja-se PATRÍCIA DA GUIA PEREIRA, *Fundamentos de Anulação da Sentença Arbitral*, in *O Direito*, 2010 (ano 142.º), pp. 1057-1110.

<sup>85</sup> Defendendo que, não obstante a referência ao artigo 30.º, n.º 1 da LAV, o preceito visa acautelar qualquer violação do *due process*, veja-se MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª ed., Almedina, 2014, p. 303. Também quanto aos princípios por que se deve reger o processo arbitral, veja-se FILIPE ALFAIATE, *A prova em Arbitragem: Perspectiva de Direito Comparado*, in *II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Almedina, 2009, pp. 131-171 (em particular as pp. 150-154).

os seus direitos no processo<sup>86</sup>, ou ainda que não foi devidamente acautelado o princípio do contraditório em sede de produção de prova, tendo essa violação tido influência decisiva na resolução do litígio<sup>87</sup>. Caso as partes ou o Tribunal Arbitral tivessem regulado expressamente os termos em que poderia ocorrer o pedido de apresentação de documentos em poder da contraparte e uma das partes considere que essas regras não foram respeitadas, tendo essa violação tido influência decisiva na resolução do litígio, poderá o pedido de anulação ter por base o disposto na subalínea iv) da alínea a) do n.º 3 do artigo 46.º da LAV<sup>88-89</sup>. Já a hipótese de o Tribunal Arbitral não se ter pronunciado sobre um pedido de apresentação de documentos que lhe tenha sido submetido quando deveria tê-lo feito poderá, eventualmente, ainda cair no âmbito da subalínea v) da alínea a) do n.º 3 do artigo 46.º da LAV.

## V. Conclusão

A questão da admissibilidade ou não de um pedido de apresentação de documentos em poder da contraparte convoca a necessidade de ponderar vários factores, nem sempre de fácil conjugação, como sejam o direito da parte a fazer valer os seus direitos em juízo, o grau de cooperação que pode ser exigido

<sup>86</sup> Quanto a este ponto, sublinhando que, em certas circunstâncias, a não admissão de pedidos de apresentação de documentos em poder da parte contrária pode representar uma violação do direito da parte a defender os seus direitos em juízo, podendo pôr em causa, em última instância, a validade e executoriedade da sentença arbitral, veja-se YVES DERAÏNS, ob. cit., p. 87.

<sup>87</sup> Defendendo uma interpretação restritiva desta alínea, veja-se ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *A impugnação da Sentença Arbitral*, Coimbra Editora, Março de 2014, pp. 42-43: “o incisivo “com influência decisiva na resolução do litígio”, se for entendido à letra, faz recair sobre a parte impugnante o ónus de provar a existência dum ‘nexo causal’ entre a ocorrida violação dum princípio fundamental de processo e a solução dada ao litígio pela sentença impugnada, o que constitui uma verdadeira probatio diabolica”.

<sup>88</sup> Defendendo também aqui uma interpretação restritiva (ou redução teleológica) do preceito, veja-se ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *A impugnação da Sentença Arbitral*, Coimbra Editora, Março de 2014, pp. 50-51.

<sup>89</sup> De notar que, nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 46.º da LAV, estando em causa a violação de uma disposição da LAV que as partes possam derrogar ou de uma regra prevista na convenção de arbitragem, deve a parte invocar de imediato o referido vício no processo, sob pena de se considerar, para todos os efeitos, que a parte renunciou ao direito a impugnar a sentença com esse fundamento. Quanto a esta disposição, sustentando, em linha com vários autores franceses, tratar-se de uma regra de “lealdade processual”, manifestação da “proibição do venire contra factum proprio ou do estoppel”, veja-se ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *A impugnação da Sentença Arbitral*, Coimbra Editora, Março de 2014, p. 109. Também quanto a este ponto, considerando estar aqui em causa uma “regra de preclusão dos fundamentos de anulação”, veja-se MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª ed., Almedina, 2014, pp. 300-301.

tendo em vista a descoberta da verdade material, à luz de padrões de actuação de boa fé, as regras da repartição do ónus da prova ou imperativos de eficiência na condução do processo<sup>90</sup>.

A tendência de regulação pelo mínimo desta matéria seguida por grande parte das leis de arbitragem e regulamentos de instituições arbitrais de referência privilegia a autonomia privada das partes na determinação das regras processuais aplicáveis, bem como o papel dos árbitros na decisão da admissibilidade, pertinência e valor de qualquer prova produzida ou a produzir nos autos. Uma utilização eficiente e justa da possibilidade de recorrer aos arquivos da contraparte exige assim um Tribunal Arbitral firme e disciplinador, capaz de gerir as expectativas das partes (muitas vezes provenientes de tradições jurídicas diferentes) quanto a esta matéria, definir e aplicar critérios objectivos dos quais dependa a admissibilidade destes pedidos, assegurando o cumprimento das regras de *due process* e o respeito pelo princípio da igualdade, e, bem assim, deixar claras à partida as eventuais consequências de um incumprimento do dever de apresentação de documentos, não tendo receio de as aplicar se e quando tal se justifique<sup>91</sup>.

De realçar também o papel dos advogados na optimização prática do recurso a este mecanismo. Desde logo, nas suas interacções com o Tribunal, através da elaboração de requerimentos claros, circunscritos e fundamentados, em linha com a natureza excepcional de que deve se revestir o recurso à contraparte em matéria de prova, bem como da não objecção sistemática e injustificada a este tipo de pedidos, eternizando a troca de requerimentos prolixos sobre a questão. Mas, também, no contacto com os clientes, sensibilizando-os para a necessidade de actuarem de boa fé na recolha e apresentação da documentação com relevo para a decisão da causa.

De assinalar, por fim, a relevância e utilidade, nesta como em outras matérias, das codificações de boas práticas e regras de conduta processual, que vêm incutindo um maior grau de uniformização e previsibilidade à prática arbitral, com a ressalva de que a sua aplicação deve ser moldada e adaptada às circunstâncias de cada caso pelas partes e pelo Tribunal Arbitral, sob pena de deturpação do espírito que presidiu à elaboração destas directrizes, que se pretendem de aplicação flexível.

<sup>90</sup> Quanto a esta ponderação de interesses, veja-se JEFF WAICYMER, ob. cit., p. 838.

<sup>91</sup> Sublinhando os riscos de uma postura de “*laissez-faire*” do Tribunal Arbitral, não assumindo a condução efectiva do processo arbitral, veja-se Filipe Alfaiate, ob. cit., p. 137. Também quanto a este ponto, defendendo que os árbitros devem actuar como “*wise gatekeepers*” da fase de produção de prova, apenas admitindo pedidos dirigidos à contraparte na medida necessária e assegurando a condução rápida e eficiente do processo, veja-se GIACOMO ROJAS ELGUETA, ob. cit., p. 174.



**CUPÃO DE ASSINATURA**

NOME

MORADA

CÓD. POSTAL 



 - 



 LOCALIDADE

TELEFONE 



 N° CONTRIBUINTE

PROFISSÃO

EMAIL

NÚMEROS AVULSO **€80,00**

ASSINATURA (4 NÚMEROS/ANO) **€70,00** (DESCONTO DE 12,5%)  
 COM IVA E DESPESAS DE ENVIO INCLUÍDOS

DESEJO ADQUIRIR A ASSINATURA DA REVISTA **O DIREITO** (4 NÚMEROS) DO ANO

\_\_\_\_\_ DATA 



 - 



 -

ASSINATURA

ESTE CUPÃO DEVERÁ SER ENVIADO PARA  
 ASSINATURA DA REVISTA O DIREITO – JOAQUIM MACHADO, S.A., Rua Fernandes Tomás,  
 n.ºs 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para assinaturas@almedina.net.

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS  
 Telefone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: editora@almedina.net





