



Universidade do Minho
Escola de Direito

DIREITO NA LUSOFONIA

Dizer o Direito: o papel dos Tribunais no séc. XXI, Vol. 2



7º CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITONA LUSOFONIA

DIREITO NA LUSOFONIA

Dizer o Direito: o papel dos Tribunais no séc. XXI

Vol. 2

EDUM Escola de Direito da Universidade do Minho
JUSGOV Centro de Investigação em Justiça e Governação

Outubro 2022

FICHA TÉCNICA

TÍTULO

Direito na Lusofonia. Dizer o Direito: o papel dos Tribunais no séc. XXI. Vol. 2

COORDENADORES

Clara Calheiros

Mário Ferreira Monte

Anabela Gonçalves

Maria Assunção Pereira

REVISÃO

Ana Rita Silva

DATA DE PUBLICAÇÃO

Outubro de 2022

EDIÇÃO

Escola de Direito da Universidade do Minho

Centro de Investigação em Justiça e Governação (Jusgov)

PAGINAÇÃO E DESIGN DE CAPA

Pedro Rito

ISBN

978-989-53342-6-1

ÍNDICE

NOTA DE APRESENTAÇÃO

vii

O aparente divórcio entre a dogmática e a sociologia do direito na fundamentação da decisão judicial

Abel Martins Rodrigues

1

Das garantias da Convenção Europeia dos Direitos Humanos à emergente necessidade da Educação para os Direitos Humanos face à conjuntura pandémica

Ana Cláudia Carvalho Campina

9

O dilema do desenvolvimento africano – A partir de Amartya Sen

David Leão Faria e Raimundo Capitão

17

Dizer direito: novo desafio sociopolítico sobre o ato de decidir em Angola no século XXI

Francisco Gina e João Manuel Francisco

25

Justiça Negociada em Fase de Julgamento

Joana Aguiar Rodrigues

33

A jurisdição brasileira e o papel de seus tribunais no século XXI

Luis Alberto da Costa Araujo

41

Tutela jurisdicional efetiva e dever de fundamentação da decisão

Marco Carvalho Gonçalves

49

Papel da Justiça da Infância e da Juventude na repressão dos perfis de crianças em redes sociais

Moacir Silva do Nascimento Júnior

59

Efetividade e equivalência no pluralismo jurídico da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa

Ricardo Sousa da Cunha

67

Inteligência Artificial e decisões judiciais: breves considerações

Sónia Moreira

77

NOTA DE APRESENTAÇÃO

Direito na Lusofonia

Dizer o Direito: o papel dos Tribunais no séc. XXI, Vol. 2

Este é o segundo volume do livro de atas relativo ao 7.º Congresso Internacional Direito na Lusofonia, subordinado ao tema “Dizer o Direito: o papel dos Tribunais no séc. XXI”, tendo ocorrido, em versão exclusivamente online, nos dias 21 a 25 de junho de 2021.

O Congresso Internacional Direito na Lusofonia é um evento organizado pela Escola de Direito, que tem como objetivo juntar em diálogo juristas de todos os espaços geográficos em que a língua portuguesa foi – e ainda é – veículo de construção normativo-jurídica. Por essa razão, o Congresso tem sido celebrado anualmente, mas alternando a sua sede entre a Escola de Direito e outras instituições localizadas noutros pontos do globo.

Desde a sua primeira edição, o Congresso Internacional Direito na Lusofonia tem tido a participação entusiástica de muitos juristas do espaço Lusófono, de que este segundo volume do livro de atas é testemunho.

Tal como no primeiro volume, a Comissão Organizadora reitera os seus agradecimentos a todas as entidades que vêm apoiando o Congresso: o Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov), que assume a responsabilidade principal pela sua realização, tendo-o integrado no seu programa de atividades plurianual, com financiamento da Fundação para a Ciência e a Tecnologia (FCT), e a Escola de Direito da Universidade do Minho, patrocinadora do evento.

A Comissão Organizadora,

Maria Clara Calheiros / Mário Monte / Maria da Assunção Vale Pereira
Anabela Gonçalves

O APARENTE DIVÓRCIO ENTRE A DOGMÁTICA E A SOCIOLOGIA DO DIREITO NA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

Abel Martins Rodrigues

Investigador do Centro de Estudos Sociais – Universidade de Coimbra

1. Nota introdutória

No início da terceira década do século XXI, a ciência do direito continua a ser largamente tributária das correntes positivistas do século XIX. A ciência do direito é uma ciência de conceitos, que capta a realidade e a dinâmica social através de conceitos, em que a resolução dos conflitos sociais assenta na sua submissão a determinados conceitos. A doutrina, a legislação e a jurisprudência movem-se em torno de conceitos. Estes conceitos proveem, muitas vezes, de outras épocas e de outros contextos históricos. Isto leva a que a ciência avance por arrastamento à dinâmica sociológica da estrutura social.

Na busca da sua autossuficiência, o sistema jurídico vive fechado sobre si mesmo. A decisão judicial, que visa a resolução de conflitos sociais, move-se em torno de uma análise exegética de conceitos. A justiça é alcançada sempre que a decisão judicial encontra os conceitos adequados para enquadrar um determinado conflito e faz uma exposição exegética bem fundamentada das normas jurídicas chamadas ao processo decisório. Todavia, nem sempre este critério metodológico realiza a justiça. Nem sempre a decisão judicial bem fundamentada é justa e tem efeitos pacificadores na sociedade.

2. Uma ciência do direito tributária do positivismo jurídico

A ciência do direito é tributária do positivismo do século XIX. Esta corrente de pensamento perdurou durante o século XX. Hans Kelsen preconizava que a única ciência do direito era a dogmática jurídica¹. No plano da metodologia positivista, assumiu relevo a teoria preconizada por Savigny, que defendia que o juiz, através da subsunção, articulava duas grandezas objetivas – a lei e o caso concreto².

A principal aspiração do positivismo jurídico foi a fundamentação do Estado de Direito, onde a positividade era uma característica essencial de todo o direito objetivo. O positivismo científico regenerou progressivamente num positivismo legalista. As experiências históricas do direito natural e do positivismo jurídico falharam. O modelo preconizado pelo direito natural revelou-se insuficiente para a regulamentação das sociedades complexas do período contemporâneo. Por outro lado, a fundamentação filosófica do positivismo protagonizada por Hans Kelsen na *teoria pura do direito* não era compatível com a dinâmica das sociedades contemporâneas. O dogmático pensa *ex datis*³. A dogmática jurídica, mesmo quando adota uma postura crítica, na análise de uma norma legal, molda-se sempre no quadro dos princípios estruturantes do sistema jurídico. O argumento da dogmática jurídica é sempre imanente ao sistema; o sistema vigente permanece intocado.

3. A não abertura do direito ao contributo das ciências sociais

O direito constitui um sistema fechado. A ideia de sistema constitui a base de qualquer discurso científico, no âmbito da ciência do direito. Na definição clássica preconizada por Kant, um sistema era concebido como a unidade, sob uma ideia de conhecimentos variados ou um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios⁴.

Para Kelsen, a unidade do sistema assentava em categorias puramente formais, que subjaziam a qualquer ordem jurídica imaginável, baseando-se em

¹ Sobre o tema, KELSEN, Hans - *A teoria pura do direito*. 1.ª ed. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 9789724030753. p. 15.

² Sobre o tema, LARENZ, Karl - *Metodologia da ciência do direito*. 1.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. ISBN 9723107708. p. 21.

³ Sobre o tema, KELSEN, Hans - *A teoria pura do direito*. *op. cit.* p. 25.

⁴ Sobre o tema CANARIS, Claus - *O pensamento sistemático e o conceito de sistema na ciência do direito*. 1.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. ISBN 9723107788. p. 81.

conceitos fundamentais. A hermenêutica surgia com a articulação entre os diferentes conceitos, surgindo na ciência do direito diferentes cadeias de derivações⁵.

A jurisprudência dos interesses caracterizava o sistema jurídico como um sistema de decisão de conflitos. Para Heck, existia uma equiparação entre a unidade do direito e a ausência de contradições. A ordem jurídica constituía partes da vida que estavam ligadas entre si através de harmonias e de conexões multifacetadas. Os conceitos jurídicos tinham duas finalidades: por um lado, aligeirar a conceção das realidades complexas; por outro lado, “facilitar a rememoração”, constituindo uma psicologização dos significados dos conceitos como um véículo de auxílio das insuficiências das capacidades humanas de representação⁶.

Todo este património de ideias influenciou de modo decisivo a que o sistema jurídico chegasse ao século XXI fechado sobre si próprio. Este isolamento reflete-se na evolução da ciência do direito e na resolução jurisdicional dos conflitos sociais.

4. A relevância do diálogo entre a dogmática e a sociologia do direito

O diálogo entre a dogmática e a sociologia do direito revela-se fundamental para uma atualização constante do direito face à dinâmica social e para uma maior justeza das decisões jurisdicionais face aos conflitos que visa solucionar. O modo de pensar o direito, dentro das suas fronteiras, é, no contexto das sociedades do século XXI, um modelo esgotado. Como refere o Professor Boaventura Sousa Santos, vivemos num tempo de transição paradigmática. “As nossas sociedades são intervalares, tal como as nossas culturas. Tal como nós próprios. (...) § A transição paradigmática tem várias dimensões que evoluem a ritmos desiguais”⁷. As sociedades do século XXI são complexas. A ciência do direito não deve permanecer tributária da dogmática e da exegese dos grandes princípios jurídicos estruturantes do sistema jurídico, sob pena de se afastar do conhecimento da realidade social que as normas jurídicas pretendem regulamentar. A doutrina, a legislação e a jurisprudência devem acompanhar o ritmo das transformações sociais.

A sociologia do direito tem por objeto o estudo das relações entre o direito e a realidade social, procurando analisar a função regulamentadora do sistema jurídico, a normatividade e o funcionamento das instituições judiciárias, num

⁵ Sobre o tema, KELSEN, Hans - *A teoria pura do direito*. op. cit. p. 45.

⁶ Sobre o tema, LARENZ, Karl - *Metodologia da ciência do direito*. op. cit. p. 71.

⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa - *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência*. 1.ª ed. Porto: Edições Afrontamento, 2000. ISBN 9723605254. p. 16.

dado contexto social. Esta área disciplinar contribui para equacionar os problemas que se colocam a uma política progressista e a uma prática jurídica no início de um novo milénio. A sociologia parte de uma perspectiva externa de análise do direito, baseada em pressupostos cognoscitivos do positivismo sociológico, entrando em crise a partir dos anos oitenta.

A análise sociológica do sistema jurídico implica o recurso a estudos de carácter interdisciplinar e construtivista. A relação entre a sociologia do direito e a ciência jurídica tem sido uma relação conflitual. No ensino do direito e na fundamentação da ciência jurídica, a sociologia do direito foi relegada para um segundo plano e a filosofia do direito, a teoria do direito e a dogmática jurídica continuam, à semelhança do que sucedia nos finais do século XIX e nos princípios do século XX, a ter um papel primacial. A construção teórica da ciência jurídica obedece a mecanismos internos, fundamentando-se em princípios e pressupostos que, em alguns casos, não são os paradigmas sociais dominantes numa determinada sociedade.

5. A insuficiência da exegese de conceitos na fundamentação da decisão judicial

A interpretação jurídica continua a ser tributária da jurisprudência dos conceitos. Esta corrente de pensamento fundamentava-se na racionalidade sistemática e no espírito que herdou do jusracionalismo, do kantismo e do historicismo. O sistema jurídico identificava-se com um sistema de conceitos. Ao intérprete cabia encontrar o sentido, a intenção e a vontade do legislador.

As decisões judiciais procuravam satisfazer determinadas decisões objetivas da sociedade e das suas tendências, num dado período histórico. Os interesses definiam limites à liberdade contratual, à função de crédito ou à retroatividade das leis. A legislação representava um conjunto de interesses de ordem social, cultural, ética e económica.

A jurisprudência dos interesses continha algumas limitações. Para Larenz, a jurisprudência dos interesses representava apenas as causas sociais dos interesses que atuam perante o legislador⁸. Contudo, outros fatores de ordem cultural estão igualmente presentes nessa legislação que expressa um conjunto de juízos de valor.

A legislação, a doutrina e a jurisprudência têm juízos de valor implícitos sobre os conflitos sociais, que estão subjacentes a uma determinada organização social. E nem sempre representam os valores dominantes nessa comunidade. Os valores que estão subjacentes ao pensamento jurídico dominante expressam, por

⁸ Sobre o tema, LARENZ, Karl - *Metodologia da ciência do direito. op. cit.* p. 81.

vezes, um modo de ver a realidade social, de uma pequena elite burguesa, do seu *modus operandi* e do seu *habitus*. A simples referência a causas sociais na motivação das decisões jurisprudenciais não alcança a verdadeira motivação da lei.

Na jurisprudência da valoração, os interesses sociais são subsumidos aos critérios de valor mais profundos. Esta jurisprudência vai considerar a dualidade valor e realidade e dever/dever ser, natureza/cultura como relações cognoscitivas presentes nas ações humanas. O julgador busca encontrar os valores que estiveram subjacentes ao pensamento do legislador. Pensamento e modo de ver o mundo expressam uma ideologia e um contexto histórico pré-datado. O legislador age valorizando os interesses individuais e os interesses gerais da comunidade, ordenando-os de acordo com as circunstâncias históricas concretas. O fim do direito seria realizar os valores dominantes. O fim era um valor racionalmente reconhecido como motivo de conduta. Toda a sociedade obedece a uma tábua de valores de modo que a fisionomia assenta num conjunto de valores que a ordenam.

O legislador, ao estabelecer uma norma, deixa-se guiar por certas intenções e ideais de justiça, ou seja, determinadas valorações. Na aplicação da norma, o juiz faz a valoração de um caso concreto, um julgamento de acordo com as valorações e os parâmetros definidos pelo legislador. Toda a metodologia do processo decisório e da fundamentação judicial move-se num modo idealizado de ver a sociedade estruturada na exegese de conceitos, muitas vezes sem conexão com uma realidade social concreta, onde se move gente de carne e osso.

O poder judicial fundamenta-se numa atividade de valoração e de ponderação assente na hermenêutica jurídica. O grande desafio é ser fiel à objetivação feita pelo legislador na norma e ser capaz de objetivar na sentença as suas próprias valorações de modo fundamentado.

Porém, a decisão judicial não pode ser apenas uma conclusão lógica, devendo captar os significados mais profundos das palavras e das proposições da lei. Na medida em que o fizer, será uma decisão justa para o sistema jurídico e será, naturalmente, confirmada em todas as instâncias de recurso que a lei processual admitir.

Nos casos novos, em que o legislador não se manifestou, entra a ponderação e a razoabilidade da decisão judicial. De certo modo, o juiz está a anteceder-se ao legislador, existindo um confronto entre o poder legislativo e o poder judicial. Todavia, este confronto baliza-se dentro do quadro de valores definidos pelo sistema jurídico. O direito concretiza-se através de um jogo de forças, entre as diferentes teses apresentadas, como produto dado pela hermenêutica, prevalecendo aquela que esteja fundada em argumentação mais convincente.

A sociedade espera que as suas autoridades de justiça encontrem a solução mais razoável e adequada para o caso. Porém, nem sempre isso acontece.

Nem sempre a decisão judicial se adequa à realidade sociológica em que vai ser implementada. Entre as várias interpretações possíveis das normas jurídicas o juiz tende a optar por aquela que melhor corresponda aos valores éticos da pessoa e da convivência social, definidos em termos idealizados pelo legislador e explicitados pela doutrina, que se movem num quadro de valores burgueses.

Toda a interpretação é de natureza axiológica, pressupondo a valorização objetivada das preposições normativas. Toda a interpretação jurídica é condicionada por motivações históricas do sistema jurídico, atendendo à intencionalidade originária do legislador, bem como às situações fáticas e axiológicas supervenientes, procurando estabelecer uma correlação entre as normas, os factos e os valores jurídicos. Isto implica uma confrontação entre as teorias jurídicas e os factos sociais.

A mobilização da ciência jurídica para solucionar um determinado problema jurídico concreto continua a assentar nas diversas escolas metodológicas que surgiram ao longo do século XIX e princípios do século, algumas foram tributárias do formalismo jurídico, outras atribuíram maior relevo a dimensão prática da ciência do direito e aos valores sociais dominantes num determinado contexto histórico.

Conclusão

A hermenêutica jurídica característica do positivismo jurídico teve três fases: a jurisprudência dos conceitos, a jurisprudência dos interesses e a jurisprudência dos valores. Cada fase representou a superação da fase anterior. A jurisprudência dos interesses representa a superação da jurisprudência dos conceitos, que assentava na ideia de que o direito provinha de fonte dogmática. A ciência do direito preocupava-se com unidade e sentido oferecido pela orgânica das instituições, procurando extrair das antigas instituições do direito as proposições, que pudessem ser aplicadas em períodos posteriores, em diferentes épocas e em diferentes lugares, tornando a ciência do direito universal.

Porém, nenhuma destas correntes de interpretação recorreu aos processos metodológicos da sociologia do direito, que é uma parte da sociologia que está ligada ao fenómeno jurídico e tem sido subalternizada, no âmbito da formação do jurista e do desenvolvimento da ciência do direito em geral. A definição do sistema jurídico não recebeu (nem recebe) o contributo da sociologia do direito. O sistema jurídico vive fechado sobre si próprio e é unicamente tributário da dogmática jurídica.

O direito em substância é uma técnica de tutelar liberdades, visando promover a igualdade e o bem-estar social. Mas também é um instrumento de controlo social, levando a que alguns segmentos sociais tenham controlo sobre outros. Analisa o modo como as normas são produzidas e aplicadas e analisa

os resultados da sua aplicação. Sem o contributo da sociologia do direito, por melhor que sejam cunhados os valores dominantes no sistema jurídico e por melhor que sejam fundamentadas as decisões judiciais, recorrendo às melhores teorias exegéticas dominantes, corre-se sempre o risco de existir decisões judiciais bem fundamentadas mas socialmente obsoletas e injustas.

DAS GARANTIAS DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS À EMERGENTE NECESSIDADE DA EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS FACE À CONJUNTURA PANDÉMICA

Ana Cláudia Carvalho Campina

Universidade Fernando Pessoa, Porto – Portugal

1. Do combate à Pandemia ao impacto das Políticas de Direitos Humanos na Europa: perigos e emergentes ações dos Estados

Desde que se fundou o Conselho da Europa que nunca houve um desafio tão complexo que se apresentou aos governos e às sociedades como aquele que a Pandemia da COVID-19 tem exigido. Milhões de seres humanos perderam as suas vidas, os serviços de saúde atingiram o seu limite, milhões perderam os seus trabalhos e os consequentes confinamentos têm gerado complexas restrições e consequentes mudanças na forma de estar e viver, trabalhar e comunicar.

A vida da Humanidade foi afetada desde 2020 de forma inquestionável pela Pandemia, a qual perdura até aos nossos dias. Esta conjuntura colocou um grande desafio aos seres humanos, aos Estados, às Instituições – políticas; jurídicas; judiciais; económicas e financeiras; culturais; religiosas e, de forma particular, sociais – de caráter internacional e com repercussões nas mais distintas dimensões das Nações. Foquemo-nos no âmbito da proteção, garantia e promoção dos Direitos Humanos, nas suas múltiplas dimensões, considerando os novos contextos e necessidades inerentes, nas suas múltiplas vulnerabilidades e

constrangimentos para uma efetiva implementação. Porém, a Humanidade continua a enfrentar os problemas que já existiam e persistiam antes da Pandemia, mas que se têm adensado, em particular os mais gravosos, tal como os conflitos armados, a pobreza, o desemprego, as fragilidades económico-financeiras, os constrangimentos de acesso aos cuidados saúde, as migrações e os refugiados em situação complexa, entre muitos outros que ocorrem na comunidade internacional. É flagrante que estes se tenham acentuado de forma muito preocupante, como as desigualdades entre os povos do mundo, nomeadamente no combate à Pandemia, nas suas múltiplas facetas, maioritariamente por questões de gestão e posicionamentos políticos divergentes, com consequências muito sérias para a vida dos indivíduos, como colocar em causa a sua sobrevivência.

Entende-se assim que é da maior importância, para a ciência jurídica e política, analisar a garantia da Convenção Europeia dos Direitos Humanos no que concerne à necessidade da Educação para os Direitos Humanos face à conjuntura decorrente da Pandemia.

Esta investigação da qual decorre o presente artigo/conferência teve início ideológico aquando da participação na obra conjunta *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais* sobre a “Educação para os Direitos Humanos”¹, pesquisa, investigação e produção que têm sido continuadas em diversas perspetivas e análises científicas, dada a sua complexidade e manifesto interesse para a Academia e como contributo para a Ciência Política. Como nota, este trabalho foi realizado sob metodologia qualitativa, realizado numa pesquisa exploratória, com um fim interpretativo da legislação e da ação do Conselho da Europa e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Partindo da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o Conselho da Europa e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos foram desde o início, como o são hoje, um importante contributo e intervenientes ativos na proteção, promoção e garantia dos Direitos Humanos, nos planos regional – Europa – e internacional. Considerando que a Convenção foi o primeiro Tratado de âmbito regional em matéria de Direitos Humanos, não só reconheceu tais Direitos, como definiu mecanismos de controlo, procedimentos e a sua execução, tal como se tem revelado um instrumento essencial para os Estados-Membros do Conselho da Europa, como na parceria e ação conjunta com outros Estados, tal como os Observadores, e ainda na crucial ação concertada nas relações com outras Organizações e Instituições Internacionais. Quanto ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, importa evidenciar a estreita parceria com outros Tribunais Interna-

¹ CAMPINA, A. - A Educação para os Direitos Humanos. In ALBUQUERQUE, Paulo P. (Org.) - *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*. Universidade Católica Portuguesa Editora. Coleção Comentário de Leis. 2019. ISBN 9789725406717. Vol. III. pp. 3284-3300.

cionais e mesmo nacionais de diferentes Estados, como um exemplo no âmbito judicial.

Com base no último relatório de 2021 – *State of Democracy, Human Rights and the Rule of Law – a democratic renewal for Europe*² do Secretariado-Geral do Conselho da Europa –, Marija Pejčinović Burić, a Secretária-Geral dos 47 Estados-Membros, afirma que “há um explícito e preocupante retrocesso democrático”, afetando negativamente os Direitos Humanos e o Estado de Direito. Este Relatório diagnostica uma panóplia de sérios problemas que decorrem da Pandemia do Coronavírus, ou seja, todo um conjunto de ações que foram tomadas pelas autoridades nacionais como resposta ao complexo contexto. No entanto, há um agravamento perigoso e ameaçador da cultura democrática, promovido pelos próprios governos e, no contexto, legitimados e acatados pelos cidadãos. Segundo este Relatório, os Estados têm de atuar de forma a inverter esta tendência, renovando e reformando a democracia europeia, criando um ambiente no qual os Direitos Humanos e o Estado de Direito possam desenvolver-se e implementar-se junto dos cerca de 830 milhões de pessoas que vivem na área abrangente do Conselho da Europa.

Em conformidade com este relatório, desenvolvido com o contributo das diferentes estruturas desta Organização, e com especial enfoque no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, o desenvolvimento das áreas da independência das instituições políticas e judiciais, a liberdade de expressão e de associação, a dignidade humana, a luta contra a discriminação e ainda a participação democrática apresentam-se como grandes desafios para os Estados-Membros do Conselho da Europa, dadas as suas vulnerabilidades e violações “legitimadas” no contexto pandémico.

Decorrem, assim, as seguintes orientações que são reveladoras das necessidades estratégicas: as autoridades nacionais devem basear o seu posicionamento e ação nos princípios³ democráticos *standard* do Conselho da Europa e, de importância maior, aplicar as deliberações decorrentes dos Acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos como medida de justiça e corretiva de atos e ações violadoras de direitos fundamentais. Ainda, todas as restrições e medidas inerentes ao combate à COVID-19 deverão restringir-se ao estritamente necessário, nas devidas proporções e sempre com limitação temporal; e, finalmente, as autoridades nacionais deverão implementar uma cultura democrática efetiva,

² Report by the Secretary General of the Council of Europe: *State of democracy, Human rights and The rule of law: A democratic renewal for Europe* (2021). Disponível na World Wide Web: <https://rm.coe.int/annual-report-sg-2021/1680a264a2> [consultado em 12 de maio de 2021].

³ No Preâmbulo da Convenção Europeia dos Direitos Humanos pode ler-se que «Considerando que a finalidade do Conselho da Europa é realizar uma união mais estreita entre os seus Membros e que os meios de alcançar esta finalidade é a proteção e o desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais».

promovendo um discurso, ações e exigências à sociedade, assim como legislação que garanta tal cultura no espaço cívico, evitando qualquer restrição ou violação de tais direitos, promovendo uma efetiva integração de todos numa sociedade de plena cultura democrática.

Desta conjuntura global sem precedentes que a Humanidade vivencia, Estados, Instituições e os atores políticos veem-se obrigados a adaptar-se permanentemente aos desafios, maioritariamente inesperados, os quais têm de ser superados, sobretudo no que concerne ao combate à Pandemia e aos seus impactos, numa meticulosa estratégia de proteção dos indivíduos. Porém, urge que todos façam um permanente esforço de interpretação e resposta, num processo dinâmico que exige garantia de proteção dos Direitos Humanos, através de políticas públicas consistentes e ações interdisciplinares que envolvam uma emergente Educação para os Direitos Humanos. Por isto, o Conselho da Europa tem promovido uma sensibilização junto dos seus Estados-Membros sobre a inequívoca importância da cooperação governamental, como é o exemplo da utilização da Inteligência Artificial no combate à COVID-19, porém, os eixos estratégicos devem visar a proteção das pessoas, da democracia e da intervenção, com o fim de impedir a continuação do perigo que tem representado o aprofundamento das desigualdades sociais. Daí que, no passado dia 11 de maio de 2021, aquando da comemoração do 10.º Aniversário da Convenção do Conselho da Europa, a propósito da prevenção e combate à violência contra as mulheres e violência doméstica, conhecida como Convenção de Istambul, tenha sido enunciada a necessidade de uma aproximação proativa para que os desafios e constrangimentos relacionados com os Direitos Humanos, associados à COVID-19, sejam estrategicamente superados, apoiados de forma inequívoca nos princípios e nos valores da Organização, os quais têm de nortear os seus posicionamentos nacionais, regionais e internacionais.

2. Educação para os Direitos Humanos: da necessidade à estratégia de garantia política e jurídica de proteção no Estado de Direito

Considerando a conjuntura atual internacional dos Direitos Humanos, no plano comunicacional, pode afirmar-se que existe uma complexa e controversa situação, a qual está envolta pela linguagem “contaminada” de conceitos erróneos, adulterados, e/ou dúbios, imprecisos sobre inverdades. Ainda que seja inquestionável que a *desinformação* é proliferada pelos meios mais diversos, mais amplos e menos éticos ou deontológicos, podemos afirmar que os Direitos Humanos e as liberdades fundamentais estão seriamente “ameaçados” pela manipulação apoiada, não em factos, mas em adulterações da verdade. Esta realidade exige toda uma estratégia e trabalho metuculoso e transversal, sobretudo em prol da educação e

de uma necessária pedagogia para os Direitos Humanos. Sob pena de a violência e as violações se tornarem incontroláveis pela criação da Opinião Pública adulterada, de promoverem e permitirem ações comportamentais apoiados e sob o controlo das “massas” movidas pela proliferação de notícias e informações, num curto espaço de tempo e, sobretudo, sem que seja possível identificar a(s) fonte(s) de informação, o que, consequentemente, impede o controlo dos efeitos nefastos, os quais habitualmente perduram demasiado no tempo e violam os direitos fundamentais.

A Educação para os Direitos Humanos, há muito assumida pelo Conselho da Europa como estratégia de promoção, defesa e garantia de um ambiente democrático na Europa, reforça a integração dos indivíduos na sociedade, numa democracia plena, num Estado de Direito. A Pandemia tem exigido uma ação conjunta no âmbito desta Educação, visando uma informação estruturada, devidamente fundamentada – jurídica, judicial, económica e politicamente –, que seja transversal e abranja tantos quanto possível, sustentando as ações governamentais que, em algumas circunstâncias, têm sido violadoras dos Direitos e das liberdades individuais, muito além do que seria necessário, gerando perigosas restrições à Democracia, à dignidade e à segurança.

Ainda que seja uma necessidade permanente, é crucial que Governos, Estados e a comunidade internacional assumam a missão emergente de promover uma ajustada ação de capacitação e informação junto da sociedade em geral, e dos cidadãos em particular, sobre os seus Direitos, sobre os seus Deveres, assim como sobre os mecanismos, Instituições, Organismos e Organizações aos quais podem recorrer eu/ou reivindicar proteção e apoio nas mais distintas dimensões da sua vida, sobretudo nos planos jurídico e judicial.

No que concerne à Educação para os Direitos Humanos e o papel do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, importa salientar a sua intensa ação judicial, com resultados muito diversos e da maior relevância no plano da denúncia, julgamento e deliberações para cidadãos e Estados. Toda a sua ação se apoia na proteção e na implementação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos seus Protocolos, mas também, e em particular, no tratamento judicial de casos ilustrativos da missão de implicar a justiça na efetivação da Educação Social. Por conseguinte, partindo de uma análise e diagnóstico dos problemas e casos mais específicos do Tribunal, importa que haja uma perceção da estratégia de ação e deliberações, apoiadas na consciência da(s) realidade(s), e, ainda, dos verdadeiros problemas que têm sido objeto de violação dos Direitos Humanos reconhecidos na Convenção.

Neste âmbito, no contexto do Sistema das Nações Unidas e adentro do Conselho da Europa, no que concerne aos Direitos Humanos e à inerente diversidade de áreas de intervenção, foram, necessariamente, selecionadas quatro grandes áreas consideradas basilares: o Direito à Vida; a Proibição da Discrimi-

nação; a Liberdade de Expressão; a Liberdade de Pensamento, Consciência e Religião. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem desempenhado um papel da maior importância pela informação sobre os casos, em julgado e julgados, prestada pelos Comunicados de Imprensa (*Factsheets*). Estes descrevem os factos e, por conseguinte, pela publicitação dos Acórdãos e dos seus detalhes, como instrumento de disseminação da informação. Esta informação de livre acesso tem sido manifestamente importante por ser acedida pelos meios de comunicação social internacionais, como fonte credível, o que tem prevenido manipulações e especulações, assim como promoção das denúncias e ações judiciais envolvendo cidadãos e Estados na proteção, defesa e consequente promoção dos Direitos Humanos. À sociedade em geral acresce a possibilidade dos cidadãos poderem aceder livre e gratuitamente a todos os Acórdãos, com acesso a informação sumária, a comentários e interpretações, o que gera consequentemente a disseminação dos Direitos Humanos, das violações mais diversas e das ações julgadas, sendo uma excelente estratégia e instrumento de Educação para os Direitos Humanos.

Mais do que os mais distintos contextos políticos e governamentais, sociais e sociológicos, económico-financeiros, culturais e/ou religiosos, jurídico-legais e/ou judiciais, que no contexto pandémico, gerou um novo padrão de restrições e de violações “legitimadas” dos Direitos Humanos, particularmente durante o ano de 2020 e na primeira metade de 2021, não permitiu amplas margens de atuação, porém obrigou a uma ação conjunta urgente. Tomando todos estes detalhes em consideração, justifica e revela-se como basilar que o Conselho da Europa tenha como prioridade e promova uma comunicação e informação explícitas, visando a Educação para os Direitos Humanos para todos.

Considerando que os meios de comunicação social têm apostado na geração e consolidação de uma credibilidade que seja intocável, junto de todos os seus interlocutores da sua ação, ainda que seja um meio sustentado por poderes financeiros, num seio de competitividade, no plano objetivo (discursivo) de promoção de pluralismo e diversidade cultural, certo é que estes meios têm apostado igualmente em fontes e ações comunicacionais vulneráveis dado que assentam em as divergências e manobras de funambulismo são dificilmente identificáveis. Estes dois posicionamentos díspares dos meios de comunicação revelam simultaneamente potencialidade e perigosidade, revestindo-se de complexidade no seu tratamento, gerando as maiores e mais diversas violências e violações de Direitos e liberdades Humanas e Fundamentais. Por isso, exige-se um árduo e permanente trabalho para garantir e uma efetiva implementação da Convenção Europeia do Direitos Humanos e, sempre que necessário, a atuação do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.⁴

⁴ “COVID-19 – Human Rights are more important than ever in times of crisis”. Disponível na World Wide Web: <https://www.coe.int/en/web/portal/covid-19> [consultado em 14 de maio de 2021].

Assim, se aos Estados se impõe a necessidade de garantir a eficácia do ordenamento jurídico e da ação judicial, eficiente, imparcial e independente, como pilares do Estado de Direito, ao Conselho da Europa cumpre a orientação e apoio jurídico e procedimental, dando resposta às necessidades permanentes e emergentes, e ao Tribunal a ação judicial, sendo que ambos e têm a missão de Educação para os Direitos Humanos. E com a pandemia, esta conjuntura revelou-se uma emergência global. Em suma, neste contexto adverso e exigente, cabe às instituições e aos atores políticos (internacionais e estatais) a assunção da responsabilidade e a garantia das necessárias reformas jurídicas, judiciais ou políticas, com o objetivo de respeitar os valores e princípios decorrentes da Convenção Europeia dos Direitos Humanos pela ação do Conselho da Europa e do Tribunal. E se a conjuntura é complexa e, em diversas áreas, imprevisível, exige ser interpretada como o contexto ideal para assegurar a implementação desta estratégia de Educação para os Direitos Humanos, sobretudo com a “Justiça Digital”. Durante a Pandemia, esta tem sido melhorada, mais eficiente, mais célere e mais efetiva na proximidade com os cidadãos, o que se pode afirmar como um avanço de relevada importância⁵.

No contexto pandémico, apesar de todas as complexidades emergentes, o Conselho da Europa, na persecução da Convenção Europeia, tem apoiado e instruído os Estados para ações proativas, tendo por objetivo as alterações jurídico-legais necessárias às efetivas necessidades, para a permanente persecução da criação de uma sociedade democrática e livre, sem pressões ou controlos que violem estes princípios normativos e onde a violência seja uma realidade num contexto já muito difícil *per si*. Mas sobre este Direito Humano e Fundamental, como todos os outros, há ainda uma conjuntura de violência, violação por outros indivíduos ou mesmo pelos Estados, exigindo medidas efetivas de todos, onde a Educação é uma importante estratégia, como tem sido provado nas mais díspares circunstâncias.

Considerando a sua importância e efeitos na vida dos cidadãos, dos Estados e da Comunidade Internacional, de forma particular no contexto pandémico, importa que se envolva e trate cuidadosamente da Opinião Pública. Ainda que naturalmente envolvida em crenças, ideologias, motivações e manipulações, a Opinião Pública posiciona-se frequentemente apoiada em motivações emocionais, sob uma perigosa dependência de plataformas, redes e grupos virtuais, os quais geram adulteração de informação e, conseqüentemente, comportamentos perigosos e violentos. Assim, este é um contexto perigoso pelos danosos e negativos impactos no discurso do ódio, desinformação envolta em contextos ilusórios e inverdades, e gerando comportamentos e manifestação de opiniões violadoras

⁵ “More inter-governmental cooperation is needed using Artificial Intelligence to fight Covid-19 Coronavirus”. Disponível na World Wide Web: <https://www.coe.int/en/web/portal/covid-19> [consultado em 14 de maio de 2021].

dos princípios democráticos e do Estado de Direito, sobretudo sem possibilidade de punição ou julgamento judicial. Decorre uma promoção de Educação para os Direitos Humanos, com foco nos direitos, mas também nos deveres, com a sensibilização, mas também com a responsabilização individual e institucional, com uma base jurídica bem definida e uma ação judicial concertada, apoiada na ação política nacional e internacional. Urge que se atue em prol de um Discurso de Direitos Humanos que seja promotor e permissivo da reivindicação de Direitos, que não inclua, previna e evita a crítica sem devida fundamentação, nem a proliferação de visões condicionadas, frequentemente apoiadas em informações falsas ou cuja verdade esteja adulterada. Em Democracia e no ambiente que o Conselho da Europa defende e promove, urge que se atue efetivamente em prol da liberdade de expressão, mas que se denuncie as violações. Importa ainda salientar que a ação antidiscriminação tem que ser imediata e efetiva devido ao agravamento do discurso de ódio que se traduz em ações criminosas contra Judeus, Muçulmanos, Roma, Negros e outras minorias, o que destrói o direito fundamental à diversidade e exige políticas de inclusão efetivas.

Conclusão

Apesar de este ser um tema que naturalmente fica com tudo “em aberto” e exigindo uma investigação e produção científica permanente, em jeito de conclusão, importa evidenciar que o contexto decorrente da situação pandémica mundial tem sido muito facilitador para a violação dos Direitos Humanos, sendo que o Conselho da Europa e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos têm desenvolvido uma ação ininterrupta que visa a garantia de proteção dos milhões de seres humanos que vivem no espaço do Conselho da Europa. A ameaça à Democracia, aos Direitos Humanos e ao Estado de Direito tem sido o eixo estruturante da sua ação junto dos Estados, tal como uma fundamentada intervenção em prol da Educação para os Direitos Humanos como estratégia de promoção de uma cultura que responsabilize os governos da dupla exigência, isto é, o combate à Pandemia e a proteção dos Direitos Humanos. Importa que todos estejam despertados para os limites que têm de existir na ação dos Estados e das Instituições Internacionais, assim como para os mecanismos e instrumentos ao dispor dos cidadãos para reivindicar os seus Direitos e denunciar as violações e violência cometidas. Os desafios são muitos e muito exigentes para todos, mas é crucial que todos atuem em prol da construção e vivência da cultura democrática onde todos têm de estar integrados e ativos no sistema dos Estados e da Comunidade Internacional.

O DILEMA DO DESENVOLVIMENTO AFRICANO – A PARTIR DE AMARTYA SEN

David Leão Faria

Doutor em Ciências Sociais

Professor Auxiliar da Faculdade de Ciências Sociais da Universidade Agostinho Neto – Angola

Raimundo Capitão

Doutor em Filosofia Social e Política

Consultor do Ministro do Ministério das Obras Públicas e Ordenamento do Território – Angola

Vice-Presidente P/ Assuntos Académicos do Instituto superior Metropolitano de Angola – IMETRO

Professor Auxiliar da Faculdade de Ciências Sociais da Universidade Agostinho Neto – Angola

1. O dilema

Thomas Sankara, um jovem presidente burquinabê, reclamava, na década de 1980, uma África com identidade própria, defendendo a ideia de um continente capaz de criar as suas próprias condições de progresso, mediante uma marca identitária que libertasse, em definitivo, o continente da dependência exterior. O jovem presidente africano defendeu um mercado e uma tecnologia de produção e consumo internos como ressonância que entoaria em toda a parte e guindaria o continente para um desenvolvimento sem retorno. Para Harsch¹, hoje, mais de três décadas passadas sobre o assassinato do jovem revolucionário Thomas Sankara, a África continua na penumbra da liberdade e o desenvolvimento continua uma autêntica miragem. O desenvolvimento tem sido interpretado como o motor principal para a dinamização das próprias sociedades, pelo que este processo exige efetivamente uma harmonização com os princípios morais e éticos conducentes à sua humanização. Isto implica objetivamente con-

¹ HARSCH, Ernest - *Thomas Sankara: An African Revolutionary*. Ohio University Press, 2014.

siderar sempre o homem como o centro de toda a atenção, dando-lhe a liberdade que reclama e da qual necessita para conduzir o seu próprio desenvolvimento.

É efetivamente esta liberdade que Amartya Sen defende na sua obra *Desenvolvimento como Liberdade*, do original *Development as Freedom*; é sumamente importante lembrar a perspectiva de Sen em relação ao processo de desenvolvimento, porquanto o dilema africano é cada vez mais evidente, em virtude das posturas que adotam para a organização das suas estruturas políticas das sociedades, fixadas no crescimento das suas economias, em detrimento do desenvolvimento das pessoas.

No estudo realizado a pedido do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), com um título bastante sugestivo, *Ensaio sobre a Filosofia do Novo Desenvolvimento*, por um autor francês, professor no Collège de France, François Perroux escreveu que “a problemática do desenvolvimento é, também, a chave da compreensão do presente e do real”². Com isto, pretende sublinhar, sobre o estado dos processos de desenvolvimento, “no seu conteúdo crítico e positivo, a expressão de uma exigência na qual é necessário reconhecer a visão racional do presente”³. Assim, terá esclarecido que se tratava de “uma claridade nos desafios tenebrosos de um fim de século, ou as primícias de um projeto que dá aos nossos potenciais a forma dos nossos desígnios”⁴.

Para ele, o filósofo desempenha um papel esclarecedor. Apesar dos riscos, num panorama em que os atos e as ideias padecem com os limites dos egoístas e das ideologias, o filósofo faz sempre prevalecer o mérito esclarecedor dos esforços do pensamento. Entretanto, o vocábulo ‘desenvolvimento’ encontra inúmeras ambiguidades. Sendo um termo multidimensional, oferece obscuridade, quando se pensa principalmente que é um termo que invoca devir, mudança e evolução. Porém, é possível explorá-lo em duas perspectivas: ideológica e utópica.

Esta forma de interpretar o desenvolvimento foi apresentada por Mário Murteira, para distinguir este conceito do subdesenvolvimento, quando afirmava que, para nos entendermos sobre a questão, convém, desde logo, distinguir o desenvolvimento como ideologia, utopia e prática social. O egípcio Samir Amin⁵, citado por Mário Murteira, faz efetivamente uma análise brilhante, quando procura interpretar o processo histórico da questão do desenvolvimento e do subdesenvolvimento no contexto do materialismo histórico. No entanto, o que aqui

² PERROUX, François - *Ensaio Sobre A Filosofia do Novo Desenvolvimento*. Trad. de L. M. M. Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987, p. 11.

³ *Idem, ibidem*.

⁴ *Idem, ibidem*.

⁵ AMIN, Samir - *Classes e Nações no Materialismo Histórico*. Lisboa: Moraes 1981.

está subjacente e importa frisar é a questão de se saber como aferir efetivamente o crescimento, desenvolvimento e subdesenvolvimento.

“Economic Development is the primary objective of the majority of the world’s nations. This truth is accepted almost without controversy. To raise the income, well-being, and economic capabilities of peoples everywhere is easily the most crucial social task facing us today”⁶.

Evidentemente, um dos principais objetivos de qualquer sociedade é posuir um desenvolvimento económico robusto e sólido e o objetivo bem delineado da teoria económica é procurar efetivamente demonstrar como se pode explicar este fenómeno. Deste modo, para Mário Murteira⁷, o crescimento económico constitui um objetivo bem definido pela teoria económica. Trata-se, afinal, de explicar o aumento regular da produção de bens e serviços que se observa a partir de uma época relativamente recente da história das sociedades humanas. Este autor entende, ainda, que o crescimento económico não passa de uma abstração criada pelo pensamento dos economistas, defendendo que o que há é, na realidade, uma mudança social global, das instituições e mentalidades, dos sistemas produtivos e valores das tecnologias e dos níveis e modos de vida dos indivíduos.

De qualquer modo, este autor explica que, com base neste pensamento, surge uma problemática bem mais complexa e difusa, que é a problemática do desenvolvimento e subdesenvolvimento. Retomemos, então, a sua distinção do subdesenvolvimento, nas três vertentes já enunciadas: ideologia, utopia e prática social. De acordo com Mário Murteira, é atribuída a um autor africano a afirmação de que o desenvolvimento é a maneira como o ocidente se julga a si próprio. Logo, para ele, é irrecusável afirmar que desenvolver é, de tal sorte, também ocidentalizar. É uma tentativa de procurar aproximar, de facto, as sociedades não desenvolvidas às sociedades ocidentais, tidas como desenvolvidas.

2. O sentido do desenvolvimento

Esta ideia de considerar e ligar o desenvolvimento ao ocidente parece que obedece a algumas características com ramais de provocação. Este pensamento, a que Mário Murteira apelidou de deformação ideológica, não parece ser alheio às principais estratégias levadas a cabo nos processos de cooperação para o desenvolvimento dirigidos para os países pobres. Esta questão da cooperação para o desenvolvimento direcionada aos países em desenvolvimento foi oportunamente explorada por Carlos Pimenta⁸ (2007), nos seus apontamentos – com um

⁶ RAY, Debraj - *Development Economics*. New Jersey: Princeton University Press, 1998, p. 7.

⁷ MURTEIRA, Mário - *Lições de Economia Política do Desenvolvimento*. Lisboa: Presença, 1990.

⁸ PIMENTA, Carlos - Embuste do Desenvolvimento. *Africana Studia. Revista Internacional de Estudos Africanos*. Vol. 10 (2007). Porto. pp. 89-154.

interessante título: “Embuste do Desenvolvimento”. O autor inicia uma viagem na desconstrução de alguns mitos acerca do conceito de desenvolvimento, disposto a libertar os seus leitores para aquilo que considerou algumas ideias feitas. Para o efeito, recorreu a um livro com um título também peculiar, *Cooperação Sem Desenvolvimento*, da autoria do professor Milando, que inicia a apresentação das suas ideias com três importantes distinções sobre o conceito de desenvolvimento, começando assim: “Importa distinguir três dimensões diferentes do «desenvolvimento». Em primeiro lugar, distingue-se o «desenvolvimento-processo», isto é, o conjunto de práticas e dinâmicas sociais em curso, tendo como mentores principais os «operadores de desenvolvimento». Incluem-se, aqui, as políticas, as organizações, as instituições, os profissionais e os terrenos de exercício que existem e se reproduzem em torno da noção de desenvolvimento. Estes elementos configuram dinâmicas sociais facilmente identificáveis pelos dispositivos metodológicos que engendram e tentam pôr continuamente em prática. Uma outra dimensão do fenómeno de desenvolvimento é designada por «desenvolvimento-resultado» e refere-se aos resultados reais que a primeira dimensão produz. Finalmente, em terceiro lugar, há o «desenvolvimento utopia»”⁹.

Os apontamentos de Carlos Pimenta reforçam a ideia da existência de uma correlação de forças de plano inclinado e desfavorável para a África, pelo que apela a que se repense os conceitos, porque não é incrível assistir-se à cooperação contra o desenvolvimento, ao referir que Milando já nos tinha chamado a atenção para a possibilidade de haver cooperação sem desenvolvimento. Aqui, o desenvolvimento assume um disfarce com os princípios metodológicos de ciência: pretende-se evidenciar o que é, quando, na verdade, aponta para o que deve ser. Ao passo que, de um modo bastante denunciado, a utopia¹⁰ procura contrariar a realidade, apresentando-se como um ótimo social, quando se propõe corrigir as imperfeições do real.

Importa salientar a impraticabilidade da conceção da estratégia do desenvolvimento em ambas as perspetivas, tanto a ideológica como a utópica. Se for considerado que o desenvolvimento se manifesta nos processos de transformações ou mudanças sociais promovidas pelo fator de mudança económico, significa então dizer que o próprio sistema capitalista do mundo se associa a estas mudanças do fator económico das sociedades. É isso que nos pretendem efetivamente dizer os ensinamentos de Marx e Schumpeter acerca do desenvolvimento económico. Schumpeter, tal como demonstrou na *Teoria do Desenvolvimento Económico*¹¹, procurou anunciar uma teoria puramente económica de mudança,

⁹ Apud PIMENTA, Carlos - Embuste do Desenvolvimento. *op. cit.* p. 95.

¹⁰ A palavra “utopia” deriva do grego e significa “em parte alguma”.

¹¹ SCHUMPETER, Joseph A. - *The Theory of Economic Development*. Havard: Harvard University Press, 1934.

que não dependesse exclusivamente dos fatores externos que impulsionam o sistema económico de uma forma de equilíbrio à outra. O pensamento económico de Schumpeter parece, em muito, por exemplo, aqui convergir com as ideias sobre o pensamento económico de Karl Marx. Embora o autor se demarque, em parte, de Marx, já mostrou a admiração que também tem por ele. Com firmeza, sempre defendeu que a análise económica não se dissocia da ciência. Portanto, para ele, é ciência económica, na qual deve estar presente a estatística, assim como a sociologia económica e a história económica. Efetivamente, para a ciência da economia, a teoria é incontornável. Refuta veementemente que a teoria do desenvolvimento seja apenas economia, tal como se lhe oferece na maior parte das abordagens acerca do assunto. Por isso, entende, tal como Marx, a necessidade de se lhe aplicar um conteúdo metodológico. De acordo com Schumpeter¹², o progresso da economia como ciência dependia de visão e técnica.

3. Desenvolvimento e materialismo histórico

Podemos, então, continuar na esfera da consideração do conceito de desenvolvimento, como já foi referido, como ideologia, utopia e prática social. O materialismo histórico de Samir Amin aconselha a evitar a redução do ocidentalocentrismo do marxismo e a acolher apenas os conceitos fundamentais do materialismo histórico que têm validade universalmente. Isto apela a que se observe outros conceitos no que diz respeito ao modo de produção e formação social, preterindo, quase sempre, os que inculcam objetivamente para um único segmento histórico.

Tal como o desenvolvimento, o conceito de subdesenvolvimento está, também ele, envolto em considerações polissémicas. Por essa razão, também há uma determinada dificuldade em matizar convenientemente sem incorrer em incoerências involuntárias. E foi por essa razão que António Rebelo de Sousa¹³ se precipitou a afastar os fantasmas da inconformidade e afirmou que não se afigura fácil definir, de uma forma concisa, o conceito de subdesenvolvimento, tal como para Schumpeter¹⁴, porque o subdesenvolvimento se apresenta com características diversas, consoante os casos, sendo, ainda, manifestada uma certa relatividade deste conceito. Embora não tenha feito considerações com vista a um esclarecimento a respeito da sua afirmação quanto às diferenças entre os conceitos de crescimento e de desenvolvimento económico analisados por Schumpeter,

¹² SCHUMPETER, Joseph A. - *Teorias Económicas de Marx a Keynes*. Trad. R. Jungman. R. J. Zahar, 1970.

¹³ SOUSA, António Rebelo de - *Da Teoria Económica à Teoria do Desenvolvimento*. Porto: LCE. Editora, 1980.

¹⁴ SCHUMPETER, Joseph A. - *The Theory of Economic Development*. *op. cit.*

em *The Theory of Economic Development*, nesta obra, o autor afirma que o crescimento económico se regista quando as modificações nos dados económicos, que ocorrem continuamente no sentido do seu acréscimo ou decréscimo por unidade de tempo, possam ser correntemente absorvidos pelo sistema, sem distúrbios perceptíveis. O que fica subjacente na afirmação do autor é que o mais importante para se fixar nos princípios de proximidade do crescimento económico com o ponto de equilíbrio anterior é a diferença de perceção conceptual de crescimento do desenvolvimento económico. Este implica saltos quantitativos e modificações qualitativas no processo económico, as quais derivam, por sua vez, de inovações introduzidas nesse processo por agentes interiores.

De qualquer modo, a necessidade de se perceber as razões que estão na base da disparidade dos modos de vida das sociedades – em que algumas são consideradas desenvolvidas e outras subdesenvolvidas, agora meigamente apelidadas em desenvolvimento – exige uma reflexão e explicações que se impõem. Por que razão, por exemplo, Angola, República Democrática do Congo e Moçambique são considerados países subdesenvolvidos, e países como Inglaterra, Suécia e Irlanda são tidos como países desenvolvidos? Os recursos naturais abundantes no primeiro grupo de países da África subsariana, que referimos como exemplos, e escassos no segundo grupo teriam porventura constituído um ponto forte no processo de desenvolvimento daqueles países.

Segundo Sousa¹⁵, ao debruçar-se na análise sobre o subdesenvolvimento, subjazem, numa primeira abordagem, alguns aspetos distintivos que geralmente caracterizam os países tidos como subdesenvolvidos, como deficiências nos domínios socioeconómico e político-cultural. Estas características comuns aos países do chamado terceiro mundo, mormente da Ásia e da África subsariana, têm que ver, no campo económico-social, com limitações consideravelmente baixas em termos de rendimento *per capita*, excessiva informalização das suas economias, índices de corrupção bastante elevados, etc.

Deste modo, o subdesenvolvimento está diretamente associado, também, ao modelo de organização e tipos de estrutura de participação política existentes numa determinada sociedade. É evidente que existem sociedades onde os eleitores estão muito mais próximos e em contacto quase direto com os seus eleitos, sentindo-se, deste modo, mais representados no parlamento. É exatamente para esse aspeto que Amartya Sen¹⁶ reforça o seu alerta. Os fins e os meios do desenvolvimento requerem exame e análise, tendo em vista uma compreensão mais completa do processo de desenvolvimento. E, para aferir esta promoção da vida construída e as liberdades de que os membros das sociedades usufruem, vale

¹⁵ SOUSA, António Rebelo de - *Da Teoria Económica à Teoria do Desenvolvimento*. *op. cit.*

¹⁶ SEN, Amartya K. - *O Desenvolvimento como Liberdade*. Trad. Joaquim Coelho. Lisboa: Gradiva, 2003.

dizer que é oportuno recorrer à análise dos três modelos de cultura política a que equivalem as diferentes organizações políticas das sociedades apresentadas por Jean Pierre Mounier¹⁷: 1 – o modelo paroquial; 2 – o modelo de sujeição; e 3 – modelos de participação. Exploremos, então, de seguida, cada um deles, para que se possam fazer algumas avaliações em relação ao modelo que se enquadre e que auxilie a fundamentar algumas razões do subdesenvolvimento em África. Esmiuçemos, então, os modelos, para aferir o que nos oferecem: “Modelo paroquial – a sua estrutura apresenta-se como bastante fechada a vários títulos, a sua matriz social hierárquica é muito rígida e dogmática. Decerto estamos perante um modelo predominantemente de sociedades marcadamente subdesenvolvidas. (...) Modelos de participação – não apresentam uma matriz de estrutura de organização política comum, sendo que podem ir de formas de organização mais próximas de democracias parlamentares centralizadas a democracias representativas descentralizadas e aperfeiçoadas a partir do desenvolvimento de formas de participação mais direta dos cidadãos nos assuntos que lhes dizem respeito, quer a nível local, quer nos próprios locais de trabalho”¹⁸.

Este contributo de Mounier pode ajudar a compreender melhor a caracterização de uma determinada sociedade quanto ao seu nível de desenvolvimento, tendo em consideração a sua matriz organizacional política, e aferir o grau das suas estruturas participantes. O polémico René Dumont, autor de *L’Afrique Noir est mal partie – A África Negra começou mal*, obra publicada em 1962, nos seus estudos, é muito crítico, principalmente com o que se estava a passar com a França, no seu *new deal* neocolonial de se implantar em África, sendo também bastante crítico com os novos dirigentes africanos pela conduta. Bem, achamos melhor ficar por aqui...

Conclusão

Partindo do princípio de que a caracterização dos paradigmas das sociedades não reflete simplesmente questões de carácter económico, esta ideia foi sempre refutada por Sen, porque também existem outros aspetos incontornáveis, como a caracterização do nível de desenvolvimento social, cultural e político e das instituições inclusivas existentes. O modelo de desenvolvimento que caracteriza a imagem de qualquer sociedade, para a África, pelo menos, a Subsariana, ainda se encontra por definir. A África vive um paradoxal dilema, porque não consegue fixar, nos seus processos de desenvolvimento, a partir de uma linha de orientação autónoma, nem termos de identidade nem caracterís-

¹⁷ MOUNIER, Jean Pierre - *Para uma Sociologia Política*. Trad. Maria Luísa Maia. Amadora: Bertrand, 1976.

¹⁸ *Apud* SOUSA, António Rebelo de - *Da Teoria Económica à Teoria do Desenvolvimento*. op. cit. pp. 52-53.

ticas identitárias, nos processos e dinâmicas de desenvolvimento, que a distinga dos outros, mas também não se demonstra flexível para aceitar os modelos de desenvolvimento ocidentais, que imprimem dinâmicas impulsionadoras de democracias inclusivas. O desenvolvimento é concebido pelas sociedades como o motor principal para a sua dinamização. Amartya Sen defendeu, em *Desenvolvimento como Liberdade*, que os processos de desenvolvimento das sociedades devem caminhar em harmonia com os princípios morais e éticos, únicos e capazes de conduzir a uma humanização das sociedades, cuja atenção recaia no homem e na sua liberdade, para conduzir o seu próprio desenvolvimento.

DIZER DIREITO: NOVO DESAFIO SOCIOPOLÍTICO SOBRE O ATO DE DECIDIR EM ANGOLA NO SÉCULO XXI

Francisco Gina

Investigador independente, membro investigador integrado do CICS.NOVA. FCT

João Manuel Francisco

Deputado da Assembleia Nacional da República de Angola

Professor Auxiliar de Direito Constitucional, Faculdade de Ciências Sociais, Universidade Agostinho Neto - Angola

1. Introdução

Supõe-se que o acto de decidir e o dizer o direito exigem reflexão sobre o combate à corrupção e a impunidade em Angola no século XXI, por estar em causa a segurança jurídica e económica dos investimentos feitos numa conjuntura em que se questiona a sua legalidade ou oportunidade, bem como a sua compatibilização com o direito de informar os cidadãos, que pode colidir com as garantias dos suspeitos ou acusados.

Veicula-se em diferentes meios de comunicação social a forma como as instituições tomam as decisões e o seu impacto na vida social. O atual cenário em que vivemos é responsável pela grande modificação social e dá-nos uma visão interdisciplinar holística sobre o ato de decidir dos executivos e o papel dos tribunais no século XXI. Portanto, os cidadãos utilizam as redes sociais como meio de obtenção de informações e de saber a verdade sobre as importantes decisões tomadas pelo Governo/Executivo. Seguramente, os documentos acedidos podem ser provas materiais num dado processo, sendo o Estado o maior "cliente" da justiça, as nuances no meio digital em Angola, segundo a Constitui-

ção da República, art. 1º. Qual é o modelo a seguir? Até que ponto as práticas do Executivo angolano e em particular a Procuradoria-Geral da República (PGR) se compatibilizam ao princípio constitucional?

1.1. Importância do tema

Este tema justifica-se tendo em conta o maior desenvolvimento judiciário no combate ao branqueamento de capitais, associação criminosa e corrupção, dogmático e em termos de política legislativa que a ordem jurídica angolana assume em comparação com o caso português. A partir da influência dos processos judiciais difundidos nas redes sociais e pelos meios de difusão massiva, procuramos identificar os pontos axiomáticos responsáveis pela caracterização jurídico-positiva do uso das redes sociais como meio de divulgação e propagação dos processos mediáticos de pessoas politicamente expostas em Angola.

1.2. Objetivos

Teremos como desiderato o flagrante e grave abuso da função ou a manifesta e grave violação de deveres consagrados na Constituição; a não informação aos cidadãos da recuperação de ativos domiciliados no exterior; a divulgação das infrações penais e contraordenacionais; e, concomitantemente, a divulgação dos processos judiciais pela PGR de Angola e do direito ao acesso à informação por parte dos cidadãos.

1.3. Métodos

Na metodologia adotada em relação à forma de abordagem da presente comunicação, foi utilizada a pesquisa jus-axiológico e semiótica, através da análise de documentos. A utilização de tal método de pesquisa justifica-se pela necessidade de utilização de informações atuais que abordem o tema em questão.

2. O direito à informação em Angola

2.1. Desenvolvimento

a) Prolegómenos

O Movimento Popular de Libertação de Angola (MPLA) governa há mais de 45 anos e, durante o seu consulado de governação, dizer direito em diferentes esferas tem sido um problema na tomada de decisão. Numa primeira fase de partido único (1975-1991), as liberdades e a democracia estavam condicionadas pela natureza do regime socialista. Numa segunda fase multipartidária, a guerra civil não ajudou a deliberar e responsabilizar, pois toda a atividade pública estava virada para a segurança e reconciliação (1992-2002). Vai ser com a terceira fase, pós-aprovação da Constituição de 2010, que as questões de legalidade, moralização, bons costumes, combate à corrupção, transparência, boa governação,

direito à informação e ser informado, direitos humanos, justiça social e responsabilização dos servidores vão surgir como imperativos inerentes à governação (arts. 6.º; 7.º; 12.º, al. e) e h); 21.º, al. b; 22.º, n.º 3, al. a); 40.º; 75.º; 89.º, n.º 1, al. c); 90.º; 104.º, n.º 4; e 198.º). A par disto, foram aprovadas as Leis n.º 9/18, de 26 de junho (sobre o Repatriamento de Recursos Financeiros) e n.º 15/18, de 26 de dezembro (sobre o Repatriamento Coercivo e Perda alargada de Bens), e com isso criaram-se as condições *jus* políticas e sociais para que as decisões administrativas ou políticas tomadas anteriormente e que afetaram os interesses públicos fossem postas em causa e para que, no prazo de seis meses, retornassem todos recursos financeiros avultados existentes ou aplicados no exterior.

A partir da CRA (arts. 22.º a 88.º), dizer direito na sociedade angolana é um caminho basilar de justiça e progresso social, exigindo sempre o equilíbrio entre os direitos individuais e os coletivos, devendo haver equilíbrio ou proporcionalidade, por se tratar de direitos, liberdades e garantias que exigem aplicação direta e imediata¹.

Em 2012, José Eduardo dos Santos (JES) havia prometido produzir mais para distribuir melhor. Em 2017, o Presidente da República João Lourenço prometeu à população mais de 500 mil empregos e o combate à corrupção. Em vez disso, assistimos diariamente a um enriquecimento assustador, ilícito e injustificado de pessoas à frente do poder. Obviamente, tomaram decisões erradas no que se refere aos problemas mais emergentes: o desemprego e a corrupção. Difundi-se nas redes sociais, "JLO *not*, JLO *not*, JLO o povo não te quer, em 2022 vais gostar". Que direito à informação é imprescindível em Angola? A legislação pune crimes cometidos nas redes sociais: o novo código penal inclina-se no sentido do direito à informação, subentendido a partir da liberdade de expressão com recursos aos sistemas eletrónicos e às tecnologias de informação e comunicação, de acordo com a Lei n.º 23/11, de 20 de junho (das Comunicações Eletrónicas), a Lei n.º 22/11, de 17 de junho (da Proteção dos Dados Pessoais), e a Lei n.º 7/17, de 16 de fevereiro (Lei da Proteção das Redes e Sistemas Informáticos). Os diplomas prescrevem as regras sobre a circulação de informações, dados por via das novas tecnologias, permitindo o uso lícito, boa-fé, como afirma Francisco², e punindo actos abusivos que desvirtuam actos ou dados não permitidos, tudo nos termos do *habeas datas* do art. 69.º da Constituição. Difamar nas redes sociais é crime. Atualmente, tem sido punido nos termos dos arts. 224.º a 228.º do Código Penal Angolano, aprovado pela Lei n.º 38/20, de 11 de novembro, diploma que veio revogar o Código Colonial de 1886.

¹ FRANCISCO, João Manuel - *Justiça Internacional e Direitos Humanos na Constituição Angolana de 2010: coletânea de Convenções Universal e Regional*. Luanda, UnIA Editora, 2010, pp. 37-41.

² FRANCISCO, João A. - *Manual de Direito da Informática: Direito das Novas Tecnologias de Informação e Comunicação*. Luanda: Editora Letras, 2019, p. 111.

Como se pode entender, não regulava os tipos criminais resultantes das novas tecnologias de informação, bem como a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, por imperativo da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Segundo Canotilho, o fundamento jurídico da República no que tange ao fenómeno do princípio da dignidade humana cabe na menção ao posicionamento maioritário na doutrina nacional³. Para a compreensão moderna deste direito, é necessário estabelecer o seu paradigma renomado: a liberdade de expressão. Ou seja, dizer direito.

Segundo Koatz⁴, a "liberdade de expressão não é um direito absoluto, nem ilimitado". Tal como o autor infere, a liberdade de expressão não protege alguém que grite "fogo" falsamente no interior de um cinema lotado. Portanto, em caso de conflito, poderá provavelmente ceder em benefício de outros bens e valores constitucionalmente protegidos. Já Barroso⁵ refere que o direito de informar está aliado ao direito difuso de ser informado, diferente da liberdade de expressão, a qual seria mais ampla ao proteger o acto de manifestação de opiniões, sem que lhe seja exigida veracidade nas redes sociais. Schmitt⁶ afirma: "o direito de prestar informações é realizado pelos meios de comunicação, não descurando a liberdade de imprensa, como clareza e verdade".

3. Dizer direito ou não

3.1. Introdução

A manifestação do direito na República de Angola ocorre pela via política, onde os órgãos de soberania Legislativo e Executivo aprovam normas que são obrigatórias para a ordem social, cabendo aos tribunais garantir a defesa dos direitos e dos interesses dos cidadãos, protegidos por lei, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados.

³ CANOTILHO, Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2003, citado por GINA, Francisco - *Direito na Lusofonia, direito e novas tecnologias*. 5.^o Congresso Internacional. Braga, Ed. EDUM (Jusgov), 2018, p. 104.

⁴ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez - As liberdades de expressão e de imprensa da jurisprudência do STF. In SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang - *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2011.

⁵ BARROSO, Luís Roberto - Colisão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*. N.º 5 (2005). janeiro-junho. S. Paulo: Del Rey, p. 318, citado por GINA, Francisco - *Direito na Lusofonia, direito e novas tecnologias*. *op. cit.*, p. 104.

⁶ SCHMITT, Rosane Heineck - *Direito à informação: liberdade de imprensa vs direito à privacidade*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.) - *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2000, p. 218.

Com força obrigatória geral da aplicação das leis, conforme delimita a Constituição, segundo os arts. 2.º, 3.º, 6.º, 7.º, 52.º, 105.º, 125.º, 137.º, 141.º e 174.º, todos da CRA. É assim que se procede no modelo angolano; dizer o direito, seja formal ou informal, importa reconhecimento por órgãos competentes, o mesmo não ocorrendo no modelo inglês, onde prevalece o precedente dos tribunais⁷.

3.2. Corrupção, Repatriamento de Capitais - Processos entre 2017-2019

A corrupção resulta de actos administrativos, procedimentais, políticos ou judiciais em que os servidores tiram vantagens ou contrapartidas contratuais, recursos financeiros ou patrimoniais para fins pessoais ou de terceiros, como compensação de uma ação ou omissão ilegal, proibida expressamente e punida. Faz-se por egoísmo, insegurança ou para satisfazer grupos organizados. É um acto de improbidade ou falta de profissionalismo. É o neo- patrimonialismo, capitalismo primitivo⁸.

Com a aprovação da Lei n.º 9/18, de Repatriamento de Capitais⁹, criaram-se as bases para o estabelecimento das regras capazes de garantir a segurança para repatriar capitais domiciliados no estrangeiro, atenuando deste modo os efeitos fiscal, cambial ou criminal, suavizando o regime sancionatório, por ser voluntário, caso contrário, se, no prazo de seis meses, não se cumprisse, haveria uma sanção que seria o repatriamento coercivo, segundo os arts. 1.º e 4.º da Lei do Repatriamento de Capitais. Para o Legislador Angolano, os sujeitos singulares ou coletivos podiam trazer o dinheiro depositado ou aplicado no exterior até dezembro de 2018, como forma de excluir a ilicitude da riqueza. Era uma espécie de perdão, para quem repatriasse os recursos financeiros avultados no exterior; depois deste prazo, implicaria uma sanção criminal sem a devida justificação, se se presumisse que eram recursos ilícitos, nos termos do art. 4.º, al. b), cabendo aos órgãos competentes do Estado garantir o repatriamento coercivo e cabendo ao Titular do Poder Executivo identificar o órgão específico para tratar

⁷ HART, Herbert L. A. - *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 6.

⁸ FONTES, Alberto Ramalho - *Ensaio Sobre a Corrupção*. Porto: edição Caminhos Romanos, 2012, pp. 15-17.

⁹ Diário da República n.º 92, de 26 de junho de 2018. I série. O Coautor deste trabalho foi o Relator. Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, aprovada pela Resolução n.º 20/06, de 23 de junho. Diário da República n.º 76. I série. A Lei n.º 3/10, de 29 de março, da Probidade Administrativa, veio criar as regras sobre actos de servidores públicos, limitando comportamentos contrários ao interesse público, para satisfazer interesses pessoais. A Lei n.º 5/20, de 27 de janeiro, sobre a Prevenção e Combate ao Branqueamento de Capitais, do Financiamento ao Terrorismo e de Proliferação de Armas de Destruição em Massa, revoga a Lei n.º 34/11, de 12 dezembro, sobre o Combate ao Branqueamento de Capitais e Financiamento ao Terrorismo. Diário da República n.º 10, I série de 27 de janeiro de 2020.

da matéria, segundo o arts. 13.º, n.º 2, e 15.º da referida Lei de Repatriamento de Capitais.

Com aprovação da Lei n.º 15/18, sobre o Repatriamento Coercivo e Perda Alargada de Bens¹⁰, veio consagrar-se a perda alargada de bens a favor do Estado, decorrentes de condenação em processo, independentemente de estarem domiciliados ou sedeados no estrangeiro ou no território nacional, diferenciando-se o repatriamento coercivo por tratar-se de actos que não atenderam o repatriamento voluntário ou o remanescente dos mesmos, nos termos dos arts. 1.º e 3.º do diploma. O arresto como meio preventivo de garantia está consagrado, nos termos dos arts. 4.º, 6.º, 9.º, 12.º e 13.º da Lei n.º 15/18.

Considerou-se como incongruente a diferença entre o valor do património do agente e o que seria compatível com o seu rendimento lícito, nos termos do art. 5.º da Lei do Repatriamento Coercivo e perda alargada de bens. Este diploma veio atender as questões de branqueamento de capitais e os crimes de improbidade, através dos quais, por via do exercício de funções públicas, muitos agentes públicos praticaram crimes de peculato que nunca foram amnistiados no ordenamento angolano, salvo os crimes contra a segurança do Estado, infrações fiscais, mas nunca os crimes de sangue, violação ou de peculato. Surgiu a necessidade de o Ministério Público ter o dever de informar com regularidade as notícias sobre processos criminais em que estavam envolvidas figuras politicamente expostas e o ex-Presidente da República JES. Neste ínterim, João Lourenço gerou muita expectativa por estar a implementar o Programa de Governo, porém, a crise financeira internacional e a Covid-19, não ajudaram a diminuir a pressão sobre um executivo que diz o direito como prometera, mesmo envolvendo altos dirigentes e servidores que no passado eram gestores ou familiares de servidores públicos que se enriqueceram. Por outro lado, o combate à corrupção e a fraudes económico-financeiras entre os anos 2012-2017 e 2018-2019¹¹ é uma marca de governação do ideário do MPLA. O mês de janeiro de 2018 assinala uma mudança de postura ao nível da Procuradoria-Geral da República, no que ao combate à corrupção e à impunidade diz respeito.

Na comparação entre os períodos de 2012-2017 e 2018-2019 (um período de 6 anos e um período de 2 anos, respetivamente), registou-se um aumento de processos de inquérito de 967%, um aumento de 606% no número de declarações de bens recebidas e um aumento na ordem dos 175% nos processos-crime remetidos ao Tribunal Supremo.

¹⁰ Diário da República n.º 190, de 26 de dezembro de 2018. I série.

¹¹ Relatório da Assembleia Nacional de Angola, do Debate de 2020, sobre “O Combate à Impunidade como Factor de Boa Governação”, elaborado pelo Deputado Paulo de Carvalho, relator, proposto pelo Grupo Parlamentar do MPLA e coordenado pelo Deputado João Manuel Francisco (João Pinto).

No que diz respeito à recuperação de ativos, cujo serviço foi criado em finais de dezembro de 2018 e funciona somente desde janeiro de 2019, assinalaram-se 45 processos com pedido de devolução, as infrações cometidas em todo país ligadas ao branqueamento de capitais corresponderam a um total de processos-crime instruídos de 1.253%, sendo remetidos a juízo 1.208% e condenados 517%. O número de processos de inquérito havia diminuído em 79%, mas, em 2020, aumentou para 926%.

Tal como foram noticiados e publicados na comunicação social, têm sido julgados casos de funcionários públicos de diferentes escalões, dos quais alguns foram condenados, ficando claro que o combate à corrupção abrange até familiares do ex-Presidente da República José Eduardo dos Santos e os diferentes estratos do funcionalismo público.

As informações expostas apontam o trajeto de combate à corrupção e a impunidade e constituem sérios entraves à boa governação. Surgem em resposta ao pronunciamento do Presidente da República, feito em setembro de 2017, segundo o qual "ninguém é rico ou poderoso demais para se furtar a ser punido, nem ninguém é pobre demais ao ponto de não poder ser protegido"¹².

O Presidente da República João Lourenço utiliza as redes sociais para auscultação dos problemas que enfermam a população. Fruto disso, no seu blogue, tem recebido informações pertinentes para a sua governação. No Twitter, afirma que "a corrupção não terá vez na nossa governação. Vamos combater o amiguismo e o suborno".

Em Portugal, nos anos 90 do século XX, surgiram vários canais de televisão privados e novos títulos de imprensa escrita, por razões da desestatização da comunicação social em procurar dizer direito aos cidadãos. Já Boaventura de Sousa Santos afirmou que os anos 90 do século XX marcou um período em que "a plácida obscuridade dos processos judiciais deu lugar à trepidante ribalta dos dramas judiciais"¹³.

Na perspetiva atual, pretende-se compreender os paradigmas reflexivos de dizer direito, quer por meio do uso das redes sociais, como em outros meios, enquanto sujeitos relevantes no escrutínio público da justiça.

3.3. *Crítica*

De resto, dizer direito, todo o direito, a sê-lo, é axiologicamente fundado, porque simplesmente se ocupa do inter-relacionamento humano e decidir sobre

¹² Relatório supracitado.

¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa - Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação. *Sociologias*, 7(13) (2005), pp. 82-109.

este implica sempre a tomada de decisões sobre pontos de vista de valores¹⁴. Punir o crime não basta, pois outros fatores exógenos podem influenciar negativa ou positivamente o ambiente económico.

3.4. Reflexões conclusivas

O combate à corrupção e a impunidade criou uma nova cultura de comunicação que gerou entusiasmo no início, como meio para disciplinar as elites económica e políticas que no passado não haviam respeitado os procedimentos de enriquecimento lícito, no entanto, o desencanto surge com o agudizar da crise financeira internacional e com o surgimento da Covid-19.

O poder que faz ou diz o direito deve ter noção dos limites, sob pena de a crítica pública gerar crise de representatividade, por conflitos entre o prometido, o legislado e o realizado.

¹⁴ Neste sentido, MONTEIRO, Conde - *Direito Penal I*. Braga: ELSA UMINHO, 2015, pp. 100 e ss.

JUSTIÇA NEGOCIADA EM FASE DE JULGAMENTO

Joana Aguiar Rodrigues

Assistente Convidada na Escola de Direito da Universidade do Minho

Doutoranda em Ciências Jurídicas Públicas na Escola de Direito da Universidade do Minho

Investigadora do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação

Advogada na PRA – Raposo, Sá Miranda & Associados

1.

O conceito da “Justiça Penal Negociada” tem provocado, nos últimos tempos, um acérrimo debate na doutrina e jurisprudência portuguesas. Em especial no que concerne à fase de julgamento, os denominados “acordos sobre sentença em processo penal”, pese embora não tenham, atualmente, consagração na nossa legislação, têm suscitado alguma controvérsia.

Poder-se-á, desde logo, atribuir a razão de ser de tais controvérsias ao facto de estes temas colidirem – ou, pelo menos, colocarem em causa – alguns dos princípios estruturantes do processo penal português. De facto, a negociação no Direito Penal pode ser suscetível de provocar algumas incongruências, assim como poderá ser incompatível com os fins e funções deste ramo do Direito, na medida em que, por um lado, coloca em causa o denominado *ius puniendi* estatal e, por outro, pode levar a uma adulteração dos princípios da determinação e individualização da pena.

De outra ponta, o atual estado da administração da justiça poderá fazer imperar a necessidade de se adotarem soluções que combatam algumas das problemáticas hodiernas, como é o caso da “crise” da justiça que se tem feito abater na sociedade em geral¹. Nesse sentido, a verdade é que a busca por uma solução

¹ A respeito disso, COSTA, Eduardo Maia - Justiça Negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo. *Revista Julgar*. Coimbra. N.º 19 (2013).

efetiva leva a que se tomem exemplos internacionais cuja eficiência se encontra já sedimentada.

Será o caso dos conhecidos *plea bargaining* do sistema judicial americano, cuja origem remonta já ao século XIX, assim como também será o caso do exemplo fornecido pelo ordenamento jurídico alemão, que, como observaremos, serviu de inspiração às teses que hoje se discutem entre nós. De todo o modo, se, por um lado, consideramos que nem sempre será profícuo o deslumbramento que certos exemplos provocam no nosso legislador, não podemos, por outro lado, ignorar os notórios benefícios que esses ordenamentos jurídicos têm colhido com a adoção de medidas desta natureza.

Importará, igualmente, denotar que, não obstante o facto de a similitude dos diversos sujeitos processuais no sistema processual alemão e no sistema processual português (bem como a aplicação dos princípios da verdade e da investigação processual em ambos os ordenamentos jurídicos) sugerirem a aplicação do instituto dos acordos sobre a sentença em processo penal, essa transposição não poderá ser realizada sem mais, na medida em que terá necessariamente de ser adaptada ao nosso sistema penal e processual.

2.

Nesta senda, como é consabido, o Professor Figueiredo Dias publicou, em 2011, um estudo², inspirado na alteração introduzida em 2009 no processo penal alemão, defendendo a implementação, em Portugal, dos aludidos acordos sobre sentença em processo penal, em nome da proteção do Estado de Direito.

A proposta apresentada por Figueiredo Dias – no âmbito daquela que tem vindo a ser a tendência da justiça penal de países e tribunais penais internacionais – pretendia atribuir eficácia a um acordo alcançado através da confissão, em julgamento, pelo arguido, da prática dos factos constantes do despacho de acusação ou do despacho de pronúncia, ficando o limite máximo da pena aplicável previamente determinado. Sem prejuízo, ficaria reservado ao Tribunal não só o poder de avaliar a credibilidade da confissão, como o de determinar a pena concreta, dentro dos limites previamente estabelecidos no aludido acordo.

Para tanto, haveria que estabelecer alguns pressupostos, tendo sido propostos, desde logo, a determinação dos seguintes: *i*) a existência da mencionada confissão do arguido; *ii*) a aplicação do regime legal já previsto em caso de confissão do arguido (isto é, o regime preceituado pelo art. 344.º do Código de Processo Penal); *iii*) a definição de uma moldura concreta da pena, através de uma negociação entre o arguido e o Ministério Público, devendo a margem entre

² DIAS, Jorge de Figueiredo - *Acordos sobre a sentença em processo penal – O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?* Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011.

os limites máximo e mínimo da pena aplicável ser relativamente reduzida, por forma a que o Tribunal pudesse decidir a pena concreta a aplicar sem que ao acordo fosse retirado o seu efeito delimitador; *iv*) a obrigatoriedade de o acordo constar da ata (não podendo os elementos do processo negocial serem tidos em consideração caso o acordo não seja obtido) e de ser obtido com a intervenção de todos os sujeitos processuais (pese embora se tenha colocado a questão de a intervenção do assistente ser, ou não, vinculativa); *v*) e, por fim, a impossibilidade de se renunciar ao direito de recurso.

O sobredito estudo não só mereceu o aplauso de algumas figuras do sistema judiciário, nomeadamente da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa e Coimbra, como também levou à emissão, no início de 2012, por aqueles Senhores Procuradores-Gerais Distritais, de orientações destinadas aos respetivos magistrados do Ministério Público, nas quais se incentivava a criação de procedimentos para a paulatina implementação dos acordos sobre sentença³.

Partiu-se, naqueles pareceres, inclusive, de um caso concreto, em que se tinha assistido a uma efetiva vontade por parte do arguido e do Ministério Público em acompanhar e aplicar as sugestões daquele autor. Nessa senda, a Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa posicionou-se, atestando a sua concordância com a implementação de tal ferramenta no nosso ordenamento jurídico.

Invocando as já mencionadas – e fulcrais, diga-se – razões de celeridade e economia processual, atribuiu-se, naqueles pareceres, uma valoração elevada a tais objetivos, apoiada na sua sustentação constitucional⁴. Por outro lado, considerou-se igualmente que, tratando-se de uma solução de consenso com a intervenção de todos os sujeitos processuais, a mesma levaria a uma diminuição do risco – que existe noutras soluções com carácter unilateral – de aumento de litigiosidade processual.

Mas, mais do que isso – advogou-se naquele parecer –, esta solução permitiria a obtenção de confissões em casos em que o arguido não teria tal intenção, mas que acaba por aceitar face à “atenuação negociada” da pena. Ora, neste ponto, entendemos que esta questão poderá não consagrar uma “vantagem”, tal como foi classificada pelos Senhores Procuradores. Se é certo que a obtenção de tais confissões pode, sem dúvida, contribuir para uma diminuição do número

³ A orientação da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa (Orientação n.º 1/2012) encontra-se disponível em: http://www.inverbis.pt/2012/ficheiros/doc/pgdlisboa_acordossentecapenal.pdf. O Memorando da Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra encontra-se disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7Bee0e9275-cf60-4420-a2f4-840bd0c0bb2b%7D.pdf>.

⁴ Algo com que, desde já nos permitimos concordar, sobretudo tendo em consideração que – muito recentemente e a propósito dos chamados “megaprocessos” – temos vindo a assistir a um fenómeno de considerável “descrença” na justiça, pese embora se admita e se atribua um grande peso aos efeitos dos órgãos de comunicação social, que fazem predominar na sociedade esses pensamentos de pouca fé nos mecanismos judiciários para a boa resolução dos conflitos interpessoais.

de processos pendentes, dada a sua capacidade de os solucionar de forma relativamente célere, não é menos certo que este mecanismo poderá resultar numa deturpação e instrumentalização judicial, com o fito de obter confissões à custa de uma diminuição de garantias, levando a um facilitismo no momento da investigação, o que poderá acarretar custos (não do ponto de vista económico, mas do ponto de vista dos direitos, liberdades e garantias do arguido) superiores aos ganhos.

Efetivamente, o processo negocial tem ínsita uma perigosidade: a potencial influência ou pressão a exercer pelas autoridades responsáveis pela investigação criminal sobre o arguido, com a demissão por parte dessas mesmas autoridades das suas incumbências de investigação.

Consideramos, como tal, que o foco dos Senhores Procuradores na celeridade processual deverá ser visto *cum grano salis*: a pretensão de se poder prescindir da produção de prova e até de o próprio julgamento poder ser agendado tendo em conta a rapidez de tal diligência não nos parece tão benéfica, face ao risco de o consenso obtido poder não reproduzir a verdade material do caso.

Sem embargo, talvez possa ter sido algo precipitada a emissão, por parte da Procuradoria-Geral da República, da Diretiva que, em 2014⁵, impôs aos Magistrados e Agentes do Ministério Público a abstenção de promover ou aceitar a celebração de acordos sobre sentenças penais. Falamos em precipitação porquanto a razão de ser de tal imposição residiu somente na inexistência de consagração legal expressa.

Afirmou-se, por isso, que, pese embora se aceite “que os acordos de sentença em processo penal poderão constituir uma forma alternativa de resolução dos conflitos penais adequada à prossecução de objetivos de justiça, celeridade, simplificação e economia processual, certo é que não existe no nosso ordenamento jurídico norma expressa, geral e abstrata, que os preveja e da qual possam resultar requisitos e pressupostos conformadores da sua aplicação que respeitem princípios constitucionais estruturantes do processo penal, designadamente os princípios da legalidade e da igualdade”.

Ora, ainda que se aplauda a pretensão da Procuradoria em uniformizar a atuação do Ministério Público – já que nem todas as Procuradorias-Distritais se

⁵ Diretiva disponível em: https://simp.pgr.pt/circulares/cir_portal_ficha.php?nid_circular=4452&nid_especie=9#topo.

tenham pronunciado em sentido favorável –, não nos parece que a argumentação possa ser somente a da ausência de uma norma expressa⁶.

Acresce que não podemos deixar de manifestar a nossa opinião no que concerne à questão de saber se o assistente deve, ou não, ser parte ativa na celebração do acordo. Com o devido respeito, não nos restam dúvidas de que a resposta deve ser afirmativa. Sem aprofundar em demasia a questão – sob pena de fugirmos ao objeto da presente análise –, estamos em crer que intervenção deste sujeito processual no âmbito do processo crime se encontra já bastante – se não mesmo, demasiado – limitada no nosso ordenamento jurídico, pelo que será de contrariar iniciativas com esse escopo⁷.

3.

De outra perspetiva, advoga-se que o caminho para a implementação desta solução poderá já ter sido iniciado com algumas das soluções legais já consagradas, que vieram facilitar o contacto entre o Ministério Público e o arguido, como é o caso da Suspensão Provisória do Processo e do Processo Sumaríssimo.

Com efeito, tendo sempre presente que o processo penal se encontra aliçado no princípio da legalidade⁸, as reflexões e eventuais resistências acerca da possibilidade de abertura do processo a espaços de oportunidade não se têm demonstrado despiciendas. A introdução de mecanismos que obstam a que o processo siga os seus normais trâmites, mesmo quando reunidos indícios suficientes da prática do crime, assume-se, assim, como algo natural, dado o paradigma do Direito Processual Penal vigente⁹. Embora estes mecanismos assumam diferentes contornos, todos eles visam criar vias de diálogo entre os sujeitos processuais, introduzindo uma tramitação processual que diverge do processo comum. Todos eles visam obstar a ida do arguido a julgamento, de forma a mitigar aqueles que sabemos serem os efeitos estigmatizantes e criminógenos do

⁶ Até porque, como já se viu, o caminho terá sempre de ser iniciado em algum momento, ainda que no campo da “experimentação”, caracterizando-se esta como uma necessária fase de uma qualquer evolução, seja ela legislativa, ou não. Assim, ainda que resulte inequívoca a necessidade de fundamentação legal para a atuação do Ministério Público, talvez pudesse ter sido mais profícua a manifestação dessa lacuna, ao invés de, sem mais, se rejeitar a solução.

⁷ Com efeito, a importância que o nosso legislador dá àquele que é, *grosso modo*, o ofendido, enquanto indivíduo cujo bem jurídico se pretende tutelar, é assaz parca. Nessa perspetiva, defendemos que não deve ser desaproveitada qualquer reforma legislativa no sentido de poder conceder a este sujeito processual a relevância que o mesmo deve ter no seio do processo penal.

⁸ Desenvolvidamente, SANTOS, Gil Moreira dos - *Princípios e Prática Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 41.

⁹ Acerca das alternativas ao despacho de acusação, ANTUNES, Maria João - *Direito Processual Penal*. 3.^a ed. Coimbra: Edições Almedina, 2021, p. 106.

processo criminal, que, ademais, adquirem maior intensidade no momento da audiência de julgamento.

Acresce que, neste contexto, em virtude de o arguido ser chamado a refletir sobre a sua atitude desvaliosa e a participar na construção da solução do caso, o caminho para a ressocialização torna-se mais curto¹⁰. No que concerne à posição da vítima, e considerando que nenhum dos mecanismos pressupõe a realização de uma audiência pública, a sua integridade encontra-se mais bem salvaguardada, assim se obstando ao conhecido fenómeno da vitimização secundária¹¹. A par disto, em alguns casos, afigura-se possível assistir ao ressarcimento, na medida do possível, dos danos causados com a perpetração do crime.

Face a isto, consideramos que não será de todo desadequado estabelecer um paralelismo entre os mecanismos já vigentes – e, bem assim, das suas inegáveis vantagens – e a solução ora em discussão. Estamos, ademais, em crer que, não obstante o facto de o processo sumaríssimo não fazer depender – de uma forma tão expressa – a confissão do arguido, haverá, sem dúvidas, pontos de concordância que, com a devida revisão legal, poderão permitir a consagração de uma versão – ainda que mitigada – deste instituto.

Todavia, não deixa de ser curioso – e talvez até surpreendente – o facto de o processo sumaríssimo ter sido alvo, aquando da sua criação, de fortes críticas, quando comparado com a pacífica existência de que o mesmo tem usufruído desde que foi consagrado no nosso ordenamento jurídico. Na esteira do que previamente se constatou, a proximidade entre este instituto e o acordo sobre sentença em processo penal parece permitir concluir que talvez a “oposição” esteja mais focada na nomenclatura que é atribuída ao mecanismo do que na própria forma de desenvolvimento da solução consagrada.

4.

Em suma, dúvidas não restam sobre a capacidade que este instituto dos “acordos sobre sentença” tem de permitir alcançar metas de celeridade processual e economia de meios, que possibilitarão a restauração da paz jurídica e social, algo que assume, nos dias de hoje, especial acuidade. Outrossim a contribuição para a proteção da vítima, evitando, desde logo, a vitimização secundária que a fase de produção da prova com frequência acarreta.

¹⁰ A respeito disto, RODRIGUES, Anabela Miranda - *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 235.

¹¹ Quanto à relação entre a vítima e o direito processual penal português, veja-se SANTOS, Cláudia Cruz - *A Justiça Restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal: porquê, para quê e como?*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 527.

Não obstante, parece-nos que haverá que questionar e, bem assim, avaliar a efetiva capacidade de o recurso a este mecanismo não elevar a realização da justiça à custa não só da proteção dos direitos fundamentais, mas igualmente da própria descoberta da verdade material. Com efeito, parece-nos que privilegiar o restabelecimento da paz jurídica, que protege essencialmente o valor da segurança jurídica (e para o qual contribui, indubitavelmente, a obtenção de uma solução consensual da causa), em detrimento da verdade material e, portanto, da justa decisão, constitui um sacrifício inaceitável desta última.

Sem prejuízo, com as devidas adaptações e cautelas, estamos em crer que este instituto pode vir a ser harmonizável com os princípios e os preceitos jurídico-constitucionais vigentes no sistema jurídico-penal português, sobretudo se tivermos em conta que o acordo não é, nem pode ser, o fundamento em que se funda a sentença, já que o Tribunal sempre teria de proceder à devida indagação acerca da credibilidade da confissão, em uso do seu poder-dever, corolário do princípio da investigação.

Tudo isto tendo em consideração que ao ordenamento jurídico português não seria necessária uma ousadia tão grande quanto a que o sistema jurídico alemão demonstrou ter, quando, durante um largo período de tempo, celebrou tais acordos sem fundamento legal expresso. No caso português, reconhece-se que o legislador já foi dando margem para este caminho, ao fornecer, através do art. 344.º do Código de Processo Penal e dos arts. 72.º e 73.º do Código Penal, fundamentação legal suficiente para a sentença negociada, mormente os critérios de atenuação da pena e de redução de custas judiciais.

A JURISDIÇÃO BRASILEIRA E O PAPEL DE SEUS TRIBUNAIS NO SÉCULO XXI

Luís Alberto da Costa Araujo

Advogado, especialista em Direito Penal Econômico

Diretor-representante da Ordem dos Advogados Conservadores do Brasil em Portugal

1. Introdução

1.1. O sistema brasileiro de Justiça para aplicação do Direito

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi embasada com fulcro na defesa dos direitos fundamentais do homem e, para tanto, fez clara previsão da tripartição de Poderes constituídos do Estado, devidamente independentes, mas harmônicos entre si, permitindo repartir as funções diversificadas do Estado.

Claro que também previu um sistema de controle – *check in balance* – lastreado pelo que se chama pesos e contrapesos, de forma recíproca.

O sistema de Justiça brasileiro é composto pelo Poder Judiciário, o Ministério Público e as demais instituições essenciais ao sistema público de aplicação da justiça, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública.

1.2. O dizer do Direito pelos magistrados e tribunais

O Poder Judiciário em todo o mundo tem estado cada vez mais atuante desde o último século, seja por conta das demandas jurídicas com base nas desavenças sociais, patrimoniais ou de reconhecimento de direitos disponíveis, bem como, num contraponto, na busca por menos litigâncias e mais conciliações.

Em pleno século XXI, sobejamente se tem o conhecimento de que as instituições fora do sistema jurídico se veem imersas em dúvidas acerca de suas

próprias finalidades e disposições, como é o caso do Legislativo, buscando e aumentando sobremaneira a busca pelo judiciário e, por conseguinte, por seus tribunais (principalmente, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça), como meio de solução de conflitos diversos e até como a *ultima ratio* para suas demandas.

Visto dessa forma, o Poder Judiciário (leia-se, tribunais) passou há bem pouco tempo a enveredar pelos caminhos político-partidários em suas decisões judiciais e não tão somente em dizer o Direito.

Ao ler um trabalho do saudoso ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Carlos Alberto Menezes Direito, me deparei com a seguinte explanação: “O que faz o Juiz no sistema jurídico brasileiro? O Juiz é membro de um dos poderes do Estado ao qual está reservado o dever de prestar a jurisdição, ou seja, de **dizer o direito** (grifo meu). [...] os Juizes devem, necessariamente, dizer qual o direito aplicável, decidindo a favor de uma das partes da relação processual. Será esse trabalho apenas uma decorrência do conhecimento científico do magistrado? Isto é, pelo fato de conhecer o direito o Magistrado, pura e simplesmente, faz incidir uma determinada regra jurídica, federal, estadual ou municipal, ou certo princípio já consagrado? Ou está ele subordinado às suas circunstâncias pessoais, culturais e sociais? Qual a influência que a cultura do tempo desempenha no exercício da judicatura? Qual o papel que tem a chamada opinião pública na decisão judicial? Em que condições essas circunstâncias limitam a liberdade e a independência dos juizes? [...]”¹.

2. Desenvolvimento

2.1. *A decisão judicial: uma visão interdisciplinar sobre o ato de decidir*

A produção da decisão judicial deve ter por base a ideia de justiça no âmbito da filosofia, hermenêutica, direito material e processual, além da sociologia do Direito, haja vista a preocupação mais que cabível de que ela seja praticada de forma a não deixar dúvidas acerca de seu acerto.

A temática da *atrium consilium* tem sido costumeiramente discutida e isso tem contribuído para que seja ela o mais racional possível, devidamente ancorada em critérios uníssonos.

O ato de decidir não pode apenas ser pautado pela aplicação pura da lei num caso concreto, haja vista que alguns fatores são mais que essenciais para que

¹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes - A decisão judicial. *Revista da EMERJ*. V. 3, n. 11 (2000). https://emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11.pdf [Acesso em: 16 fev. 2020].

o julgador possa definir o que o caso sob sua análise requer das várias áreas da cognição, permitindo que seja o mais justo quanto possível, deixando de lado o clamor popular, as críticas jornalísticas e sua própria ideia de justiça. Caso contrário, bastaria que o homem criasse um supercomputador com capacidade de abstrair quaisquer dessas propostas de conhecimento interdisciplinar e lançasse apenas o que está em sua memória quanto aos mecanismos legais de aplicação de normas (o supercomputador Watson da IBM está aí para isso!)².

A decisão humana é de grande valor, pois que não se trata de uma interpretação apenas literal, mas sim de acordo com o tempo e o espaço, com as conjecturas estabelecidas pelos ditames éticos, morais e de crenças estabelecidos pela sociedade e demais meios consistentes para que se possa atingir o mais próximo do que é justiça.

Como escreveu John Rawls sobre justiça: “Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a uns poucos tenham menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos. Portanto numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos a negociação política ou ao cálculo de interesses sociais. A única coisa que nos permite aceitar uma teoria errônea e a falta de uma teoria melhor; de forma análoga, uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior. Sendo virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça são indisponíveis”³.

2.2. Justiça e Comunicação, novos desafios sociais

2.2.1. Justiça, uma concepção baseada em John Rawls

Justiça é uma palavra forte e, para tanto, cito uma vez mais Rawls: “Uma característica importante de uma concepção da justiça e que ela deve gerar a sua própria sustentação. Seus princípios devem ser tais que, quando são incorporados na estrutura básica da sociedade, os homens tendem a adquirir o senso de justiça correspondente e desenvolver um desejo de agir de acordo com esses princípios”⁴.

² <https://www.ibm.com/watson/br>

³ BARROS, Claudio R. - Aplicação da teoria da justiça de John Rawls para prevenção da criminalidade. *Revista Jus Navigandi* [Em linha]. Teresina. Ano 22, n. 5078 (27 maio 2017). ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57244> [Acesso em: 12 fev. 2020].

⁴ *Idem*.

Ainda segundo Rawls, os princípios exigidos devem ter a capacidade de reger o ordenamento social de forma adequada e equitativa, chamados “princípios sociais”, *verbis*: “Os princípios da justiça para instituições não devem ser confundidos com os princípios que se aplicam aos indivíduos e às suas ações em circunstâncias particulares [...]”⁵.

A equidade na Justiça é o princípio gerador que norteia e regula o que qualquer indivíduo escolha para seu uso e bem, reduzindo e muito a desigualdade constituída pelo descaso e pela omissão do Estado, proporcionando às pessoas as mesmas condições de acesso, independente da situação social enfrentada, ou seja, independente de quem sejam, o que sejam e de onde vieram.

2.2.2. Justiça e Comunicação, novos desafios sociais – A justiça por meio das mídias e da comunicação em geral, como formas de atendimento às necessidades dos jurisdicionados

A evolução das mídias tem permitido aos cidadãos ter acesso e opinar, criticar e externar pensamentos acerca de tudo.

A inauguração da TV Justiça no Brasil, nos idos do ano de 2002, foi um passo importante para que os cidadãos brasileiros pudessem ter um acesso ao que ocorre no Poder Judiciário.

O problema está na fragilidade do ser humano em deixar-se influenciar por mídias sensacionalistas e estas têm um campo aberto para que possam alcançar seus próprios interesses. Parte das mídias massacram o telespectador – “Em realidade, massacra o leitor/telespectador com notícias selecionadas a partir do crivo de seus redatores, repetindo-as tantas vezes até sua absorção generalizada ou como estratégia para ocupar espaço de outras informações”⁶.

O midiático emprego da chamada espetacularização de fatos jurídicos ocorridos contamina a todos os atores envolvidos, sejam eles os deflagradores do fato, as possíveis vítimas, autoridades policiais, advogados, promotores, juízes, tribunais e demais partícipes dos procedimentos que vão redundar em possível processo judicial, criando um sensacionalismo perigoso ao ato de julgar.

Aqui não se está julgando o papel das mídias no cumprimento de suas funções tão importantes num estado democrático de direito, mas apenas os critérios que em nada elucidam o cidadão.

⁵ *Idem*.

⁶ SIQUEIRA, Luiz Mustafa de; ROCHA, Ana Paula Pinto da - Conceito de Justiça e Mídia: a influência dos meios de comunicação de massa na mutação do conceito de justiça segundo John Rawls e os julgamentos midiáticos. *Anais do 4.º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede*. 2017. Disponível em: <http://www.ufsm.br/congressodireito/anais> [Acesso em: 14 fev. 2020].

Para melhor entendimento reproduzo uma parte do excepcional e elucidativo trabalho de Mustafa e Rocha: “O que se espera dizer é que esse julgamento precoce feito pela mídia se torna um fator determinante para a sentença no processo. Aqui, o acusado já está previamente condenado pelos meios de comunicação. O poder midiático de influir na população é inegável. Logicamente, quando se convence a população de algo, são produzidas consequências no processo. É o que determinam Weinmann e Vetoretti: «A mídia influencia não só no tribunal do júri, produzindo resultados drásticos contra o estado de inocência e o devido processo legal, mas também, sobremaneira, a decisão de juízes togados, desembargadores e ministros dos tribunais superiores. A repercussão pública tem sido argumento recorrente para decretação e manutenção de prisões desnecessárias e, portanto, ilegais. A mídia escolhe o processo que tem bom poder de venda e começa a espetacularização da tragédia».

A mídia tem a informação e a difunde como bem entende. No processo esses dados também são utilizados. No criminal eles aparecem em maior frequência, pois são, inclusive, copiados e juntados aos autos, na maioria das vezes pela acusação, para serem utilizados como argumento a decisão que será proferida. Neste diapasão, a mídia acaba influenciando nas decisões proferidas, como é demonstrado, por exemplo, na pena aplicada aos réus daqueles casos midiáticos, ou seja, aqueles que recebem uma cobertura especial da mídia.⁷

E apesar de ser claro o quão absurdo é o cerceamento das liberdades de expressão, trago o entendimento preocupante do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O CNJ editou no ano de 2019 uma cartilha com o título: “O uso das redes sociais por magistrados do Poder Judiciário brasileiro”⁸, um verdadeiro cerceamento às liberdades dos magistrados.

O então presidente do CNJ, ministro Dias Toffoli, brindou-nos dessa forma no texto de abertura:

“A natureza evolutiva das novas tecnologias da informação somada à capacidade inerente de revolucionar a sociedade, demonstram a importância de se discutir os seus impactos na atuação do Poder Judiciário. Em duas décadas, as mídias sociais revolucionaram não somente o processo comunicacional, promovendo dentre outras mudanças, a desintermediação entre a fonte e o público, como revolucionaram também a própria internet, ao transformar uma plataforma informacional em uma plataforma de influência.

⁷ *Idem.*

⁸ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Uso das redes sociais por magistrados do poder judiciário brasileiro/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2019. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/Relat%C3%B3rio-MidiasSociais.pdf> [Acesso em: 16 fev. 2020].

Novas tecnologias têm despertado inquietações implicadas com as mais diversas áreas do comportamento e das relações entre governos, instituições e indivíduos. Essa realidade abrange, naturalmente, a veiculação de ideias e manifestações por parte de membros do Poder Judiciário, o que dá ensejo a reflexões sobre o tema com base nos princípios e valores que regem a Judicatura.

É nesse contexto que se apresenta ao Conselho Nacional de Justiça o desafio de conciliar a liberdade de expressão e a presença dos magistrados nas redes sociais com a preservação da credibilidade e da imagem institucional do Poder Judiciário, uma vez que é sua missão contribuir para que a prestação jurisdicional ocorra com fundamento nos princípios da moralidade, transparência e responsabilidade. [...]”⁹.

Esse “entendimento” em nada corrobora com a aplicação da Justiça ao jurisdicionado.

2.3. Tribunais e inovação – as tecnologias que inovam a ação do judiciário

As inovações tecnológicas que há muito melhoram o cotidiano da sociedade como um todo chegaram ao Poder Judiciário por meio da substancial automatização dos processos, do implemento de meios de comunicação e de videoconferência que agilizam os trâmites e minimizam gastos e otimizam a segurança de seus tribunais.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) garante e o Código de Processo Civil de 2015 otimiza procedimentos para que os processos tramitem com uma razoável duração e sejam céleres para dar uma resposta rápida ao jurisdicionado. Assim assevera o art. 5.º, LXXVIII, da CRFB/1988, *verbis*: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do **processo** e os meios que garantam a **celeridade** de sua tramitação”¹⁰.

O mundo da evolução tecnológica, principalmente agora em pleno século XXI, permitiu as inovações necessárias aos órgãos do Poder Judiciário, principalmente aos seus tribunais, por meio dos vários mecanismos e modelos empregados, facilitando a movimentação das informações jurídicas de forma a atender a celeridade processual, aspecto tão suscitado e necessário.

Dessa feita, alguns mecanismos de inovação são importantes serem citados (sem esgotá-los, claro) para se ter uma noção do quão rápido e necessário é sua aplicação na atualidade. Entre eles podemos citar o (a) Plenário Virtual, o

⁹ *Idem*.

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão n.º 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais n.º 1/92 a 95/2016 e pelo Decreto Legislativo n.º 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016, 510 p.

(b) o Pje – sistema computacional de gerenciamento eletrônico, as (c) videoconferências e as (d) juremetria e juscibernética. Todas as ferramentas necessárias e até ousadas no sentido de melhor atender ao jurisdicionado.

2.4. As jurisdições face ao mundo globalizado

No campo das tecnologias, o chamado “tecnoglobalismo” permitiu ao Poder Judiciário melhorias no sistema procedimental e processual e a necessária troca de conhecimentos entre países no campo jurídico, aprofundando o Direito Internacional em relação às áreas de que se fundam o globalismo¹¹.

A globalização das jurisdições, ou seja, a ampliação dos limites estabelecidos da investidura do poder legal do qual são investidos os magistrados e tribunais responsáveis pela aplicação do Direito globalmente, permitiu que os jurisdicionados, independentemente de sua origem, pudessem ter condições de fazer valer seus direitos e obrigações, mesmo que fora do alcance territorial de sua jurisdição.

Por conta da globalização, desde que respeitados os limites e ditames constitucionais, foi considerada uma alteração nas teorias que regem o direito, harmonizando-as com o dinamismo acrescentado pelos métodos e práticas da atividade judicial, com base nas influências de outros sistemas jurídicos, como, por exemplo, o sistema do Common Law e o Anglo-Saxão, estes ocidentais, e, agora mais recentemente, o sistema jurídico chinês, haja vista as questões comerciais fortes dos últimos anos.

Mesmo sistemas como o jurídico-chinês trazem entendimentos e conhecimentos ao adotado pelo mundo ocidental, mesmo sendo um Estado comunista¹².

O sistema lógico e hierarquizado teorizado por Hans Kelsen em muito contribuiu para que a jurisdição fosse cumprida, possibilitando tanto a aplicação no ordenamento jurídico interno, esse estatal, bem como os não estatais, como é o caso da *lex mercatoria*. Esse sistema tem encontrado concordância pela União Europeia e parte de seus estados-membros.

Já pelo entendimento americano sobre essa atuação globalizada – com base no que preleciona uma considerável parte dos juristas dos Estados Unidos da América (EUA) –, todos buscam possíveis soluções para que possam ser as

¹¹ CARRÁ, Denise Sá Vieira; DUARTE, Marlon - A nova Lex Mercatoria e os sistemas de resolução de conflitos internacionais. *Revista Jus Navigandi*. Fortaleza (jan. 2017). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55355> [Acesso em: 16 fev. 2020].

¹² FREITAS, Vladimir Passos de - O Sistema judicial da República Popular da China. *Conjur* (26 maio 2013). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-26/segunda-leitura-sistema-judicial-republica-popular-china> [Acesso em: 15 fev. 2020].

normas dos ordenamentos jurídicos globais harmonizadas ou então uniformizadas, através da atuação dos *law firms*¹³.

A globalização das jurisdições tem sido determinante para que até os tribunais busquem utilizar decisões e jurisprudências dos tribunais de outros países, como o intuito de fundamentar mais fortemente suas decisões e que estas, com essa aglutinação, possam ser decisões mais próximas da realidade posta.

¹³ ENGELMANN, Fabiano. Globalização e poder de estado: circulação internacional de elites e hierarquias do campo jurídico brasileiro. *Dados*, Rio de Janeiro. V. 55, n.º 2 (2012), pp. 487-516. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php>? [Acesso em 17 fev. 2020]. <https://doi.org/10.1590/S0011-52582012000200007>.

TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA E DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO

Marco Carvalho Gonçalves

Professor Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho

Investigador do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação

1. Nota introdutória

O dever de fundamentação da decisão constitui uma manifestação essencial do direito a um processo justo e equitativo, tal como consagrado e reconhecido nos arts. 10.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e 20.º, n.º 4, e 205.º da Constituição da República Portuguesa¹.

Com efeito, a fundamentação da decisão cumpre três finalidades essenciais, concretamente garantir que o julgamento da causa obedece a critérios de legalidade estrita², permitir a compreensão da decisão e a sua impugnabilidade³,

¹ Doravante designada abreviadamente por “CRP”.

² *Vide*, a este propósito, SOUSA, Miguel Teixeira de - *Introdução ao Processo Civil*. Lisboa: Lex, 1993, p. 47.

³ Cfr., neste sentido, REIS, Alberto dos - *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. I. 3.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 284; SOUSA, Miguel Teixeira de - *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. Lisboa: Lex, 1997, p. 352; bem como CONTE, Francesco - *Sobre a Motivação da Sentença no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Gramma, 2016, p. 37.

bem como assegurar a legitimação do processo decisório⁴, conferindo, por essa via, “transparência à administração da justiça”⁵.

Neste enquadramento, partindo do âmbito e das finalidades do dever de fundamentação da decisão judicial, procurar-se-á, por um lado, analisar os requisitos que o julgador deve observar tendo em vista o cumprimento desse dever e as consequências que decorrem da sua violação, e, por outro lado, aquilatar da eventual necessidade de revisão do modo como, tradicionalmente, as decisões são fundamentadas, tendo presente a desejável proximidade da justiça aos cidadãos. Na verdade, ainda que não se ignore a complexidade do Direito e a especificidade da linguagem técnico-jurídica, afigura-se essencial que as decisões sejam inteligíveis pelos seus destinatários, enquanto condição de legitimação da atividade jurisdicional. No prosseguimento desse desiderato, adiantar-se-ão possíveis soluções que permitam garantir uma fundamentação mais transparente, simples e justa, assegurando, concomitantemente, a efetividade do direito à tutela jurisdicional.

2. Requisitos do dever de fundamentação da decisão

2.1. Regime geral

O art. 205.º, n.º 1, da CRP estatui que as decisões dos tribunais, que não sejam de mero expediente, devem ser fundamentadas na forma prevista na lei.

Em concretização desse dever, o art. 154.º do Código de Processo Civil⁶ preceitua que as decisões que sejam proferidas sobre qualquer pedido controvertido ou sobre alguma dúvida que tenha sido suscitada no processo devem ser sempre fundamentadas.

Regra geral, a fundamentação da decisão não pode consistir numa mera adesão aos argumentos que tenham sido invocados pelas partes, isto é, a lei não admite uma “fundamentação meramente formal”⁷, já que, se assim fosse, o tribunal estaria a demitir-se da obrigação de explicar as razões factuais e jurídicas que conduziram, de forma lógica e racional, à sua decisão.

⁴ LOPES, José Mouraz - Gestão processual: tópicos para o incremento da qualidade da decisão judicial. *Julgar*. Lisboa. N.º 10 (2010), p. 140. Cfr., na jurisprudência, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 10.02.2020, processo 519/18.7PBGMR.G1. In www.dgsi.pt.

⁵ DIAS, Marta João - A fundamentação do juízo probatório – Breves considerações. *Julgar*. Lisboa. N.º 13 (2011), p. 181. Cfr., no mesmo sentido, FREITAS, José Lebre de - *A Ação Declarativa Comum: à luz do Código de Processo civil de 2013*. 4.ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2017, p. 363.

⁶ Doravante designado abreviadamente por “CPC”.

⁷ FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel - *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. I. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 329.

Ora, à luz da lei de processo civil vigente (art. 607.º, n.º 4, do CPC), o julgador, ao fundamentar a sua decisão, deve:

- a declarar quais os factos que considera provados e não provados;
- b analisar criticamente as provas produzidas⁸;
- c tomar em consideração os factos que estão admitidos por acordo (arts. 574.º, n.º 2, e 587.º do CPC), provados por documentos ou por confissão reduzida a escrito;
- d indicar as ilações tiradas dos factos instrumentais;
- e compatibilizar toda a matéria de facto adquirida;
- f extrair dos factos apurados as presunções impostas pela lei ou por regras de experiência (arts. 349.º e ss. do Código Civil); e
- g especificar os demais fundamentos que foram decisivos para a sua convicção⁹.

2.2. Exceções

Pese embora o art. 607.º, n.º 4, do CPC estabeleça um conjunto de requisitos cumulativos para que se considere observado o dever de fundamentação da decisão, a verdade é que o nosso ordenamento jurídico prevê algumas exceções a esse regime, concretamente a possibilidade de a decisão ser fundamentada de forma sucinta e, em certos casos, a dispensa de apresentação da respetiva fundamentação.

a Fundamentação sucinta da decisão

A lei de processo civil permite que a decisão seja fundamentada de forma sucinta em face da natureza sumária ou urgente do processo, da simplicidade da questão a ser resolvida ou da manifesta improcedência da pretensão deduzida em juízo.

Com efeito, se o processo revestir natureza sumária, isto é, se apresentar uma tramitação simplificada comparativamente com o processo comum, tal na-

⁸ Vide, a este propósito, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 24.04.2019, processo 708/15.6T9CBR.C1. In www.dgsi.pt.

⁹ Quanto ao âmbito desse dever, vide MENDES, João de Castro - *Direito Processual Civil*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1979, p. 264.

tureza impõe, por si só, um menor grau de exigência ou de complexidade no que concerne à fundamentação da decisão. Enquadram-se neste âmbito, por exemplo, a ação especial para cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos (Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de setembro), bem como o processo especial de tutela da personalidade (art. 879.º, n.º 3, do CPC).

Analogamente, a fundamentação sucinta da decisão pode encontrar justificação na necessidade de se proteger a urgência do próprio procedimento, já que esta não é compatível com uma fundamentação exaustiva e, conseqüentemente, mais demorada do processo decisório. É o que sucede, por exemplo, com o proferimento da decisão no âmbito do procedimento cautelar de alimentos provisórios (art. 385.º, n.º 3, do CPC) ou do procedimento cautelar comum laboral [art. 32.º, n.º 1, al. c), do Código de Processo do Trabalho].

Por outro lado, a decisão pode ser fundamentada de forma abreviada nas situações em que esteja em causa a apreciação de uma questão que revista manifesta simplicidade, seja porque a mesma, por si só, não é complexa – tal como sucede, por exemplo, com a apreciação de uma exceção dilatória –, seja porque se trata de uma questão em relação à qual a resposta da jurisprudência tem sido pacífica¹⁰.

Por último, a possibilidade de a decisão ser sucintamente fundamentada justificar-se-á nos casos em que o tribunal considere que a pretensão é manifestamente improcedente, tal como ocorre, nomeadamente, nas situações em que o requerente pretenda obter uma tutela *contra legis* ou quando a sua pretensão contrarie frontalmente jurisprudência uniformizada do Supremo Tribunal de Justiça.

b) Dispensa da fundamentação da decisão

Muito embora o nosso ordenamento jurídico preveja, em regra, a obrigação de fundamentação da decisão, a verdade é que, excecionalmente, a lei pode dispensar o julgador desse dever. A título meramente exemplificativo, importa destacar o regime jurídico da ação especial para cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos (Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de setembro), cujo art. 2.º estatui que, se o réu, uma vez citado pessoalmente, não deduzir contestação, o juiz, “com valor de decisão condenatória”, limita-se a conferir força executiva à petição, salvo se ocorrerem, de forma evidente, exceções dilatórias ou se o pedido for manifestamente improcedente.

¹⁰ Cfr., a este respeito, o art. 94.º, n.º 5, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

3. Consequências da inobservância do dever de fundamentação da decisão

A violação do dever de fundamentação da decisão gera um vício processual, o qual, em função da respetiva gravidade, poderá traduzir-se na nulidade da decisão ou na necessidade de se proceder ao aperfeiçoamento da sua motivação.

Assim, nos termos do art. 615.º, n.º 1, al. b), do CPC, a sentença é nula quando nela não se especificarem os fundamentos, de facto e de direito, que justificam a decisão¹¹. Neste particular, importa sublinhar que a nulidade da sentença só se verificará nos casos em que a falta de fundamentação seja absoluta, isto é, em que sejam omitidos, por completo, os fundamentos, de facto e/ou de direito, que estiveram na base da decisão. Vale isto por dizer que não constitui causa de nulidade da sentença a circunstância de a mesma apresentar uma fundamentação insuficiente, incompleta ou inconclusiva¹².

Por outro lado, se, em sede de recurso quanto à matéria de facto, o tribunal de segunda instância entender que a decisão proferida no tocante a algum facto essencial para o julgamento da causa não se acha devidamente fundamentada, pode determinar, mesmo oficiosamente, que o tribunal de primeira instância fundamente a decisão, considerando, desde logo, os depoimentos gravados ou registados¹³.

4. Em busca de um novo paradigma

A complexidade do processo judicial constitui uma das principais razões para o crescente afastamento do cidadão em relação à justiça.

Na verdade, a linguagem dos tribunais é, por via de regra, excessivamente técnica e opaca, sendo, por isso, de muito difícil compreensão por quem não possua conhecimentos jurídicos.

Ademais, a necessidade de cumprimento dos múltiplos requisitos previstos no art. 607.º, n.º 4, do CPC conduz, invariavelmente, a que as decisões judiciais se tornem muito extensas.

¹¹ Vide, a este propósito, SOARES, Fernando Luso - *Processo Civil de Declaração*. Coimbra: Almedina, 1985, pp. 851 e 852.

¹² Cfr., nesse sentido, VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e - *Manual de Processo Civil*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 687. Vide, na jurisprudência, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15.05.2019, processo 835/15.0T8LRA.C3.S1. In www.dgsi.pt.

¹³ Cfr., a este respeito, FREITAS, José Lebre de - *Introdução ao Processo Civil*. 4.ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2017, p. 144.

Por conseguinte, afigura-se essencial que o legislador repense o modo como as decisões dos tribunais devem ser fundamentadas, tornando-as mais simples e inteligíveis. Neste particular, urge chamar à colação o modelo que viria a ser ensaiado no Regime Processual Civil de Natureza Experimental, constante do Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de junho. Com efeito, visando simplificar não só o momento do proferimento da sentença, como também o respetivo conteúdo, o art. 15.º do citado diploma legal previa o seguinte regime:

- a salvo nos processos de maior complexidade¹⁴, a sentença seria imediatamente ditada para a ata na audiência final, após a produção da prova e as alegações orais das partes;
- b a matéria de facto era decidida na sentença, sendo que a discriminação dos factos provados e não provados podia ser feita por simples remissão para as peças processuais onde esses factos se achavam contidos¹⁵;
- c a sentença devia limitar-se à parte decisória, sendo precedida da identificação das partes e da fundamentação sumária do julgado¹⁶;
- d se o réu não contestasse a ação, a fundamentação podia consistir na simples adesão aos fundamentos apresentados pelo autor, desde que os mesmos contivessem as razões de facto e de direito em que assentava a decisão; e
- e se o juiz, no julgamento da causa, aderisse a um acórdão de uniformização de jurisprudência, devia limitar-se a remeter para os seus fundamentos, indicando o local da sua publicação em jornal oficial.

As soluções preconizadas por este regime experimental no domínio das formalidades da sentença revelavam-se claramente positivas e vantajosas, sendo

¹⁴ Na aceção de Luís Filipe Brites Lameiras, os processos de maior complexidade seriam aqueles em que “a matéria de facto demande particulares cuidados ou exigências, ou em que o material probatório seja de difícil abordagem, mas ainda situações em que a própria *questão de direito*, pela sua dificuldade, exija um peculiar e aturado estudo, seja das normas jurídicas, da doutrina ou da jurisprudência” (LAMEIRAS, Luís Filipe Brites - *Comentário ao Regime Processual Experimental*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 134).

¹⁵ Conforme salienta Mariana França Gouveia, essa remissão podia ser feita, por livre iniciativa do juiz, para os articulados das partes, do qual constavam alegados esses factos, ou para o despacho de seleção da matéria de facto (GOUVEIA, Mariana França - *Regime Processual Experimental*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 143).

¹⁶ Criticando esta solução legal, vide SILVA, Paula Costa e - A Ordem do Juízo de D. João III e o Regime Processual Experimental. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa. Ano 68 (2008), pp. 268 e 269.

de destacar a maior celeridade no proferimento da decisão, garantindo-se, por essa via, o respeito pelo direito à obtenção de uma decisão em prazo razoável.

Ocorre, porém, que, das várias soluções constantes daquele regime, o novo Código de Processo Civil apenas viria a acolher a proposta de a decisão da matéria de facto ter lugar na própria sentença, concentrando-se assim, na mesma peça processual, a decisão da matéria de facto e da matéria de direito (art. 607.º, n.º 4, do CPC).

Será, por isso, importante que se proceda a uma revisão do regime da sentença, aproximando-o à proposta legislativa que constava do regime processual civil experimental.

De facto, a possibilidade de a sentença ser proferida imediatamente na audiência final – ressalvados os processos cuja complexidade não seja compatível com essa solução – permitirá garantir uma tramitação mais célere e concentrada do processo judicial, com inegáveis vantagens no domínio da apreciação e da valoração da prova¹⁷.

Ademais, a reprodução, na decisão judicial, da matéria que foi alegada pelas partes nas suas peças processuais não deixa de representar um exercício manifestamente desnecessário, o qual é gerador de decisões prolixas e redundantes. Neste enquadramento, a admissibilidade de remissão da matéria de facto provada e não provada para as peças processuais onde a mesma se acha alegada assegurará certamente uma maior simplicidade e rapidez no proferimento da decisão¹⁸.

Mutatis mutandis, a possibilidade de a sentença conter apenas a identificação das partes, a determinação do objeto do litígio, a fundamentação sumária do julgado e a parte decisória – dispensando-se, conseqüentemente, a enunciação das questões que, ao tribunal, cumpre decidir, a exposição dos vários atos praticados no processo e/ou dos argumentos invocados pelas partes, bem como a apresentação de uma fundamentação exaustiva da decisão da matéria de facto e de direito (art. 607.º, n.ºs 2 e 3, do CPC)¹⁹ – permitirá garantir que esta peça processual se torne mais concisa e inteligível, sem que tal importe a violação do princípio da legalidade ou do direito à impugnação. Na verdade, enquanto núcleo de legitimação da decisão, o que releva é que a fundamentação, ainda que sumária, seja clara e objetiva²⁰ – o que não se confunde com a falta ou a

¹⁷ Vide, a este propósito, o princípio 23.1. dos Princípios do Processo Civil Transnacional.

¹⁸ Cfr., no mesmo sentido, LOPES, José Mouraz - Gestão processual: tópicos para o incremento da qualidade da decisão judicial. *op. cit.* p. 142.

¹⁹ Vide, a este propósito, GIORDANO, Rosaria - Motivazione della sentenza civile. In *La Riforma del Processo Civile*. Milão: Giuffrè Editore, 2010, p. 104.

²⁰ Cfr., a este respeito, o princípio 23.1. dos Princípios do Processo Civil Transnacional.

insuficiência da motivação, geradora de nulidade – por forma a que as partes logrem compreender, sem necessidade de qualquer intermediação, quer o raciocínio lógico que conduziu à decisão, quer o seu sentido e alcance²¹. Vale isto por dizer que a apresentação de uma motivação sucinta – *maxime* dispensando-se a citação de doutrina ou de jurisprudência nos casos em que a questão a decidir não seja controvertida²² ou a reprodução de legislação irrelevante²³ – não é incompatível com o dever de fundamentação da decisão, desde que seja assegurada a compreensão do raciocínio que foi seguido pelo julgador e, bem assim, os concretos motivos que justificam a decisão por ele tomada. Veja-se, aliás, a título meramente exemplificativo, a solução adotada na Lei dos Julgados de Paz²⁴, a qual, reconhecendo expressamente que as decisões proferidas pelos julgados de paz têm o valor de sentença proferida por tribunal de 1.ª instância (art. 61.º), prevê no seu art. 60.º que a sentença, para além da identificação das partes, do objeto do litígio, da decisão propriamente dita e do local e da data em que foi proferida, deve conter apenas uma “sucinta fundamentação”.

Por outro lado, nos casos em que a ação não tenha sido contestada²⁵ ou quando a decisão da matéria de direito já tenha sido fixada num acórdão uniformizador de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, o princípio da economia processual reclama que a fundamentação da sentença possa consistir, consoante o caso, numa simples remissão para os fundamentos, de facto e/ou de direito, constantes da petição inicial, ou para o acórdão uniformizador de jurisprudência em que se baseia a decisão jurídica da causa.

5. Conclusão

O direito à tutela jurisdicional efetiva pressupõe não só que as decisões judiciais sejam proferidas em prazo razoável, mas também que as mesmas sejam inteligíveis pelos seus destinatários.

²¹ Vide a Recomendação n.º R (81) 7 do Conselho da Europa, sobre medidas para facilitar o acesso à justiça, cujo princípio B 5 preceitua que os Estados devem adotar medidas que garantam que os documentos processuais tenham uma forma simples, que a linguagem neles utilizada seja compreensível para o público e que qualquer decisão judicial seja compreensível para as partes. Cfr., na doutrina, LOPES, José Mouraz - Gestão processual: tópicos para o incremento da qualidade da decisão judicial. *op. cit.* p. 148.

²² No mesmo sentido, vide GERALDES, António dos Santos Abrantes - *Temas da Reforma do Processo Civil*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 1997, p. 159.

²³ Cfr., a este respeito, ANDRÉS IBÁÑES, Perfecto - Sobre a formação racional da convicção judicial. *Julgar*. Lisboa. N.º 13 (2011), pp. 172 e 173.

²⁴ Lei n.º 78/2001, de 13 de julho.

²⁵ Vide, a este respeito, JAUERNIG, Othmar - *Direito Processual Civil*. 25.ª ed. Almedina: Coimbra, 1998, p. 306.

Nessa exata medida, será importante que, numa próxima reforma processual civil, se repense a tempestividade, a forma e o conteúdo da decisão, salvaguardando-se, por essa via, o direito a um processo justo e equitativo, tal como se encontra constitucionalmente consagrado e reconhecido.

PAPEL DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE NA REPRESSÃO DOS PERFIS DE CRIANÇAS EM REDES SOCIAIS

Moacir Silva do Nascimento Júnior

Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes

Promotor de Justiça no Estado da Bahia

1. Introdução

O ato de compartilhar imagens de crianças em redes sociais tem se tornado uma prática cada vez mais recorrente, que viabiliza a revenda da atenção que o atrai para uso daqueles que desenvolvem estratégias publicitárias no ambiente digital¹. Este trabalho, baseado em revisão de literatura e em pesquisa documental, reflete sobre questões jurídicas enfrentadas por órgãos jurisdicionais brasileiros nos últimos anos, com foco em casos que envolvem ampla repercussão do conteúdo entre outras crianças, as quais passam a ser alvo de publicidade vedada pelo Código de Defesa do Consumidor, de predadores sexuais e de outros criminosos que agem no ambiente digital. Também serão analisados precedentes das cortes nacionais e as estratégias que podem ser adotadas pelo Ministério Público para o enfrentamento dessa problemática.

¹ WU, Tim - Blind spot: the attention economy and the law. *Antitrust Law Journal*. V. 82 (2017), pp. 771-806.

2. Crianças nas redes sociais

Menos de duas décadas após o surgimento da Internet comercial, o uso das redes sociais se massificou, inclusive entre as pessoas mais idosas, e o costume de compartilhar imagens de crianças ganhou uma nova conotação. Deixou de ser um ato que demonstrava apreço e consideração por aqueles que recebiam a imagem impressa, em suporte de papel. Divulgar essas fotografias passou a ser, sobretudo, um ato que chama a atenção de outros usuários da rede social que realizaram algum tipo de conexão com a mãe, o pai, o avô ou a namorada do primo que estava participando ocasionalmente de uma celebração familiar íntima. Tais imagens hoje circulam, em frações de segundo, pelas telas de centenas, milhares ou até milhões de pessoas.

Existe atualmente uma notória banalização do uso da imagem de crianças para obter as interações necessárias a reforçar a presença virtual. Não importa se a pessoa que porta o smartphone detém autorização para publicar. Aquela oportunidade de realizar uma postagem com grande poder de mobilizar outros usuários da rede social não é desperdiçada. A imagem será copiada eletronicamente inúmeras vezes, gravada na memória de dispositivos de pessoas com as quais a família não mantém qualquer laço de convivência. A coleta é realizada inclusive por criminosos que utilizam ferramentas automatizadas para detectar imagens e compor banco de dados utilizados em suas atividades ilícitas².

Palfrey e Gasser³ sustentam não haver problema em os pais ligarem para parentes ou em enviar-lhes uma mensagem e solicitar que não publiquem imagens ou dados dos filhos até que eles completem a idade em que irão por iniciativa própria realizar o compartilhamento. Sugerem que, se necessário, sejam encaminhadas recomendações de leitura sobre privacidade, que analisem as questões éticas e jurídicas envolvidas com o compartilhamento excessivo de imagens nas redes sociais. O uso da imagem com fins comerciais, como estratégia midiática, é algo que vai muito além do que seria um descuido com os dados pessoais de terceiros.

A faculdade de pais disporem da imagem de seus próprios filhos também precisa atender ao princípio do superior interesse dos verdadeiros titulares do direito a ser negociado⁴. Se alguém exercer carreira artística, é atleta profissional ou por outro motivo tenha um status de celebridade, é natural que suas contas

² SEIGFRIED-PELLAR, Kathryn C. - Chat Analysis Triage Tool: Differentiating contact-driven vs. fantasy-driven child sex offenders. *Forensic Science International*. 2019. Disponível na WWW: <https://doi.org/10.1016/j.forsciint.2019.02.028>.

³ PALFREY, John; GASSER, Urs - *The Connected Parent: An Expert Guide to Parenting in a Digital World*. New York: Basic Books, 2020, p. 76.

⁴ CRUZ, Rossana Martingo - A criança no (admirável?) mundo novo das redes sociais. *Direito na Lusofonia. Direito e novas tecnologia*. Braga, 2018, p. 456.

nas redes sociais sejam seguidas até mesmo por centenas de milhões de pessoas interessadas em acompanhar cenas do cotidiano. Realizar publicações esporádicas de reuniões familiares em que seus filhos ou outras crianças do seu círculo íntimo aparecem não caracteriza, apenas por isso, um ato ilícito.

Não haverá ilicitude se as imagens forem veiculadas em contexto de naturalidade e de modo a não gerar constrangimentos⁵. No entanto, o que é engraçado no contexto familiar pode se transformar na próxima mídia viral caso a replicação da imagem cresça exponencialmente⁶. Os danos psicológicos derivados dessa ampla repercussão são intensos e cabe aos pais imaginar sempre que existe a chance de a mídia ganhar uma repercussão similar àquela que teria se fosse exibida no telejornal do horário nobre. Ao mesmo tempo em que democratizaram o direito de participar do debate público, as redes sociais transformaram cada uma de suas contas em potenciais transmissoras de mensagens em larga escala e essa responsabilidade não é levada em consideração pela grande maioria das pessoas que utilizam tais ferramentas tecnológicas.

Existem pais que alimentam o sonho de transformar os filhos em uma pessoa famosa. Eles enxergam naquele ser humano, mesmo que ele sequer tenha dentes ou saiba pronunciar palavras, alguma habilidade especial ou beleza fora do comum e buscam a ampla divulgação disso por meio de contas criadas nas redes sociais, estimulando a criança a brincar, dançar ou fazer alguma coisa na frente das câmeras que chame a atenção dos outros usuários da rede social⁷. A depender da idade, ela sequer entende que está sendo gravada ou encara tal gravação como parte do universo de brincadeiras entre ela e seus pais ou cuidadores. A busca por intensa audiência com a intenção de explorar economicamente a conta, divulgando marcas, produtos e serviços em troca de remuneração, não se adequa ao regime de proteção dos seus direitos fundamentais. Essa conta atrairá a atenção de outras pessoas em desenvolvimento⁸ e isso tem sido utiliza-

⁵ Para uma análise mais restritiva, que destaca os riscos do ambiente digital: PLUNKETT, Leah A. - *Sharenthood: Why we should think before we talk about our kids online*. Cambridge: Mit Press, 2019.

⁶ Sobre o célebre caso Nissim Ourfali e o direito de arrependimento na postagem de conteúdo próprio: SCHREIBER, Anderson - *Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? Direito e Internet III*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 277-305.

⁷ LANÇA, Hugo - *A Regulação dos Conteúdos Disponíveis na Internet: a imperatividade de proteger as crianças*. Lisboa: Chiado Editora, 2016.

⁸ Sobre a falta de efetividade dos mecanismos de controle de acesso implantados na década de 1990 por força da legislação federal americana: ZITTRAIN, Jonathan - *The future of the internet: and how to stop it*. New Haven: Yale University Press, 2008, p. 232. A pesquisa TIC Kids Online Brasil revelou que 34% das crianças entre 9 e 11 anos, que integram famílias com renda mensal superior a dois salários-mínimos, utilizam redes sociais. Disponível na WWW: <http://cetic.br/pt/arquivos/kidsonline/2019/criancas>.

do pelos agentes econômicos para contornar a proibição de publicidade abusiva regulada pelo art. 37, § 2.º, do Código de Defesa do Consumidor.

3. O controle jurisdicional do trabalho infantil artístico

Existe um dever jurídico das famílias, da sociedade e do Estado de agirem no sentido de não criar risco de violação de direitos, conforme art. 227, *caput*, da Constituição Federal. Mesmo que a criança seja isolada do processo midiático que se forma a partir da divulgação de sua imagem por meio da Internet, ela vai ter que dedicar parte de sua rotina à captura de imagens e à gravação de vídeos que precisam ser repetidos à exaustão para atingir o formato comercial adequado. A depender do padrão de qualidade da produção audiovisual, um trecho de dez minutos exige horas de ensaios, maquiagem, repetição de cenas. Tempo que deveria estar a serviço de experiências lúdicas, de interações humanas que não fossem contaminadas pela necessidade de atingir determinado desempenho para fins comerciais.

Com o avançar da idade, ela vai compreender que certas atitudes na frente da câmera traduzem em menos ou mais audiência. Vai ter acesso aos comentários realizados pelos usuários da rede social. Se isso não ocorrer no ambiente do doméstico, ocorrerá quando da convivência comunitária, quando outras pessoas, até mesmo colegas de escola que utilizam dispositivos eletrônicos a partir da postura mais permissiva dos seus genitores, mostrarem a ela a repercussão negativa ou positiva de uma determinada publicação. Certos comentários violentam psicologicamente ao ponto de gerar traumas que perduram por toda a vida. Esse risco, por sua vez, não é único. A depender do êxito na estratégia midiática, a criança se transforma em uma celebridade da Internet e com isso obtém ganhos que elevam muito o padrão de renda da família. A mudança para uma residência mais confortável, a aquisição de um veículo luxuoso e a realização de viagens para o exterior levam a um conforto seguido da consciência da responsabilidade perante seus familiares.

Essa forma de exploração do trabalho infantil existia antes do surgimento da Internet, pois estúdios de cinema, emissoras de televisão e agências de publicidade sempre precisaram contratar pessoas muito jovens. Os arts. 148 e 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o art. 406 da Consolidação das Leis do Trabalho e o art. 8.º da Convenção sobre Idade Mínima de Admissão ao Emprego da Organização Internacional do Trabalho exigem autorização judicial, com limitação de horas e fixação de outras condicionantes à atividade. A autorização também precisa dispor sobre a reserva de parte dos ganhos, de modo a prevenir a prática de violência patrimonial. Depositar parte do pagamento em caderneta de poupança com movimentação bloqueada até que o artista chegue à idade

adulta é medida que impede o desvio do patrimônio que não pertence à família, mas à pessoa que desempenha o trabalho.

É natural que parte dos ganhos se converta em mais conforto familiar. Seria absurdo manter milhões de reais bloqueados para movimentação enquanto o artista mirim reside em um bairro com grande índice de violência urbana e estuda em escola de baixa qualidade. A gestão patrimonial, no entanto, não deve levar ao acesso irresponsável a bens e a serviços de luxo, com descontrole financeiro que possa se traduzir no endividamento familiar. O artista não pode chegar à idade adulta vivenciando uma perspectiva de queda do padrão de vida ou mesmo com o dever de honrar compromissos financeiros que não teria como assumir pela sua incapacidade civil. Dada a relevância da questão, o Sistema Jurídico brasileiro deslocou tal avaliação ao Poder Judiciário e impôs a atuação do Ministério Público para a defesa dos direitos das crianças que desempenham trabalho artístico.

Tal pedido de autorização é processado na Vara da Infância e da Juventude, órgão que integra a estrutura da Justiça Estadual. A partir da tramitação dos processos que veiculam o pedido de autorização judicial, torna-se viável a identificação de situações com potencial de causar risco de violação a direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, a exemplo dos direitos à educação, ao lazer e à convivência familiar. Em maio de 2014, tramitou no Foro Regional I da Comarca de São Paulo pedido de autorização para o desempenho de trabalho artístico por jovem então conhecido como “MC Pedrinho”. Além da forte presença nas redes sociais e no YouTube, o artista mirim se apresentava durante a madrugada em eventos conhecidos como bailes funk e reproduzia músicas com linguagem incompatível com a sua idade, gerando risco de afetar o seu processo de desenvolvimento e estimular outras pessoas da mesma idade a seguirem tal exemplo.

Ao tomar conhecimento desses fatos, o Ministério Público apresentou parecer se posicionando pelo indeferimento do pedido de autorização e de imediato ajuizou demanda autônoma para impor uma série de obrigações aos pais, no sentido de suprimir as situações que estavam violando seus direitos, como a frequência a locais inadequados para a sua faixa etária e a execução de obras com forte apelo sexual. Nessa mesma demanda, foram incluídas as empresas que exploravam o YouTube e as redes sociais utilizadas pelos empresários do artista e requeridas ordens de remoção do conteúdo eletrônico publicado na Internet,

que vinculava a sua imagem a tais obras. Durante a instrução do caso, foram obtidas informações sobre outras violações de direitos⁹.

Em maio de 2020, também no Estado de São Paulo, foi julgado recurso pelo Tribunal de Justiça que confirmou condenações de agência de publicidade ao pagamento de multa decorrente da violação das normas que impõem a prévia obtenção de alvará judicial. O texto do acórdão cita condenação pretérita pelo mesmo ilícito, qual seja, a participação de crianças em ações promocionais contracenando com seus pais em vídeos publicados nas redes sociais destes. A condenação não levou em conta qualquer dano efetivo sofrido pelos artistas, mas a violação de normas voltadas a diminuir o risco de lesão a direitos¹⁰. A apuração de eventuais danos deveria ser processada em processo específico, que pode ser instaurado a partir da iniciativa do Ministério Público.

4. Atuação do Sistema de Justiça

Existem vozes que sustentam a inviabilidade da tramitação desse grande volume de demandas pelo Poder Judiciário. Possível que o modelo português, de atuação subsidiária do magistrado, apenas quando a Comissão de Protecção de Crianças e Jovens não autoriza a participação ou revoga autorização anterior¹¹, seja mais adequado. Mas tal argumentação não encontra amparo no Sistema Jurídico brasileiro. A competência das Varas da Infância foi reafirmada em decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal¹² e o exemplo do “MC Pedrinho” revela a importância da pronta identificação dos casos mais graves pelo Ministério Público.

Conforme art. 8.º, I, da Resolução n.º 174/2018 do Conselho Nacional do Ministério Público, as promotorias podem instaurar Procedimento Administrativo para “apurar fato que enseje a tutela de interesses individuais indisponi-

⁹ No Processo n.º 1008101-84.2015.8.26.0001, foi homologado o acordo celebrado entre os representantes do artista e a Promotoria de Justiça. Disponível na WWW: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/165347665/djsp-judicial-1a-instancia-capital-24-10-2017-pg-2102>. Foi no Processo n.º 1014494-59.2014.8.26.0001 que o Juiz de Direito negou autorização para desempenho do trabalho artístico. Disponível na WWW: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/284384803/processo-n-1014494-5920148260001-do-tj-sp>.

¹⁰ O acórdão da Apelação Cível n.º 1096977-67.2019.8.26.0100 também foi indexado pelo serviço JusBrasil. Disponível na WWW: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/890661583/apelacao-civel-ac-10969776720198260100-sp-1096977-6720198260100/inteiro-teor-890661861>.

¹¹ Em Portugal, a participação de crianças e adolescentes em atividade de natureza cultural, artística ou publicitária é regulada pela Lei n.º 105/2009.

¹² O parecer conclusivo ofertado pela Procuradoria-Geral da República na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5326, no mesmo sentido da decisão liminar referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 27/9/2018, está disponível na WWW: <https://www.proinfancia.net/condicionantes-riscos>.

veis⁹. O acompanhamento dos casos de forma extrajudicial permite fiscalizar o cumprimento das condicionantes impostas na autorização judicial. Tal instrumento também agiliza a abordagem técnica do caso e permite que os pais sejam esclarecidos quanto aos riscos e às demais questões relevantes envolvidas com o conteúdo investigado. Esse tipo de atuação é determinante para o imediato abrandamento do quadro de risco e permite a celebração de acordo¹³ que delimite o grau de exposição, preferencialmente por meio do uso de uma conta privada e fixando que qualquer ação promocional de produtos ou de serviços deva ser precedida de autorização obtida na Vara da Infância e da Juventude.

O requerimento da autorização para gravação de um comercial ou produção de fotografias para uma peça publicitária a ser veiculada em revista precisa indicar o endereço onde será realizado o trabalho infantil artístico. É necessário viabilizar a atuação dos agentes de proteção vinculados à Vara da Infância, que são funcionários públicos concursados ou pessoas que se habilitam para exercer essa relevante função de forma voluntária. Quando se tratar de autorização para exercer trabalho artístico no ambiente digital, por meio de conta de rede social, caso a produção seja realizada na própria residência da criança, a fiscalização das condicionantes demandará visita a tal local. Essa atividade deverá ser exercida com todas as cautelas, por pessoas que não estejam trajando uniformes que remetam a símbolos policiais. Ela tem a mesma natureza do trabalho de acompanhamento que é realizado durante o período de estágio de convivência, antecedente ao processo de adoção. É uma estratégia para coletar evidências de eventual situação de risco ou da adequação às condicionantes impostas, que são requisitos de validade da futura decisão judicial que entenda viável o exercício do trabalho artístico ou imponha a suspensão da atividade.

O magistrado não deverá basear seu entendimento em sentimentos de adequação ou de inadequação moral do conteúdo veiculado no ambiente digital. Não cabe a ele decidir como se fosse o pai do artista, restringindo a criatividade e a autoexpressão de crianças na esfera pública¹⁴. É uma questão de conhecer os riscos e ponderar as demais questões envolvidas.

Trata-se de uma entre as inúmeras causas de extrema complexidade que tramitam nas Varas da Infância e a atuação da equipe multidisciplinar, produzindo estudos nas áreas de educação, psicologia, dentre os outros ramos do saber, é fundamental para que as decisões observem o princípio do superior interesse da criança. A depender da idade e do seu grau de maturidade, o desejo de continuar desempenhando a atividade artística precisa ser considerada na decisão

¹³ GUIMARÃES, Leisa Mara Silva - *Ministério Público Resolutivo: no Enfoque do Acesso à Justiça*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

¹⁴ PALFREY, John; GASSER, Urs - *Born Digital: How Children Grow Up in a Digital Age*. New York: Basic Books, 2016, p. 8.

e imporá um ônus argumentativo maior em eventual decisão que determine a cessação do trabalho.

5. Considerações finais

O Sistema de Justiça precisa assumir o papel que a legislação brasileira a ele atribui. Agir de forma reativa, quando os efeitos danosos da extrema exposição da imagem já estiverem consolidados, não atende aos ditames constitucionais que exigem de todos uma ação voltada a prevenir a ocorrência de situações com potencial de gerar dano para o pleno desenvolvimento humano. Essa omissão tende a custar muito caro, especialmente para aqueles que precocemente desenvolvem trabalho artístico no ambiente digital e proporcionam tanto lucro para as empresas anunciantes e os fornecedores dos serviços de Internet. Tais artistas também geram muitos ganhos financeiros para seus próprios familiares, que parecem não enxergar o preço que aquela pessoa vai precisar pagar, do ponto de vista emocional, durante toda a sua existência, especialmente nos momentos de angústia e sofrimento, quando os holofotes cibernéticos se voltarem não mais para ela, mas para as próximas crianças que entrarem nessa roda viva de lucratividade constante para quem sabe explorar as novas oportunidades da economia da atenção.

EFETIVIDADE E EQUIVALÊNCIA NO PLURALISMO JURÍDICO DA COMUNIDADE DOS PAÍSES DE LÍNGUA PORTUGUESA

Ricardo Sousa da Cunha

Professor de Direito no Instituto Politécnico do Cávado e do Ave e na Escola de Direito da Universidade do Minho

Investigador integrado do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação

1.

São muitos os desafios atualmente lançados por uma realidade crescentemente complexa, rica e multidirecional à ambição de efetividade de uma ordem normativa estadual¹, que pretendeu esgotar o exercício do poder normativo sobre um determinado território e população. Os países da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP) reunidos neste VII Congresso Internacional da Lusofonia partilham diversos destes desafios, um dos mais interessantes na constatação de uma inextrincável relação entre uma normatividade ancestral, oral e de natureza consuetudinária com os ordenamentos jurídicos estaduais formais.

1.1.

Um dos exemplos comuns aos países lusófonos, nomeadamente aos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (PALOP) e Timor-Leste, é a relação destas instituições formais de governo local com a forma tradicional de gover-

¹ A ambição não apenas de *dever-ser* mas também de *ser*, como, convocando um eminente jusfilósofo da Lusofonia, afirmava Miguel Reale: “A regra de direito deve, por conseguinte, ser formalmente válida e socialmente eficaz” – REALE, Miguel - *Lições Preliminares de Direito*. 22.ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1995, p. 113.

no. As práticas costumeiras ancestrais conduzem a formas de organização (do exercício do poder) por vezes pouco aceites pelo Estado constitucional formal, nomeadamente no que diz respeito à falta de representatividade e a diferentes formas de discriminação, muito especialmente a discriminação de género. Contudo, estas práticas consuetudinárias assistiram a um ressurgimento, particularmente após a transição para regimes democráticos, compreensível considerando o incremento de legitimidade que trazem aos processos democráticos deliberativos formais ainda embrionários. No caso dos PALOP, este processo teve lugar, em geral, após um período de proximidade com regimes de inspiração soviética que tinham apoiado a luta pela libertação nacional, mas esse processo terminou com a queda do Muro de Berlim. No caso de Timor-Leste, este mesmo período de transição terminou com a restauração da independência em 2002, após a ocupação indonésia.

As soluções existentes são bastante diferenciadas: enquanto o poder tradicional foi formalmente integrado no poder local em Angola, as organizações tradicionais não estão formalmente integradas nas autoridades de poder local em Timor-Leste, mas incluem formas de representação democrática sob a forma de “sucos” que fazem parte da administração pública, assumindo a natureza jurídica de “associações públicas”, ao abrigo da Lei n.º 9/2016, de 8 de julho, excluindo assim a participação dos partidos políticos para assegurar a sua contínua ligação ao direito consuetudinário. Em Moçambique, a crescente relevância das organizações tradicionais foi também sentida na tentativa de integrar formalmente estas estruturas no seio do Estado pelo Decreto do Conselho de Ministros n.º 15/2000, de 20 de junho, revogado pelo Decreto do Conselho de Ministros n.º 35/2012, de 5 de outubro. O poder tradicional encontra-se numa situação ambígua, sem proteção constitucional e desproteção aberta do poder indígena relevante na Guiné-Bissau, sendo muito menos relevante nos outros Estados da CPLP.

1.2.

Outros exemplos interessantes polvilham as discussões jurídicas no espaço da lusofonia. Em Timor-Leste, o Decreto-Lei n.º 5/2016, de 16 de março, prevê diversas instâncias de integração entre o ordenamento jurídico estadual formal e o sistema normativo tradicional consuetudinário a propósito do sis-

tema nacional de áreas protegidas². No Brasil, os desafios lançados desde a Lei n.º 6001/1973 (Estatuto do Índio brasileiro) são especialmente impressionantes no caso do regime de sancionamento penal e penitenciário para o (também já tradicional) princípio constitucional da legalidade penal³. Em Portugal, ainda há não muito tempo, num sistema jurídico estadual formal, talvez o mais formalista no espaço da CPLP, esta questão se colocou já no século XX no conhecido episódio das “Touradas de morte de Barrancos”⁴. Diversos outros desafios foram já enunciados neste painel.

² No art. 6.º, a propósito da proteção tradicional, com a preparação do plano nacional para o Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SNAP), a classificação e a gestão de uma área protegida devem ter em consideração os usos e os costumes de Timor-Leste, que não contrariem a Constituição e a lei, nomeadamente o lisuk, ofatinlulik, o lisane o tarabandu; no art. 25.º, como o plano de gestão é aprovado por Resolução do Governo e deve “e) identificar qualquer ação de lisuk, lisan ou tara bandu levada a cabo e especificar como as medidas tradicionais devem ser tidas em conta na gestão da área protegida”; no art. 28.º, como os acordos de gestão conjunta devem “a) Especificar as responsabilidades de cada grupo ou partes interessadas na gestão da área protegida, conforme descrito no plano de gestão; b) Especificar as responsabilidades para a implementação de qualquer lisuk, lisan ou tara bandu que se aplique à área protegida”; e, finalmente, no art. 40.º, impõe-se ao pessoal das áreas protegidas desempenhar as seguintes funções: a) Cooperar com as autoridades locais, autoridades públicas e forças policiais na manutenção e preservação da área protegida; b) Sensibilizar as comunidades residentes na área protegida e zonas adjacentes e estabelecer campanhas de sensibilização, para a necessidade de cumprimento dos instrumentos de gestão; c) Apoiar as comunidades locais na aplicação do costume, nomeadamente, no tarabando, que seja compatível com a lei e com a Constituição.

³ Lei n.º 6001/1973 (Estatuto do Índio brasileiro): “Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola. / Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado. / Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte”.

⁴ Desde 1928, o Decreto n.º 15355, de 14 de abril de 1928, proibia as touradas de morte em Portugal. Depois de polémica com violação sucessiva desta lei, o legislador na Lei n.º 12-B/2000, de 8 de julho, admitiu: “3 – São proibidas, salvo os casos excepcionais cujo regime se fixa nos números seguintes, as touradas, ou qualquer espetáculo, com touros de morte, bem como o acto de provocar a morte do touro na arena e a sorte de varas. 4 – A realização de qualquer espetáculo com touros de morte é excepcionalmente autorizada no caso em que sejam de atender tradições locais que se tenham mantido de forma ininterrupta, pelo menos, nos 50 anos anteriores à entrada em vigor do presente diploma, como expressão de cultura popular, nos dias em que o evento histórico se realize”.

2.

A primazia constitucional dada ao movimento de codificação afirmou-se como “projeto político da Revolução Francesa” alicerçado na genérica suspeita constitucional moderna dos sistemas revolucionários de *Civil Law* da tradição francesa contra a “corrupção” da jurisprudência e do costume no período das monarquias constitucionais, segundo ALF ROSS⁵, que levou à apropriação dos ideais do iluminismo pelo projeto politicamente empenhado da Revolução Francesa – um dos seus destaques é a integração irónica no Código Civil do instrumento hermenêutico desenvolvido pela Escola Histórica de Direito de SAVIGNY, contra o qual o próprio se insurgiu. A superação da ordem social do Antigo Regime foi justificada pela preferência revolucionária pela “codificação” legislativa como resultado da desconfiança face à jurisprudência, ao costume e à sua ideologia literária romântica, de tal forma que a aceitação do costume como fonte de direito, que foi integrada numa versão preliminar do Código Civil, foi retirada da versão final.

Este resultado foi seguido pelo Código Civil Português que, desde a “Lei da Boa Razão” de 1769 e o Código de Seabra de 1866, admitiu o direito consuetudinário como fonte de direito apenas quando em conformidade com a Constituição, regra contrária à de diferentes sistemas jurídicos, mesmo europeus, que aceitavam legalmente o direito consuetudinário como fonte de direito vinculativa, mais notavelmente o Código Civil Suíço de 1907 (ZGB, art. 1.º, § 2). Esta imposição de um transplante legal, através do exemplo do Código Civil Francês, não era total nos regimes jurídicos de língua portuguesa de presença colonial porque era garantida, tácita ou expressamente, a existência de regimes jurídicos pessoais que permitiam a manutenção de regras locais, por exemplo, em matérias como o direito da família e das sucessões, e que permitiam a manutenção de diferentes exemplos jurídicos plurais nos estados de língua portuguesa – como é o caso do barlaque nos casamentos em Timor-Leste. Estas aberturas plurais existem ainda hoje, por exemplo, no Brasil, onde são permitidas regras especiais na Constituição para a propriedade da terra pela população indígena, que são legalmente aplicadas pelo “Estatuto do Indígena”⁶.

⁵ ROSS, Alf - *Teoría de las fuentes del derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*. Trad. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 89.

⁶ A Constituição do Brasil permite o uso tradicional da terra pela população indígena no art. 231.º.

Este “contexto”⁷ encontrou novos desafios na construção dos sistemas jurídicos constitucionais dos novos Estados, resultantes dos processos de descolonização, nos quais surgiu uma relação desconfortável entre a organização formal do Estado e a tradição normativa habitual pré-existente. Esta relação tensa é ainda mais evidente considerando a influência histórica dos sistemas jurídicos da família jurídica de inspiração soviética nos movimentos anticoloniais de libertação nacional na segunda metade do século passado. Da perspetiva do constitucionalismo de Estado, esta tensa relação pode ser construída como um conflito de princípios entre o princípio da constitucionalidade e o princípio do pluralismo jurídico, que está consagrado em muitas das Constituições dos países lusófonos. A solução de qualquer conflito de princípios procura sempre assegurar a máxima eficácia de cada um dos princípios por graus, contrariamente à lógica do “tudo ou nada” das regras, de acordo com ALEXY⁸.

3.

Uma perspetiva adequada do funcionamento sistemático de sistemas jurídicos plurais não admite que qualquer um dos sistemas normativos alicerçado em fundamentos de validade próprios se pronuncie acerca da validade do outro – o princípio aqui formulado é da “dupla contingência”, de TEUBNER, na relação entre “ego” e “alter”⁹. Na verdade, qualquer afirmação de um determinado sistema sobre o “outro” faz-se a partir de uma perspetiva interna, pelo que nessa receção um sistema normativo apenas se pode pronunciar acerca da validade “para si” das preposições normativas de outro sistema¹⁰.

A quebra das tradicionais fronteiras entre *facto* e *norma* – em especial promovidas a partir da “diferenciação” de DÉRRIDA e, por exemplo, introduzida no Direito Comparado por COENDET – facilita neste exercício¹¹. A redução do “outro” jurídico (estrangeiro, comparado ou até costumeiro) a mero *facto* promovida pelo positivismo é, por um lado, revelada como argumentativamente

⁷ Para aqui usar a referência de Pierre Legrande no Direito Comparado, designadamente em LEGRANDE, Pierre - The same and the diferente. In LEGRANDE, Pierre; MUNDAY, Roderick (Eds.) - *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge; Cambridge University Press, 2003, *maxime* p. 254.

⁸ ALEXY, Robert - On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*. Vol. 13, n.º 3 (September 2000), pp. 294 a 304.

⁹ TEUBNER, Günther - Altera pars audiatur: Law in the Collision of Discourses. In RAWLINGS, R. (Org.) - *Law, Society and Economy*. OUP: 1997, pp. 149 e ss.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Sobre esta questão, *vide* CUNHA, Ricardo Sousa da, O Argumento Jurídico Comparado para o Direito Plural. In CUNHA, Ricardo Sousa da (Org.) - *O Direito Comparado Plural*. Braga: JUSGOV – Universidade do Minho, 2021, pp. 1 e ss.

circular porque alicerçada exatamente numa ideia de facto – a soberania – e, por isso, incapaz de suportar qualquer solução normativamente aceitável como regra universal! Por outro lado, como faz COENDET, internalizar esse Direito externo pelo Direito Comparado revela como não se pode alicerçar na argumentativa qualquer ambição de primazia no que são, na verdade, relações normativas de reciprocidade.

Nestas relações normativas, é o *princípio da equivalência*, assim construído, que regula as relações do pluralismo jurídico, o único possível extrair de uma ambição de efetividade normativa¹². O *princípio da equivalência* é um princípio extraído das relações entre o Direito da União Europeia, o Direito dos Estados-Membros e o Direito da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que aqui pode ser aplicado às relações de pluralismo intrassistemático, sob o *princípio da proporcionalidade*.

4.

A ambição de efetividade é característica de qualquer sistema normativo, mas encontra aqui também na necessária abertura intrassistemática uma crescente dimensão cosmopolita, aqui ao nível local – ou, se quisermos, *Glo-cal*. É, precisamente, entre a efetividade e a equivalência que se revela uma necessária abertura intrassistemática cosmopolita!

O tradicional Estado-Nação soberano encontra-se ameaçado nos seus elementos essenciais numa *Postnationale Konstellation*, como na garantia do primado da lei e na efetividade da sua administração, na soberania territorial, na solidariedade e identidade coletiva, bem como na garantia da sua legitimidade democrática.

O conflito aqui reciprocamente perspetivado entre o *princípio da constitucionalidade* e o *princípio do pluralismo jurídico* é encarado de forma diferente em diversos ordenamentos jurídicos comparados. A solução deste conflito tem muito a beber da abertura jurídica cosmopolita que se sente na relação plural entre sistemas normativos na crescente integração normativa global, evidenciada, por exemplo, na Constituição da República Portuguesa de 1976 pela abertura ao Direito Internacional (arts. 7.º e 9.º), ao Direito da União Europeia (arts. 7.º e 8.º) e, como se viu, ao Direito costumeiro local.

Neste exercício, afirmações soberanistas concorrentes, em especial, aquelas que resultam da afirmação (soberana) de soluções hierárquicas apriorísticas

¹² Mesmo numa perspetiva normativista esta é a posição de DUARTE, David - *A norma de Legitimidade procedimental administrativa*. Coimbra; Almedina, 2006, pp. 62 e ss. Interessante é nesta perspetiva a distinção entre enunciado normativo e norma, aqui se referindo à formulação oral (não sujeita a forma jurídica) do costume. *Ibidem*, pp. 64 e ss.

não são o ponto de partida mais sólido para a definição de relações normativas intersistemáticas. No que se refere às relações entre o Direito da União Europeia e os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros, parte-se aqui do pluralismo jurídico em que se devem organizar as relações entre diferentes sistemas normativos para procurar soluções de “adequação prática” que garantam a integridade sistemática e salvaguardem a recíproca ambição de efetividade, mais do que soluções “soberanistas” concorrentes de derrogação hierárquica.

As insuficiências da afirmação de uma hierarquia normativa na relação entre diferentes ordenamentos jurídicos, de forma argumentativamente circular e insustentável, é desde logo evidente na medida em que nenhum ordenamento pode reclamar para as suas normas um valor que, numa relação com outro ordenamento jurídico, não detém à partida. Aliás, normativamente as mais das vezes confunde-se a afirmação de jurisdição com uma necessidade hierárquica, novamente se resvalando para perigosas e (no limite) inconciliáveis afirmações soberanistas.

Não significa que se abdique da definição de regras de receção ou mesmo de solução de eventuais conflitos, mas a sua aplicação deve ser orientada pelo cumprimento de princípios, mesmo que concorrentes. O objetivo aqui é garantir a coerência das relações intersistemáticas, procurando-se assegurar a efetividade recíproca, fundada no reconhecimento da validade (constitucional) de cada uma das preposições normativas. Nem, por outro lado, se impede que cada uma delas defira o primado, em caso de conflito, para outro, como o faz o art. 66.º da Constituição holandesa.

Importante é garantir a coerência sistemática recíproca, mais até do que a estrita unidade de cada um dos ordenamentos, sob pena de se poder afetar irremediavelmente os demais. Por isso, na solução de eventuais conflitos, são especialmente decisivas as relações de especialidade tratadas entre diferentes ordenamentos jurídicos, a partir do original monopólio estadual e da atribuição internacional especial (mesmo que interpretado como já visto, segundo as diversas dimensões do princípio de poderes implícitos).

As opções metodológicas possíveis na aproximação à relação entre o ordenamento jurídico estadual-constitucional e a normação tradicional consuetudinária colocam-se entre perspetivar o problema a partir da relação entre ordenamentos jurídicos, mesmo com as limitações apontadas, ou perspetivar *um* dos ordenamentos jurídicos a partir de *outro* numa solução muito parcial, sempre contingente e mais empobrecedor. Não restam dúvidas de que o prosseguimento das pistas do pluralismo jurídico à escala global aconselha a primeira solução.

5.

Esta perspetiva *relacional* entre sistemas normativos estadual e consuetudinário dá lugar a uma abertura cosmopolita *Glo-cal* num movimento em duas direções a partir de cada um dos sistemas.

5.1.

Da perspetiva dos sistemas tradicionais, sente-se a mesma necessidade de certeza e segurança jurídica que a codificação favorece, quando diferentes comunidades um pouco por todo o mundo procuram reduzir a escrito uma normatividade tradicionalmente oral, mítica e proverbial.

Da perspetiva das estruturas do Estado Constitucional, a valorização das normas e usos costumeiros não dispensa a formulação de uma “política consuetudinária” ou, melhor ainda, de uma “política da justiça consuetudinária”¹³. Além disso, as virtudes inclusivas do princípio da igualdade, no respeito pela diferença, na medida da diferença, impõem esta promoção ativa, por exemplo, entre as sugestões da “jurisprudência multicultural”¹⁴.

Naturalmente, em especial da perspetiva da relação entre sistemas normativos e, mais ainda, na relação com o sistema normativo estadual, não se pode mitificar as normas consuetudinárias como resultantes de um estado natural de pureza deliberativa por oposição à sua corrupção estadual de influência estrangeira. As normas costumeiras são tanto o resultado de processos deliberativos abertos às suas próprias limitações, como o são sempre as normas de fonte estadual, apontando-se, em certos ordenamentos jurídicos consuetudinários, por exemplo, a exclusão das mulheres e dos jovens em favor do papel desempenhado pelos homens mais velhos.

5.2.

São diversas as consequências desta perspetiva *relacional*, à partida decisivas ao nível do sistema de fontes, impactando na ambição normativa estadual, seja na Constituição ou no Código Civil, de esgotar o monopólio das fontes de Direito num determinado território e sobre uma determinada população. Sobre esta questão, ensina SANTOS JUSTO: “A *potestas* do legislador não constitui a juridicidade, que não dispensa um princípio normativo que a fundamente: a *voluntas* ou *auctoritas* não podem dispensar a *veritas* ou a *ratio*. Falta à lei legitimidade para atribuir ou excluir a juridicidade das normas consuetudinárias, pois a sua própria juridicidade não resulta do seu título político-jurídico, antes

¹³ JERÓNIMO, Patrícia - *Lições de Direito Comparado*. Braga: AEDUM, 2015, p. 163.

¹⁴ JERÓNIMO, Patrícia - Direitos humanos e diferença cultural na prática dos tribunais. In JERÓNIMO, Patrícia (Org.) - *Temas de Investigação em Direitos Humanos para o Século XXI*. Braga: Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, pp. 303 e ss.

é determinada pelos valores e princípios normativos que a consciência jurídica geral dum comunidade sintetiza e dão o sentido fundamental ao direito”¹⁵.

O art. 2.º, n.º 4, da Constituição da República Democrática de Timor-Leste, de 2002, estabelece que: “O Estado reconhece e valoriza as normas e os usos costumeiros de Timor-Leste que não contrariem a Constituição e a legislação que trate especialmente do direito costumeiro”. O art. 4.º da Constituição de Moçambique, de 2004, determina sob a epígrafe “Pluralismo jurídico” que: “O Estado reconhece os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos que coexistem na sociedade moçambicana, na medida em que não contrariem os valores e os princípios fundamentais da Constituição”. O art. 7.º da Constituição de Angola, de 2010, sobre o “Costume”, determina que “É reconhecida a validade e a força jurídica do costume que não seja contrário à Constituição nem atente contra a dignidade da pessoa humana”.

Por isso, no caso de Timor-Leste, já houve oportunidade para se apontar a inconstitucionalidade do disposto no art. 2.º, n.º 1, da Lei n.º 10/2003, de 20 de novembro, que apenas prevê a Lei como a “única fonte imediata de Direito”, assim excluindo o costume das fontes de Direito imediatas. Além disso, daqui também se extrai sempre uma mais ampla vinculação, tanto jurisdicional como administrativa, ao Direito vigente num determinado sistema jurídico, mesmo formal, e não apenas à Lei, assim como se estabelece no art. 3.º, n.º 2, do Estatuto dos Magistrados Judiciais (Lei n.º 8/2002, de 9 de setembro, alterada pela Lei n.º 11/2004, de 20 de dezembro), como no art. 9.º, n.º 1, do Código do Processo Penal, em Timor-Leste (Decreto-Lei n.º 13/2005, de 22 de novembro). Merece aqui especial referência, com desenvolvimento noutros espaços, o disposto no art. 20.º, n.º 3, da Constituição Federal Alemã relativamente à diferente vinculação dos poderes separados pela Constituição ao Direito, pelo qual o legislador se encontra vinculado ao cumprimento da ordem constitucional, enquanto o poder executivo e o judicial se encontram vinculados à lei e ao Direito (*Rechtfindung contra legem intra ius*).

5.3.

Esta solução tem também, necessariamente, consequências sobre o próprio sistema de proteção dos “direitos fundamentais” construídos pela Constituição, em que a relação com a alteridade, incluindo a proteção do direito de observar o direito consuetudinário legalmente vinculativo em condições de equivalência, é construída como um “direito de liberdade” (típico da teoria ale-

¹⁵ SANTOS JUSTO, António - *Introdução ao Estudo do Direito*. 5.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 218.

mã dos direitos fundamentais como uma *freiheitsrecht*)¹⁶. A afirmação dos Direitos Fundamentais no quadro do pluralismo jurídico encontra-se tratada no art. 39.º da Constituição da África do Sul, de 1996, em cujo n.º 3 se estabelece que “The Bill of Rights does not deny the existence of any other rights or freedoms that are recognised or conferred by common law, customary law or legislation, to the extent that they are consistent with the Bill”.

É neste espaço que se desenvolve a discussão deste painel, em sentido coincidente¹⁷, defendendo a autonomização perante o sistema normativo estadual formal, dentro do espaço de livre conformação dos cidadãos, que não dentro das estruturas de poder estadual administrativo, judicial ou legislativo vigente sob a Constituição.

¹⁶ Sobre esta mesma questão em Timor-Leste, *vide* CUNHA, Ricardo Sousa da - O pluralismo jurídico na Constituição timorense. *e-BLJ*. Ano 2, n.º 3 (2019), pp. 65 e ss., inspirada na construção feita para a CRP por Paulo Mota Pinto (1999: 160), que refere como “a noção de desenvolvimento da personalidade – e a própria concepção de personalidade em causa – comporta já uma componente de liberdade. Não nos parecem legítimas dúvidas de que o direito referido no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição seja, na realidade, um ‘direito de liberdade’ (um *‘freiheitsrecht’*) – justamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, no sentido também propugnado pelo Acórdão do Tribunal Constitucional Português n.º 288/98, de 17 de abril, publicado no *Diário da República* n.º 91/1998, 1.º Suplemento, Série I-A de 18 de abril, pp. 1714-(2) a 1714-(35).

¹⁷ Por exemplo, com a proposta apresentada neste painel pelo Prof. Amadeu Miguel relativamente aos tribunais comunitários em Moçambique.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DECISÕES JUDICIAIS: BREVES CONSIDERAÇÕES

Sônia Moreira

Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho
Investigadora do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação

1. Inteligência Artificial: desafios para a Justiça

A Inteligência Artificial (IA) pode ser definida como um ramo das ciências da computação que, através da elaboração de algoritmos, visa dotar um agente de *software* da capacidade de receber estímulos externos – dados – e de dar resposta a uma situação, resolvendo um determinado problema¹. Estes agentes podem ser dotados de *machine learning*, podendo, assim, evoluir para além da sua programação original, aprendendo com a experiência acumulada, tornando-se, desta forma, cada vez mais aptos a resolver os problemas para que

¹ John McCarthy define IA nos seguintes termos: “It is the science and engineering of making intelligent machines, especially intelligent computer programs”. Apud NOVAIS, Paulo; FREITAS, Pedro Miguel - *Inteligência Artificial e Regulação de Algoritmos* [Em linha]. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações: Brasil, 2018 [Consult. 14 ag. 2021]. Disponível em http://www.sectordialogues.org/documentos/noticias/adjuntos/ef9c1b_Intelig%C3%AAncia%20Artificial%20e%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20de%20Algoritmos.pdf, p. 14. Já Costa e Simões apresentam a IA “como uma disciplina que tem por objetivo o estudo e a construção de entidades artificiais com capacidades cognitivas semelhantes às dos seres humanos”. *Ibidem*.

foram criados; no entanto, tal facto torna mais difícil a responsabilização de alguém pelos danos que o agente dotado de IA possa causar².

A utilização de sistemas de IA no processo de tomada de decisão dos tribunais também já foi implementada em algumas ordens jurídicas. As vantagens desta implementação são inegáveis: permitem uma maior celeridade, eficiência, redução de custos processuais, etc.

Contudo, pode, realmente, uma máquina substituir o juízo humano? Quais as directrizes éticas que devem guiar o processo de decisão do algoritmo³? Quem responderá se um eventual futuro juiz-robot condenar um inocente ou decidir de forma errada, não atribuindo uma indemnização a um lesado que dela carece, por exemplo?

Por outro lado, é urgente refletir sobre se é ética e juridicamente aceitável que uma máquina possa decidir o destino de um ser humano, por muito “inteligente” que possa ser, ou se esta solução, por mais vantagens objectivas que possa ter, não contende com o princípio da dignidade do ser humano.

Não temos dúvidas de que a Justiça é mais do que a aplicação da Lei, pelo que é urgente e necessário ponderar o que queremos para os tribunais do século XXI.

2. A utilização actual da IA em processos judiciais

2.1. Alguns exemplos de sistemas de IA no processo de decisão (para-)judicial

Actualmente já várias ordens jurídicas utilizam sistemas de apoio à decisão judicial dotados de IA.

Em vários dos Estados Norte-Americanos encontra-se em funcionamento o *COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions)*. Trata-se de um sistema que, com base nas respostas fornecidas pelo arguido a três inquéritos que lhe são apresentados aquando da sua detenção, faz a determinação do seu perfil, atribuindo-lhe uma classificação que visa avaliar a probabilidade de este reincidir na conduta criminosa ou mesmo o risco de que não compareça em tribunal, caso não lhe seja aplicada uma medida privativa de liberdade durante a investigação. Ou seja, o *COMPAS* congrega e analisa uma

² BARBOSA, Mafalda Miranda - O futuro da responsabilidade civil desafiada pela inteligência artificial: as dificuldades dos modelos tradicionais e caminhos de solução. *Revista de Direito Civil*. Coimbra. ISSN 2183-5535. Ano V, n.º 2 (2020), pp. 261-305, p. 265.

³ Sobre as questões éticas levantadas pela IA, que já ultrapassam o âmbito deste trabalho, v. DIGNUM, Virginia - *Responsible Artificial Intelligence. How to Develop and Use AI in a Responsible Way*. Local: Springer, 2019. ISBN 978-3-030-30370-9.

série de dados – o registo criminal do agente, designadamente, se este já cometeu crimes da mesma natureza; o histórico de violência do agente; a sua idade; o seu histórico familiar; o facto de se encontrar ou não integrado numa família, na sociedade e mesmo em termos económicos – e faz um juízo de prognose relativamente à conduta futura do arguido⁴, propondo ao juiz a aplicação ou não de determinada medida de coação (medida privativa de liberdade *versus* caução, por exemplo) ou mesmo uma determinada pena (privativa ou não de liberdade) após a audiência de discussão e julgamento. O *COMPAS* não decide, portanto, mas auxilia o juiz a decidir⁵.

Na Argentina, encontra-se em funcionamento o *Prometea*. Trata-se de um *software* que analisa os processos, através dos dados fornecidos pelas peças processuais das partes, e identifica o tipo de processo em causa; isto feito, faz uma pesquisa da jurisprudência (identificando sentenças que tratam de casos similares) e da doutrina relevantes⁶.

No Brasil, o *Vítor* tem a seu cargo analisar os recursos extraordinários interpostos no Supremo Tribunal Federal e ajuizar se estes se integram ou não na categoria de recursos admissíveis, preenchendo, ou não, os pressupostos materiais necessários para tal, nomeadamente, se possuem relevância jurídica, política, social ou económica para serem apreciados. Apesar de não decidir sobre o recurso propriamente dito, o *Vítor* determina se este vai chegar ou não às mãos do juiz⁷.

Também no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça utiliza o *Sócrates* para identificar decisões anteriores sobre a mesma matéria e identificar a base legal a aplicar ao caso concreto, apresentando, até, propostas de decisão⁸. Já o Tribunal de Justiça de Minas Gerais utiliza o *Radar*, um *software* que identifica a categoria

⁴ Com base nos referidos inquéritos, o *COMPAS* avalia o *Risk of Recidivism*, o *Risk of Violence* e o *Risk of Failure to Appear*.

⁵ SOUSA, Vinicius Dino de - O problema do *algorithmic bias* (viés algorítmico) no auxílio aos juizes de Direito pela inteligência artificial. *JusBrasil* [Em linha]. 2020 [Consult. 27 ag. 2021]. Disponível em <https://viniciusdino123.jusbrasil.com.br/artigos/825348884/o-problema-do-algorithmic-bias-vies-algoritmico-no-auxilio-aos-juizes-de-direito-pela-inteligencia-artificial>, s. p.

⁶ *Idem*.

⁷ RAMOS, Fabiola de Souza - Como a ODR (Online Dispute Resolution) pode ser Instrumento de Solução de Conflitos no Âmbito do Poder Judiciário. *EnaJus, Encontro de Administração da Justiça* [Em linha]. 2019 [Consult. 28 ag. 2021]. Disponível em <http://enajus.org.br/anais/assets/papers/2019/191.pdf>, p. 14.

⁸ ANDRADE, Francisco Pacheco - A inteligência artificial na resolução de conflitos em linha. *Scientia Iuridica*. Braga. ISSN 0870-8185. Vol. LIX, n.º 321 (2010), pp. 137-164, p. 153.

dos processos em causa, chegando mesmo a elaborar uma sentença-modelo de que o juiz poderá lançar mão para elaborar a sentença final⁹.

Também na Europa é possível encontrar sistemas que utilizam IA em sede judiciária.

Na Estónia, encontra-se em desenvolvimento um protótipo de juiz-robot, baseado no COMPAS, e que, numa primeira fase, irá decidir litígios contratuais cujo valor não exceda os sete mil euros, substituindo o juiz¹⁰.

O Reino Unido criou o HMOC (*HM Online Court*), um sistema de resolução de conflitos que funciona *online* e pretende resolver litígios de natureza civil com valor inferior a £ 25 mil. Este sistema integra-se nos meios de resolução alternativa de litígios, pelo que as partes devem acordar na sua aplicação, mas, a final, é o sistema que apresenta a decisão¹¹.

Portugal também se socorre de sistemas inteligentes para auxílio do juiz. Neste momento, em cerca de 25% dos tribunais do nosso país já estão em funcionamento sistemas que analisam e permitem extrair e autenticar informação dos processos, reconhecendo texto, imagens, vídeo e áudio. Ou seja, Portugal não utiliza sistemas de IA para a elaboração de propostas de decisão ou para a elaboração de perfis dos litigantes. Na verdade, mesmo os projectos do Ministério da Justiça português que estão em curso relacionados com esta matéria visam apenas a elaboração de um sistema com base no *Watson* – o sistema de IA que venceu o concurso televisivo norte-americano *Jeopardy* contra concorrentes humanos – que permita uma pesquisa rápida (recolhendo legislação, jurisprudência e demais documentos relevantes para os processos em análise), acelerando o processo de tomada de decisão do juiz humano, mas nunca tendo em vista a sua substituição¹².

2.2. Análise crítica

Como vimos, neste momento, já há vários sistemas inteligentes que auxiliam o judiciário. Vão desde sistemas de pesquisa e de processamento rápido de informação, até sistemas que usam a informação para elaborar perfis dos arguidos e apresentar propostas de solução.

⁹ SOUSA, Vinicius Dino de - O problema do *algorithmic bias* (viés algorítmico) no auxílio aos juízes de Direito pela inteligência artificial. *op. cit.*

¹⁰ PARK, Joshua - Your Honor, AI. *Harvard International Review* [Em linha]. 2020 [Consult. 27 ag. 2021]. Disponível em <https://hir.harvard.edu/your-honor-ai/>. ISSN 0739-1854. s. p.

¹¹ RAMOS, Fabiola de Souza - Como a ODR (Online Dispute Resolution) pode ser Instrumento de Solução de Conflitos no Âmbito do Poder Judiciário. *op. cit.* p. 9.

¹² MANDIM, David - A Inteligência Artificial ao serviço da Justiça. Pode haver um juiz-robô? *Diário de Notícias* [Em linha]. 2019 [Consult. 1 fev. 2021]. Disponível em <https://www.dn.pt/pais/a-inteligencia-artificial-ao-servico-da-justica-pode-haver-um-juiz- robo--11408704.html>.

Contudo, se não nos merece qualquer reparo a utilização de recursos inteligentes para a aceleração do processo de tomada de decisão do juiz, permitindo-lhe navegar mais facilmente no “mar de informação” que pode estar contido num processo, ou permitindo-lhe aceder rapidamente à consulta de jurisprudência ou doutrina relevantes e conexas com o caso em análise, já nos merecem muitas reservas os sistemas que procedem à elaboração de perfis e, por maioria de razão, aqueles que venham a decidir no lugar do juiz.

Na verdade, dependendo dos dados com que o sistema foi treinado (*machine learning*), este irá perpetuar e acentuar as eventuais desigualdades e discriminações que possam já existir¹³: por exemplo, um sistema que vise selecionar candidatos a um posto de trabalho e se baseie nas contratações anteriores feitas pela empresa irá reproduzir o padrão que detectar. O que se tem verificado é que estes sistemas escolhem candidatos do sexo masculino e de raça caucasiana. Assim será também no âmbito judiciário. Por exemplo, o *COMPAS* aconselha maioritariamente o juiz humano a aplicar uma medida ou uma pena privativa de liberdade a homens de raça negra, que vivam em bairros residenciais pobres, ainda que aquele arguido concreto, individualmente considerado, possa não constituir um risco. Apesar de a decisão final ser tomada pelo juiz e não pelo *COMPAS*, a verdade é que, tendencialmente, como o juiz se baseia no perfil elaborado pelo sistema, o risco de a decisão ser discriminatória é muito elevado¹⁴.

Podemos dar-nos ao luxo de correr este risco? De permitir este tipo de erros? A celeridade processual justifica que sejam encarceradas pessoas pelo facto de o histórico da sua família conter elevados níveis de violência ou elementos criminosos ou pelo facto de habitarem bairros problemáticos ou de pertencerem a uma classe social desfavorecida ou a uma raça diferente da caucasiana? Daqui a cairmos numa sociedade pautada por critérios eugénicos vai um passo muito mais pequeno do que aquele que me parece admissível. Assim, a utilização de sistemas que recorram à criação de perfis para auxílio da tomada de decisão do juiz parece-me demasiado perigosa e de afastar.

Por outro lado, passando a analisar a possibilidade seguinte, considero que as decisões que afectem a liberdade e a vida das pessoas não podem ser tomadas por mais ninguém do que por um juiz humano. A isso obrigará o princípio da dignidade do ser humano, princípio base da nossa sociedade e do nosso

¹³ “Bias is present in almost all data sets and biased data will invariably lead to a biased output by the models that are trained on this biased data”. GREENSTEIN, Stanley - Preserving the rule of law in the era of artificial intelligence (AI). *Artificial Intelligence and Law* [Em linha]. 2021 [Consult. 27 ag. 2021]. Disponível em <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s10506-021-09294-4.pdf>, pp. 1-33, p. 15.

¹⁴ Sobre os problemas levantados pelo *COMPAS*, nomeadamente no caso *State vs. Loomis*, vide GREENSTEIN, Stanley - Preserving the rule of law in the era of artificial intelligence (AI). *op. cit.* p. 21.

direito. O ser humano não pode ser tratado como um meio para se atingir um fim, porque é um fim em si mesmo. É pessoa em sentido ético e, por isso, em sentido jurídico, possuindo, assim, direitos que não lhe podem ser limitados sem que tenha sido feito um juízo de valor sobre a sua conduta por outro ser humano. Permitir a uma máquina que decida sobre os direitos fundamentais de um ser humano é violar a sua dignidade, é tratar o ser humano como uma coisa, na medida em que o transformamos em objecto de acção de outra coisa.

Em momento nenhum considero admissível que se coloque num dos pratos da balança a celeridade processual, a redução de custos e demais vantagens da utilização de um juiz-robot e, no outro, a dignidade da pessoa humana. O ser humano tem direito a ser julgado por outro ser humano.

Quanto a processos que não contendam com direitos fundamentais, poderia arguir-se que a situação não seria tão grave e que não estaria em causa a dignidade da pessoa humana. Contudo, não vejo que seja assim. Violar o círculo de direitos de uma pessoa é violar a própria pessoa¹⁵. Basta considerarmos o caso de um acidentado que ficou paraplégico e depende de lhe ser reconhecida a indemnização a que tem direito em sede de responsabilidade civil para poder ter uma vida condigna. Ou o caso do agricultor que foi ilicitamente privado do uso das águas que nasciam no seu terreno. Apesar de estarem em causa “apenas” direitos de propriedade, as pessoas em causa verão as suas condições de vida profundamente afectadas caso o juiz-robot não decida em conformidade. Assim, considero serem necessárias cautelas caso se opte por implementar sistemas de IA para decidir casos relativos a questões patrimoniais: os valores em causa devem ser diminutos; nunca deverá estar em causa a sobrevivência (económica ou não) da pessoa e, finalmente e mais importante, *a decisão deve sempre ser passível de recurso para um juiz humano*. Sem esta possibilidade, recaímos na coisificação e na diminuição da pessoa humana.

3. A proposta de Regulamento do Parlamento Europeu

A União Europeia (UE) já debate sobre a utilização da IA há algum tempo. A Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica considerou que estas tecnologias devem ser utilizadas para coadjuvar o ser humano, mas nunca para o substituir, devendo este manter o controlo sobre tais sistemas a todo o momento¹⁶. Em Dezembro de 2018, a Carta Europeia sobre

¹⁵ HÖRSTER, Heinrich Ewald; SILVA, Eva Sónia Moreira da - *A Parte Geral do Código Civil Português*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 9789724081465, pp. 168-169.

¹⁶ Disponível em Textos aprovados - Disposições de Direito Civil sobre Robótica - Quinta-feira, 16 de Fevereiro de 2017 (europa.eu). [Consult. 19 ag. 2021].

o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu Ambiente definiu os princípios fundamentais da utilização da IA nos sistemas judiciários europeus: o *princípio do respeito dos direitos fundamentais*; o *princípio da não-discriminação*, que visa prevenir a verificação ou recrudescimento de qualquer discriminação; o *princípio da qualidade e segurança*, que implica a utilização de dados adequados e em ambiente tecnológico seguro; o *princípio da transparência, imparcialidade e equidade*, que visa garantir que os métodos de tratamento de dados sejam acessíveis e compreensíveis, autorizando auditorias externas; o *princípio sobre o controlo do usuário*, que proíbe uma abordagem prescritiva e visa garantir que os usuários sejam atores informados e controlem as escolhas feitas¹⁷.

Para além do Livro Branco sobre IA¹⁸, mais recentemente foi apresentada uma Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu sobre o uso da IA¹⁹. O art. 3, n.º 1, al. (1), da Proposta de Regulamento define sistema de IA como “a software that is developed with one or more of the techniques and approaches listed in Annex I and can, for a given set of human-defined objectives, generate outputs such as content, predictions, recommendations, or decisions influencing the environments they interact with”.

No que a esta matéria diz respeito, é de sublinhar que os Considerandos n.ºs 38 e 40 da Proposta de Regulamento classificam como sendo de alto risco (ou risco elevado) todos os sistemas de IA utilizados para auxiliar juízes no tribunal (a não ser em tarefas acessórias), uma vez que têm impactos significativos na vida das pessoas e podem interferir com os seus direitos fundamentais, nomeadamente, os utilizados para a tomada de decisões com vista a prevenir, investigar, detetar ou processar uma infração penal ou adotar outras medidas com impacto na liberdade pessoal de um indivíduo.

A Proposta de Regulamento dedica o Título III à regulamentação dos sistemas de alto risco, estabelecendo requisitos para a sua utilização. Assim, os arts. 8.º a 15.º (Capítulo 2) estabelecem que estes sistemas têm de respeitar determinadas condições: devem estar submetidos a um sistema de gestão de riscos que proceda a actualizações regulares sistemáticas; têm de estar inscritos numa base de dados de elevada segurança; têm de ser transparentes; estão sujeitos a uma obrigação de informar os utilizadores do sistema; têm de estar sujeitos a supervisão humana, etc. Os arts. 13.º a 19.º (Capítulo 3) concretizam estas obrigações,

¹⁷ EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ) - *European Ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their Environment* [Em linha]. Council of Europe, 2019 [Consult. 19 ag. 2021]. Disponível em <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>.

¹⁸ EUROPEAN COMMISSION - *White Paper On Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust*. 2020 [Consult. 19 ag. 2021]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020DC0065>.

¹⁹ Disponível em EUR-Lex - 52021PC0206 - EN - EUR-Lex (europa.eu) [Consult. 19 ag. 2021].

conforme recaiam sobre os fornecedores, usuários, importadores, distribuidores e utilizadores destes sistemas. O Capítulo 5 regulamenta o controlo destes sistemas, prevendo, nomeadamente, a emissão de um Certificado de Conformidade da UE (arts. 35.º e ss.) e o registo obrigatório do sistema de IA numa base de dados (arts. 40.º e 52.º).

O Anexo III lista os sistemas de IA de alto risco, incluindo aqui os sistemas de IA utilizados no Judiciário (v. ponto 8, al. a)). O art. 43.º, n.º 2, estabelece que estes sistemas estão sujeitos a uma autoavaliação de conformidade (ao procedimento de avaliação da conformidade baseado no controlo interno a que se refere o anexo VI, que não prevê a participação de um organismo notificado). Ou seja, é o próprio fornecedor do sistema que tem de avaliar a sua conformidade com os requisitos previstos no Título III. Se a autoavaliação que fizer concluir pela existência de conformidade, deverá emitir a Declaração de Conformidade da UE prevista no art. 48.º. Tal significa que assume a responsabilidade pelo cumprimento dos requisitos estabelecidos no Regulamento. Este procedimento deve ser repetido sempre que tal se justifique, nomeadamente caso o sistema sofra modificações substanciais, como determina o art. 43.º, n.º 4.

4. Conclusão

O facto de a UE estar em vias de aprovar regulamentação para o uso da IA, nomeadamente na área do judiciário, parece-nos extremamente importante e vai, seguramente, ajudar os usuários a confiar nos sistemas produzidos na Europa. O facto de esta fazer prevalecer os princípios fundamentais subjacentes à nossa ordem jurídica é seguramente uma boa notícia. Na verdade, como vimos, a proposta de Regulamento não prevê a possibilidade de o juiz humano ser substituído por um sistema de IA, o que vai ao encontro das considerações que fiz a respeito de o princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana ter de prevalecer sobre as vantagens inerentes à utilização destes sistemas. Os sistemas de IA apenas são admitidos para auxiliar o juiz e, fora aqueles que se limitem a executar tarefas auxiliares, são considerados de alto risco.

No entanto, temos sérias dúvidas sobre o facto de o regime previsto ser suficiente para proteger as pessoas: não deviam estes sistemas estar incluídos na lista daqueles que devem ser avaliados por terceiros no que toca à sua conformidade com a regulamentação europeia?

7º CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITONA LUSOFONIA

Escola de Direito
Universidade do Minho

Campus de Gualtar
4710 - 057 Braga

sec@direito.uminho.pt

www.direito.uminho.pt



Universidade do Minho
Escola de Direito

