

GALILEU

VOLUME XXI

ISSUE 2 · 1ST JULY – 31TH DECEMBER · FASCÍCULO 2 · 1 DE JULHO – 31 DE DEZEMBRO 2020

**REVISTA
DE DIREITO
E ECONOMIA**

UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA



FCT Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

GALILEU – REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA

VOLUME XXI · Issue 2 · 1st July – 31st December 2020

Semiannual Publication. Scientific Journal of the Ratio Legis – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas from the Universidade Autónoma de Lisboa – Luís de Camões.

DIRECTORY

Repositório Científico de Acesso Aberto de Portugal (RCAAP).

DATABASES

Repositório Institucional da Universidade Autónoma de Lisboa (Camões).

GALILEU – REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA

VOLUME XXI · Fascículo 2 · 1 de julho – 31 de dezembro 2020

Publicação semestral. Revista Científica do Ratio Legis – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa – Luís de Camões.

DIRETÓRIOS

Repositório Científico de Acesso Aberto de Portugal (RCAAP).

BASE DE DADOS

Repositório Institucional da Universidade Autónoma de Lisboa (Camões).

PUBLISHING INSTITUTION INSTITUIÇÃO EDITORA

CEU – Cooperativa de Ensino Universitário, C.R.L.

EDIUAL – Universidade Autónoma Editora

Rua de Santa Marta, 47 – 1150-293 Lisboa

PHONE TELEFONE +351 213 177 667 · e-mail: galileu@autonoma.pt

E-ISSN 2184-1845

DOI <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXI.2>

LEGAL DEPOSIT DEPÓSITO LEGAL 450625/19

TITLE TÍTULO Galileu – Revista de Direito e Economia

SITE <http://journals.ual.pt/galileu/>

REGISTRATION STATUS Under Publishing **SITUAÇÃO DE REGISTO** Em Publicação

FORMAT SUPORTE Online

REGISTRATION ERC Notation **INSCRIÇÃO** Anotada na ERC

PERIODICITY Semiannual **PERIODICIDADE** Semestral

EDITOR IN CHIEF DIRETOR EDITOR Ruben Bahamonde

ASSISTANT DIRECTORS DIRETORES ADJUNTOS Alex Sander Xavier Pires, Manuel Guedes Valente

SCIENTIFIC EDITOR EDITOR CIENTÍFICO RATIO LEGIS

EDITOR IN CHIEF DIRETOR EDITOR

Ruben Bahamonde	Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal	rbahamonde@autonoma.pt
-----------------	---	------------------------

ASSISTANT DIRECTORS DIRETORES ADJUNTOS

Alex Sander Xavier Pires	Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal	aspres@autonoma.pt
--------------------------	---	--------------------

Manuel Guedes Valente	Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal	mvalente@autonoma.pt
-----------------------	---	----------------------

EDITORIAL BOARD CONSELHO EDITORIAL

Aloísio Cristóvão dos Santos Júnior	Centro Universitário Estácio da Bahia, Brasil	acristovamjr@gmail.com
-------------------------------------	---	------------------------

António Carlos dos Santos	Universidade Europeia, Portugal	acsantos@iseg.utl.pt
---------------------------	---------------------------------	----------------------

Constança Urbano de Sousa	Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal	mconstanca@autonoma.pt
---------------------------	---	------------------------

Fernando Cachaifeiro Garcia	Universidade da Coruña, Espanha	fernando.cachaifeiro@ude.es
-----------------------------	---------------------------------	-----------------------------

Francisco Hernández	Universidade de Santiago de Compostela, Espanha	francisco.hernandez.rodriguez@consellolegodacompetencia.es
---------------------	---	--

João Nogueira de Almeida	Universidade de Coimbra, Portugal	jjna@fd.uc.pt
--------------------------	-----------------------------------	---------------

Julio Garcia Camiñas	Universidade da Coruña, Espanha	jgc@udc.es
----------------------	---------------------------------	------------

Manuel António Pita	ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa, Portugal	manuel.pita@iscte-iul.pt
---------------------	---	--------------------------

Paulo Nogueira da Costa	Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal	pcosta@ual.pt
-------------------------	---	---------------

Pedro Trovão do Rosário	Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal	prosario@autonoma.pt
-------------------------	---	----------------------

Roberto Mazzola	Università degli Studi del Piemonte Orientale – Amedeo Avogadro, Itália; Università di Torino, Itália	rmazzola961@gmail.com
-----------------	---	-----------------------

Teófilo Área Leão Júnior	UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília, Brasil	teofiloleaojr@gmail.com
--------------------------	--	-------------------------

Valter Santin	Universidade Estadual do Norte do Paraná, Brasil	santin@uenp.edu.br
---------------	--	--------------------

Vasco Branco Guimarães	ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa, Portugal	vbrguimaraes@net.sapo.pt
------------------------	---	--------------------------

Índice Index

- 6 **Editorial Editorial**
RUBEN BAHAMONDE
- 7 **A doutrina da norma completa de Hans Kelsen** The Doctrine of Hans Kelsen's Complete Standard
JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO RAMOS
- 25 **A relevância da epistemologia do ilícito para a proteção de bens jurídicos e a efetividade do princípio ne bis in idem** The relevance of the illegal epistemology for the protection of legal assets and the effectiveness of the ne bis in idem principle
SANDRO LÚCIO DEZAN
- 46 **O paradigma indiciário na era da informação: os desafios semióticos do processo penal** The Indiciary paradigm in the information era: the semiotic challenges of the criminal process
ELIOMAR DA SILVA PEREIRA
- 57 **Proibição do recurso à força e legítima defesa antiterrorista: legado normativo do combate ao estado islâmico (ISIS)** Prohibition of the use of force and self-defense against terrorism: normative legacy of fighting the Islamic state (ISIS)
FELIPE AUGUSTO LOPES CARVALHO
- 77 **Cooperação judicial em matéria criminal no mercosul: reconhecimento mútuo e modelo horizontal de cooperação** Judicial cooperation in criminal matters in mercosul: mutual recognition and horizontal model of cooperation
NEREU JOSÉ GIACOMOLLI, CAÍQUE RIBEIRO GALÍCIA
- 95 **Paridade e género: uma nova igualdade no desporto** Parity and gender: a new equality in sport
PATRÍCIA CARDOSO DIAS
- RECENSÕES**
REVIEWS
- 145 **Apresentação do livro «A Cadeia de Custódia da Prova no Processo Penal» de Geraldo Prado** Presentation of the book «The Test Custody Chain in the Criminal Process» by Geraldo Prado
MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE

Editorial Editorial

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XXI · 1st July Julho – 31st December Dezembro 2020 · pp. 6
DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXI.2.1.1>

Continuamos a nossa caminhada com a apresentação deste novo número onde permanecemos fiéis à apresentação de trabalhos de investigação provenientes de investigadores de diversas origens e graus, resultando esta pluralidade da seleção dos trabalhos mais atuais e pertinentes no atual panorama jurídico.

Agradecemos todos os contributos dos autores cujos trabalhos são alvo da presente publicação, estendendo um novo convite a todos aqueles que queiram contribuir com os seus trabalhos, originais, inéditos e relevantes, nos próximos números da revista Galileu.

O contexto de pandemia imperante nos últimos tempos tem avalado muitos ânimos, mas congratulamo-nos por verificar que não gerou desídia na comunidade científica, que continua a desenvolver trabalhos de investigação tao interessantes e pertinentes como os que ora se publicam.

Um muito obrigado para todos os nossos colaboradores e um bem hajam para os leitores!

O Diretor da *Galileu*
Ruben Bahamonde Delgado

A doutrina da norma completa de Hans Kelsen

The Doctrine of Hans Kelsen's Complete Standard

JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO RAMOS*

jose.j.ramos@mpublico.org.pt

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845

Volume XXI · 1st July Julho - 31st December Dezembro 2020 · pp. 7-24

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXI.2.1>

Submitted on September 22th, 2020 · Accepted on November 10th, 2020

Submetido em 22 de setembro 2020 · Aceite a 10 de novembro, 2020

SUMÁRIO Introdução 1. Características do Sistema Normativo 1.1. A Teoria da Estrutura Escalonada do Direito 1.2. O Sistema Jurídico Como Ordem Normativa Dotada de Coação 2. Norma Completa 3. Norma Completa e Nomoestática/Nomodinâmica Síntese e considerações finais.

PALAVRAS-CHAVE normatividade, estrutura escalonada, coação, norma completa.

SUMMARY Introduction 1. Characteristics of the Normative System 1.1. The Theory of Staggered Structure of Law 1.2. The Legal System as a Normative Order with Coercion 2. Complete Standard 3. Complete Standard and staticrule/dinamicrule Summary and final considerations.

KEYWORDS normativity, staggered structure, coercion, complete norm.

* Procurador da República. Mestre em Direito. Doutorando pela Universidade Autónoma de Lisboa. Professor convidado da Universidade Autónoma de Lisboa.

I. Introdução

Logo no início da sua mais conhecida e emblemática obra Hans Kelsen deixa bem esclarecido o seu desiderato científico o qual motivou a larga maioria dos seus estudos¹ e que o mesmo identifica como a indagação do objecto do Direito, na sua dimensão de jurisprudência analítica, em termos tais que procurará responder apenas à questão de "o que é e como é o direito"². Essa finalidade importa, para Kelsen, a assunção de um princípio metodológico de pureza na construção dogmático-jurídica impondo o afastamento de tudo o que se possa confundir com o objecto do Direito, mas que *summo rigore* lhe é estranho, como são a sociologia, a psicologia e as valorações decorrentes da ética e da teoria política³.

Os actos humanos não são *de per se* fenómenos jurídicos uma vez que só assumem tal relevância se e quando uma norma jurídica o determinar, razão pela qual entre o acto concreto praticado por determinado individuo e o seu relevo jurídico, está a norma de Direito que lhe dá significação jurídica. A norma opera, pois, como meio interpretativo de actos humanos conferindo-lhes a qualidade de jurídico (ou antijurídico)⁴. A norma que atribui ao acto humano um sentido jurídico é, ela própria, gerada por outro acto humano que recebe a sua significação jurídica de outra norma, o que importa a verificação que a juridicidade não é circunstância perceptível pelos sentidos, mas que apenas se alcança por operações de matriz intelectual concretizáveis pela concatenação entre o facto e a previsão da norma jurídica eventualmente aplicável⁵ (juízo de subsunção).

Do exposto decorre que o objecto da ciência do Direito não são factos, mas normas, as quais são integrantes e constituintes de um sistema⁶ o qual especificam como normológico.

1 Apesar de Hans Kelsen ficar conhecido como o autor da *Teoria Pura do Direito* a qual se pode sintetizar em quatro teorias ou doutrinas (normatividade ideal do Direito, norma fundamental, estrutura escalonada do Direito e a norma completa), a sua obra é muito mais ampla e profunda, *v. g.*, a *teoria monista* com primado do direito internacional e a questão do controlo/fiscalização da constitucionalidade das leis, que levantou acesso debate com Carl Schmitt. Sobre o debate entre estes dois "gigantes do Sec. XX", CUNHA, PAULO FERREIRA DA – *Repensar o Direito – Um Manual de Filosofia Jurídica*. Lisboa: INCM – 2013.

2 KELSEN, HANS – *Teoria Pura do Direito*: 2.^a edição (1960). Tradução da 7.^a edição alemã de João Baptista Machado, Coimbra: Almedina – 2008, p. 1. Do mesmo modo, já em 1911, na sua tese de habilitação, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen – 1911, Hans Kelsen afirmara que o seu objectivo se centrava na purificação epistemológica do direito, mormente no seu método.

3 KELSEN, HANS – *Teoria Pura do Direito* ..., p. 1.

4 KELSEN, HANS – *Teoria Pura do Direito* ..., p. 2.

5 KELSEN, HANS – *Teoria Pura do Direito* ..., p. 2.

6 Claus Wilhelm Canaris critica a concepção pura do sistema normativo em Kelsen, bem como todos os sistemas assim entendidos, por entender que se referem a qualquer ordem jurídica considerável em abstracto, o que é irreal uma vez que a unidade valorativa é sempre material e só é susceptível de realização numa dada ordem jurídica histórica determinada, CANARIS, CLAUS WILHELM – *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2.^a Edição. Tradução de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 27. O próprio Kelsen, em carta datada de 3 de Agosto de 1933 e dirigida a Renato Treves, assume que a *Teoria Pura do Direito* toma como ponto de partida o sistema jurídico (epístola transcrita por Stanley Paulson e Bonnie Paulson – *Normativity and Norms, Critical Perspectives on Kelsen Themes*, Oxford, 1998, pp. 169 a 175).

O Direito tem, pois, a característica da ideal normatividade e, como fenómeno exclusivonormativo⁷, está limitado pela lei de Hume⁸, importando que *ser* e *dever ser* são categorias distintas e independentes entre si, estando separados, segundo o nosso autor, por um “abismo intransponível”⁹. A norma é o único critério de valoração jurídica do facto, porquanto os postulados de factos são insuscetíveis de gerar juízos jurídicos. Só a norma dá valor jurídico ao facto¹⁰.

A assunção que a norma integrada num sistema jurídico constitui o objecto do Direito tem como substracto epistemológico a filosofia Kantiana do apriorismo das formas transcendentais do conhecimento, na visão da escola de Marburgo, com destaque para os estudos de Herman Cohen¹¹. O *dever ser* kelseniano assume natureza lógico-transcendental na medida em que representa uma categoria pura, não metafísica, à qual se chega apenas por análise lógica de pensamento¹².

Assim definido na sua plenitude o objecto do Direito como ciência, fica afastada a possibilidade de confusão conceptual entre as ciências da Sociologia e do Direito¹³, sendo que o objecto daquela ciência são factos e o objecto do Direito são normas. Com esta refundação da jurisprudência como actividade científica Hans Kelsen pode afastar a critica da acientificidade do Direito por o mesmo não estar dotado de objecto, método ou técnica, critica que, em especial, foi formulada por Eugen Ehrlich¹⁴.

7 MATOS, ANDITAS SOARES DE MOURA COSTA – «Kelsen e a Violência: Uma Leitura Crítica das “Limitações” da Teoria Pura do Direito»: In: Júlio Aguiar de Oliveira e de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (Coord.). *Hans Kelsen – Teoria Jurídica e Política*. São Paulo: Forense Universitária, 2013, p. 257.

8 KELSEN, HANS – *Teoria Geral das Normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986, p. 108. Sobre a aceitação da Lei de Hume por Hans Kelsen ver, GREEN, MICHAEL STEVEN – «Hans Kelsen and the Logic of Legal Systems». Consultado a 10/10/2019 em <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article>, p. 390.

9 Hume apud LAMEGO, JOSÉ – «O conceito de Direito como forma lógica da “experiência” jurídica: a filosofia do Direito do neo-kantismo de Marburgo». In: *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo*. Lisboa: AAFDL, 2014, p. 93.

10 NINO, CARLOS SANTIAGO – *Introducción al Análisis del Derecho*. 2.^a edição, 12.^a reimpressão. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 122.

11 É elucidativo o texto de Kelsen, na já referida epistola a Renato Treves (nota 6), ao afirmar que “É totalmente correcto que a base filosófica da Teoria Pura do Direito é filosofia Kantiana, em especial a filosofia Kantiana na interpretação que lhe foi dada por Cohen” (tradução livre).

A filosofia epistemológica Kantiana foi assumida na Alemanha por duas escolas, a de Marburgo e a de Baden. A escola de Marburgo, com especial destaque para Herman Cohen (1842-1918) reflectiu fundamentalmente sobre as condições de possibilidade da experiência, numa refundação da epistemologia kantiana (apriorismo lógico-transcendental das categorias possibilitadoras do conhecimento) e a escola de Baden aprofundou o estudo dos apriorismos transcendentais da cultura e do mundo.

12 LAMEGO, JOSÉ. – «A argumentação transcendental em Kelsen». In: *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume de Kant ao Neo-Kantismo*. Lisboa: AAFDL, 2014, p. 114.

13 Assim, LARENZ, KARL – *Metodologia da Ciência do Direito*. 3.^a Edição. Tradução de José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 93.

14 EHRlich, EUGEN – *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, afasta a natureza científica do Direito remetendo-o a uma função meramente técnica, postulando que a verdadeira ciência do Direito era a Sociologia do Direito.

O *iter* que, de forma necessária e sintética, percorremos afastou do objecto do direito as ideologias (inerentes ao direito natural)¹⁵ e os factos (matéria para o labor da Sociologia do Direito), definindo-se o objecto da ciência do Direito como as normas que integram sistemas jurídicos, assumindo-se a jurisprudência como ciência e a única ciência do Direito¹⁶.

1. Características do Sistema Normativo

O sistema jurídico é, para Hans Kelsen, caracterizado pela relação vertical e escalonada das normas que o constituem¹⁷ e pela sua capacidade de coacção, particularidade esta última que o diferencia das demais ordens normativas sociais, como a moral e a religião¹⁸.

1.1. A Teoria da Estrutura Escalonada do Direito

A Teoria da Estrutura Escalonada do Direito (*Stufenbaulehre*) é construção dogmática de Adolf Julius Merkel¹⁹ e foi por Kelsen recepcionada no âmbito da Teoria Pura do Direito²⁰. A assunção que a norma jurídica só é válida se receber a sua legitimidade para integrar o sistema normativo se uma outra norma – necessariamente de escalão superior – assim o determinar²¹ importa a existência de uma cadeia vertical e sucessiva de normas de atribuição de competência por forma a que todas as normas produzam os efeitos jurídicos pre-

15 Sem embargo da obra de Hans Kelsen se traduzir no estudo das formas do Direito e de negar a existência de qualquer referência axiológica inerente aos sistemas normativos uma vez que tal é questão de opção política por via do exercício do poder legislativo, não deixou o mesmo de realizar estudos na área da Justiça como valor humano. Sobre esses estudos ver LAMEGO, JOSÉ – «A doutrina Kelseniana da Justiça». In: *A Teoria Pura do Direito de Kelsen*. Lisboa: AAFDL, 2019, pp. 165 a 176, e PIRES, ALEX SANDER XAVIER – *Justiça na Perspectiva Kelseniana*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2013.

16 BOBBIO, NORBERTO – *Direito e Poder*. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: Unesp, 2008, p. 24.

17 KELSEN, HANS – *Teoria Pura do Direito* ..., p. 250.

18 KELSEN, HANS – *Teoria Pura do Direito* ..., p. 41, e KELSEN, HANS – *Teoria Geral do Direito e do Estado*, tradução de Luis Carlos Borges, 3.^a edição, São Paulo, Martins Fontes – 2000, pp. 5-6.

19 Sobre a autoria, gênese e evolução da *Teoria da Estrutura Escalonada do Direito* e da sua recepção por parte de Hans Kelsen, ver BOROWSKI, MARTIN – «A Doutrina da Estrutura Escalonada do Direito de Adolf Julius Merkl e a sua Recepção em Kelsen». In: Júlio Aguiar de Oliveira e de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (Coord.). *Hans Kelsen – Teoria Jurídica e Política*. coordenação de São Paulo: Forense Universitária, 2013, pp. 129 a 183. O autor defende que, injustamente, Adolf Julius Merkl foi colocado na sombra de Hans Kelsen quando é certo que os seus trabalhos têm uma “qualidade impressionante e que entre os teóricos esquecidos do direito poucos há com a sua qualidade”.

O próprio Hans Kelsen, logo em 1923, no prefácio de *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, reconhecia a importância de Adolf Julius Merkl para a assunção de uma visão nomodinâmica na Teoria Pura do Direito.

20 PAULSON, STANLEY – «Reflexões Sobre a Periodização da Teoria do Direito de Hans Kelsen». In: de Júlio Aguiar de Oliveira e de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (Coord.). *Hans Kelsen – Teoria Jurídica e Política*. São Paulo: Forense Universitária, 2013, pp. 21 a 24.

21 KELSEN, HANS – *Teoria Pura do Direito* ..., p. 2.

tendidos, sendo a validade de cada norma aferida em razão da norma de escalão superior que a autoriza²².

O sistema normativo assim entendido responde à questão de saber quais as normas válidas, mas, de forma concomitante, cria outro problema: o de saber onde terminam as normas de atribuição de competência, *i. e.*, invertendo o sentido lógico que temos vindo a percorrer, qual a primeira norma que permite o início da cadeia de permissões legislativas.

A *Teoria da Estrutura Escalonada do Direito* pode ser graficamente representada por uma pirâmide cujo vértice superior corresponde à Constituição, o escalão intermédio respeita às normas superiores emanadas pelos órgãos estaduais com competência legislativa e o escalão inferior acomoda as normas inferiores ou normas individuais que correspondem a decisões/deliberações judiciais ou administrativas, bem como aos actos dos sujeitos de direito que criam auto-vinculações. Se a Constituição importa a validade das normas dos dois níveis hierarquicamente inferiores e ela própria é revista nos termos constitucionalmente previstos, a questão é apenas a de saber qual a força jurídica (validade) da primeira Constituição historicamente considerada²³ e na qual as posteriores Constituições recolhem a sua força vinculativa. O pensamento tributário da lógica deontica não pode deixar de concluir pela existência de uma norma pressuposta²⁴ – e não posta, tal como todas as demais normas – que corresponde à “norma fundamental”²⁵ do sistema e que permite não

22 Herbert Hart em face da questão do fundamento da validade normativa, defende a existência da *rule of recognition* segundo a qual são válidas as normas que forem aceites pela *praxis* social de cada comunidade humana concretamente determinada no seu momento histórico. A *rule of recognition* é uma questão de matéria de facto e apenas é verificável pela análise das práticas sociais, uma vez que não é formulada de forma explícita, HART, HERBERT – *O Conceito de Direito*. 6.^a Edição. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian – 2011, pp. 113 e ss.

Sobre a regra do reconhecimento e a sua interacção dogmática com a Teoria Pura do Direito ver, SPAAK, TORBEN- «Kelsen and Hart on the Normativity of Law». Consultado a 24/10/2019, disponível <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/48-24.pdf>, p. 408 e ss., e DIMOULIS, DIMITRI E LUNARDI, SORAYA- «A Validade do Direito na Perspectiva Juspositivista. Reflexões em Torno de Hans Kelsen». In: Júlio Aguiar de Oliveira e de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (Coord.). *Hans Kelsen - Teoria Jurídica e Política*. São Paulo: Forense Universitária, 2013, pp. 223 e ss.

23 Como o próprio Hans Kelsen admite este caminho histórico-constitucional de validações sucessivas pode ser quebrado pelas vicissitudes próprias de todas as normas, mormente por via revolucionária (cfr. *Teoria Pura do Direito* ..., pp. 223, 234, 244 e 304).

Com o mesmo fundamento, MATOS, ANDITAS SOARES DE MOURA COSTA – «Kelsen e a Violência: Uma Leitura Crítica das “Limitações” da Teoria Pura do Direito». In: *Hans Kelsen - Teoria Jurídica e Política*..., p. 255, afirma que “o grande mérito da Teoria Pura do Direito consiste em ter revelado, mediante instrumento filosófico-jurídico, o carácter originalmente violento do direito”.

24 Também WALTER JELLINEK, já em 1913, na obra *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, tinha defendido a necessidade conceptual de uma norma de encerramento do sistema, à qual não correspondia qualquer vontade humana.

25 PARA LAMEGO, JOSÉ – «A função epistemológica e a função sistémica da norma fundamental». In: *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana - I Volume - de Kant ao Neo-Kantismo*..., p. 161: a norma fundamental é a doutrina mais emblemática da Teoria Pura do Direito.

só o seu conhecimento científico, como também a fundamentação da cadeia de sucessivas autorizações²⁶ reveladas pelo sistema jurídico²⁷.

Tal norma assim pressuposta colhe o seu fundamento jurídico-filosófico na pressuposição lógico-transcendentais de Kant, na linha da escola de Magburgo e de Hernam Cohen, uma vez que, não sendo empiricamente demonstrável a sua existência, é uma decorrência necessária da verificação de um objecto epistemológico (o sistema jurídico e a sua normatividade ideal)²⁸, razão pela qual a norma fundamental não é mero resultado de um qualquer poder factual e arbitrário, mas sim da razão científica e, por essa via, demonstrável por método válido.

Hans Kelsen descreveu o teor da *grundnorm*²⁹ como “devem ser postos actos de coerção sob os pressupostos e pela forma que estatuem a primeira Constituição histórica e as normas estabelecidas em conformidade com ela (Em forma abreviada: «devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve»)³⁰. A ordem jurídica é, pois, um sistema composto por normas numa relação de hierarquia em que a validade das normas se afere em razão da norma superior que legitima a sua produção, todas colhendo validade do mesmo fundamento (a norma fundamental); assim “Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem”³¹.

26 GREEN, MICHAEL STEVEN – *Hans Kelsen and the Logic of Legal Systems...*, p. 388.

27 Sobre a natureza e as funções da norma fundamental no âmbito da estrutura conceptual da Teoria Pura do Direito, designadamente a existência das duas perspectivas com que Hans Kelsen teorizou a *grundnorm*, ver RAMOS, JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO – «A Dupla Perspectiva da Norma Fundamental em Hans Kelsen». In: *Politeia - Revista do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna*. Lisboa, ano X-XI-XII, 2013, 2014, 2015, volume 1 – *studia varia*, pp. 213 a 233.

28 LAMEGO, JOSÉ – «A argumentação transcendental em Kelsen». In: *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana - I Volume - de Kant ao Neo-Kantismo...*, p. 119.

29 ROSS, ALF – *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000, pp. 92 a 97, critica a Teoria da Norma Fundamental com o argumento que a mesma transforma Hans Kelsen num “quasi positivista” na medida em que a assunção da existência de uma entidade normativa não positiva, como é o caso da norma fundamental, não tem lugar numa teoria do direito positivo.

Do mesmo modo, BOBBIO, NORBERTO – *Direito e Poder...*, p. 166, argui contra a Teoria da Norma Fundamental por a mesma consubstanciar uma derivação da fundamentação de direito para a matéria de facto. Também Mario Losano e Renato Treves, criticam a norma fundamental considerando-a um retorno à sociologia, em desconsideração da Lei de Hume, por a norma fundamental apenas ser possível em razão de operações de matriz sociológica. Mario Losano e Renato Treves *apud* MATOS, ANDITAS SOARES DE MOURA COSTA – «Kelsen e a Violência: Uma Leitura Crítica das “Limitações” da Teoria Pura do Direito». In *Hans Kelsen - Teoria Jurídica e Política...*, p. 261.

30 KELSEN, HANS – *Teoria Pura do Direito ...*, p. 223.

31 KELSEN, HANS – *Teoria Pura do Direito ...*, p. 35.

1.2. O Sistema Jurídico como Ordem Normativa Dotada de Coacção

Na estrutura do pensamento de Hans Kelsen o Direito é uma ordem social normativa que se distingue das demais ordens sociais normativas (como a moral) pela sua característica da coactividade³², uma vez que os seus comandos podem ser aplicados, se necessário for, pelo uso da força³³. A definição Kelseniana de Direito é realizada em razão de três fundamentais particularidades, a saber: o Direito é uma ordem social, normativa, que corresponde a uma técnica de motivação indirecta de condutas por cominação de sanções coercitivas para as condutas que quer desencorajar³⁴.

A especificidade do Direito não opera em razão da mera previsão de sanções uma vez que também outras ordens normativas sociais comportam no seu sistema a existência de sanções, porém, apenas o Direito tem a possibilidade de aplicar as sanções pela via da coerção.

Na construção dogmático-conceptual elaborada pelo nosso autor, esta característica da coercibilidade do Direito é essencial na medida em que permite a distinção entre o Direito e as demais ordens normativas sociais, assim concretizando uma das suas maos importantes aspirações epistemológicas, a saber: a definição da norma jurídica como objecto da jurisprudência, permitindo a afirmação da ciência do Direito como verdadeira e própria ciência que não se confunde com a sociologia do Direito, ciência à qual fica reserva o estudo do factos.

A ideia da normatividade do Direito está, pois, associada à prescrição de sanções e à possibilidade da sua imposição coactiva³⁵, de tal forma que “a fórmula com a qual traduzimos a norma fundamental de uma ordem jurídica estadual significa: a coacção de um individuo por outro deve ser praticada pela forma e sob os pressupostos fixados pela primeira Constituição histórica”³⁶. O sistema jurídico colhe a ontológica característica da

32 AFONSO, ELZA MARIA MIRANDA – “Passos da Teoria de Kelsen Rumo à Construção da Teoria do Direito». In: Júlio Aguiar de Oliveira e de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (Coord.). *Hans Kelsen - Teoria Jurídica e Política* São Paulo, Forense Universitária - 2013, p. 57.

33 KELSEN, HANS - *Teoria Pura do Direito* ..., p. 41 e *Teoria Geral do Direito e do Estado*..., pp. 21 a 30.

34 LAMEGO, JOSÉ - «O Direito como Técnica Social de Motivação Indirecta de Condutas» In: *A Teoria Pura do Direito de Kelsen*..., p. 69.

35 ROSS, ALF - *Direito e Justiça*..., pp. 77 e 78, expressamente manifesta o seu desacordo com Hans Kelsen afirmando que a aplicação das normas é assegurada pela força, mas as normas não são necessariamente coactivas porquanto tal asserção equivaleria à desconsideração das normas atribuidoras de competência e das normas que considera secundárias e que permitem a aplicação das normas reguladoras das condutas (estas que denomina de primárias).

36 KELSEN, HANS - *Teoria Pura do Direito* ..., p. 56.

coactividade³⁷ desde logo na norma fundamental³⁸ que legitima toda a estrutura normativa a jusante, razão pela qual apenas existe dever jurídico quando a conduta que lhe é oposta seja pressuposto de um acto coercitivo³⁹ ou, numa asserção materialmente semelhante, toda a obrigação, para ser qualificada como jurídica e não como meramente moral – em caso de ilicitude no seu cumprimento – tem de estar associada a uma sanção que pode ser imposta pela utilização da força⁴⁰.

O Direito tende a regular os *isós* que comportam a utilização da força uma vez que querendo evitar a utilização da força entre os membros da comunidade realiza tal desiderato pela utilização da própria força. A esta contradição⁴¹ responde Hans Kelsen que a mesma é uma antinomia meramente aparente porquanto o Direito é a organização da força que procura promover a paz, razão pela qual força e Direito não devem ser considerados antagônicos, justamente porque “na regra jurídica, o emprego da força surge como delito, *i.e.*, a condição para a sanção, ou como sanção, *i.e.*, a reacção da comunidade jurídica contra o delito”⁴². A finalidade da coerção justifica a utilização da força para a imposição de sanções jurídicas desde que as normas tenham sido produzidas dentro da estrutura escalonada do Direito e segundo o modelo previsto na respectiva ordem jurídica.

Contudo, Hans Kelsen não desconhece que a ordem jurídica comporta normas que, *per se*, não preveem a possibilidade de sanções nem, em consequência, assumem a característica da coercitividade, como são *v.g.* as normas atribuidoras de competência e as normas que consubstanciam a previsão de cânones hermenêuticos.

37 ENGISCH, KARL – *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 7.^a edição. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 34, estribando-se no postulado Kelseniano da coercitividade da ordem jurídica e assumindo que todas as normas são criadoras de direitos e deveres, afirma como corolário que os direitos e deveres dos particulares são correlativos de direitos e deveres das entidades estaduais uma vez que só assim a coercitividade para garantia de direitos e deveres é possível.

38 HART, HERBERT – *O Conceito de Direito...* pp. 111 e ss, entende que o sistema jurídico está dotado de uma dupla via para concretizar a obediência às normas: por um lado concorda com Hans Kelsen em relação à coercibilidade intrínseca à ordem jurídica e, por outro lado, devido ao que entende por *rule of recognition* que tem na estrutura do sistema jurídico por si construído função semelhante à *grundnorm* (cfr. nota 22), considera a existência de um “fenómeno social complexo” uma vez que a comunidade entende e aceita as normas o que gera uma generalizada obediência.

39 KELSEN, HANS – *Teoria Pura do Direito ...*, p. 56.

40 BOBBIO, NORBERTO – *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6.^a edição. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília: UnB, 1982, pp. 68 a 70, critica esta posição de Hans Kelsen por considerar que o mesmo confunde a força do instrumento jurídico da regulação com o seu objecto, as normas estão dotadas de coercibilidade, mas não são coercibilidade. Considera Norberto Bobbio que “o objecto de todo o legislador não é organizar a força, mas *organizar a sociedade mediante a força*”.

41 SILVA, IVAN DE OLIVEIRA – *Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 71.

42 KELSEN, HANS – *Teoria Geral do Direito e do Estado...*, p. 31.

2. A Norma Completa

A existência de normas que em si mesmas consideradas não prescrevem sanções para a sua violação não obsta à definição do Direito como ordem normativa social dotada de coerção na medida em que o ordenamento jurídico é composto de uma “estatuição geral do acto de coacção” ao qual se chega pela hermenêutica jurídica⁴³, sendo que a coacção não necessita de estar expressamente prevista na norma mas apenas de estar autorizada ou de ser permitida, sem embargo do acto coactivo estatuído de modo geral corresponder a uma prescrição expressa.

O sistema comporta a possibilidade de, por acto legislativo e seguindo um procedimento conforme à norma fundamental, se aprovar norma que determine certa conduta e não prever sanção nem, conseqüentemente, a possibilidade da coacção, como é o caso da obrigação natural⁴⁴, porém tal norma porque não respeita o sentido objectivo de coercibilidade da norma fundamental não pode ser tida como norma jurídica.

Uma análise mais aprofundada do sistema jurídico revela a existência de normas não autónomas as quais Hans Kelsen conceptualizou como as que fixam os pressupostos que legitimam a aplicação do acto coercivo.

São normas jurídicas não autónomas⁴⁵ todas as que não prescrevem sanções coercitivas, as quais se podem cindir em cinco diferentes categorias; a) as normas secundárias (que prescrevem condutas e que, necessariamente, estão conexas com normas que estatuem a sanção coercitiva para o caso de não observância), b) as normas que facultam condutas, c) as normas revogatórias, d) as normas de atribuição de competência e e) as normas que regulam a actividade jurídico-hermenêutica⁴⁶.

As normas autónomas são, pois, as que estatuem o acto geral de coacção, uma vez verificados os pressupostos de que tal acto depende e que constituem o conteúdo das normas secundárias.

A construção da proposição normativa, no entendimento de Hans Kelsen gera-se pela relação entre a norma autónoma e as normas não autónomas que constituem os pressupostos de aplicação do acto coercivo naquela estatuído. Atentemos no exemplo que o próprio Kelsen escreveu a respeito do ilícito de furto “Se os individuos competentes para legislar estabelecerem uma norma geral por força da qual quem comete furto deve ser

43 KELSEN, HANS – *Teoria Pura do Direito* ..., p. 57.

44 Que, no ordenamento jurídico português, encontra o seu regime nos artigos 402.º e 404.º do Código Civil.

45 Para uma mais aprofundada análise da noção de norma não autónoma, ver D'ALMEIDA, LUÍS DUARTE – «In Canonical Form: Kelsen's Doctrine of the Complete Legal Norm». In: Luís Duarte D'Almeida, J. Gardner e L. Green (Coord.). *Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law*. de Edimburgo: Hart Publishing, 2013, pp. 266 e ss.

46 KELSEN, HANS – *Teoria Pura do Direito* ..., pp. 61 a 65.

punido de certa maneira, e se o tribunal competente segundo o ordenamento processual penal verificou, de conformidade com um procedimento fixado pelo mesmo ordenamento processual, que determinado indivíduo cometeu um furto, e este mesmo tribunal aplicou a pena legalmente fixada, então deve um certo órgão executar essa pena⁴⁷.

A proposição jurídica descritiva assim entendida corresponde à plenitude de todas as normas – orgânicas, processuais e substantivas, independentemente do lugar que ocupam na estrutura escalonada do sistema jurídico em que concretamente se encontram – que estão funcionalmente organizadas em razão da aplicação do Direito a cada caso concreto. Na verdade, cada norma (autónoma ou não autónoma) corresponde a um mero fragmento⁴⁸ da norma completa que *summo rigore* é a proposição jurídica reveladora do dever ser⁴⁹.

A doutrina da norma completa adequa e harmoniza, numa relação bidireccional, as teses da estrutura escalonada do Direito e a sua caracterização como coercivo porquanto compatibiliza a relação normativa hierárquica, conjugando num encadeamento funcional normas de diversos escalões da estrutura, com a característica coerciva da *grundnorm* que transmite às normas individuais integrantes do escalão mais baixo da ordem jurídica. Destarte, fica assegurada a harmonia intrassistémica da ordem jurídica que assume a coercibilidade como característica comum a todos os seus escalões⁵⁰.

As diversas normas autónomas e não autónomas (todo o material dado nas normas de uma ordem jurídica) estão envolvidas num processo epistemológico tendente à fixação da concreta norma individual que revelará o dever ser casuístico, cujo resultado depende de critérios epistemológicos⁵¹. A proposição jurídica é o resultado da actividade conjunta do

47 KELSEN, HANS – *Teoria Pura do Direito* ..., p. 63.

D'ALMEIDA, LUÍS DUARTE – «In Canonical Form: Kelsen's Doctrine of the Complete Legal Norm». In: *Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law...*, pp. 263 e ss., realiza, sob a perspectiva norma autónoma/norma não autónoma, uma análise ao exemplo do furto.

À luz desta descrição, entende-se a posição de LAMEGO, JOSÉ – «O Direito como Técnica Social de Motivação Indirecta de Condutas». In: *A Teoria Pura do Direito de Kelsen...*, pp. 69 e 70, segundo o qual a caracterização do Direito como ordem de coerção importa a simultânea verificação e duas teses, que são consistentemente lógicas com a estrutura do pensamento Kelseniano, mas contra-intuitivas, a norma completa e a afirmação que os destinatários das normas jurídicas hipotéticas individuais são os indivíduos a quem está atribuído o poder de resolver o caso concreto (juizes e funcionários).

48 LAMEGO, JOSÉ – «O Direito como Técnica Social de Motivação Indirecta de Condutas». In: *A Teoria Pura do Direito de Kelsen...*, p. 74.

49 Para Hans Kelsen a proposição jurídica é conceito diverso de norma jurídica, uma vez que a proposição corresponde a um enunciado que descreve uma ou várias normas jurídicas. Assim NINO, CARLOS SANTIAGO – *Introducción al Análisis del Derecho...*, p. 87.

50 Entende-se, pois, que o próprio Hans Kelsen na já referida carta a Renato Treves (cfr. notas 6 e 11) se refira à Doutrina da Norma Completa como o cerne da Teoria Pura do Direito.

51 KELSEN, HANS – *Teoria Pura do Direito* ..., p. 65.

Assim, MATOS, ANDITAS SOARES DE MOURA COSTA – «A Norma Fundamental de Hans Kelsen Como Postulado Científico». In: *Revista da Faculdade de Direito UFMG*. Belo Horizonte, n.º 58, janeiro/junho 2011, p. 48.

legislador e do aplicador do Direito⁵². A norma completa⁵³ traduz, pois, pela concatenação entre normas autónomas e não autónomas e operada pela reconstrução que o aplicador do Direito realiza, o juízo hipotético da relação de imputação jurídica (se A é, B deve ser⁵⁴)⁵⁵.

3. Norma Completa e Nomoestática/Nomodínâmica

É frequentemente apontada a Hans Kelsen a dificuldade⁵⁶ que a Doutrina da Norma Completa tem para se compatibilizar, simultaneamente, com as visões nomoestática e nomodinâmica do Direito, uma vez que a mesma teoria foi pensada num quadro de investigação científica que procurava identificar o objecto do Direito e diferenciá-lo de outras ordens normativas sociais, bem como restringir as normas jurídicas a uma forma lógica comum reveladora do dever ser. A conjugação destas preocupações epistemológicas não podia deixar de ser tributária de uma ideia estática de ordem jurídica centrada no apuramento das condições de aplicação das sanções coercitivas revelando a existência de normas autónomas e não autónomas e na sua união finalisticamente orientada para a casuística aplicação das mesmas sanções.

É neste ambiente científico que surge a *Doutrina da Norma Completa*.

A recepção por Hans Kelsen da Teoria da Estrutura Escalonada do Direito no seu edifício conceptual⁵⁷, veio dar ênfase às normas de atribuição de competência, iniciando uma viragem nos estudos Kelsenianos em direcção a uma visão dinâmica da ordem jurídica⁵⁸. Esse percurso foi acentuado com a publicação da 1^a edição da *Teoria Pura do Direito* (em 1934) na qual resulta a dificuldade da bipartição entre normas autónomas e não autónomas.

52 Postulado que está de harmonia com a teoria kelseniana da interpretação jurídica, uma vez que a interpretação jurídica é “uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior” [*Teoria Pura do Direito* ..., p. 379]. O texto sobre interpretação jurídica que Hans Kelsen publicou, nesta 2.^a edição da *Teoria Pura do Direito*, é praticamente igual (mudou a expressão “produção do Direito” para “aplicação do Direito”) ao texto publicado na 1.^a edição da mesma obra (1934) e no artigo de 1934 *Zur Theorie der Interpretation*.

53 Surge pela primeira vez na tese de habilitação de Hans Kelsen – *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911.

54 HARTNEY, MICHAEL – «Introduction: The Final Form of The Pure Theory of Law». In: *General Theory of Norms*. Oxford: Oxford Scholarship, 1991, p. XXii.

55 MÁYNES, EDUARDO GARCIA-, *Filosofia del Derecho*. 10.^a edição. Cidade do México: Porrúa, 1998, p. 51 e ss., defende que este é, também o fundamento da distinção entre o Direito e outras ordens normativas sociais, como a religião, a moral e os usos sociais.

56 Assim, LAMEGO, JOSÉ -, «O Direito como Técnica Social de Motivação Indirecta de Condutas». In: *A Teoria Pura do Direito de Kelsen...*, p. 72.

57 O que sucedeu nos anos 20 do século passado, BOROWSKI, MARTIN – «A Doutrina da Estrutura Escalonada do Direito de Adolf Julius Merkl e a sua Recepção em Kelsen». In: *Hans Kelsen - Teoria Jurídica e Política...*, p. 176.

58 LAMEGO, JOSÉ - «O método transcendental da filosofia do Direito: a polémica entre Kelsen e Sandre». In: *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana - I volume* ..., p. 141.

Com o exílio nos Estados Unidos, Hans Kelsen foi confrontado com uma nova realidade gnosiológica e mostrou-se sensível aos argumentos da filosofia da linguagem e do realismo epistemológico⁵⁹, o que introduziu dificuldades intrasistémicas na *Teoria Pura do Direito*. A publicação, em 1945, da *Teoria Geral do Direito e do Estado*, reflete estas novas circunstâncias e Hans Kelsen assume uma visão nomodinâmica da ordem jurídica⁶⁰, sem, contudo, deixar de a tentar harmonizar com a nomoestática. Na segunda edição da *Teoria Pura do Direito* o autor aprofunda o estudo da dimensão dinâmica do sistema jurídico procurando manter a sua compatibilização com a nomoestática.

A nomoestática consiste no segmento da jurisprudência analítica que estuda os elementos essenciais integrantes do sistema jurídico e das suas condições para qualquer ordenamento jurídico, de onde resulta a primazia, seguindo a conceptualização Kelseniana, da norma coerciva como expressão jurídica do dever ser; já a nomodinâmica centra-se na análise do sistema jurídico como factor de produção normativa, assumindo as normas de atribuição de competência o lugar de destaque.

A questão nomoestática/nomodínâmica dirime-se, pois, em saber se o primacial objecto analítico é a norma na sua forma lógica proposicional de dever ser ou na norma como critério legal de atribuição de competência. Procurando responder à questão afirma o nosso autor que o “princípio estático e o princípio dinâmico estão reunidos numa e na mesma norma quando a norma fundamental pressuposta se limita, segundo o princípio dinâmico, a conferir poder a uma autoridade legisladora, e esta mesma autoridade ou uma outra por ela instituída não só estabelecem normas pelas quais delegam noutras autoridades legisladoras, mas também normas pelas quais se prescreve uma determinada conduta dos sujeitos subordinados às normas e das quais – como o particular do geral – podem ser deduzidas novas normas através de uma operação lógica”⁶¹.

Hans Kelsen parece ensinar que a questão da dicotomia nomoestática/nomodínâmica é mais aparente do que real na medida em que cada uma destas dimensões comporta uma função bem precisa na produção normativa, actividade que resulta da conjugação das duas dimensões do sistema. O princípio nomodinâmico tem, na estrutura escalonado do Direito, uma função puramente eidética de validade formal da norma produzida, a qual deve ser produzida nos termos postos pela norma de escalão superior; a norma fundamental fornece apenas o critério de validade e não o conteúdo da norma⁶². O princípio

59 LAMEGO, JOSÉ-, “A Teoria Pura do Direito entre logicismo e voluntarismo». In: *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana – I volume* ..., pp. 137 e ss., discute a questão de saber qual o mais relevante autor que Kelsen seguiu para assumir o sistema jurídico como dinâmico, se Fritz Sander ou Adolf Julius Merkl (ambos discípulos de Kelsen).

60 Capítulo X, secção a. (o Direito como um sistema dinâmico de normas), pp. 165 a 168.

61 KELSEN, HANS – *Teoria Pura do Direito* ..., pp. 219 e 220.

62 KELSEN, HANS – *Teoria Pura do Direito* ..., pp. 219.

nomodinâmico revela apenas a atribuição de competência ao órgão para produzir a norma e o procedimento que o mesmo órgão deve respeitar, sem abordar a dimensão material da norma.

Já o teor da norma será revelado pelo princípio nomoestático e deduzido da norma geral por uma operação mental de matriz lógica. Assim, da norma geral “devemos amar o nosso próximo” podemos deduzir as normas “não devemos fazer mal ao próximo”, “não devemos, especialmente, causar-lhe a morte”, “não devemos prejudicá-lo moral ou fisicamente” e “devemos ajudá-lo” quando precise de ajuda⁶³. Os limites materiais da norma de escalão inferior na estrutura escalonada do Direito são aferidos em razão do princípio nomoestático⁶⁴.

Entre nomodinâmica e nomoestática gera-se, desta forma, uma relação de mútua dependência na produção normativa não sendo possível a formulação de normas sem a convocação simultânea de ambos os princípios, pelo que se entende a afirmação que “O princípio estático e o princípio dinâmico estão reunidos numa e na mesma norma”⁶⁵.

A suposta dificuldade em compatibilizar a nomodinâmica com a Teoria da Norma Completa ganha novos contornos à luz do que acabámos de expor, porquanto a necessidade de reunir numa mesma norma os princípios nomodinâmico e nomoestático para que o sistema possa revelar o dever ser contido numa norma dotada de coercibilidade, faz concluir que tal dificuldade não só inexistente como a nomodinâmica parece essencial à fixação do dever ser revelado pela norma completa. Mais que uma dificuldade, a recepção da nomodinâmica no edifício conceptual da *Teoria Pura do Direito* parece melhor adequar todo o modelo à *Teoria da Norma Completa* na exacta medida em que a proposição reveladora da relação de imputação jurídica (se **A** é, **B** deve ser) que se aplica casuisticamente não é compreensível, *rectius* apreensível, sem a dimensão nomodinâmica do sistema.

A existência da norma, porque a realidade que integra não é perceptível pelos critérios do espaço e/ou do tempo (a norma é entidade com natureza de dever ser e não factual), é aferida em razão da sua validade⁶⁶. A norma válida existe na ordem jurídica e a norma não válida não existe na ordem jurídica; a validade é o modo particular de existência da norma jurídica⁶⁷. A norma é válida porque inserida num sistema vertical e recebe a sua legitimi-

63 KELSEN, HANS - *Teoria Pura do Direito* ..., pp. 217.

64 LAMEGO, JOSÉ - «Teoria da norma e teoria do sistema jurídico». In: *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana - I volume* ..., p. 85.

65 KELSEN, HANS - *Teoria Pura do Direito* ..., pp. 219 (cfr. *supra* nota 61).

66 LAMEGO, JOSÉ - «A argumentação transcendental em Kelsen». In: *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana - I volume* ..., p. 119.

67 MATOS, ANDITAS SOARES DE MOURA COSTA - «Kelsen e a Violência: Uma Leitura Crítica das “Limitações” da Teoria Pura do Direito». In: *Hans Kelsen - Teoria Jurídica e Política...*, p. 256, considera que o conceito de validade é a principal estrutura operativa da Teoria Pura do Direito.

dade, enquanto tal, de outra norma de grau superior que lhe confere validade⁶⁸ e assim sucessivamente até se chegar à norma fundamental que valida todo o sistema do topo para a base; em suma, a norma é válida pela sua compatibilidade vertical. O princípio nomodinâmico traduz esta realidade da estrutura escalonada do Direito numa cadeia sucessiva de permissões de produção normativa pelo que a omissão da sua consideração levaria, de modo inapelável, à incapacidade de o sistema produzir normas dotadas de coercibilidade (a coercibilidade é, desde logo, característica da *grundnorm*)⁶⁹; sem a dimensão nomodinâmica o sistema seria incapaz de produzir normas válidas⁷⁰.

Sem a visão monodinâmica do sistema jurídico a estrutura da *Teoria Pura do Direito* ficaria inacabada em aspectos essenciais (a produção e a validade normativas), razão pela qual a recepção da nomodinâmica por Hans Kelsen, mais que uma dificuldade, corresponde a uma necessidade conceptual que se adequa à Teoria Escalonada do Direito e permite melhor perceber as relações normativas o que potencia o entendimento da proposição reveladora da relação de imputação jurídica como faz a Doutrina da Norma Completa.

Aceitamos, naturalmente, que a recepção da nomodinâmica no seu confronto com a Doutrina da Norma Completa torna claro “que a diferenciação hierárquica ou de níveis normativos é indissociável do reconhecimento de uma diversidade funcional entre normas e coloca no centro da análise a função normativa de atribuição de competência (*Ermächtigung*) e não as normas que ordenam (*gebieten*) ou prescrevem condutas”⁷¹. Porém, a questão é analítico-metodológica e não substantiva. Na verdade, a deslocação do primacial objecto analítico da ciência do Direito da norma que prevê a conduta obrigatória ou a permite, para a norma atribuidora de competência é, para a essência da Doutrina da Norma Completa, irrelevante uma vez que a proposição jurídica reconstruída pela ciência do Direito é constituída pelas normas autónomas e não autónomas.

Mesmo na fase inicial da construção da Doutrina da Norma Completa a nomodinâmica estava já subentendida na medida em que as normas de atribuição de competência já eram entendidas como fragmentos da proposição que resulta da reconstrução do material dado pelo legislador nas diversas normas integrantes da ordem jurídica⁷². A mutação da

68 MATOS, ANDITAS SOARES DE MOURA COSTA – «A Norma Fundamental de Hans Kelsen Como Postulado Científico». In: *Revista da Faculdade de Direito UFMG...*, p. 49.

69 KELSEN, HANS – *Teoria Pura do Direito ...*, p. 56.

70 Para a norma ser válida não necessita de ser eficaz, porém Hans Kelsen não deixa de afirmar que sempre é exigível um mínimo de eficácia sob pena da norma ser revogada pelo desuso. Sobre esta questão ver, MATOS, ANDITAS SOARES DE MOURA COSTA – «A Norma Fundamental de Hans Kelsen Como Postulado Científico». In: *Revista da Faculdade de Direito UFMG...*, p. 49.

71 LAMEGO, JOSÉ – «O Direito como Técnica Social de Motivação Indirecta de Condutas». In: *A Teoria Pura do Direito de Kelsen...*, p. 74.

72 Atente-se no exemplo elaborado pelo próprio Kelsen a respeito do furto e já *supra* mencionado (cfr. nota 47).

matriz do objecto analítico não contende com a essência da norma completa, com efeito, a questão não é ontológica, mas sim analítica.

II. Síntese e Considerações Finais

A procura pela pureza metodológica e conceptual da ciência do Direito, entendida como jurisprudência analítica, levou Hans Kelsen a uma reconceptualização do seu objeto. O carácter normológico do Direito e o postulado de Hume conduziam o nosso autor à conclusão de que só as normas são susceptíveis de gerar normas e de atribuir valoração jurídica aos factos.

O objecto da ciência do Direito é, pois, a norma integrada num sistema (a ordem jurídica), o que permite uma clara cissão entre o objecto do Direito e o objecto da Sociologia (factos e não normas).

A lei de Hume levou Kelsen à constatação que as normas apenas são válidas quando integradas numa relação vertical com outras normas e recebem a sua validade na relação de conformidade com a norma de nível superior que autoriza a sua produção. Neste quadro a recepção da Teoria da Estrutura Escalonada do Direito de Adolf Julius Merkel surge como adequada para explicar a validade sistémica das normas.

Para evitar o retorno *ad infinitum* na validade normativa (cada norma recebe a sua validade da norma de escalão superior e assim sucessivamente), estribando-se na filosofia epistemológica neokantiana, na reconfiguração que lhe é conferida pela escola de Marburgo, com destaque para Herman Cohen, Hans Kelsen conclui pela existência de uma norma fundamental a qual determina a imposição de actos de coerção para cumprimento da primeira Constituição historicamente considerada. A *grundnorm* não é norma posta pelo *legislatio* mas pressuposta (corresponde a uma categoria logico-transcendental apriorística).

A *grundnorm* tem natureza coerciva e transmite esta característica a toda a ordem jurídica em termos tais que a conclusão de que uma norma não está dotada de coercibilidade importa a negação da sua juridicidade. Esta característica da coercibilidade permite a distinção entre o Direito e as demais ordens normativas sociais.

A Doutrina da Norma Completa parte da ideia da existência de normas autónomas (as que estatuem actos coercivos) e de normas não autónomas (todas as que não estatuem actos da mesma natureza), para afirmar que pertence à ciência do Direito a tarefa de, mediante critérios hermenêuticos, revelar a proposição jurídica formada pelo juízo hipotético da relação de imputação (se A é, B deve ser), cristalizando a norma individual da

estrutura escalonada do Direito. A norma completa realiza a simbiose entre a estrutura escalonada do Direito e a sua característica da coercibilidade.

Na construção dogmática kelseniana os princípios nomodinâmico e nomestático têm funções complementares na estrutura escalonada do Direito, enquanto aquele supõe a validade formal da norma produzida (a qual deve ser produzida nos termos postos pela norma de escalão superior), este revela, através de uma operação mental de natureza lógica, a materialidade da norma.

A visão nomodinâmica é essencial à Doutrina da Norma Completa na medida em que, para além de ser necessária para a fixação do dever ser revelado na norma individual, permite aquilatar da sua validade vertical, logo da sua existência como norma jurídica. A deslocação do cerne da análise jurisprudencial da norma de comportamento para a norma de atribuição de competência – fenómeno que ocorre em razão da assunção da visão nomodinâmica – concerne ao método da ciência do Direito e não à ontologia da norma completa.

Ao lado da normatividade ideal do Direito, da norma fundamental e da estrutura escalonada do Direito, a Doutrina da Norma Completa integra o edifício conceptual da Teoria Pura do Direito e esta só é compressível pela adesão simultânea e concatenada das quatro asserções. Todas estas teses interagem entre si e reciprocamente comunicam, influenciando-se e densificando o seu conteúdo, numa tetra-relação de interdependência, em termos tais que a desconsideração de uma das teses importaria o fim ou, pelo menos, a profunda mutação das outras. A plenitude da Teoria Pura do Direito só se alcança pela simultânea aquisicência com as quatro teses.

Para aquilatar da importância da Doutrina da Norma Completa no edifício conceptual da Teoria Pura do Direito, realizemos um exercício lógico de regressão.

A desconsideração da norma completa iria colocar em causa a validade das normas integrantes do sistema por não partilharem de um elemento caracterizador da norma fundamental: a coercibilidade. Todas as normas não autónomas – de todos os escalões da estrutura desde a Constituição às normas inferiores – deixariam de receber a sua validade da norma fundamental por não reproduzirem a coercibilidade, cuja fonte é a *grundnorm*.

Consequentemente, as normas não autónomas não seriam juridicamente válidas, deixando de cumprir a sua função de motivação indirecta de condutas, sendo expurgadas da ordem jurídica. Entre estas estão, naturalmente, as normas de atribuição de competência que são o paradigma da norma não autónoma. Tal representaria o fim do Direito e do Estado pela incapacidade de criação de normas jurídicas.

A alternativa de considerar, ainda assim, as normas não dotadas de sanções coercivas como parte integrante do Direito importaria que se colocasse em causa a sua definição

como ordem de coerção o que também equivaleria à “morte” do Direito e do Estado, como alertou o próprio Hans Kelsen⁷³.

Eis a valia da Doutrina da Norma Completa, no âmbito da Teoria Pura do Direito, permitir a extensão da coercibilidade a todas as normas integrantes do sistema e, como tal, garantir a sua plena validade.

BIBLIOGRAFIA

- AFONSO, Elza Maria Miranda – «Passos da Teoria de Kelsen Rumo à Construção da Teoria do Direito». In: Júlio Aguiar de Oliveira e de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (Coord.). *Hans Kelsen – Teoria Jurídica e Política*. São Paulo: Forense Universitária, 2013, pp. 42-83.
- BOBBIO, Norberto – *Direito e Poder*. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: Unesp, 2008.
----- – *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6.^a edição. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UnB, 1982.
- BOROWSKI, Martin – «A Doutrina da Estrutura Escalonada do Direito de Adolf Julius Merkel e a sua Recepção em Kelsen». In: Júlio Aguiar de Oliveira e de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (Coord.). *Hans Kelsen – Teoria Jurídica e Política*. São Paulo: Forense Universitária, 2013, pp. 129-183.
- CANARIS, Claus-Wilhelm – *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2.^a edição. Tradução de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CUNHA, Paulo Ferreira da – *Repensar o Direito – Um Manual de Filosofia Jurídica*. Lisboa: INCM, 2013.
- D’ALMEIDA, Luís Duarte – “In Canonical Form: Kelsen’s Doctrine of the Complete Legal Norm». In: *Luís Duarte D’Almeida, J. Gardner e L. Green (Coord.). Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law.*, Edimburgo: Hart Publishing, 2013, pp. 259- 283.
- DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya – «A Validade do Direito na Perspectiva Juspositivista. Reflexões em Torno de Hans Kelsen». In: Júlio Aguiar de Oliveira e de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (Coord.). *Hans Kelsen – Teoria Jurídica e Política*. São Paulo: Forense Universitária, 2013, pp. 213-231.
- EHRLICH, Eugen – *Fundamentos da Sociologia do Direito*. 2.^a Edição. Tradução de René Ernani Gertz. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- ENGISCH, Karl – *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 7.^a edição. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- GREEN, Michael Steven – «Hans Kelsen and the Logic of Legal Systems». Consultado a 10/10/2019, disponível em <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article>.
- HART, Herbert – *O Conceito de Direito*. 6.^a Edição. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- HARTNEY, Michael – «Introduction: The Final Form of The Pure Theory of Law». In: *General Theory of Norms*. Oxford: Oxford Scholarship, 1991, pp. IX-LIII.
- KELSEN, Hans – *Teoria Pura do Direito*. 2.^a edição (1960). Tradução de João Baptista Machado da 7.^a edição. Coimbra, Almedina, 2008.
----- – *Teoria Geral das Normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio António Fabris Editor, 1986.

73 KELSEN, HANS – *Teoria Pura do Direito* ..., p. 61.

- _____ - *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3^a edição Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LAMEGO, José - *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana - I volume de Kant ao Neo-Kantismo*. Lisboa: AAFDL, 2014.
- _____ - *A Teoria Pura do Direito de Kelsen*. Lisboa: AAFDL, 2019.
- LARENZ, Karl - *Metodologia da Ciência do Direito*. 3^a Edição. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MATOS, Anditas Soares de Moura Costa - «Kelsen e a Violência: Uma Leitura Crítica das “Limitações” da Teoria Pura do Direito». In: Júlio Aguiar de Oliveira e de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (Coord.). *Hans Kelsen - Teoria Jurídica e Política* São Paulo: Forense Universitária, 2013, pp. 253-279.
- _____ - «A Norma Fundamental de Hans Kelsen Como Postulado Científico». In: *Revista da Faculdade de Direito UFMG*. Belo Horizonte, n.º 58, janeiro/junho 2011, pp. 41-84.
- MÁYNES, Eduardo Garcia - *Filosofía del Derecho*. 10^a edição. Cidade do México: Porrúa, 1998.
- NINO, Carlos Santiago - *Introducción al Análisis del Derecho*. 2^a edição, 12^a reimpressão. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.
- PAULSON, Stanley - «Reflexões Sobre a Periodização da Teoria do Direito de Hans Kelsen». In: Júlio Aguiar de Oliveira e de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (Coord.). *Hans Kelsen - Teoria Jurídica e Política*. São Paulo: Forense Universitária, 2013, pp. 3-37.
- PIRES, Alex Sander Xavier - *Justiça na Perspectiva Kelseniana*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2013.
- RAMOS, José Joaquim Monteiro - «A Dupla Perspectiva da Norma Fundamental em Hans Kelsen». In: *Politeia - Revista do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna*. Lisboa, ano X-XI-XII, 2013, 2014, 2015, volume 1 - *studia varia*, pp. 213-233.
- ROSS, Alf - *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.
- SILVA, Ivan de Oliveira - *Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas: 2010.
- SPAACK, Torben - «Kelsen and Hart on the Normativity of Law». Consultado em 24/10/2019, disponível em <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/48-24.pdf>.

A relevância da epistemologia do ilícito para a proteção de bens jurídicos e a efetividade do princípio *ne bis in idem*

Um estudo comparado entre Brasil e Portugal

The relevance of the illegal epistemology for the protection of legal assets and the effectiveness of the *ne bis in idem* principle

A comparative study between Brazil and Portugal

SANDRO LÚCIO DEZAN*

sandro.dezan@gmail.com e sandro.dezan@ceub.edu.br

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845

Volume XXI · 1st July Julho – 31st December Dezembro 2020 · pp. 25-45

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXI.2.2>

Submitted on September 24th, 2020 · Accepted on 10th November, 2020

Submetido em 24 de setembro, 2020 · Aceite a 10 de novembro, 2020

RESUMO o presente artigo, a partir do método hipotético-dedutivo e de um estudo comparado entre Portugal e Brasil, busca analisar os contornos jurídico-epistemológicos do conceito de “ilícito” e a necessária carga de proteção de bens jurídicos que orienta a sua previsão nos mais diversos ramos do direito punitivo estatal, para constatar a abrangência dos efeitos do princípio *ne bis in idem extramuros* dos ramos epistemológicos. Concluir-se-á a existência de um núcleo intangível, ontológico, entre as variações de prescrições proibitivas, que se asseguram, necessária e adequadamente, nas espécies de objetos protegidos pelos diversos ramos do direito sancionador, público ou privado, para os limites de mais de uma punição pelo mesmo fato base.

PALAVRAS-CHAVE Direito Público Sancionador; Ontologia dos Ilícitos de Direito Público; Proteção de Bens Jurídicos; Efetividade do Princípio *Ne Bis In idem*.

* Doutor em Ciências Jurídicas Públicas, pela Escola de Direito da Universidade do Minho (UMinho), Braga, Portugal; Doutor em Direito, pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB); Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professor Titular do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu*, Mestrado e Doutorado, do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília/DF; Investigador do Centro de Justiça e Governança (JusGov), Grupo JusCrim – Justiça Penal e Criminologia, da Escola de Direito da Universidade do Minho (UMinho), Braga, Portugal; e Coordenador do Grupo de Pesquisa *Hermenêutica do Direito Administrativo e Políticas Públicas* do Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília/DF.

ABSTRACT: this article, based on the hypothetical-deductive method and a comparative study between Portugal and Brazil, seeks to analyze the legal-epistemological contours of the concept of “illicit” and the necessary burden of protection of legal assets that guides its prediction in the most various branches of state punitive law, to verify the scope of the effects of the *ne bis in idem* principle outside the epistemological branches. The existence of an intangible, ontological nucleus will be concluded, among the variations of prohibitive prescriptions, which are necessary and adequately ensured in the kinds of objects protected by the different branches of the sanctioning law, public or private, to the limits of more punishment for the same basic fact.

KEYWORDS: Public Sanctioning Law; Ontology of Public Law Offenses; Protection of Legal Assets; Effectiveness of the *Ne Bis In idem* Principle.

I. Introdução

O sistema sancionatório português é notadamente distinto do brasileiro^{1/2} e, por essa razão, a intervenção que ora nos detemos antecedente ao início dos debates de investigação faz-se necessária, nomeadamente com vistas à adequação de sentido entre as definições dos ilícitos de um e de outro modelo punitivo estatal, o luso e o brasileiro, a considerar que utilizaremos aprioristicamente como cerne de toda a pesquisa a experiência brasileira (mormente, de *lege ferenda*, para um contributo ao sistema brasileiro) e não, de fato, a por-

- 1 Denota-se para as classes sancionatórias extrapenais de Portugal, em especial os ilícitos contraordenacionais, a gênese de ordem germânica, por uma transposição das contravenções, após a paulatina redução de sua aplicação a partir de 1982, com o advento do Código Penal português, ao passo que o direito sancionador brasileiro, para os ilícitos não penais, ou extrapenais, parece-nos firmado em origem do direito sancionador espanhol, sob a especial característica distintiva de não se tratar, o sistema brasileiro, de sistema firmado sob as bases do contencioso administrativo. Mário Ferreira Monte ressalta a distinção ente o ilícito penal, o ilícito administrativo de sentido estrito e os ilícitos de contraordenações. Afirma que “se em Portugal e na Alemanha, por exemplo, se alcançou um nível de distinção aceitável, desde logo formal, ao definir-se claramente o que é contraordenação, com todo um regime que pode dizer-se autónomo – tanto do direito penal quanto do direito administrativo –, expurgando-se as contravenções do ordenamento jurídico, em outros países, porém, continua a não ser sequer pacífica a designação daquele tipo de infração. O que demonstra a dificuldade que, em termos de direito comparado, esta matéria oferece. (...) Temos, por isso, um direito sancionador administrativo que, contudo, não se confunde com o direito de mera ordenação social português nem com o Ordnungswidrigkeitenrecht alemão, inspirador do português” (MONTE, 2014, p. 20-22).
- 2 Sobre a influência do direito alemão para a concepção atual do sistema punitivo das contraordenações, conferir Azevedo (2011, p. 36-43).

tuguesa, que, entretanto, será referenciada de modo expresse sempre que a abordagem assim o exigir^{3/4}.

Nessa linha de distinção entre os sistemas, por exemplo, a concepção de “ilícito administrativo disciplinar” (categoria comum ao direito sancionador brasileiro) não é de emprego corrente e de sentido apreensível pela legislação, doutrina e tribunais em Portugal, que, por sua vez, valem-se, para a obtenção do mesmo efeito jurídico (sem embargo de que em Portugal há o contencioso administrativo e no Brasil não há), do instituto jurídico “ilícito disciplinar”, simplesmente, diferenciando-o dos ilícitos das *contraordenações* e dos ilícitos administrativos *tout court*; há ainda em Portugal um fecundo debate sobre os limites entre o direito penal e o direito das *contraordenações*, perpassando pelo direito administrativo penal e pelas *contravenções*, para, em fim, firmarem a concepção de *direito de mera ordenação social* e de *ilícitos contraordenacionais* (MONTE, 2014; DIAS 2007, p. 155 e ss.).

O direito brasileiro, ao servir-se da expressão “administrativo” para qualificar o *ilícito disciplinar*, inadvertidamente induz os juristas portugueses – e os demais aplicadores do direito de outros países, que, por ventura, operam sistemas sancionatórios de modelos semelhantes – ao entendimento de que todo e qualquer ilícito administrativo seria de espectro disciplinar, desprezando, destarte, as demais espécies estabelecidas em Portugal, referentes aos (i) ilícitos administrativos em sentido estrito, *tout court*, (ii) aos ilícitos das *contraordenações* e (iii) aos ilícitos disciplinares privados⁵.

3 A considerar que a investigação dedica-se ao fenômeno *ne bis in idem* sob a perspectiva do direito brasileiro, todavia sem olvidar das categorias jurídicas de mesma identidade ou similitudes no direito português, na medida em que este, em muitos casos, servirá de paradigma às conclusões a que se pretendem, imprescindível para a nossa proposta de investigação se faz proceder a um ajuste semântico para a acomodação dos principais conceitos operacionais que serão levados a efeito, mormente o referente às categorias de ilícitos de direito sancionador presentes no Brasil e em Portugal.

4 O sistema de direito sancionador brasileiro apresenta grande similitude com o sistema de direito sancionador espanhol, a exceção da presença do contencioso administrativo para este último e não para o primeiro. Com efeito, as conclusões a que chega Mário Ferreira Monte também se aplicam ao caso brasileiro e, nesse viés, afirma o autor que “por isso, se alguma conclusão pode tirar-se do direito espanhol é que as infracções administrativas são uma opção pela descriminalização, muito clara, desde logo porque coabitam com figuras como as *contravenções* que, ainda que dentro do direito penal, todavia, não são administrativas em sentido estrito. Mas o modelo, por isto mesmo, apresenta peculiaridades que se não registram em Portugal” (MONTE, 2014, p. 30-31). Para uma análise detida das distinções entre o sistema sancionador espanhol e o sistema sancionador português, conferir a ainda Monte (2014, p. 18-30).

5 Por exemplo, para os ilícitos *contraordenacionais*, Mário Ferreira Monte ressalta o problema de essa espécie não ser comum em alguns países (como é o caso do Brasil), e, assim, a demonstrar a dificuldade que se deparam os estudiosos do tema, para a transposição de conceitos. Assinala o autor que “se em Portugal e na Alemanha, por exemplo, se alcançou um nível de distinção aceitável, desde logo formal, ao definir-se claramente o que é *contraordenação*, com todo um regime que pode dizer-se autónomo – tanto do direito penal quanto do direito administrativo –, expurgando-se as *contravenções* do ordenamento jurídico, em outros países, porém, continua a não ser sequer pacífica a designação daquele tipo de infração. O que demonstra a dificuldade que, em termos de direito comparado, esta matéria oferece” (MONTE, 2014, p. 20).

Do mesmo modo, a *qualificação especial* dessa monta, tal qual referida, também induz os estudiosos a questionarem se há ou não no Brasil um ilícito disciplinar que não seja submetido a um regime publicístico, como ocorre em Portugal com o *ilícito disciplinar privado*, do Código do Trabalho.

Pois bem, diante dessas dúvidas que naturalmente surgem ao liame do debate de direito comparado, faz-se imprescindível esclarecer que no Brasil os ilícitos administrativos em sentido estrito, *tout court*, e os ilícitos das contraordenações são englobados por uma só categoria jurídica, a dos “ilícitos administrativos” e estes, quando adjetivados de “disciplinares”, formam outra espécie, também submetida ao *regime jurídico de direito público*, os “ilícitos administrativos disciplinares”.

Para estes últimos, lança-se mão, também e sem maiores problemas, da expressão “ilícito disciplinar”, cuja omissão do vocábulo qualificativo ainda assim referencia o ilícito disciplinar de caráter público, ou seja, o “administrativo”.

Para os casos submetidos ao regime jurídico de direito privado (que, em Portugal, comumente, encontram-se no CT), afigura-se no Brasil a denominação “ilícito disciplinar privado”. Essas questões, apesar da ausência de qualquer pretensão exauriente do tema, devem, aqui, de plano, ser dirimidas e explicadas.

Começemos com o sistema vigente em Portugal.

1. As Concepções De Ilícito Em Portugal

Na ordem jurídica portuguesa há três espécies definidas majoritariamente pela doutrina (MONTE, 2014; ALBUQUERQUE, 2011) de ilícitos pertencentes ao sistema sancionatório, que, de início, quanto à extensão de sua natureza punitiva, ainda não se pode caracterizar-se exclusivamente de *públicas*, por motivo que se verá. São elas: (i) o ilícito disciplinar; (ii) o ilícito das contraordenações ou contraordenacionais, ou, ainda, de mera ordenação social; e o (iii) ilícito penal (MONTE, 2014).

Para os estudiosos do tema, o ilícito administrativo, puro e simples, em sentido estrito, “ilícito administrativo *tout court*”, no sistema luso, em razão de não possuir a função de proteção de bens jurídicos (sequer a função de proteção de *bens jurídicos não penais*, como no caso dos ilícitos contraordenacionais que possuem essa objetividade jurídico-protetiva), não pertence à classe do direito sancionador português, a caracterizar-se, dessarte,

como um sistema sancionador em sentido *stricto sensu*⁶⁷. Com efeito, restam, com características sancionadoras, os ilícitos disciplinares e os ilícitos contraordenacionais.

O ilícito disciplinar (i) verte-se em duas outras subclassificações: (i.a) o ilícito disciplinar previsto no Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Função Pública⁸ (submetido a um regime de direito público, compreendendo, *e.g.*, o Estado e as Entidades) e (i.b) o ilícito disciplinar previsto no Código do Trabalho português⁹ (submetido a um regime de direito privado – e, por este motivo especial, não se há de afirmar categoricamente ser o sistema sancionatório português exclusivamente público, como dito, a compreender, *e.g.*, as pessoas jurídicas, privadas ou públicas, porém regidas pelo direito privado. Idêntico fenômeno se dá para o trato dessa espécie no caso Brasil, pelo mesmo móvel) (MONTE, 2014; AZEVEDO, 2011).

6 Nesse sentido e pela óptica de somente pertencer ao sistema sancionatório o regime regulatório (i) formado a partir de certas garantias materiais e processuais e (ii) caracterizado pela afeição à proteção de bens jurídicos, o que podemos compreender como uma concepção estrita da definição do conceito de sistema sancionatório, Mário Ferreira Monte ensina que “uma coisa seria falar do ilícito administrativo *tout court*, de uma violação das normas do direito administrativo, com as consequências próprias deste ramo do direito, ou seja, de uma *autotutela da função administrativa*. Ao dizer isto, partimos do pressuposto de que existe na ordem jurídica portuguesa um tipo de ilícito administrativo não contraordenacional, ou seja, aquele que corresponderia a um ‘facto ilícito tipificado numa norma jurídico-administrativa’, ao qual se aplique uma sanção que não seja a coima, podendo ser, inclusivamente e por estranho que possa parecer, a multa. E se bem se afirma que não existem diferenças materiais entre o ilícito administrativo e o ilícito de mera ordenação social, a verdade é que o legislador é quem vem a fazer essa distinção, melhor, é quem opta por um ou por outro, quando utiliza ou não a coima como sanção para o ilícito típico. Outra coisa diferente, no entanto, seria subsumir o ilícito de mera ordenação aos princípios e critérios do direito administrativo. Não se pense que as consequências da realização de um comportamento subsumível a um ilícito administrativo ou a um ilícito contraordenacional são as mesmas. Desde o facto de um seguir as normas do Código de Procedimento Administrativo e o outro o processo contraordenacional, passando pelo facto de o recurso das decisões em matéria de ilícito administrativo caber para os tribunais administrativos ao passo que o de matéria contraordenacional cabe para os tribunais comuns, em regra, muitas são as diferenças práticas entre os dois. (...) Importa, no entanto, sublinhar que estas vantagens são aparentes. Quanto mais próximo do sistema penal, obviamente que maiores são as garantias processuais. Algumas, que são apresentadas como vantagens, esquecem outros aspectos que não são menos relevantes. (...) Dito isto, no entanto, compreende-se que não possa aceitar-se qualquer tentativa de subjugar o direito das contraordenações aos quadros do direito administrativo e de atribuir o poder de julgar as decisões em sede de impugnação contraordenacional aos tribunais administrativos. E, por sobre tudo, pelo que acaba de dizer-se, discorda-se frontalmente que não se veja entre os dois ilícitos ‘diferenças substanciais’. **Este é o verdadeiro problema. É que o ilícito de mera ordenação social, já ficou dito, tem como função tutelar bens jurídicos, não penais – ou não carentes de pena –, é certo, enquanto que o ilícito administrativo tem essencialmente uma função de autotutela da atividade administrativa.** Não compreender isto é que inquina todo o raciocínio. A diferença entre uma função e outra é significativa. Tão grande que justifica que o direito subsidiário do direito contraordenacional deva ser o direito e processo penal e não o direito administrativo. E de tal modo que os tribunais competentes para apreciar as impugnações judiciais em matéria contraordenacional devam ser os comuns e não os administrativos. Entre outras razões, salta de imediato uma: a matéria em causa não é administrativa, senão sancionatória. (Sem grifos no original) (MONTE, 2014, p. 31-38).

7 Mormente em face da ausência de uma jurisdição contenciosa administrativa brasileira, a nossa concepção de sistema sancionatório é a de caráter amplo, sistema sancionador em sentido lato, de modo a não restringir o conceito à (a) necessidade de proteção de bens jurídicos, passíveis ou não de aplicação de uma pena criminal, e ou de (b) ele ser ou não dotado de certas garantias, materiais ou processuais, fundamentais aos administrados. Com efeito, incluem-se todas as espécies de ilícitos submetidos ao regime jurídico de direito público.

8 Lei 58/2008, de 09 de setembro, revogado pela Lei 35/2014, de 20 de junho.

9 Lei 7/2009, de 12 de fevereiro, cuja última alteração foi efetivada pela Lei 28/2016, de 23 de agosto.

Os ilícitos disciplinares, sejam submetidos ao regime jurídico de direito público ou ao regime jurídico de direito privado, são previstos em lei para a *proteção de deveres funcionais* (esta é, em Portugal, a clássica função do ilícito disciplinar: a *proteção de deveres funcionais*) (DIAS, 2013, p. 69 e ss.; SILVA, 2010; CARVALHO, 2014; e COELHO; COUTINHO, 1949, p. 38 e ss.)¹⁰ e, destarte, os infratores são submetidos a penas disciplinares em caso de descumprimento desses deveres.

O *ilícito contraordenacional* (ii), por seu turno, previsto – principalmente, mas sem se descuidar de outros diplomas especiais – no Regime das Contraordenações (RGCO – Decreto-Lei 433/82, de 27 de outubro), encerra infração de caráter nomeadamente público, em que se faz necessária a composição de ofensa a algum *bem jurídico* tutelado e a existência de específica *proibição legal* (esta, uma mera proibição, prevista em lei)¹¹, cuja desobediência submete o infrator ao que se denomina em Portugal de “coima”, espécie de sanção pecuniária^{12/13}.

À vista disso, para a caracterização de um ilícito contraordenacional, deve a norma prescritiva se importar com *bens jurídicos* que não possuam *dignidade penal* e, do mesmo modo, não sejam carecedores de *pena criminal*. O ilícito contraordenacional não possui a função atribuída ao direito penal, em que se denota neste último a função de “tutela subsidiária (ou de *ultima ratio*) de bens jurídicos dotados de dignidade penal (de bens jurídico-

10 Coelho e Coutinho (1949, p. 38 e 41) asseveram que, em razão disso, “resulta que o ilícito disciplinar é diferente do ilícito penal, que as sanções disciplinares são diferentes das sanções criminais e podem ou não acumular-se entre si”.

11 Como exemplo de ilícito de contraordenação e do seu trato pelo direito português, cf. Rodrigues (2009, p. 575-606).

12 Consoante já afirmado em nota alhures, insere-se nesse contexto a definição do conceito de “coima”, como espécie da sanção natural do regime jurídico das contraordenações, o que se presta a distinção formal entre esta espécie de ilícito e o ilícito penal. “O RGCO opta por um critério formal de distinção entre o ilícito criminal e o ilícito contra-ordenacional, assente na cominação de uma coima. As coimas aplicáveis são muitas vezes consideravelmente mais graves do que as multas, admitindo mesmo o RGCO uma regra de adaptação do valor da coima ao benefício retirado da conduta de infração” (ALBUQUERQUE, 2011, p. 27).

13 Do mesmo modo, alhures em nota referenciada, assinala Paulo Pinto de Albuquerque que “o direito de mera ordenação social é um ramo do direito sancionatório público, com uma ‘conexão’ ao direito penal e ao direito processual penal (acórdão do TC n.º 244/99). Esta ligação refere-se nos seguintes factos: (1) a equiparação das garantias constitucionais da reserva de competência da AR e da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade (artigos 165.º, n.º 1, al.ª d) e 282.º, n.º 3, da CRP); (2) a aplicação subsidiária do direito penal no RGCO (artigo 31.º), (3) a reprodução de regras de punição do direito penal no RGCO (artigos 1.º, a 6.º e 8.º a 16.º), (4) a integração dos regimes das garantias do processo contra-ordenacional no mesmo preceito constitucional das garantias do processo penal (artigo 32.º da CRP), (5) a aplicação subsidiária do direito processo penal no RGCO (artigo 41.º, n.º 1), (6) o conhecimento das contra-ordenações no processo criminal, no caso de concurso de contra-ordenações e crimes (artigo 38.º), (7) o reconhecimento às autoridades administrativas dos direitos e deveres do MP durante a fase administrativa do processo contra-ordenacional (artigo 41.º, n.º 2), (8) a incriminação da violação do segredo de justiça no processo contra-ordenacional nos termos que valem para o processo criminal (artigo 371.º, do CP) e (9) a recorribilidade da decisão administrativa final e das decisões administrativas interlocutórias mais graves junto ao tribunal judicial e não do tribunal administrativo (artigo 55.º e 59.º)” (I ALBUQUERQUE, 2011, p. 29).

-penais); ou, o que é dizer o mesmo, de *bens jurídicos cuja lesão se revela digna e necessitada de pena*” (DIAS, 2014, p. 114).

Por outro lado, mister anotar que os ilícitos das contraordenações não se firmam como um direito de mera *bagatela penal*. Não se encontram incluídos no campo protetivo do direito penal e de suas normas direcionadas à tutela de bens jurídico-penais. Tampouco espécie do gênero *ilícito administrativo em sentido estrito*. De uma e de outra destas espécies não se tratam e possuem uma autonomia própria para a maioria da doutrina¹⁴, na medida em que tutelam bens jurídicos, característica esta que não se opera diretamente para os ilícitos administrativos estritos e, por outro lado, apesar de (a) *possuírem dignidade penal* a impor um afastamento natural dos ilícitos administrativo estritos e uma aproximação dos ilícitos penais, não necessitam de uma (b) *sanção de caráter criminal*, uma vez que não tutelam bens jurídicos de natureza penal. Com efeito, “tem como função tutelar bens jurídicos, não penais – ou não carentes de pena –, é certo, enquanto que o ilícito administrativo tem essencialmente uma função de autotutela da atividade administrativa” (MONTE, 2014, p. 37-38).

Anote-se, por oportuno e mais uma vez, que o *ilícito administrativo em sentido estrito*, em que pese à sua previsão nas normas administrativas regulatórias do direito luso, não pertence, especificamente, ao sistema sancionatório português, mas sim a um campo de infrações, digamos, “anômalas”, dedicadas apenas à autotutela das *funções* administrativas, cuja desobediência submete o autor da conduta a “multas administrativas” (MONTE, 2014). Grosso modo, é o que no Brasil seriam os ilícitos e as suas respectivas sanções decorrentes do poder de polícia administrativa.

Por outro lado, em Portugal, não se há que defender pertencerem tais classes de infração, as contraordenações, ao campo do direito penal, malgrado dedicarem-se à proteção, a exemplo do direito penal, de bens jurídicos. Pelo que se expôs, a tendência dominante é a

14 Escreve Mário Ferreira Monte a dificuldade, para a maioria dos autores e para a legislação, de delineamento da autonomia científica desta espécie de direito punitivo. Posiciona-se o autor, em “Lineamento de direitos das contraordenações”, assumir “a pretensão de vincar a *autonomia científica e pedagógica* do direito das contraordenações, que, no entanto, se alicerça na *autonomia jurídica, de sentido e dogmática* que assestamos a este ramo do Direito. Se o fazemos ao longo do texto, não é só porque nos parece ser esse o melhor posicionamento. É também porque continua a pairar uma certa confusão relativamente aos limites e à identidade deste ramo do direito. Se, de um lado, a Constituição não tem dúvidas em “encostar” o ilícito de mera ordenação social ao direito penal, tratando-o no âmbito das garantias criminais de nível constitucional, e o Regime Geral das Contraordenações em declarar o direito penal e o direito processual penal como de aplicação subsidiária, de outro lado, ouvem-se vozes que reivindicam o tratamento das questões contraordenacionais à luz do direito administrativo e do procedimento administrativo, ao que se junta a *recente e inusitada pretensão de levar para a jurisdição dos tribunais administrativos algumas matérias contraordenacionais*. Pode ler-se no *Anteprojeto do Código de Processo nos Tribunais Administrativos* (CPTA): ‘optou-se por fazer ingressar na jurisdição administrativa (...) as impugnações judiciais de decisões administrativas que apliquem coimas no âmbito dos ilícitos de mera ordenação social por violação de normas de direito administrativo em matéria de ambiente, urbanismo, ordenamento do território, património cultural e bens do Estado’” (MONTE, 2014, p. 13-14).

de que as contraordenações se afastam dos contornos definitórios do ilícito penal propriamente dito, para comporem uma classe autônoma de ilícito¹⁵.

O ilícito penal (iii), previsto no Código Penal português¹⁶ e em legislações especiais, por seu turno, possui a *função subsidiária de proteção de bens jurídicos*, na medida em que tais bens dotam-se de *dignidade penal* e, disso, de *necessidade de pena criminal* quando ofendidos (DIAS, 2014, p. 114).

2. Os Ilícitos e as Suas Distinções Epistemológicas Concretas entre Brasil e Portugal

No sistema sancionatório brasileiro, o que se denomina em Portugal de “ilícito disciplinar do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Função Pública” (Lei 58/2008, de 09 de setembro, revogada pela Lei 35/2014, de 20 de junho), classifica-se no Brasil como “ilícito administrativo disciplinar” – ou, simplesmente, ilícito disciplinar – (previsto, em especial, para os servidores públicos federais do Brasil no Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, Autarquias e Fundações e seguido, por simetria, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios)¹⁷, e, quando se quer referir ao que seria o similar ilícito disciplinar privado, elencado no Código do Trabalho português (Lei 7/2009, de 12 de fevereiro, cuja última alteração foi efetivada pela Lei 28/2016, de 23 de agosto), refere-se, no Brasil, ao *ilícito disciplinar privado* (geralmente estipulado na Consolidação das Leis do Trabalho)^{18/19}.

O que se denomina em Portugal de *ilícito contraordenacional*, ou ilícito das contraordenações, ou, ainda de mera ordenação social, ingressa como espécie do gênero *ilícito administrativo em um sentido amplo*, em *sentido lato*, do mesmo modo em que assim ingressa no gênero o *ilícito administrativo disciplinar*. Destarte, no Brasil não há uma distinção entre

15 Mário Ferreira Monte aponta a tênue linha que divide essa classificação entre submeter-se ao entendimento de tratar-se de ilícito penal, ou mesmo de ilícito administrativo em sentido estrito, ao esclarecer que “a questão da delimitação do ilícito de mera ordenação social é, como se vê, da maior importância, num duplo sentido: primeiro, no de que se impõe saber quando é que uma conduta é criminosa ou simplesmente contraordenacional – questão dos limites *tout court* do direito das contraordenações, face ao direito penal, com o qual, por se tratar de direito sancionatório, que deve aplicar-se subsidiariamente, partilha linhas de fronteira; depois, estando esta delimitação feita, impõe-se qualificar o ilícito de mera ordenação social, para que também deste modo se saiba o que, embora não sendo crime, pode ou não ser contraordenação, pode ou não ser outra realidade que não o ilícito de mera ordenação social. Claro que a ordem poderia ser outra. Primeiro qualificar-se, para depois se delimitar. Mas parece-nos que a aqui escolhida tem a vantagem de se partir do geral para o particular. Delimitar não exige uma qualificação específica do ilícito, podendo, como veremos, usar-se critérios mais gerais. Ao passo que qualificar a conduta, mesmo depois de delimitadas e distintas em geral, exige um trabalho de filigrana, mais apurado” (MONTE, 2014, p. 18).

16 Decreto-Lei 400/82, de 31 de maio, em vigor a partir de 1.º de janeiro de 1983.

17 Lei 8.112/90, de 11 de dezembro.

18 Decreto-Lei 5.452/43, de 1.º de maio.

19 No Brasil nada obsta a previsão de ilícitos disciplinares em relações estritamente primadas não trabalhistas, a exemplo dos estatutos de condomínios prediais, dos estatutos de sócios de clubes esportivos, de recreio e de outras atividades, desde que sejam lícitas.

o que seria *ilícito administrativo em sentido estrito e ilícito das contraordenações* e sequer há o uso dessa denominação, ou de qualquer regime regulatório distinto para ilícitos com características a elas assemelhadas (as contravenções penais – o que mais se aproximaria no Brasil ao ilícito contraordenacional português e é regida pela Lei 7.210, de julho de 1984, Lei das Execuções Penais (LEP) –, no sistema brasileiro, submetem-se às regras do direito penal e do direito processo penal, uma vez que, a exemplo do crime, compõe espécie do gênero ilícito penal). O sistema alemão, com “o *Ordnungswidrigkeitenrecht* alemão, inspirador do português” (MONTE, 2014, p. 22) à migração dos ilícitos de contravenções para os ilícitos contraordenacionais, com conseqüente e paulatina extinção daquela primeira espécie (a contravenção), não se insere na realidade brasileira, que, ainda, mantém as contravenções como espécie de ilícito penal, malgrado quase em completo desuso²⁰.

Essas infrações que em Portugal se encaixariam como contraordenacionais seriam – se não tipificadas como contravenções penais e, com efeito, submetidas às regras penais e processuais penais jurisdicionais – apenas mais uma espécie do gênero “ilícito administrativo”, que, por seu turno, também abarca o ilícito administrativo disciplinar, na qualidade de outra espécie.

Quanto à necessidade de os ilícitos administrativos brasileiros que seriam denominados em Portugal de infrações contraordenacionais, o mesmo padrão de exigência se afere, qual seja a necessidade de bens jurídicos e a existência de uma proibição legal, mas, todavia, a sanção aplicada para o descumprimento da lei não se reporta a uma “coima”, mas sim a uma sanção administrativa, desta natureza, também prevista em lei. Quanto aos ilícitos administrativos disciplinares, estes seguem os mesmos exemplos do direito penal, apenas a necessidade de proteção de bens jurídicos, na medida de possuírem *dignidade ético-moral-disciplinar e necessidade de pena disciplinar*.

Em referência ao direito penal, Brasil e Portugal, a par de pormenores de inexpressivos e insignificantes efeitos, nada distinguem em suas teorias essenciais do delito. Ambos compreendem o crime sob o manto de tratar-se de espécie de ilícito dotado de dignidade penal que, por natureza do bem protegido – pela importância do bem jurídico tutelado pela ordem normativo-penal –, atrai a aplicação de uma pena criminal. Por todo o exposto,

20 Como ressalta Mário Ferreira Monte, a distinção entre ilícito penal e ilícito contraordenacional é meramente formal e, todavia, em Portugal e na Alemanha, alcançou-se um nível de distinção aceitável entre um e outro, o que se operou, pensamos, por efeito ativo do princípio da *ultima ratio* do direito penal. Afirma o autor que “Se em Portugal e na Alemanha, por exemplo, se alcançou um nível de distinção aceitável, desde logo formal, ao definir-se claramente o que é contraordenação, com todo um regime que pode dizer-se autônomo – tanto do direito penal quanto do direito administrativo –, expurgando-se as contravenções do ordenamento jurídico, em outros países, porém, continua a não ser sequer pacífica a designação daquele tipo de infração. O que demonstra a dificuldade que, em termos de direito comparado, esta matéria oferece” (MONTE, 2014, p. 20).

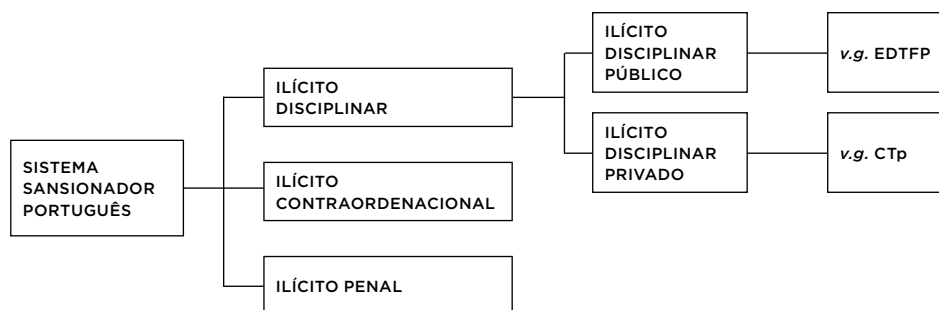
a presente investigação se dedica a explorar o que denominamos no Brasil *ilícito administrativo disciplinar* (esta é a expressão conceitual utilizada no Brasil para o que em Portugal se entende como ilícito disciplinar), que, na legislação portuguesa, reporta-se ao *ilícito disciplinar do Estatuto Disciplinar da Função Pública*.

Não nos deteremos ao estudo dos *ilícitos disciplinares privados*, assim como também não nos deteremos ao estudo dos *ilícitos contraordenacionais*, ou mesmo dos *ilícitos administrativos em sentido estrito* (estes dois últimos, os contraordenacionais e os administrativos em sentido estrito, no Brasil, mesclam-se em uma só categoria, a do *ilícito administrativo*, passível de sanção administrativa (OSÓRIO, 205)). Deter-nos-emos, tão somente, à investigação do *ilícito disciplinar submetido ao regime administrativo de caráter público* em confronto com o ilícito penal, o que não impede inferências e incursões, vez ou outra, a conceitos e nuances das demais espécies de ilícitos.

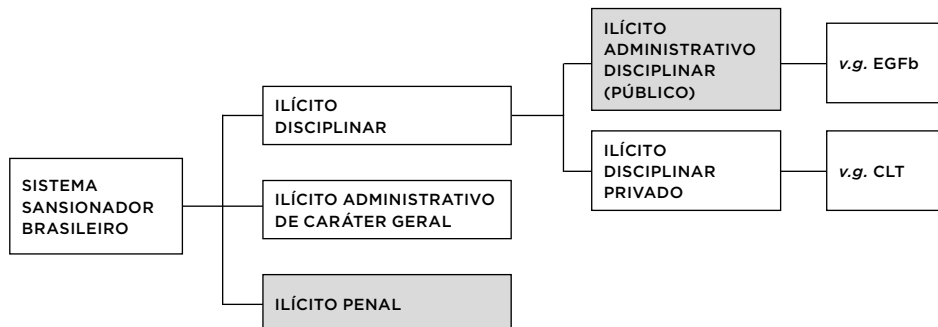
Sob esse esboço, traçamos as diretrizes, em linhas gerais, do *direito sancionador público e privado brasileiro*, compreendido como um direito punitivo geral, subdividido nas espécies proibitivas: (i) *ilícito penal*; (ii) *ilícito disciplinar*: (ii.a) *ilícito administrativo disciplinar*; (ii.b) *ilícito disciplinar privado*; (iii) *ilícito administrativo propriamente dito* (em sentido estrito).

O fluxograma a seguir, em breve síntese e, assim, sem qualquer pretensão exauriente, posto não ser este o objeto investigativo, delinea o *sistema sancionador português* e o *sistema sancionador brasileiro*, certo de que apenas é objeto desta tese, para a análise da aplicação ou não do princípio *ne bis in idem*, as relações ente os bens jurídicos (e aqui, referimo-nos à extensão desses bens submetidos à proteção, como *objetos jurídicos normativos*) protegidos pelo ilícito penal e pelo ilícito disciplinar, sob a óptica do modelo brasileiro, independente de se tratar de bem jurídico dotado ou não de dignidade penal, bastando o papel da tipicidade de um e de outro ramo do direito sancionador, para a eleição do adequado valor a ser protegido.

a. Sistema Sancionador Português:



Sistema Sancionador Brasileiro:

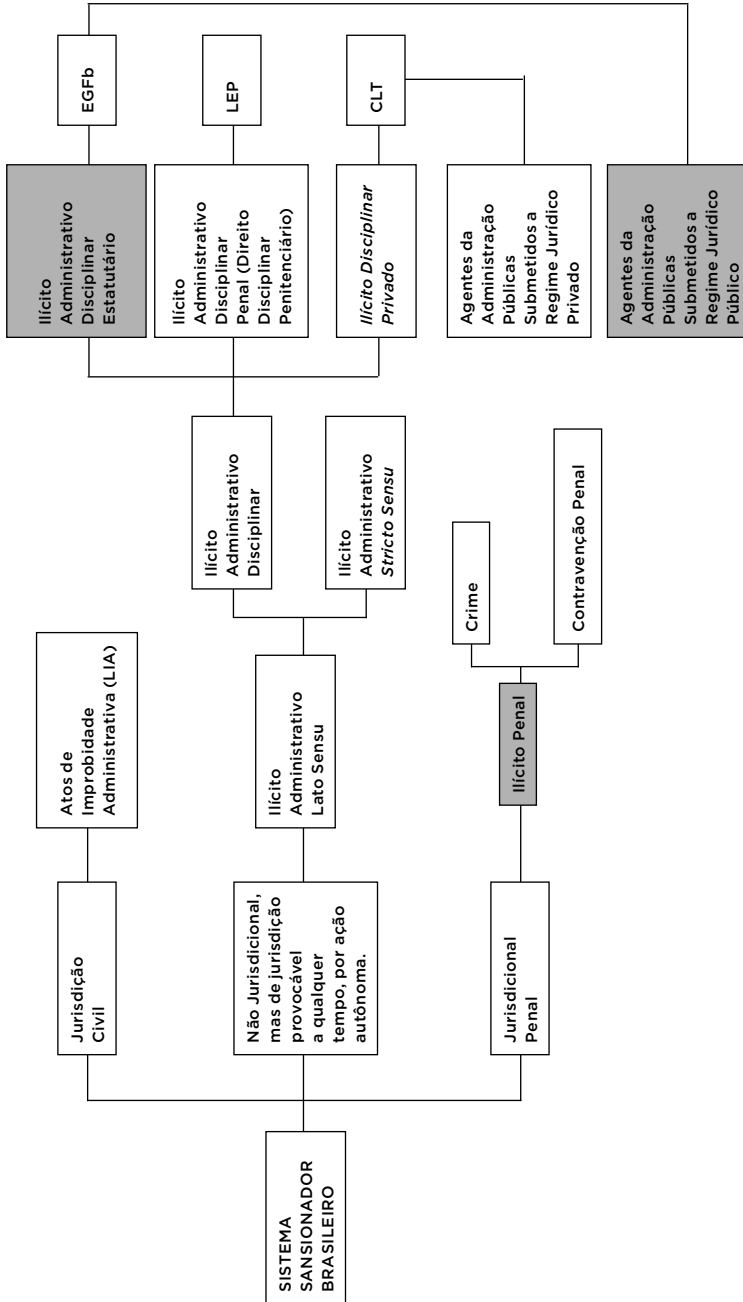


O que se reportou no quadro anterior compreende uma visão resumida do sistema brasileiro, que comporta – assim como também comporta o sistema sancionador português – deslindes detalhados de rol de infrações aos seus diversos sistemas sancionadores.

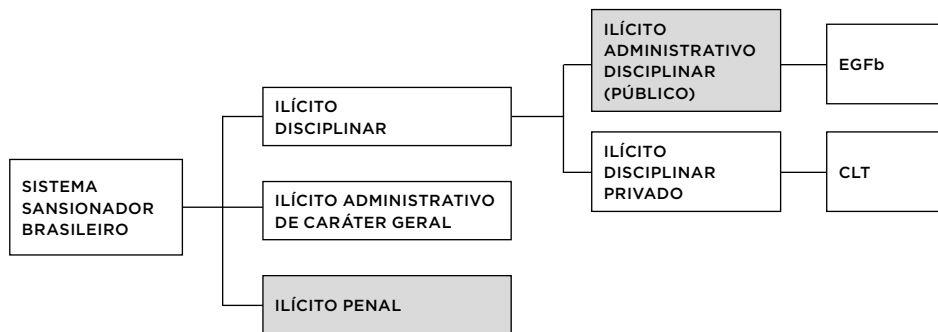
Em uma aceção mais detalhada do Sistema Sancionador Brasileiro – o que não o faremos para o sistema sancionador português –, pode-se perceber a sua (i) face não jurisdicional, não submetida a um “contencioso administrativo”, mas tão somente à *juridicidade* da Administração Pública, e uma (ii) face jurisdicional, para uma ou outra espécie de ilícitos, a saber, os (ii.a) *ilícitos penais* e os (ii.b) *ilícitos civis por atos de improbidade administrativa*.

Com isso, a par do ilícito penal a encontrar-se em um patamar jurisdicional, inserem-se, porém em sede de jurisdição não penal e sim cível, os atos de improbidade administrativa, regidos pela Lei de Improbidade Administrativa, Lei 8.429/92, cujo conteúdo de suas proibições compreende espécie de ilícito civil-administrativo, como dito, de caráter processual jurisdicional.

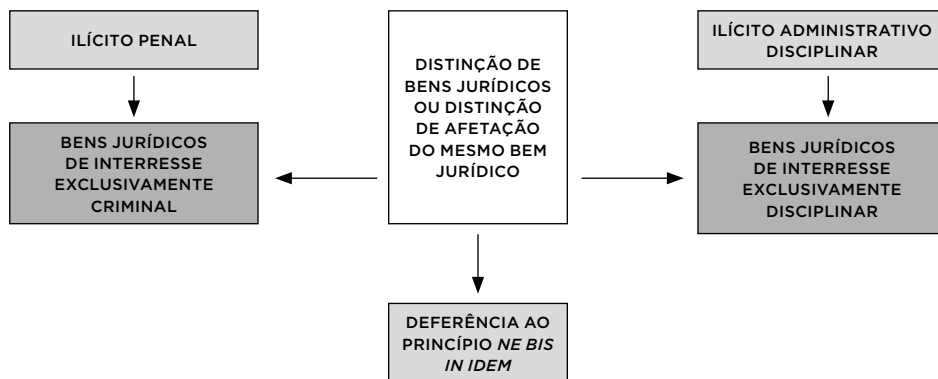
Sem embargo, em razão do objeto de nossa investigação, não nos deteremos à análise de seu conteúdo pormenorizado, pois uma análise mais detida fugiria aos propósitos desta abordagem. Entretanto, apenas os apontamos com escopo ilustrativo para dizer que, pensamos, tratar-se de verdadeiros ilícitos administrativos disciplinares na essência, porém, por diferencial, submetidos a uma espécie de contencioso administrativo “à brasileira”:



i. Sistema Sancionador Brasileiro sob a harmoniosa validade do *ne bis in idem*, pela óptica de bens jurídicos não afetados por *sobreposições legais protetivo-independentes*²¹, entre ilícitos penais e ilícitos administrativos disciplinares:

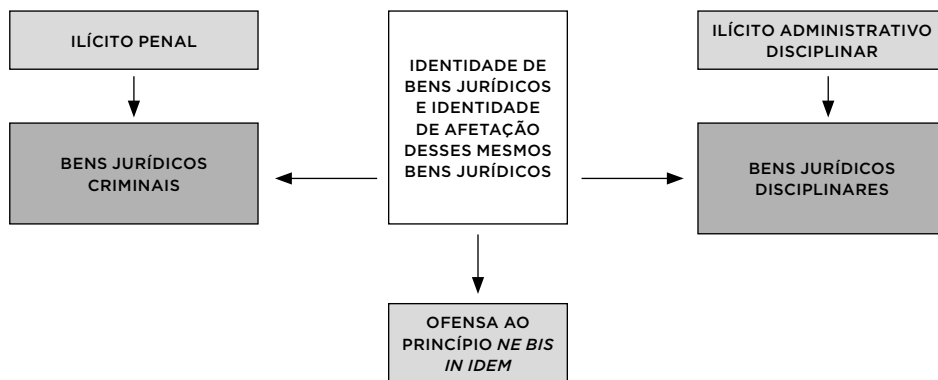


ii. Se há distinção de bens jurídicos protegidos (ou, apesar de se tratar do mesmo bem jurídico, porém com distinção do nível de sua afetação protetiva), há deferência ao princípio *ne bis in idem*:



21 Entendemos por *sobreposições legais protetivo-independentes* a ocorrência de mais de uma norma vigente de direito sancionador, direcionada à tutela de um mesmo bem jurídico e de seu nível de afetação, a possibilitar duas ou mais punições autônomas em razão de um mesmo fato; ao passo que, por *sobreposições legais protetivo-concorrentes*, a ocorrência de mais de uma norma vigente de direito sancionador, direcionadas à tutela de um mesmo bem jurídico e de seu nível de afetação, porém, caracterizadas pelo fato de que a primeira dotada de efetividade ou de eficácia social exclui a segunda e eventuais outras normas de mesma característica, de modo a obstar outros processos sancionadores e punições decorrentes – efeito de controle do *jus perseguendi* e do *jus puniendi* estatal.

iii. Se há identidade de bens jurídicos protegidos (consideram-se aqui, cumulativamente, o mesmo bem jurídico e o mesmo nível de sua afetação – *sobreposições legais protetivo-independentes*), há ofensa ao princípio *ne bis in idem*:



II. A Relação entre a Proteção de Bens Jurídicos (ou a Proteção a Deveres Funcionais) e a Proibição de mais de uma Norma Punitiva para o Mesmo Fato

Por oportuno, poderíamos, por bem, aceitar o que entende a doutrina pacífica portuguesa de que os ilícitos disciplinares protegem deveres funcionais e os ilícitos penais defendem, originariamente, bens jurídicos (DIAS, 2014; GERMANO, 2010; CARVALHO, 2014) e, em atividade anômala, determinadas prescrições de crime possam vir a estipular, inadvertidamente por obra de superficial debate legislativo, em seu plexo de tipicidade, tão somente deveres funcionais, erigidos indevidamente, assim, a proteção penal (a exemplo do que alguns sustentam em alguns crimes contra o sistema tributário ou ao sistema ambiental, em que não se estaria diante de verdadeiras proteções de bens jurídicos, mas de, tão somente, deveres funcionais); e, dessarte, também reconhecermos a incidência de *bis in idem*, ou seja, de dupla punição ilegal, em razão de um mesmo *fato jurídico*, mas não em face de um mesmo *bem jurídico* concorrentemente protegido, e sim de um mesmo *dever funcional* tutelado, simultaneamente, pelo penal e pelo direito disciplinar. Diríamos: uma tipificação de ilícito penal e uma tipificação de ilícito disciplinar a defenderem, concomitantemente, um mesmo *dever funcional* também é caso de ofensa, em abstrato, ao princípio *ne bis in idem*.

Poderíamos, assim, alegar a ocorrência de *bis in idem* em razão de proteções concomitantes de um mesmo *dever funcional*, tipificado como objeto de proteção penal e disciplinar, (i) *em abstrato*, em razão de meras previsões legais, e, outrossim, também (ii) *em concreto*, à vista de (ii.a) mais de um processo sancionador em curso – um processual penal e outro processual disciplinar – ou em face de (ii.b) nova aplicação de sanção decorrente de um desses processos jurídicos.

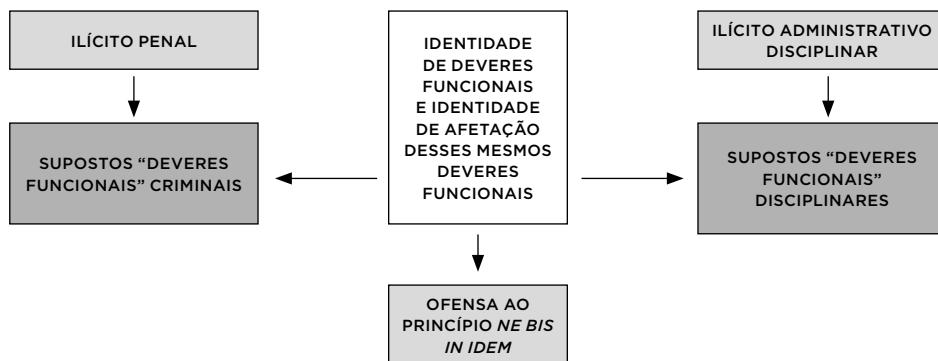
Mas não é o caso, uma vez que sustentamos que os ilícitos disciplinares, a exemplo dos ilícitos penais, na origem teleológica, devem defender *bens jurídicos* relevantes para cada esfera epistemológica do direito sancionador público.

Não se trataria de defesa de deveres funcionais, mas sim, pela natureza punitiva *personificada* da seara penal e da seara disciplinar, de coerção indireta à inalterabilidade de determinados bens juridicamente escolhidos como relevantes para o funcionamento social e corporativo. Nesse momento é que se concebe a “funcionalidade” do corpo social ou institucional como um dever funcional reflexo abrangido pela proteção do próprio bem jurídico que o envolve.

A equivocada eleição de deveres funcionais dedicada à proteção por tipos penais não compreende objeto da presente pesquisa e, do mesmo modo, não muda a relevância de reconhecimento de haver, nas balizas de tipicidades penal e disciplinar, bens jurídicos dignos de proteção ora penal, ora disciplinar, e, com efeito, carentes, ora de penas criminais e ora de penas disciplinares, a depender da necessidade epistemológica de proteção: (i) a proteção geral, subsidiária e afeta ao direito penal; e (ii) a proteção disciplinar, que perfaz incidência local, setorial, afeta às instituições públicas, mesmo assim dedicadas à proteção social indireta.

Para os que reconhecem a existência de proteção, em alguns casos, de *deveres funcionais* em tipos penais (e não, necessariamente e por equívoco, de bens jurídicos dotados de dignidade penal) – o que nada influi na concepção de mais de uma punição pelo mesmo fato à luz de um sistema sancionador em sentido lato –, o fluxograma a seguir ilustra a ofensa ao princípio *ne bis in idem*, mas, como advertimos, não é o caso da presente investigação. Apontamo-la apenas de forma a demonstrar que a questão não nos passou despercebida e, assim, para afirmar que, independentemente de se tratarem de *bens jurídicos* ou de *deveres funcionais*, a invalidade persiste, como punição plural ofensiva do princípio referenciado. Nesses moldes, o fluxograma a seguir ilustra o que dizemos.

iv. Se se tratasse de identidade de “deveres funcionais” protegidos (consideram-se também aqui, cumulativamente, o mesmo dever funcional e o mesmo nível de sua afetação), haveria ofensa ao princípio *ne bis in idem*:



O que queremos com isso dizer é que não importa se o direito penal e o direito administrativo disciplinar protegem *bens jurídicos* ou *deveres funcionais*, conquanto, a haver identidade de objetos jurídicos tutelados (*bens jurídicos* penais ou *deveres funcionais*) (PRADO, 2015; SILVA, 2013, p. 64-65; OLIVEIRA, 2010)) puníveis ou punidos em decorrência de um mesmo fato base, haver-se-á de falar em ofensa ao princípio *ne bis in idem* e, à vista dessa constatação, o dever de os órgãos encarregados das decisões administrativas e jurisdicionais reconhecerem a legalidade dessa atuação estatal.

Há de se verificar, pela mirada que se ora delinea, a razão jurídica arrimada na concepção de que o princípio *ne bis in idem* deve incidir, com os seus efeitos obstativos de uma segunda sanção ou de um segundo processo, a partir da premissa de (i) considerar-se o *fato identificado como uno*, do fato-base a servir de hipótese de incidência das normas sancionadoras, e não de (ii) considerar-se a *espécie de sanção*, a sua natureza jurídico-punitiva.

Em que pese a toda essa amplitude de viabilidades de incidência do *ne bis in idem* e de possibilidades de investigações variadas sobre os seus aspectos, advertimos que, nos detemos aos limites da defesa da perspectiva fática e constatável de *sobreposições legais protetivo-independentes de bens jurídicos* entre o *ilícito penal* e o *ilícito disciplinar*, cuja facticidade, *in concreto*, deveras, não se apresenta com o caráter de viabilidade jurídico-constitucional, de modo a considerar *inconstitucional* mais de uma punição pelo mesmo fato gerador do processo e da sanção, por ofensa ao princípio *ne bis in idem*.

A seguir, em síntese do que se ora expôs, apresentamos um breve quadro, com vistas a retratar um panorama geral do *sistema sancionador português* e do *sistema sancionador brasileiro*. Porta-se, assim, a incluir os tipos de ilícitos de um e de outro, assim como as suas

principais características afetas ao regime jurídico a que se submetem²² e, ainda, a provável correspondência tipológica comparativa entre os ilícitos desses dois sistemas.

Acautelamo-nos, porém, que se trata de uma análise sem qualquer pretensão exauriente, firmada apenas para situar o nosso objeto de investigação, qual seja, o ilícito administrativo disciplinar em concorrência punitiva com o ilícito penal.

Tabela de visão geral dos Sistemas Sancionadores de Portugal e do Brasil:

COMPARAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS SANSIONADORES BRASILEIRO E PORTUGUÊS					
	PORTUGAL		BRASIL		
	TIPOLOGIA		SANÇÃO		
SISTEMA DE DIREITO SANCIONADOR SISTEMA SANCIONADOR	1. ILÍCITO DISCIPLINAR	• <i>ILÍCITOS DISCIPLINARES PÚBLICOS.</i> (Possuem regime jurídico de direito público e, especialmente, estão previstos no Estatuto dos Funcionários Trabalhadores da Função Pública).	Sanções Administrativas Disciplinares (Penas não criminais).	• <i>ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES, OU, ILÍCITOS DISCIPLINARES.</i> (Possuem regime jurídico de direito público e, em sua maior parte, no geral, no EGFb).	Sanções Administrativas Disciplinares (Penas não criminais).
		• <i>ILÍCITOS DISCIPLINARES PRIVADOS.</i> (Possuem regime jurídico de direito privado, especialmente previstos no Código do Trabalho).	Sanções Trabalhistas Privadas.	• <i>ILÍCITOS TRABALHISTAS.</i> (Possuem regime jurídico de direito privado e, no geral, encontram-se previstos na CLT).	Sanções Trabalhistas Privadas.
	2. ILÍCITO DAS CONTRAORDENAÇÕES		Coimas	• <i>ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS.</i> (Possuem regime jurídico de direito público e estão previstos em Leis Administrativas Esparsas).	Sanções Administrativas (Multas e outras sanções administrativas).
	3. ILÍCITO ADMINISTRATIVO <i>TOUT COURT</i>		Sanções Administrativas (Multas)		
3. ILÍCITO PENAL	• <i>CRIMES OU DELITOS</i>	Penas de Natureza Criminal, incluindo-se a Multa Criminal.	• <i>CRIMES OU DELITOS</i> (Possuem regime jurídico de direito público e estão previstos no Código Penal brasileiro e em Leis Penais Especiais). • <i>CONTRAVENÇÕES PENAIS</i> (Possuem regime jurídico de direito público e estão previstas na LCP).	Penas de Natureza Criminal, a abarcar a Multa Criminal.	

Tabela 1: comparação entre o sistema sancionador português e o sistema sancionador brasileiro.

22 Todavia, esse panorama elaborado, por razões de corte metodológico (visto que não se trata de objeto de fato, e sim, de objeto de direito), tem de ser analisado com cautela, pois a natureza ontológica entre o administrativo – o que, de veras, caracteriza-o como sistema jurisdicional *ab initio* da relação jurídica e, portanto, de natureza disciplinar, na medida em que, a qual se começa a criar, a partir de um início dessa demonstração. Nesse mesmo sentido são as afirmações de Liobregat, a respeito da existência de identidade substancial para o fenômeno sancionador penal e adminis-

trativo, ocasião em que sustenta que “si de todo lo expuesto hata ahora pudiera extraerse alguna conclusión ésta sería, sin a Duda alguna, la constatación de la homogeneidad ontológica de las distintas vertientes del Derecho Sancionador” (LLOBREGAT, 2012, p. 55). Por exemplo, muito se debate em Portugal acerca da autonomia material do ilícito contraordenacional frente ao direito penal e se assinala que há essa autonomia, uma vez que o ilícito contraordenacional é *ético-socialmente indiferente*: a sua conduta, por si só, corresponde a um indiferente *ético-social*, que depende de uma *proibição legal* para se apresentar eticamente relevante para o direito; ou seja, os ilícitos contraordenacionais dependem do desvalor contido na ilicitude, para ser relevante para o direito. Distintamente se afirma para o direito penal, em que se entende que a própria conduta em si, independentemente da ilicitude contida em uma norma proibitiva, um comportamento *ético-socialmente relevante*.

Nas palavras de Figueiredo Dias, para o direito das contraordenações, que depende de uma proibição legal para criar a ilicitude, há uma conduta “axiológico-socialmente neutra”, ao passo que para o direito penal, há uma conduta “axiológico-socialmente relevante” (DIAS, 2014, p. 161 e 162).

A *distinção material* entre os ilícitos penais e os ilícitos contraordenacionais, para Figueiredo Dias, opera-se nessas balizas de reprovação *ético-moral de condutas*, independentemente de prescrição legal que introduza a concepção de *ilicitude*, para o direito penal, e da necessidade de proibição legal criadora da *ilicitude* para as condutas de natureza contraordenacional. A essência da distinção encontra-se na base da inata reprovação social de umas condutas e de outras não²³. Para o direito penal a ilicitude seria natural, afeta à própria concepção de conduta reprovada como crime, ao passo que os demais ilícitos e, *v.g.*, os ilícitos contraordenacionais estão a depender de uma proibição, *prescrição proibitiva prevista em lei*, supridora formal dessa “contrariedade social”, a formalizar a ilicitude, que para o direito penal seria natural.

Por outro lado, distintamente do que ocorre com os ilícitos contraordenacionais e os ilícitos penais, para o direito administrativo disciplinar e o seu ilícito, não vislumbramos essa distinção material entre este último, o disciplinar, e o ilícito penal. Entendemos haver

23 Assinala Figueiredo Dias que “necessário é que a perspectiva da ‘indiferença ético-social’ se dirija não imediatamente aos ilícitos – que supõem já realizada a valoração legal –, mas às **condutas** que os integram. Existem na verdade condutas às quais, antes e independentemente do desvalor da ilicitude, corresponde, e condutas às quais não corresponde um mais amplo desvalor moral, cultural ou social. A conduta, independentemente da sua proibição legal, é no primeiro caso **axiológico-socialmente relevante**, no segundo caso **axiológico-socialmente neutra**. O que no direito de mera ordenação social é axiológico-socialmente neutro não é o ilícito, mas a *conduta em si mesma*, divorciada da proibição legal; sem prejuízo de, uma vez conexo com esta, ela passa a constituir substrato idóneo de um desvalor ético-social. É este o critério decisivo que está na base do princípio normativo fundamentador da **distinção material** entre ilícito penal e ilícito de mera ordenação social” (DIAS, 2014, p. 161 e 162). (Grifos do original).

uma reprovação “axiológico-socialmente relevante” também para os casos de condutas disciplinares, as quais são, por essência, correspondentes também, a exemplo do direito penal, a “um mais amplo desvalor moral, cultural ou social”, consoante afirma Figueiredo Dias para o direito penal (DIAS, 2014, p. 161-162).

O que difere, sob essa óptica, o direito penal do direito disciplinar é o campo de abrangência do primeiro, que possui um caráter geral e abstrato sobremaneira superior ao campo de abrangência da norma disciplinar, restrita às relações especiais de sujeição, afetadas, no Brasil, aos servidores públicos, e, em Portugal, aos trabalhadores que exercem função pública. Esse também é o posicionamento de Figueiredo Dias, ao assinalar que “diferentemente do que sucede com o direito das contra-ordenações, os comportamentos integrantes do ilícito disciplinar **não podem dizer-se axiologicamente neutros**, como tão-pouco pode afirmar-se que o ilícito respectivo é aqui constituído pela proibição” (grifos do original) (DIAS, 2014, p. 168-169).

Com efeito, não por esse motivo teríamos uma distinção material e ontológica entre os ilícitos penal e administrativo disciplinar.

Não obstante, Figueiredo Dias sustenta que a relação entre o agente público e o Estado é firmada no *princípio da lealdade administrativa*, a se lhe assegurar, ao agente administrativo, uma série de *direitos* decorrentes da profissão e, por outro lado, também uma série de *deveres* que se lhe impõem no interesse da coletividade, da comunidade jurídica, constituindo-se, dessarte, antes de tudo, uma “relação de dever que serve o interesse público em nome da integridade e da confiança” e os comportamentos que violem essa relação de dever, relação especial de sujeição pública, passa a agredir a integridade e a confiança pertencentes ao serviço público e, assim, “comete, sob determinados pressupostos, um ilícito disciplinar e torna-se passível de medidas (sanções) disciplinares” (DIAS, 2014, p. 169).

Com base nessas premissas, Figueiredo Dias assinala a distinção entre o ilícito disciplinar e o ilícito penal, na medida em que aquele trata de um ilícito interno, *interna corporis*, “exclusivamente virado para o serviço” (DIAS, 2014, p. 169), ao passo que o ilícito penal trata de ilícitos abrangentes, *extramuros* do serviço público. Sem embargo, ainda assim consideramos a ausência de distinção ontológica entre essas duas espécies de ilícitos, o penal e o disciplinar.

III. Considerações Finais

Em conclusão, imprescindível apontar que, apesar das possíveis e variáveis classificações epistemológicas para a concepção de ilícitos entre ordens normativas punitivas diversas, a exemplo do que se ora pesquisou nas experiências entre Brasil e Portugal, há de se ter

assente a existência de um núcleo intangível, ontológico, entre as variações de prescrições proibitivas, que se firmam, necessariamente, nas espécies de objetos protegidos pelas diversos ramos do direito sancionador, público ou privado.

A concepção de *bem jurídico* naturalmente adequado à proteção normativa de cada ramo epistemológico, de acordo com sua essência finalística, faz-se primordial, por obra do legislador e, sem embargo, em juízo de adequação, por obra do julgador, para dar, não somente eficácia normativa, mas, sim, eficácia social a uma ordem punitiva estatal justa e, *exempli gratia*, afastada de excessos sancionadores, sobressanções, a exemplo do *bis in idem*.

Para encerrar com uma ilustração afeta ao ilícito administrativo disciplinar, podemos afirmar que não basta apenas o desinteresse do direito penal pelo fato (princípio da *ultima ratio* e princípio da fragmentariedade penal), mas, sim, o interesse da Administração Pública pelo fato rejeitado pelo ramo jurídico-criminal, a ponto de ele ir de encontro, ferir, os interesses públicos relevantes para o Estado-administração. Com efeito, na hipótese de desinteresse simultâneo, do direito penal e do direito disciplinar, por ausência de interesse público sancionador em sentido amplo, mister reconhecer a atipicidade do fato em ambas as searas sancionadoras – penal e administrativa disciplinar.

Nisso, ainda a título ilustrativo, há de se denotar que as tipificações da disciplina interna do serviço público se relacionam primeiramente com o interesse público, não se sujeitando, ao menos de forma direta, às razões de outros ramos do Direito.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do regime geral das contra-ordenações: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.
- AZEVEDO, Tiago Lopes de – *Da subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- CARVALHO, Américo Taipa de – *Direito Penal. Parte geral. Questões fundamentais. Teoria geral do crime*. 2.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- COELHO, Francisco Pereira e COUTINHO, Manuel Rosado – *Direito criminal. Lições do Prof. Dr. Eduardo Correia ao Curso do IV Ano Jurídico*. Volume I. Coimbra: Atlântida II, 1949.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito penal português. As consequências do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito penal. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. Tomo I, 2. edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- LLOBREGAT, José Garberí – *Derecho administrativo sancionador práctico. Comentarios, jurisprudencia y normativa reguladora*. Volume II. *Los derechos fundamentales del inculpaado en el procedimiento administrativo sancionador*. Barcelona: Editorial Bosch, 2012.
- MONTE, Mário Ferreira – *Lineamentos de direitos das contraordenações*. 2.^a edição. Braga: AEDUM, 2014.

- OLIVEIRA, Miguel Tassinari de – *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2010, 169 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Direito das Relações Sociais, Pontífica Universidade Católica de São Paulo – PUC, São Paulo, 2010.
- OSÓRIO, Fábio Medina – *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PRADO, Luiz Regis – *Bem jurídico e constituição*. 7.^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- RODRIGUES, Marta Felino – «O regime dos ilícitos de mera ordenação social relativos ao comércio eletrónicos (Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro)». In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 19. N.º 4, out/dez 2009, p. 575-606.
- SILVA, Germano Marques da – ***Direito penal português: introdução e teoria da lei penal***. 3.^a edição., Lisboa: Verbo, 2010.
- SILVA, Ivan Luiz da – «O bem jurídico penal como limite material à intervenção criminal». In: *Revista de Informação Legislativa – RIL*, Ano 50 Número 197, p. 64-74 jan./mar. 2013, p. 64-65.

O paradigma indiciário na era da informação: os desafios semióticos do processo penal

The indiciary paradigm in the information era: the semiotic challenges of the criminal process

ELIOMAR DA SILVA PEREIRA*

eli.omar.vii@gmail.com

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XXI · 1st July Julho - 31st December Dezembro 2020 · pp. 46-56
DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXI.2.3>
Submitted on September 28th, 2020 · Accepted on November 10th, 2020
Submetido em 28 de setembro, 2020 · Aceite a 10 de novembro 2020

RESUMO A era da informação, sobretudo em sua expressão digital, tem promovido grande revolução nas relações sociais, viabilizando novas perspectivas interativas nos âmbitos diversos da sociedade, política e economia, assim como no âmbito da criminalidade comum e organizada. Ao passo que cria ambientes novos de prática de antigos crimes, viabiliza também novos crimes que se praticam no espaço cibernético, mas também acaba por criar novos sinais que se podem assimilar como indícios de atividades relevantes à investigação do crime no processo penal. Este artigo tem por objetivo discutir o paradigma indiciário que permanece relevante à compreensão desse universo de sinais digitais, segundo uma abordagem semiótica das provas, bem como delimitar suas possibilidades lógicas fundamentadas em inferências abduativas, ao passo que reafirma os direitos fundamentais de defesa que em nada devem ser abalados pela multiplicação dessas novas fontes de informação.

PALAVRAS-CHAVE paradigma - informação - índice - abdução - semiótica

ABSTRACT The information age, especially in its digital expression, has promoted a great revolution in social relations, enabling new interactive perspectives in different areas of society, politics and economics, as well as in the scope of common and organized crime. While it creates new environments for the practice of old crimes, it also enables new

* Doutor em Direito (Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa). Investigador Integrado do *Ratio Legis* - Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas, Universidade Autónoma de Lisboa: *Corpus Delicti* - Estudos de Criminalidade Organizada Transnacional. Professor do Programa de Pós-Graduação da Escola Superior de Polícia (Polícia Federal do Brasil). Delegado de Polícia Federal. Assessor da Casa Civil (Presidência da República do Brasil).

crimes that are practiced in cyber space, but it also ends up creating new signs that can be assimilated as evidence of activities relevant to the investigation of crime in criminal proceedings. This article aims to discuss the evidential paradigm that remains relevant to the understanding of this universe of digital signals, according to a semiotic approach to evidence, as well as to delimit its logical possibilities based on abductive inferences, while reaffirming the fundamental rights of defense that in no way must be shaken by the multiplication of these new sources of information.

KEYWORDS paradigm – information – index – abduction – semiotics

1. Introdução

A noção de paradigma já era conhecida no mundo antigo como modelo ou exemplo, conforme se buscasse um padrão no mundo das ideias ou no mundo da experiência¹, mas foi apenas no século passado que se renovou seu interesse a partir da historiografia da ciência com a obra de Thomas Kuhn, gerando discussões que lhe exigiram melhor explicar-se em Posfácio (1969), para defini-lo inicialmente como aquilo que os membros de uma comunidade científica partilham, explicando-o como uma “constelação dos compromissos de grupo” que abrange “generalizações simbólicas”, “partes metafísicas”, valores e exemplares compartilhados². Diríamos, melhor, contudo, que certos paradigmas podem ser compartilhados por várias comunidades, não apenas científicas, como também jurídicas, a exemplo do paradigma indiciário. E de forma mais sintética, podemos compreender o paradigma como *um parâmetro ético-epistêmico de ação e pensamento que inclui uma visão de mundo e do homem*. E, nesse sentido, ele terá sempre algumas diversas variações e mesmo um contra-parâmetro que disputa sua validade no âmbito de uma comunidade.

O paradigma indiciário, nesse sentido, embora se refira imediatamente a uma específica epistemologia, que podemos encontrar em várias comunidades, tanto científica quanto jurídica, tem uma face ético-política, cujo contra-paradigma apodítico nos permite compreender melhor o que está em questão e nos interessa discutir no âmbito específico do processo penal.

A civilização ocidental sempre privilegiou o apodítico em detrimento do indiciário, mas nunca o descartou em absoluto, pelo menos como ponto de partida, embora sempre

1 ABBAGNANO, N. – *Dizionario di filosofia*. Torino: UTET, 2013, p. 792.

2 KUHN, T. S. – *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2009, pp. 219ss.

buscando afirmar-se ao final como paradigma dominante. O indiciário foi confiscado pelo apodítico, como parte deste que evita colocar-se como seu contrário, para ao final sobrepor-se. Trata-se de uma estratégia cognitiva que acaba por criar uma aparência de rigor crescente, na qual a fase anterior é assimilada pela posterior que se torna superior, dando-nos mais garantias de verdade, embora abaixa da superfície aparente, subsistam as mesmas dúvidas epistemológicas.

Nós o identificamos mais rapidamente em nosso meio jurídico na estrutura do processo penal, em que o indiciário é tomado como necessário, na fase de inquérito – a exemplo do direito português, embora por vezes desconsiderado no direito brasileiro, mas em todo caso nunca considerado como suficiente às conclusões das sentenças. Contudo, em perspectiva epistemológica séria, bem observado e entendido, a sentença permanece indiciária, porque não se obtém uma certeza como se postula pelo discurso jurídico tradicional, embora se tenha acrescido um elemento importante à decisão: a possibilidade de debate que é a face ético-política do mesmo paradigma.

A mesma estrutura de pensamento se encontra no desenvolvimento da ciência. As hipóteses (indiciárias) se consolidam como teoria porque se permitiram discutir sem refutação alcançada, mas não nos dão certezas absolutas, como se tem enfatizado pela epistemologia popperiana que surge no final do século passado e tende a permanecer forte no atual século³.

2. O apodítico na tradição filosófica

Contudo, como o dissemos, a ideia de certeza sempre foi privilegiada, com o paradigma apodítico que se consolidou na civilização ocidental, alcançado sua reafirmação moderna na filosofia de Descartes, cujo espírito *more geometrico* privilegiava a demonstração como procedimento cognitivo racional em detrimento da argumentação, deixada ao nível da retórica⁴.

O que não fica evidente, mas precisamos entender preliminarmente, é que as estruturas de pensamento apodítico viabilizam estruturas políticas autoritárias e vice-versa. Essa compreensão se deve ao espírito do racionalismo crítico de Karl Popper, que soube identificar as relações entre os discursos epistêmico e político de Platão, em cuja filosofia identifica elementos autoritários, tanto no *Teeteto*, que trata da crença verdadeira e justi-

3 POPPER, K. – *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 1975.

4 PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. – *Tratado da argumentação. A nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 2ss.

ficada, quanto na *República*, que fala de Reis filósofos, cujas relações não evidentes são o apoio entre um e outro⁵.

Quando falamos em paradigma apodítico, portanto, precisamos compreender como duas faces do mesmo autoritarismo que se reforçam, um cognitivo e outro potestativo que tendem ao dogmatismo e ao despotismo, o que no processo penal tem consequências sérias aos direitos fundamentais⁶. E, nesse sentido, será oportuno compreender que o paradigma indiciário é o único capaz de conviver com a forma de vida democrática, porque se apresenta como hipótese aberta a outras interpretações, em um universo de valores múltiplos, formas de vida e visão de mundo.

Mas o que é exatamente esse paradigma indiciário?

3. O paradigma indiciário nos pensamentos científico e penal

Atribui-se geralmente a Carlo Ginzburg ter cunhado essa expressão no final do século XX, mas para referir-se a um padrão de pensamento que se pode encontrar em tempos imemoriais, desde caçadores que interpretavam os rastros deixados por suas presas⁷. O caçador é, nesse sentido, o tipo primordial de que podemos extrair o padrão básico de pensamento indiciário, no qual o sujeito de conhecimento se utiliza dos sinais de que dispõe, daquilo que consegue rastrear, fazendo interpretações e algumas inferências lógicas para concluir acerca do que lhe interessa, qual presa passou por ali, há quanto tempo e em que direção foi. Algumas conclusões mais indiciárias que outras, mas o suficiente para tomar uma decisão sobre o que fazer em seguida a perseguição.

Mas de forma similar, podemos encontrar o mesmo padrão de raciocínio no médico e no analista de arte. Ambos se orientam por outros tipos de sinais para concluir indiciariamente acerca do que lhes interessa conhecer e decidir. O médico se orienta pelos sintomas que pode constatar por contatos e inquirição do paciente, de cuja percepção depende para obter um relato compatível com seu acervo semiológicos de acordo com uma ciência de base, que nesse ponto exerce a mesma função do senso comum do caçador. O analista de arte, por sua vez, orientando-se por padrões de traços que revelam a personalidade do artista, que fazem de sua obra algo particularmente específico e único em comparação com outras, como uma expressão de sua identidade individual.

5 POPPER, K. – *A sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

6 A respeito dessa imbricação entre cognitivo e potestativo, cf. PEREIRA, E. S. – *Saber e Poder. O processo de investigação penal*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

7 GINZBURG, C. – «Sinais: Raízes de um paradigma indiciário». In: *Mitos, emblemas e sinais*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, pp. 143-180.

Esse mesmo padrão indiciário de pensamento se desenvolveu na área criminal, em diversas perspectivas por Lombroso, Bertillon e Locard⁸. Cesare Lombroso, em sua antropologia criminal, postulava que certas características físicas poderiam nos revelar personalidades criminosas, teoria esta que embora se tenha alterado, não se abandonou completamente a considerar a obra recente de Adrian Raine, agora focada em sinais genéticos ou funcionamento cerebral acessível por instrumentos de imagem⁹.

Alphonse Bertillon, ainda na lógica da antropometria, desenvolve o sistema de identificação humana por digitais papilares que se tornará potente instrumento de utilização de vestígios deixados pelo criminoso, atualmente potencializado pelos vestígios de DNA no local, acrescido por outras formas individualizantes de sujeitos. Essa ideia fundamental da investigação levou Edmond Locard a postular o “princípio da troca”, pelo qual “todo contato deixa uma marca”¹⁰, o que poderá ser reformulado para estender-se aos contextos da era da informação. Pelo princípio, um sujeito qualquer, ao praticar atos quaisquer, realiza uma troca por contato com o ambiente, que deixa vestígios que nos permitem chegar a certas conclusões por indícios. Essas inferências tanto se referem a sua identidade, como se defendeu por Bertillon, quanto a características de sus atos¹¹. Todas essas argumentações de raciocínio se estabeleceram sobretudo para crimes de homicídio, mas a criminalística se desenvolveu para diversos âmbitos, como vemos na obra de Ceccaldi¹², podendo atualmente utilizar-se na era da informação.

Trata-se de um padrão epistêmico de pensamento que Gaston Bachelard soube muito bem identificar como forma de conhecimento aproximado¹³ e que C. S. Peirce fundamentou adequadamente em seus estudos acerca da inferência chamada *abdução* a partir do signo específico chamado *índice*¹⁴, que inspirou muitas discussões no âmbito da semiótica, a partir de estudos relativos à lógica da investigação criminal¹⁵.

8 WEHNER, W. – *História de a criminologia*. Barcelona: Zeus, 1964.

9 RAINE, A. – *Anatomia da violência*. Porto Alegre: Artmed, 2015.

10 LOCARD, E. – *A investigação criminal e os métodos científicos*. São Paulo: Saraiva, 1934.

11 THORWALD, J. – *El siglo de la investigacion*. Barcelona: Labor, 1966.

12 CECCALDI, P. F. – *A criminalística*. Lisboa: Europa-America, 1988.

13 BACHELARD, G. – *Ensaio sobre o conhecimento aproximado*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

14 PEIRCE, C. S. – *Semiótica*. São Paulo: Perspectiva, 2017, pp. 32ss, pp. 74ss.

15 ECO, U. e SEBEOK, T. A. – *O signo de três*. São Paulo: Perspectiva, 2014.

4. Os índices da era da informação: sinais digitais

A era da informação incrementa todo esse universo de possibilidades investigativas, fornecendo-nos sinais diversos que nos indicam algo que nos interessa a respeito do crime¹⁶. Não se trata de indicações necessariamente imediatas, que nos relatam diretamente o crime, mas nisso continua a seguir-se o padrão indiciário: ainda estamos a tratar de *índices* segundo a semiótica.

Os diversos sinais decorrem de forma específica da vida que a era da informação nos disponibiliza, mas que de certa forma também no impõe como condicionamento, criando um ambiente de troca, de rastos e vestígios de atividades que apenas representam cotidianos, mas que se podem tornar objeto de investigação. Assim, para ficarmos com apenas três exemplos, podemos falar do sinal de celular, da navegação na internet e das comunicações em redes sociais:

a) Os sinais de celular se podem compreender como uma extensão da identidade individual, permitindo-nos repensar o argumento do álibi de uma forma diversa que dispensa a testemunha de companhia. O mesmo se pode falar do local de conexão à internet. Mas é necessário observar que, apesar da precisão de informação, este dado nos oferece indícios de que o titular da linha estava com o aparelho, o que precisa ser levado em conta.

b) A navegação na internet deixa vestígios que se podem interpretar como marcas digitais de movimentação, naquele mesmo sentido primordial do caçador, dando-nos informações sobre buscas, compararas e interesses que nos podem revezlar indícios da aquisição de instrumentos para prática do crime investigados, propensões à pedofilia entre outras tantas coisas, a depender do tipo penal. Mas aqui igualmente, como mais razão, essas informações podem se interpretar com indícios de outras tantas possibilidades, representativos de atividades cotidianas comuns a uma variedade de pessoas insuspeitas do crime.

c) O mesmo padrão se vai encontrar nas comunicações em redes sociais que se podem interpretar na linha behaviorista¹⁷ como sintomas da personalidade, o que pode ser importante indícios para crimes de ódio, assim como para outros todos os casos em que se pode agregar informação acerca da pessoas, visando ao cálculo devido da pena.

16 A respeito do significado da expressão “era da informação”, em todas as duas relações com a sociedade, a economia e o crime, cf. CASTELLS, M. – *A Era da Informação, Volume 1: A Sociedade em Rede*. Rio de Janeiro: Paz&Terra, 1999; especialmente, CASTELSS, Manuel – «A conexão perversa: a economia do crime global». In: *A era da Informação, Volume 3: O fim do milênio*. São Paulo: Paz&Terra, 2009, pp. 203-249.

17 SKINER, B. F. – *Sobre o behaviorismo*. São Paulo: Cultrix, 2011.

5. Sinais, entre prova e indício

O fundamental nesses casos da era da informação, mais do que nunca, será ter uma clara distinção entre prova e indício, tendo sempre o fato em vista, o que muitos manuais ainda insistem em desorientar, distinguindo-os numa perspectiva equivocada. Afinal, a prova não se distingue do indício como elemento materialmente separado; não se trata de duas coisas necessariamente. Um único objeto possui propriedades informáticas que nos permitem inferir várias coisas a respeito dele, algumas em caráter indiciário, outros em caráter probatório, mas mesmo nesse caso, a depender do estágio de acordo que existe acerca do sinal de informação. O que os distingue, portanto, será o grau de probabilidade com que estamos dispostos a aceitá-los.

Em grande medida, essa probabilidade depende muito do tipo de inferência lógica que fazemos a partir do que temos. Rigorosamente, a prova mesmo, só a teríamos nos casos dedutivos puros, mas cuja premissa maior não seja discutível em algum nível, o que nem sempre é o caso para contextos de interesse de conflitos, como é o âmbito do processo penal. É que muitas premissas maiores são dependentes verdadeiramente do tanto de casos específicos que se colheram para produzirmo-las, sendo aqui necessário falar em probabilidade indutiva da premissa maior.

A questão é que a maior parte das inferências lógicas que nos interessam mais diretamente na investigação criminal são do tipo abduutivo¹⁸, que se impõe como conclusões indiciárias irremediavelmente, e a respeito disso a sentença não incrementa nada além da oportunidade ético-política de discutir o quão logicamente abduativa são as inferências suscitadas pela investigação.

A discussão indiciária a respeito das informações obtidas, nesse sentido, instaura um jogo de disputa semiótica, acerca dos significados que os sinais obtidos representam na constituição tépida do crime. E aqui se situa o ambiente de desafio da investigação criminal na era da informação. A autoridade investigante, seus agentes e peritos, têm o papel fundamental de atribuir significados indiciários, interpretando as informações obtidas na investigação, em um jogo do tipo inicialmente similar a um quebra-cabeças, reforçando cada sentido de uma peça com a concordância de outras que se vão ajustando em uma imagem coerente que se posas sustentar em uma argumentação na disputa semiótica.

É extremamente importante ao processo penal colocar-se nessa dimensão semiótica de disputa de atribuição de significados típicos às informações obtidas, porque estas comunicam muitas coisas diversas do que interessa ao ambiente criminal. Afinal, no atual estágio

18 BONFANTINI, M. A. e PRONI, G. – «Suposição: Sim ou Não?, Eis a Questão». In: ECO, U. e SEBEOK, T. A. (Org). – *O signo de três*. São Paulo: Perspectiva, 2014, pp. 131-148.

criminológico das organizações criminosas, a divisão de tarefas admite que um componente realize ações de suporte que são à primeira vista atividades cotidianas, corriqueiras mesmo, que dificilmente se percebem como criminosas imediatamente. Em outras palavras, eles têm a aparência de legalidade, a superfície das relações sociais, mas em um estrato mais abaixo de percepção fenomenológica, eles se podem apresentar como indícios de participação na organização. Atribuir significados típicos a essas informações constitui verdadeiro exercício de engenharia semiótica que se pode muito facilmente perder em ilações poucos razoáveis, pouco prováveis, pouco aceitáveis ou sem qualquer sentido mesmo.

O desafio, portanto, em última análise, está na exigência natural a investigação, que requer do investigador hipótese sempre mais criativas, mas que ele mesmo deve acautelar-se com a consciência de que são conjecturas, refutáveis sempre, que não se podem antecipar e impor à revelia do direito de defesa, que nesse caso se habilita como uma outra possível atribuição semiótica de significação.

E, nesse sentido, a era da informação, embora inove em diversidade de possibilidades de obtenção de prova, além de inovar sobre os meios de prova, apenas renova a tradicional exigência de garantia dos direitos fundamentais no direito penal¹⁹, e em especial os direitos de defesa no processo penal²⁰.

Esses direitos de defesa podem vir sob diversas formas, mas algumas se podem antecipar pela investigação, visando a evitar problemas jurídicos recorrentes. O problema dos falsos perfis nos remete à negação da identidade. Não se trata de um problema absolutamente novo e típico da era da informação, a considerar as identidades falsas para saque de FGTS e benefícios previdenciários fraudulentos, mas os falsos perfis se tornaram muito mais fáceis de criar do que a produção de uma nova identidade física. Atualmente proliferam perfis falsos, em vários sites, aplicativos e base de dados informáticos, que se utilizam pelo agente criminoso, mas identificação neste caso se transfere a outros dados de que dificilmente se pode desvencilhar sem a colaboração de um terceiro. Contudo, as possibilidades de incerteza subsistem, devendo merecer cautela da investigação sempre que o terminal possa ser de utilização coletiva ou mesmo compartilhada, embora os aparelhos com acesso por digital papilar tendam a minimizar essa dúvida. Mas mesmo nesses casos há possibilidades de dissociação entre a identificação digital de acesso e a identidade de

19 Aqui se justificam as advertências de RODRIGUES, A. M. – «Inteligência Artificial no Direito Penal – a Justiça Preditiva entre a Americanização e a Europeização». In: RODRIGUES, A. M. (Org.). *A Inteligência Artificial no Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2020, ao observar que: “O processo digital verificou-se sem haver confronto entre ciência computacional, liderando a revolução digital, e os especialistas em direito penal”.

20 A respeito, são relevantes as questões jurídicas reafirmadas por BELEZA, T. P. e COSTA PINTO, F. L. – *Prova criminal e direitos de defesa. Estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2013. E, com maior razão, torna-se então cada vez mais relevante.

quem realizou a navegação, salvo se tivermos algum registro de imagem com que posamos aproximar melhor de alguma certeza, embora levando em conta a necessidade de confirmação da pessoa da imagem, tendo em consideração casos de erros recentes sobre a prisão de homem que tinha alguns muitos centímetros a menos do que a imagem captada, apesar das similaridades inicialmente indiciárias.

O problema do acesso às fontes abertas, por sua vez, continuará gerando as mesmas dúvidas de credibilidade da prova obtida na investigação criminal sem o controle recíproco das partes em contraditório. O fato de que se apresentam por veículos de materialidade digital, colhida no mundo virtual, não exclui a dúvida sobre o local de obtenção e sua relação com o autor imputado, podendo exigir-se uma auditoria pericial que dê conta da cadeia de obtenção e transmissão dessa prova, atestando o que se diz a respeito da fonte. Esse é um problema recente que se suscitou a respeito das interceptações de comunicações por terceiro que disponibilizou para meio de comunicação, embora se trate de fontes que juridicamente seriam restritas.

Mas aqui ressurgem a mesma questão sempre acerca dos testemunhos periciais apresentadas por um documento, como há tempos Nicola F. Dei Malatesta nos advertia em sua lógica das provas²¹. O universo de provas, por mais variedades de formas que se possam encontrar, mesmo na era da informação, em seu conteúdo se resumem a testemunhos e documentos, e esses se reconduzem sempre à produção humana segundo seus interesses de momento; e quanto aos objetos, que nunca falam por si, exigem que nós falemos algo sobre eles, por testemunha ou documentos, ainda que estes se habilitem como expertos, é sempre uma opinião subjetiva, de alguém sobre algo. Em resumo, reafirmando, uma disputa semiótica de atribuição de sentidos a certos sinais. A esse respeito, basta que pensemos no objeto perfeito por excelência no mundo da investigação criminal – o copo de um morto, que pedirá que alguém fale por ele.

E mesmo as fontes restritas e controladas, na era da informação, não se livram dessa limitação indiciária, afinal a questão dessas fontes está no objetivo de proteção aos seus conteúdos – geralmente em garantia da intimidade das comunicações, apesar da extensão promovida pelo marco civil da internet no Brasil. Mas quanto à credibilidade da informação, muito pouco se acresce em relação às fontes abertas, mantendo assim seu caráter indiciário, a considerar que, do ponto de vista lógico, em razão da intermediação por mais um sujeito, que detém a informação, precisamos inferir que ele nos disponibiliza todas, sem alteração, acréscimo ou exclusão, em síntese sem interesse direto no caso criminal,

21 MALATESTA, N. F. Dei – *A Lógica das provas em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 1996.

o que ao final vai sempre nos exigir um controle da cadeia de custódia da prova²², cujos princípios lógicos tendem a exigir do direito probatório contemporâneo a assimilação de específico princípio jurídico cada vez mais relevante à era das informações digitais.

6. Considerações finais

Os desafios processuais da investigação criminal, na era da informação, embora se tenha obtido o incremento de fontes informáticas, persistem sendo os mesmos de sempre que se encontram na lógica do raciocínio indiciário, com suas potencialidades de descoberta e suas limitações de justificação fundada em abduções. São desafios semióticos. Nada há com que se espantar nessa constatação redutora da diversidade aparente de novas provas. Essa é a lógica humana subjacente com que precisamos enfrentar as diversas questões da vida que se nos apresentam, nos domínios virtuais da internet e suas redes sociais que postulam ser o intermediador contemporâneo do acesso aos domínios da realidade. Nada há de novo igualmente nisso, a considerar a estrutura semiótica da cultura humana, construída sobre signos diversos, do mito à ciência, passando pela intermediação sempre frequente da linguagem, mas sempre voltando a encarnar o espírito mítico em outras formas simbólicas, aparentemente depuradas pela razão que apenas se embrenha nos seus próprios labirintos²³.

Mas nisso, portanto, não estará sozinho o processo penal, nos tempos líquidos das informações fugidias que em todo sítio nos podem enganar, não apenas nos sites virtuais, apresentando apenas a superfície das essências que a fenomenologia sonha encontrar antes das objetivações científicas²⁴, mas que a filosofia antiga sempre defendeu ser inacessível, ao postular a ilusão do mundo, envolta por um véu de ignorância que alicia os sentidos daquele que pretende enfrentar a vida apenas com os sentidos da visão, sem atentar para os sentidos da vida²⁵.

22 A respeito, torna-se cada vez mais fundamental a discussão jurídica que promove com rigor GUEDES VALENTE, M. M. – *Cadeia de Custódia da Prova*. 2.^a Edição. Coimbra: Almedina, 2020.

23 A respeito das diversas formas simbólicas com que o home vive e convive, como *animal symbolicum*, é fundamental a obra de CASSIRER, E. – *A Filosofia das Formas Simbólicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2001 (Primeira parte – A linguagem), 2004 (Segunda parte – O pensamento mítico), 2011 (Terceira parte) – *Fenomenologia do conhecimento*, bem como a sua síntese posterior CASSIRER, E. – *Ensaio sobre o Homem. Introdução a uma filosofia da cultura humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

24 HUSSERL, E. – *A ideia de fenomenologia*. Lisboa: Edições 70, 2007.

25 ELIADE, M. – *Yoga. Liberdade e imortalidade*. São Paulo: Pallas Atena, 1996.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola – *Dizionario di filosofia*. Torino: UTET, 2013.
- BACHELARD, G. – *Ensaio sobre o conhecimento aproximado*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.
- BELEZA, T. P. e COSTA PINTO, F. L. – *Prova criminal e direitos de defesa. Estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2013.
- BONFANTINI, M. A. e PRONI, G. – «Suposição: Sim ou Não?, Eis a Questão». In: ECO, U. e SEBEOK, T. A. (Org). *O signo de três*. São Paulo: Perspectiva, 2014, pp. 131-148.
- CASTELLS, M. – *A era da informação, Volume 1. A sociedade em Rede*. Rio de Janeiro: Paz&Terra, 1999.
- CASTELSS, Manuel – *A era da Informação, Volume 3: O fim do milênio*. São Paulo: Paz&Terra, 2009.
- CASSIRER, E. – *A Filosofia das Formas Simbólicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2001 (*Primeira parte – A linguagem*), 2004 (*Segunda parte – O pensamento mítico*), 2011 (*Terceira parte – Fenomenologia do conhecimento*).
- CASSIRER, E. – *Ensaio sobre o Homem. Introdução a uma filosofia da cultura humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- CECCALDI, P. F. – *A criminalística*. Lisboa: Europa-América, 1988.
- ECO, U. e SEBEOK, T. – *O signo de três*. São Paulo: Perspectiva, 2014.
- ELIADE, M. – *Yoga. Imortalidade e Liberdade*. São Paulo: Pallas Atena, 1996.
- GINZBURG, C. – *Mitos, emblemas e sinais*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- GUEDES VALENTE, M. M. – *Cadeia de Custódia da Prova*. 2.^a Edição. Coimbra: Almedina, 2020.
- HUSSERL, E. – *A ideia de fenomenologia*. Lisboa: Edições 70, 2007.
- KUHN, T. – *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2009.
- LOCARD, E. – *A investigação criminal e os métodos científicos*. São Paulo: Saraiva, 1934.
- MALATESTA, N. F. Dei – *A Lógica das provas em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 1996.
- PEIRCE, C. S. – *Semiótica*. São Paulo: Perspectiva, 2017.
- PEREIRA, E. S. – *Saber e Poder. O processo de investigação penal*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.
- PERELMAN, C. e OLBRECHTS-TYTECA, L. – *Tratado da argumentação. A nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- POPPER, K. – *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 1975.
- POPPER, K. – *A sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.
- RAINE, A. – *Anatomia da violência*. Porto Alegre: Artmed, 2015.
- RODRIGUES, A. M. – «Inteligência Artificial no Direito Penal – a Justiça Preditiva entre a Americanização e a Europeização». In: RODRIGUES, A. M. (Org). *A Inteligência Artificial no Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2020.
- SKINER, B. F. – *Sobre o Behaviorismo*. São Paulo: Cultrix, 2011.
- THORWALD, J. – *El siglo de la investigación*. Barcelona: Labor, 1966.
- WEHNER, W. – *História de a criminología*. Barcelona: Zeus, 1964.

Proibição do recurso à força e legítima defesa antiterrorista: legado normativo do combate ao estado islâmico (ISIS)

Prohibition of the use of force and self-defense against terrorism: normative legacy of fighting the Islamic state (ISIS)

FELIPE AUGUSTO LOPES CARVALHO¹

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845

Volume XXI · 1st July Julho - 31st December Dezembro 2020 · pp. 57-76

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXI.2.4>

Submitted on October 14th, 2020 · Accepted on 26th November, 2020

Submetido em 14 de outubro, 2020 · Aceite a 26 de novembro, 2020

RESUMO: O presente trabalho busca explorar, através de uma pesquisa documental, com ênfase nas Resoluções do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, e da análise das discussões doutrinárias subjacentes, o estado atual da regulamentação jurídica internacional do recurso à força em ações militares contra o terrorismo, com vistas a refletir se, e em que medida, as ações e ameaças do grupo terrorista Estado Islâmico (ISIS) desencadearam novos contornos à regulamentação da legítima defesa. Conclui-se de maneira afirmativa, no sentido do surgimento de normas que estabelecem que um Estado pode usar a força legalmente, a título de legítima defesa, contra atores não-estatais de cunho terrorista, presentes no território de outro Estado, ainda que independente de seu apoio ou cumplicidade, se este revelar-se incapaz ou relutante em suprimir a ameaça representada por aqueles atores. Os resultados e efeitos dessa mudança no degingolar de novos conflitos restam incertos, o que demandará constante avaliação e exploração pelos estudiosos do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Recurso à Força. Legítima Defesa. Terrorismo. Estado Islâmico. Daesh

ABSTRACT: This article seeks to explore, through documental research, with an emphasis on United Nations Security Council Resolutions, and by analyzing the underlying doctrinal discussions, the current state of international legal regulation of the use of force in military actions against terrorism, with a view to reflecting on whether, and to what extent, the actions and threats of the Islamic State terrorist group (ISIS) have

¹ Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra.

triggered new contours in the regulation of self-defense. It concludes in an affirmative manner, in the sense of the emergence of norms that establish that a State can use the force as a legitimate self-defense against non-state actors of a terrorist nature, present in the territory of another State, although independent of their support or complicity, if they prove unable or unwilling to suppress the threat posed by those actors. The results and effects of this change in the emergence of new conflicts remain uncertain, which will demand constant evaluation and exploration by the researchers on this topic.

KEYWORDS: Use of Force. Self-Defense. Terrorism. Islamic State. Daesh

I. INTRODUÇÃO

O direito internacional estabelece uma complexa regulamentação relativa ao recurso à força pelos Estados. A Carta das Nações Unidas fornece a base para esse sistema na atualidade, consolidando a evolução do paradigma da restrição do uso da força, que emerge no século XX, em contraposição ao paradigma anterior, caracterizado pela liberdade e discricionariedade do recurso à força pelos Estados.

Nesse cenário de proibição, o direito de legítima defesa é tratado na Carta como uma das exceções que justificam o uso da força frente à ocorrência de ataques armados, podendo ser considerado um princípio que preserva, mesmo que de maneira limitada, as prerrogativas decorrentes da soberania do Estado de preservar a integridade de seu território, de seus cidadãos e de suas instituições.

O fenômeno do terrorismo internacional, especialmente a partir dos ataques do 11 de setembro nos Estados Unidos, fez emergir novos problemas para o sistema de segurança coletiva estabelecido na Carta. Com efeito, os Estados têm adotado, ao longo das últimas décadas, diversas medidas de repressão e prevenção aos atos de grupos terroristas. No entanto, observa-se que ainda há dificuldades interpretativas da aplicação do direito de legítima defesa em relação a esse fenômeno. Podemos citar, por exemplo, a problemática da caracterização dos ataques perpetrados por grupos terroristas como “ataque armado”, nos termos da Carta, e a possibilidade da justificação do recurso à força na chamada legítima defesa preventiva.

O presente trabalho busca explorar, através de uma pesquisa documental, com ênfase nas Resoluções do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, e da análise das discussões doutrinárias subjacentes, o estado atual da regulamentação jurídica internacional do recurso à força em ações militares contra o terrorismo, com vistas a refletir se e

em que medida as ações e ameaças do grupo terrorista Estado Islâmico (ISIS) desencadearam novos contornos à regulamentação da legítima defesa.

Em termos de estruturação, a primeira parte do trabalho trata do direito internacional regulamentador do uso da força, inicialmente através de uma breve perspectiva histórica dos documentos que regulam o tema, passando-se à apresentação do arcabouço normativo atual, momento em que será conferida especial atenção às provisões da Carta das Nações Unidas e à atuação do Conselho de Segurança da ONU.

Em seguida, será objeto de estudo a temática da legítima defesa antiterrorista, ou seja, a possibilidade de os Estados utilizarem da força militar como resposta a ataques perpetrados por grupos terroristas. Nessa segunda parte, além de apresentadas as dificuldades conceituais que circundam o terrorismo internacional, serão apreciadas questões fundamentais para uma possível adequação do direito de legítima defesa frente à atuação de grupos terroristas, como os pressupostos e condicionantes do direito de legítima defesa, o conceito e o alcance de ataque armado apto a desencadear o exercício desse direito e os debates que circundam o emprego da chamada legítima defesa antecipatória ou preventiva.

Por fim, o trabalho explorará de que maneira a ascensão do grupo terrorista Estado Islâmico (ISIS), e as reações internacionais por ele desencadeadas, trouxeram novos paradigmas à legitimidade do recurso à força por parte dos Estados, a título de legítima defesa, contra atores não-estatais responsáveis por atos terroristas.

1. Proibição do Recurso à Força no Direito Internacional: Breve Historiografia

Até o Século XX, o quadro das relações internacionais se construiu num regime de aceitação do uso da força pelos Estados, considerado um exercício normal da soberania¹. No século XX, porém, se estabelece a afirmação jurídico-internacional da proscrição do uso da força, em um processo gradual distribuído por quatro momentos, sobre os quais teceremos alguns comentários a seguir: a) A Convenção Drago-Porter e a proibição do uso da força para a cobrança de dívidas; b) O Pacto da Sociedade das Nações e a moratória de guerra; c) O Pacto Briand-Kellog e a renúncia geral ao uso da força; d) A Carta das Nações Unidas e a proibição contundente do uso da força.

1 TORRIJO, Ximena Fuentes – «La prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza por el derecho internacional». In: *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, v. 16, n. 32, 2014, p. 256.

1.1 A Convenção Drago-Porter

Aos fins do século XIX, num contexto em que comumente os Estados utilizavam a força para cobrar dívidas não pagas de um Estado terceiro no âmbito de uma relação obrigacional, e seguindo-se ao momento histórico onde o Reino Unido, a Alemanha e a Itália usaram da força contra a Venezuela por dívidas não pagas, Luís Drago, à época Ministro dos Negócios Estrangeiros da Argentina, e Horace Porter, o delegado dos Estados Unidos, conseguiram, em meio a intensas negociações diplomáticas envolvendo esses e outros países, extinguir os antigo direito de os Estados poderem cobrar dívidas contra os seus nacionais valendo-se do recurso à força contra os Estados devedores.

A Convenção Drago-Porter, como ficou conhecida, surge no âmbito da 2^a Conferência da Haia de 1907, e estabelece, portanto, uma limitação processual ao uso da força, segundo a qual “as partes contratantes não devem utilizar a força armada para a cobrança de dívidas contratuais”². Este foi o primeiro tratado internacional proibindo o uso da força nas relações internacionais, ainda que de forma precária e pontual. Vale considerar, contudo, que a Convenção não negava o uso da força em dois casos: quando o Estado devedor se recusasse a submeter a controvérsia à arbitragem ou se, após aceitá-la, negasse cumpri-la³.

1.2. Pacto da Sociedade das Nações

Consumada a I Guerra Mundial, diante dos abusos perpetrados durante o conflito, os Estados uniram-se para celebração do Tratado de Versalhes e do seu corolário, o Pacto da Sociedade das Nações, com o propósito de evitar conflitos bélicos para resolução de futuras disputas entre Estados. Seu texto reflete, sobretudo, uma obrigação mútua assumida pelos membros da Sociedade de respeitar e preservar a integridade territorial e independência política.

O próprio preâmbulo do Pacto expressava que os Estados membros deviam aceitar “certas obrigações de não recorrer à guerra” e desenvolver suas relações internacionais com fundamento na justiça e na honra. Temos aqui o período denominado por Antônio Pereira como a “busca da paz pelo Direito”⁴.

O marco jurídico internacional trazido pelo Pacto ficaria conhecido por moratória de guerra porque, não sendo uma proibição propriamente dita ao *ius ad bellum*, impunha o retardamento do uso da força por três meses, com a finalidade de permitir ao Conselho

2 GOUVEIA, Jorge Bacelar – «O Uso da Força no Direito Internacional Público». In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 107, 2013, pp. 156 ss.

3 COSTA, Larissa Maria Lima – *Arbitragem Internacional e Investimento Estrangeiro*. Florianópolis, 2006, p. 57.

4 PEREIRA, Antônio Celso Alves – «A Legítima Defesa no Direito Internacional Contemporâneo». In: *Revista Interdisciplinar de Direito*, v. 7, n. 1, 2010. p. 3 ss.

pronunciar-se e fazer com que as partes em conflito chegassem a um acordo, de modo que apenas se este procedimento de solução pacífica não resultasse, seria possível o recurso à guerra. Formou-se, assim, a convicção de que a decisão de iniciativa da guerra, relevante à comunidade internacional no seu conjunto, deveria ser filtrada por uma instância internacional⁵.

1.3. Pacto Briand-Kellogg

Um dos marcos mais importantes do período entre guerras em relação a proibição do recurso à força para resolução de litígios entre Estados constitui o Tratado Geral de Renúncia à Guerra, também conhecido como Pacto de Paris ou Pacto Briand-Kellogg, o primeiro de proibição geral do uso da força nas relações internacionais, ao nível substantivo, pondo termo à competência discricionária da guerra.

Celebrado em 1928, prevê nos artigos 1.º e 2.º a condenação do “recurso à guerra para a solução das controvérsias internacionais”, bem como reconhece que “o regulamento ou a solução de todas as controvérsias ou conflitos, de quaisquer natureza ou origem que possam surgir entre elas, jamais deverá ser procurado senão por meios pacíficos”.

Desenhado inicialmente como um tratado bilateral entre os EUA e a França⁶, tendo por negociadores o Ministro dos Negócios Estrangeiros Francês Aristide Briand e o Secretário de Estado Norte-Americano Frank Kellog, o instrumento acabou por ser aberto à vinculação de outros Estados, dando origem a um Tratado do qual tornaram-se parte mais de 60 Estados.

Dentro dessa sistemática, leciona Valério Mazzuoli, “com exceção da legítima defesa, que continuaria sendo garantida aos Estados agredidos, qualquer outra forma de agressão armada seria considerada ilegal *per se*”⁷. A partir desse tratado, o direito internacional rompe com a ideia de “guerra justa” e passa a condenar explicitamente a guerra enquanto instrumento de política internacional, ao admiti-la somente como medida de *ultima ratio*, de modo que o uso da força passa a ser considerado permitido apenas como legítima defesa ou como medida de coerção para repelir as mais graves violações do Direito Internacional Público⁸.

5 GOUVEIA, Jorge Bacelar - «O Uso da Força no Direito ...». In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 107, . p. 158.

6 Importante assinalar que, por não terem ratificado o Tratado de Versalhes, os Estados Unidos acabaram não ingressando na Sociedade das Nações. O Pacto Briand-Kellog foi, portanto, negociado e firmado fora do contexto da Sociedade. Para maiores desenvolvimentos sobre o processo de constituição do Pacto, PEREIRA, Antônio Celso Alves - «A Legítima Defesa no Direito ...». In: *Revista Interdisciplinar de Direito*, v. 7, n. 1, . pp. 4 ss.

7 MAZZUOLI, Valério - *Curso de Direito Internacional Público*. 9.ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 1189.

8 PEREIRA, Antônio Celso Alves - «A Legítima Defesa no Direito ...». In: *Revista Interdisciplinar de Direito*, v. 7, n.º 1, . pp. 4 ss.

Todavia, o Tratado não trazia previsões sobre as consequências da violação desta proibição, bem como não interditava o uso da força em situações que não fossem juridicamente entendidas como guerra.

2. O Sistema da Carta das Nações Unidas

2.1 Princípio da Proibição do Recurso à Força

A Carta das Nações Unidas estabelece a proibição mais abrangente do uso da força. Nesse sentido, seu Art. 2.º n.º 4 afirma que “Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas”⁹. Esta constitui uma norma imperativa de direito internacional (*jus cogens*).

Um ponto que merece destaque desde logo é a substituição das referências à “guerra” ou “o recurso à guerra”, dando lugar à “ameaça de uso da força”. Isto porque não há um consenso internacional sobre a definição de guerra. Por um lado, há aqueles que enquadram a guerra como uma categoria dentro de conflitos armados, no qual dois ou mais Estados emitem uma prévia declaração formal de guerra, enquanto outros optam por uma concepção alargada, compreendendo todas as hostilidades armadas entre Estados ou entre grupos em um determinado Estado que não tenham um caráter esporádico ou isolado. Assim, o texto da Carta evita as dificuldades técnicas que tinham sido levantadas em documentos anteriores a respeito do significado do termo “guerra”.

Com efeito, necessário considerar que a Carta rompe com os paradigmas estabelecidos pela ordem westfaliana, tornando a guerra um ilícito internacional¹⁰, determinando que, somente nas situações apontadas pela própria Organização das Nações Unidas, os Estados podem recorrer ao uso da força em suas relações internacionais.

9 Jónatas Machado esclarece que se prescinde, para os propósitos da Carta da ONU, a existência de uma declaração de guerra. MACHADO, Jónatas – *Direito Internacional. Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*. 4.ª edição, 2013, pp. 397 ss.

10 Para Valério Mazzuoli, “a transformação da guerra num ato internacionalmente ilícito deu-se também em virtude da transferência do foro das controvérsias internacionais para as organizações internacionais de vocação universal (cujo exemplo mais marcante é a ONU) ocorrida no século XX, o que acabou por deixar aos Estados a única opção de resolverem suas contendas por meios pacíficos de solução de controvérsias”. Cf. MAZZUOLI, Valério – *Curso de Direito Internacional...*, p. 1191.

2.2 Exceções à proibição do recurso à força

Apesar da proibição do recurso à força funcionar como regra geral no sistema das Nações Unidas, trata-se de um princípio que comporta exceções, algumas das quais são de aceitação geral, enquanto outras mostram-se controversas.

Uma vez que a Organização das Nações Unidas detém o monopólio do poder bélico público internacional (artigo 24.º, n.º1 da Carta das Nações Unidas), é também a Carta que estabelece as suas exceções, respectivamente no seu capítulo VII e no seu artigo 51.º. Serão analisadas a seguir as duas exceções literais à proibição do recurso à força previstas na Carta, quais sejam: a autorização do Conselho de segurança e o direito de legítima defesa.

2.2.1. Autorização do Conselho de Segurança

O Conselho de Segurança (CS) da ONU é o órgão nuclear da manutenção da paz e segurança internacionais. Dentre as prerrogativas conferidas pela Carta, cita-se o seu poder de ordenar medidas pacíficas para assegurar a paz, a possibilidade de utilizar medidas de coerção económicas¹¹, além da possibilidade de utilizar meios forçosos contra ameaças à paz e seguranças internacionais¹². Merece destaque, ainda, que as decisões do Conselho têm carácter vinculante¹³ e as suas Resoluções têm precedência sobre quaisquer outras obrigações internacionais dos Estados¹⁴.

O capítulo VII é o fundamento para o Conselho de Segurança autorizar operações de manutenção da paz ou intervenções militares. Ao CS cabe declarar o que constitui uma ameaça ou ofensa à paz e à segurança internacionais e ordenar os Estados a cumprirem com as medidas cabíveis. Assim, se o Conselho entender que certa conduta configura uma ameaça ou ofensa, pode autorizar ou ordenar o uso da força em exceção à proibição geral prevista na Carta. Nesses casos, os Estados são os responsáveis imediatos pelas decisões estratégicas relativas à operação militar, mas o CS mantém o poder de controle e comando sobre a generalidade da operação.

Parte da doutrina critica esse poder do Conselho, por revestir-se de um alto grau de discricionariedade na análise dos casos em concreto, além de o CS não precisar se ater a casos de legítima defesa ou de consentimento. Por outro lado, tem sido alvo de críticas também o formalismo rígido que sustenta a necessidade absoluta de uma autorização do CS para o recurso à força, à luz de princípios extremos de necessidade e emergência¹⁵.

11 Artigo 41.º da Carta das Nações Unidas.

12 Artigo 42.º da Carta das Nações Unidas.

13 Artigos 25.º e 48.º da Carta das Nações Unidas.

14 Artigo 103.º da Carta das Nações Unidas.

15 Para Jónatas Machado, em casos como esse, podemos verificar um choque entre a legalidade formal e a legitimidade moral, recordando-nos dos ensinamentos de Hugo Grócio, segundo o qual todas as normas

2.2.2. Exercício do Direito de Legítima Defesa

A principal exceção literal à proibição do uso da força no sistema das Nações Unidas é o direito à legítima defesa, que encontra sua regulamentação no artigo 51 da Carta. Este artigo prevê o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais.

De acordo com Giancarlo Gómez¹⁶, a legítima defesa pode ser classificadas em três categorias, a saber: a legítima defesa individual, quando o próprio Estado é a vítima direta de um ataque armado; defesa legítima coletiva, ou seja, a possibilidade de que um grupo de Estados exerça harmoniosamente esse direito quando um de seus membros está sujeito a um ataque armado, geralmente exigindo a existência de um tratado internacional pelo qual os Estados Partes acordem com um sistema de ajuda mútua em caso de ataque armado; e, finalmente, a legítima defesa preventiva, segundo a qual poderiam usar a força não só na defesa contra um ataque armado real e já em curso, mas também no caso de um ataque previsível e iminente, mas que ainda não foi desencadeado. Esta última categoria de legítima defesa, tem sido objeto de intensos debates, que serão analisados posteriormente.

Nos termos da Carta, para que possamos afirmar a legitimidade da defesa, esta precisa revestir-se de certas características essenciais, como a (i) provisoriedade, ou seja, até que o CS tome as medidas necessárias; (ii) subsidiariedade, já que o recurso à força defensiva deve ser utilizado apenas como *ultima ratio*; (iii) dever de notificação de todas as medidas tomadas ao CS; (iv) proporcional à gravidade do ataque impetrado. Para além disso, destacam-se ainda o princípio da legitimidade do meio, adequação e proporcionalidade em sentido estrito na relação meio/fim, sem prejuízo do respeito às demais normas imperativas do direito internacional.¹⁷

Imperioso destacar que o artigo 51 prevê apenas a hipótese de um “ataque armado” e não a ameaça de um ataque. Ainda assim, o artigo não oferece respostas completas à problemática do conteúdo e escopo da expressão “ataque armado”, que desencadeia o recurso à força no seu caráter defensivo, em especial as questões sobre (a) quem poderia cometê-lo, ou seja, somente estados ou também atores não estatais, (b) qual o nível de violência neces-

humanas têm que ser ajustadas de modo a que não sejam vinculativas em caso de necessidade. MACHADO, Jonatas – *Direito Internacional...*, 4.^a edição, pp. 475 e ss.

16 GÓMEZ, Giancarlo Mosciatti – *Uso de la Fuerza y Terrorismo en el Derecho Internacional*. Santiago do Chile, 2010, p. 209.

17 MACHADO, Jonatas – *Direito Internacional...*, 4.^a edição, p. 476.

sário para considerar que uma ação militar constitui um ataque marcado e (c) a possibilidade de legítima defesa preventiva, ou seja, contra ataques que ainda não ocorreram¹⁸. A análise dessas três questões é imprescindível para determinarmos se é possível fundamentar, à luz do sistema das Nações Unidas, o recurso à força contra ataques terroristas com base na exceção da legítima defesa.

Em primeiro lugar, a Carta é silente no que se refere a quem pode ter cometido um ataque armado ensejador do direito inerente à legítima defesa. Contudo, o direito internacional moderno aceita que além das forças militares “tradicionais” do Estado, há atores não-estatais, como bandos armados e grupos paramilitares, que também podem cometer ataques para fins de desencadeamento da legítima defesa.

Com efeito, Pereira¹⁹ apresenta três correntes acerca da responsabilização de um Estado por atos terroristas cometidos por atores não-estatais. Por um lado, há aqueles que defendem a necessidade de um alto grau de envolvimento do Estado para que atores não-estatais sejam considerados responsáveis por um ataque armado. Temos aqui o chamado teste do “controle efetivo”, e isso significa que para que haja responsabilização de um Estado por atos de violência militar, o grau de envolvimento entre Estado e atores não-estatais deve ser suficientemente forte para que estes sejam considerados seus “órgãos de fato”. Nesse caso, não basta que haja financiamento, fornecimento de armas ou treinamento, mas as próprias ordens para o cometimento dos atos tem que ser dadas pelo Estado em questão. Uma segunda corrente entende que um ataque armado, para os efeitos de justificar o direito de legítima defesa, pode ser cometido por atores não-estatais, desde que estejam sob o “controle geral” de um Estado. Seguindo esse entendimento, seria necessário que as milícias recebessem financiamento, armas e treinamento para fins de responsabilização. Por fim, a terceira vertente defende que se pode agir em legítima defesa contra atores não-estatais, pois estes seriam capazes de cometer um ataque armado independentemente do apoio de um ou múltiplos Estados.

Um elemento que não pode ser deixado de lado nessa discussão é o fato de que no contexto histórico da elaboração da Carta em 1945, o conceito de ataque armado dificilmente poderia ser concebido aparte das forças armadas regulares de um Estado que enfrentavam o exército de um Estado terceiro. Isso significa que os próprios critérios de determinação da existência de um ataque armado, bem como sua classificação, extensão e intensidade mudaram desde o fim da Segunda Guerra. Nesse sentido, percebe-se que as característi-

18 RATNER, Steven – «Self Defense Against Terrorists: The Meaning of Armed Attack». In: *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, 2012.

19 PEREIRA, Luíza Leão Soares – *Jus ad Bellum, “Guerra ao Terror” e legítima defesa contra atores não-estatais*, Porto Alegre, 2013, pp. 31 ss.

cas dos ataques terroristas atuais repousam sobretudo na imprevisibilidade do seu início, seu término e intensidade²⁰.

Cabe destacar que o Tribunal Internacional de Justiça tem adotado, nos últimos anos, uma posição restritiva quanto à interpretação do conceito de ataque armado. No caso das atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua, por exemplo (Nicarágua v. Estados Unidos), o Tribunal afirmou que o exercício da legítima defesa se encontra sujeito a que o estado em causa tivesse sido a própria vítima de um ataque armado. Voltaremos à discussão sobre o conceito e alcance de “ataque armado” ao analisarmos o instituto da legítima defesa antiterrorista.

Conforme se verá adiante, as Resoluções emitidas pelo Conselho de Segurança da ONU pós 11 de setembro asseguraram progressivamente a legítima defesa contra ataques cometidos por grupos terroristas, de modo que hoje percebe-se claramente que o sistema das Nações Unidas abarca a possibilidade do emprego da força em legítima defesa contra ataques armados cometidos por grupos não-estatais e que não dependem de nenhum Estado.

3. O Direito de Legítima Defesa Antiterrorista

3.1 Notas conceituais e manifestações do Terrorismo Internacional

A primeira grande dificuldade que se nos apresenta é a falta de uma definição consensual sobre o terrorismo. Até mesmo a legislação internacional em vigor não fornece uma definição abrangente e exaustiva do que seria o terrorismo internacional. Essa falta de definição deve-se ao fato de que as ideias de “terrorismo” ou “terrorista” apresentam uma tendência de evolução constante e rápida. Além disso, na base destes conceitos residem ideias com forte teor negativo, de conteúdo emocional, associando-os rapidamente com noções de morte, violência e guerra sobre as pessoas acusadas de tais atos²¹.

De forma geral, o terrorismo pode ser compreendido como uma estratégia de violência utilizada para instalar o terror no seio de um segmento da sociedade, de forma a atingir um objetivo de poder, divulgar uma causa ou levar a cabo uma vingança política²². O fenómeno do terrorismo é marcadamente, um ato multifacetado, visto que não possui definição exata, expressa-se de variadas formas e atravessa muitas perspectivas de significado, nomeadamente: forma de governo, ato de Estado e atos praticados contra o Estado²³.

20 RODRIGUEZ, Luis Ignacio Sánchez – *Una cara oscura del Derecho Internacional: Legítima defensa y terrorismo internacional*, 2012, p. 277.

21 GÓMEZ, Giancarlo Mosciatti – *Uso de la Fuerza y Terrorismo ...*, p. 212.

22 MACHADO, Jonatas. *Direito Internacional ...*, 4.^a edição, p. 490.

23 MELO, Milena Barbosa e LUCENA, Elis Formiga – «A Cooperação Internacional como Instrumento de enfrentamento ao Terrorismo: Uma Análise Do Caso Boko Haram». In: *Direito internacional*. CONPEDI, 2015.

Callistar Obi compreende o terrorismo como uma dimensão da insegurança²⁴. Para o autor, trata-se de um uso premeditado de ameaça ou violência por grupos subnacionais para obter objetivos políticos ou de interesse próprio por meio da intimidação de pessoas, ataque de estados, territórios por bombardeios, sequestros, ataques suicidas, entre outros. Em outras, palavras, significa uma violência premeditada, baseada em motivos políticos, perpetrada contra alvos não combatentes por grupos subnacionais ou agentes clandestinos.

Mais importante que uma definição perfeita e de aplicação universal sobre o terrorismo, é apontar as suas características intrínsecas e essenciais, de modo a determinar se é possível considerar uma ação em concreto como terrorista ou não. Neste sentido, Louise Richardson *apud* Gómez²⁵ fornece sete características essenciais e necessárias quando da qualificação de uma ação como terrorista:

1. O ato terrorista tem uma inspiração notadamente política, que se destina à realização de mudanças ou manutenção do governo.
2. Os atos terroristas envolvem necessariamente o uso ou ameaça de violência.
3. O terrorismo não procura derrotar seu inimigo através de seus atos, mas procura enviar uma mensagem.
4. O ato e a vítima normalmente têm um significado simbólico (exemplo: ataque de 11/09 sobre as torres gêmeas).
5. O terrorismo corresponde a atos de grupos subestatais, ou seja, não se refere aos Estados – embora se considere que alguns Estados usam o terrorismo como instrumento nas relações internacionais.
6. As vítimas dos ataques e o público que procuram alcançar os terroristas não são os mesmos, sendo este último, geralmente o governo, embora às vezes pode ser escolhido como representante de um grupo maior.
7. Os atos terroristas são deliberadamente alvos civis. Isto é o que distingue o terrorismo de outras formas de violência política como a guerrilha.

Nessa seara, dois tipos de terrorismo têm sido identificados, o interno e o transnacional. O terrorismo interno envolve as atividades de terroristas em seu país de acolhimento

24 Por seu turno, a insegurança é vista como uma ameaça crônica à vida humana, territórios, estados, crenças religiosas, propriedades e instituições, entre outros. Entre as suas fontes, pode-se destacar: Resposta emocional interna a uma súbita ameaça externa; Situação externa ameaçadora relativamente constante; terna; Ameaça às crenças, especialmente religião. OBI, Callistar – «Challenges of Insecurity and Terrorism in Nigeria: Implication for National Development». In: *OIDA International Journal of Sustainable Development*, v. 8, n. 2, 2015, pp. 11 ss.

25 GÓMEZ, Giancarlo Mosciatti – *Uso de la Fuerza y Terrorismo ...*, pp. 214-215.

e os seus alvos são os seus concidadãos, suas propriedades e as instituições de seu próprio país. Temos como exemplos as atividades dos grupos terrorista Boko Haram na Nigéria, e Tamils no Sri Lanka. Por outro lado, como o próprio nome afirma, o terrorismo transnacional envolve mais de um país, seja em relação às vítimas, metas, instituições e apoiadores, ou implicações. Um bom exemplo de terrorismo transnacional é o ataque dos EUA do 11/9 e a atuação do Estado Islâmico (ISIS).

3.2. Direito Internacional do Combate ao Terrorismo Pós-11 de setembro

Os atentados do 11 de setembro de 2001 às torres gêmeas dos Estados Unidos representaram um “divisor de águas” na regulamentação da proibição do recurso à força no Direito Internacional. Nesse sentido, Jónatas Machado considera que o ataque aproximou-se materialmente da noção de “crime de guerra”, além de ter resultado numa reavaliação do risco a nível internacional, fazendo com que o combate ao terrorismo tornasse o novo fio de prumo com base no qual toda a realidade internacional passou a ser reavaliada.²⁶

A resposta dos Estados Unidos aos ataques foi rápida e ostensiva, através da coordenação e mobilização de recursos políticos e militares para o combate à Al Qaeda. Do mesmo modo foi a reação da comunidade internacional. Em 12 de setembro de 2001, um dia após o atentado, o Conselho de Segurança aprovou a Resolução 1368, que descreveu os ataques como uma ameaça à paz e segurança internacionais, declarando-se o Conselho disposto a tomar todas as medidas necessárias para restabelecê-las, apelando à comunidade internacional que perseguisse não só os terroristas, mas todos os que com eles colaboram, financiam ou acolhem.

Em seguida, foi aprovada a Resolução 1373²⁷, onde o Conselho permite, de forma expressa, a legítima defesa individual ou coletiva prevista na Carta para combate ao terrorismo, e reafirma a necessidade de combater, por todos os meios, a ameaça representada pelo terrorismo internacional, com vistas ao restabelecimento da paz e segurança das nações. Destaca-se ainda, no âmbito desta Resolução, a criação de um Comitê de Combate ao Terrorismo (CCT), dotado do objetivo de verificar a aplicação das disposições da Resolução pelos Estados²⁸.

Antes do 11/9, estava claro para a comunidade internacional que o direito de usar a força em legítima defesa contra ataques terroristas era controverso. Porém, o apoio quase

26 MACHADO, Jonatas - *Direito Internacional ...*, 4.^a edição, p. 494.

27 Publicada em 28 de setembro de 2011.

28 Em março de 2004, criou-se o *Counter Terrorism Committee Executive Directorate* (CTED). O CTED foi criado com a função inicial de revitalizar o trabalho do CCT ao prover aconselhamento especializado, facilitar a assistência técnica relativa a medidas de combate ao terrorismo e promover uma maior cooperação e coordenação entre os diferentes órgãos da ONU e entre as diversas organizações regionais e intergovernamentais.

universal que os países demonstraram à possibilidade de os EUA exercerem esse direito em resposta aos ataques sofridos, e a mudança ocorrida no quadro jurídico internacional quanto à extensão do direito de legítima defesa leva-nos à reflexão acerca do impacto deste acontecimento na regulação internacional do recurso à força. Para alguns, as mudanças trazidas em decorrência do ataque foram apenas uma continuação do amplo direito à legítima defesa prevista na Carta; para outros, no entanto, trata-se de um novo direito baseado numa reinterpretação do artigo 51; há, ainda, aqueles que consideraram a aceitação como meramente política e, assim sendo, não serviu para criar um direito de legítima defesa alargado²⁹.

Importa salientar que para justificar a permissão do instituto de legítima defesa no combate ao terrorismo, o Conselho de Segurança, através dessas Resoluções, concedeu a esses ataques o caráter de “ataque armado”. Esta caracterização levanta debates sobre uma questão preliminar pontuada previamente em nosso estudo, qual seja, determinar se os atos de grupos terroristas, muitas vezes atores não-estatais independentes do controle e suporte de um ou mais Estados específicos, constituem um ataque armado e, por conseguinte, podem legitimar o direito de legítima defesa individual ou coletiva nos termos do artigo 51.º. Esses aspectos serão considerados em detalhes a seguir.

3.2 Significado e alcance de “ataque armado”

No âmbito da regulamentação do direito à legítima defesa enquanto exceção à proibição do recurso à força, a Carta das Nações Unidas, e seu Artigo 51 em especial, não deixam claro se o ataque armado precisa ser perpetrado por um estado ou se pode ser estendido a atores não estatais, mesmo quando há pouca ou nenhuma participação de um Estado. Tradicionalmente, o entendimento dos Estados foi no sentido de que o termo “ataque armado” se aplicava apenas a ataques de Estados, embora também se considerava que os Estados por vezes poderiam realizar ataques armados por meio de atores não estatais. Com efeito, pode-se dizer que o Artigo 51 sempre incluiu ataques de grupos terroristas, mas sempre presumindo que esses atos seriam imputáveis aos Estados.

Nesse sentido, a abordagem do Tribunal Internacional de Justiça, no caso *Nicarágua vs Estados Unidos* (1986), onde a Corte não considerou a atividade militar da Frente Farabundo Martí para a Libertação Nacional (FMLN) como um ataque armado. No entendimento do Tribunal, as ações poderiam ser imputadas apenas aos Estados da Nicarágua ou Estados Unidos.

29 GRAY, Christine – *International Law and the Use of Force*. 3.ª edição. Oxford: Oxford University Press 2008, pp. 198 ss.

Nos últimos anos, porém, pressionados pelo elevado número de ataques terroristas registrados e a necessidade de oferecerem uma resposta urgente a esse fenômeno, a comunidade internacional começou a lidar com a alegação de que os ataques de atores não-estatais poderiam constituir ataques armados, independentemente da atuação de um Estado (ou Estados) em específico. Nesse sentido, vale recordar que as resoluções analisadas anteriormente (1368, de 12 de setembro de 2001, e 1373, de 28 de setembro de 2001) tiveram como objetivo principal responder a um incidente terrorista, conduzido por um ator não-estatal, num momento em que nenhum Estado afirmou que os atos haviam sido realizados por algum Estado.

Arelado a isso, temos também as constantes referências dos Estados aos denominados ataques da Al Qaeda ou do Talibã³⁰, o que nos leva a admitir que foi estabelecida uma interpretação do artigo 51 segundo a qual o termo ataque armado inclui ações de atores não-estatais, sem a necessidade, portanto, de demonstrar a atribuição, ainda que apenas a título de cumplicidade, a um Estado³¹.

3.3 Legítima Defesa Preventiva

O direito de legítima defesa, nos contornos observados até aqui, justifica-se, dentre outros pressupostos, perante a ocorrência de um ataque armado. No entanto, dado o potencial destrutivo massivo das investidas militares por grupos terroristas, alguns entendem que existem situações em que a necessidade, por parte de um Estado que se sente ameaçado, de levar a cabo um ataque preventivo, constitui uma justificação aceitável para o recurso à força³². Para isso, argumenta-se que há situações, quando por exemplo um Estado tem evidências que um grupo terrorista detém armas químicas capazes de provocarem danos e perdas irreparáveis, em que simplesmente não é razoável esperar uma utilização dessas armas para que, posteriormente, o Estado possa justificar o recurso à força

30 Cf., por exemplo, o discurso do Secretário-Geral do NATO à época, Sr. Lord Robertson. Disponível em: <http://www.nato.int/docu/speech/2001/s011002a.htm>.

31 Steven Ratner afirma, ainda, que ocorreram diversas outras situações, desde 2001, de reações internacionais às reivindicações de legítima defesa contra atores não-estatais, incluindo a Turquia contra os guerrilheiros do PKK operando a partir do Iraque, a Rússia contra os guerrilheiros chechenos operando a partir da Geórgia e Israel contra os guerrilheiros do Hezbollah operando a partir do Líbano. Tudo isso aponta, no mínimo, para um certo grau de aceitação da alegação geral de que a legítima defesa pode ser invocada, em princípio, contra tais atores, independentemente de seus vínculos com outros Estados. RATNER, Steven - «Self Defense Against Terrorists: The Meaning of Armed Attack». In: *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*. University of Michigan Law School, 2012.

32 Por exemplo, em 1981 Israel atacou um reator nuclear iraquiano ainda em fase de construção, invocando a legítima defesa preventiva. Esta ação valeu-lhe uma condenação pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas.

pelo direito de legítima defesa. Temos diante de nós, portanto, a teoria da legítima defesa preventiva ou antecipatória.

Para aqueles que defendem o uso dessa doutrina na luta contra o terrorismo, a ameaça deve ser iminente, séria e intensa. Isso significa que não é suficiente um Estado alegar a mera posse de armas ou a simples realização de exercícios militares como fundamentos para a legítima defesa. Em outras palavras, o Estado deve buscar evidências aptas a fundamentar a sua atuação militar, de modo a estabelecer um consenso lógico e racional de que realmente enfrenta um perigo iminente e intenso.

Por outro lado, embora amplamente utilizada pela *Bush Doctrine*, essa concepção não tem sido adotada pelo *corpo iuris* internacional, e é alvo de inúmeras críticas, de certo modo lógicas e razoáveis, especialmente de que se trata de uma concepção facilmente sujeita a arbitrariedade e manipulação. Na prática, argumentam os críticos, qualquer Estado poderia alegar a existência de uma ameaça futura capaz de legitimar o uso da força. Destaca-se, ainda, a impossibilidade de calcular a proporcionalidade em um ataque preventivo em vista da incerteza do risco que a alegada ameaça representa.

Para que exista um ato terrorista juridicamente relevante para os fins da legítima defesa, é imperativo que no uso da força esteja envolvido, direta ou indiretamente, um ou mais Estados estrangeiros, nos termos do artigo 51 da Carta. Assim, apenas como um exemplo das suas implicações, a polícia, medidas penais e judiciais pelo governo dos Estados Unidos que foram adotadas em solo americano contra o grupo terrorista *Al Qaeda* não correspondem ao exercício da legítima defesa, em sentido técnico. Para ativar esse mecanismo contra um Estado, é essencial que o Estado em causa esteja provadamente envolvido em atividades terroristas. De fato, grupos ou movimentos terroristas estão sempre, por definição, no território de um Estado, e podem atuar no território desse Estado (terrorismo doméstico) ou de outro (terrorismo internacional). Se um Estado permite que seu território seja usado para atos terroristas contra outro Estado, torna-se cúmplice, e esta é a primeira condição prévia para conceber teoricamente o exercício de legítima defesa.

4. Novos Paradigmas frente ao Estado Islâmico (ISIS)

Em meados de 2014, o grupo militante autodenominado Estado Islâmico (ISIS)³³ rapidamente assumiu mais de trinta por cento do território da Síria e do Iraque. No processo, capturou bilhões de dólares de campos de petróleo e refinarias, ativos bancários e arma-

33 O nome Estado islâmico reflete a meta declarada do grupo de estabelecer um califado islâmico em todo o Mediterrâneo Oriental. Nas terras que controla, o ISIS impôs editos e condições repressivas aos habitantes, semelhante ao antigo regime do Talibã no Afeganistão. O ISIS já decapitou milhares de cristãos, curdos e xiitas, destruiu santuários xiitas e sítios arqueológicos em áreas sob seu domínio na Síria e no Iraque.

mentos, tornando-se assim uma das maiores ameaças à paz e à segurança no Oriente Médio³⁴.

Com o propósito de eliminar o ISIS, a partir de agosto de 2014, os Estados Unidos iniciaram uma campanha de bombardeamentos e ataques no Iraque e na Síria, ajudados por outros países ocidentais e árabe. Com efeito, os primeiros ataques aéreos dos EUA contra o ISIS foram em resposta a uma catástrofe humanitária que se desenrolou no norte do Iraque em agosto de 2014. Depois de capturarem as proximidades de Mosul, as forças do ISIS atacaram várias cidades na região de Sinjar, assassinando milhares de homens, mulheres e crianças Yazidis. A pedido do Primeiro-Ministro do Iraque, os Estados Unidos lançaram a operação *Inherent Resolve*, consistindo de ataques aéreos generalizados contra alvos do ISIS no Iraque em agosto de 2014. Em setembro de 2014, a França e o Reino Unido se juntaram aos Estados Unidos no bombardeio do ISIS no Iraque³⁵.

Destaca-se que embora o governo iraquiano tenha consentido em ações militares estrangeiras contra o ISIS no Iraque³⁶, o governo sírio não o fez. Pelo contrário, a Síria, com o apoio da Rússia³⁷, protestou que os ataques aéreos em seu território constituíam uma violação injustificável do direito internacional. Os Estados Unidos defenderam-se, alegando, inicialmente, que os ataques aéreos contra o ISIS eram justificados por um direito de intervenção humanitária, pelo direito de usar a força no território de Estados falidos, e como exercício do direito de legítima defesa coletiva em nome do governo do Iraque³⁸. Assim, mesmo sem o consentimento da Síria ou autorização do Conselho de Segurança,

34 Não se pretende, no escopo do presente trabalho, explorar os acontecimentos histórico-políticos e as bases filosófico-religiosas que deram origem ao ISIS. Para esses esclarecimentos, SCHARF, Michael P. - «How the War Against ISIS Changed International Law». In: *Case Western Reserve Journal of International Law*, n.º 48, 2016; CALDARARO, Niccolo - m«Al-Qaeda, ISIS, Boko Haram and Forms of Rebellion in the 21st Century in the Vacuum of Ottoman Soviet 'Collapse'». In: *Journal of Socialomics*, v. 5, n.º 2, 2016; TAUSCH, Arno - «Estimates on the Global Threat of Islamic State Terrorism in the Face of the 2015 Paris and Copenhagen Attacks». In: *Middle East Review of International Affairs, Rubin Center, Research in International Affairs*. v. 19, n.º 1, 2015.

35 SCHARF, Michael P. - «How the War Against ISIS Changed International Law». In: *Case Western Reserve Journal of International Law*. n.º 48, 2016, p. 10.

36 Para maiores desenvolvimentos sobre os argumentos jurídicos sobre intervenção por convite ocorrida no Iraque, Síria e Líbia, vide BANNELIER, Karine - «Military Interventions Against ISIL in Iraq, Syria and Libya and the Legal Basis of Consent». In: *Leiden Journal of International Law*, v. 29, n.º 3, 2016.

37 Vale destacar que a Rússia, com seu poder de veto dentro do Conselho de Segurança, vetou a autorização do CS para uso da força pelos Estados Unidos na Síria.

38 Nesse sentido, a Carta de Samantha J. Power, representante dos Estados Unidos na ONU, ao Secretário-Geral Ban Ki-moon em 23 de setembro de 2014: "(...) o Governo do Iraque solicitou que os Estados Unidos liderassem os esforços internacionais para atacar os locais do ISIS na Síria, com o objetivo de pôr fim aos contínuos ataques ao Iraque, proteger os cidadãos iraquianos e, em última instância, desempenhar a sua tarefa de recuperar o controlo das fronteiras iraquianas. (...) O ISIS e outros grupos terroristas na Síria são uma ameaça não só para o Iraque, mas também para muitos outros países, incluindo os Estados Unidos e nossos parceiros na região." (tradução nossa). Disponível em: <https://www.justsecurity.org/15436/war-powers-resolution-article-51-letters-force-syria-isil-khorasan-group/>. Acesso em 19 ago. 2020.

em 23 de setembro de 2014 os Estados Unidos iniciaram ataques aéreos contra alvos do ISIS na Síria. Mais tarde, a Jordânia e o Canadá, juntaram-se aos ataques³⁹.

O Estado Islâmico reagiu aos ataques sofridos, e em 31 de outubro de 2015 bombardeou um jato russo sobre o deserto do Sinai, matando 224 passageiros⁴⁰; em seguida, no dia 13 de novembro de 2015, atacou um concerto de rock e um evento esportivo em Paris, matando 130 pessoas e ferindo centenas de indivíduos.

Em resposta, o Conselho de Segurança da ONU aprovou por unanimidade, no dia 2 de dezembro de 2015, a Resolução 2249, na qual afirmou que o ISIS constitui uma ameaça global e sem precedentes à paz e à segurança internacionais, e urgiu a Comunidade Internacional a adotar todas as medidas necessárias para erradicar o domínio que o ISIS havia estabelecido na Síria. Nesse sentido, essa Resolução acabou por esclarecer e confirmar que o recurso à força em sede de legítima defesa é admissível contra atores não-estatais, nos casos em que o Estado territorial é incapaz ou não deseja suprimir a ameaça perpetrada por esses agentes⁴¹.

Assistimos, portanto, à criação de um novo paradigma no regime jurídico internacional do recurso à força contra grupos terroristas, ou, conforme as lições de Michael Scharf, o surgimento de um novo “Momento Grociano”⁴², onde há a rápida formação de uma nova regra do direito costumeiro internacional, nesse caso o reconhecimento de que o Estado pode legalmente usar a força, a título de legítima defesa, contra atores não-estatais de cunho terrorista, presentes no território de outro Estado, ainda que independente de seu apoio ou cumplicidade, se este revelar-se incapaz ou relutante em suprimir a ameaça representada por aqueles atores.

A postura adotada pelo Conselho de Segurança reverberou em alterações normativas em outros domínios, para além da legítima defesa e uso da força, como por exemplo no Direito do Mar. A Resolução n. 2.292/2016, nesse sentido, dá ensejo à realização do direito de visita em alto-mar sobre embarcação suspeita do tráfico de “armas inseguras” sem autorização do Estado de bandeira⁴³.

39 SCHARF, Michael P. – «How the War Against ISIS Changed International Law». In: *Case Western Reserve Journal of International Law*, n.º 48, 2016, p. 12.

40 The Guardian. *Egypt plane crash: Russia says jet was bombed in terror attack*. 17 de novembro de 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2015/nov/17/egypt-plane-crash-bomb-jet-russia-security-service>. Acesso em 10 jun. 2017.

41 Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, vide DEEKS, Ashley – «‘Unwilling or Unable’: Toward an Normative Framework for Extra-Territorial Self-Defense». In: *Virginia Journal of International Law*, v. 52, n.º 3, 2012, p. 483 ss.

42 SCHARF, Michael P. – «How the War Against ISIS Changed International Law». *Case Western Reserve Journal of International Law*, n.º 48, 2016, p. 52.

43 A Resolução suscitou discussões quanto à compatibilidade de seu conteúdo com a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Para Ulisses Reis e Tarin Mont’Alverne Alverne, “o Conselho regulou matéria

Conclusões

Os ataques terroristas contra o World Trade Center e o Pentágono em 11 de setembro, os ataques subsequentes do ISIS contra o avião russo e à casa de shows em Paris em 2015, e as reações políticas da comunidade internacional a esses ataques levaram ao surgimento de uma nova regra do direito internacional consuetudinário acerca do uso da força contra atores não-estatais, no qual se inclui o ISIS/Daesh. Nesse sentido, a Resolução 2249 do Conselho de Segurança estabeleceu a possibilidade do exercício de legítima defesa contra atores não-estatais, nos casos em que o Estado territorial é incapaz ou irresoluto em suprimir a ameaça perpetrada.

A implicação desta mudança recentemente aceita no regime jurídico internacional da legítima defesa é que qualquer Estado pode, legalmente, usar a força contra atores terroristas não-estatais – questiona-se se essa previsão poderia se estender a outros tipos de grupos paramilitares como rebeldes, piratas, cartéis de drogas, etc. – presentes no território de outro Estado, se este mostrar-se incapaz ou relutante em suprimir a ameaça representada por aqueles agentes.

Não obstante, importa considerar que o direito do recurso à força contra grupos terroristas está sujeito a várias limitações previstas na Carta das Nações Unidas, que impedirão, em tese, a possibilidade de abuso. Nesse sentido, as ações dos grupos terroristas devem equivaler a um ataque armado, nos termos da Carta, para desencadear o direito de legítima defesa; as investidas militares devem ser dirigidas contra os próprios grupos terroristas, e não ao Estado ou à população civil, a menos que se verifique que o Estado exerce um controle efetivo sobre as forças terroristas; e a ação militar deve cumprir ainda os requisitos da *última ratio*, necessidade, proporcionalidade, adequação e dever de notificação ao Conselho de Segurança.

Em março de 2019, as Forças curdo-árabes anunciaram a queda do último bastião do ISIS na Síria, representando o fim do califado do Estado Islâmico depois de quase cinco anos de combates no país⁴⁴. Embora ainda haja, atualmente, ações terroristas do Daesh e de suas “sucursais”⁴⁵, é certo afirmar que combate a este grupo provocou mudanças no quadro normativo global da proibição do recurso à força. Os resultados e efeitos dessa

alheia ao alcance das suas atribuições, ainda que para isso se tenha valido da retórica da manutenção da paz e da segurança internacionais delineada no Capítulo VII da Carta de São Francisco (1945)”. REIS, Ulisses Levy Silvério dos e MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota – «Terrorismo Internacional e Armas de Destruição em Massa: relativizando a liberdade de navegação, a soberania e o direito de visita em alto-mar». In: *Seqüência*, n.º 82, 2019, p. 113ss.

44 EL PAÍS. Forças curdo-árabes anunciam a queda do último bastião do ISIS na Síria. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/23/internacional/1553329466_793785.html. Acesso em 17 ago. 2020.

45 PÚBLICO. A luta contra o Daesh e as suas sucursais não acabou. Disponível em: <https://www.publico.pt/2019/03/23/mundo/noticia/califado-acabou-luta-daesh-nao-1866578>. Acesso em 18 ago. 2020.

mudança no degradingar de novos conflitos restam incertos, o que demandará constante avaliação e exploração pelos estudiosos do tema.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Francisco Ferreira de – *Direito Internacional Público*. 2^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora., 2003.
- AZIZ, Sahar F. – *Rethinking Counterterrorism in the Age of ISIS: Lessons from Sinai*, Texas A&M University School of Law Legal Studies Research Paper, n.º 16, 2016.
- BLANK, Laurie – «The Extent of Self-Defense Against Terrorist Groups: For How Long and How Far?». In: *Israel Yearbook on Human Rights*, v. 47, 2017, pp. 265-136.
- BROOKS, Rosa – «War Everywhere: Human Rights, National Security, and the Law of Armed Conflict in the Age of Terrorism». In: *University of Pennsylvania Law Review*, n.º 153, 2004, pp. 675-761.
- CALDARARO, Niccolo – «Al-Qaeda, ISIS, Boko Haram and Forms of Rebellion in the 21st Century in the Vacuum of Ottoman Soviet ‘Collapse’». In: *Journal of Socialomics*, v. 5, n.º 2, 2016.
- COSTA, Larissa Maria Lima. *Arbitragem Internacional e Investimento Estrangeiro*. Dissertação submetida à Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do título de Mestre em Direito, Florianópolis, 2006.
- DEEKS, Ashley – «‘Unwilling or Unable’: Toward an Normative Framework for Extra-Territorial Self-Defense». In: *Virginia Journal of International Law*, v. 52, n.º 3, 2012, pp. 483-550.
- GOODMAN, Ryan e DEREK, Jinks – «International Law, U.S. War Powers, and the Global War on Terrorism». In: *Harvard Law Review*, v. 118, 2005, pp. 2653-2662.
- GRAY, Christine – *International Law and the Use of Force*. 3.^a edição. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- GÓMEZ, Giancarlo Mosciatti – *Uso de la Fuerza y Terrorismo en el Derecho Internacional*. Trabalho de conclusão da licenciatura em Ciências Jurídicas e Sociais. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago, 2010.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar – «O Uso da Força no Direito Internacional Público». In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n.º 107, 2013, pp. 149-200.
- KARINE, Bannelier – «Military Interventions Against ISIL in Iraq, Syria and Libya and the Legal Basis of Consent». In: *Leiden Journal of International Law*, v. 29, n.º 3, 2016, pp. 743-775.
- MACHADO, Jonatas – *Direito Internacional. Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*. 4.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- MAZZUOLI, Valério – *Curso de Direito Internacional Público*. 9.^a edição. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MELO, Milena Barbosa e LUCENA, Elis Formiga – «A Cooperação Internacional como Instrumento de enfrentamento ao Terrorismo: Uma Análise Do Caso Boko Haram». In: *Direito internacional*. Florianópolis: CONPEDI, 2015.
- OBI, Callistar – «Challenges of Insecurity and Terrorism in Nigeria: Implication for National Development». In: *OIDA International Journal of Sustainable Development* v. 8, n.º 2, 2015, pp. 11-18.
- PAUST, Jordan – «Use of Armed Force Against Terrorists in Afghanistan, Iraq, and Beyond». In: *Cornell International Law Journal*, v. 35, n.º 3, 2002, pp. 533-557.
- PEREIRA, Antônio Celso Alves – «A Legítima Defesa no Direito Internacional Contemporâneo». In: *Revista Interdisciplinar de Direito*, 2010, pp. 21-35.
- PEREIRA, Luíza Leão Soares – *Jus ad Bellum, “Guerra ao Terror” e legítima defesa contra atores não-estatais*. Trabalho de Conclusão do curso de graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2013.

- RATNER, Steven – «Self Defense Against Terrorists: The Meaning of Armed Attack». In: *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*. University of Michigan Law School, 2012.
- REIS, Ulisses Levy Silvério dos e MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota – «Terrorismo Internacional e Armas de Destruição em Massa: relativizando a liberdade de navegação, a soberania e o direito de visita em alto-mar». In: *Seqüência*, n. 82, 2019, pp. 92-119.
- RODRIGUEZ, Luis Ignacio Sánchez – *Una cara oscura del Derecho Internacional: Legítima defensa y terrorismo internacional*. Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria, 2012.
- SCHARF, Michael – «How the War Against ISIS Changed International Law». In: *Case Western Reserve Journal of International Law*, n.º 48, 2016, pp. 1-54.
- TAMS, Christian J. – «The Use of Force against Terrorists». In: *European Journal of International Law*, v. 20, n.º 2, 2009, p. 359-397.
- TAUSCH, Arno – «Estimates on the Global Threat of Islamic State Terrorism in the Face of the 2015 Paris and Copenhagen Attacks». In: *Middle East Review of International Affairs, Rubin Center, Research in International Affairs*, v. 19, n.º 1, 2015.
- TORRIJO, Ximena Fuentes – «La prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza por el derecho internacional». In: *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, v. 16, n.º 32, 2014, pp. 255-267.

Cooperação judicial em matéria criminal no mercosul: reconhecimento mútuo e modelo horizontal de cooperação

Judicial cooperation in criminal matters in mercosur: mutual recognition and horizontal model of cooperation

NEREU JOSÉ GIACOMOLLI*

nereu@giacomolli.com

CAÍQUE RIBEIRO GALÍCIA**

caique.ribeiro@ufms.br

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845

Volume XXI · 1st July Julho – 31st December Dezembro 2020 · pp. 77-94

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXI.2.5>

Submitted on October 30th, 2020 · Accepted on November 10th, 2020

Submetido em Outubro, 2020 · Aceite a 10 de Novembro, 2020

RESUMO: A carência de normatividade consistente e uniforme acerca da cooperação judicial internacional em matéria criminal, no Brasil, produz uma série de problemas, mormente em face das reservas constitucionais e legais. Tal situação pode diminuir o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e dificultar a solidariedade internacional na prestação da tutela jurisdicional efetiva. O artigo problematiza o reconhecimento mútuo no âmbito do MERCOSUL, cuja integração regional não evoluiu como a existente no espaço europeu. A harmonização legislativa é um fator de efetivação do reconhecimento mútuo e aprimoramento dos mecanismos de cooperação judicial internacional. Para os países do MERCOSUL já está consolidado um padrão mínimo de respeito a direitos fundamentais tendo como parâmetro o sistema interamericano de proteção (Convenção, Comissão e Corte), o qual deverá ser implementado e aplicado. A perspectiva de descentralização

* Doutor pela Universidad Complutense de Madrid. Professor do Mestrado e Doutorado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor convidado no Mestrado em Direito da Universidade Autónoma de Lisboa/IURJ. Investigador do *Ratio Legis*, da UAL/Lisboa: *Corpus Delicti* – Estudos de Criminalidade Organizada Transnacional. Orcid: 0000-0003-1753-0334. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5969235847033808>.

** Doutorado e mestrado em Ciências Criminais pela PUCRS com estágio de pesquisa sanduíche na *Università degli studi di Bologna*. Estágio Pós-doutoral em andamento em Antropologia Social (PPGAS/UFMS). Professor adjunto da UFMS. Professor Titular da FACSUL.

e horizontalidade na cooperação judicial internacional possibilita um equilíbrio entre a *persecutio criminis* e a proteção dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Cooperação judicial internacional. Matéria Criminal. MERCOSUL. Reconhecimento mútuo.

ABSTRACT: The absence of consistent and uniform norms on international judicial cooperation in criminal issues in Brazil leads to a series of problems, especially in the face of constitutional and legal reservations. This situation can reduce the scope of protection of fundamental rights and hinder international solidarity in the execution of effective judicial protection. This paper will discuss mutual recognition within MERCOSUL, whose regional integration has not evolved in the same way as the European area. Legislative harmonization is a factor for the effectiveness of reciprocal recognition and the improvement of international judicial cooperation mechanisms. For MERCOSUL countries, a minimum standard of fundamental rights respect has already been consolidated, with the Inter-American system of protection (Convention, Commission, and Court) as a parameter, which should be implemented and applied. The perspective of decentralization and horizontality in international judicial cooperation allows for a balance between the persecution *criminis* and the protection of fundamental rights.

KEYWORDS: International judicial cooperation. Criminal Matters. MERCOSUL. Mutual Recognition.

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao abordar-se o tema da cooperação judicial internacional, independentemente de sua delimitação temática, temporal e espacial, indispensável refletir acerca dos fenômenos da globalização, do incremento da migração, das novas tecnologias que aumentam a velocidade das comunicações entre pessoas e Estados, da importância dos tratados internacionais, bem como dos binômios soberania nacional e solidariedade internacional, repressão da criminalidade e preservação dos direitos fundamentais. Não se trata de simples *comitas gentium*, mas de uma obrigação jurídica, havendo uma obrigação jurídica de cooperar com os demais Estados, de modo a afirmar a soberania, com o reconhecimento do Estado de Direito e não de abdicação da soberania doméstica.

O Brasil, como os demais países do MERCOSUL, insere-se no contexto internacional da globalização, o qual aumenta a circulação de pessoas, de bens e serviços, com interações imediatas e simultâneas. Tal fenômeno atinge a esfera criminal, na medida em que a

criminalidade passou a atuar em redes, produzindo efeitos em diversos países e, muitas vezes, de forma concomitante. Por isso, a investigação do delito, o processo e o julgamento de crimes passaram a necessitar da cooperação de outros países, tanto na perspectiva da produção de diversos meios de prova, quanto na execução de decisões. Mesmo a prática de ilícitos não mais se restringe aos limites territoriais de determinado país e a determinada pessoa, mas envolve uma organização empresarial com intercâmbio internacional dinâmico, sem fronteiras e com redes protetivas de interação e comunicação.

O fenômeno da transnacionalização do crime exige, cada vez mais, o auxílio de outros países. A cooperação na investigação e na incidência da potestade punitiva se insere na solidariedade internacional e na afirmação e preservação da soberania estatal da autoridade requerente da cooperação jurídica, na medida da existência de interesse na preservação do Estado de Direito, de sua ordem jurídica e de sua justiça. A tutela jurisdicional efetiva, em matéria criminal, somente ocorre no processo e pelo processo penal, conduzido por um órgão oficial, com exclusividade em aplicar a pena. Essas especificidades atribuem à cooperação judicial internacional em matéria criminal características próprias em relação ao âmbito civil ou privado.

Os três princípios básicos a serem seguidos na cooperação judicial internacional são a verificação de possível conflito entre o tratado internacional e a lei interna do país, incluída a ordem constitucional (discussão da hierarquia entre tratados e a ordem constitucional e infraconstitucional interna); o dever de reciprocidade (tratamento isonômico) e a aplicação do *pacta sunt servanda* (cumprimento obrigatório do acordado). Esses princípios recebem uma interpretação conforme a ordem interna e, no caso da cooperação judicial internacional em matéria criminal, a importantes reservas constitucionais (reserva legal, reserva jurisdicional, *v.g.*).

A transnacionalidade do crime exige um consistente arcabouço legislativo e instituições fortes, com blocos regionais e internacionais, na perspectiva de harmonização e solidez da cooperação judicial internacional. O amplo debate e os inúmeros problemas afetos à cooperação judicial internacional, o presente artigo delimita a temática ao MERCOSUL, mormente na incipiente e deficiente integração regional e no reconhecimento mútuo, como mecanismo integrador. Para tanto, em um primeiro momento serão traçadas algumas reflexões acerca do reconhecimento mútuo na problemática da integração regional do MERCOSUL. Nesse apartado, merece comparação, ainda que limitada, os pontos de distanciamento que há do MERCOSUL com a integração no espaço europeu, bem como os aspectos que se identificam.

Num segundo momento, o artigo enfrenta a harmonização legislativa como justificativa à cooperação internacional. No *Case MERCOSUL*, desde o Tratado de Assunção (1991)

existe um compromisso dos países em harmonizar suas legislações para fortalecer o processo de integração (art. 1.º, TA). Por último, o artigo borda o modelo horizontal de cooperação judicial internacional em matéria criminal, no MERCOSUL.

1. Reflexões sobre o reconhecimento mútuo no contexto do MERCOSUL: a problemática integração regional

Reconhecendo-se que a cooperação jurídica internacional em matéria criminal assume diversos significados ao longo do tempo, o estabelecimento de laços institucionais voltados à *persecutio criminis* é uma demanda alinhada à contemporaneidade do fenômeno da criminalidade transnacional. Muitos desafios se apresentam, na medida em que a cooperação internacional envolve uma gama normativa e institucional, muitas vezes assimétricas e diferenciadas, de tal modo a dificultar a efetiva produção de elementos à persecução penal.

Nesse cenário, o espaço europeu se constitui em um modelo de interação internacional a indicar tendências, as quais podem servir de norte aos demais blocos de países. A criação do espaço comum europeu é uma importante mudança à consolidação da ideia de que “o conceito de espaço não exclui o conceito de território nacional, mas acrescenta a ideia de que os territórios que compõem a União constituem uma unidade geográfica comum”¹. Isso porque, o espaço comum fomenta também o compartilhamento do dever de garantir a segurança dos cidadãos, além de fundamentalmente instigar ressignificações em relação ao princípio da territorialidade em matéria penal e processual penal.

Isso significa o compartilhamento, na contemporaneidade, tanto dos riscos quanto das soluções dos problemas. Assim se infere na acepção de Daniel Bell, quando afirma: “a nação se torna não só pequena demais para resolver os grandes problemas², como também grande demais para resolver os pequenos”³. De forma mais abrangente, Beck afirma que “a ideia de que em época de riscos globalizados seria possível agir segundo o lema ‘consequimos resolver o problema sozinhos’ revela-se uma ilusão fatal”⁴. Afinal, não é simples,

1 No original, em WEYEMBERGH, Anne – «La cooperazione giudiziaria e di polizia». In: KOSTORIS, Roberto E. *Manuale di procedura penale europea*. Milano: Giuffrè Editore, 2017, p. 204: “... così il concetto di spazio non abolisce il concetto di territorio nazionale, ma si aggiunge ad esso per chiarire che i territori nazionali che compongono l’Unione costituiscono un’unità geografica comune”.

2 Vale expor os inúmeros problemas de ordem interna e externa que o Reino Unido enfrentou durante o processo da sua saída da União Europeia (BREXIT) e as incongruências e incertezas quanto aos reflexos sociais, financeiros e políticos dessa decisão.

3 Em GIDDENS, Anthony – *Mundo em descontrol: o que a globalização está fazendo de nós*. Rio de Janeiro: Record, 2011, p. 23.

4 Em BECK, Ulrich – *A Europa alemã de Maquiavel a Merkel: estratégias de poder na crise do euro*. Lisboa: Edições 70, 2013, p. 33.

ou sequer possível a distinção clara entre o que é política interna ou externa⁵, daí a importância da cooperação⁶ entre Estados.

No caso do espaço europeu, embora seu processo de integração possa ser associado à Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA-1952), é de fato com o Tratado de Lisboa (2007) que se dá uma reorganização estrutural com a distribuição de competências da União europeia e a extinção do método intergovernamental de cooperação para a forma comunitária⁷. Assim, o Tratado de Lisboa não inova apenas no plano institucional e decisório, mas altera o conteúdo da atividade cooperacional ao consagrar o princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais, buscando a aproximação da base jurídica legislativa comum, reforçando os poderes do *Eurojust* e da *Europol*, bem como lançando os alicerces ao Ministério Público Europeu⁸.

Desta forma, a ideia do espaço de liberdade, segurança e justiça é garantido pela atuação conjunta da harmonização legislativa, do princípio do reconhecimento mútuo e da cooperação operacional⁹. Nessa estrutura há o compartilhamento de competências entre a União e os Estados membros, agora englobando todos os âmbitos do espaço de liberdade, segurança e justiça, permitindo a racionalização e sistematização de cada um desses setores¹⁰.

Na prática, a estrutura da cooperação internacional no espaço europeu pensada a partir do paradigma do princípio do reconhecimento mútuo resultou em dois mecanismos de cooperação muito importantes. O primeiro deles é o mandado de detenção europeu (*europaean arrest warrant*), que pretendia substituir o processo de extradição dentro do espaço

5 Segundo ZAKARIA, Fareed – *The post-american world*. New York: W. W. Norton & Company, 2008, p. 31: “num mundo globalizado, quase todos os problemas ultrapassam as fronteiras. Seja o terrorismo, seja a proliferação nuclear, as doenças, a degradação ambiental, as crises econômicas ou a escassez de água, não há questão que possa ser resolvida sem coordenação e cooperação entre muitos países. Contudo, enquanto a economia, a informação e mesmo a cultura se globalizaram, o poder político formal permanece firmemente nas mãos do estado-nação, apesar de o estado-nação se ter tornado menos capaz de resolver estes problemas de forma unilateral. E os estados estão a revelar cada vez menos vontade de se juntarem para resolver problemas comuns. À medida que o número de atores – governamentais e não governamentais – aumenta e o poder e a confiança nestes atores cresce, a probabilidade de acordo e de ação comum diminui. Este é o desafio principal levantado pela ascensão dos demais – evitar que as forças do crescimento global se tornem as forças da desordem e da desintegração globais”.

6 Segundo BECK, Ulrich – *A europa alemã. De Maquiavél a Merkievel...*, p. 50: “muitas coisas poderiam ser mais fáceis se as pessoas, as organizações que defendem determinados interesses e os políticos deixassem cair a ideia antiquada da soberania nacional e compreendessem que a soberania só poderá ser reconquistada a nível europeu – com base na cooperação, no acordo e na negociação”.

7 Em WEYEMBERGH, Anne – «La cooperazione giudiziaria e di polizia». In: KOSTORIS, Roberto E. *Manuale di procedura penale* ..., p. 212.

8 Em WEYEMBERGH, Anne – «La cooperazione giudiziaria e di polizia». In: KOSTORIS, Roberto E. *Manuale di procedura penale* ..., p. 215.

9 Em MOREDA, Nicolás Alonso – *Cooperación judicial em matéria penal em la Unión Europea: la “euro-ordem”, instrumento privilegiado de cooperación*. Pamplona: Thomson Reuters, 2016, p. 48.

10 Em MOREDA, Nicolás Alonso – *Cooperación judicial em matéria penal em la Unión Europea...*, p. 48-49.

européu e simplificar a entrega de pessoas condenadas¹¹. O segundo deles é a decisão europeia de investigação (*european investigation order*) em matéria criminal. Cada um desses mecanismos possui identidades próprias e por si só merecem estudo destacado, mas que foge do objeto pretendido no presente artigo. Contudo, vale assentar que se constituem em mecanismos de cooperação que partem da relação de reconhecimento mútuo entre as autoridades no contexto de integração regional, pois esse é justamente o contraponto e uma das especificidades próprias da realidade do MERCOSUL.

De maneira abrangente, o reconhecimento mútuo produz, juridicamente, dois efeitos principais: (i) cumprimento automático e sem controle de mérito de decisões judiciais decorrentes de um outro país, com (ii) o mínimo possível de hipóteses de denegação do cumprimento de medidas solicitadas. Esses dois efeitos, por si só, já geram na doutrina mais clássica do processo penal um grande receio, posto que desafiam os conceitos de soberania, território e jurisdição¹².

Contudo, mesmo que a ideia do reconhecimento mútuo seja aceita como estratégia apta a equilibrar o devido processo penal e a persecução penal da criminalidade transnacional, existem aspectos controversos que merecem enfrentamento mais aprofundado. Dentre eles, a barreira da previsão normativa em comum é o primeiro desafio que se apresenta, já que enfrenta a própria concepção clássica de Estado-nação no que diz respeito à ideia de soberania estatal. Sem dúvida, tratando-se de direito internacional, é inconcebível a imposição de norma internacional ao sistema interno sem a anuência por meio dos mecanismos formais e materiais¹³.

De maneira geral, nos blocos regionais de países, a internalização das normas dependerá, em primeiro lugar, do estágio de integração, influenciando diretamente no método de internalização com as regras específicas de acordo com a realidade de cada sistema jurídico. No caso da União Europeia, pela própria natureza jurídica (direito comunitário) e estrutura de funcionamento com diversas categorias de atos jurídicos (Regulamentos, Diretivas, Decisões, Recomendações e Pareceres) e fontes normativas (Parlamento, Conselho e Comissão), é de extrema relevância a identificação do instrumento normativo adequado. Só assim é possível saber quais os potenciais efeitos ao direito interno e comunitário, além da questão relacionada com a distribuição de competência da União ou dos Estados-membros.

O reconhecimento mútuo foi sendo construído ao longo dos anos junto com a integração regional dos sistemas jurídicos europeus, inicialmente mais abstratos até o presente

11 Em APRILE, Ercole – *Diritto Processuale Penale Europeo e Internazionale*. Padova: CEDAM, 2007, p. 60.

12 Em VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Do Mandado de Detenção Europeu*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 22.

13 Em REZEK, Francisco – *Direito internacional público*. Curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 102.

momento com a previsão expressa (art. 67,3, TFUE). Referida norma está contida no capítulo do espaço de liberdade, segurança e justiça. Assim, há uma clara relação entre a construção jurídica desse espaço comum com o reconhecimento mútuo das decisões judiciais em matéria criminal, um dependendo do desenvolvimento do outro.

Assim, possível conflito entre a norma da União e a Constituição interna de cada Estado membro resolve-se a partir de um dos princípios fundantes da União Europeia, segundo o qual há primazia do direito da União em detrimento ao direito interno, conforme ratificado pela Corte de Justiça¹⁴. Inclusive, tal premissa ficou firmada no julgamento do caso *Advocaten voor de Wereld vs. Leden van de Ministerraad* (C-303/05, CJ, 03/05/2007) que colocou em debate a Decisão-Quadro 2002/584/JAI (Mandado de Detenção Europeu) no que diz respeito a possibilidade de execução do MDE quando o fato não for considerado crime no Estado executor.

O *Case MERCOSUL* se apresenta bastante diferente, já que ainda há primazia da relação intergovernamental, demandando a internalização das normas a cada país do bloco. Ademais, não há um órgão com competência jurisdicional comum. Desta forma, o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, norma regulamentadora da cooperação judicial internacional em âmbito regional, necessitou ser internalizada pelos países signatários, conforme as especificidades de cada país¹⁵.

A este respeito, os órgãos com competência para produzir normas jurídicas no espaço do MERCOSUL são o Conselho do Mercado Comum (CMC), o Grupo Mercado Comum (GMC) e a Comissão de Comércio do Mercosul (CCM) que utilizam, respectivamente, as “Decisões”, as “Resoluções” e as “Diretivas” (art. 41, POP) como fontes jurídicas de caráter obrigatório aos países parte (art. 9, POP), normalmente dependendo da internalização. De maneira geral, a tomada de decisões dos órgãos requer consenso e a presença de todos países-parte, havendo obrigação (art. 38, POP) para que os próprios países tomem as medidas necessárias para cumprir as normas do MERCOSUL¹⁶.

14 Vid. SPENCER, John R. - «Mutuo Riconoscimento, armonizzazione e tradizionali modelli intergovernativi». In: KOSTORIS, Roberto E. *Manuale di procedura penale europea*. Milano: Giuffrè Editore, 2017, p. 325.

15 Datas de Aprovação: Argentina (-); Brasil (26/01/2000); Paraguai (23/12/1997); Uruguai (09/08/1999). Datas de Ratificação: Argentina (09/12/1999); Brasil (28/03/2000); Paraguai (20/01/1998); Uruguai (07/07/2000). Disponível em <http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=MXsvPjUVvqV+T8s+Xsz78Zg=&em=lc4aLYHVBodF+kNrtEvmZ96BovjLlzomcrZruYPcn8=> acesso em 28 jan 2021).

16 Dispõe o art. 40, do Protocolo de Ouro Preto: “Com a finalidade de garantir a vigência simultânea nos Estados Partes das normas emanadas dos órgãos do MERCOSUL previstos no artigo 2 deste Protocolo, deverá seguir o seguinte procedimento: i) Uma vez aprovada a norma, os Estados Parte adotarão as medidas necessárias para sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional e comunicarão as mesmas à Secretaria Administrativa do Mercosul; ii) Quando todos os Estados Parte tiverem informado a incorporação a seus respectivos ordenamentos jurídicos internos, a Secretaria Administrativa do Mercosul comunicará o feito a cada Estado Parte; iii) As normas entrarão em vigor simultaneamente nos Estados Parte 30 dias depois da data de comunicação efetivada

Este panorama geral revela que, inobstante apresentarem caminhos e metodologias normativas diferentes, tanto a União Europeia quanto o MERCOSUL possuem um *espaço de consenso e decisão* para formulação de normas comuns. Embora em cada um dos exemplos seja diferente o mecanismo normativo, o resultado final (elaboração de uma norma com vinculação a todos os membros) independentemente se o processo formal de incorporação se deu mediante ratificação (caso do MERCOSUL), ou direto (algumas hipóteses no caso da União Europeia).

Logo, situando a divergência no plano político-internacional, o tensionamento acaba sendo mitigado, pois o resultado principal é que haja a vinculação da norma aos países e a respectiva vigência em cada um dos ordenamentos jurídicos internos. Independentemente da forma em que é internalizada, a norma internacional ratificada pelo procedimento formal é suficiente para garantir um *standard* comum de validade/vigência ao conteúdo normativo internacional.

Não se pode olvidar, é claro, o problema que envolve o conflito interno entre a norma internacional ratificada e a previsão normativa interna de cada país. Contudo, esse problema não tem uma solução jurídica exclusiva, mas depende das forças políticas em ação em cada país. De fato, o fortalecimento ou não das normas internacionais de um bloco regional como o caso do MERCOSUL ainda exige esse componente.

2. A harmonização legislativa como justificativa à cooperação internacional

Outro ponto controverso ainda dentro do aspecto normativo é a necessidade de harmonização legislativa como condição à efetivação do princípio do reconhecimento mútuo e o conseqüente aprimoramento dos mecanismos de cooperação internacional jurídica em matéria criminal.

Mais uma vez a problematização se dá porque as premissas jurídicas em que estão assentados o reconhecimento mútuo e a cooperação judicial internacional não são compartilhadas pela maioria dos juristas. Aliás, importante ressaltar que a cooperação judicial internacional em matéria penal e seus desdobramentos compartilham uma zona de intersecção entre o direito internacional, direito criminal e as relações internacionais, de maneira que os institutos jurídicos nem sempre possuem a mesma lógica dogmática clássica (hermética).

A própria noção do princípio da territorialidade em matéria penal não tem mais a mesma aderência prática para solucionar problemas contemporâneos, diante de como se

.....
pela Secretaria Administrativa do MERCOSUL, nos termos anteriormente estabelecidos. Com este objetivo, os Estados Partes, dentro do prazo mencionado, darão publicidade do início da vigência das referidas normas, por intermédio de seus respectivos diários oficiais”.

apresenta a lógica da criminalidade transnacional, especialmente pensando a realidade dos blocos de integração regional. Resultado disso não precisa ser uma unificação, significando a imposição da mesma ordem jurídica, mas verdadeira “harmonização e coordenação da pluralidade” que “faça face à diversidade de sistemas jurídicos e das suas referências de valores”¹⁷.

Mais do que unificar um único instrumento, a contemporaneidade requer espaços de consenso para soluções conjuntas e coordenadas, aí residindo a harmonização¹⁸. Acerca da realidade do MERCOSUL, Raul Cervini já alertava acerca das impossibilidades teóricas e práticas do desenvolvimento de um eventual direito penal supranacional comunitário e, descartada, ao menos momentaneamente, toda a possibilidade jurídica, tanto do ponto de vista substantivo quanto adjetivo, de uma regulação penal supranacional comunitária.¹⁹

Essa posição se dá, principalmente, desde a constatação da (i) ausência de instâncias supranacionais no processo de tomada de decisões de parte dos órgãos do MERCOSUL; (ii) a não previsão de controle de legalidade dos atos editados pelos órgãos do MERCOSUL; (iii) um controle de controvérsias ainda precário; (iv) a ausência de controle parlamentar, claro e objetivo, das tomadas de decisão; e (v) a necessidade de internalização das normas, ou seja, falta de supranacionalidade dos atos normativos; entre outras críticas²⁰. Todavia, é importante destacar que muito se avançou nos pontos críticos apontados, nos últimos 20 anos, embora a falta de órgão normativo supranacional e solução de controvérsias pela via judicial, ainda são problemáticos no âmbito regional.

A unificação em um único estatuto penal é, de fato, inviável de ser operado na prática regional da América Latina. Contudo, é certo que a tutela dos bens jurídicos mais relevantes, os quais demandariam a operacionalização da cooperação judicial internacional já é compartilhada por todos os países, embora com alguma variação normativa quanto aos limites do núcleo, sujeitos, preceito secundário, etc.

A principal repercussão nesse aspecto se dá na possível necessidade de dupla incriminação como um dos requisitos à cooperação internacional. A primeira dificuldade já se estabelece na medida em que definir os limites de um tipo penal incriminador é uma tarefa bastante complexa e, compará-la com outro sistema jurídico resultaria em emprei-

17 Em VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Do Mandado de Detenção* ..., p. 27.

18 Em VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Do Mandado de Detenção* ..., p. 55, se pode ver que “a harmonização – que difere da unificação – ganha relevância por ser a via mais adequada à construção progressiva de uma política criminal europeia, além de que não podemos admitir a concretização do reconhecimento mútuo isoladamente sem que exista a diminuição de divergências das legislações penais(...)”.

19 Em CERVINI, Raúl e TAVARES, Juarez – *Princípios de cooperação judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 25.

20 Em CERVINI, Raúl e TAVARES, Juarez – *Princípios de cooperação judicial penal internacional* ..., p. 26-36.

tada hercúlea. Afinal, quais seriam os parâmetros para definir a equivalência dos tipos penais entre países diferentes? Todavia, vale a constatação de que a construção da ideia da necessidade de dupla incriminação nasce justamente para ser uma ferramenta impeditiva da cooperação, ainda na lógica fundada na noção de soberania estatal como classicamente concebida²¹. De fato, a ideia de dupla incriminação consiste na “exigência de que o fato objeto da cooperação seja qualificado como infração penal na legislação dos Estados cooperantes, bastando a convergência dos elementos essenciais, pouco importando o *nomen iuris* e a presença de outros elementos”²².

Com isso, privilegia-se a estrutura geral (tutela de um bem jurídico relevante) às características específicas e elementos adjacentes. E essa é a tendência a ser seguida no porvir da cooperação jurídica internacional, considerando a alteração substancial de uma cooperação de modelo requisitório para modelo ordenativo. Isso abarca a concepção de confiança entre os países como um dos sustentáculos da cooperação judicial contemporânea, especialmente pensando o espaço compartilhado de um bloco regional. Assim, a ideia da dupla incriminação, ou a necessidade de normas penais materiais compartilhadas nos mesmos termos, não encontra supedâneo prático. Por outro lado, do ponto de vista da norma processual, a ideia de harmonização ou coordenação pode se dar, alternativamente, por meio da cooperação judicial internacional, estruturada a partir do reconhecimento mútuo. A esse respeito, o espaço de diálogo dentro de blocos regionais de integração é bastante produtivo para se estabelecer novos mecanismos, justamente porque compartilham dificuldades e pretendem elaborar soluções conjuntas.

A harmonização legislativa, de modo geral, é uma aspiração que sempre teve lugar no direito internacional, mas cuja implementação tem se revelado problemática, especialmente no campo criminal, principalmente pela ausência de representatividade democrática²³. No *Case MERCOSUL*, desde o Tratado de Assunção (1991) existe um compromisso dos países em harmonizar suas legislações para fortalecer o processo de integração (art. 1.º, TA)²⁴.

21 Vid. BONDT, Wendy De – «Double criminality in international cooperation in criminal matters». In: VERMEULEN, G.; BONDT, W.; RYCKMAN, C. (eds.) *Rethinking international cooperation in criminal matters in the EU*. Antwerpen: Maklu, 2012, p. 109.

22 Em BECHARA, Fábio Ramazzini – *Cooperação jurídica internacional em matéria penal. Eficácia da prova produzida no exterior*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 154.

23 Referida crítica é apontada por Raúl Cervini há bastante tempo. De fato, o déficit democrático é um fator muito relevante no desenvolvimento da integração no MERCOSUL, já que, embora exista um Parlamento (PARLASUL), não há ainda uma aderência dos cidadãos com o sentimento de pertencimento a esse espaço, além, é claro, da falta de escolha por meio de sufrágio universal.

24 Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0350.htm> acesso em 28/01/ 2021.

Contudo, harmonização legislativa não significa, necessariamente, que a mesma norma deva existir em todos os países, mas que compartilhem – talvez em níveis diferentes, dependendo da área a que se refere – padrões normativos (*standards*) estabelecidos em conjunto e em nível internacional para orientar as normas internas. No que diz respeito às normas tributárias, por exemplo, essa aproximação acaba facilitada em razão da cultura e vontade política dentro do bloco de estabelecer padrões nesse âmbito.

Para os países parte do MERCOSUL já está consolidado um padrão mínimo de respeito a direitos fundamentais tendo como parâmetro o sistema interamericano de proteção²⁵. A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, 1969) é a norma para tutela de direitos fundamentais, vinculante a todos os países membros do MERCOSUL, apresentando um sistema de jurisdição e interpretação de competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)²⁶ e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH)²⁷. Além disso, vale destacar o compromisso democrático firmado entre os países parte do MERCOSUL e também a Bolívia e o Chile por meio do Protocolo de Ushuaia (1998), ao estabelecer que a “plena vigência das instituições democráticas é condição essencial para o desenvolvimento do processo de integração”²⁸. O referido protocolo é complementado pelo Protocolo de Assunção sobre compromisso com a promoção e proteção dos direitos humanos do MERCOSUL (2005)²⁹ e pelo Protocolo de Montevideo (2011)³⁰, o qual reforça o compromisso democrático no âmbito do MERCOSUL.

A controvérsia da falta de um regime normativo penal único, no atual estágio de desenvolvimento do MERCOSUL, não se resolve pela criação de um órgão supranacional com competência legislativa, mas pode se dar pela via da coordenação e harmonização de padrões comuns em todos os países parte. O dever de respeito à CADH é a linha que deve guiar as decisões judiciais em todos os países (controle constitucional e convencional),

25 Normativamente o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos é composto: (i) pela Carta da Organização dos Estados Americanos, 1948; (ii) pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, 1948; (iii) pela Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969; e (iv) pelo Protocolo Adicional à Convenção Americana em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1988. Vid., também, em MAZZUOLI, Valerio de Oliveira – *Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. Uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 19.

26 Examina as demandas individuais ou coletivas que dizem respeito a violações de direitos humanos constantes na CADH e que estejam sendo violados em algum Estado que a tenha ratificado.

27 Com competência consultiva e contenciosa, sua atuação está restrita aos Estados que reconhecem sua jurisdição, que é definitiva e inapelável nos termos da CADH em matéria contenciosa.

28 Disponível em <http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=ktUNNjkhCd6x6bSnkufaDA%3d%3d&em=lc4aLYHVBodF+kNrtEvsMZ96BovjLlZomcrZruYPcn8%3d> acesso em 28/01/2021.

29 Disponível em <http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=1%2frUWpYuZNnue7PIseEbYg%3d%3d&em=lc4aLYHVBodF+kNrtEvsMZ96BovjLlZomcrZruYPcn8%3d> acesso em 28/01/2021.

30 Disponível em <http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=dxmiRrluWRS5wpKilaX3qW%3d%3d&em=lc4aLYHVBodF+kNrtEvsMZ96BovjLlZomcrZruYPcn8%3d> acesso em 28/01/2021.

razão pela qual, os padrões mínimos ali estabelecidos já são exigíveis em todos os países parte. Vale ressaltar que com esse posicionamento quer-se referir que existe já consolidado um mecanismo compartilhado por todos os membros do MERCOSUL de controle de direitos fundamentais. Isso não significa que tal controle não pode/deve ser aprimorado em vários sentidos, mas que é um padrão comum a que todos os países devem observar, sendo possível alternativa a guiar ao estabelecimento do reconhecimento mútuo das decisões judiciais nesse âmbito regional.

3. O modelo horizontal de cooperação judicial internacional em matéria criminal, no MERCOSUL

No contexto geral apresentado, vale ainda destacar que a cooperação jurídica internacional classicamente se estabelecia por intermediação das relações diplomáticas entre os países, orientada principalmente pela reciprocidade³¹ e por uma burocracia típica de um momento ainda pautado pela desconfiança entre os Estados, reforçando as respectivas soberanias. A intensificação das interações internacionais e dos mecanismos de cooperação (carta rogatória e extradição, *v.g.*), fez com que se aprimorasse a máquina burocrática (técnica e jurisdicional) destinada exclusivamente ao processamento dos pedidos passivos e ativos. Essa realidade, marcada por um aumento exponencial de pedidos, especialmente na última década do século XX, implicou na concentração das atividades relacionadas à cooperação em órgãos administrativos, normalmente ligados ao poder executivo (Autoridades Centrais).

Os tratados internacionais passaram a prever a existência de Autoridades Centrais como forma de auxiliar e agilizar o processamento dos pedidos, centralizando em órgãos administrativos, os quais, após receberem os pedidos, os encaminhava às autoridades competentes ao cumprimento da medida (auxílio direto)³². De maneira geral, a atribuição das Autoridades Centrais se relaciona com o “recebimento e transmissão dos pedidos de cooperação jurídica, a análise da adequação destas solicitações quanto à legislação estrangeira e ao tratado que a fundamenta”³³, constituindo-se em instância de controle adminis-

31 Em RUSSEWSKY, Iris Saraiva – *O mandado de detenção na União Européia: um modelo para o Mercosul*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p. 23-24.

32 Cf. SAADI, Ricardo A. e BEZERRA, Camila C. – «A autoridade central no exercício da cooperação jurídica internacional». In: DEPARTAMENTO DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. *Manual de Cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2012, p. 22. Cf. Também a Convenção de Haia de Comunicação de Atos Processuais (1965).

33 Em SAADI, Ricardo A. e BEZERRA, Camila C. – «A autoridade central no exercício da cooperação jurídica internacional». In: DEPARTAMENTO DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. *Manual de Cooperação jurídica internacional ...*, p. 23.

trativo dos pedidos. Esse é o modelo mais comum e adotado pelo Brasil, embora o órgão destinado a ser Autoridade Central possa variar conforme estabelecido em cada acordo³⁴ firmado. Como regra, a função desempenhada pelas Autoridades Centrais procura facilitar o cumprimento dos pedidos, tornando o procedimento mais célere. Ocorre que a mencionada celeridade só faz sentido quando comparada com o trâmite da carta rogatória e da extradição, que são procedimentos muito mais morosos e que já foram as principais formas de cooperação internacional em matéria penal.

Não se ignora o avanço, especialmente na celeridade do processamento dos pedidos que o auxílio direto, por meio das Autoridades Centrais, teve na virada do século XXI. Contudo, permitir com que os sujeitos que estejam diretamente interessados na solicitação e execução das medidas intermedieiem os pedidos proporcionará maior eficácia no cumprimento do objeto do pedido, além de reduzir ao mínimo a intervenção por parte das autoridades do Poder Executivo³⁵ (controle político). Essas são as linhas de desenvolvimento da cooperação horizontal, cuja marca principal é a descentralização das tomadas de decisões, dando preponderância à interação entre as autoridades interessadas no cumprimento do pedido e excluindo, ao máximo, hipóteses de controle político/administrativo. Permitir o estabelecimento de cooperação internacional diretamente entre as autoridades interessadas, judiciais ou administrativas (Ministério Público, Polícias, etc.), contando com o auxílio – quando necessário – das Autoridades Centrais, fortalecerá o processo de celeridade e efetividade na execução das medidas.

Afinal, a simples celeridade sem atingir os objetivos propostos nos pedidos resulta, na verdade, em ineficácia das medidas cooperacionais. Na prática, a descentralização fornece o conteúdo claro do pedido e, por se tratar de órgãos da mesma classe (entre jurisdições, por exemplo), permite que a execução do pedido seja feita de forma mais adequada³⁶.

Existem duas razões principais à implementação dessa forma de cooperação descentralizada na contemporaneidade. A primeira é que a descentralização permitirá a exclusão da dimensão política e intergovernamental do escopo da cooperação em matéria criminal. Isso representará o mínimo desvio possível da finalidade contida na proposta de cooperação entre os atores jurídicos, fomentando o estabelecimento de confiança entre os Estados com menos interferência política³⁷. Em segundo lugar, o desenvolvimento da cooperação

34 Genericamente conhecidos como MLAT (*Mutual Legal Assistance Treaty* – Tratado de Assistência Jurídica Mútua).

35 Em MARTINEZ, Rosa Ana Morán – «La cooperación judicial internacional en el siglo XXI». In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Temas de cooperação internacional*. Brasília: MPF, 2016, p. 112.

36 Em BECHARA, Fábio Ramazzini – *Cooperação jurídica internacional em matéria penal...*, p. 28.

37 Em BONDT, Wendy, RYCKMAN, Charlotte e VERMEULEN, Gert – «Horizontalisation and decentralisation: Future perspectives on communication and decision making». In: VERMEULEN, G.; BONDT, W.; RYCKMAN, C. (eds.) *Rethinking international cooperation in criminal matters in the EU*. Antwerpen: Maklu, 2012, p. 185.

internacional na forma horizontal/descentralizada tem como vantagem a comunicação direta entre as autoridades envolvidas no pedido, o que proporciona maior rapidez e eficiência no cumprimento do objeto proposto³⁸.

Importante ressaltar que a ideia da descentralização e horizontalidade da cooperação não implica na extinção do papel das Autoridades Centrais, mas na restrição no processamento de pedidos de cooperação ao assessoramento e suporte às autoridades executoras. Assim, a estrutura geral da cooperação internacional continua sendo composta pelas Autoridades Centrais, mas com funções limitadas aos aspectos técnicos e não como canais obrigatórios por onde devam tramitar todos os pedidos.

A perspectiva de cooperação horizontal entre as autoridades nacionais, no caso, entre os países parte do MERCOSUL, possui alguns aspectos potencialmente dificultadores que merecem atenção na viabilização das medidas³⁹. Esses aspectos podem ser concentrados em (i) dificuldade na identificação da contraparte competente para execução do pedido; (ii) linguagem e tradução dos termos pedidos e respostas; e (iii) entraves técnicos na operacionalização dos pedidos.

Acerca da identificação da contraparte competente, além da possibilidade de contar com a assistência das Autoridades Centrais (como já mencionado), uma possibilidade é a especialização de grupos destinados a lidar com a cooperação e com competência para executar os pedidos. No caso do Brasil, o Tribunal Regional Federal da 4^a Região fixou, por meio da Resolução n.º 101, de 15 de agosto de 2014, que “Os pedidos de cooperação jurídica passiva em matéria penal, tanto por meio de carta rogatória quanto por meio de cooperação direta com intervenção judicial, encaminhados à Justiça Federal da 4^a Região serão processados, no âmbito da respectiva Seção Judiciária, pelos juízos da 7^a Vara Federal de Porto Alegre, da 7^a Vara Federal de Florianópolis e da 13^a Vara Federal de Curitiba”⁴⁰. Isso permite que a dinâmica do fluxo de comunicação seja ágil e apta a executar as medidas solicitadas. No exemplo citado, trata-se de medida dependente da chancela judicial, o que nem sempre ocorre, já que existe a possibilidade de pedidos para o cumprimento de medidas administrativas que poderiam ficar a cargo do Ministério Público ou das Polícias, diretamente.

No caso do MERCOSUL, com o processo de integração para a coordenação de ações na área criminal, essa dificuldade pode ser minimizada. A esse respeito, o Sistema de

38 Em BONDT, Wendy, RYCKMAN, Charlotte e VERMEULEN, Gert - «Horizontalisation and decentralisation...». In: VERMEULEN, G.; BONDT, W.; RYCKMAN, C.(eds.) *Rethinking international cooperation in criminal ...*, p. 185.

39 AMICIS, Gaetano De - «La cooperacione orizzontale». In: KOSTORIS, Roberto E. *Manuale di procedura penale europea*. Milano: Giuffrè Editore, 2017, p. 271.

40 Disponível em <https://www2.trf4.jus.br/trf4/diario/visualiza_documento_adm.php?orgao=1&id_materia=215111&reload=false> acesso em 28 jan 2021.

Intercâmbio de Informação de Segurança do MERCOSUL (SISME), criado pela MERCOSUL/CMC/DEC N.º 36/04 e atualizado conforme CMC/DEC N.º 17/17, considera “que para enfrentar as atividades do crime transnacional organizado é essencial contar com um ágil e oportuno intercâmbio de informação” (preâmbulo)⁴¹, e que o SISME se constitui em ferramenta ao intercâmbio de dados sobre bens (apreensão de veículos e armas), pessoas (pedidos de prisão, proibições e autorizações de entrada e saída de pessoas nacionais ou estrangeiras, etc.), podendo expandir-se para dados vinculados ao crime organizado transnacional, informações sobre embarcações, etc.⁴² O SISME pode ser alimentado com dados relacionados à cooperação judicial internacional, estabelecendo as contrapartes em cada um dos países, de acordo com a necessidade pontual dos pedidos de cooperação. Assim, essa ferramenta já pode solucionar, em grande parte, a dificuldade identificada, criando esquemas organizacionais das partes envolvidas na cooperação, facilitando o encaminhamento direto dos pedidos.

O segundo entrave diz respeito à linguagem e tradução dos documentos e pedidos. Ora, no contexto regional esse é um entrave de pouca repercussão pois, com a exceção do Brasil, os demais países adotam a língua espanhola (com variações locais). Para sanar essa dificuldade, o auxílio das Autoridades Centrais pode ser fundamental, embora o corpo especializado dos órgãos, como mencionado anteriormente, deveria ser composto por equipe que tenha aptidão nos dois idiomas oficiais do MERCOSUL, ou ainda, investimento na capacitação específica nessa área.

O benefício de ter apenas dois idiomas oficiais correntes, e com isso operacionalizar os pedidos a eles restritos, não é, a priori, compartilhado pela União Europeia, composta por 28 Estados Membros com 24 línguas oficiais diferentes⁴³. Assim, o intercâmbio acabou sendo concentrado, na prática, na língua inglesa, padronizando a forma de se comunicar⁴⁴.

Outra proposta que pode auxiliar na redução de ruídos de comunicação entre os países parte do MERCOSUL é a tradução, por meio de um corpo técnico especializado, das legislações pertinentes (Códigos de Processo Penal, Códigos Penais, etc.). Essa medida, para o futuro, também contribui ao intercâmbio técnico, integração e harmonização das legislações, aspirações contidas no Tratado de Assunção. De fato, o problema da tradução não se revela impeditivo, mas faz parte do processo de integração regional. O caminho natural

41 Disponível em <<https://www.mercosur.int/documentos-y-normativa/normativa/>> acesso em 28 jan 2021.

42 Anexo - Sistema de Intercâmbio de Informação de Segurança do MERCOSUL. GMC/RES N.º 26/01 - ART. 4.º, com atualização de 22/11/2018.

43 Disponível em <<https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/715cfcc8-fa70-11e7-b8f5-01aa75ed71a1>> acesso em 28/01/2021.

44 Em BONDT, Wendy, RYCKMAN, Charlotte e VERMEULEN, Gert - «Horizontalisation and decentralisation...». In: VERMEULEN, G.; BONDT, W.; RYCKMAN, C.(eds.) *Rethinking international cooperation in criminal ...*, p. 189.

com a maior integração nesse tema será a compreensão mais ou menos igualitária dos dois idiomas, mas até lá, as Autoridades Centrais podem fornecer o suporte técnico necessário para este desiderato.

Por último, os entraves técnicos (recursos humanos, treinamento e equipamentos) correspondem a uma dificuldade que está afeita a maior parte dos setores burocráticos na realidade regional. Tais dificuldades podem se dar no campo da disponibilidade de recursos humanos, na qualificação desses recursos (especialização e treinamento) e na limitação técnica propriamente dita (recursos informáticos, telefônicos, internet, etc.).

Importante destacar que, como já afirmado, o papel das Autoridades Centrais não é descartado no processo de cooperação internacional descentralizada. Aliás, exatamente nos entraves técnicos é que ela tem um papel fundamental para auxiliar o desenvolvimento das atividades e de tomadas de decisões, que devem permanecer com as autoridades descentralizadas.

Por razões óbvias, as questões técnicas à implementação da cooperação descentralizada deverá ser foco de investimento por parte dos países parte do MERCOSUL nas várias dimensões citadas. Mas isso é um desdobramento usual de qualquer aparelhamento burocrático, que no caso da cooperação internacional em matéria criminal, ainda poderá ter o suporte das Autoridades Centrais, que devem monitorar os pedidos, levantar dados estatísticos para auxiliar todo o processo.

No geral, o quadro proposto é favorável à implementação de uma cooperação internacional em matéria criminal na forma descentralizada, fundada no princípio do mútuo reconhecimento. Contudo, não se pode ignorar que existem alguns pedidos cooperacionais que demandam outro tratamento, constituindo, neste aspecto, exceções à regra da descentralização. Uma dessas exceções, pode ser a transferência de pessoas condenadas. Afinal, existe uma carga muito maior de responsabilidade no acolhimento ou não de pedidos de cooperação neste aspecto. Sem embargo, reconhecendo a possibilidade de exceções à regra da descentralização, a cooperação internacional em matéria criminal, de forma horizontal (diretamente entre autoridades nacionais), é a forma mais adequada e eficiente em alguns aspectos. No caso da busca e coleta de elementos probatórios, se constitui em mecanismo adequado ao desenvolvimento de atos cooperacionais.

É certo que a cooperação internacional ainda demanda muitas reflexões para sua efetiva expansão como um mecanismo seguro e confiável na persecução penal no âmbito do MERCOSUL. Em razão da dinâmica da criminalidade transnacional, requer-se esforços conjuntos e compartilhados para, superando a ideia de uma concepção hermética de Estado, viabilizar a solidariedade internacional na afirmação do Estado de Direito e na tutela dos direitos fundamentais.

II. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou apresentar um aparto geral sobre a cooperação jurídica internacional em matéria criminal no contexto do MERCOSUL. Por se inserir na dinâmica da criminalidade transnacional, naturalmente deve se mostrar como tema com muitas variáveis – além da velocidade da contemporaneidade – e com menor “estabilidade” do que os temas clássicos do Direito Criminal. Conscientes da limitação da abordagem e do recorte apresentado, buscou-se apresentar algumas reflexões sobre a realidade do MERCOSUL a partir de uma leitura do reconhecimento mútuo e da harmonização da legislação. Essa constatação é importante na medida em que evidenciam-se as características regionais próprias em contraponto ao modelo europeu. De fato, o processo de integração do MERCOSUL é bastante diferente do que acontece no espaço europeu, mas a realidade de permeabilidade das fronteiras, somada à expansão da criminalidade transnacional, impõe medidas compartilhadas pelos países. A persecução penal necessita se equilibrar nessa tênue linha entre integração de mercados e intersecção de jurisdições para dar uma resposta que seja condizente com os parâmetros democráticos e de respeito dos direitos humanos.

Nessa perspectiva é viável a harmonização da legislação criminal dos países a partir do respeito ao eixo comum: Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH). Naturalmente, há diversos fatores complicadores, especialmente relacionados com uma concepção clássica de Estado nação, fechado, já não mais adequado à realidade contemporânea. A esse respeito, preconiza-se a desnecessidade ou a redução ao mínimo possível das hipóteses de limitação da cooperação judicial internacional com base na ideia de dupla incriminação, apenas. Isso porque os sistemas de justiça do MERCOSUL já tutelam (com ressaltos específicas e alguns critérios diferentes) a grande maioria dos bens jurídicos relacionados com a criminalidade transnacional. Por isso, se faz mister reduzir ao máximo as possibilidades controle político das hipóteses de denegação de pedidos de cooperação, não raras vezes tranvestidas de “técnicos”, mas que, na verdade, representam “tecnicismos” acrílicos.

Assim, defende-se a viabilização de alternativas para que a cooperação se dê no espaço do MERCOSUL de forma horizontal e descentralizada, sem desprezar o relevante papel das Autoridades Centrais, mormente no que pertine à facilitação do processamento dos pedidos. Faz-se mister, porém, buscar a racionalização da cooperação judicial como instrumento da *persecutio criminis*, mas também da proteção dos direitos fundamentais, para além do controle político. São reflexões que estão abertas ao diálogo crítico-constructivo, representando ideias desenvolvidas a partir de pesquisa científica consciente da finitude

e limitação metodologia, temporal e prática. E por isso, pretende trazer o tema à tona para discussão e contribuição de novas pautas de pesquisa que possam surgir.

REFERÊNCIAS

- AMICIS, Gaetano De – «La cooperacione orizzontale». In: KOSTORIS, Roberto E. *Manuale di procedura penale europea*. Milano: Giuffrè Editore, 2017.
- APRILE, Ercole – *Diritto Processuale Penale Europeo e Internazionale*. Padova: CEDAM, 2007.
- BECHARA, Fábio Ramazzini – *Cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BECK, Ulrich – *A Europa alemã de Maquiavel a Merkievel: estratégias de poder na crise do euro*. Lisboa: Edições 70, 2013.
- BONDT, Wendy De – «Double criminality in international cooperation in criminal matters». In: VERMEULEN, G.; BONDT, W.; RYCKMAN, C.(eds.) *Rethinking international cooperation in criminal matters in the EU*. Antwerpen: Maklu, 2012.
- CERVINI, Raúl e TAVARES, Juarez – *Princípios de cooperação judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GIDDENS, Anthony – *Mundo em descontrolo: o que a globalização está fazendo de nós*. Rio de Janeiro: Record, 2011.
- MARTINEZ, Rosa Ana Morán – «La cooperación judicial internacional en el siglo XXI». In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Temas de cooperação internacional*. Brasília: MPF, 2016.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira – *Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. Uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MOREDA, Nicolás Alonso – *Cooperación judicial em matéria penal em la Unión Europea: la “euro-ordem”, instrumento privilegiado de cooperación*. Pamplona: Thomson Reuters, 2016.
- REZEK, Francisco – *Direito internacional público*. Curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2011.
- RUSSOWSKY, Iris Saraiva – *O mandado de detenção na União Européia: um modelo para o Mercosul*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.
- SAADI, Ricardo A. e BEZERRA, Camila C. – «A autoridade central no exercício da cooperação jurídica internacional». In: DEPARTAMENTO DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. *Manual de Cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.
- SPENCER, John R. – «Mutuo Riconoscimento, armonizzazione e tradizionali modelli intergovernativi». In: KOSTORIS, Roberto E. *Manuale di procedura penale europea*. Milano: Giuffrè Editore, 2017.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Do Mandado de Detenção Europeu*. Coimbra: Almedina, 2006.
- WEYEMBERGH, Anne – «La cooperazione giudiziaria e di polizia». In: KOSTORIS, Roberto E. *Manuale di procedura penale europea*. Milano: Giuffrè Editore, 2017.
- ZAKARIA, Fareed – *The post-american world*. New York: W. W. Norton & Company, 2008.

Paridade e género: uma nova igualdade no desporto

Parity and gender: a new equality in sport

PATRÍCIA CARDOSO DIAS*

padias@autonoma.pt

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845

Volume XXI · 1st July Julho – 31st December Dezembro 2020 · pp. 95-143

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXI.2.6>

Submitted on September 22th, 2020 · Accepted on November 10th, 2020

Submetido em 22 de setembro, 2020 · Aceite a 10 de novembro, 2020

RESUMO: A organização das competições desportivas encontra-se subordinada a um critério binário de género. Esta disposição é o reflexo heteronormativizado e hierarquizado socialmente construído que, conforme se verá, encontra respaldo na discursividade igualitária formal. A igualdade de género dita que se acatelem as diferenças que caracterizam a espécie humana, por oposição a um modelo persecutório de neutralidade que não assegura as diversas manifestações do exercício do direito fundamental à diferença que, em bom rigor, é expressão do princípio da igualdade material. A discriminação indireta que se infere do resultado eminentemente exclusivo e segregador das atletas transgénero femininas e com diferenças no desenvolvimento sexual é premissa para uma compreensão alargada do conceito de género e do papel fundamental que a paridade pode significar na concretização da igualdade material no âmbito das competições desportivas profissionais. A eliminação das categorias binárias desportivas, enformada pelo substrato da paridade para uma real igualdade de género com recurso a um sistema de *handicap* para determinação dos fatores relevantes em cada modalidade desportiva, é assim promotora de uma justiça distributiva meritocrática no desporto, promovendo simultaneamente a desconstrução misógina que subjaz ao padrão hetero binário socialmente instituído, que responde à preocupação das atletas transgénero femininas e com diferenças no desenvolvimento sexual apresentarem uma vantagem injusta em relação às atletas cisgénero.

PALAVRAS CHAVE: Género; Igualdade; Paridade; Transgénero.

* Mestre em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa “Luís de Camões”. Doutoranda em Direito na Universidade Autónoma de Lisboa “Luís de Camões”.

ABSTRACT: The organization of sports competitions is subject to a binary gender criterion. This disposition is the heteronormatized and socially constructed hierarchical reflex that, as will be seen, finds support in formal egalitarian discourse. Gender equality dictates that the differences that characterize the human species be guarded against, as opposed to a persecutory model of neutrality that does not ensure the various manifestations of the exercise of the fundamental right to difference, which, strictly speaking, is an expression of the principle of material equality. The indirect discrimination that can be inferred from the eminently exclusive and segregating result of female transgender athletes and with differences in sexual development is a premise for a broader understanding of the concept of gender and the fundamental role that parity can play in the realization of material equality in the context of competitions professional sports. The elimination of binary sports categories, shaped by the substrate of parity for real gender equality using a handicap system to determine the relevant factors in each sport, is thus promoting meritocratic distributive justice in sport, while promoting deconstruction misogynist that underlies the socially instituted hetero binary pattern, which responds to the concern of female transgender athletes and with differences in sexual development, present an unfair advantage over cisgender athletes.

KEY WORDS: Gender; Equality; Parity; Transgender.

INTRODUÇÃO

A solução que se encontrar para a inclusão das atletas transgénero e com diferenças no desenvolvimento sexual nas competições desportivas irá definir nos enquanto sociedade. Será, de igual forma, o reflexo do Estado Democrático de Direito que reputamos harmonizado com o quadro multidimensional de proteção jurídica de direitos humanos.

O que caracteriza a pessoa humana, na sua incomensurável diversidade, é a pertença à espécie humana. A natureza intrínseca da pessoa é a humanidade, é a pertença a esta espécie que não admitirá, a breve ou mais extenso trecho, a sua subordinação categorizada ou hierarquizada em todos os domínios fácticos em que se reflete o livre desenvolvimento da personalidade humana. A pessoa é, *per se*, liberdade. O livre exercício desta não carece pois de justificação. Justificadas terão de ser sim quaisquer restrições à projeção da pessoa.

Porque o sexo anatómico não determina a identidade pessoal, este tem assim de ser entendido no quadro do direito à identidade de género. Semelhante correspondência

encerraria a pessoa humana a uma dimensão morfológica que desconsideraria a infinita diferença que ela própria encerra em si.

A emergência de um direito fundamental à diferença é, neste sentido, expressão da igualdade material que desconhece a hegemonia heteronormativa hierarquizada. Esta apenas é conhecida pelas construções sociais que a edificam e que são reproduzidas pela ordem normativa objetiva.

A igualdade que se procura alcançar necessariamente terá de atender aos destinatários ilimitadamente diversos na sua existência e convivência, consigo próprios e com os outros, atenta a natureza eminentemente social da pessoa, adensando-se a precisão de preservação da diferença.

O princípio da igualdade percorreu um longo e tortuoso caminho que conduziu ao reconhecimento da igualdade de gênero. Igualdade que ainda não se encontra verdadeiramente alcançada formal e materialmente, mas que convoca concomitantemente o reconhecimento de um direito à diferença, que deve ser integrado em políticas de direito anti discriminatório, e que necessariamente terá de adensar-se na sua matriz fundante de respeito social coletivo.

Compete ao Direito, em relação de reciprocidade com as demais áreas da ciência, conformar-se e acompanhar a evolução do conhecimento, oferecendo o seu manifesto contributo para a desconstrução das identidades heteronormativas.

O Direito e os direitos são os mesmos para todas as pessoas, são assexuados. O impulso legiferante em questões de gênero terá, assim, de criar ou recriar as condições necessárias para o exercício dos mesmos considerando esta matriz fundante que é gênese dos direitos fundamentais da personalidade que, em bom rigor, são a razão de ser do Direito.

A concretização do princípio da dignidade da pessoa humana está assim intrinsecamente ligada aos mecanismos operativos do livre desenvolvimento da personalidade, do qual é expoente no objeto de análise deste texto o direito à identidade e autodeterminação de gênero.

O exercício concreto deste fundamental direito pode ter expressões materiais difusas, entre as quais o exercício do direito ao desporto e ao exercício físico, designadamente, no desporto profissional de competição que, em resultado eminentemente oposto ao que seria o paradigma de justiça desportiva, se tem evidenciado segregador para as atletas transgénero femininas e com diferenças no desenvolvimento sexual.

A proposta de reflexão subjacente ao texto é de eliminar as categorias de gênero binário nas competições desportivas, o que se impõe por força da própria tutela geral da personalidade, partindo da premissa de que a igualdade material de resultado é alcançada por via da atualização da interpretação da paridade, resultante de uma sincrónica e diacrónica

adequação ao conceito de género no quadro de proteção dos direitos humanos contemporâneo.

Em ordem a alcançar o objetivo geral de justificar a eliminação das categorias binárias de género na organização das competições desportivas, partimos da necessária compreensão da humanidade assexuada e da incompatibilidade com o poder de autodeterminação que é a própria pessoa com a sua redução a um sexo pré-determinado e objetivo meramente morfológico.

Resulta, para este efeito, ser necessário legitimar o direito fundamental à identidade e autodeterminação pessoal de género, radicado do direito fundamental à diferença, à luz do contributo transdisciplinar científico que enforma as criações normativo-jurídicas.

Neste desiderato, o princípio da igualdade e a sua concretização não poderá ser conciliado com a estigmatização, segregação e desigualdade em resultados práticos, pelo que a igualdade formal e material não se poderá adstringir a instrumentos transitórios que não considerem a perpetuidade da espécie humana assexuada e infinitamente diversa.

Convoca-se, assim, a paridade enquanto nova forma de igualdade para acautelar a tutela diferenciada que urge ser reconhecida às atletas transgénero femininas e com diferenças no desenvolvimento sexual e que, concomitantemente, promoverá o desporto de competição a sede de verdadeira justiça inclusiva, porquanto permitirá de igual forma a elegibilidade de atletas de género não binário.

Na verdade, conforme se demonstrará, o tradicional argumento da testosterona, que até ao presente tem consistido no “melhor” argumento de discriminação indireta, não é aceitável à luz da sistemática dos direitos humanos fundamentais, porquanto não se poderá admitir que um/a atleta apenas possa competir se estiver em igualdade condições de perder a competição.

É a igual dignidade de todas as pessoas que determina que se reconheça a lotaria genética natural e o livre desenvolvimento da personalidade de género no desporto profissional de competição, que não se pode furtar, no âmbito de uma boa governança desportiva, ao cumprimento integral do desiderato do primado da pessoa humana.

É esta a razão de ser do Direito: proteção da pessoa e criação de condições para que se desenvolva livremente. Este paradigma poderá ser alcançado com a eliminação de categorias nas competições desportivas com recurso a um proporcional sistema de *handicap* que atenda às características efetivamente relevantes para cada modalidade desportiva.

O modelo proposto poderá conduzir a que muitas competições, do ponto de vista do resultado, sejam organizadas binariamente, mas já não será este o *kick off* de origem, admitindo-se por esta via a participação de todo/as atletas de acordo com um modelo de meritocracia como impõe a própria verdade desportiva.

A pessoa humana é muito mais que um corpo, é ser em devir, exige-se por isso ao Direito a conformação normativa com a dimensão ética, ontológica e axiológica da pessoa. Um verdadeiro Estado Democrático de Direito não autocompraz com uma igualdade meramente formal: a paridade é por isso uma das vias para a igualdade material nas questões de género.

1. Da (des)construção da identidade jurídica de sexo bio-anatómico ao género: a crónica de uma humanidade sexuada

O Direito, enquanto ordem objetiva, é o meio de produção e reprodução das construções sociais, é um fenómeno humano e social (daqui decorre o brocado latino *ubi ius ibi societas*)¹.

Por conseguinte, o próprio Direito objetivo tem contribuído significativamente para a construção das relações de género heteronormativas, orientadas pelo pressuposto de sexo binário (feminino e masculino) que, tendencialmente, evidenciam uma assimetria social entre o homem e a mulher.

É, por isso, particularmente relevante a definição da UNESCO quanto ao género: «Gender roles and expectations are learned. They can change over time and they vary within and between cultures. Systems of social differentiation such as political status, class, ethnicity, physical and mental disability, age and more, modify gender roles. The concept of gender is vital because, applied to social analysis, it reveals how women's subordination (or men's domination) is socially constructed. As such, the subordination can be changed or ended. It is not biologically predetermined nor is it fixed forever»².

A valoração endereçada à diferenciação na construção da identidade jurídica feminina e masculina promoveu a justificação clássica para o tratamento desigual das pessoas radicado na sua diferença biológica e anatómica^{3 4 5}.

1 ASCENSÃO, José de Oliveira – *O Direito. Introdução e Teoria Geral*. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 23-29.

2 UNESCO – Unesco's Gender Mainstreaming Implementation Framework for 2002-2007 – Basic Definitions of Key Concepts and Terms, p. 17.

3 Veja a este propósito a redação do art.º 1605.º do Código Civil, revogado recentemente pela Lei N.º 85/2019, de 3 de setembro, que considerava lícito à mulher contrair novas núpcias passados cento e oitenta dias apenas, e se, obtivesse uma declaração judicial de que não se encontrava grávida ou que tivesse tido algum filho depois da dissolução, declaração de nulidade ou anulação do casamento anterior; se os cônjuges estivessem separados judicialmente de pessoas e bens e o casamento se dissolvesse por morte do marido, podia ainda a mulher celebrar segundo casamento decorridos cento e oitenta dias sobre a data em que transitou em julgado a sentença de separação, se obtivesse uma declaração judicial de que não se encontrasse grávida ou tivesse tido algum filho depois daquela data.

4 BELEZA, Teresa Pizarro – *Direito das Mulheres e da Igualdade Social. A Construção Jurídica das Relações de Género*. Coimbra: Edições Almedina, 2010, p. 88.

5 Vera Lúcia Raposo identifica três etapas fundamentais na compreensão dos conceitos de igualdade e desigualdade. Na primeira, relacionando-se a diferença com a desigualdade, operou-se uma verdadeira

A heteronormatividade parte da premissa que homens e mulheres são intrinsecamente diferentes, encontrando-se, todavia, subjacente a esta conceção a tradicional prevalência do “homem” em relação à “mulher”, devendo esta adaptar-se às regras de regime criadas sob a égide do padrão masculinizado⁶.

O paradigma igualitário, nas declarações que sobre o mesmo versam, fornecem artificialmente os termos de comparação da discursividade heteronormativa⁷ se não se apresentarem densificados por um critério de igualdade fáctica.

Em bom rigor, a discursividade igualitária formal das mais diversas áreas – *v.g.* jurídica⁸, médica⁹, religiosa¹⁰ – reforça a criação de identidades normativas binárias, vislumbrando-se a estigmatização, mais ou menos velada, face às diversas perceções sociais e

.....
hierarquização valorativa entre seres superiores e inferiores, entendendo-se, *rectius*, as mulheres como seres negativamente diferentes; na segunda, a igualdade relacionou-se com a identidade, passando a entender-se que todos tinham direito a ser tratados como iguais na exata medida em que cumprissem os critérios da identidade, realçando-se nesta fase as semelhanças entre as pessoas como forma de obstar às desigualdades suscitadas na primeira etapa; na terceira etapa a diferença assume-se como um fator correlativo com a igualdade, assumindo-se por princípio que todos gozam do direito a ser tratados de forma igual, proporcionalmente às suas diferenças, de forma a promover a realização de cada necessidade pessoal. Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – «Paridade, a Outra Igualdade». In: *Ciências Jurídicas Civilísticas: Comunitárias; Económicas; Empresariais; Filosóficas; Históricas; Políticas; Processuais*. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 572.

- 6 A hegemonia masculina no desporto, suportada por uma desigualdade socialmente construída, é em bom rigor tolerada conforme resulta da recessão crítica a *Sex Segregation in Sports: Why Separate is Not Equal*. «(...) a wrestler [sic] in 2011 who refused to compete against a girl in a collegiate tournament; he did so purely based on her sex. Their question was, why would a male wrestler be applauded for refusing to compete against a woman, when would have been condemned for his choice were it based on race, sexual orientation, or nationality?». SAPPENFIELD, Kourtney – Adrienne Miller and Jomills Braddock II: *Sex Segregation in Sports: Why Separate is Not Equal*, p. 2479.
- 7 A igualdade de género é, assim, uma das prioridades globais da UNESCO, encontrando-se em curso o designado *UNESCO Priority Gender Equality Action Plan for 2014-2021*, cuja construção e garantia da igualdade de género como princípio de direitos humanos e fundamento da democracia, tem como objetivo o alcançar de uma igualdade substantiva (na vertente jurídica e de facto).
- 8 A identidade jurídica de acordo com o sexo bio anatómico é atribuída à nascença, conforme resulta das disposições conjugadas no n.º 1 do art.º 101.º – A (requisitos gerais) e alínea b) do n.º 1 do art.º 102.º (requisitos especiais), às quais acresce a exigência prevista na alínea a) do n.º 2 do art.º 103.º (todos do Código do Registo Civil) em relação à composição do nome próprio, que não deve suscitar dúvidas sobre o sexo do registando.
- 9 SCHWEND, Amets Suess – «Trans Health Care from a Despathologization and Human Rights Perspective». In: *Public Health Reviews*. Vol. 41, N.º 3, (2020), pp. 2-3; «No geral, os médicos e alunos de medicina assumem que têm pouca ou nenhuma preparação no que concerne à abordagem em contexto clínico da orientação sexual e de assuntos relacionados com a identidade de género. (...). O facto de nos movimentarmos numa sociedade hétero e cisnormativa cria desigualdades importantes para todos aqueles que se sentem excluídos desta «normalidade». No contexto clínico o tema é tanto mais importante quanto pode condicionar o grau de exposição e de confiança do doente perante os profissionais de saúde, o que em última análise nos afasta de uma saúde centrada no doente e nos coloca perante uma situação de não respeito pelo princípio da equidade.». Cfr. MACEDO, Ana – *Identidade de Género e Orientação Sexual na Prática Clínica*. Lisboa: Edições Sílabo, 2018, pp. 66 e 68.
- 10 Em 2019 o Vaticano publicou um documento da Congregação para a Educação Católica, cujo título é “Homem e Mulher os Criou”, cuja matriz antropológica cristã conservadora apela, naturalmente, à manutenção adstrita da identidade pessoal à diferença biológica entre masculino e feminino. Cfr. CONGREGAÇÃO para a Educação Católica – *Homem e Mulher os Criou*.

culturais da diferença (*v.g.* raça, etnia, religião, hábitos de vida) entre seres humanos em relação à padronização do género feminino e masculino.

Com efeito, e não obstante a profícua promoção enquanto tarefa fundamental do Estado¹¹, o reforço da heteronormatização binária encontra imediatamente amparo nos fundamentos constitucionais na prossecução da igualdade entre homens e mulheres. A norma constitucional impõe, neste sentido, a eliminação de desigualdades formais e materiais por via do impulso legislativo, o que apenas se alcança com a continua densificação da igualdade de género enquanto vertente do princípio da igualdade.

Com Ana Macedo afirma-se que «Alargando este conceito podemos dizer que os padrões heteronormativos transcendem a orientação sexual e são também cisnormativos dado que incluem a identidade de género (cisgénero) e a definição binária de género, mesmo nas sociedades que se assumem como tolerantes e abertas à diversidade, quer em termos sociais quer em termos legais.»¹².

A hegemonia heteronormativa comporta, assim, duas consequências imediatas: a primeira, promove a discriminação por via da estigmatização daquilo que se afasta do padrão socialmente normalizado; a segunda, reifica a reprodução cíclica de padrões normalizados, determinando um “esforço acrescido” de (aparente) tolerância para com características diferenciadas que não são incorporadas *ab initio* no desenvolvimento social e cultural da pessoa humana¹³.

As declarações sobre a igualdade são, nestes termos, estranhas à percepção da diferença constitutiva dessa mesma diferença, porquanto partem de uma homogeneidade binária heteronormativa dirigida a destinatários infinitamente diferentes¹⁴.

Com efeito, cremos que o “caminho a percorrer” pelo princípio da igualdade hodiernamente, implicará abandonar o tradicional paradigma igualitário de neutralidade (que atende particularmente ao que une as pessoas entre si e não ao que as separa), para se aproximar de um paradigma diferenciado, preservando a diferença, *rectius*, por via da criação de regimes jurídicos adequados à preservação das particularidades de cada ser humano.

Neste sentido, delineando uma política de direito anti discriminatório e visando salvaguardar o direito à autodeterminação pessoal com o conseqüente reconhecimento dos direitos dele decorrentes em relação às pessoas transgénero (tais como o reconhecimento

11 Alínea h) do n.º 1 do art.º 9.º da Constituição da República Portuguesa.

12 MACEDO, Ana – *Identidade de Género e Orientação ...*, p. 65.

13 «A heteronormatividade pressupõe uma visão do mundo na qual há padrões clássicos de feminino e masculino e onde a orientação sexual de referência é a heterossexual, sendo a relação e tratamento das pessoas homossexuais adaptado daquilo que é assumido para as pessoas heterossexuais.». Cfr. MACEDO, Ana – *Identidade de Género e Orientação ...*, p. 65.

14 BELEZA, Teresa Pizarro – *Direito das Mulheres e da Igualdade Social...*, pp. 90-91.

da sua identidade de género e o direito a ser tratada e identificada de acordo com ela), a Resolução 2048 do Conselho Europeu de 2015 recomendava que cada Estado Membro ponderasse o desenvolvimento de procedimentos céleres e transparentes em relação ao procedimento de mudança de menção de sexo e nome próprio no registo civil, a eliminação de requisitos prévios quanto à esterilização ou quaisquer outros tratamentos médicos de afirmação de género, diagnósticos de saúde mental ou a possibilidade de inclusão de um terceiro género nos documentos de identificação daqueles que assim o desejassem^{15 16}.

Não é, nestes termos, de estranhar que um direito fundamental à diferença venha a ganhar expressão reforçada em alguns ordenamentos jurídicos, designadamente, no que concerne ao direito à autodeterminação da identidade e expressão de género e do direito à proteção das características sexuais¹⁷ que, com a inerente garantia jurídica, assegura que a pessoa não abdique de o ser em liberdade e de se transformar naquilo que é ou naquilo que vai sendo.

Nem todos os seres humanos, atendendo ao conhecimento científico de outras áreas, são necessariamente homens e mulheres enquadrados em categorias objetivas e pré-determinadas¹⁸, tratando-se de um fenómeno humano comum e culturalmente diverso.

Assinala-se assim o potencial e pertinência das normas, particularmente as constitucionais, na construção da perceção coletiva da igualdade de género, assegurando um direito à diferença, enquanto dimensões fundamentais do princípio da igualdade.

Na verdade, é a experiência histórica que demonstra que a proclamação e a consagração constitucional do princípio da igualdade dependem da realidade constitucional vivenciada em cada cultura cívica, pelo que a sua realização legislativa e aplicação prática padecem das refrações decorrentes do âmbito social e valores pré adquiridos.

Daqui resulta a importância da precisão dos conceitos. Os conceitos, ainda que não consolidados ou suscetíveis de reformulação, exercem a pertinente função de conduzir o pensamento, indicando de igual forma a realidade social e valores que “observam” para a sua construção.

15 CONSELHO Europeu – Recomendação 2048.

16 Na Nova Zelândia, nos casos em que não é possível determinar o sexo à nascença, o registo civil prevê a possibilidade de inscrição com “sexo indeterminado”, sendo que em 2012 foi incluída a designação “X” nos documentos de identificação de pessoas em processo de afirmação de género; na Austrália, desde 2003, é possível a designação de género “X” para todas as pessoas adultas e não só para pessoas com sexo indeterminado; na Alemanha, em 2017, o Tribunal Constitucional pronunciou-se quanto à existência de um terceiro género, decidindo que o registo civil e a identidade civil apenas são expressão da identidade pessoal se coincidirem entre si, pelo que o terceiro género é baseado na identidade pessoal e não no sexo biológico.

17 A título de exemplo, em Portugal, a LEI N.º 38/2018, de 7 de agosto, que estabelece o direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e o direito à proteção das características sexuais de cada pessoa.

18 Neste mesmo sentido a *WORLD Professional Association for Transgender Health – Standarts of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender-Nonconforming People*, pp. 4-5.

2. Relevância do rigor terminológico: sexo, género, identidade de género, transgénero

A igualdade, abstrata e concreta, não se tem alcançado da mera consagração constitucional enquanto princípio, mas do equilíbrio que vem sendo encontrado entre a justiça concreta e o direito à diferença que resultou reconhecido por via das lutas travadas pela igualdade por aqueles que se encontravam (ou encontram) marginalizados.

Se, como refere Jorge Miranda, os direitos são os mesmos para todos, mas nem todos se encontram em igualdade de condições para os exercer «(...) é preciso que essas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem»¹⁹.

A criação ou recriação destas condições, no desiderato da equidade para o exercício de direitos que se prossegue na ponderação da (re)construção do género no desporto encontra, necessariamente, a sua matriz fundante no rigor terminológico que se alcança transdisciplinarmente das ciências médica, ética, sociológica e jurídica.

É o complexo destas áreas do conhecimento que permitem o desenvolvimento da capacidade individual e coletiva anti discriminatória²⁰ – conceito elástico e mutável, que varia diacronicamente e sincronicamente – minorando-se a conhecida clivagem intolerante em relação ao transgenismo.

O sexo, feminino e masculino, é o resultado expresso da observação dos órgãos sexuais externos²¹ (caraterísticas sexuais primárias). É definido de acordo com as caraterísticas biológicas, anatómicas, genéticas e reprodutivas da pessoa. Neste sentido, regra geral, o cariótipo consistente com o sexo feminino apresenta-se com a designação 46 XX e o masculino 46 XY²².

19 MIRANDA, Jorge – *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. *Direitos Fundamentais*. 4.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 241.

20 O direito anti discriminatório é aplicável em diversas situações, como seja o ingresso em estabelecimento de ensino ou no mercado de trabalho, relevando de igual forma neste domínio que particularmente nos interessa agora analisar. Originariamente o conceito de discriminação significava distinguir ou diferenciar de forma neutra. Hodiernamente é expressão de intolerância, associada a preconceitos e conotações pejorativas, significando o discriminar uma diferenciação negativa. RAPOSO, Vera Lúcia – *O Poder de Eva. O Princípio da Igualdade no Âmbito dos Direitos Políticos; Problemas Suscitados pela Discriminação Positiva*. Coimbra: Edições Almedina, 2004, pp. 291-299.

21 Seja no momento do nascimento, seja em momento anterior através dos meios de diagnóstico pré-natal.

22 HIRSCHBERG, Angelica Lindén – Female Hyperandrogenism and elite sports. *Endocrine Connections Review*. P. 84-85; Contudo, existem composições cromossômáticas inferiores a 46, tais como as pessoas diagnosticadas com a Síndrome de Turner, cuja variação consiste num cariótipo 45 XO, bem como composições superiores a 46, como é o caso da Síndrome de Klinefelter em que o cariótipo é 47 XXY. Cfr. SCHULTZ, Jamie – «Caster Semenya and the “Question of Too”: Sex Testing in Elite Women’s Sport and the Issue of Advantage». In: *Quest*. N.º 63, (2011), pp. 230-231.

A este propósito cumpre convocar as situações de diferenças no desenvolvimento sexual (DDS)²³, nas quais se enquadram as pessoas que apresentam variações na anatomia das características sexuais primárias e secundárias, inicialmente designadas hermafroditas, posteriormente intersexo²⁴. As DDS compreendem assim atipicidades do sexo morfológico, bem como situações congénitas respeitantes ao desenvolvimento cromossómico e das gónadas (ovários e testículos)²⁵.

Se uma atipicidade da anatomia das características sexuais primárias externas é relativamente apreensível, o mesmo não se poderá afirmar em relação às demais DDS cujas variações podem consistir em alterações cromossómicas e hormonais.

Com efeito, algumas mulheres e homens nascem com diferenças no desenvolvimento sexual, diagnóstico que tanto se pode verificar precocemente à nascença ou na infância, como na adolescência ou durante a vida adulta. A forma de apresentação precoce resulta, regra geral, de casos de ambiguidade genital, mas pode ser observada em apresentações tardias variáveis²⁶.

A DDS de desconformidade do fenótipo e de cariótipo masculino 46 XY de gónadas não descendentes, mas funcionais, na correspondência com o sexo morfológico feminino podem, assim, resultar de variações cromossomáticas e hormonais que determinam um nível de produção endógena de testosterona idêntica à das pessoas com morfologia humana masculina não diagnosticadas com DDS. Neste caso, se os recetores de androgénio forem funcionais, o desenvolvimento da massa muscular, da glândula mamária, a alteração da voz ou a distribuição da gordura corporal tornar-se-ão semelhantes aos verifi-

23 Esta nomenclatura sucedeu a diversos termos que, além de pouco precisos cientificamente, socialmente eram alvo de associações pejorativas, tais como pseudo-hermafroditas, sexo reverso, intersexo. Cfr. LEE, Peter A., HOUK, Christopher P., AHMED, S. Faisal; [et. al.] - «Consensus Statement on Management of Intersex Disorders. *Pediatrics*». In: *Pediatrics*. N.º 118, (2006), p. 488. Inerente a todas as ciências é a evolução diacrónica pelo que desde 2016 se tem vindo a discutir a adoção de um termo médico que reflita as sensibilidades das pessoas com DDS, flexível para receber e conformar-se com os resultados dos estudos que se vão desenvolvendo e que simultaneamente contribua para a consolidação do conhecimento científico nesta área. Cfr. LEE, Peter A.; NORDENSTRÖM, Arlene; HOUK, P. Christopher P. - «Global Disorders of Sex Development Update since 2006: Perceptions, Approach and Care». In: *Hormone Research in Pediatrics*. N.º 85/3, (2016), pp. 159-160.

24 «Em termos de desenvolvimento sexual ao nível biológico a maioria das pessoas nasce com uma anatomia e fisiologia típica de sexo feminino ou de sexo masculino. No entanto, cerca de 1% das pessoas nasce com características atípicas, seja ao nível genético, ao nível dos órgãos sexuais ou do desenvolvimento das gónadas». Cfr. MACEDO, Ana - *Identidade de Género e Orientação ...*, pp. 22 e 73; Em relação à especificidade das pessoas intersexo a nível cromossomático, cfr. SAX, Leonard - «How Common is Intersex? A Response to Anne Fausto-Sterling». In: *The Journal of Sex Research*. Vol. 39, N.º 3.

25 HIRSCHBERG, Angelica Lindén - «Female Hyperandrogenism and elite sports». In: *Endocrine Connections Review*. N.º 9. (2020), p. 83.

26 MACEDO, Ana - *Identidade de Género e Orientação ...*, p. 77.

cados num corpo humano masculino, pese embora o fenótipo se identifique com o género feminino²⁷.

Outra tipologia de DDS a ser considerada é a provocada pela deficiência da enzima 5 α -reductase do tipo 2, resultante de uma mutação cromossomática que não permite a transformação da testosterona em di-hidrotestosterona. Neste caso, ainda que se verifique a presença de gónadas não descendentes, bem como a produção de níveis de testosterona comuns num corpo morfologicamente masculino sem DDS, atento o não desenvolvimento do órgão sexual masculino por força da deficiência enzimática, a identificação tem por referência o género feminino²⁸.

Em ambos os casos de DDS, indivíduos morfologicamente femininos, revelam uma virilização progressiva que pode ser mais ou menos acentuada.

Há ainda que considerar a síndrome de insensibilidade ao androgénio que pode ser total (CAIS²⁹) ou parcial (PAIS³⁰). Esta é causada por uma mutação do gene recetor de androgénio no cromossoma X, que determina em grau diverso a acentuação da virilização nas pessoas com cromossoma XY. Nos casos de insensibilidade total, ainda que se identifiquem gónadas não descendentes e níveis de testosterona considerados regulares num corpo humano masculino médio, a ausência de resposta androgénica determina um diminuto nível de virilização, identificando-se o indivíduo regularmente por referência ao género feminino; já nos casos de insensibilidade parcial, o desenvolvimento do fenótipo poderá variar, pelo que poder-se-ão observar indivíduos do género feminino mais masculinizadas e indivíduos do género feminino mais efeminados³¹.

Os casos descritos não podem ser confundidos com situações de não conformidade de género. Em bom rigor, o denominador comum que se encontra para a não conformidade de género e as diferenças no desenvolvimento sexual é apenas a ausência de fatores exógenos.

27 HIRSCHBERG, Angelica Lindén – «Female Hyperandrogenism ...». In: *Endocrine Connections Review*, p. 84.

28 HIRSCHBERG, Angelica Lindén – «Female Hyperandrogenism ...». In: *Endocrine Connections Review*, pp. 84-85; Mutação cromossomática relevante é também a observável na ineptidão da conversão da androstenediona em testosterona em resultado do défice apresentado na enzima 17 β -hidroxisteroide desidrogenase do tipo 3. Nestes casos a morfologia externa é variável, sendo que tipicamente estes indivíduos são cromossomaticamente XY, mas apenas durante a puberdade, com a produção endógena mais acentuada de androgénio se processa a progressão, ou não, da virilização, não obstante ser-lhes comumente atribuído o género feminino à nascença.

29 Síndrome de insensibilidade completa aos androgénios.

30 Síndrome de insensibilidade parcial aos androgénios.

31 Diagnosticada com esta condição médica foi a atleta espanhola María José Martínez-Patiño cuja anatomia corporal, órgãos sexuais primários e identidade de género eram tipicamente femininas, mas que geneticamente foi considerada um homem, porquanto o cariótipo cromossomático identificado foi 46XY. Cfr. SCHULTZ, Jamie – «Caster Semenya and the “Question of Too”: Sex Testing in Elite Women’s Sport and the Issue of Advantage», In: *Quest*, p. 234; HIRSCHBERG, Angelica Lindén – «Female Hyperandrogenism ...». In: *Endocrine Connections Review*, p. 84.

As diferenças no desenvolvimento sexual definem-se como situações congénitas nas quais o desenvolvimento cromossomático, das gónadas ou da anatomia morfológica sexual é atípica.

A identidade de género corresponde ao género com o qual a pessoa se identifica, radican-do de uma vivência eminentemente interna e individual, e através da qual se expressa, ou não, diariamente (expressão de género, por exemplo, através da roupa, do corte de cabelo, dos desportos praticados, comportamentos)^{32 33}.

Esclarecendo «A identidade de género é definida pelo sentimento próprio e subjetivo relativamente a pretender um determinado género para si próprio (...). Em termos de identidade de género um indivíduo pode assumir-se como feminino ou masculino, no espetro feminino ou no espetro masculino, ou *genderqueer*. As pessoas podem assumir uma identidade de género indefinida, uma identidade que se sobrepõe ao género masculino e feminino, uma identidade sem um género ou terem uma identidade de género fluida, que se movimenta através do espetro do género, num contínuo entre o feminino e o masculino»^{34 35 36 37}.

32 O acrónimo LGBTQI integra uma diversidade de indivíduos e de manifestações de personalidade, incluindo populações cuja identidade se baseia na orientação sexual e na identidade de género, compreendendo atualmente as pessoas intersexo e *gender queer*.

33 «La causalidad de *trans*, que las/os diferencia de mujeres y varones cis, consiste en la falta de correspondencia entre el género autopercebido y el asignado conforme a la anatomía genital en el nacimiento (...). Para las/os entrevistadas/os el género de una persona puede ser femenino o masculino, pero esto depende de la autopercepción de cada individuo y no de la anatomía genital. La presencia de genitales que no se corresponden con el género autopercebido, así como el haber realizado una transición desde el género asignado hacia el autopercebido, sólo cualifican el género de un individuo como «trans». Cf. GODOY, Gabriel César – «La Identidad de Género Trans: Una Construcción Relacional y Contextualizada (San Luiz, Argentina, 2013-2015)». In: *Athenea Digital*. ISSN 1578-8946. Vol. 19, N.º 3, (2019), p. 10.

34 ««Gender has been described as a person's internal sense of "gendered self" and place in the world. Gender differs from physiological sex traits and is not defined by external genitalia. Rather, gender is a construct of an individual's own gender identity». BASS, Megan; GOZALEZ, Luis J.; COLIP, Leslie; [et. al] – «Rethinking Gender: The Nonbinary Approach». In: *AM J Health-Syst Pharm*. [sl]. Vol. 75, N.º 22, (2018), p. 1821.

35 MACEDO, Ana – *Identidade de Género e Orientação ...*, p. 21.

36 Espectro de género é a classificação que considera que o género se estabelece num contínuo entre feminino e masculino, opondo-se à classificação binária, é comumente designada género fluido ou *queergender*; a pessoa que se defina como não tendo género ou de género neutro designa-se agénero, tratando-se de uma forma de identidade de género não binária; a disforia de género consiste no diagnóstico DSM-5 atribuído a pessoas cuja identidade de género não corresponde ao sexo e género atribuídos à nascença provocando sofrimento ou desconforto causado por aquela discordância. BASS, Megan; GOZALEZ, Luis J.; COLIP, Leslie; [et. al] – «Rethinking Gender: The Nonbinary Approach». In: *AM J Health-Syst Pharm*. [sl]. Vol. 75, N.º 22, (2018), p. 1821; MACEDO, Ana – *Identidade de Género e Orientação ...*, p. 43.

37 Sustentando que a identidade de género transgénero consiste numa construção relacional, que requer um trabalho consistente e permanente de auto percepção e que se encontra socioculturalmente condicionada, por oposição à concetualização da identidade de género transgénero enquanto produção e processo volitivo eminentemente pessoal, conferir GODOY, Gabriel César – «La Identidad de Género Trans: Una Construcción Relacional y Contextualizada (San Luiz, Argentina, 2013-2015)». In: *Athenea Digital*. Vol. 19, N.º 3, (2019).

Designam-se cisgénero as pessoas que se identificam com a categoria de género que corresponde às características anatómicas sexuais que determinaram a especificação do sexo no modelo binário³⁸.

Já o termo transgénero é empregue para descrever diversas identidades e expressões de género que não se identificam com as características biológicas visíveis, não se conformando com o estereotipo social de homem e mulher³⁹, não sendo relevante a pessoa ter iniciado ou pretender iniciar o processo de transição ou cirurgia de afirmação de género.

O adjetivo transsexual, que na verdade consiste numa designação desadequada porque muitas pessoas não experimentam um processo de transição porque nunca reputaram para si o género consignado à nascença, refere-se às pessoas transgénero feminino ou masculino que tenham realizado tratamento hormonal ou cirúrgico de afirmação de género.

Os procedimentos médicos de afirmação de género estão assim vocacionados para pessoas com identidade de género diferente do sexo atribuído à nascença, mas com identidade binária, pelo que os tratamentos (alguns reversíveis e outros irreversíveis) prosseguem alcançar as características sexuais primárias e secundárias do género com o qual a pessoa se identifica⁴⁰.

Por conseguinte, importa ter presente que a pessoa transgénero não tem necessariamente de experimentar um processo de afirmação de género⁴¹ com recurso a terapias hormonais ou intervenções cirúrgicas⁴², o que é aliás reforçado com o reconhecimento de identidades de género não binárias.

O género pode ser definido como o conjunto de características psicológicas, sociais, culturais e comportamentais normalmente associadas ao sexo anatómico feminino ou masculino⁴³.

38 BIANCHI, Andria – Something Got to Give: Reconsidering the Justification for a Gender Divide in Sport. In: *Philosophies*. [sl]. Vol. 4, N.º 23, (2019).p. 2.

39 «A transgender person identifies with a gender that differs from their sex, where a person's sex is usually assigned at birth and based on factor such as hormones and reproductive systems». BIANCHI, Andria – «Something Got to Give: Reconsidering the Justification for a Gender Divide in Sport». In: *Philosophies*, p. 2.

40 WORLD Professional Association for Transgender Health – Standarts of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender-Nonconforming People, pp. 12-25, 37-52.

41 SCHWEND, Amets Sues – «Trans Health Care from a Despathologization and Human Rights Perspective». In: *Public Health Reviews*. Vol. 41, N.º 3, (2020), p. 6.

42 WORLD Professional Association for Transgender Health – Standarts of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender-Nonconforming People, pp. 9-11.

43 «Gender refers to the roles and responsibilities of men and women that are created in our families, our societies and our cultures. The concept of gender also includes the expectations held about the characteristics, aptitudes and likely behaviours of both women and men (femininity and masculinity).». Cfr. UNESCO – Unesco's Gender Mainstreaming Implementation Framework for 2002-2007 – Basic Definitions of Key Concepts and Terms, p. 17.

Concretizando, por um lado «O género é composto pela identidade individual, pela expressão dessa identidade e pela forma como tanto a identidade auto percebida como a sua expressão se relacionam com os papéis de género tradicionais de cada sociedade», por outro lado, o sexo biológico (coordenado com a anatomia visível), atribuído à nascença, respeita ao corpo e à componente genética que o integra⁴⁴.

Encontra-se por isso alguma imprecisão em António Menezes Cordeiro ao afirmar que «O ser humano é uma espécie sexuada. Os indivíduos de cada um dos sexos distinguem-se, fácil e imediatamente, pelo aspecto geral, pela postura, pelos gestos. (...) A diferenciação dos sexos constitui um dos grandes sortilégios da humanidade»⁴⁵, atenta a adstrição ao facto anatómico que revela.

Não é líquido que os indivíduos de cada sexo se distingam fácil e imediatamente, tratando-se por isso de uma afirmação imprecisa que não corresponde à realidade fáctica, porquanto a frequente associação entre a não conformidade de género e a cirurgia de afirmação de género não se verifica em todas as pessoas. Na verdade, esta associação resulta de uma padronização binária da medicina que estabelece uma associação entre o corpo e o sexo anatómico, desconsiderando as diversas opções quanto ao corpo no qual a não conformidade de género se vivência, e que parece não atender à fluidez do espectro de género⁴⁶.

A cirurgia de afirmação de género, com a inerente alteração das características sexuais primárias e secundárias, bem como as terapias hormonais, consistem em procedimentos médicos enquadrados, não raras vezes, no âmbito do diagnóstico da disforia de género⁴⁷, que nem sempre são observados em todas as pessoas transgénero⁴⁸, uma vez que consis-

44 MACEDO, Ana – Identidade de Género e Orientação Sexual na Prática Clínica. P. 19, 43; Em relação aos conceitos de sexo e género ver também BELEZA, Teresa Pizarro – *Direito das Mulheres e da Igualdade Social...*, pp. 63-66.

45 CORDEIRO, António Menezes – *Tratado do Direito Civil Português*. Tomo IV. *Parte Geral*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 417.

46 SCHWEND, Amets Süss – «Trans Health Care from a Despathologization and Human Rights Perspective». In: *Public Health Reviews*, p. 6.

47 «Gender dysphoria involves a conflict between a person's physical or assigned gender and the gender with which he/she/they identify. People with gender dysphoria may be very uncomfortable with the gender they were assigned, sometimes described as being uncomfortable with their body (particularly developments during puberty) or being uncomfortable with the expected roles of their assigned gender.

People with gender dysphoria may often experience significant distress and/or problems functioning associated with this conflict between the way they feel and think of themselves (referred to as experienced or expressed gender) and their physical or assigned gender». Cfr. AMERICAN Psychiatric Association – *Help With Gender Dysphoria*.

48 WORLD Professional Association for Transgender Health – *Standarts of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender-Nonconforming People*, pp. 8-9.

tem em cuidados de saúde que podem ser adotados de forma individualizada ou em conjunto de acordo com o destinatário concreto dos mesmos⁴⁹.

Esta hegemonia conceptual acentuadamente binária encontra-se de igual forma em Mafalda Miranda Barbosa que, aparentemente, tolerando específicas “situações patológicas” de não conformidade de género, não admite o reconhecimento pelo ordenamento jurídico do direito à identidade de género como parte integrante do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, sustentando, num raciocínio que se tem por necessariamente equivocado, que «(...) um direito à autodeterminação e à identidade de género conduz à destruição da pessoa, (...) o suposto direito (...) que se invoca (apenas alicerçado num querer arbitrário) inexistente»⁵⁰.

Parece neste argumento ficar quedado ao esquecimento o árduo caminho percorrido pela despatologização do transgenismo, *rectius* do transsexualismo, particularmente na última década, que conduziu a uma alteração do modelo de cuidados de saúde e da conformação jurídico-normativa que se exige em relação às pessoas transgénero.

A premência da criação de um quadro internacional de princípios ético orientadores de um plano de proteção multidimensional de direitos humanos fundamentais respeitantes à orientação sexual, identidade e expressão de género e salvaguarda das características sexuais, determinou a adoção de instrumento de *soft law*, The Yogyakarta Principles⁵¹, considerando o profícuo contributo que um quadro de proteção ético-legal apresenta para a desconstrução dos preconceitos culturalmente instituídos e para a despatologização da não conformidade de género⁵².

49 «Gender-affirmative health care can include any single or combination of a number of social, psychological, behavioural or medical (including hormonal treatment or surgery) interventions designed to support and affirm an individual's gender identity». Cfr. WORLD Health Organization - WHO/Europe brief - transgender health in the context of ICD-11; Não obstante a remoção do catálogo de transtornos mentais na 10.^a edição do ICD, o processo de afirmação de género figura ainda como transtorno de saúde mental no DSM-5 da American Psychiatric Association; SCHWEND, Amets Suess - Trans Health Care from a Despathologization and Human Rights Perspective. *Public Health Reviews*, pp. 2, 9; Em sentido próximo, mas não totalmente coincidente, mas reforçando a dissociação entre a incongruência de género e a cirurgia de afirmação de género Sharon Cowan refere que «Forcing subjects to live in a binary and dichotomous sex and gender system leads to a discourse of “mistakes”. Developing a legal and social framework that does not attempt to “freeze” sex and gender, is the only way to recognise the complexity of sexual subjectivity». Cfr. COWAN, Sharon - «“Gender is No Substitute for Sex”: A Comparative Human Rights Analysis of the Legal Regulation of Sexual Identity». In: *Feminist Legal Studies*. N.º 13, (2005), p. 93.

50 BARBOSA, Mafalda Miranda e ÁLVAREZ, Tomás Prieto - *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*. Coimbra: GestLegal, 2020, pp. 111 e 114. Admitem, contudo, o reconhecimento de um direito à identidade sexual em casos muito particulares.

51 The Yogyakarta Principles foi adotada em 2007, a última atualização verificou-se em 2017, sendo conhecida como The Yogyakarta Principles Plus 10.

52 SCHWEND, Amets Suess - «Trans Health Care from a Despathologization and Human Rights Perspective». In: *Public Health Reviews*, pp. 3-4.

Sob este propósito, a incongruência de gênero constava do capítulo reservado às patologias de saúde mental e comportamentais do International Classification of Diseases (ICD) desde 1975, todavia em 2018 transitou para o capítulo de condições relacionadas com a saúde sexual⁵³, promovendo a diminuição do estigma associado a um grupo de pessoas que enfermam uma população diversificada e não inerentemente doente.

O sexo, enquanto elemento biológico determinado e objetivo foi ultrapassado pela construção sociológica de gênero. Reclama-se por isso a intervenção do ordenamento jurídico, não apenas a título residual, mas a título constitutivo do acolhimento de uma perspectiva não binária do sexo e do gênero de acordo com a auto percepção da pessoa sobre si mesma.

A igualdade de gênero não pode assim ser reduzida a uma igualdade morfológica e sexualmente sexuada. A sua proclamação e alcance material exige, assim, que se considere a diversidade de gênero, sendo esta a única via de cumprimento substantivo do primado da pessoa humana, referencial ético e axiológico da dignidade que lhe é imanente.

O apanágio da igualdade aplicada ao gênero, no seu sentido primário, cumpre a sua finalidade enquanto não sustentar a estigmatização, a segregação e a desigualdade. Ora, pessoas transgênero são expostas a reiteradas violações da sua integridade que radicam dos padrões heteronormativos instituídos, pelo que se impõe o reconhecimento e consagração da existência de outras manifestações do reduto último de privacidade da pessoa humana e livre desenvolvimento da sua personalidade para além do artificial dualismo sexuado.

O conceito de igualdade de gênero terá assim de evoluir e adaptar-se sincronicamente ao conceito de gênero, harmonizado com o reconhecimento da diversidade e expressão de gênero enquanto direito humano e do qual radica uma dimensão protetiva que desloca a perspectiva muito adstrita à pessoa sexuada para o repúdio dos comportamentos sociais e culturalmente construídos discriminadores da diferença individual em que consiste a pessoa ser em devir.

3. Do direito à identidade pessoal ao direito à autodeterminação de gênero: anatomia assexuada do direito matriz ao livre desenvolvimento da personalidade humana

O direito à identidade pessoal enquanto garantia de identificação de cada pessoa como indivíduo, singular e irrepitível, não deve deixar de ser interpretado em harmonia com o

53 WORLD Health Organization – International Classification of Diseases.

direito ao livre desenvolvimento da personalidade, enquanto manifestação da dignidade intrínseca que é reconhecida à pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, valor anterior à própria ideia de Estado de Direito Democrático, é por isso referencial primário de direitos fundamentais que lhe asseguram uma expressão mais definida.

A consagração constitucional do direito ao livre desenvolvimento da personalidade⁵⁴ representa sobretudo a consagração de um direito à liberdade da pessoa em relação à sua individualidade, donde no bem jurídico tutelado necessariamente se encontram as diferenças dessa individualidade⁵⁵.

Não se cinge, contudo, à dimensão individual da diferença, porquanto lhe é inerente uma dimensão social que resulta de uma interação com as outras pessoas. A natureza social do desenvolvimento da personalidade exige, assim, o estabelecimento de um quadro normativo que materialize as condições de desenvolvimento da personalidade, não se bastando enquanto garantia de não ingerência na liberdade individual de estabelecimento de diferenças, mas sobretudo enquanto exigência ao legislador de tutela da integridade da liberdade geral de ação da pessoa⁵⁶ consistente com a garantia de desenvolvimento de uma individualidade autónoma e livre.

O princípio geral de respeito pela dignidade da pessoa humana e desenvolvimento da sua personalidade são por isso a sede fundamental do direito geral de personalidade que assegura uma proteção absoluta da pessoa, proteção que se opera não apenas por via da tutela da personalidade, mas também da realização efetiva da personalidade.

O direito geral de personalidade é, assim, um direito à pessoa no seu todo, «(...) não apenas como ser mas como ser em devir e, por consequência, no seu próprio poder de autodeterminação (...)»⁵⁷, um verdadeiro direito à liberdade e à existência, atenta a sua dimensão dinâmica (não estática), inesgotável e ilimitável. A ilimitabilidade e inesgotabilidade da personalidade exigem, desta forma, a garantia de condições essenciais para que o indivíduo seja verdadeiramente pessoa, que não se auto comprazem apenas com o direito geral de personalidade e os direitos especiais da personalidade⁵⁸ enquanto mecanismos operativos dos direitos fundamentais.

54 N.º 1 do artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa.

55 PINTO, Paulo da Mota – *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais – Estudos*. Coimbra: GestLegal, 2018, p. 17.

56 PINTO, Paulo da Mota – *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais – Estudos*, pp. 21-25.

57 CARVALHO, Orlando de – *Teoria Geral do Direito Civil*. 3.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 106.

58 «(...) o direito geral da personalidade é o seu direito-matriz fundante, aquele em que esses direitos enraizam, pois os «objectos» deles são antes projecções do objecto verdadeiro desta tutela jurídica, que é a personalidade no seu todo», *vide*, CARVALHO, Orlando de – *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 206.

Os direitos de personalidade enformam posições jurídicas fundamentais da pessoa pelo simples facto de o ser, são aspetos imediatos de exigência de integração da pessoa, da sua dimensão individual e social dinâmica, revelando emanações do conteúdo essencial da sua personalidade humana agénero, não se tratando já a identidade de género e a não conformidade de género de liberdades inominadas, mas antes de direitos de exigir de outrem o respeito pela própria personalidade.

Com Jorge Miranda, referindo-se aos direitos de personalidade, entendemos que, de igual forma, a identidade e a não conformidade de género «(...) têm por objecto, não algo de exterior ao sujeito, mas modos de ser físicos e morais da pessoa ou bens da personalidade física, moral e jurídica ou manifestações particulares da personalidade humana ou da defesa da própria dignidade»⁵⁹.

O direito à identidade pessoal, integrado no núcleo dos direitos da personalidade, caracteriza o ser humano enquanto pessoa individualizada, diferenciando-a de todas as outras, com uma historicidade e vivência pessoal, que são expressão do direito a que cada pessoa viva em concordância consigo mesma. Ora, esta concordância é também expressão do direito à liberdade de consciência que se manifesta nas suas opções e manifestações particulares de vivência.

Compreende-se, assim, a imanente dependência entre o direito à identidade pessoal e o direito à autodeterminação e expressão de género, porquanto aquela será a manifestação exterior de uma vivência interna, eminentemente pessoal. A auto percepção da pessoa sobre si mesma é progressiva e, por isso, dinâmica, impondo-se não só um modelo de tutela diferenciado que acompanhe o desenvolvimento da personalidade humana, mas de igual forma a criação de condições que assegurem materialmente a dimensão legal, social e física do corpo e da identidade de género que dele radica⁶⁰.

O ser humano na sua vivência pessoal, consigo mesmo e com os outros, é infinitamente diversificado, sendo a variabilidade de género uma manifestação desta diversidade. Os estereótipos de género e o estigma associados à não conformidade de género variam de acordo com a padronização de normas sociais e culturais, donde o preconceito e discriminação associados à marginalização também se apresentam em grau diverso, refletindo-se nas pessoas de forma mais ou menos acentuada. Daqui resulta o facto de a disforia de género não ser comum a todas as pessoas que experimentam uma vivência de não conformidade de género.

59 MIRANDA, Jorge – *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. *Direitos Fundamentais*, pp. 66-67.

60 CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada* – Volume 1. 4.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 464.

A disforia de género consiste no sofrimento ou desconforto sistemático causado pela discordância entre a identidade de género auto percebida e o papel ou função atribuído socialmente ao sexo atribuído à nascença de acordo com as características sexuais primárias e secundárias⁶¹.

Importa por isso ter presente que a experimentação da discriminação social⁶² é elemento compulsório do desenvolvimento de patologias de saúde mental, nas quais se inclui a disforia de género ou a transfobia internalizada⁶³, e não a própria não conformidade de género.

Não se encontram, assim, razões contrárias atendíveis para que a pessoa seja identificada por subsunção a uma categorização binária de sexo anatómico uma vez que seja auto percebida a não concordância com a sua identidade de género.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, dimensão daquele direito geral de personalidade e postulado axial de respeito pela dignidade da pessoa humana, implica o reconhecimento de um espaço de liberdade e realização pessoal que convoca a criação de condições efetivas para realização da personalidade⁶⁴.

Justifica-se, neste sentido, que a identidade civil, compreendida na identidade pessoal, postule o reconhecimento jurídico da identidade de género por via da mudança de sexo e nome próprio inscrito no registo civil, sem a antecedência de cirurgia de afirmação de género⁶⁵, porquanto a identidade civil só será expressão da identidade pessoal se com ela coincidir.

61 WORLD Professional Association for Transgender Health – Standarts of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender-Nonconforming People, pp. 4-6, 95-97.

62 SCHWEND, Amets Sues – «Trans Health Care from a Despathologization and Human Rights Perspective». In: *Public Health Reviews*, p. 5.

63 A transfobia internalizada consiste no desconforto pessoal com a auto percepção sobre a não conformidade de género de acordo com as expectativas sociais normativizadas em relação ao género. WORLD Professional Association for Transgender Health – Standarts of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender-Nonconforming People, p. 97.

64 «O direito ao desenvolvimento da personalidade recolhe, assim, no seu âmbito normativo de protecção, duas dimensões: (a) *formação livre de personalidade*, sem planificação ou imposição estatal de modelos de personalidade; (b) *protecção da liberdade de acção* de acordo com o projecto de vida e a vocação e capacidades próprias e (c) *protecção da integridade da pessoa* para além do art. 25.º, tendo sobretudo em vista a garantia da esfera jurídico-pessoal no processo de desenvolvimento». Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa...* – Volume 1, p. 463.

65 A cirurgia de afirmação de género, também designada de redesignação de género, modifica as características sexuais primárias e secundárias, encontrando-se integrada no processo de transição entre o género associado ao sexo morfológico que foi atribuído à nascença para o género com o qual a pessoa se identifica, consistindo num ato médico fundamental para mitigar a disforia de género. O processo de transição é variável e individualizado não incluindo necessariamente a cirurgia de afirmação de género, podendo apenas consistir na feminilização ou masculinização do corpo através de terapias hormonais. WORLD Professional Association for Transgender Health – Standarts of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender-Nonconforming People, pp. 95-97; Para efeitos de reconhecimento do direito à identidade pessoal de género cumpre ainda assinalar a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), que no âmbito do processo n.º 13343/87

Trata-se, com efeito da passagem da igualdade formal programática para uma igualdade material preceptiva, assente numa integração normativa de igualdade constitutiva de uma estrutura social alicerçada na ideia de justiça real.

Não se trata, pois, de imputar ao Direito o acolhimento de uma ideologia de género que visa subverter a natural diferenciação sexual, conforme sustenta Mafalda Miranda Barbosa⁶⁶, porquanto entendemos que é a própria posição ético-axiológica que radica na pessoa humana que convoca a disciplina normativa do Direito e que se impõe pela necessária tutela geral da personalidade no que concerne a direitos humanos fundamentais.

4. Do princípio da igualdade à crítica do paradigma igualitário

São pilares do sistema de direitos humanos a liberdade, a igualdade e a solidariedade enquanto mecanismos de garantia contra quaisquer formas de discriminação no gozo dos direitos humanos⁶⁷, assumindo o princípio da igualdade a qualidade de princípio jurídico fundamental densificador do próprio conceito de Estado de Direito Democrático e Social^{68 69}.

Não se tratando de um instrumento juridicamente vinculativo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) não deixa de enunciar e precisar paradigmáticos princípios de respeito pela pessoa e pela sua dignidade, de tal forma que alguns deles elevaram-se a princípios de *ius cogens*^{70 71}. É, para todos os efeitos que aqui relevam, o caso do princípio da igualdade.

.....
que opunha uma cidadã transgénero feminina à república francesa decidiu em 1992, pela primeira vez, que a recusa dos Tribunais franceses em autorizarem a alteração do género e nome inscrito no registo civil consistia numa violação do direito sobre a reserva da intimidade da privada, em virtude da disparidade entre o sexo constante daquele registo e o “sexo” vivido pela recorrente, colocando-a frequentemente em circunstâncias humilhantes que provocavam sofrimento psicológico.

66 BARBOSA, Mafalda Miranda e ÁLVAREZ, Tomás Prieto – *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, p. 111.

67 MOREIRA, Vital e GOMES, Carla de Marcelino (Coord.) – «Compreender os Direitos Humanos: Manual de Educação para os Direitos Humanos». [Consult. 28 janeiro 2020]. Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-humanos/livro-compreender-os-direitos-humanos>, p. 44.

68 CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa ...* – Volume 1. pp. 336-337.

69 «Não existe ordenamento jurídico (ao menos no mundo civilizado) que não proclame fundamentar-se no princípio da igualdade, enquanto núcleo densificador da própria ideia de justiça e de Direito. Por conseguinte, todos os seres humanos são, ao menos teoricamente, iguais.». Cf. RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – «Paridade, a Outra Igualdade». In: *Ciências Jurídicas Civilísticas: Comunitárias; Económicas...*, pp. 571-572; «Porque todos têm a mesma dignidade social (outra maneira de referir a dignidade da pessoa humana, base da República), a lei tem de ser igual para todos.», vide, MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui – *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 120.

70 MIRANDA, Jorge – *Curso de Direito Internacional Público*. 4.^a ed. Lisboa: Principia, 2009, pp. 126, 297-299.

71 Não obstante as regras jurídicas, por via de regra, apresentarem as características enunciadas ao Direito Cogente de imperatividade e vinculatividade, a expressão latina pretende evidenciar que se trata de regras que estão para além da vontade ou do acordo de vontades dos sujeitos de Direito Internacional, revestindo-se de uma força jurídica imaneante ao primado dos direitos das pessoas. MIRANDA, Jorge – *Curso de Direito Internacional Público*, pp. 119-120.

O conceito de igualdade, enquanto princípio jurídico, não significa uma igualdade absoluta, não proibindo por isso tratamento diferenciados. Com efeito, se por um lado uma interpretação simplista pode significar a supressão de quaisquer formas de discriminação (situações de desvantagem) ou privilégios (situações de privilégios), uma análise mais atenta evidencia a complexidade do princípio.

Ora, porque existem desigualdades de facto (*v.g.* físicas), exige-se ao legislador que crie ou recrie oportunidades e condições para que a todos se admita usufruir dos mesmos direitos e, bem assim, cumprir os mesmos deveres. Assim, a igualdade jurídico-material complementa a igualdade jurídico-formal⁷², porquanto é dirigida à igualdade jurídica real ou de resultado.

É, nestes termos, a dimensão social do princípio que convoca a eliminação das desigualdades de facto, impondo-se ao legislador a criação de uma verdadeira igualdade através da lei, conferindo ao princípio sentido positivo⁷³.

Por conseguinte, a igualdade, enquanto conceito e princípio jurídico, não opera dia-cronicamente apenas para proibir discriminações. É também operante na proteção das pessoas contra discriminações resultantes de desigualdades de direito em consequência de desigualdades de facto, concedendo-se liberdade constitutiva ao legislador para corrigir situações que se repute concretamente iguais⁷⁴.

Com Vera Lúcia Raposo «(...) a igualdade exige também que: a) as situações iguais sejam tratadas de forma igual na medida dessa igualdade; b) as situações diferentes sejam tratadas de modo diferente, na medida dessa diferença (excepto quando tais situações tenham sido artificialmente criadas pelo legislador, porquanto nesse caso o princípio da igualdade reclama a compensação das desigualdades legislativamente instituída[s]); c) se admitam medidas de discriminação positiva nas situações em que estas sejam instrumento necessário e adequado à colmatação de desigualdades fácticas previamente existentes.»⁷⁵.

O sentido positivo do princípio da igualdade não pode, por isso, considerar-se meramente artificial, dele radicando a obrigação de adoção de medidas de ação afirmativas tendentes a mitigar ou corrigir desigualdades reais que se traduzam em tratamentos ou considerações sociais discriminatórias⁷⁶.

72 MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui – *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I, p. 120.

73 CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada* – Volume 1, p. 337.

74 MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui – *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I, pp. 120, 125-126.

75 RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – «Paridade, a Outra Igualdade». In: *Ciências Jurídicas Cíviltísticas: Comunitárias; Económicas; Empresariais...*, p. 572.

76 CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada* – Tomo I, pp. 337-338.

A necessidade de adoção de medidas de ação afirmativas resulta assim da consideração da pessoa humana enquanto sujeito de direito, estatuto que no plano normativo, acompanhando de perto Jorge Reis Novais, cumpre um elementar sentido de justiça, com três consequências imediatas: o reconhecimento integral da pessoa como sujeito de direito pressupõe o reconhecimento de autonomia para determinar o seu caminho de vida, sem controlos ou dominações heterónomos; reconhecimento da liberdade de não ser bloqueada na conformação das decisões fundamentais da sua vida; criação de condições materiais para participar com liberdade e igualdade na escolha e deliberação coletivas⁷⁷.

4.1. A igualdade material enquanto desiderato de recuperação da igualdade formal utópica

A igualdade formal padece de uma subversiva patologia atento o lacónico e impessoal normativizar geral e abstrato que desconsidera as qualidades específicas dos destinatários, acentuando por esta via a subsistência de desigualdades, que encontram suporte no obsoleto princípio da lei ser igual para todos. «A igualdade formal pressupõe uma disciplina uniforme e interdita regimes personalizados»⁷⁸.

A igualdade material preconiza um regime diferenciado no qual a lei não tem de ser igual para todos, mas antes justa para todos. A presunção de constitucionalidade do regime diferenciador não é arbitrária, porquanto a aleatoriedade num regime diferenciado seria eminentemente discriminatória violando o próprio princípio da igualdade.

Um regime diferenciado radica de um critério juridicamente fundamentado, assumindo as diferenças que o justificam verdadeira relevância jurídica, podendo condicionar o regime jurídico aplicável em matéria de direitos e deveres para grupos determinados de pessoas. «Neste caso, as pessoas serão tratadas *equally* [e não *as equals*], de forma equitativa, inclusive de forma desigual quando tal necessário para repor a verdadeira igualdade, entretanto perdida.»⁷⁹.

77 NOVAIS, Jorge Reis – *A Dignidade da Pessoa Humana*. Vol. II. *Dignidade e Inconstitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 106-107.

78 Como bem ressalva Vera Lúcia Raposo a igualdade formal remete à época do liberalismo que atendendo à aparente perfeição da construção daquele brocado, edificou dogmas que encontravam suporte apenas neste período porquanto o valor do ser humano encontrava-se dependente de atributos como a raça, a religião, a cor da pele, o sexo, o título ou o rendimento. Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – «Paridade, a Outra Igualdade». In: *Ciências Jurídicas Civilísticas: Comunitárias; Económicas; Empresariais...*, pp. 573-574; CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada* – Tomo I, pp. 336-338.

79 RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – «Paridade, a Outra Igualdade». In: *Ciências Jurídicas Civilísticas: Comunitárias; Económicas; Empresariais...*, p. 574.

É o conteúdo normativo positivo do princípio que convoca a equidade no tratamento das situações não só como existem, mas como devem existir, alcançando-se através da lei a igualdade e não apenas perante a lei.

Significa isto que a igualdade, enquanto conceito objetivo e fundamentado na lei, aponta para um resultado, enquanto a equidade⁸⁰ será um meio para atingir aquele resultado, justificando-se por força de necessariamente ter de se reconhecer que, mais do que tratar as pessoas de forma igual, é indispensável tratá-las de forma justa⁸¹.

Ora a igualdade material ou de resultado determina a apreciação material da diferença atendendo à conformação normativa a que fica sujeita e que, naturalmente, tem de se encontrar justificada de acordo com uma análise valorativa não arbitrária.

Acompanhamos por isso Simona Giordano e John Harris na sua conclusão de que «(...) we need to celebrate the differences that obtain between human beings and ensure that, despite these differences, individuals are not disadvantages. We simply should not attempt to eradicate those “inequalities” that are not intrinsically harmful and that many of us regard as making life more rather than less worthwhile»⁸².

4.2. Da dialética perdida entre igualdade, desigualdade e diferença

Na dialética entre os conceitos de igualdade e desigualdade é frequentemente tomada por sinónimo desta última a diferença. São, em bom rigor, antónimos que exprimem significados diferentes.

A desigualdade exprime uma construção hierarquizada e de subordinação, não se tratando de uma mera dissemelhança. A diferença, em sentido oposto, exprime uma não semelhança entre pessoas distintas, que pode fundamentar um tratamento diferenciado legítimo em função de certas particularidades, em relação ao qual não se poderá coordenar uma noção pejorativa, tratando-se a diferença de um reflexo de uma sociedade democrática⁸³.

80 «(...) a Equidade é um conceito condicionado por critérios subjetivos e direcionado para uma resposta justa e proporcionada a situações particulares ou a necessidades especiais.». CNECV – Relatório e Parecer sobre a Proposta de Declaração Universal sobre Igualdade de Género. P. 4.

81 «Gender Equity is the process of being fair to men and women. To ensure fairness, measures must often be put in place to compensate for the historical and social disadvantages that prevent women and men from operating on a level playing field. Equity is a means. Equality is the result.». Cfr. UNESCO – Unesco's Gender Mainstreaming Implementation Framework for 2002-2007 – Basic Definitions of Key Concepts and Terms, p. 17.

82 GIRODANO, Simona e HARRIS, John – «What is Gender Equality in Sports?». In: *Genetic Technology and Sport: Ethical Questions*, p. 213.

83 RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – O Poder de Eva..., pp. 260-261.

Concretizando, à diferença não equivale a desigualdade. A diferença consiste numa expressão neutra⁸⁴ de não semelhança entre indivíduos, já a desigualdade consiste numa expressão de sociedade hierarquizada negativamente.

Com Teresa Pizarro Beleza «O que está em causa não é tornar as pessoas iguais (no sentido de semelhantes, isto é, não diferentes) mas desfazer a criação, em boa parte legal, de uma *hierarquia* entre pessoas.»⁸⁵.

Assim, mais que garantir um tratamento igual independentemente do sexo, hodiernamente, pretende-se assegurar um direito à diferença, em nome do paradigma igualitário, que ultrapasse o caráter negativo que se encontra eminentemente cunhado na polarização dos sexos.

«A igualdade serviu os interesses da justiça enquanto funcionou como arma contra privilégios feudais. A partir do momento em que começou a ser sinónimo de identidade, de rejeição, de diferenciações legítimas, deixou de cumprir a justiça. Uma igualdade que aprisiona, que mutila a verdadeira identidade das pessoas, não é um ideal lícito e justo. A verdadeira liberdade não se compadece com igualizações forçadas. O direito à diferença é condição *sine qua non* de um direito justo e livre.»⁸⁶.

A obrigação de assegurar o direito à diferença é expressão da dimensão social do princípio da igualdade em resultado material ou real. Enforma assim o dever de, por um lado legislar sempre que se revele necessário acautelar o livre exercício do direito à diferença em todas as suas manifestações, por outro lado legislar sempre que seja necessário combater quaisquer formas de discriminação.

4.3. Do princípio da igualdade à discriminação positiva: um caminho percorrido pelo direito anti discriminatório

4.3.1. O princípio da igualdade e o princípio da não discriminação

Com Teresa Pizarro Beleza, pode-se afirmar que «Os fenómenos sociais de discriminação têm uma dupla face: por um lado, consistem em práticas de domínio e rejeição de pessoas com base (com *pretexto*) em certas características. Por outro, essas práticas são acompanhadas e *fundadas* em construções de identidade(s) baseadas nessas características pretensamente (*vistas como*) diferenciadoras. Ambos os processos se alimentam mutuamente, alicerçando-se no *senso comum* que por sua vez os reconstrói continuamente.»⁸⁷.

84 Portanto sem conotação positiva ou negativa.

85 BELEZA, Teresa Pizarro – *Direito das Mulheres e da Igualdade Social...*, p. 88.

86 RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – *O Poder de Eva...*, p. 262.

87 BELEZA, Teresa Pizarro – *Direito das Mulheres e da Igualdade Social...*, p. 96.

Trata-se hodiernamente da representação da mitologia grega do titã Prometeu que amarrado eternamente a uma rocha via o seu figado, que se regenerava todos os dias, ser comido por uma águia.

A discriminação consiste, assim, numa prática social reiterada com conotação pejorativa, encontrando-se associada a preconceitos, intolerância ou favoritismos, consubstanciando uma diferenciação negativa, uma expressão de sentido negativo, não deixando, contudo, de ser um conceito dinâmico⁸⁸.

O princípio da igualdade é, nestes termos, orientador de um duplo conteúdo que se pode assacar ao conceito de discriminação. «Poder-se-á distinguir entre um conceito amplo de discriminação, enquanto toda a infracção ao princípio da igualdade, e um conceito mais restrito, emergente quando a igualdade seja violada com base em fundamentos expressamente proibidos nos textos constitucionais (...).»⁸⁹.

Assim, o artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) proíbe o tratamento desigual entre pessoas, enunciando fundamentos ilegítimos de distinção (*v.g.* ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual)⁹⁰.

Parece, todavia, que duas consequências imediatas poder-se-ão assacar: a primeira, de que a criação e desconstrução de categorias discriminatórias não podem colocar-se à parte da reflexão à luz de outras ciências sociais; a segunda, de que à própria ciência jurídica compete dar o seu contributo para a desconstrução daquelas, partindo do pressuposto que participa na edificação destas atenta a dimensão jurídica da estrutura social que aqui releva.

A discriminação encontra a sua matriz conceptual na distinção operada pela perceção diferenciada em relação a categorias específicas, podendo verificar-se sob a forma de restrição, exclusão ou preferência fundada em certas características da pessoa (*v.g.* género, raça, idade, orientação sexual, confissão religiosa)⁹¹, sempre que a finalidade ou efeito se subsuma à «(...) destruição ou comprometimento do reconhecimento, gozo ou exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em condições de igualdade»⁹².

A proibição de discriminação radica assim daquilo que se tem entendido consistir em situações de desigualdade qualificada (cujo elenco meramente enunciativo se encontra no n.º 2 do art.º 13.º da CRP), proibindo qualquer forma de tratamento diferenciado ilegítimo,

88 RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – *O Poder de Eva...*, p. 297.

89 RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – *O Poder de Eva...*, p. 298.

90 BELEZA, Teresa Pizarro – *Direito das Mulheres e da Igualdade Social...*, p. 103.

91 BELEZA, Teresa Pizarro – *Direito das Mulheres e da Igualdade Social...*, p. 102.

92 RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – «Paridade, a Outra Igualdade». In: *Ciências Jurídicas Civilísticas: Comunitárias; Económicas; Empresariais...*, pp. 576-577.

cujo referencial fundamental se encontra intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana, que não se compadece com o desfavorecimento da pessoa por força da sua pertença a determinados grupos com características particulares⁹³.

A ilegitimidade e a inconstitucionalidade das práticas discriminatórias encontram-se, por isso, proibidas pela norma constitucional, mas não já a diferenciação, cuja expressão jurídica pode resultar de uma imposição de justiça no caso concreto.

Todavia, não se poderá compreender esta norma apenas enquanto comando proibitivo de discriminações. Em bom rigor, da norma constitucional também se alcança um uma dimensão protetora⁹⁴ da integridade da pessoa humana contra quaisquer discriminações.

A obrigaçãõ de diferenciação reveste-se, nestes termos, de um conteúdo subjetivo de proteçãõ, consistindo num vetor do princípio da igualdade que adstringe o legislador à compensaçãõ de situações de desigualdade, permitindo ou impondo, diferenciações que sejam materialmente justificadas e legítimas à luz de critérios de justiça, proporcionalidade, solidariedade e segurança jurídica⁹⁵.

A proibiçãõ de arbítrio consiste num controlo negativo, exprimindo um repúdio por tratamentos diferenciados que não encontrem fundamento em valores objetivos e constitucionalmente relevantes, condenando em simultâneo o tratamento diferenciado de situações iguais⁹⁶.

O princípio da igualdade compreende, assim, um limite material interno quanto à discricionariedade em relaçaõ aos fundamentos legítimos da diferenciaçãõ e que subjazem ao direito anti discriminatório.

O direito anti discriminatório surge, por conseguinte, para mitigar as insuficiências do princípio da igualdade, dirigindo-se a um resultado material que ultrapasse políticas ou procedimentos aparentemente neutros, mas cujos efeitos revelem uma categorizaçãõ de pessoas consistente em discriminações ilícitas ou ilegítimas.

Por conseguinte, na prossecaçãõ da finalidade do direito anti discriminatório, o critério diferenciador – porquanto não se poderá deixar de considerar que, regra geral, a norma não compreende no texto uma diferenciaçãõ constitucionalmente permitida – será o da produçãõ do resultado que afete um determinado grupo de pessoas e não na referência expressa ao critério diferenciador⁹⁷.

93 O princípio da não discriminaçãõ é um dos vetores do princípio da igualdade, atentas as suas três dimensões fundamentais: a proibiçãõ de arbítrio e de discriminaçãõ e a obrigaçãõ de diferenciaçãõ. RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – *O Poder de Eva...*, pp. 263-264.

94 MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui – *Constituiçãõ Portuguesa Anotada*. Tomo I, p. 121.

95 RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – *O Poder de Eva...*, pp. 263-264.

96 RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – *O Poder de Eva...*, p. 263.

97 RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – *O Poder de Eva...*, p. 301.

Expressão do direito anti discriminatório é a discriminação positiva que se destina precisamente ao combate a regimes discriminatórios radicados do próprio plano jurídico-normativo⁹⁸.

Aproximando-nos do conceito de discriminação positiva, com Jorge Miranda e Rui Medeiros, subsumem-se «(...) a situações de vantagem fundadas, desigualdades de direito em resultado de desigualdades de facto e tendentes à superação destas e, por isso, em geral, de carácter temporário.»⁹⁹.

Uma aparente contradição nos termos: “discriminação” expressa, comumente, um sentido negativo de tratamento diferenciado, enquanto “positiva” expressa precisamente o oposto do termo que adjetiva.

Creemos, por isso, que a expressão deverá ficar reservada a situações muito bem delimitadas e justificadas à luz da CRP, porquanto o desiderato da igualdade jurídica de direitos e oportunidades deverá ser presidido pelo critério de proibição de qualquer forma de discriminação. Não obstante, e atendendo a que a expressão “discriminação positiva” é tradicional no ordenamento jurídico português, é esta a empregue neste no texto.

4.3.2. A discriminação positiva

A discriminação pode apresentar-se segundo três modelos: discriminação direta, discriminação indireta e discriminação positiva.

Considera-se discriminação direta¹⁰⁰ todas as situações em que, designadamente, em função do sexo, as pessoas se encontram sujeitas a um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido, ou possa vir a ser dado a uma pessoa em situação comparável¹⁰¹. Entende-se por discriminação indireta a situação de desfavor decorrente de uma disposição, critério ou prática aparentemente neutros, mas que determinam um resultado particularmente desfavorável a um grupo determinado de pessoas¹⁰².

Distinguem-se na exata medida em que na primeira a norma cria diferenciações assentes em critérios proibidos, enquanto na segunda a norma cria requisitos, impedimentos ou proibições que, pese embora se apresentem aplicáveis a todos, determinam a emergência

98 RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – «Paridade, a Outra Igualdade». In: *Ciências Jurídicas Civilísticas: Comunitárias; Económicas; Empresariais...*, pp. 575-576.

99 MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui – *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I, p. 120.

100 MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui – *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I, p. 120.

101 Alínea a) do art.º 3.º da Lei N.º 14/2008, de 12 de março, que proíbe e sanciona a discriminação em função do sexo no acesso a bens e serviços e que transpõe a Diretiva N.º 2004/113/CE para o ordenamento jurídico interno.

102 Alínea b) do art.º 3.º da Lei N.º 14/2008, de 12 de março, que proíbe e sanciona a discriminação em função do sexo no acesso a bens e serviços e que transpõe a Diretiva N.º 2004/113/CE para o ordenamento jurídico interno.

de grupos que, à partida, encontrar-se-ão excluídos de cumprir as exigências, ultrapassar os obstáculos ou evitar as proibições¹⁰³.

A discriminação positiva, contrariamente à negativa (à qual seriam subsumíveis tanto a discriminação direta como a indireta), é um instrumento de combate aos regimes discriminatórios, radicando na valoração que deve ser endereçada a determinadas características pessoais¹⁰⁴, sem que daqui resulte um tratamento preferencial ou mais vantajoso.

Com efeito, a discriminação positiva visa combater a discriminação *tour court*, designadamente, através de medidas transitórias que visam compensar lacunas que, de alguma forma, se revelam atentatórias da dignidade de destinatários de grupos específicos¹⁰⁵.

Em bom rigor, funciona como impulso de uma verdadeira igualdade substantiva, criando oportunidades iguais para grupos específicos que reclamam uma tutela diferenciada do ordenamento jurídico.

Trata-se de medidas em que «O benefício que aportam para o colectivo não lesa terceiros de forma direta e imediata, mantendo-se nos limites ditados pelo princípio da igualdade em sentido material, mas superando, com o seu carácter radical, a igualdade em sentido formal.»¹⁰⁶, partindo de disposições, critérios ou práticas objetivamente justificáveis à luz da legitimidade do fim prosseguido e assentes em meios adequados, necessários e proporcionais para atingir aquele fim.

As medidas de discriminação positiva operam, assim, com recurso a regimes diferenciados, mas não discriminadores, porquanto visam satisfazer o princípio da igualdade em sentido material, que convoca, em situações particulares, tratamentos desiguais (à partida) enquanto via de alcançar a igualdade como resultado (à chegada)¹⁰⁷.

A este propósito esclarece Vera Lúcia Raposo que «Fala-se em igualdade de oportunidades para exprimir aquela primeira e em igualdade de resultados para expressar esta segunda. A realização da igualdade à chegada apenas pela discriminação positiva pode ser

103 RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – *O Poder de Eva...*, p. 301.

104 RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – «Paridade, a Outra Igualdade». In: *Ciências Jurídicas Civilísticas: Comunitárias; Económicas; Empresariais...*, pp. 575-576.

105 RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – *O Poder de Eva...*, pp. 304-312; RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – «Quotas de Género: os prós e os contras de uma solução polémica». In: *Direitos Humanos das Mulheres*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 112; RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – «Paridade, a Outra Igualdade». In: *Ciências Jurídicas Civilísticas: Comunitárias; Económicas; Empresariais...*, p. 579.

106 RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – «Paridade, a Outra Igualdade». In: *Ciências Jurídicas Civilísticas: Comunitárias; Económicas; Empresariais...*, p. 579.

107 RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – *O Poder de Eva...*, pp. 313-320; RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – «Quotas de Género: os prós e os contras de uma solução polémica». In: *Direitos Humanos das Mulheres*, p. 112; RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – «Paridade, a Outra Igualdade». In: *Ciências Jurídicas Civilísticas: Comunitárias; Económicas; Empresariais...*, p. 579.

garantida. As restantes medidas de igualdade são insuficientes para a realizar, ficando-se, mais modestamente, pela igualdade à partida.»¹⁰⁸.

Ora, a discriminação positiva tem caráter transitório/temporário, subsistindo enquanto se verificarem os *handicaps* de grupos específicos. São, neste sentido, medidas de promoção destinadas a grupos específicos que apresentam determinadas características particulares e que em função destas encontram obstáculos à sua livre e autónoma evolução social (*v.g.* deficientes)¹⁰⁹.

Daqui resulta o paradoxo do emprego de medidas de discriminação positiva no que respeita ao género. Os seres humanos, de acordo com a categorização binária, não enformam um grupo ou categoria, representam sim a humanidade, seja numa dimensão quantitativa seja numa dimensão qualitativa¹¹⁰.

Facto que é transversal à humanidade, e ao qual ninguém se pode furtar, é o de ser integrada por seres humanos. Ora, a característica do genoma humano¹¹¹, enquanto elemento que nos conduz à pertença da espécie humana, não constitui *per se* um *handicap* que justifique medidas de discriminação positiva atento o caráter transitório e temporário destas. A existirem, seriam sim perpétuas, o que contrariava a natureza intrínseca destas medidas.

Com efeito, não é legítima qualquer sexualização do princípio da igualdade da qual se infira uma correspondente sexualização dos direitos, porquanto os direitos reconhecidos à pessoa humana não conhecem género, não distinguem o género humano.

Um verdadeiro Estado de Direito Democrático Social, no contexto de uma sociedade plural, não é reflexo de uma sociedade padronizada, homogénea, uniforme, é antes expressão de uma sociedade heterogénea que se compromete com a promoção do gozo e do exercício dos direitos a todos os indivíduos, que reclamam medidas não artificializadas de promoção de uma igualdade efetiva e que sejam expressão do reconhecimento de um verdadeiro direito à diferença.

108 RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – «Paridade, a Outra Igualdade». In: *Ciências Jurídicas Civílicas: Comunitárias; Económicas; Empresariais...*, pp. 579-580.

109 RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – «Paridade, a Outra Igualdade». In: *Ciências Jurídicas Civílicas: Comunitárias; Económicas; Empresariais...*, p. 584

110 RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – «Paridade, a Outra Igualdade». In: *Ciências Jurídicas Civílicas: Comunitárias; Económicas; Empresariais...*, p. 584.

111 Por genoma entende-se «a totalidade do material genético presente em cada organismo. (...) Todos os seres humanos têm um genoma idêntico, contudo, entre cada um de nós, existem variações fisiológicas e patológicas que tornam o genoma individual único». Cf. SANTOS, Heloísa G. e PEREIRA, André Dias – *Genética para Todos. De Mendel à Revolução Genómica do Século XXI: a prática, a ética, as leis e a sociedade*. Lisboa: Gradiva, 2019, pp. 18-20.

4.4 De cisgénero para transgénero: paridade, a nova igualdade agénero

Pense-se na paridade enquanto nova forma de igualdade. Na verdade, a igualdade material surge como forma de corrigir as lacunas apresentadas pela igualdade formal, apresentando-se a paridade como a teoria aplicada pura da igualdade¹¹².

A paridade, por oposto às quotas, não tem como objetivo a compensação provisória de desigualdades, mas antes a definição perpétua de uma representação igualitária.

A paridade consiste num fim em si mesma e não um instrumento para um fim, porquanto é a própria paridade que perfaz a igualdade, ao contrário das quotas são um instrumento para a realizar a igualdade.

Neste sentido, a paridade apresenta-se como um fim que concretiza um resultado material ou real de igualdade, por via de uma abordagem diferenciada à diferença, congregando em si mesma o reconhecimento de que a humanidade é infinitamente diversa nas suas características, heterogeneidade que se há de aferir por referencial a todas as pessoas que a integram.

Impõe-se, assim, uma reconfiguração ou adequação do conteúdo substantivo da paridade. Por conseguinte, partindo-se do pressuposto de que inicialmente «A paridade existe na medida em que se defenda que a diferença sexual é a mais decisiva classificação da espécie humana. Ou seja, cada um é aquilo que é em função do respectivo sexo, sendo também este a demarcar a porção a que cada um tem direito no leque de bens disponíveis, porção essa que há de ser rigorosamente igual para ambos os sexos.»¹¹³, cremos que é possível avançar paulatinamente para um equilíbrio sinalagmático entre as diferenças das pessoas e as características que lhe são comuns, alcançando-se a definição permanente de uma igualdade material.

Acompanhando Teresa Pizarro Beleza «No processo de negociação permanente que é a criação da nossa identidade, a nossa auto-identificação como, por exemplo, homens ou mulheres está inevitavelmente condicionada pela nossa interiorização ou rejeição crítica das expectativas sociais, morais, jurídicas quanto ao nosso comportamento (...)»¹¹⁴, pelo que importa ter presente que um aspeto fundamental da dimensão subjetiva do princípio da dignidade da pessoa humana é a sua integridade que, não só mas também, se desenvolve por referência à proibição de alienação identitária como garantia de controlo sobre a identidade, da sua vivência pessoal e da sua apresentação em público¹¹⁵.

112 RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – «Paridade, a Outra Igualdade». In: *Ciências Jurídicas Civilísticas: Comunitárias, Económicas, Empresariais...*, p. 587.

113 RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – «Paridade, a Outra Igualdade». In: *Ciências Jurídicas Civilísticas: Comunitárias, Económicas, Empresariais...*, p. 588.

114 BELEZA, Teresa Pizarro – *Direito das Mulheres e da Igualdade Social...*, p. 71.

115 NOVAIS, Jorge Reis – *A Dignidade da Pessoa Humana*. Volume II..., p. 107.

Em relação de assimilação recíproca com princípio da dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade, encontramos as garantias de expressão, desenvolvimento e proteção da pessoa enquanto pessoa concreta, que daqueles princípios radicam. Tais garantias são os direitos fundamentais de personalidade, que se fundam na própria existência do indivíduo, consistindo por isso na mais direta concretização material de exigência de conformação e observância da dignidade da pessoa humana¹¹⁶.

Sendo certo que o direito à identidade pessoal de género pertence ao núcleo essencial das garantias de expressão da pessoa enquanto pessoa, a proibição de alienação identitária impõe a adoção de medidas materialmente afirmativas de apresentação do ser da pessoa interno e externo, que não se podem reduzir apenas à identidade civil.

Resulta assim que a dimensão individual do ser na sua relação com a sociedade convoca uma jusfundamentalização de direitos específicos que possibilitem o desenvolvimento da sua personalidade e identidade, que repute uma harmonização entre a sua verdade pessoal e a sua apresentação pública, enquanto forma de observância da dignidade da pessoa humana.

Em bom rigor é consensual que a igual dignidade que a ordem jurídica reconhece a cada pessoa é reiteradamente desrespeitada na sua igual condição humana por via da estigmatização endereçada a quem se afasta da padronização socialmente construída – leia-se que o mesmo é aplicável às características pessoais endógenas – limitando a auto-determinação pessoal do indivíduo nas diversas manifestações externas da sua vivência internalizada.

Com Jorge Reis Novais entende-se que toda a pessoa tem «(...) direito a ser tratada como *um igual (as equal)*, o direito a beneficiar de uma igual consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade política (*equal concern*), ou, como defende Singer, o direito a uma igual consideração dos interesses de cada um»¹¹⁷.

Por conseguinte a paridade enquanto fim para a verdadeira igualdade material ou de resultado assume particular relevância no desporto porquanto permite e legitima a definição permanente de um modelo de participação nas competições desportivas individuais que encontra a sua matriz fundante nas diferenças das pessoas e as características que lhe são comuns.

Esta igualdade material ou de resultado, alcança-se por via de uma equiponderação que permitirá obstar a distinções desqualificantes reiteradas que consubstanciam uma recusa

116 Mecanismos operativos dos direitos fundamentais e que protegem bens jurídicos da personalidade tais como a vida, a integridade física e psíquica, a liberdade geral de ação e a privacidade. NOVAIS, Jorge Reis – *A Dignidade da Pessoa Humana*. Volume I *Dignidade e Direitos Fundamentais*. 2.^a edição. Coimbra: Almedina, 2018, ..., p. 193.

117 NOVAIS, Jorge Reis – *A Dignidade da Pessoa Humana*. Volume II..., p. 133.

prática de igual dignidade, cumprindo a observância e conformação com o paradigma que deve presidir a quaisquer regulamentações normativas, ou seja, o respeito pela humanidade intrínseca, que se justifica pela inadmissibilidade de uma «(...) discriminação desqualificante (...) em função do *ser*, da natureza da pessoa ou da presença de características independentes da sua vontade e da responsabilidade do próprio (...)»¹¹⁸, como o género ou sexo anatómico.

No desporto de competição a discriminação de atletas transgénero e diferenças no desenvolvimento sexual não se traduz apenas na desqualificação. Em bom rigor, a discriminação é estigmatizante e violadora do primado da pessoa humana, entrando em conflito com a sua autodeterminação pessoal, que foi subjetivada em direito para que justamente se assegure à pessoa humana a manifestação externa do poder de autodeterminação que é.

Não se trata de uma mera violação ao princípio da igualdade. Trata-se, sim, de uma violação qualificada em função do sexo por via da estigmatização assente num preconceito socialmente edificado, dirigido a destinatários específicos em função da sua vivência pessoal e de características particulares que encontra respaldo num argumento, ainda por consolidar cientificamente, de vantagem biológica em relação a atletas cisgénero.

Fica assim, de resto, por esclarecer a partir de que momento é que as características genéticas, biológicas e físicas naturais passaram a ser injustas e assim subsumíveis ao argumento da justiça como ponto de partida no desporto.

5. Atletas transgénero e com diferenças no desenvolvimento sexual: a do direito à identidade pessoal de género controversia da lotaria genética natural

5.1. Crónicas de discriminação (in)direta no desporto pela representação e reprodução sexuada da justiça

Se do ponto de vista do quadro de proteção internacional ou interno de direitos humanos é possível afirmar que os direitos das pessoas transgénero se encontram formalmente tutelados, quanto aos resultados materiais da eficácia destes instrumentos não se pode afirmar o equivalente.

Um dos setores com maior incidência de impedimentos de participação de atletas transgénero femininas ou com diferenças de desenvolvimento sexual é precisamente o do desporto individual de competição¹¹⁹, em resultado da maioria dos eventos realizados se

118 NOVAIS, Jorge Reis – *A Dignidade da Pessoa Humana*. Volume II..., p. 134.

119 Neste conteúdo cumpre assinalar que o objeto em relação ao qual se desenvolve o texto é o da participação de atletas em competições individuais e não em grupo que, por razões relativas à delimitação do objeto do texto, não são aqui tidas em consideração.

organizarem de acordo com a categorização binária de sexo (não obstante a consideração de outros fatores como a idade e peso).

A premissa fundamental é, nestes termos, que o género é uma característica da humanidade e que a humanidade é sexuada de acordo com o modelo binário.

Coloca-se, assim, um obstáculo às atletas que pretendam participar de acordo com a identidade de género auto percebida ou de acordo com características endógenas iminentes.

Com maior ou menor destaque na comunicação social alguns casos controversos quanto à participação de atletas transgénero femininas ou DDS foram discutidos em instâncias jurisdicionais desportivas e órgãos responsáveis pelo sistema desportivo no estrangeiro, pelo que enunciámos abreviadamente alguns dos mais paradigmáticos.

Em 1976 foi solicitado um teste de determinação de sexo biológico a Renee Richards, uma atleta transgénero feminina que se encontrava endereçada a participar na categoria feminina da modalidade. O teste foi recusado e a atleta foi afastada da competição¹²⁰. Nesta sequência o caso foi levado ao *United States Supreme Court* que reconheceu que a exigência de realização de um teste para determinação do sexo biológico consistia numa ingerência discriminatória e não justificada na privacidade e sobre o próprio corpo e sexualidade da atleta¹²¹. A atleta foi assim admitida a participar no US Open, sendo que vinte e cinco atletas cisgénero femininas retiraram-se de um futuro torneio argumentando que «(...) Dr. Richards's presence was unfair, that despite her operation and resulting feminine appearance, she still retained the muscular advantages of a male and genetically remained a male»¹²².

Dutee Chand, atleta hiperandrogénica ¹²³indiana de sprint, após ganhar a medalha de ouro em 200 e 400 metros respetivamente em 2014, viu a sua participação na Asian Junior Athletics ser alvo de escrutínio devido ao seu elevado nível de testosterona. Com o objetivo de determinar o seu género biológico foi sujeita a testes de sangue, análises aos cromossomas, um MRI¹²⁴ e um exame ginecológico. Na sequência destes foi banida das competições

120 SCHULTZ, Jamie - «Caster Semenya and the “Question of Too”: Sex Testing in Elite Women's Sport and the Issue of Advantage». In: *Quest*, p. 235.

121 BIANCHI, Andria - «Transgender Women in Sports». In: *Journal of the Philosophy of Sport*, p. 232; SCHULTZ, Jamie - «Caster Semenya and the “Question of Too”: Sex Testing in Elite Women's Sport and the Issue of Advantage». In: *Quest*, p. 235.

122 SCHULTZ, Jamie - «Caster Semenya and the “Question of Too”: Sex Testing in Elite Women's Sport and the Issue of Advantage». In: *Quest*, p. 236.

123 O hiperandrogenismo caracteriza-se por uma condição endógena consistente numa produção superior de testosterona, assumida regularmente como uma condição médica, que poderá conferir uma vantagem em relação aos restantes atletas.

124 *Magnetic resonance imaging*.

na categoria feminina, recebendo concomitantemente a advertência de que deveria mediar-se com supressores hormonais ou submeter-se a uma cirurgia de forma que os níveis de testosterona fossem reduzidos ou, pelo menos, atenuados¹²⁵.

Em 2015, a atleta recorreu ao *Court of Arbitration for Sport* (CAS) invocando a invalidade dos regulamentos da *International Association of Athletics Federation* (IAAF) relativos ao hiperandrogenismo com as seguintes motivações: tratarem-se de regulações discriminatórias em função de características naturais e em função do sexo; inexistência de fundamentos científicos relativamente ao critério fundado nos níveis de testosterona; e, violação do princípio da proporcionalidade na distinção entre atletas femininos e masculinos¹²⁶.

O CAS suspendeu a aplicação dos regulamentos da federação internacional relativos ao hiperandrogenismo por dois anos, determinando que neste prazo fossem apresentadas evidências científicas que demonstrassem a relação entre o nível de testosterona e a vantagem na performance dos/as atletas¹²⁷.

Não tendo apresentado evidências científicas que comprovassem a vantagem que fundava a discriminação que desqualificava a atleta até à verificação do prazo, a IAAF aprovou, contudo, nova regulamentação a 23 de abril de 2018 que estabelece as condições de elegibilidade de atletas com diferenças no desenvolvimento sexual, ainda que circunscritas às competições entre os 400 e 1600 metros e eventos equiparados¹²⁸.

Com efeito, e de acordo com o IAAF Explanatory Notes, a vantagem atlética na ordem dos 10 a 12% dos atletas cisgénero masculinos em relação às atletas cisgénero femininas resulta, entre outros fatores, da largura da estrutura óssea, da superioridade percentual de massa muscular magra e força desta resultante, dos níveis de circulação de hemoglobina, que são potenciados pelo nível de testosterona que intensifica a superioridade no desempenho¹²⁹, o que se deu por comprovado em diversos estudos científicos endocrinológicos que sustentaram a adoção da nova regulamentação¹³⁰.

125 A regulação do hiperandrogenismo pela IAAF foi introduzida em 2011; COOPER, Jonathan – «Testosterone: “the Best Discriminating Factor”». In: *Philosophies*, p. 2.

126 COURT of Arbitration for Sport – CAS 2014/A/3759, Dutee Chand vs. AFI & IAAF, p. 10.

127 COURT of Arbitration for Sport – CAS 2014/A/3759, Dutee Chand vs. AFI & IAAF, pp. 154-156, 158.

128 IAAF – Eligibility Regulations for the Female Classification (Athletes With Differences of Sex Development).

129 IAAF – Eligibility Regulations for the Female Classification (Athletes With Differences of Sex Development) Explanatory Note. P. 1-2; Note-se que na prática esta regulação exclui automaticamente atletas como Caster Semenya.

130 «However, there is also an additional concern raised about how the IAAF has made use of scientific evidence as a basis for justifying the Testosterone Regulations. (...) Bermon and Garnier, may be scientifically flawed, both in terms of what it is capable of showing (only correlation not cause) and in terms of the data resulting in a lack of scientific integrity». Cf. COOPER, Jonathan – «Testosterone: “the Best Discriminating Factor”». In: *Philosophies*, p. 13.

A regulação do hiperandrogenismo consiste, assim, numa forma de exclusão de atletas das competições assente em vantagens genéticas decorrentes da produção endógena de testosterona¹³¹.

O requisito que suscitou maior celeuma foi, com efeito, a regra 2.2. que impõem às atletas a redução dos níveis de testosterona a um valor inferior a 5 nanomols por litro de sangue (nmol/L) de forma permanente enquanto houver pretensões de participar nas competições, designadamente, com o recurso a contraceptivos, concomitantemente com o reconhecimento em termos legais da categorização binária feminina, como intersexo ou equivalente¹³².

Em bom rigor, o que resulta desta regulamentação é que lhe está imanente uma conceptualização de patologia do hiperandrogenismo que por isso deve ser objeto de uma intervenção terapêutica de forma que as atletas possam cumprir os requisitos de elegibilidade para competir na categoria feminina com as demais atletas cisgénero. Encontra-se por isso claramente em oposição ao princípio 18 – que reforça a proibição de tratamentos médicos sem o consentimento da pessoa – e ao princípio 32 – que reitera a consolidação do direito à integralidade da pessoa física e psíquica, vertidos na Yogyakarta Principles¹³³.

Paradigmático é, de igual forma, o caso da atleta Caster Semenya, bicampeã olímpica de 800 metros em atletismo, que tendo suscitado dúvidas quanto à sua elegibilidade para competir na categoria feminina em resultado da sua virilização e aparência ambígua, a solicitação da IAAF foi submetida a testes de verificação de gênero, bem como aos níveis de testosterona que se revelaram substancialmente elevados em virtude do hiperandrogenismo¹³⁴.

Em 2017 Laurel Hubbard, atleta transgénero feminina da Nova Zelândia da modalidade de levantamento de peso superior a 90 quilogramas na categoria feminina, venceu uma competição internacional, cuja participação foi antecedida pela realização de testes de sangue pelo período consecutivo de doze meses por forma a demonstrar que os seus

131 Note-se que, em circunstâncias competitivas similares, as vantagens genéticas de Usain Bolt nunca foram colocadas em causa. No mesmo sentido, «Whilst dedication and training was, of course, part of Usain Bolt's success, it would be hard to maintain that his recent domination of sprinting was not due, in part, to natural genetic advantages he enjoyed over his competitors. It has been suggested that Bolt, like many other top sprinters, has the "sprinting gene", meaning he may have particularly fast-twitch muscle reflexes and longer fibers than most. Unlike most of sprinters, however, he is 6 ft. 5 inches tall. These genetic advantages almost certainly contributed to what makes him especially adept at sprint». Cf. COOPER, Jonathan – «Testosterone: "the Best Discriminating Factor"». In: *Philosophies*, p. 2.

132 IAAF – Eligibility Regulations for the Female Classification (Athletes With Differences of Sex Development). P. 3.

133 SCHWEND, Amets Suess – «Trans Health Care from a Despathologization and Human Rights Perspective». In: *Public Health Reviews*, p. 7.

134 SCHULTZ, Jamie – «Caster Semenya and the "Question of Too": Sex Testing in Elite Women's Sport and the Issue of Advantage». In: *Quest*, pp. 228-233.

níveis de testosterona não eram superiores aos de quaisquer outras atletas cisgénero que integravam a mesma categoria naquela modalidade¹³⁵ – não obstante, a ideia de que a atleta beneficiava de uma vantagem de ordem biológica permanece¹³⁶.

5.2. Em busca da discriminação indireta no princípio *the skill thesis*

Atenta a igual dignidade de todas as pessoas, sendo proibida qualquer forma direta ou indireta de discriminação, designadamente, por força do exercício do direito à identidade e expressão de género¹³⁷, verifica-se ainda no desporto algumas manifestações de caráter discriminatório quanto à participação de atletas transgénero femininas e DDS¹³⁸ que se antagonizam ao princípio vertido no art.º 5.º da Lei N.º 30/2004, de 21 de julho¹³⁹.

Princípio ético de governança no desporto é o princípio *the skill thesis*, segundo o qual os resultados das competições desportivas devem ser determinados pela performance dos/as atletas para os/as quais são dadas as mesmas oportunidades de competir. Em ordem a alcançar este desiderato que remete para uma justiça de resultado é consensual que a utilização de fatores externos que possam ter influência naquele sejam de rejeitar¹⁴⁰.

Atentemos na organização binária dos/as atletas nas competições desportivas (*v.g.* ciclismo feminino/masculino, natação feminina/masculina, levantamento de pesos feminino/masculino). A categorização que determina a elegibilidade para cada segmento tem por referencial aos 46 cromossomas organizados em pares, sendo que o 23 cromossoma que determina o sexo identifica a pessoa como mulher na sequência 46 XX e homem na correspondência 46 XY¹⁴¹.

135 International Olympic Committee – IOC Consensus Meeting on Sex Reassignment and Hyperandrogenism November 2015.

136 BIANCHI, Andria – «Something Got to Give: Reconsidering the Justification for a Gender Divide in Sport». In: *Philosophies*, p. 4.

137 Neste sentido o art.º 2.º da Lei N.º 38/2018, de 7 de agosto que estabelece o direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e o direito à proteção das características sexuais de cada pessoa.

138 Ter-se-á em consideração tanto atletas DSD como transgénero femininas porque a crítica, designadamente, quanto ao nível de testosterona, é comum. «Although these differences are significant, it is important to consider intersex persons because they are often criticized for having too much testosterone to compete in female categories, which is the thought to give them an unfair advantage. This is the same criticism that is applied to trans* women.» Cfr. BIANCHI, Andria – Transgender Women in Sports. *Journal of the Philosophy of Sport*. P. 231.

139 Princípio da Não Discriminação – Lei de Bases do Desporto.

140 Os equipamentos utilizados pelos atletas terão assim de ser os mesmos de forma a afastar quaisquer influências exógenas nos resultados, o controlo de doping permite combater a administração de composições promovam uma melhor performance desportiva por via exógena. São, neste sentido, também compreensíveis as críticas apontadas à utilização de próteses de fibra de carbono por Oscar Pistorius nas competições com atletas que não deficientes físicos. Neste sentido, COOPER, Jonathan – «Testosterone: “the Best Discriminating Factor”». In: *Philosophies*, p. 3.

141 «Whilst dedication and training was, of course, part of Usain Bolt’s success, it would be hard to maintain that his recent domination of sprinting was not due, in part, to natural genetic advantages he enjoyed over his

Duas consequências são imediatamente assacáveis: por um lado, que não se reconhece neste sistema binário a possibilidade de atletas transgênero poderem livremente optar por uma categoria conciliável com a identidade e expressão de gênero por si auto percebidas¹⁴² e, por outro lado, que as atletas transgênero femininas não devem competir na respetiva categoria, porquanto encontrar-se-ão numa posição eminentemente vantajosa em virtude de possuírem características físicas e fisiológicas, em contraposição com as demais atletas cisgênero, que determinariam uma injustiça como ponto de partida, consequência igualmente observável em relação a atletas com DDS.

A justificação imediata que resulta para a imposição de limites à participação destas atletas é rapidamente apreensível atendendo ao argumento da vantagem física, porquanto os homens cisgênero apresentam uma massa muscular, em média, 30% superior às mulheres cisgênero, além de regra geral mais altura. A superioridade percentual da massa muscular confere assim mais robustez e potência. Já a elasticidade das fibras musculares das mulheres cisgênero conferem características físicas que favorecem os resultados em determinadas modalidades desportivas¹⁴³.

Daqui resulta a tautologia, discriminação generalizadamente tolerada, de não se suscitar celeuma em relação à participação de atletas transsexuais masculinos, atendendo ao pressuposto de que naturalmente se encontram em desvantagem por força das suas características físicas e fisiológicas.

É consabido que a terapêutica hormonal de afirmação de gênero feminino consiste na administração exógena de estrogênio que tem como efeitos clínicos alterações substantivas na composição física e fisiológica que, e para os efeitos que aqui relevam, se traduzem num significativo aumento e redistribuição da gordura corporal, bem como na diminuição acentuada da força e massa muscular¹⁴⁴. Ora, atendendo a que se trata de uma terapêu-

competitors. It has been suggested that Bolt, like many other top sprinters, has the “sprinting gene”, meaning he may have particular fast-twitch muscle reflexes and longer fibers than most. Unlike most of sprinters, however, he is 6 ft. 5 inches tall. These genetic advantages almost certainly contributed to what makes him especially adept at sprint». Cf. COOPER, Jonathan – «Testosterone: “the Best Discriminating Factor”». In: *Philosophies*, pp. 3-4; BIANCHI, Andria – «Transgender Women in Sports». In: *Journal of the Philosophy of Sport*, p. 232.

142 Naturalmente encontram-se aqui apenas consideradas as atletas que não iniciaram ou não pretendem iniciar a terapêutica hormonal ou recorrer à cirurgia de afirmação de gênero.

143 IAAF – Eligibility Regulations for the Female Classification (Athletes With Differences of Sex Development) Explanatory Note, p. 2; GLEAVES, John e LEHRBACH, Tim – «Beyond Fairness: The Ethics of Inclusion for Transgender and Intersex Athletes». In: *Journal of The Philosophy of Sport*, pp. 315-317; MACEDO, Ana – *Identidade de Género e Orientação ...*, p. 107.

144 As hormonas de estrogênio são as correspondentes ao género com o qual se identifica. A terapia inclui ainda antiandrogénicos que visam suprimir as hormonas que o corpo produz endogenamente por via da inibição dos recetores androgénicos, cfr. MACEDO, Ana – *Identidade de Género e Orientação ...*, p. 86-87; «Anecdotal evidence from the few athletes who discuss their postsurgical and posthormonally transitioned selves assert that their bodies are “greatly weakened” and their testosterone levels are well below those of “normal women”». Cf.

tica *ad eternum* a clivagem que resultaria em relação às atletas cisgénero encontrar-se-ia mitigada, porquanto a significativa diferença da constituição corporal encontra-se indefinidamente comprometida.

Não se encontrando pacificada a controvérsia nas competições desportivas relativamente à participação de atletas transgénero femininas por esta via, há que assinalar que a testosterona é o argumento que tem perpetuado a discriminação nas competições desportivas, dirigindo-se de igual forma às atletas com diferenças no desenvolvimento sexual.

Com efeito, e atenta a falibilidade dos testes de verificação cromossomática do sexo por força das variações cromossomáticas que determinam que mulheres não sejam necessariamente 46 XX e homens 46 XY, reuniram-se os pressupostos para a elevação da testosterona a melhor argumento de discriminação indireta sob o pretenso paradigma de assegurar uma justiça artificial numa área em que precisamente as vantagens físicas e fisiológicas genéticas distinguem os atletas nos resultados.

O argumento da injustiça é regularmente empregue no que concerne à participação de atletas transgénero femininas e DDS enquanto mecanismo de impedimento de participação nas categorias femininas, porquanto se entende que, regra geral, apresentando níveis mais elevados de testosterona ficam imediatamente colocadas numa situação de vantagem do ponto de vista da aptidão física¹⁴⁵.

Note-se, contudo, de as atletas cisgénero com síndrome de ovários poliquísticos apresentam de igual forma níveis superiores de produção endógena de testosterona em relação à média das restantes atletas, mas quanto a estas o resultado da regulação é tendencialmente inclusivo, por oposição ao resultado de eminente segregação das atletas transgénero femininas e DDS¹⁴⁶.

Ora, partindo da consideração dos fatores de ordem biológica e genética e atenta a importância da consistência para o desenvolvimento de uma regulamentação adequada a tutelar e garantir a participação das atletas transgénero femininas e com diferenças no desenvolvimento sexual, é necessário adstringir-nos à evidência dos estudos incidentes

SCHULTZ, Jamie – «Caster Semenya and the “Question of Too”: Sex Testing in Elite Women’s Sport and the Issue of Advantage». In: *Quest*, p. 235; GLEAVES, John; LEHRBACH, Tim – «Beyond Fairness: The Ethics of Inclusion for Transgender and Intersex Athletes». In: *Journal of The Philosophy of Sport*, p. 313.

145 «Critics often believe that having, on average, more testosterone gives them an unfair advantage that makes them perform immensely better than their female-born counterparts.». Cfr. BIANCHI, Andria – «Transgender Women in Sports». In: *Journal of the Philosophy of Sport*, pp. 229-230; Confirmando as vantagens relativamente a algumas provas na modalidade de atletismo, cfr. IAAF – Eligibility Regulations for the Female Classification (Athletes With Differences of Sex Development) Explanatory Note, p. 6.

146 HIRSCHBERG, Angelica Lindén – «Female Hyperandrogenism and elite sports». In: *Endocrine Connections Review*, pp. 83, 88-89.

sobre potenciais vantagens atléticas que aquelas atletas possam apresentar em relação às cisgénero.

Na verdade, não existe qualquer resultado científico que evidencie que estas atletas beneficiam de alguma vantagem na sua performance em todas as modalidades desportivas¹⁴⁷, sendo certo que ainda há que ponderar o facto de, não obstante, em abstrato o nível de testosterona ser suscetível de se considerar relevante, a aptidão e performance de um/a atleta depende, de igual forma, de um conjunto de fatores externos e internos, tais como a aptidão natural para a modalidade, a sua composição genética, a motivação pessoal, o treino adequado, a alimentação e nutrição, que não podem ser menosprezados.

Em bom rigor, os níveis de testosterona, que têm constituído um verdadeiro impedimento impediendo porquanto têm fundado a exclusão de atletas transgénero femininas e com DDS das competições, não garantem por si só que o/a atleta tenha um nível de performance significativamente superior aos restantes atletas em todas as modalidades desportivas.

Não existindo assim razões atendíveis que levem a uma adstrição absoluta aos níveis de testosterona *per se*, ter-se-á que, concomitantemente, considerar a resposta do corpo do/a atleta ao nível de testosterona para aferir a relevância desta no caso particular¹⁴⁸.

O termo “testosterona efetiva” remete, precisamente, para o nível de testosterona efetivamente utilizado pelo corpo do/a atleta para incremento da sua aptidão e performance na modalidade desportiva concreta¹⁴⁹.

Se a resposta concreta do corpo da atleta ao nível de testosterona for relevante, é legítimo afirmar-se que o nível de testosterona enquanto fator determinante de uma performance superior em relação às atletas cisgénero encontra respaldo na justiça de resultado

147 O que se permite inferir, em bom rigor, da regulação da IAAF em relação ao hiperandrogenismo é precisamente que o nível de testosterona é apenas significativo em algumas provas de atletismo, designadamente as provas entre 400 a 1600 metros. Cfr. IAAF – Eligibility Regulations for the Female Classification (Athletes With Differences of Sex Development) Explanatory Note, p. 3-4; O emprego do verbo transitivo “pode” indicia a possibilidade, não a dando por isso por assente. HIRSCHBERG, Angelica Lindén – «Female Hyperandrogenism and elite sports». In: *Endocrine Connections Review*, pp. 86-89; GLEAVES, John; LEHRBACH, Tim – «Beyond Fairness: The Ethics of Inclusion for Transgender and Intersex Athletes». In: *Journal of The Philosophy of Sport*, pp. 313-314.

148 SCHULTZ, Jamie – «Caster Semenya and the “Question of Too”: Sex Testing in Elite Women's Sport and the Issue of Advantage». In: *Quest*, pp. 233-234; No mesmo sentido, BIANCHI, Andria – «Transgender Women in Sports». In: *Journal of the Philosophy of Sport*, p. 233. «According to the fairness argument, transgender women should not be allowed to compete in female categories in sports since they possess unfair advantages due to high levels of testosterone. One explanation for this argument is the *skill thesis*, which says that sports are meant “to determine which opponent is more skilful”».

149 SCHULTZ, Jamie – «Caster Semenya and the “Question of Too”: Sex Testing in Elite Women's Sport and the Issue of Advantage». In: *Quest*, pp. 238-239; BIANCHI, Andria – «Transgender Women in Sports». In: *Journal of the Philosophy of Sport*, p. 233; BIANCHI, Andria – «Something Got to Give: Reconsidering the Justification for a Gender Divide in Sport». In: *Philosophies*, p. 6.

que o princípio *the skill thesis* pretende alcançar, não se traduzindo por isso numa violação ao princípio da igualdade.

Contudo, ter-se-á que ter presente que a lotaria genética natural por si só sempre bastaria para relativizar o princípio *the skill thesis* porquanto as características genéticas sempre serão suscetíveis de determinar uma maior vantagem para alguns atletas quando e se comparados entre si apenas atletas cisgénero¹⁵⁰.

Tomemos como exemplo a síndrome de Marfan, que consiste numa condição médica que torna a pessoa particularmente alta. Terá esta condição médica relevância ao ponto de excluir um atleta de uma equipa de basketball ou volleyball? Julgamos que não, pese embora a evidência de que quando comparado com outros atletas da mesma modalidade sempre se encontrará em vantagem em relação ao resultado por força da sua altura. Exemplo modelar de características genéticas naturais que revelam uma predisposição para alcançar melhores resultados quando comparado com outros atletas cisgénero é também o do atleta é o Michael Phelps¹⁵¹.

Em bom rigor, em ambos os exemplos, o que se evidencia é que se tratam de características genéticas naturais que não se encontram facilmente nos demais atletas, pelo que se tratam de diferenças que se revestem de potencial para que não se considerem subsumíveis à justiça desportiva radicada da interpretação tradicional do princípio *the skill thesis* e da qual se alcança a igualdade meramente formal.

Todavia, a elevada percentagem de massa muscular, bem como a inerente força, robustez e agilidade de atletas como Caster Semenya têm suscitado particular atenção por força de uma vantagem genética que determina a diferença em relação a outras atletas cisgénero (níveis endógenos de testosterona) e que por isso tem sido considerada uma vantagem desproporcional e injusta, ao contrário do que sucede com os atletas dados a exemplo, aos quais se associa um sentido positivo de vantagem enquanto “talento natural”.

Com efeito, não de poderá deixar de entender que o argumento da testosterona é, na verdade, um pressuposto da organização binária das competições desportivas que resulta

150 Acompanhamos, por isso, Simona Giordano e John Harris na rejeição à proposta de recurso à engenharia genética de melhoramento de Torbjörn Tännjö e Claudio Tamburrini para alcançar uma verdadeira igualdade de género nas competições desportivas. Cfr. GIRODANO, Simona; HARRIS, John – «What is Gender Equality in Sports?». In: *Genetic Technology and Sport: Ethical Questions*, pp. 209-216; TÄNNJÖ, Torbjörn e TAMBURRINI, Claudio (Coord.) – «Gender Equality and Gene Technology in Sport». In: *Genetic Technology and Sport: Ethical Questions*, pp. 181-195.

151 COOPER, Jonathan – «Testosterone: “the Best Discriminating Factor”». In: *Philosophies*, p. 2; Para uma análise mais detalhada sobre os testes de verificação de género, cfr. COOPER, Emely J. – «Gender Testing in Athletic Competitions – Human Rights Violations: Why Michael Phelps is Praised and Caster Semenya is Chastised». In: *The Journal of Gender, Race & Justice*; e sobre a regulação da vantagem genética, POLEZ, Sarah e LEWIS, Anna – «Regulating Genetic Advantage». In: *Harvard Journal of Law & Technology*.

da desigual e discriminatória conceptualização em relação às variações genéticas decorrentes do cromossoma sexual e às variações cromossomáticas que determinam outras vantagens físicas, que radicam da edificação socialmente elaborada de hierarquização entre homem e mulher.

Importa por isso ponderar quando é que se torna possível afirmar que determinado desempenho é significativamente superior para que não se possa considerar legítimo numa mulher.

Proposta a ser desconsiderada, pese embora com algumas reservas, é a de Torbjörn Tännsjö e Claudio Tamburrini quanto à eliminação de categorias binárias por referência ao sexo morfológico. Partindo da premissa de que qualquer forma de discriminação sexual é moralmente rejeitável independentemente do contexto e motivações em que se verifique¹⁵², pretende resgatar o primário desiderato das competições desportivas, segundo o qual os atletas devem competir em igualdade de circunstâncias, sem referência a uma categoria, determinando-se assim por via da performance fáctica e de resultado quem seria o/a melhor atleta.

Não obstante a bondade da proposta, note-se que a categorização binária poderá não consistir numa forma de discriminação sexual injustificada *stricto sensu*, desde logo por não considerar a possibilidade científica de fatores biológicos (*v.g.* testosterona) sustentarem a manutenção das categorização binária de género em modalidades específicas, por outro lado não pondera a dimensão social da construção de igualdade de género e do tortuoso caminho que levou à inclusão das mulheres nas competições desportivas que, inicialmente, se encontravam reservadas aos homens¹⁵³.

No âmbito das competições desportivas, o sucesso dos resultados dos/as atletas encontra-se estritamente ligado à maximização das aptidões biológicas naturais. Significa isto que as próprias características físicas e fisiológicas que enformam o património genético que é o corpo têm relevância imediata na robustez, resistência, potência e aptidão do/a atleta.

152 TÄNNSJÖ, Torbjörn e TAMBURRINI, Claudio – «The Genetic Design of a New Amazon». In: *Genetic Technology and Sport: Ethical Questions*, pp. 181 e 185; «For virtually as long as women have been allowed to compete in Athletics (and indeed other sports), there have been rules to segregate competition into male and female categories, a distinction that as historically been made by reference to biological sex. The rationale for segregation was, no doubt, initially based on observations, assumptions and generalizations about the athletic ability of men and woman, the perceived “weakness” of the feminine form and cultural stereotypes about the role of women». Cf. COOPER, Jonathan – «Testosterone: “the Best Discriminating Factor”». In: *Philosophies*, p. 3.

153 SAPPENFIELD, Kourtney – «Adrienne Miller and Jomills Braddock II: Sex Segregation in Sports: Why Separate is Not Equal. In: *J Youth Adolescence*. California: Praeger, 2016, pp. 2480-2481; GLEAVES, John e LEHRBACH, Tim – «Beyond Fairness: The Ethics of Inclusion for Transgender and Intersex Athletes». In: *Journal of The Philosophy of Sport*, p. 315.

A utopia de justiça que se pretende assacar ao princípio e que sustenta a categorização binária com recurso ao argumento do nível de testosterona, ter-se-á que ter por necessariamente errónea, porquanto a individualidade endógena sempre poderá colocar alguns atletas numa posição eminentemente vantajosa que outros tantos jamais poderão alcançar, concluindo-se pela relativa expressão do princípio em relação ao ponto de partida igualitário na organização binária das competições desportivas¹⁵⁴.

Resta assim, apreciar duas alternativas: a primeira, que se prescindia do princípio *the skill thesis* em relação à participação destes/as atletas nas competições ainda que os níveis de testosterona efetiva sejam determinantes no resultado; a segunda, não se prescindindo do princípio, que se atendam às vantagens genéticas de todos os atletas (cisgénero e transgénero e DDS) na organização das competições desportivas, de forma a mitigar as vantagens resultantes da lotaria genética natural¹⁵⁵.

Conclusão

Conforme resulta das disposições conjugadas do artigo 1.º e do artigo 10.º da *UNESCO International Charter of Physical Education, Physical Activity and Sports*, é princípio fundamental de governança desportiva no acesso à prática desportiva, incluindo as competições profissionais, a não discriminação¹⁵⁶.

Este instrumento que necessariamente tem de ser interpretado em conjugação com o quadro legal de proteção internacional de direitos humanos tem, por conseguinte, que se traduzir na criação de condições para o cumprimento integral do desiderato de respeito pela dignidade da pessoa humana, livre desenvolvimento da personalidade, privacidade e integridade.

A organização binária das competições desportivas tem suscitado particular atenção no que concerne à participação das atletas transgénero femininas e com diferenças no desenvolvimento sexual porquanto tem potenciado a violação de um catálogo de direitos imanentes à dimensão ética e ontológica da pessoa humana, que não se compadecem com

154 «I draw on a couple of examples to illustrate this point, such as the case of Michael Phelps, whose genetic attributes provide him with many advantages that his competitors probably lack (e.g. size 14 feet, the fact that he is double jointed, his large ‘wingspan’). Cf. BIANCHI, Andria – «Something Got to Give: Reconsidering the Justification for a Gender Divide in Sport». In: *Philosophies*, p. 6; GLEAVES, John; LEHRBACH, Tim – «Beyond Fairness: The Ethics of Inclusion for Transgender and Intersex Athletes». In: *Journal of The Philosophy of Sport*, p. 315.

155 BIANCHI, Andria – «Something Got to Give: Reconsidering the Justification for a Gender Divide in Sport». In: *Philosophies*, p. 6.

156 UNESCO – *International Charter of Physical Education, Physical Activity and Sports*.

a ausência de transparência e consolidação das motivações que presidem à definição de critérios de elegibilidade das atletas.

A justiça de resultado que se pretende alcançar com o princípio *the skill thesis* é assim meramente formal e não material. A proporcionalidade que se encontra inerente ao argumento da vantagem física destas atletas em comparação com as atletas cisgênero, está longe de justificar as restrições que têm sido colocadas às atletas transgênero femininas e com diferenças no desenvolvimento sexual.

Com efeito, não se poderá aceitar que exista proporcionalidade quando a desvantagem radica apenas de uma potencial redução das possibilidades de ganhar. A proteção conferida pelo complexo de direitos humanos fundamentais torna assim difícil justificar a abstrata vantagem consignada às atletas transgênero femininas e com diferenças no desenvolvimento sexual face ao potencial da lesão dos direitos e liberdades de que estas são também titulares, atendendo ao primado de justiça do resultado material que se prossegue no desporto.

Em bom rigor, trata-se de uma desadequada interpretação do princípio *the skill thesis*¹⁵⁷ que tem promovido o impedimento da participação de atletas transgênero femininas e com diferenças de desenvolvimento sexual em diversas competições desportivas ou, não se verificando *ab initio* o impedimento, suscitado posteriormente decisões que colidem com o direito à autodeterminação de gênero e ao livre desenvolvimento da personalidade, desde logo porque se refletem no contexto de uma atividade que é central nas suas vidas, mas de igual forma porque faz indiciar o acolhimento da patologização¹⁵⁸ das questões relativas ao gênero .

O princípio não sugere que é a categorização binária e os métodos indiciários que levam à sua subsunção que deverá ser o critério orientador. Na verdade, a meritocracia desportiva não sugere sequer que os/as atletas sejam tratados de forma absolutamente igual, porquanto a diversidade, e consequentemente a diferença, são características da espécie humana. O que sugere é que os/as atletas preencham requisitos de elegibilidade para participarem nas competições que tenham por referência as suas características biológicas e genéticas naturais que, naturalmente, têm de ser maximizadas, de forma que a competição acolha os/as atletas *equally* e não *as equalls*.

157 Este princípio sugere que é a própria prática/execução da modalidade desportiva que deve determinar o/a atleta com maior aptidão, e consequentemente melhores resultados, por via de um ponto de partida justo que coloque os/as atletas em competição numa posição equilibrada entre si.

158 O que resulta aliás bastante evidente na subtil imposição constante das Eligibility Regulations for the Female Classification (Athletes With Differences of Sex Development) da IAAF.

A verdade desportiva, que decorre do princípio da ética desportiva¹⁵⁹, tem reforçado a interpretação do princípio *the skill thesis* quanto à necessidade de atender à aptidão física do atleta no domínio da força, rapidez, agilidade, que pode ser influenciada pelos níveis de testosterona. Ora, a aptidão/habilidade do atleta não pode ser considerada isoladamente, porquanto não se poderá deixar de ter presente que as vantagens genéticas (além da testosterona leia-se) são um facto inarredável no desporto, pelo que a defesa de um ponto de partida equivalente ou justo nas competições sempre consistirá num objetivo utópico.

Encontrando-se as vantagens genéticas dadas por assentes no desporto¹⁶⁰, não obstante a consagração e projeção prática daquele princípio, e não se pretendendo abdicar deste, terá chegado a altura de ponderar a legitimidade do argumento em relação aos níveis de testosterona para exclusão das atletas transgénero femininas e com diferenças de desenvolvimento sexual.

Tratando-se de características genéticas naturais, conforme é o caso do nível de produção de testosterona destas atletas, dificilmente se encontra um critério ético racional para que se atenda particularmente a esta característica e outras sejam ignoradas, relativamente a todos/as os/as atletas (cisgénero, transgénero e DDS), justamente numa área em que as vantagens genéticas naturais se encontram em estrita ligação com o resultado e que por isso são maximizadas.

A proposta é, nestes termos, de não abdicar do princípio *the skill thesis*, mas ponderar a adoção de um modelo de conformidade paritário que, partindo do pressuposto que os resultados desportivos devem basear-se na habilidade física das atletas, progrida para a eliminação de categorias por referência ao género binário¹⁶¹, cumprindo-se por um lado o conteúdo substantivo do princípio da não discriminação e por outro lado promovendo a inclusão de todos os/as atletas numa competição que cumpra o desiderato igualitário de justiça material.

Com efeito, reconhecendo-se as proficuas finalidades do princípio *the skill thesis*, é a equidade do resultado da aplicação prática do princípio que conduz à necessidade de mitigar potenciais vantagens por um critério de justiça nas competições desportivas.

159 Particularmente n.º 1 e 2 do art.º 3.º da Lei N.º 5/2007, de 16 de janeiro, que define as bases das políticas de desenvolvimento da atividade física e desportiva, bem como o n.º 1 e 2 do art.º 40.º da Lei N.º 30/2044, de 21 de julho, que define as bases gerais do sistema desportivo.

160 IAAF – Eligibility Regulations for the Female Classification (Athletes With Differences of Sex Development) Explanatory Note. P. 6.

161 No mesmo sentido, SILVA, Artur Flaminio da – «Hiperandrogenismo». In: *Enciclopédia de Direito do Desporto*, p. 214. «(...) uma das soluções para evitar as críticas de discriminação de atletas com hiperandrogenismo, podia passar pela criação de uma terceira categoria (a categoria neutra), esbatendo-se, assim, a categorização dicotómica de homem/mulher. Nada impede que o Desporto evolua para uma total eliminação de categorias».

A típica organização das competições desportivas baseada no género feminino ou masculino traduz-se numa forma de discriminação indireta, aferida pelo resultado, relativamente às atletas transgénero femininas ou com diferenças no desenvolvimento sexual, atenta a relevância dos níveis de testosterona que podem determinar uma vantagem real em relação aos atletas cisgénero, considerando as razões de ordem física e fisiológicas que determinam diferenças entre homens e mulheres.

Uma forma de mitigar as vantagens imanentes de ordem genética seria a criação de um sistema de *handicap* centrado na resposta do corpo ao nível de testosterona efetivo para a prática da modalidade concreta, atendendo a que os níveis de testosterona efetiva possam ser determinantes no resultado¹⁶².

Todavia, não existindo evidências científicas que sustentem de forma consolidada a manutenção da segmentação binária generalizada, particularmente por referência ao nível de testosterona e de igual forma que a eventual vantagem conferida pelo nível de testosterona seja distinta de qualquer outra vantagem genética natural independentemente da modalidade desportiva concreta, atendendo ao atual resultado material da aplicação do princípio *the skill thesis* eminentemente discriminatório, a eliminação de categorias por género binário apresenta-se como uma forma de alcançar a igualdade material por via da paridade.

Tendo em vista o desiderato do princípio, em alternativa à segmentação de atletas por sexo anatómico, melhor se afigura a consideração de outros fatores para cada modalidade que, de facto, podem contribuir significativamente para a determinação do vencedor da competição de acordo com o paradigma da justiça desportiva.

Nestes termos, não abdicando da aplicação do princípio *the skill thesis* e do profícuo resultado inclusivo que ao mesmo se pode assacar, de forma a obstar à segregação das atletas transgénero ou com diferenças no desenvolvimento sexual, entende-se que a criação de um sistema de *handicap* que considere as vantagens genéticas, fisiológicas e físicas de todos os atletas (cisgénero, transgénero e com diferenças no desenvolvimento sexual) relevantes em cada modalidade desportiva, alcançará o profícuo resultado de mitigar transversalmente as vantagens resultantes da lotaria genética natural¹⁶³.

É, nestes termos, de afastar a opção de criação de uma terceira categoria neutra porquanto, no limite, o resultado de exclusão poder-se-ia verificar nestas circunstâncias por força das atletas não terem nenhuma outra atleta transgénero feminina ou com diferenças de desenvolvimento sexual.

162 BIANCHI, Andria – «Transgender Women in Sports». In: *Journal of the Philosophy of Sport*, pp. 237-239.

163 BIANCHI, Andria – «Something Got to Give: Reconsidering the Justification for a Gender Divide in Sport». In: *Philosophies*, p. 6.

Partindo do conteúdo substantivo da paridade, uma reinterpretação contemporânea permite avançar paulatinamente para a afirmação de que esta existe na medida em que se defenda que a diferença sexual não é decisiva na classificação da espécie humana. O pressuposto é o de a pessoa não é aquilo que é em função do sexo morfológico¹⁶⁴.

A eliminação de categorias por referência ao género binário permite obstar a discriminações arbitrárias, designadamente por força do sexo, bem como promove o resultado prosseguido pelo princípio *the skill thesis* de justiça material.

Se a demarcação da porção a que cada pessoa tem direito no leque de bens disponíveis, leia-se iguais oportunidades de participar nas competições desportivas, porção essa que há de ser rigorosamente igual para todos os indivíduos, não se encontrar adstrita à organizações reducionistas das potencialidades do ser em devir que é a pessoa humana, promove-se um ambiente mais inclusivo e não estigmatizante no desporto que permite o estabelecimento perpétuo de uma participação materialmente igualitária.

Por conseguinte, a possibilidade de se alcançar um equilíbrio entre as diferenças das pessoas e as características que lhe são comuns com a eliminação das categorias binárias deve-se, sobretudo, ao facto de a organização das competições encontrar fundamento em características especificamente relevantes para a modalidade desportiva concreta.

Um sistema de organização assente neste pressuposto é mais inclusivo, não apenas por acolher as vantagens decorrentes genética natural, mas de igual forma por criar condições materiais de elegibilidade para atletas de género não binário, e que não tenham intenção de recorrer a terapias hormonais ou à cirurgia de afirmação de género, alcançando-se desta forma a definição permanente de uma igualdade material.

De resto, este sistema meritocrático não significará que não se venham a verificar competições em que atletas cisgénero masculino ou feminino competirão com atletas do mesmo género e sexo, contudo o paradigma que presidirá à organização das competições desportivas, com a eliminação total de categorias por referência ao género, será o endereçar as características relevantes para a modalidade desportiva para alcançar a justiça real ou de resultado de acordo com as competências físicas e fisiológicas do/a atleta.

164 Afastamo-nos assim da conceptualização de paridade apresentada por RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – «Paridade, a Outra Igualdade». In: *Ciências Jurídicas Civilísticas: Comunitárias; Económicas; Empresariais...*, p. 588.

WORLD Professional Association for Transgender Health – «Standarts of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender-Nonconforming People». [Consultado 12 janeiro 2002]. Disponível em <https://www.wpath.org/publications/soc>

Bibliografia

- AMERICAN Psychiatric Association – «Help With Gender Dysphoria». [Consultado 10 junho 2020]. Disponível em <https://www.psychiatry.org/patients-families/gender-dysphoria/what-is-gender-dysphoria>.
- ASCENSÃO, José de Oliveira – *O Direito. Introdução e Teoria Geral*. 13.^a ed. Coimbra: Edições Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-2443-1.
- BARBOSA, Mafalda Miranda; ÁLVAREZ, Tomás Prieto – *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*. Coimbra: GestLegal, 2020. ISBN 978-989-8951-321-1.
- BASS, Megan; GOZALEZ, Luis J.; COLIP, Leslie; [et. al] – «Rethinking Gender: The Nonbinary Approach». In: *AM J Health-Syst Pharm*. [sl]. Vol. 75, N.º 22, (2018), pp. 1821-1823.
- BELEZA, Teresa Pizarro – *Direito das Mulheres e da Igualdade Social. A Construção Jurídica das Relações de Género*. Coimbra: Edições Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4237-4.
- BIANCHI, Andria – «Something Got to Give: Reconsidering the Justification for a Gender Divide in Sport». In: *Philosophies*. [sl]. Vol. 4, N.º 23, (2019), pp. 1-13.
- BIANCHI, Andria – «Transgender Women in Sports». In: *Journal of the Philosophy of Sport*. Vol. 44, N.º 2, (2017), pp. 229-242.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa – Volume 1*. 4.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN 978-972-32-2286-9.
- CARVALHO, Orlando de – *Teoria Geral do Direito Civil*. 3.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2017-9.
- COOPER, Emely J. – «Gender Testing in Athletic Competitions – Human Rights Violations: Why Michael Phelps is Praised and Caster Semenya is Chastised». In: *The Journal of Gender, Race & Justice*. Vol. 14, N.º 1, (2010-2011), pp. 233-264.
- COOPER, Jonathan – «Testosterone: “the Best Discriminating Factor”». In: *Philosophies*. Vol. 4, N.º 36, (2019), pp. 1-15.
- CORDEIRO, António Menezes – *Tratado do Direito Civil Português*. Tomo IV. Parte Geral. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-7897-7.
- COWAN, Sharon – «“Gender is No Substitute for Sex”: A Comparative Human Rights Analysis of the Legal Regulation of Sexual Identity». In: *Feminist Legal Studies*. N.º 13, (2005), pp. 67-96.
- GLEAVES, John e LEHRBACH, Tim – «Beyond Fairness: The Ethics of Inclusion for Transgender and Intersex Athletes». In: *Journal of The Philosophy of Sport*. Vol. 43, N.º 2, (2016), pp. 311-326.
- GODOY, Gabriel César – «La Identidad de Género Trans: Una Construcción Relacional y Contextualizada (San Luiz, Argentina, 2013-2015)». In: *Athenea Digital*. Vol. 19, N.º 3, (2019), pp. 1-27. ISSN 1578-8946.
- HIRSCHBERG, Angelica Lindén – «Female Hyperandrogenism and Elite Sports». In: *Endocrine Connections Review*. N.º 9, (2020), pp. 81-92.
- LEE, Peter A.; HOUK, Christopher P.; AHMED, S. Faisal; [et. al.] – «Consensus Statement on Management of Intersex Disorders». In: *Pediatrics*. N.º 118, (2006), pp. 488-500.
- LEE, Peter A.; NORDENSTRÖM, Arlene; HOUK, P. Christopher P. – «Global Disorders of Sex Development Update since 2006: Perceptions, Approach and Care». In: *Hormone Research in Pediatrics*. N.º 85/3, (2016), pp. 158-180.
- MACEDO, Ana – *Identidade de Género e Orientação Sexual na Prática Clínica*. Lisboa: Edições Sílabo, 2018. ISBN 978-972-618-953-4.

- MIRANDA, Jorge – *Curso de Direito Internacional Público*. 4.^a edição. Lisboa: Principia, 2009. ISBN 978-989-8131-52-1.
- MIRANDA, Jorge – *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. *Direitos Fundamentais*. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN978-972-32-1613-4.
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui – *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 972-32-1308-7.
- MOREIRA, Vital e GOMES, Carla de Marcelino; (Coord.) – «Compreender os Direitos Humanos: Manual de Educação para os Direitos Humanos». [Consult. 28 janeiro 2020]. Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-humanos/livro-compreender-os-direitos-humanos>
- NOVAIS, Jorge Reis – *A Dignidade da Pessoa Humana*. Volume I. *Dignidade e Direitos Fundamentais*. 2.^a edição. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7591-4.
- NOVAIS, Jorge Reis – *A Dignidade da Pessoa Humana*. Volume II. *Dignidade e Inconstitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6346-1.
- PINTO, Paulo da Mota – *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais – Estudos*. Coimbra: GestLegal, 2018. ISBN 978-989-54076-3-7.
- POLEZ, Sarah e LEWIS, Anna – «Regulating Genetic Advantage». In: *Harvard Journal of Law & Technology*. Vol. 32, N.º 1, (2018), pp. 266-298.
- RAPOSO, Vera Lúcia – *O Poder de Eva. O Princípio da Igualdade no Âmbito dos Direitos Políticos; Problemas Suscitados pela Discriminação Positiva*. Coimbra: Edições Almedina, 2004. ISBN 978-972-4019-85-7.
- RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – «Paridade, a Outra Igualdade». In: *Ciências Jurídicas Civilísticas: Comunitárias; Económicas; Empresariais; Filosóficas; Históricas; Políticas; Processuais*. Coimbra: Edições Almedina, 2005.
- RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto – «Quotas de Género: os prós e os contras de uma solução polémica». In: *Direitos Humanos das Mulheres*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1335-4, pp. 111-126.
- SANTOS, Heloísa G.; PEREIRA, André Dias – *Genética para Todos. De Mendel à Revolução Genómicas do Século XXI: a prática, a ética, as leis e a sociedade*. Lisboa: Gradiva, 2019. ISBN 978-989-616-868-1.
- SAPPENFIELD, Kourtney – «Adrienne Miller and Jomills Braddock II: Sex Segregation in Sports: Why Separate is Not Equal». In: *J Youth Adolescence*. California: Praeger, 2016. ISBN 978-1-4408-3810-1, pp. 2479-2482.
- SAX, Leonard – «How Common is Intersex? A Response to Anne Fausto-Sterling». In: *The Journal of Sex Research*. Vol. 39, N.º 3. (2010), pp. 174-178.
- SCHULTZ, Jamie – «Caster Semenya and the “Question of Too”: Sex Testing in Elite Women’s Sport and the Issue of Advantage». In: *Quest*. N.º 63, (2011), pp. 228-243.
- SCHWEND, Amets Suess – «Trans Health Care from a Despathologization and Human Rights Perspective». In: *Public Health Reviews*. Vol. 41, N.º 3, (2020), pp. 1-17.
- SILVA, Artur Flaminio da – «Hiperandrogenismo». In: *Enciclopédia de Direito do Desporto*. Coimbra: GestLegal, 2019. ISBN 978-989-8951-27-4.
- TÄNNSJÖ, Torbjörn e TAMBURRINI, Claudio (Coord.) – «Gender Equality and Gene Technology in Sport». In: *Genetic Technology and Sport: Ethical Questions*. New York: Routledge, 2005, pp. 179-218. ISBN 978-0415-34237-7.

RECENSÕES
REVIEWS



APRESENTAÇÃO DO LIVRO «A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL» DE GERALDO PRADO

PRESENTATION OF THE BOOK «THE TEST CUSTODY CHAIN IN THE CRIMINAL PROCESS» BY GERALDO PRADO

MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE*

manuelmonteirovalente@gmail.com

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845

Volume XXI · 1st January Janeiro – 30th June Junho 2020 · pp. 145-147

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXI.2.1.01>

Submitted on October 14th, 2020 . Accepted on November 26th, 2020

Submetido em 14 de outubro, 2020 . Aceite a 26 de novembro, 2020

Iniciamos com cumprimentos dirigidos ao autor, Doutor GERALDO PRADO, que nos presenteia com mais uma obra¹ de elevada qualidade científica, à Doutora Maria João Antunes, que connosco partilha a responsabilidade de apresentar a obra, ao Dr. João Calado, que representa a Marcial Pons, a Juíza Desembargadora Giselle Bondim, esposa do autor e, com singeleza, na sua pessoa cumprimentar toda a família e amigos aqui presentes neste momento de alegria.

Gostariamos, se seguida, agradecer o amável convite para apresentar uma obra de um dos mais ilustres juristas do Brasil, da América Latina e com cimentação na comunidade jurídica europeia, em especial portuguesa, cuja defesa do devido pro-

cesso legal e da efetiva defesa e garantias do processo penal tem marcado a sua obra.

Apresentar um livro é uma tarefa muito difícil, em especial um livro como o que o Doutor Geraldo Prado nos brinda, que reflete parte dos seus estudos, pesquisas e debates dos últimos anos, e um livro com um tema como este, atual e muito pertinente para a comunidade jurídica e comunidade penal, por se prender com o mais elevado valor de justiça: **a Liberdade**. **A Cadeia de Custódia de Prova** tem reflexo na decisão final de condenar ou não condenar, ou seja, na **liberdade** como maior bem e como o valor que a pessoa humana mais aprecia. Muitos parabéns pelo maravilhoso livro que submete à crítica dos pares e de todos os que estudam direito [processual penal].

* Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa. Professor Associado da Universidade Autónoma de Lisboa. Presidente do Instituto de Cooperação Jurídica Internacional. Professor do Programa de Mestrado e Doutoramento em Ciências Criminais da PUC-RS e Professor Convidado da ESP/ANP – Polícia Federal – Brasil. Advogado e Jurisconsulto.

1 PRADO, GERALDO – *A Cadeia de Custódia de Prova no Processo Penal*. São Paulo/Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2019.

O livro apresenta uma trilogia que ora se estatizam ora se dinamizam conforme o **tempo** e o **espaço** em que nos encontramos: prova-facto; prova-verdade; e prova-poder. A esta trilogia relacional que gravita no tempo e no espaço do Direito, acrescentamos a prova-Direito e a prova-liberdade. Poder-se-ia falar em pentagonia relacional estática e dinâmica numa construção de saber e poder como limite do Direito de punir de forma que as funções do Direito penal se possam concretizar: função de garantia, função de segurança, função de coesão social e a magnânima função de equilíbrio. A cadeia de custódia da prova marca a pentagonia elencada e assume importância por ser essencial a originalidade e integridade da prova que integra o objeto do processo conducente a uma decisão final: condenação ou de absolvição. Poder-se-ia afirmar que o livro reflete esta preocupação que se manifesta na pugna por uma justiça livre de qualquer maculação.

Ressalta do livro o inconformismo com a insistente “mania” em confirmar a olhar para os tópicos jurídicos com cânones próprios de Constituições antidemocráticas [pp. 13, 18, 37, 49, 97] e a continua não subordinação da interpretação normativa aos Comandos de uma Constituição democrática (1988).

A continua insistência de que é possível obter a *verdade real*, própria dos demonstrativistas que, por isso, sacralizam e mitificam a prova pericial [p. 97], quando a epistemologia nos ensina que o

conhecimento humano tem limites ou o seu alcance é finito e não absoluto [produzido pela perícia], pela testemunha, por ser finito e falível como nos elucidou Popper.

O autor, ao longo das 148 pp. inquietantes e provocantes, procura elucidar-nos de que não há verdade real, sendo que a *verdade fáctica* é uma *construção do conhecimento* dos sujeitos processuais e dos participantes processuais [pp. 39, 49, 56-57, 59, 60-62], sendo, por isso, *falível*, mas que os tribunais supremos teimam em não assumir, como demonstra o pequeno número de revisões de sentença [p. 37].

Também nos elucidada de que a facilidade com que se sana e ‘salta’ a violação da cadeia de custódia – *limitando (anulando) o contraditório* à prova íntegra e autêntica, à prova fonte e intacta, assim como promovendo as sucessivas surpresas e a violação do *fair trial* – é demonstrativo de uma tendência em minimizar a dimensão axiológica constitucional do princípio do acusatório e o processo de estrutura acusatória.

A persecução criminal deve, desde a notícia do crime, perpassando pela investigação criminal promovida pela polícia, deve estar subordinada ao devido processo legal [p. 101], sendo que a persecução da Cadeia de custódia de prova – integridade e *autenticidade* da prova [p. 95] – se afirma como pilar central adequado a assegurar todas as garantias constitucionais processuais penais [p. 128-131], porque o Direito processual penal é, como escreveu Henkel, *direito constitucional aplicado*.

O Direito Processual Penal – como temos defendido, *direito por excelência dos inocentes* –, no quadro da “prova”, não deve ser nem nunca deve ter uma “função ritual” [p. 63], cujas recolha, conservação, tratamento da prova devem sujeitar-se a uma *standard* [mínimo] de prova próprio de um Estado de direito e, na nossa opinião, como a do Autor, a um *standard* máximo probatório, por estarmos num Estado Constitucional democrático.

Este Estado impõe a efetividade, mais do que do princípio da legalidade [igualdade], do princípio da constitucionalidade da prova que, enquanto fonte epistemológica, axiológica, teológica de limitação do poder – saber/poder –, exige a *negação da verdade real*, a *negação de mera ritualidade da prova*, a *negação da admissibilidade de prova viciada* [ilegal/ilícita], a *negação da violação do devido processo legal* [p. 128], que se impõe que seja *justo e equitativo*, sob pena de negarmos a pessoa humana e a sua dig-

nidade, por nela residir a medula da solidariedade, de justiça e da liberdade.

O Autor, garantista não positivista, não propugna um regime de impunidade [NÃO], propõe-nos uma *persecução criminal* assente no conhecimento – *epistemologia* – onde a *verdade processual, prática, material, judicial e válida* [enquanto conhecimento edificado ao longo do processo com uma contrariedade processual democrática] não seja o resultado do *arbitrio*, mas antes o produto do exercício de um poder legítimo, válido, vigente e efetivo subordinado ao Direito, enquanto princípios gerais do direito, princípios gerais de cada ramos do direito, direito positivo, jurisprudência e doutrina.

Para que possamos, com santo Agostinho, afirmar “que não nos vença, a sede de vingança”.

Muito Obrigado.

Lisboa, 24 de julho de 2019

