

GALILEU

VOLUME XXIII

ISSUE 1-2 · 1ST JANUARY – 31TH DECEMBER · FASCÍCULO 1-2 · 1 DE JANEIRO – 31 DE DEZEMBRO 2022

**REVISTA
DE DIREITO
E ECONOMIA**

UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA



FCT Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

GALILEU – REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA

VOLUME XXIII · Issue 1-2 · 1st January – 31st December 2022

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 XXIII · Fascículo 1-2 · 1 de janeiro – 31 de dezembro 2022

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.XXIII.1/2>

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

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

ASSISTANT DIRECTORS DIRETORES ADJUNTOS

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

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

EDITORIAL BOARD CONSELHO EDITORIAL

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

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

Fernando Cachafeiro Garcia	Universidade da Coruña, Espanha	fernando.cachafeiro@ude.es
----------------------------	---------------------------------	----------------------------

Francisco Hernández	Universidade de Santiago de Compostela, Espanha	francisco.hernandez.rodriquez@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

- 7 **Editorial Editorial**
MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE
- 11 **Pacifismo e constitucionalismo global Pacifism and global constitutionalism**
LUIGI FERRAJOLI
- 23 **Franco cordero e le dottrine del processo penale Franco cordero and the doctrines of the criminal process**
RENZO ORLANDI
- 39 **Efeitos extraprocessuais do estado de inocência - limites aos juízos paralelos condenatórios Extraprocedural effects of the presumption of innocence - limits to condemnatory parallel judgments**
NEREU JOSÉ GIACOMOLLI, ROGER MACHADO
- 63 **Aquisição de provas criminais eletrônicas no Brasil à luz da Convenção de Budapeste, do Cloud Act dos Estados Unidos da América e do Direito da União Europeia Acquisition of electronic criminal evidence in Brazil in the light of the Budapest Convention, the Cloud Act of the United States of America and European Union Law**
WILSON ANTONIO PAESE SEGUNDO
- 81 **A Perda Alargada e a sua (in)constitucionalidade Extended forfeiture and its (un)constitutionality**
JOÃO JAIME CARDEIRA JORGE
- 93 **O impacto da (in)gestão do planeamento do território nas metrópoles The impact of the (non) management of the territory planning in metropolises**
MARIA JOÃO GUIA
- 107 **Implementação da Lei de Proteção do Clima Implementation of the Climate Protection Act**
ANJA BOTHE
- RECENSÕES**
REVIEWS
- 124 ***Brazilian Politics on Trial: Corruption & Reform Under Democracy* by Luciano da Ros and Matthew M. Taylor (Reinner, 281 pp., 2022)**
BRUCE ZAGARIS

Editorial Editorial

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XXIII · 1st January Janeiro – 31st December Dezembro 2022 · pp. 7-9
DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXIII.1/2.1.1>

A Galileu-Revista de Direito e Economia apresenta-se ao público com os dois números de 2022, procedendo-se a uma atualização editorial necessária de modo a garantir uma efetiva periodicidade científica. Este volume XXIII (n.^{os} 1 e 2), 2022, demonstra a afirmação da internacionalização da revista, que se vai desenhando com o decorrer do tempo, e assume-se como um espaço de publicação de estudos dos alunos de mestrado em Direito da Universidade Autónoma de Lisboa, integrados nos projetos de I&D do Ratio Legis – Centro de Investigação em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa.

Este volume conta com dois blocos de estudos: um organizado por Bruna Capparelli, com artigos de Luigi Ferrajoli, Renzo Orlandi, Nereu Giacomoli e Roger Machado, a par de uma recensão crítica de Bruce Zagaris; outro organizado pelo signatário com textos de Wilson Antonio Paese Segundo, João Jorge, Maria João Guia e Anja Bothe e Danila Gonçalves de Almeida. Deixamos, aqui, expresso um agradecimento à Bruna Capparelli pelo trabalho na organização dos artigos e da recensão que se publicam neste Volume XXIII.

O artigo de Luigi Ferrajoli, sobre «Pacifismo e Constitucionalismo Global» apela ao princípio da humanidade, a um discurso político-jurídico de humanidade, e, face ao perigo de uma guerra nuclear por força da guerra da Rússia à Ucrânia, aos líderes que se sentem à mesa de negociação, por meio do Conselho de Segurança da ONU, e construam a paz por meio da aprovação de uma Constituição da Terra como património comum de todos os viventes no planeta terra. É um tema de elevada importância para todas as ciências, em especial o Direito e a Política, que Luigi Ferrajoli tem estudado e tratado como ficou patente na sua participação no SIECO II – Seminário Internacional de Criminalidade Organizada Transnacional, que decorreu na Universidade Autónoma de Lisboa, a 23 e 24 de novembro de 2022, no âmbito do Projeto de I&D: «Corpus Delicti – Estudos de Criminalidade Organizada Transnacional», sediado no Ratio Legis.

Renzo Orlandi apresenta-nos um estudo sobre «Franco Cordero e a doutrina do processo penal», homenageando um jurista, historiador, filósofo, romancista, polemista, um intelectual de grande valor e, acima de tudo, uma pessoa cuja humanidade soube utilizar para marcar a ciência jurídica, em especial o processo penal, cujo profundo e amplo ras-

tro se fazem sentir em toda a sua obra e nos estudos que jus processualistas penais têm desenvolvido no espaço europeu e internacional. É um artigo que nos convoca olhar para a obra de um professor, reflexo do que foi como pessoa, desde a década de 60 do século XX, marcou e marca a ciência jurídico-processual.

Nereu Giacomolli e Roger Machado trazem-nos um estudo sobre o estado de inocência enquanto exigência constitucional e convencional na dimensão extraprocessual, que se aplica a todos, incluindo aos meios de comunicação social. Propõem uma análise da publicidade processual a partir da presunção de inocência, definindo e idnetificando juízos paralelos condenatórios face ao inevitável confronto entre a liberdade de expressão e o estado de inocência. Convocam as disposições legais do ordenamento jurídico penal do Brasil que tentam responder às violações diárias ao estado de inocência, com maior incidência na Lei 13.869/2019 (abuso de autoridade), uma vez que trata, em parte, da dimensão extraprocessual da tutela penal do estado de inocência. Os autores entendem que existe compatibilidade entre a publicidade do caso criminal e o estado de inocência se os juízos prévios condenatórios não forem emitidos ou se a forma e conteúdo da comunicação puderem induzir à formação e compreensão do caso concreto e não à sua distorção e précondenação no espaço público.

Seguem-se dois trabalhos de alunos de mestrado em Direito [Ciências Jurídico-Policiais e Ciências Jurídico-Criminais], desenvolvidos no âmbito do projeto de I&D: Corpus Delicti – Estudos de Criminalidade Organizada Transnacional. Wilson Paese apresenta um trabalho, que, ancorado na fase oficial da investigação preliminar de crimes de competência das autoridades brasileiras, procura indagar se a obtenção de metadados e de conteúdo eletrônico diretamente com o ente privado, que os armazena, tem respaldo nas disposições da Convenção de Budapeste, na legislação da União Europeia e no Cloud Act dos Estados Unidos da América. O debate que o artigo nos traz é de extrema relevância por a descoberta da autoria de grande parte das infrações criminais comuns poder ser celeremente obtida com recurso aos meios de obtenção de prova eletrônicos, quantas vezes armazenadas em território físico e digital estrangeiro, factualidade conflituante com os instrumentos de cooperação mútua tradicionais que parecem estar desajustados ao problema da obtenção da prova. João Jorge trata de um tema da atualidade jurídico-criminal, em especial do Direito penal económico, que se prende com o regime jurídico vigente da perda alargada de bens e o debate científico-jurídico sobre a (in)constitucionalidade do mesmo, procedendo a uma análise crítica do texto-norma, da doutrina e da jurisprudência do Tribunal Constitucional, que já fora convocado a pronunciar-se e a decidir sobre a conformidade constitucional deste regime jurídico de perda alargada de bens. O autor, alertando para os perigos de a eficácia se sobrepor ao próprio sentido de Direito, acompanha a posição defendida pela maioria da doutrina e afasta-se da pronúncia e decisão jurisprudencial proferidas pelo Tribunal Constitucional.

Na parte final temos dois artigos de duas professoras da Universidade Autónoma de Lisboa, Maria João Guia e Anja Bothe, aqui acompanhada por Danila Gonçalves de Almeida, sobre temas muito atuais para reflexão jurídica e política. Maria João Guia, numa perspetiva criminológica, estuda o problema da inexistência de planeamento urbano nas grandes cidades e os consequentes problemas socioeconómicos que colocam em confronto a liberdade e a segurança, o que se agrava e tem agravado com os fluxos migratórios e a edificação de enclaves urbanos que, aos poucos, se instalam sem a devida e adequada prevenção da violação da legislação do urbanismo. Esta realidade germina focos de violência, de marginalidade e delinquência, e, por conseguinte, um inevitável e claro atropelo aos direitos fundamentais. Como se retira do artigo existe legislação, a questão é a sua aplicação concreta para prevenir ou resolver as questões inerentes ao desordenamento do território e assumir-se o urbanismo como espaço de afirmação de direitos fundamentais pessoais, sociais, culturais, económicos e políticos. Anja Bothe e Danila Gonçalves de Almeida apresentam um estudo sobre uma decisão do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha que declarou parcialmente inconstitucional a Lei da Proteção do Clima por a insuficiente limitação das emissões de gases com efeito de estufa até 2030 e a falta de estipulações legais mínimas a partir de 2030 comprometerem, no futuro, as liberdades fundamentais dos cidadãos. Está-se perante uma decisão de inconstitucionalidade por existir um prejuízo futuro e se violar o princípio da equidade intergeracional e o princípio da proteção objetiva e das gerações futuras que são credoras e dignas de tutela jurídico-constitucional. Poder-se-á dizer que a decisão convoca-nos para saber se o Direito tem de assumir uma função preventiva de possíveis prejuízos e lesões de bens ou valores fundamentais – direitos fundamentais pessoais como é o direito à qualidade de vida e bem-estar das gerações futuras – e se exigir um edifício jurídico que garanta a efetividade dos direitos e liberdades fundamentais.

Por fim, Bruce Zagaris traz-nos uma recensão crítica do livro «Brazilian Politics on Trial: Corruption & Reform under Democracy» escrito por Luciano da Ros e Matthew M. Taylor, publicado pela Reinner, em 2022, com 281 páginas. O livro trata de um tema real candente e debatido nos últimos tempos e convida-nos, a partir da democracia brasileira e dos eu processo histórico de construção e consolidação, a refletir sobre o fenómeno da corrupção e as necessárias ou consequentes reformas dos sistemas políticos e os perigos que essas reformas acarretam para toda a sociedade.

O Diretor da *Galileu*
Manuel Monteiro Guedes Valente

Pacifismo e constitucionalismo global

Pacifism and global constitutionalism

LUIGI FERRAJOLI¹

luigi.ferrajoli@uniroma3.it

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

Volume XXII · 1st January Janeiro – 31st December Dezembro 2022 · pp. 11-19

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXII.1/2.1>

Submitted on April 24th, 2022 · Accepted on May 2nd, 2022

Submetido em 24 de Abril, 2022 · Aceite a 2 de Maio, 2022

SUMÁRIO 1. O dever de negociar² – 2. A necessidade de coenvolver nas tratativas os países da OTAN. O papel que deveriam desempenhar os órgãos da ONU, convocados em sessão permanente – 3. Duas visões do futuro do mundo – 4. Por uma Constituição da Terra.

RESUMO A humanidade, a causa do prolongamento da agressão da Rússia à Ucrânia, nunca esteve tao próxima a um conflito nuclear. Diante a este perigo, o Autor propõe que as negociações de paz se realizem no Conselho de Segurança da ONU, convocando em o Conselho Permanente até que se restabeleça a paz, e, em perspectiva, a aprovação de uma Constituição da Terra que elimine as armas e os exércitos nacionais, institua um patrimônio planetário dos bens comuns e introduza adequadas garantias globais dos direitos fundamentais de todos os seres humanos.

PALAVRAS-CHAVE perigo nuclear – paz – Constituição da Terra

1. O dever de negociar

Nos 77 anos que nos separam de Hiroshima e Nagasaki, o perigo de um conflito nuclear nunca foi assim tão grave e iminente como aquele em curso durante a guerra criminosa desencadeada pela Rússia contra a Ucrânia. Por isso, o comportamento das potências da OTAN diante desse perigo foi, desde o início, irresponsável. O fato mesmo de que Putin,

1 Professor emérito de Filosofia do Direito, *Università di Roma Tre – Italia*.

2 [N.T.] No original: *trattare*, palavra que pode ser traduzida para tratar, negociar ou acordar. Optou-se por negociar, por ser de uso frequente em português, preservando a palavra tratativa para traduzir o termo *trattativa*, por ser amplamente utilizada. Traduzido por Luiz Eduardo Cani cani@disroot.org e revisado por Bruna Capparelli bruna.capparelliz@unibo.it

segundo o coro unânime dos meios de comunicação e de todos os governantes ocidentais, é um déspota feroz, deveria aconselhar a levar a sério a sua ameaça, formulada desde 13 de março, de uma “reação sequer imaginável”. Como este déspota já mostrou o que é capaz de fazer, está munido de armas nucleares, como quis outras vezes recordar, e é, portanto, bem possível, se crescer a tensão, que faça uso dessas. A única coisa séria a fazer deveria ser, portanto, o empenho de todos para pôr fim à guerra e contribuir para o reestabelecimento da paz.

É esta, de resto, a regra válida em todas as comunidades civis para fazer frente às ações criminosas em andamento. Quando um bandido ameaça disparar e, depois, dispara sobre uma multidão, se não forem acolhidos os seus pedidos, o dever de quantos tinham o poder de fazê-lo – neste caso, a comunidade internacional – é aquele de negociar, negociar, negociar a cessação do massacre. Pouco importa se o bandido é considerado um criminoso, ou um louco ou, ainda, um líder político irresponsável que não viu acolherem as suas justas razões e reivindicações. A única coisa que importa é a cessação da agressão e do massacre dos inocentes. Tanto mais porque, neste caso, a continuação da guerra pode deflagrar uma guerra nuclear. Mesmo os mais fervorosos críticos de Putin não deveriam esquecer, repito, que nos encontramos diante de um autocrata munido de mais de seis mil ogivas nucleares, e que a insensatez desta guerra, também do ponto de vista dos interesses da Rússia, não permite excluir mais aventuras apocalípticas sem sentido.

Negociar é o que querem milhões de manifestantes em todo o mundo quando pedem um “cessar fogo”: para pôr fim à tragédia dos massacres, das destruições e da fuga de milhões de deslocados ucranianos. No início de abril, como nos informa a Agência da ONU para refugiados, eram 4 milhões os refugiados ucranianos nos países vizinhos e cerca de 7 milhões os deslocados internos, em grande parte mulheres e crianças. Os horrores, os estupros e os massacres civis cometidos pelo exército russo impõem com força, pela sua atrocidade, o empenho de todos para que se ponha fim, o quanto antes possível, a esta tragédia. Não importa que atrocidades similares tenham sido cometidas em tantas outras guerras, algumas das quais desencadeadas pelo Ocidente. O que importa é que se advirta como intoleráveis as violências contra pessoas indefesas, que se faça de tudo para fazê-las cessar e que essas valiam para abrir os olhos para os horrores inevitavelmente ligados a qualquer guerra.

São essas as condições de qualquer pacifismo digno desse nome: em primeiro lugar, estar ao lado dos agredidos contra os agressores; em segundo lugar, apoiar as razões deles na tratativa direta para fazer cessar o quanto antes a agressão e as suas atrocidades.

2. A necessidade de coenvolver nas tratativas os países da OTAN. O papel que deveriam desempenhar os órgãos da ONU, convocados em sessão permanente

Mas de que modo se apoiam as razões dos agredidos nas negociações de paz? Quem tem o poder e, acrescentarei, o dever de oferecer esse apoio? Há uma grande hipocrisia na base da política dos governos europeus e do debate público sobre a guerra. Todos sabem, mas todos fingem que não sabem, que por trás dessa guerra, da qual a Ucrânia é somente uma vítima, o verdadeiro embate é entre a Rússia de Putin e os países da OTAN. São, portanto, os Estados Unidos e as potências europeias que deveriam tratar a paz, apoiando a Ucrânia nas tratativas ao invés de deixá-la negociar sozinha o com seu agressor.

Seria esse o verdadeiro ato de solidariedade do Ocidente nos confrontos do povo ucraniano. A verdadeira ajuda à população ucraniana, bombardeada e massacrada desde 23 de fevereiro, seria a participação na tratativa, ao lado da Ucrânia, dos países membros da OTAN, a começar pelos Estados Unidos, dotados de bem outra força e de bem maior capacidade de pressão, a fim de obter, com o mínimo custo para o agredido, a imediata cessação da agressão. Uma similar assunção de responsabilidade pelas maiores potências – Estados Unidos e União Europeia – valeria não apenas para pôr fim à guerra, mas também para acabar com o perigo do seu alargamento descontrolado.

Por isso, a sede apropriada para as negociações, como já tive a oportunidade de sustentar, deveria ser não mais somente a desconhecida localidade da Bielorrússia onde se encontram, com cada vez menor capacidade de acordo, as delegações da Rússia e da Ucrânia, mas também a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança da ONU. Por duas razões. Em primeiro lugar, porque as Nações Unidas são a organização cuja finalidade institucional, como diz o art. 1.º do seu Estatuto, é manter a paz e conseguir, com meios pacíficos, a solução das controvérsias internacionais. Em segundo lugar, porque no Conselho de Segurança sentam, como membros permanentes, todos dotados de armamentos nucleares, exatamente as potências que têm a força e o poder para negociar a paz: a Rússia, a China e os principais membros da OTAN, isto é, os Estados Unidos, o Reino Unido e a França. A tratativa se desenvolveria, assim, sob os olhos da humanidade inteira, no interior de uma instituição que tem por razão social a consecução da paz. Sabemos bem que a ONU é cada vez mais débil, ao ponto que foi declarada sua inutilidade. Mas essa é uma razão a mais porque se encontra, diante desta guerra, a sua função institucional e a sua razão de ser.

A alternativa é a escalada da guerra, com o risco cada vez maior da sua degeneração em uma guerra nuclear. Mas também, além dessa aterrorizante perspectiva, a continuação desta guerra, além de produzir outros massacres e destruições na pobre Ucrânia, só poderá fazer crescer e, por assim dizer, institucionalizar a lógica bélica do amigo/inimigo.

A decisão do nosso Parlamento de aumentar em mais de 50% as despesas militares, a terrível decisão alemã de financiar com 100 bilhões de euros o próprio rearmamento, a opção de Biden para o reforço militar da OTAN em vez do confronto diplomático, a complacência geral pela compacidade do Ocidente nas armas, alcançou, nessa lógica de guerra, o crescimento do ódio ao povo russo e a informação gritada e sectária são todos sinais e passos de uma corrida louca para a catástrofe. É o triunfo da demagogia e da irresponsabilidade, cujo custo é pago hoje pelo povo ucraniano e amanhã, se a corrida não parar, pela humanidade inteira e, em particular, pela Europa.

Existe, em suma, uma responsabilidade institucional da ONU e o dever da comunidade internacional de fazer tudo o que for possível a fim de obter a paz. E o que a ONU pode fazer, e, portanto, deve fazer, é não deixar sozinha a Ucrânia na mesa de negociação, mas oferecer os seus órgãos institucionais, a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança, como os lugares e os sujeitos da tratativa, que bem poderiam ser convocados em seção pública e permanente até que não consigam ter sucesso em pôr termo à guerra. Seria uma iniciativa excepcional, sem precedentes, dotada de um enorme valor político e simbólico, que valeria para sinalizar a gravidade dos perigos que pairam sobre a humanidade, para relançar o papel da ONU e engajar todos os Estados em uma reflexão sobre o futuro do mundo e levar a sério o princípio da paz estabelecido no Estatuto da instituição da qual são membros.

3. Duas visões do futuro do mundo

É precisamente o futuro do mundo no pós-guerra que deveria estar no centro do debate político e de políticas externas responsáveis. No caso de perigo nuclear que escapa, os êxitos possíveis dessa guerra serão, de fato, dois, entre si opostos: o rearmamento ou o desarmamento, a corrida para maiores armamentos, a pendência da próxima guerra e, de novo, do risco nuclear, ou um despertar da razão e da reflexão comum sobre possíveis repetições do perigo atômico e, portanto, sobre a necessidade, no interesse de todos, de um progressivo desarmamento, até a desnuclearização do planeta inteiro.

A primeira hipótese, infelizmente a mais míope e a mais provável, se manifesta no aumento das despesas militares dos Estados ocidentais e em uma militarização das nossas democracias: do rearmamento da Alemanha ao aumento das despesas militares até 2% do PIB decidido pela Itália e por outros Estados europeus. «Loucos», os chamou o Papa Francisco, declarando estar por eles «envergonhado». É a hipótese expressa pela disputa de insultos nos confrontos de Putin na qual competem os *leader* ocidentais, a começar pelo presidente Biden – «açougueiro», «criminoso de guerra», «esse homem não pode ficar no

poder!» –, que têm o único efeito de minar, ou, pelo menos, de tornar mais difícil as negociações, ou, pior, sendo dirigidos a um autocrata irresponsável, de provocá-lo e induzi-lo a alargar o conflito até fazê-lo precipitar em uma terceira guerra mundial. São invectivas que sinalizam uma intenção inquietante: a vontade que a guerra prossiga para obter a derrota da Rússia, o, pelo menos, a sua humilhação no pântano de uma guerra falida, para consolidar a subordinação da Europa à política de potência dos Estados Unidos e, também, talvez, para arrecadar alguns votos nas eleições americanas de *mid-term*. Esta guerra se torna, assim, a ocasião, para os Estados Unidos e para o aparato político-midiático implantado em seu apoio, para um relançamento eticamente conotado do choque de civilidade entre democracia e autocracia, entre mundo livre e mundo incivil, a fim de obter a vitória sobre o Mal, também ao custo de manter em risco a segurança do mundo do possível holocausto nuclear.

A segunda hipótese é aquela pacifista, aqui prospectada, do empenho da comunidade internacional de parar imediatamente a guerra a qualquer razoável custo: da garantia que a Ucrânia não entrará na OTAN à autonomia das pequenas regiões separatistas da Ucrânia oriental, russófonos e russófilos, com base no voto popular no exercício do direito dos povos à autodeterminação; em força do qual, diz o art. 1.º de ambos os Pactos internacionais sobre direitos humanos de 16 de dezembro de 1966, «todos os povos... decidem livremente sobre seu estatuto político». Do clima de paz gerado pela tratativa poderia emergir não somente o fim da agressão à Ucrânia, mas também uma séria reflexão sobre o perigo, nunca assim grave, do conflito nuclear que está corrente o gênero humano. Poderia emergir a consciência comum da necessidade de uma refundação, mediante a introdução de idôneas garantias em matéria de limitação da soberania dos Estados, do pacto de convivência pacifista estipulado com a criação da ONU. O perigo nuclear que estamos correndo poderia, também, induzir os países que ainda não o fizeram para aderir ao Tratado sobre o desarmamento nuclear de 7 de julho de 2017, já subscrito por 122 países, ou seja, de mais de dois terços dos membros da ONU. Poderia, sobretudo, convencer os Estados Unidos a anular a retirada deles, decidido em 2 de agosto de 2019 pelo presidente Trump, do tratado de 1987 sobre o desarmamento nuclear, e induzir todos os Estados dotados de tais armamentos a retomar esse gradual processo até o total desarmamento. Hoje, no mundo, existem 13.440 ogivas nucleares (eram 69.940 antes do tratado sobre o desarmamento de 1987), em posse de nove países: 6.375 na Rússia, 5.800 nos Estados Unidos, 320 na China, 290 na França, 215 no Reino Unido, 160 no Paquistão, 150 na Índia, 90 em Israel e 40 na Coreia do Norte. Foi calculado que bastam 50 destas bombas para destruir a humanidade. Isso significa que com esses armamentos o gênero humano pode ser varrido da face da Terra por 270 vezes.

Na discussão sobre essas duas hipóteses não está, portanto, nenhum contributo ao debate público, que está desenvolvendo-se em um clima envenenado por contraposições radicais. Não é um debate baseado no diálogo, no confronto racional e no respeito das opiniões alheias, mas um confronto fundado na oposição amigo/inimigo, na suspeita da má-fé dos interlocutores e na desqualificação moral deles, ou como putinianos ou como belicistas. Completamente ausentes estão a atitude problemática, a incerteza, a dúvida, o interesse pelas ideias diversas das nossas, a consciência da complexidade e da ambivalência das questões, que sempre deveriam informar a discussão pública.

As questões sobre as quais o debate político tem estado mais aceso e entre surdos são duas: a do envio de armas à Ucrânia e aquela do aumento da despesa militar até 2% do PIB. São questões diversas, que a alternativa entre as duas hipóteses supra ilustradas permite, talvez, enfrentar com previsão. A primeira é um dilema moral entre a solidariedade justamente devida ao povo ucraniano, cujos expoentes pediram outras vezes o envio de armas, e o prolongamento que se seguiria do conflito e dos massacres. Tratando-se de um autêntico dilema moral, não tem sentido as acusações que se trocam os apoiadores das duas opções. Existem válidos argumentos a apoiar ambos.

Na minha opinião, o maior argumento contra o envio das armas consiste, além do risco que isso possa ser entendido como cobeligerância em um conflito destinado a durar e a produzir outros massacres, na sua decisão junto àquela de um aumento das despesas militares. Essa segunda decisão é claramente em apoio da lógica da guerra, se não por outro motivo, porque tal aumento já aconteceu, ininterruptamente, há mais de vinte anos. Em comparação com 2019, o aumento, em 2020, foi de 2,6% a nível global e de 7,5% na Itália. A despesa total no mundo soma quase 2.000 bilhões de dólares anuais, dos quais 39% (776 bilhões, contra os 252 da China e os 62 da Rússia) gastos apenas pelos Estados Unidos, que encheram o planeta com 800 bases militares. Para que serve, perguntamo-nos, acumular mais armamentos inúteis, se não para alimentar o clima de guerra e, obviamente, para satisfazer os interesses do complexo militar-industrial? Ambas as opções, o envio de armas à resistência ucraniana e o aumento das despesas militares estão, portanto, unidos por uma opção militarista: da ideia suicida das armas como única solução estratégica das controvérsias internacionais, em literal contraste com o art. 1.º da Carta da ONU, com o art. 11 da Constituição italiana e, de modo mais geral, com os princípios da paz e da igualdade de todos os seres humanos nos direitos fundamentais. Uma igualdade, devemos acrescentar, que continuamos a proclamar como um valor do Ocidente agredido e, ao mesmo tempo, a violar nos confrontos dos quatro quintos da humanidade.

4. Por uma Constituição da Terra

É neste último ponto que quero me focar. Não podemos continuar a falar decentemente de defesa da democracia, dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa e de universalismo dos direitos humanos ameaçados pelas autocracias, até quando estes princípios permanecerem um privilégio dos nossos países – não mais de um bilhão de pessoas sobre quase oito bilhões de seres humanos – enquanto para o resto do mundo não há outra coisa que retórica vazia. Não podemos continuar a declamá-los como “valores do Ocidente”, enquanto aqueles princípios, proclamados como universais por todas as cartas dos direitos, não são garantidos a todos os seres humanos, mas somente a uma exígua minoria deles. Uma vez que aqueles valores ou são universais, ou não são. Hoje as nossas democracias estão em declínio, submetidas à dupla ameaça da onipotência da maioria política desenraizada de suas bases sociais e dos poderes dos mercados globais. Mas, sobretudo, os direitos humanos e os princípios de igualdade e dignidade das pessoas, proclamados em tantas cartas constitucionais e internacionais, são promessas não mantidas: implementadas, além de tudo mal, em poucos países privilegiados e flagrantemente e sistematicamente violadas para o resto da humanidade, também por causa da política de roubo, de exploração e exclusão praticada pelo Ocidente civilizado. A conclamada inviolabilidade deles, como a sua indivisibilidade e universalidade não são nada além de palavras, contraditas pelas suas violações sistemáticas e pela sua falta de implementação, pela falta de garantias, em grande parte do mundo. Na ausência de uma esfera pública mundial, capaz de garanti-las, as desigualdades estão destinadas a crescer, os poderes globais, tanto políticos como econômicos, só podem desenvolver-se em formas selvagens e destrutivas, as violações maciças dos direitos humanos só podem se espalhar e todos os problemas globais só podem agravar-se.

Existe, portanto, uma questão de fundo que esta guerra impõe enfrentar. A guerra, e antes ainda a pandemia, nos mostraram toda a dramaticidade delas a inadequação das instituições internacionais existentes e, sobretudo, o perigo representado pelo vácuo de garantias nos confrontos dos poderes selvagens dos Estados soberanos e dos mercados globais. As duas tragédias – pandemia e guerra – são, por muitos aspectos, opostas. A pandemia, com os seus 6 milhões de mortos, mostrou a interdependência e a comum fragilidade da humanidade, a insensatez das fronteiras e dos confrontos identitários e a disponibilidade à solidariedade das opiniões públicas e também da política. A guerra, com seus milhares de mortos, as cidades devastadas e mais de 10 milhões de deslocados, está gerando, ao contrário, ódio entre povos, lógicas políticas de amigo/inimigo, lacerações entre nacionalidade que não serão fáceis de curar. Ambas as tragédias são, todavia, uma dramática confirmação da insensatez e da periculosidade do estado atual do mundo e

sinalizam a necessidade e a urgência de uma refundação da ONU baseada em sua Constituição da Terra em seu auge. É este o projeto do movimento “Terra Constituinte” formado em Roma na assembleia de 21 de fevereiro de 2020 e por mim ilustrado no livro Para uma Constituição da Terra, publicado neste ano por Feltrinelli.

Além da guerra e das pandemias, são muitos outros os desafios e os perigos que ameaçam o futuro da humanidade e que somente um constitucionalismo global pode enfrentar. Antes de tudo, a emergência ecológica, que a guerra está agravando e juntamente removendo do horizonte da política, mas que continua a ser uma ameaça, talvez mais grave, para o futuro da humanidade. Pela primeira vez na história, o gênero humano, por causa do aquecimento climático, arrisca a extinção para a progressiva inabitabilidade de partes crescentes do nosso planeta. Por muitas décadas, a concentração no ar de dióxido de carbono cresce de maneira progressiva: cada ano, constantemente, é liberada na atmosfera uma quantidade de CO₂ maior do que aquela liberada no ano precedente. É claro que enquanto esse processo não for invertido, quererá dizer que estamos caminhando para a ruína.

Há, então, os direitos de emergência. A globalização, com o poder das grandes empresas de deslocar a atividade produtiva delas nos países nos quais é possível a exploração ilimitada dos trabalhadores, desvalorizou o trabalho a nível global, cancelando, nos países avançados, as garantias conquistadas em um século de lutas e reduzindo o trabalho, nos países pobres, à formas e a condições para-escravagistas. Por causa da miséria crescente, além de tudo, morrem, cada ano, oito milhões de pessoas por falta de alimentação básica e tantas outras por falta de tratamento médico e medicamentos que salvam vidas, vítimas do mercado, além das doenças, já que os fármacos que podem salvá-los não estão disponíveis nos seus países pobres, ou porque são patenteados e, portanto, muito custosos, ou porque não mais produzidos por falta de demanda dado que relacionados a doenças – infecções respiratórias, tuberculose, AIDS, malária – erradicadas e desaparecidas nos países ricos. Daí o drama de dezenas de milhares de migrantes, cada um dos quais tem por trás uma dessas tragédias. Daí o ódio pelo Ocidente, o descrédito dos seus valores políticos, o desenvolvimento da violência, dos racismos, dos fundamentalismos e dos terrorismos.

É claro que desafios globais dessa magnitude requerem respostas globais: o progressivo desarmamento, não somente nuclear, de todos os Estados e a proibição de todas as armas como bens ilícitos; a superação dos exércitos nacionais esperada há mais de dois séculos desde Kant e a realização, como garantia da paz e da segurança, do monopólio da força para a ONU e as polícias locais; a instituição de uma propriedade estatal planetária que retira os bens comuns e vitais – o ar, a água potável, as grandes florestas e as grandes geleiras – das apropriações privadas, das mercantilizações e das devastações por obra do

mercado; a introdução de proibições, finalmente sancionadas, das emissões de gases com efeito estufa e da produção de resíduos em todo caso venenosos; a igualdade nos direitos e na dignidade de todos os seres humanos através da criação de instituições globais de garantia de todos os direitos fundamentais, dos direitos de liberdade aos direitos sociais à saúde, à educação, à alimentação e à subsistência, como um serviço sanitário e um sistema de educação mundial com hospitais, farmácias, vacinas, escolas e universidades em todo o mundo; a unificação do direito do trabalho e a globalização das garantias dos direitos dos trabalhadores, capazes de assegurá-los a igualdade e a dignidade contra a hodierna exploração ilimitada; a instituição de uma Corte constitucional supraestatal, com o poder de invalidar todas as fontes normativas que violam direitos humanos, e a transformação, de voluntária em obrigatória, da competência da Corte de justiça e da Corte penal internacional; a introdução, enfim, de um adequado sistema tributário global progressivo, capaz de financiar as instituições globais de garantia e de impedir as atuais concentrações ilimitadas da riqueza.

Medidas desse gênero, é evidente, podem ser impostas somente por uma refundação da Carta da ONU por obra de uma Constituição da Terra rigidamente supraordenada às fontes estatais e aos mercados globais. Só uma Constituição da Terra que introduza as funções e as instituições globais de garantia dos direitos proclamados em tantas cartas e convenções pode tornar crível o princípio da igualdade e o universalismo dos direitos humanos. Só uma Constituição mundial, que alargue além dos Estados o paradigma do constitucionalismo rígido experimentado nas nossas democracias pode transformar promessas e compromissos políticos, como aqueles feitos em matéria de meio ambiente pelo G20 em Roma e depois em Glasgow, em limites e em obrigações jurídicas efetivamente vinculantes.

Não se trata de uma utopia. Se trata, em vez disso, da única resposta racional e realista ao mesmo dilema que foi enfrentado faz quatro séculos por Thomas Hobbes: a insegurança geral determinada pela liberdade selvagem dos mais fortes, ou o pacto racional de sobrevivência e de convivência pacífica baseado na proibição da guerra e na garantia da vida. Com uma diferença de fundo, que torna o dilema hodierno enormemente mais dramático: a sociedade natural do *homo homini lupus*, hipotetizada por Hobbes, foi substituída por uma sociedade de lobos não mais naturais, mas artificiais – os Estados e os mercados – dotados de uma força destrutiva incomparavelmente maior do que qualquer armamento do passado. Diversamente de todos os horrores do século passado – mesmo das guerras mundiais e dos totalitarismos – a catástrofe ecológica e aquela nuclear são irreversíveis: há, de fato, o perigo, pela primeira vez na história, que se tome consciência da necessidade de mudar de caminho quando for tarde demais.

Tampouco se trata de uma invenção, nem de uma mudança do atual paradigma constitucional. Se trata, ao contrário, de um seu cumprimento, isto é, de uma implantação do princípio da paz e do universalismo dos direitos humanos como direitos de todos já consagrados na Carta da ONU e em tantas cartas constitucionais e internacionais. A lógica intrínseca do constitucionalismo, com os seus princípios de paz e de igualdade nos direitos humanos, não é nacional, mas universal. Os Estados nacionais e as suas constituições são, por outro lado, impotentes diante dos desafios globais, os quais requerem respostas e garantias jurídicas, por sua vez, globais. E o pacto de convivência pacífica estipulado com a Carta da ONU e com as tantas cartas internacionais dos direitos humanos fracassou por duas razões: porque contradito pela persistente soberania dos Estados e pelas suas cidadanias desiguais, e porque não foram instituídas as necessárias garantias globais, sem as quais os direitos e os princípios de justiça, ainda que solenemente proclamados, se reduzem a enganosa ideologia.

Nessa perspectiva vem contraposta, em nome do realismo político, a ideia do seu caráter utópico e irrealizável. Eu penso que devemos distinguir dois tipos opostos de realismo: o realismo vulgar da quem naturaliza a realidade social e política com a tese “não há alternativas a quanto de fato acontece”, e o realismo racionalista, segundo o qual as alternativas existem, depende da política adotá-las e a verdadeira utopia, a hipótese mais irrealista, é a ideia que a realidade possa permanecer por muito tempo como está: que podemos continuar a basear as nossas democracias e os nossos despreocupados padrões de vida com fome e a miséria do resto do mundo, com a força das armas e o desenvolvimento ecologicamente insustentável das nossas economias. Tudo isso não pode durar. É o mesmo preâmbulo da Declaração dos direitos de 1948 que estabelece, realisticamente, um nexos de implicação recíproca, como só uma Constituição da Terra e as suas instituições de garantia podem assegurar, entre paz e direito, entre segurança e igualdade e, devemos acrescentar hoje, entre salvação da natureza e salvação da humanidade.

Por outro lado, a humanidade forma já um único povo. Faz sessenta anos, eu lembro, éramos, no planeta, dois bilhões de pessoas, mas o que sucedia na outra parte do mundo não nos preocupava. Hoje a população mundial chegou a 8 bilhões, mas estamos todos interconectados, submetidos ao governo global da economia e expostos às mesmas emergências e catástrofes planetárias. Somos, portanto, um único povo, mestiço e heterogêneo, mas unificado pelos mesmos interesses na sobrevivência, na saúde, na igualdade e na paz, que só a miopia dos poderes políticos não é capaz de ver e que, assim, se esconde com a defesa das fronteiras. A lógica schmittiana do amigo/inimigo é uma construção propagandística em apoio dos populismos e dos regimes autoritários que está hoje contagiando, infelizmente, também as nossas democracias. Se os máximos governantes do planeta, ao

invés de se empenharem na base dessa lógica nas suas míopes e miseráveis políticas de potência, fossem capazes de tirar lições da história, esta terrível guerra na Ucrânia seria uma fonte inexaurível de ensinamentos. Ensinaria – contra a insensatez das guerras, das armas, das fronteiras, dos nacionalismos e dos conflitos identitários – o valor racional, nos interesses de todos, da paz universal e da igualdade de todos os seres humanos em dignidade e direitos e a necessidade das garantias necessárias para assegurá-las.

Franco cordero e le dottrine del processo penale

Franco cordero and the doctrines of the criminal process

RENZO ORLANDI¹

renzo.orlandi@unibo.it

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XXII · 1st January Janeiro – 31st December Dezembro 2022 · pp. 23-38
DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXII.1/2.2>
Submitted on April 21st, 2022 · Accepted on April 26th, 2022
Submetido em 21 de Abril, 2022 · Aceite a 26 de Abril, 2022

SOMMARIO 1. Premessa. – 2. Le situazioni soggettive nel processo penale. – 3. L'incontro con Carnelutti e l'impegno per la riforma del processo penale. – 4. I tre studi sulle prove penali. – 5. Il manuale di Procedura penale. – 6. Altre sfide. – 7. Cosa ci resta?

ABSTRACT IN ITALIANO Lo scritto illustra la figura di un intellettuale di grande valore, un umanista dei nostri tempi che ha saputo spendere il proprio talento in molteplici direzioni. È stato giurista, storico, filosofo, romanziere, polemist. L'articolo si concentra in particolare la sua produzione nel campo della Procedura penale, con studi che hanno lasciato una traccia vasta e profonda. Il suo impegno nel ristretto ambito delle dottrine processualistiche si allenta a partire dagli anni '60 del secolo scorso, per ragioni che il presente scritto tenta di individuare.

PAROLE-CHIAVE dottrine; giurista; umanista.

ABSTRACT The paper illustrates the figure of an intellectual of great value, a humanist of our times who has been able to spend his talent in many directions. He was a jurist, historian, philosopher, novelist, polemicist. The article focuses its production in particular in the field of Criminal Procedure, with studies that have left a vast and profound trace. His commitment to the restricted area of procedural doctrines is loosened since the 1960s, for reasons that this paper attempts to identify.

KEYWORDS doctrine; jurist; humanist.

¹ Professor Catedrático de Direito Processual Penal da Universidade de Bolonha.

1. *Premessa.* Una singolare figura di giurista-umanista della contemporaneità: questo è stato, a mio avviso, Franco Cordero. Autore prolifico e coltissimo, ha spinto in molte direzioni il suo sguardo in un arco temporale durato circa settant'anni. Si è occupato di diritto penale, di procedura penale, di filosofia del diritto; ha coltivato studi storici, ha scritto romanzi e, da ultimo, dopo essersi congedato dall'insegnamento universitario, ha vestito i panni del polemista, scagliandosi contro la decadenza dei costumi italiani e contro la degenerazione morale delle classi dirigenti. Tante opere diverse, ma, al fondo, un solo impegno intellettuale: lotta a ogni sorta di dispotismo, agli stereotipi, alle ortodossie che umiliano la libertà di pensiero. In questo suo impegno civile Cordero davvero ricorda gli umanisti rinascimentali in odore di eresia, come Lorenzo Valla, Paolo Sarpi, Tommaso Campanella, che seppero sfidare il pensiero dominante del loro tempo consapevoli dei rischi che correvano.

Ripercorrere le tappe della lunga e affascinante avventura intellettuale di Cordero è compito che supera le mie forze e non può qui essere intrapreso se non a grandi linee. In questa sede prenderò principalmente in considerazione gli scritti che, a mio avviso, hanno contribuito in misura significativa allo sviluppo della dottrina processualpenalistica italiana, lasciando sullo sfondo o citando solo occasionalmente scritti appartenenti ad altri ambiti.

L'influenza di Franco Cordero nel settore della procedura penale è stata intensa e profonda sin dai primi studi.

Biografia singolare, la sua. Ambiva a diventare medico, ma qualcuno che lo sente parlare in un pubblico dibattito, quand'è ancora liceale, lo convince a seguire la carriera forense: l'oratoria fluida ed erudita ne farà certamente un grande avvocato. Si iscrive all'Università di Torino, dove si laurea in diritto romano all'inizio degli anni Cinquanta del secolo scorso, sotto la supervisione di Giuseppe Grosso, personalità di notevole rilievo intellettuale, al quale resterà molto legato².

Cresciuto per qualche anno alla Scuola di Francesco Antolisei, verso la metà degli anni Cinquanta si sposta a Milano, nello studio di Enrico Allorio (allievo di Francesco Carnelutti, già in rotta col maestro) per avviarsi alla carriera forense. Lì nasce la sua passione per lo studio e per l'insegnamento accademico.

Persona schiva e poco incline a circondarsi di interlocutori, non ha avuto una Scuola, non ha generato allievi in senso stretto, se il termine è inteso nel senso tradizionale proprio del gergo accademico. Bisogna però riconoscere che tutti (ma proprio tutti) coloro che,

2 Al punto da dedicargli una delle sue opere più significative (*Riti e sapienza del diritto* Laterza, Bari, 1981): un «inabissamento nella cultura giuridica», che sarebbe piaciuto alla sua (di Giuseppe Grosso) «adunca fantasia speculativa».

in Italia a partire dagli anni '60 del secolo scorso, si sono occupati di procedura penale si sono dovuti misurare con le sue riflessioni sulle fondamentali categorie concettuali del diritto processuale, sul diritto probatorio, sulla riforma della giustizia penale. Sotto questo profilo, ogni cultore contemporaneo del diritto processuale penale italiano ha visto in lui un maestro e si può quindi considerare suo allievo.

Gli scritti fondamentali (per quanto qui interessa) appaiono nel corso di un decennio, dal 1956 al 1966. Si tratta di un periodo cruciale per la dottrina processuale penale che, fino agli inizi degli anni '60, non aveva ancora raggiunto, in Italia, una vera autonomia didattica. Quasi in tutte le Università, il relativo insegnamento era assegnato, per affidamento, a professori di diritto penale che dedicavano ai principi fondamentali del processo qualche rapido cenno a fine corso. Lo ricorda lo stesso Cordero in una sua recente confessione autobiografica: *“Ancora nel secolo scorso (la procedura penale) era disciplina da poco, utile in trucchi legulei. I cultori della clinica penalistica la sdegnavano, puntando alla disputa nel merito. Correva l'anno 1950 quando andavo al terz'ultimo esame torinese: sulla carta la insegna Francesco Antolisei, insigne penalista, ma non vi apre bocca”*³. La manualistica era costruita sulle categorie concettuali elaborate dai cultori del diritto processuale civile, prevalentemente ancorate alla sistematica chiovendiana del “rapporto giuridico-processuale”. Questa era la situazione dottrinale quando Cordero si affacciava alla vita accademica.

2. *Le situazioni soggettive nel processo penale.* – Dopo alcuni anni di apprendistato presso la cattedra torinese di Diritto penale, Franco Cordero pubblica (nel 1956 a soli 28 anni) una monografia di notevole impegno e spessore teorico. Il titolo, *“Le situazioni soggettive nel processo penale”*, evoca volutamente il volume pubblicato circa trent'anni prima da James Goldschmidt (*Der Prozess als Rechtslage. Kritik des prozessualen Denkens*, 1925).

Il giurista tedesco, perseguitato dal nazismo e costretto ad abbandonare la Germania per la sua origine ebraica, era stato quasi dimenticato. Qualcuno in Italia aveva cercato di valorizzare la sua rivoluzionaria visione del fenomeno processuale: Giuseppe Guarneri, ad esempio, che, nel 1939, tentava di rifondare la scienza processualistica in un'opera di notevole interesse (*Sulla teoria generale del processo penale*, Milano, Giuffrè) ed Enrico Altorio, che, nel suo *Diritto processuale tributario* (Torino, Utet, 1942), dimostrava di tener conto di alcune riflessioni goldschmidtiane, pur non accettando l'idea di sostituire la categoria del “rapporto giuridico processuale” con quella di “situazione giuridica”⁴.

3 Rutulia, Roma, Quodlibet, 2016, p. 237.

4 Anche Piero Calamandrei, a un certo punto, dimostra di apprezzare, se non di condividere, la costruzione teorica di Goldschmidt: v. *Il processo come giuoco*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, vol. II, Padova, Cedam, 1950, p. 31 ss., nonché nel saggio dedicato al processualista tedesco nel decennio della sua scomparsa: *Un maestro di liberali-*

Per parte sua, Cordero vaglia criticamente il pensiero di Goldschmidt: non accetta l'idea di "situazione giuridica" per le intromissioni metagiuridiche che la connotano⁵, ma ripudia anche la categoria del "rapporto giuridico processuale", inadeguato a suo avviso a fornire una rappresentazione giuridicamente pregnante del nugolo di relazioni nei quali si risolve il fenomeno processuale⁶. Ritiene di trovare la chiave di volta nel concetto di "situazione soggettiva", inteso in senso rigorosamente formale come riferito alle figure del "potere", del "dovere", dell'"onere", secondo i postulati della dottrina kelseniana. Più che ai maestri della Procedura civile, guarda agli studiosi del diritto amministrativo (Benvenuti; Guarino; Sandulli) che in quegli anni stavano analizzando il procedimento (amministrativo) avvalendosi a loro volta dei concetti elementari di "situazione soggettiva" e di "fattispecie giuridica"⁷. In questa prima opera monografica, Cordero si mantiene – come detto – sul piano di un rigoroso formalismo, distante da teleologismi o psicologismi che, a suo avviso, inquinerebbero l'analisi delle elementari "situazioni soggettive" nelle quali è scomporre il fenomeno processuale.

Egli si sente distante anche dagli autori che includono il "fine" della norma nell'analisi del fenomeno giuridico-processuale: «alcune note classificazioni della dottrina germanica nelle quali ogni aspetto di autentico rilievo giuridico si dissolve in un quadro descrittivo vagamente funzionale e finalistico, rivelano, a prima vista un vizio metodologico da cui risulta alquanto compromesso il loro rigore scientifico»⁸.

La distanza rispetto all'impostazione di Goldschmidt era ancora più marcata, per via della coloritura sociologizzante che il fenomeno processuale assumeva nella visione del giurista tedesco. Goldschmidt proiettava la sua "situazione giuridica" sullo sfondo rea-

.....
simo processuale, in *Riv. dir. proc.* 1951, I, p. 1 ss. Tutto questo circa un quarto di secolo dopo aver stroncato il *Prozess als Rechtslage* in una recensione dai toni piuttosto drastici: *Il processo come situazione giuridica*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1927, p. 219 ss.

Più tardi, G. Foschini, nel suo *Sistema del diritto processuale penale*, Milano, 1965, vol. 1.^o, p. 16 e p. 27, propone di superare la dogmatica del "rapporto giuridico processuale", imperniando la sua visione del fenomeno processuale su una concezione (assai personale) di "situazione giuridica". Foschini cita e conosce Goldschmidt, ma non ne sfrutta appieno la visione realistica: per lui sono situazioni giuridiche "l'essere giudice", "l'essere imputato", "l'essere accusato" (*ibidem*, p. 28) e arriva persino a qualificarla come "statica", mentre per Goldschmidt la *Rechtslage* è elemento per definizione dinamico, ricco di tensioni esistenziali (le aspettative di un risultato favorevole, la minaccia di uno sfavorevole, il desiderio di affermare le proprie ragioni) che animano lo svolgimento processuale e danno un senso al suo obiettivo finale (la sentenza).

5 *Le situazioni soggettive*, cit., p. 19 ss. e p. 224.

6 *Le situazioni soggettive*, cit., p. 19.

7 Nozione, questa, comune pressoché a tutti gli ambiti dell'esperienza giuridica e che può pertanto fungere da "mattoncino teorico" anche per costruire con nuovi materiali l'"edificio processuale". L'importanza del concetto di fattispecie per la dottrina processualistica era stata già segnalata G. CONSO, NELLA SUA MONOGRAFIA SU I FATTI GIURIDICI PROCESSUALI PENALI. PERFEZIONE ED EFFICACIA, MILANO, 1955, p. 115 SS.

8 *Le situazioni soggettive*, cit., p. 14. A questo attacco reagirà – sentendosene coinvolto – F. CARNELUTTI, NUOVE RIFLESSIONI INTORNO AL METODO, IN *RIV. DIR. PROC.* 1958, I, p. 433.

listico dei sentimenti che animano i contendenti: aspettative di riuscita, rischio della perdita di talune *chances*, incertezza dello svolgimento procedurale e del risultato finale. Il processo giudiziario concepito come agone, con importanti ripercussioni sul modo di intendere il diritto processuale anche nei suoi rapporti con la politica, giacché spetta a quest'ultima fornire gli schemi normativi dei ruoli e delle funzioni che i singoli soggetti sono chiamati a interpretare. Non da un metafisico “rapporto giuridico-processuale”, cadenzato sulla struttura di un rapporto negoziale, bensì da consapevoli scelte politico-legislative discendono – secondo Goldschmidt – le situazioni di dovere e di potere che innervano il processo. L'organizzazione della giustizia (specialmente quella penale) e la regolamentazione delle funzioni processuali ricapitolano i rapporti di potere interni alla società.

Pur diffidando del concetto goldschmidtiano di “situazione giuridica”, Cordero è attratto da questo approccio, del quale condivide la potente carica iconoclasta rispetto al tradizionale schema concettuale del “rapporto giuridico processuale”, tipico del tecnicismo giuridico di origine pandettistica, patrocinato in Italia dalla scuola di Giuseppe Chiovenda.

Mettere “le situazioni soggettive” al centro del discorso rendeva più facile condurre una critica politica dell'assetto normativo esistente. Lo si noterà negli sviluppi successivi del pensiero di Cordero. Anche qui verrà in soccorso Goldschmidt e, in particolare, quel passaggio della prefazione al *Prozess als Rechtslage* dove riconosceva che “la critica del pensiero processuale mi si è quasi inavvertitamente trasformata in una critica del pensiero politico”⁹; per trarne poi traeva la conclusione che “il diritto processuale cresce sul terreno del liberalismo o non è tale”¹⁰. In quanto meccanismo volto a creare – con le sentenze – norme singolari e concrete, il processo giudiziario deve essere regolato in maniera da assicurare l'eguaglianza e la democratica partecipazione fra le parti. Esso attua un ordinamento parallelo e solo tendenzialmente coerente con quello legislativo, volto alla produzione di norme generali e astratte.

Cordero non accetta fino in fondo questa apertura alla creatività giurisprudenziale, ma recepisce da Goldschmidt l'idea che il processo giudiziario dev'essere politicamente orientato in senso liberale e democratico. Altrimenti è uso arbitrario del potere sotto false sembianze giudiziarie.

9 So ist unter der Hand die Kritik des prozessualen Denkens zu einer Kritik des politischen Denkens geworden, in Vorwort a *Prozess als Rechtslage*, p. V.

10 Das Prozessrecht kann nur auf dem Boden des Liberalismus oder es kann gar nicht gedeihen, in Vorwort, cit. p. V. Pur criticandola (dal suo punto vista ancora ispirato a un rigido formalismo), CORDERO MOSTRA INTERESSE PER QUESTA CITAZIONE ALLA QUALE DEDICA UNA RIFLESSIONE IN LE SITUAZIONI SOGGETTIVE, P. 20, NT. 15.

Come molte opere redatte in vista di un concorso accademico, la monografia su *Le situazioni soggettive* non sortisce effetti immediati nel dibattito dottrinale. Della sua importanza ci si renderà conto negli anni successivi, quando Franco Cordero, liberandosi dal rigido approccio formalistico (eppur innovativo) della sua monografia giovanile, prenderà posizione sui punti più delicati della procedura penale italiana, servendosi con maggior realismo delle categorie concettuali messe a punto in quell'impegnativo lavoro.

3. *L'incontro con Carnelutti e l'impegno per la riforma del processo penale.* – L'occasione per cimentarsi con i temi e le questioni più controversi e dibattuti di quel periodo si offrì a Cordero all'inizio degli anni Sessanta, quando Francesco Carnelutti lo chiamò a far parte della commissione ministeriale da lui presieduta e istituita col compito di progettare la riforma del processo penale¹¹. L'incontro con il vecchio professore (ultraottantenne), avvocato celebratissimo, dev'essere stato galvanizzante per il giovane Franco Cordero, poco più che trentenne e all'epoca pressoché sconosciuto, approdato nel 1960 alla cattedra di Procedura penale dell'Università Cattolica di Milano.

Lo si capisce dalla convinzione con la quale il giovane studioso difenderà il “progetto Carnelutti” in due dibattiti rimasti celebri e tuttora molto citati nella letteratura processualpenalistica: alludo ai convegni svoltisi entrambi nel 1964, uno nel Sud Italia (Lecce) e l'altro al Nord (Bellagio). In quelle due occasioni, in perfetta sintonia con la radicalità della proposta carneluttiana, Cordero diede davvero il meglio di sé, sostenendo con ottimi argomenti la necessità di superare il processo di impronta inquisitoria allora vigente in Italia¹².

La proposta di Carnelutti prevedeva l'abolizione del giudice istruttore, la conseguente soppressione della fase istruttoria e la sua sostituzione con una “inchiesta di parte” condotta dal pubblico ministero. Tale fase iniziale del processo era finalizzata non più “all'accertamento della verità”, bensì, più modestamente, alla individuazione e al reperimento di mezzi di prova da formare e acquisire davanti al giudice del dibattimento, volutamente tenuto all'oscuro delle conoscenze acquisite dalla polizia e dal pubblico ministero. Negli interventi ai citati convegni Cordero immagina e analizza minuziosamente tutti i problemi che l'attuazione di quel rivoluzionario progetto avrebbe comportato. È impressionante constatare oggi, a molti anni dalla riforma processuale del 1988, quanto fossero azzeccate quelle previsioni. Vi troviamo lucidamente espressi, ad esempio, il timore che il

11 Le vicende della Commissione Carnelutti e l'importanza dei suoi esiti sono illustrati in R. ORLANDI, *DIRITTI INDIVIDUALI E PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUBBLICANA*, IN D. NEGRI – M. PIFFERI, *DIRITTI INDIVIDUALI E PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUBBLICANA*, MILANO, 2011, p. 64 SS.

12 Gli interventi di questi importanti convegni sono pubblicati nel volume *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Milano, Giuffrè, 1965, poi confluiti nel volume *Ideologie del processo penale*, Milano, Giuffrè 1966, p. 151 ss.

pubblico ministero incaricato dell'inchiesta di parte assuma funzioni istruttorie simili a quelle del giudice istruttore; il timore che l'uso di dichiarazioni verbalizzate dalla polizia o dal pubblico ministero possano trasformarsi in prove se utilizzate a fini di contestazione nell'esame testimoniale; la proposta di introdurre l'incidente probatorio (una "oasi giurisdizionale") per superare il problema delle prove che rischiano di andar disperse nel corso della fase investigativa; e ancora, la proposta di contrastare le possibili inerzie del pubblico ministero attribuendo alla persona offesa la facoltà di opporsi alla richiesta di archiviazione. Chi ha una conoscenza anche approssimativa delle vicende che hanno accompagnato l'applicazione del codice vigente è in grado di apprezzare la fondatezza di quei timori e la sensatezza di quelle proposte espressi con un quarto di secolo d'anticipo sulla riforma processuale.

4. *I tre studi sulle prove penali*. – Grande impatto sulla dottrina processuale penale italiana hanno avuto le riflessioni di Franco Cordero in tema di diritto probatorio. Alludo in particolare ad alcuni scritti comparsi su varie riviste fra il 1961 e il 1963 e raccolti nel volume dal titolo *Tre studi sulle prove penali* (Milano, Giuffrè, 1963) e nel successivo *Ideologie del processo penale* (Milano, Giuffrè, 1965).

Nel primo dei due volumi, la prova è analizzata come atto complesso (procedimento) scomposto nei tre movimenti della ammissione/acquisizione, formazione e valutazione. Ispirandosi al noto saggio di Carnelutti sulla *Prova civile* (Roma, Athenaeum, 1915), Cordero offre in quel corposo saggio una breve trattazione generale della prova penale.

Si avverte anche qui l'influsso di Goldschmidt. Cordero accetta la tesi del processualista tedesco che postula l'autonomia del diritto processuale rispetto al diritto sostanziale. I fenomeni del processo animano un mondo chiuso, con regole proprie (ammissibilità, fondatezza, rilevanza, validità etc.) insensibili alle vicende del diritto sostanziale e ai rispettivi criteri di valutazione (lecito/illecito). Ne segue che il diritto processuale esige un approccio suo proprio da parte dello studioso (quella che Goldschmidt definisce *prozessuale Rechtsbetrachtungsweise*).

Sulla base di queste premesse, viene impostato il controverso problema della prova illecitamente acquisita. L'illiceità della provenienza non comporta di per sé l'inammissibilità o inutilizzabilità del corpo del reato o della cosa pertinente al reato: solo la legge processuale può abbinare una sanzione di invalidità a quella provenienza illecita. Se la legge processuale tace, la prova può essere utilizzata, benché frutto di un illecito. Come noto, il problema è stato a lungo dibattuto con riferimento al rapporto fra perquisizione e sequestro. L'illegittimità della perquisizione non comporta l'esclusione della cosa sequestrata dal novero delle prove valide, salvo che la legge vieti esplicitamente il sequestro, come

accade, ad esempio, con i documenti coperti da segreto (art. 200 c.p.p.); quelli depositati nello studio del difensore (art. 103 comma 6 c.p.p.) o con le attività di “dossieraggio” (art. 240 comma 2 c.p.p.). Risulta decisiva la latitudine del potere istruttorio assegnato al magistrato che compie l’indagine, non i più limitati poteri assegnati alla polizia. La perquisizione si qualifica come semplice antecedente storico (non giuridico) del sequestro; la sua illegittimità comporterà la mancata convalida giudiziale dell’operazione effettuata dalla polizia oltre alla possibile sanzione (penale o disciplinare di chi ha agito illecitamente), ma non la restituzione della cosa sequestrata che il giudice potrà quindi utilizzare. *Male captum, bene retentum* è la formula¹³ che sintetizza un orientamento seguito (ancor oggi) dalla giurisprudenza della Corte di cassazione italiana.

5. *Il manuale di Procedura penale*. – La maturazione del pensiero processualistico di Cordero trova la sua compiuta realizzazione nel manuale di Procedura penale pubblicato per la prima volta nel 1966. Un’opera che – si può dire – apre una nuova stagione nella cultura processuale penale italiana. Cordero stesso definirà quel manuale un’opera “atipica”: «*la novità sta nell’esservi disegnata una sintassi*»¹⁴.

I manuali in circolazione all’epoca erano redatti con stile piatto e acritico: orientati al metodo tecnico-giuridico, avevano un’impostazione prevalentemente esegetica, tutta incentrata su principi dottrinali calati come assiomi da accettare supinamente. Erano pensati per un apprendimento nozionistico; non inducevano riflessioni sui nodi politici e sui conflitti ideologici implicati nelle pratiche giudiziarie e nei relativi istituti.

Ben diverso si presentava il manuale di Cordero. Lo si capiva già dalla copertina. Anche la quarta edizione (1977 quella sulla quale ho preparato l’esame di *Procedura penale* nel lontano 1978) raffigurava in una sovracopertina il frontespizio della *Practica causarum criminalium (Averolda nuncupata)* di Ippolito Marsili¹⁵. In quella stampa cinquecentesca (allegata in calce a questo scritto) si scorgono, in centro, strumenti e scene di tortura; in basso, scene di vita accademica con il professore in cattedra e gli studenti in diligente ascolto. In alto e sui lati, simboli del potere politico, sfilate di alti prelati, scene di guerre navali e campali.

La vista della copertina appariva molto promettente e, in effetti, una volta aperto, quel manuale apriva un mondo che nessuno – fra i processualisti italiani – aveva mai prima esplorato con tale sapienza e acume. Gli istituti processuali erano analizzati in prospettiva storica; studiati con l’occhio critico del filosofo del linguaggio; rimeditati in chiave poli-

13 Criticamente recensita da CARNELUTTI in *Rivista di diritto processuale*, 1963, p. 625.

14 Rutulia, cit. p. 237.

15 Capostipite dei penalisti moderni, chiamato sulla cattedra di *Ius criminale* istituita per lui a Bologna nel 1509.

tica; criticati per il substrato ideologico che nella pratica li reggeva. Siamo distanti dalla visione formalistica che caratterizzava le *Situazioni soggettive*.

All'inizio, quell'opera "atipica" desta reazioni poco favorevoli negli ambienti paludati dell'accademia: «*l'establishment l'accoglie a denti stretti – confessa Cordero – ma pratici colti l'adoperano*». Proprio così. I magistrati e gli avvocati migliori notano la straordinaria qualità di quelle pagine. Alcuni docenti lo adottano come libro di testo nei loro corsi. Migliaia di studenti sono attratti dalla prosa colta, dai riferimenti storici e filosofici, dall'uso impeccabile dell'arnese interpretativo. In pochi anni, diventerà una lettura obbligata per tutti coloro che intendono occuparsi di procedura penale.

Il vero valore dell'opera sta nel taglio critico che caratterizza ogni sua pagina. L'autore non si limita a descrivere gli istituti e le pratiche della procedura. Ne esamina l'origine, la ragion d'essere, la pratica applicazione alla luce di quelle che lui stesso definisce "leggi naturali del processo"¹⁶.

Niente a che vedere con premesse giusnaturaliste. Ogni strumento – sostiene l'Autore – ha sue proprie leggi. Nel caso del processo giudiziario, occorre individuare quelle adatte a produrre decisioni giuste, senza ledere, oltre il necessario, la dignità delle persone che vi sono coinvolte. I postulati sono pochi e semplici: giudice indipendente e imparziale; struttura triadica dell'agone giudiziario.

Da questi, discendono, a mo' di corollario, le regole adatte a regolare lo svolgimento procedurale. I "principi naturali" appartengono all'essenza logica del processo (giusto) e sono anteposti agli stessi principi costituzionali.

Si avverte anche qui l'eco di James Goldschmidt e della già segnalata opzione politico-culturale ben evidenziata nella prefazione al suo *Prozess als Rechtslage*: il diritto processuale può prosperare solo sul terreno del liberalismo democratico. Vale la pena ribadirlo: trattandosi di un dispositivo atto a produrre norme (singolari e concrete) sulla scorta delle norme (generali ed astratte) confezionate dal legislatore, il processo va strutturato in modo da assicurare il contraddittorio fra le parti, affinché queste possano accettarne l'esito. I contesti politici (autoritari o dispotici) che negano il contraddittorio non favoriscono un autentico diritto processuale, ma semmai una *Kabinettsjustiz*, vale a dire una giustizia penale dispoticamente influenzata dal potente di turno: una penalità "amministrativizzata" che non meriterebbe l'appellativo di "giurisdizionale", anche se ad amministrarla fosse chiamato chi pretende di essere chiamato "giudice". Di qui le battaglie che – specialmente nella prima metà degli anni Sessanta – Cordero si era impegnato a combattere

16 Cfr. *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1977, IV edizione, p. 23-24 e già prima, nel saggio *L'istruzione sommaria nel conflitto fra le due Corti*, in *Jus* 1965, p. 275, nonché in *Ideologie del processo penale*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 3 e p. 28.

contro le incrostazioni autoritarie e inquisitorie del processo penale italiano, contro l'ambigua figura del giudice istruttore (giudice accusatore) e contro l'ancora più compromettente figura dell'accusatore giudice (pubblico ministero-istruttore)¹⁷.

Il manuale di Franco Cordero è impregnato dalla prima all'ultima pagina di questo spirito militante. Esso avrà una diffusione ampia e prolungata nel tempo. L'edizione del 1966 sarà seguita da altre 8 edizioni nei venti anni successivi.

Dopo la riforma processuale del 1988 l'autore riscriverà il suo manuale, del quale usciranno ben 9 edizioni nei venticinque anni successivi.

In totale, 18 edizioni sulle quali si sono formate almeno quattro generazioni di studiosi del processo penale. Bastano questi numeri a dare un'idea dell'influsso davvero straordinario che Franco Cordero ha avuto sulla dottrina processualpenalistica italiana soprattutto nella seconda metà del secolo scorso.

Dal punto di vista, per così dire, dogmatico, credo che il culmine del pensiero processualistico di Cordero sia tutto racchiuso nella edizione del 1966. Le edizioni successive tengono conto delle evoluzioni normative e giurisprudenziali, sviluppando idee, intuizioni, posizioni, già maturate in quella prima edizione.

Si può quindi dire che con il manuale del 1966 si conclude quella fase iniziata dieci anni prima (con la monografia sulle *Situazioni soggettive*) dedicata allo studio e all'affinamento delle categorie concettuali del diritto processuale penale.

L'avventura intellettuale di Cordero continuerà negli anni successivi, ma avrà ad oggetto altre sfide, altri interessi di carattere storico, filosofico, letterario, politico. Sempre legati, in maniera diretta o indiretta, ai temi della giustizia penale o ad accadimenti che hanno caratterizzato la sua singolare biografia.

6. Altre sfide. – Dopo la pubblicazione del manuale (edizione 1966) Franco Cordero allenta il suo interesse per la Procedura penale come disciplina accademica. Diventano rari i suoi interventi sia nei convegni sia sulle riviste penali.

Insieme con Giovanni Conso e Giandomenico Pisapia figura tra i fondatori della Associazione fra gli studiosi del processo penale (Ferrara, maggio 1985), ma non spende energia nella nuova creatura.

Non è chiara la ragione di questo suo distanziamento dalla comunità scientifica dei processualisti. Forse, a spiegarla contribuisce l'incidente che lo vede protagonista verso la fine degli anni Sessanta e che vale la pena brevemente illustrare.

.....
¹⁷ «A screditare il processo inquisitorio è sufficiente rilevare come sia un mezzo contro natura»: *Procedura penale*, cit., p. 5.

Dal 1962, all'insegnamento di Procedura penale presso l'Università Cattolica di Milano, si era aggiunto, per affidamento, quello di Filosofia del diritto: disciplina, questa, delicata e rischiosa in una Università confessionale. Nel 1967, pubblica un manuale da adottare in quel corso (*Gli Osservanti. Fenomenologia delle norme*, Milano, Giuffrè) dove tratta temi spinosi: origine delle norme giuridiche, idee di giustizia, dogmi religiosi etc. Ogni tema viene sondato con spirito spiccatamente laico, avvalendosi delle conoscenze teologiche, filologiche, antropologiche, filosofiche, giuridiche attinte dalla sua straordinaria erudizione.

Il contesto dell'epoca poteva sembrare propizio per una simile, ardita operazione culturale. Si erano da poco conclusi i lavori del Concilio Vaticano 2.^o (dicembre 1966). La Chiesa sembrava aperta al confronto con altre fedi religiose, in particolare con la cultura protestante. Ma certe chiusure restano. La gerarchia cattolica (a partire dall'allora cardinale di Milano) censura quel manuale troppo orientato in senso laico e materialista. Non solo: nega al prof. Cordero il *nihil obstat* necessario per esercitare la docenza in quella Università. Ne nasce una causa giudiziaria che si trascinerà per quattro anni e finirà davanti alla Corte costituzionale. Messa di fronte al quesito se sia legittima una norma del Concordato fra Italia e Santa Sede che permette di licenziare il docente per le opinioni professate nella sua attività di insegnamento, la Corte dà ragione all'Università milanese, sul presupposto che le Università religiose possono pretendere l'adesione ai principi confessionali che ne caratterizzano la formula educativa: la libertà di insegnamento deve recedere di fronte alla necessità di salvaguardare le finalità religiose dell'ente accademico. Franco Cordero mantiene la cattedra (è inamovibile), ma non potrà più insegnare nell'Università cattolica. Lascerà Milano nel 1974 per trasferirsi a Torino dove insegnerà Procedura penale fino al 1976. Nel 1977 sarà chiamato a Roma-La Sapienza, dove insegnerà la stessa disciplina fino al suo pensionamento nel 2003.

È immaginabile che quell'incidente di percorso abbia indotto Cordero a seguire altre passioni intellettuali e coltivare interessi diversi da quelli strettamente processualpenalistici. Sta di fatto, come detto, che la sua produzione bibliografica subisce una secca deviazione proprio a partire dalla fine degli anni Sessanta (come risulta dall'elenco di pubblicazioni qui sotto allegato).

Nel *Sistema negato* (1969) ripercorre la polemica fra Erasmo e Lutero su libero e servo arbitrio.

In *Risposta a Monsignore* (1970) replica con sarcastico puntiglio alla lettera che mons. Carlo Colombo, allora direttore dell'ente gestore dell'Università Cattolica, gli aveva inviato per censurare *Gli Osservanti*, aspettandosi, se non una ritrattazione, quanto meno un ripensamento di talune tesi avanzate in quel libro che sfidava l'ortodossia religiosa vigente.

Nella *Epistola ai Romani: antropologia del cristianesimo paolino* (1972), commenta un fondamentale testo neo-testamentario, caro alla cultura protestante.

Come si vede, si tiene alla larga da tematiche processuali penali che avevano assorbito le sue energie nel decennio 1956/66 e questo benché in quel periodo (prima metà degli anni Settanta del secolo scorso) il dibattito sulla riforma del processo penale fosse molto vivace, in Italia. Ma Cordero è pressoché assente.

Negli anni Settanta pubblica romanzi, talvolta a sfondo autobiografico, scegliendo temi che gli consentano di proseguire in forme diverse il suo impegno civile e di denuncia delle storture derivanti di un uso dispotico del potere del quale ha avuto esperienza diretta.

Si appassiona poi (anni Ottanta) alla storia del diritto (*Riti e sapienza del diritto*, 1981) e dei sistemi penali in particolare (*La fabbrica della peste*, 1984; *Criminalia*, 1985; pubblica una corposa biografia su Savonarola, in quattro volumi, 1986-1988).

Poi, un lungo silenzio, intervallato dalle nuove edizioni aggiornate della sua *Procedura penale*, che, come detto, sarà interamente riscritta dopo la riforma del codice (1989) e ripubblicata più volte, ma senza la sovra-copertina con la stampa cinquecentesca tratta da Ippolito Marsili.

Torna sorprendentemente in campo verso la fine del 2001 (19 dicembre) con un articolo pubblicato sul giornale *La Repubblica* dal titolo *Lezione impolitica sulla nostra giustizia*. L'occasione è data da un colpo di mano legislativo che introduce un discutibile divieto probatorio nella disciplina delle rogatorie internazionali (Legge 5 ottobre 2001, n. 367). Su quel divieto gravava il sospetto di essere stato imposto per favorire – *in extremis* – un amico dell'allora presidente del Consiglio imputato di corruzione giudiziaria. Cordero vi intravede un segno di arroganza del potere e non esita a schierarsi al fianco dei magistrati milanesi, inflessibili nell'acquisire comunque le prove che la legge intendeva vietare.

Sarà questo il primo scritto di una vasta produzione letteraria durata circa quindici anni, fatta di articoli su quotidiani e relazioni in pubblico¹⁸. Ora se la prende con il vizio della classe politica di ostacolare con iniziative pseudo-garantiste il lavoro della magistratura penale, particolarmente attiva sul fronte della corruzione politica.

È questa la fase del Cordero pamphlettista, animato da un forte sentimento di intransigenza morale, che – con linguaggio schietto e con arditi paralleli storici – denuncia l'uso

18 Articoli e interventi raccolti in una serie di volumi: *Le strane regole del signor B.*, Milano, Garzanti, 2003; *Nere lune d'Italia: segnali da un anno difficile*, Milano, Garzanti, 2004; *Fiabe d'entropia: l'uomo, Dio, il diavolo*, Milano, Garzanti, 2005; *Aspettando la cometa: notizie e ipotesi sul climaterio d'Italia*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008; *Il brodo delle un-dici: l'Italia nel nodo scorsoio*, Bollati Boringhieri, 2010; *L'opera italiana da due soldi: regnava Berlusconi*, Torino, Bollati Boringhieri, 2012;

disinvolto e arrogante dell'uomo di potere, incline all'uso pretestuoso di argomenti garantisti per assicurarsi l'impunità.

Si ha, a prima vista, l'impressione che il Cordero pamphlettista, difensore delle inchieste giudiziarie, implacabile censore dei vizi pubblici e delle intemperanze di una classe politica corrotta, sia in contraddizione con lo studioso che, negli anni Sessanta del secolo scorso, denunciava, sibilando parole altrettanto schiette, le tare inquisitorie della giustizia penale italiana. In realtà, c'è una grande coerenza nella sua lunga avventura intellettuale. Al centro delle sue battaglie c'è sempre stata una manifesta insofferenza per l'uso impunito e dispotico del potere: non importa che si tratti di potere giudiziario, fondato su pratiche inquisitorie; di potere religioso, fondato sulla difesa ad oltranza di indiscutibili ortodossie; di potere politico, fondato su un malinteso senso dell'investitura popolare; di potere economico, che accentua le diseguaglianze sociali, assoggettando ai propri interessi anche l'amministrazione della cosa pubblica.

Ogni potere, non solo quello giudiziario, rischia derive personalistiche e tiranniche, nella misura in cui chi lo esercita si lascia sopraffare da impulsi primordiali. Insegna Sigmund Freud – più volte evocato a questo riguardo da Cordero¹⁹ – che nei territori dell'ES, “bestia *extra tempora* indifferente al trascorrere del tempo”, regno di pulsioni individuali dominate dal principio del piacere, sono all'opera istinti primitivi insensibili a principi razionali o a freni morali. Uomini fra gli uomini, anche i potenti di ogni risma (non solo i magistrati) mal sopportano il “disagio della civiltà”. Franco Cordero “umanista eterodosso”, giurista militante” si è assunto il faticoso compito di censurare ogni uso smodato del potere.

7. Cosa ci resta? – Franco Cordero lascia agli studiosi del processo penale un'eredità importante, che non va dissipata. Certo, bisogna riconoscere che la sua monografia giovanile sulle *Situazioni soggettive* appare oggi superata, anche perché scritta in un linguaggio ricco di astrazioni, che sfida le capacità di comprensione delle generazioni di ricercatori ora in attività. Occorre però essere consapevoli che – per la dottrina processualpenalistica – quel testo ha reso possibile l'emancipazione dalla tradizionale (e inadeguata) teorica del “rapporto giuridico processuale”. Impostazione cara agli esponenti del tecnicismo giuridico, che impediva di analizzare il fenomeno processuale come campo di forze dove si scontrano interessi terribilmente concreti.

.....
19 Ad esempio, in *Morbo italico*, cit., p. 67 e p. 169.

Quanto le riflessioni teoriche contenute in quel primo sforzo monografico siano risultate proficue per la scienza processualistica lo si comprende dagli studi successivi del nostro Autore.

Gli scritti sulle prove risalenti ai primi anni Sessanta sono quanto di meglio si possa ancor oggi trovare su questo difficile tema.

Gli interventi sulla riforma processuale penale nei convegni di Lecce e Bellagio (1964), ai quali si è in precedenza accennato, offrono anche al giovane studioso odierno una quantità di spunti e osservazioni di straordinario acume per la sorprendente lungimiranza che li caratterizza.

Il manuale (a partire dalla edizione del 1966) costituisce un modello tuttora insuperato di esposizione critica delle norme processuali penali, con un sapiente uso della comparazione storica messa al servizio della comprensione degli istituti volta a volta esaminati. Un'opera ormai appartenente al novero dei "classici": destinata a durare nel tempo e a fornire illuminanti indicazioni (anche di metodo), anche quando le norme delle quali si parla non siano più in vigore.

13

Opere principali di Franco Cordero (elenco limitato ai soli libri)

Procedura penale

Le situazioni soggettive nel processo penale: studi sulle dottrine generali del processo penale, Torino, Giappichelli, 1956; *Contributo allo studio dell'amnistia nel processo*, Milano, Giuffrè, 1957; *Il giudizio d'onore*, Milano, Giuffrè, 1959; *Tre studi sulle prove penali*, Milano, Giuffrè, 1963; *Ideologie del processo penale*, Milano, Giuffrè, 1965; *Procedura penale*, 1966, Milano, Giuffrè, 1966 (18 edizioni complessive in un arco temporale di quasi cinquant'anni: l'ultima datata 2012)

Filosofia del diritto

Gli osservanti. Fenomenologia delle norme, Milano, Giuffrè, 1967; *Il sistema negato: Lutero contro Erasmo*, Bari, De Donato, 1969; *Risposta a Monsignore*, Bari, De Donato, 1970; *L'Epistola ai Romani: antropologia del cristianesimo paolino*, Torino, Einaudi, 1972

Storia del diritto

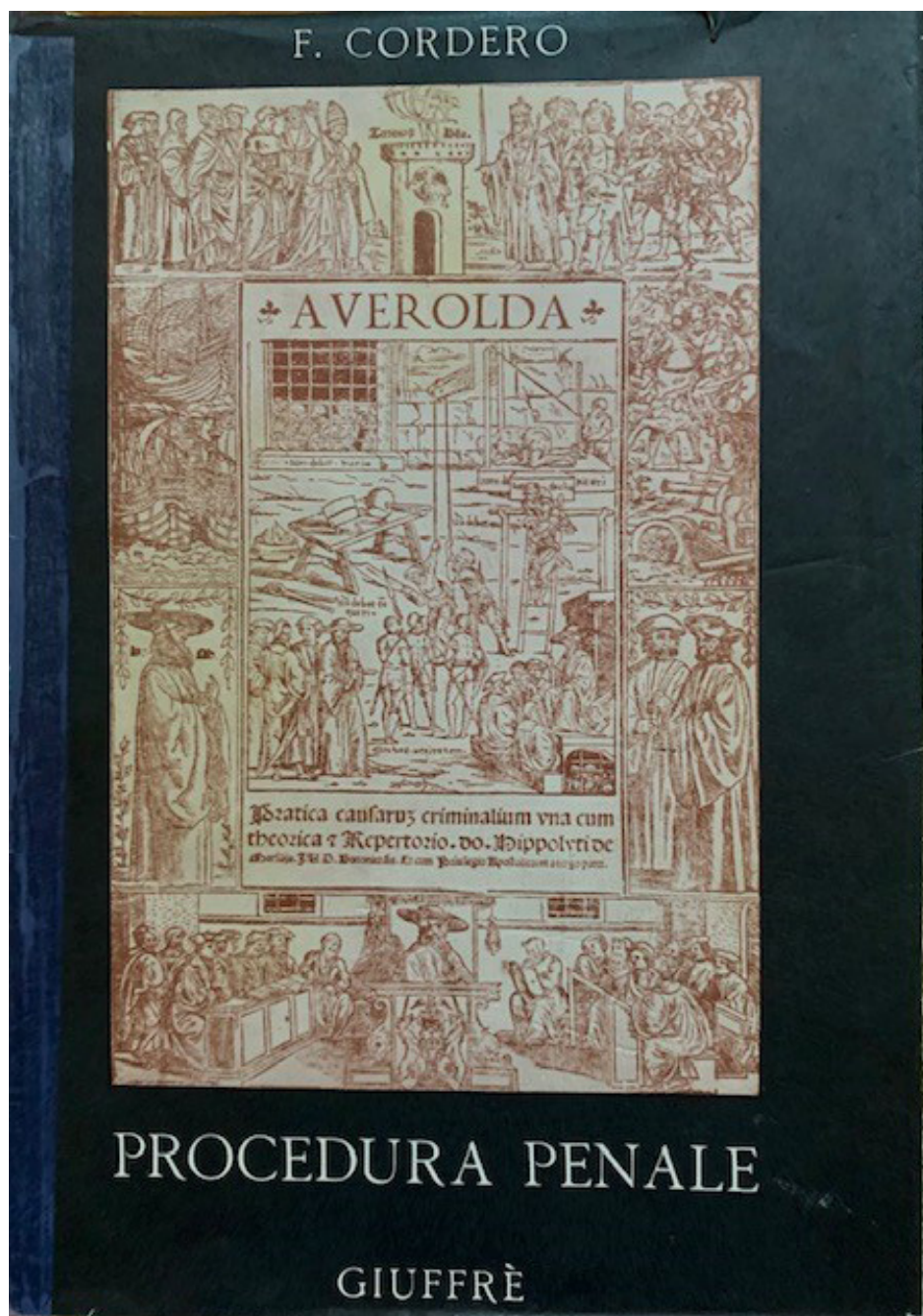
Riti e sapienza del diritto, Bari, Laterza, 1981; *La fabbrica della peste*, Roma-Bari, Laterza, 1984; *Criminalia: nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, Laterza, 1985; *Cronaca d'una stregoneria moderna*, Roma-Bari, Laterza, 1985; *Savonarola*, 4 volumi, Roma-Bari, Laterza, 1986-1988;

Romanzi

Genus, Torino, Einaudi, 1970; *Le masche*, Milano, Rizzoli, 1971; *Opus*, Torino, Einaudi, 1972; *Pavana*, Torino, Einaudi, 1973; *Viene il Re*, Milano, Bompiani, 1973; *L'opera*, Milano, Bompiani, 1975; *Passi d'arme*, Torino, Einaudi, 1979; *L'armatura*, Milano, Garzanti, 2007; *La tredicesima cattedra*, Milano, La Nave di Teseo, 2020

Pamphlettistica

Le strane regole del signor B., Milano, Garzanti, 2003; *Nere lune d'Italia: segnali da un anno difficile*, Milano, Garzanti, 2004; *Fiabe d'entropia: l'uomo, Dio, il diavolo*, Milano, Garzanti, 2005; *Aspettando la cometa: notizie e ipotesi sul climaterio d'Italia*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008; *Il brodo delle undici: l'Italia nel nodo scorsoio*, Bollati Boringhieri, 2010; *L'opera italiana da due soldi: regnava Berlusconi*, Torino : Bollati Boringhieri, 2012; *Morbo italico*, Bari-Roma, Laterza, 2013; *Rutulia*, Macerata, Quodlibet, 2016; *Bellum civile*, Macerata, Quodlibet, 2017



Efeitos extraprocessuais do estado de inocência – limites aos juízos paralelos condenatórios

Extraprocedural effects of the presumption of innocence – limits to condemnatory parallel judgments

NEREU JOSÉ GIACOMOLLI¹

nereu@giacomolli.com

ROGER MACHADO²

roger_rm@globo.com

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

Volume XXII · 1st January Janeiro – 31st December Dezembro 2022 · pp. 39-62

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXIII.1/2.3>

Submitted on June 5th, 2022 · Accepted on June 29th, 2022

Submetido em 21 de Junho, 2022 · Aceite a 29 de Junho, 2022

RESUMO O artigo objetiva avaliar o reconhecimento do estado de inocência como exigência constitucional e convencional de tratamento, em sua dimensão extraprocessual, para além das autoridades públicas, aplicando-se aos particulares, inclusive aos meios de comunicação. Propõe-se uma análise da publicidade processual a partir da presunção de inocência, definindo o que entende por juízos paralelos condenatórios, com abordagem a partir do confronto entre liberdade de expressão e estado de inocência. Com utilização do método hermenêutico-dialético, parte da hipótese de possível compatibilização da publicidade dos casos penais com o estado de inocência, problemática suscitada. Apresenta disposições legais do ordenamento jurídico penal brasileiro para enfrentar o problema das violações cotidianas ao estado de inocência, com foco na Lei 13.869/2019 (abuso de autoridade), a qual contempla, mesmo que parcialmente, a dimensão extraprocessual, na perspectiva da tutela penal do estado de inocência. A publicidade do caso criminal compatibiliza-se com o estado de inocência quando não são emitidos juízos prévios

1 Doutor em Direito pela Universidad Complutense de Madrid. Pesquisador e professor no Mestrado e Doutorado em Ciências Criminais da PUCRS, Brasil. Investigador integrado do *Ratio Legis* – Centro de Investigação em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa, Projeto de I&D: «Corpus Delicti – Estudos de Criminalidade Organizada Transnacional». Advogado e consultor jurídico. E-mail: nereu@giacomolli.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1753-0334>.

2 Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela UNISINOS, Brasil. Assessor no Ministério Público Federal do Brasil. E-mail: roger_rm@globo.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7530-0249>

condenatórios ou quando a forma e conteúdo da comunicação induzem à formação e compreensão de que o suspeito, investigado ou processado seja culpado.

PALAVRAS-CHAVE Estado de inocência. Exigência de tratamento. Juízos Paralelos. Abuso de Autoridade. Tutela penal.

ABSTRACT The article aims to assess the recognition of the presumption of innocence as a constitutional and conventional form of treatment, in its extra procedural dimension, beyond public authorities, applying to private agencies, including the media. It proposes an analysis of procedural publicity from the presumption of innocence, defining what's meant by condemnatory parallel judgments, with an approach based on a compatibility between freedom of expression and presumption of innocence. Using the hermeneutic dialectic method, it starts from the hypothesis of a possible compatibility of publicity in criminal cases with the presumption of innocence, a problem raised. It presents legal provisions of the Brazilian criminal legal system to address the problem of daily violations of the innocence, focusing on Law 13.869/2019 (authority abuses), which includes, even partially, the extra-procedural dimension, from the perspective of criminal protection the presumption of innocence. The publicity of the criminal cases is adequate to the presumption of innocence when there aren't previous judgments or when the form and content or the communication there aren't induces the formation an understanding that a suspect investigated or prosecuted is guilty.

KEYWORDS Presumption of innocence. Treatment form. Parallel judgments. Authority Abuse. Criminal protection.

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A inocência em seu contexto jurídico-processual, essencialmente como veto à antecipação de juízos incriminatórios contra suspeitos e acusados, e aqui enfocada pela noção de exigência constitucional e convencional de tratamento, gera uma gama de problemas. A abordagem delimita-se a seguinte problemática: o estado de inocência³ é compatível com as liberdades de expressão e de imprensa? Informação, publicidade, opinião e juízos prévios ao processamento criminal ofendem a presunção de inocência? A abordagem, a partir dessa problemática, tem por escopo evidenciar a dimensão extraprocessual da presunção de inocência, de modo a fornecer subsídios à solução da problemática proposta.

.....
3 Utilizamos a expressão "estado de inocência" por representar o conteúdo material e processual da expressão "presunção de inocência".

O articulado parte da hipótese prévia da existência de juízos midiáticos paralelos que agridem o princípio-garantia constitucional e convencional da presunção de inocência. Ademais, apresenta-se a hipótese extraprocessual da presunção de culpa e não da presunção de inocência, desconsiderando-se o princípio-garantia. O objetivo é enfrentar o tema da presunção de inocência em sua vertente extraprocessual, circunscrevendo o ponto específico dos juízos paralelos condenatórios. Ademais, ingressa no tema problemático da relação entre inocência e liberdades de expressão, demonstrando como a incompatibilidade entre esses direitos é aparente e mobilizada por interesses diversos, nem tanto pelos empecilhos teórico-práticos e normativos.

Utilizando de revisão bibliográfica e da hermenêutica constitucional e convencional (Cases da Corte IDH e do TEDH) num primeiro momento, o artigo aborda a presunção de inocência como exigência de tratamento para, num segundo apartado adentrar na compatibilidade ou não da publicidade dos casos criminais com o princípio-garantia da presunção de inocência. Por fim, são enfocados os juízos condenatórios midiáticos prévios, em face da presunção de inocência, enfocando-se, inclusive, o art. 38 da Lei 13.689/2019 (abuso de autoridade), bem como diversas disposições da tutela penal da presunção de inocência, encerrando-se o articulado com as considerações finais, com retomada do problema e das hipóteses e do que o artigo se propõe.

1. O estado de inocência como exigência de tratamento

A exigência constitucional⁴ e convencional⁵ de tratamento, em seu caráter exógeno, extrapola os limites patrimoniais e de liberdade, abarcando uma projeção a refletir na honra e na dignidade humanas, bem como no devido processo penal. Engloba direitos cujo respeito traduz uma necessária preservação da condição de inocente⁶. Esta não veda um grau de suspeita, mas proíbe juízos antecipados de culpa, emitidos por autoridades públicas na investigação, no processamento, bem como os pronunciados pelos demais agentes estatais (projeção vertical). Igualmente, abarca os meios de comunicação quando não observarem

4 Art. 5.º, LVII, CF – Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória

5 Art. 8.2, CADH – Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Art. 14. § 2.º, PIDCP – Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La Ley, 1993, p. 15 e ss. uma análise da presunção de inocência na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em diversos diplomas internacionais e textos internacionais.

6 Em GIACOMOLLI, Nereu José. “Art. 5.º, LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, em GOMES CANOTILHO, J.J. MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. e STRECK, Lênio. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina e IDR, 2018, p. 477, a abrangência do âmbito de proteção da presunção de inocência.

a presunção de inocência (projeção horizontal). A própria Corte IDH revela projetar-se o tratamento como inocente, inclusive na vedação aos (pré)juízos antecipados de culpa: a abrangência do dever de tratamento como respeito ao *status* de inocente, para além das implicações na seara das medidas privativas de liberdade⁷, respalda a proibição de juízos prematuros sobre a responsabilidade criminal do investigado ou processado⁸. Essa ofensa se dá, mormente na abordagem, divulgação e juízo prévio acerca do caso criminal (“juízo”), verdadeiras condenações informais. Esses juízos midiáticos, segundo Puente configuram um “*enjuiciamiento publico de conductas socialmente reprobables*” à margem do exclusivo poder jurisdicional do Estado⁹, na publicidade abusiva e na estigmatização precoce pelo processo penal¹⁰. Uma das hipóteses a essa desconsideração poderá ser a limitação da presunção de inocência ao aspecto interno do procedimento criminal.

O estado de inocência se constitui em vetor de controle, de proteção externa do suspeito, acusado ou condenado, cuja publicidade abusiva incrementa a estigmatização pelo procedimento, pela condição de investigado, preso ou processado. O fato de pender investigação ou processo penal não retira do sujeito a integralidade do *status* que lhe confere o estado de inocência, motivo por que há de ser afastada qualquer estigmatização em face da imputação (tratamento externo), de uma sentença sem o trânsito em julgado ou mesmo de uma sentença absolutória ou de extinção de punibilidade.

A presunção de inocência, além de vedar que o julgador, desde o início do processo, aja condicionado e com um pré-juízo (aspecto interno), também veda, em uma dimensão mais elástica ao procedimento (aspecto externo) manifestações de juízos incriminatórios por meio de canais de comunicação ou, de modo geral, por meios de divulgação e propagação de informações, ou seja, a exigência de que o Estado não condene informalmente um sujeito ou emita um juízo perante a sociedade, contribuindo à formação da opinião pública, enquanto não tenha uma comprovação da culpa¹¹. Declarações públicas ou informações acerca de suspeitas ou sobre um caso criminal (direito à informação à cidadania)

7 ILLUMINATI, GIULIO. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. Bolonha: Zanicheli, 1984, p. 31 e ss., uma abordagem acerca do tratamento do acusado, informado pela presunção de inocência, mormente no que tange à prisão preventiva.

8 Vid. *Caso Ruano Torres y Otros v. El Salvador*, § 127 (2015) – Corte IDH; *Caso Lori Berenson Mejia v. Perú*, § 160 (2004) – Corte IDH.

9 Em OVEJERO PUENTE, Ana Maria. *Presunción de inocencia y juicios paralelos en derecho comparado*. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 11. Nas p. 12 e 13 afirma que, diversamente da perspectiva de limitação da presunção de inocência, pela Revolução Francesa, às barreiras de atuação do Estado, na contemporaneidade, a violência ao devido processo se dá também por agentes privados.

10 Em GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 106. V. também, LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:646824>. Consulta em base de dados mediante assinatura.

11 Vid. *Caso J. v. Peru*, §§ 246 e 247 (2013), da Corte IDH.

diferenciam-se de emissão de juízos de culpa antes de uma sentença definitiva com trânsito em julgado, em face da exigência da preservação da presunção de inocência (art. 5.º, LVII, CF)¹².

Assim, o campo de aplicação da presunção de inocência não se limita ao âmbito do Poder Judiciário e às autoridades que venham a decidir sobre a culpabilidade do acusado. A liberdade de expressão assegura, tanto o direito de receber como o de comunicar informações, mas respeitada a presunção de inocência¹³. O que importa, efetivamente, é o sentido real das declarações¹⁴, o relato das circunstâncias particulares com as quais foram formuladas, bem como a ideia será percebida pelos comunicados e neles inculcada. Insuflar a opinião pública, criar uma imagem ou opinião negativa¹⁵ por uma mera suspeita, transmitindo uma concepção prévia de culpa revela o estágio patológico e desmaterializador da informação¹⁶. Decisões ou declarações que refletem um sentimento de culpabilidade, um pré-julgamento¹⁷ sobre o suspeito diferenciam-se daquelas que se limitam a descrever um estado de suspeita¹⁸.

Além de marcadores procedimentais objetivos como o arquivamento de inquérito policial, rejeição da denúncia, absolvição sumária, sentença e acórdãos (primeiro elemento),

12 Vid. *Caso Allenet de Ribemont v. France*, §§ 36/41 (1995), do TEDH.

13 Vid. *Caso Svetlana Zhuk v. Bielorrússia*, do Comitê de Direitos Humanos da ONU (Comunicação n.º 1910/2009), Andrei Zhuk, ainda quando suspeito foi exposto pelos meios de informação estatais, inclusive pelo principal canal de televisão, sendo chamado de criminoso desde o começo da investigação. Em entrevista, o Ministro do Interior referiu-se a Andrei e aos corréus como criminosos antes de que fossem declarados culpados. O Comitê reconheceu afronta à presunção de inocência, diante da precipitação de juízos por parte de agentes estatais.

14 Vid. *Caso Saidova v. Tajiquistão* (2004) do Comitê de Direitos Humanos da ONU. O ex-esposo da comunicante, Sr. Saidov, foi preso, acusado e condenado à morte por diversos crimes (bandoleirismo, associação criminal, usurpação de poder mediante recurso à violência, incitação à quebra da ordem constitucional, aquisição e posse ilegal de armas e munições, terrorismo e assassinato). Dentre as várias irregularidades mencionadas na denúncia (tortura, maus tratos, confissão forçada), apontava-se que durante a investigação se difundiu e publicou, constantemente, nos meios de comunicação nacionais, controlados pelo Estado, informação em que se tratava o Sr. Saidov e a outros acusados de “*criminales, amotinados, etc*” contribuindo desta maneira a criar uma opinião pública negativa. Diante da falta de manifestação do Estado quanto a isso, o Comitê considerou relevantes as alegações da parte requerente e advertiu que o comportamento estatal atinente à ampla cobertura midiática contra o Sr. Saidov violou a presunção de inocência prevista no art. 14. 2, PIDCP.

15 Vid. *Caso Gridin v. Rússia* (1997) do Comitê de Direitos Humanos da ONU. Em 25/11/1989, suspeito foi preso por ser suspeito de abuso e de assassinato de uma mulher. Depois da prisão, outras seis acusações lhe foram feitas. No período entre 26 a 30 de novembro de 1989, foi apresentado em emissoras de rádio e em periódicos como “*el temible asesino de los ascensores que habia violado a varias muchachas, dando muerte a tres de ellas*”. Em 09/12/89, o chefe de polícia anunciou que estava convicto de que Gridin era o assassino, o que foi difundido pela televisão. O investigador afirmou a culpabilidade em diversas oportunidades públicas, prévias à audiência judicial, insuflando a opinião pública contra o suspeito, o que resultou, inclusive, num comportamento hostil de parte do público presente no dia do julgamento. V. Comunicação n.º 770/1997 do Comitê de Direitos Humanos da ONU, o qual concluiu que houve violação ao art. 14. 2, PIDCP, pois as autoridades estatais não atuaram com o comedimento exigido pela presunção de inocência e assinalado na Observação Geral n.º 13/84.

16 Vid. *Caso Gutsanovi v. Bulgárie*, § 192 a 197 (2014), do TEDH.

17 Vid. Observação-Geral n.º 13 de 1984 e Observação Geral n.º 32 de 2007, do Comitê de Direitos Humanos da ONU.

18 Vid. Observação Geral n.º 32 do Comitê de Direitos Humanos da ONU.

mesmo um juízo condenatório definitivo, com trânsito em julgado, não retroage para prejudicar os juízos emitidos antes da situação processual ter sido pacificada (segundo elemento) no âmbito do devido processo penal (terceiro elemento). Um quarto aspecto diz respeito à vedação de as autoridades emitirem juízos prévios de culpa, sejam elas públicas ou privadas (órgãos de imprensa e congêneres), na perspectiva objetiva e como reflexo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

2. Estado de inocência e publicidade

A publicidade dos atos processuais é regra constitucional (arts. 5.º, XL e 93, IX, CF), assim como, em geral, o dever de publicidade dos atos da administração pública (art. 37, *caput*, CF). Na normatividade ordinária, a publicidade processual foi inserida em vários dispositivos: art. 792 do CPP; art. 189 do CPC; art. 387 do CPPM; art. 2.º, parágrafo único, V, da Lei n.º 9.784/99. A garantia consta também na convencionalidade a que o Brasil aderiu, como o art. 8. 5, da CADH e o art. 14.1, do PIDCP. Na esfera interna ou restrita, a publicidade afasta a possibilidade de expedientes secretos e inacessíveis às partes e aos respectivos advogados. Essa dimensão admite, excepcionalmente, alguma restrição, normalmente atrelada a diligências investigatórias em andamento ou na iminência de serem realizadas e que, por sua natureza, seriam prejudicadas caso houvesse divulgação. É o que ocorre com as interceptações telefônicas, gravação ambiental, quebra de sigilo de dados bancários, fiscais, telemáticos, por exemplo¹⁹. Ao que a presunção de inocência mais afeta, cinge-se à publicidade externa, a que é acessível à cidadania²⁰. Restringe-se o acesso e conhecimento ao público em geral, à comunidade jurídica em particular, de informações acerca do investigado, das provas e dos julgamentos. Essa restrição submete-se à reserva legal e jurisdicional, em razão da tutela da privacidade (art. 5.º, X, CF)²¹. Há permissivos de restrição, tanto na proteção da intimidade, quanto de ordem pública (art. 5.º, XL, CF), o que também pode ser inferido do art. 14.1 do PIDCP e do art. 8.5 da CADH (preservar os interesses da Justiça).

A intimidade referida no dispositivo constitucional não enseja maiores discussões, embora uma lei que a regule há de definir casos em que a proteção deva sobrepor-se à

19 Vid. GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 359 e ss.

20 Vid. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 73 e ss.

21 Em SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 252 e ss.; COPETTI, André, em: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2013, p. 450; GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 360.

publicidade, fornecendo parâmetros de resolução de casos criminais e de conflitos. A propósito do tema, merece relevo o fato de que o art. 189, III, do CPC, prevê a hipótese do segredo de justiça quanto a processos que contenham dados referentes a direitos protegidos pela intimidade²². Também é de ser admitida a restrição à publicidade quando necessária a proteção de outros direitos fundamentais relevantes, como o direito à honra, à imagem, à vida privada, à intimidade, ou sigilo de correspondências e comunicações em geral, sendo indispensável uma compatibilidade entre os direitos envolvidos.

Como pontuado, em hipótese de colisão entre liberdade de expressão e o direito a um julgamento justo, pode ser que a restrição à publicidade traduza uma das formas mais eficazes de arrefecer eventual campanha da mídia em prol de condenação criminal²³. Defender a publicidade externa não é vinculá-la aos interesses midiáticos de exploração da miséria das vítimas e de seus familiares e nem às finalidades econômicas e de manutenção da permanência do grande auditório²⁴. Há de ser evitada e minimizada a funcionalidade negativa e estigmatizante da publicidade ao imputado, com a publicização de atos processuais, inclusive de audiências, com divulgação da situação de réu, processado, cuja compreensão pelo senso comum já é a de culpado. Por isso, a restrição à publicidade externa é assecuratória do estado de inocência. O que importa ao Estado de Direito é que a infração criminal está sendo apurada, que o Estado está cumprindo suas funções, mas não a exposição da imagem, do nome completo, do endereço, trabalho e laços familiares. Ademais, publicizar o acontecer judicial não é transformar as audiências e os julgamentos em um *reality show* judicial para a mídia angariar dividendos em suas diversas perspectivas (comercial, ideológica, política, *v. g.*)²⁵.

Contudo, o princípio da publicidade não é absoluto e muito menos escudo a práticas ilícitas. Há de ser matizado, “pois há momentos em que o sigilo é imprescindível para não comprometer diversas liberdades públicas, como a honra, a imagem, a intimidade, a vida privada, etc”²⁶. A publicidade, segundo a Corte IDH, é uma garantia judicial estabelecida em favor das partes envolvidas, mas também do público. Trata-se de um elemento essen-

22 Em SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 252. Por sua vez, COPETTI, André, em: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2013, p. 450, afirma que as previsões mais genéricas de restrição à publicidade previstas na CF alinham-se com o art. 5.º, X, CF

23 Em SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 255.

24 Em GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 360.

25 Em LUZ, Denise; GIACOMOLLI, Nereu José. “Vinculação dos órgãos da imprensa ao estado de inocência”. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajai/SC, v. 23, n.º 1, jan./abr. 2018, p. 6-34 Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/12783>. Acesso em 24 dez. 2020.

26 Em BULOS, Uadi. Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 684.

cial do modelo processual penal acusatório em um Estado Democrático de Direito, garantido pela realização de uma etapa oral na qual o acusado mantém contato direto com o juiz e com as provas, facilitando-se o acesso ao público. Assim, fica proscria a administração de justiça secreta, submetendo-a ao escrutínio das partes e do público, relacionando-se com a transparência e com a imparcialidade. Configura um meio de fomentar a confiança das pessoas no sistema de justiça²⁷. E a publicidade no processo penal, segundo a Corte IDH é a regra, admitindo, nos termos do art. 8.5, CADH, que, excepcionalmente, seja restringida a fim de preservar os interesses da justiça. Mas nesses casos caberá ao Estado justificar a medida de restrição, demonstrando a necessidade e a proporcionalidade da limitação²⁸.

O Brasil assumiu o compromisso internacional²⁹, também em matéria de publicidade das audiências e, em geral, dos processos criminais, embora se possa admitir, por algumas razões, a restrição da publicidade, inclusive contra meios de comunicação³⁰. Dentre as razões que podem legitimar a restrição estão a proteção da vida privada da pessoa ou a preservação dos interesses da justiça. Por ser o processo o *locus* adequado à imposição da pena é que se reveste de uma série de garantias fundamentais. A dimensão extraprocessual da presunção de inocência, no entanto, extrapola dos limites processuais para se impor contra atitudes e comportamentos que pretendem, numa arena quase ilimitada (redes sociais e meios de comunicação), atingir a condição de inocentes de pessoas investigadas e acusadas. Se faz necessário atentar a todas as dimensões da presunção de inocência, devendo abarcar também a extraprocessual³¹.

A vedação à antecipação de juízos acerca da culpa de um suspeito ou acusado, não implica, necessariamente, interferência na publicidade processual. Em se tratando de devido processo penal, aos sujeitos estatais são outorgados espaços e momentos adequados a suas intervenções, especialmente quanto ao mérito do caso criminal. As manifestações públicas para que juízos prévios sejam incorporados não traduzem, em hipótese alguma, cumprimento de dever legal dos agentes públicos, mas violações explícitas de um direito fundamental que orienta e fundamenta a própria existência do processo penal, ou seja, da presunção de inocência³².

27 Vid. *Caso Palamara Iribarne v. Chile*, §§ 167-168 (2005), da Corte IDH; *J. v. Peru* (2013), da Corte IDH.

28 V. *Caso J. v. Peru* (2013) da Corte IDH.

29 Vid. art. 14.1, do PIDCP.

30 Vid. Observação Geral n.º 32 do Comitê de Direitos Humanos da ONU.

31 Em OVEJERO PUENTE, Ana Maria. *Presunción de inocencia y juicios paralelos en derecho comparado*. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 11 e ss.

32 Em VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La Ley, 1993, p. 13 e ss. a previsão internacional do que denomina de “direito fundamental à presunção de inocência”.

Isso nos conduz a um segundo aspecto: o vazamento de informações não se constitui em publicidade. Esta, enquanto princípio constitucional da Administração Pública, há de ser compreendida como uma prática administrativa revestida de legalidade e dos demais princípios norteadores da atividade estatal, como a impessoalidade e a imparcialidade que, dentre tantas outras consequências, são incompatíveis com o fornecimento seletivo de informações de determinados casos criminais aos meios de comunicação. A única publicidade legítima é a que se operacionaliza pelos meios legais e por formas transparentes de concretização. Nesse contexto, os filtros seletivos realizados por agentes estatais para fornecimento de informações sobre investigações e processos a canais de comunicação e a jornalistas específicos configuram prejuízos dissimulados³³. Essa espécie de comportamento induz à formação de uma opinião pública(da) aderente a versões incriminatórias prévias ao devido processo penal, com todas as suas decorrências convencionais, constitucional e de legislação ordinária. Um dos perigos é a possibilidade de as decisões judiciais serem influenciadas, mesmo que implicitamente, por exigências populares e midiáticas.

Mesmo quando seja possível ao órgão de comunicação acessar os autos de determinada investigação ou de processo judicial, há informações, dados, que estão acobertados por sigilo legal ou constitucional, razão pela qual limitam o direito à informação e à publicidade. O art. 93, IX, CF sinaliza na direção de uma preponderância do interesse público na informação, mesmo quando em jogo a intimidade do sujeito. Contudo, o art. 5.º, LX, CF reconhece que a intimidade ou o interesse social são aptos a restringir a publicidade dos atos processuais. O art. 792 do CPP corresponde, segundo Badaró, ao comando constitucional do art. 5.º, LX, CF³⁴. De fato, o preceito ordinário prevê a publicidade como regra, mas admite exceções para resguardar os sujeitos processuais. Mesmo naqueles casos em que for sedutora a tese da preponderância da informação em detrimento da intimidade, há que ser considerada a presunção de inocência. Isso para vedar juízos prévios, gerados pela publicização, com potencialidade de condicionar a formação de juízos condenatórios. A publicidade processual não se cumpre por expedientes que violem direitos.

3. O estado de inocência como limite aos juízos midiáticos condenatórios

A banalização da violência pode ser constatada nos diversos programas televisivos, os quais montam seus quadros de notícias intercalando uma história de tragédia seguida das

33 Em BAUDRILLARD, Jean. *Simulacros e simulações*. Lisboa: Relógio D'Água, 1991, p. 09, onde dissimular é fingir não ter o que se tem.

34 EmBADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 75.

informações meteorológicas, que, por sua vez, precedem o noticiário esportivo, do qual se volta às histórias policiais com incrível rapidez e naturalidade. Notícias e reportagens sobre casos criminais são diárias e incessantes, em face da audiência crescente que proporcionam. Num amplo mercado de notícias, a concorrência pela audiência popular possibilita aos meios de comunicação a adoção de estratégias de conquista de leitores, espectadores e ouvintes, forjando-se, num segmento comercial livre de quase todos os limites, práticas jornalísticas orientadas não tanto por princípios éticos, mas por interesses econômicos e pela preservação da “saúde financeira” da empresa jornalística.

Num mundo altamente conectado e em rede, com milhares de pessoas ávidas por notícias e diante de uma capacidade frenética de exposição massiva de pessoas e de transmissão de informações, um passo inicial ao “sucesso” empresarial jornalístico está em noticiar antes que qualquer outro concorrente³⁵. A credibilidade da informação vai paulatinamente cedendo espaço à velocidade e sendo confundida com a atualidade com que disponibilizada³⁶. Surge com isso o denominado jornalismo de checagem. Além do mais, a própria ideia de credibilidade da informação passa por critérios questionáveis, como o número de visualizações e curtidas, por exemplo. Nesse itinerário instala-se um vale-tudo informativo que não hesita em recorrer aos casos criminais por meio de uma abordagem que já não se contenta com uma ferramenta informativa, mas aposta em estratégias intencionalmente afetivas, que intencionalmente buscam prosperar mediante apelos emocionais³⁷.

O uso da imagem, nesse contexto, é altamente efetivo, ao proporcionar reportagens impregnadas de fotos e vídeos. A seriedade de um fato penal, um homicídio, por exemplo, é ignorada para que se possa criar, no lugar da tragédia, um foco de entretenimento. Ao invés de respeito ao luto pela perda de um ente, é comum ver jornalistas e repórteres disputando espaço para conseguir a primeira pergunta a um familiar de uma pessoa assassinada e a primeira publicação de matéria sobre tragédias cotidianas. Logo se instaura um quadro de enaltecimento da vítima e de suas virtudes, acompanhado de efeitos sonoros e comportamentos do repórter em demonstração de um “profundo pesar”; filmam-se familiares, mostra-se o local do crime, chama-se a atenção para a barbárie do que ocorreu, passa-se em revista a vida do suspeito, local de residência e de trabalho, busca-se alguma passagem ou ocorrência policial para sugerir uma pessoa perigosa. Alguns programas, no entanto, sobretudo quando não são diários, utilizam um outro expediente comum para chamar a atenção: as “informações com exclusividade” (“chafurdar na lama”, afirmou um

35 Em MORETZSOHN, Sylvia. *Jornalismo em tempo real: o fetiche da velocidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 12 e ss.

36 Em RAMONET, Ignacio. *A tirania da comunicação*. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 44 e 74.

37 Em GOMES, Marcus Alan. *Mídia e sistema penal: As distorções da criminalização nos meios de comunicação*. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 81 e ss.

ex-ministro do STF). Esse tipo de reportagem aposta na “hiperemoção” causada ao receptor da mensagem, com o recurso sistemático a aspectos de simplificação e redução da complexidade da informação a níveis emocionais que possam transmitir, por uma espécie de equação informacional, a ideia de que se a emoção ao ver o telejornal é verdadeira, a informação também o é³⁸.

Com a possibilidade da imagem, o modelo sensacionalista ganhou espaço e, para atender seus interesses financeiros, os grandes conglomerados não hesitaram em ampliar a programação dedicada à exploração da miséria humana, principalmente nos casos criminais. O apelo ao emocional se constitui em componente relevante à dramatização jornalística, com aposta na hipervalorização de elementos fúteis, superficiais, isoladamente irrelevantes, a fim de fomentar conjunturas de reduzida complexidade e paralisar o nível crítico na recepção da informação³⁹. Os meios de comunicação de massa acentuam o componente emocional que estimula a empatia ou a antipatia para com os personagens do drama noticiado. Oferta-se um catálogo de notícias pleno de representações do inesperado, rompendo com a rotina, que “parece reproduzir instantaneamente as desgraças do mundo”, que “subverte as regras morais e sociais de comportamento”⁴⁰.

Trata-se de uma simbiose entre uma anemia sociológica e uma hiperbolia sensacionalista em que meios de comunicação capturam audiência mediante reportagens criminais revestidas de escassez de informações altamente relevantes conjugada com forte componente moralista.

Nesse contexto, as coberturas dos casos criminais tendem a potencializar “um certo tipo de interesse mórbido, com características fortemente moralistas” que abusam da exposição de detalhes pessoais dos afetados e envolvidos pelo episódio, resultando numa concentração de esforços em situações particulares insuficientes para compreender o crime⁴¹. Ao mesmo tempo, e paradoxalmente, “esta demasia no que tange aos aspectos particulares coexiste com uma espécie de anemia informacional relativa à complexa cadeia de eventos traumáticos que, de uma forma ou outra, explicam ou justificam a ocorrência do fato ilícito”, ou seja, circunstâncias como vulnerabilidade e risco são suprimidas da narrativa sensacionalista, apresentando o comportamento individual como uma variável independente da realidade social⁴².

38 Em RAMONET, Ignacio. *A tirania da comunicação*. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 22/23.

39 Em GOMES, Marcus Alan. *Mídia e sistema penal: As distorções da criminalização nos meios de comunicação*. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 81 e ss.

40 Em GOMES, Marcus Alan. *Mídia e sistema penal: As distorções da criminalização nos meios de comunicação*. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 81 e ss.

41 Em CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 421/424.

42 Em CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 423 e 424.

Um estilo sensacionalista de narrativa que opta pelo discurso de autor “invariavelmente prepondera o silêncio no que diz respeito às circunstâncias político-econômicas e socioculturais que revelam a forma de inserção destes sujeitos no mundo”. O resultado é um conteúdo normalmente “direcionado à supervalorização de alguns aspectos mórbidos ou bizarros dos protagonistas e dos coadjuvantes do evento problemático”, formatando hipóteses de “verdade” nitidamente marcadas por uma perspectiva moral. Esse cenário contribui para uma visão narcotizada do fenômeno criminal, marcada por um discurso cujo conteúdo busca a estigmatização de tipos específicos de criminosos e a legitimação de atuações estatais, sobretudo em intervenções policiais, assentando-se em alguns pressupostos, quais sejam o do crime como um dano irreparável e do criminoso como um bárbaro incapaz de adaptar-se ao meio social, além de recorrer ao puro maniqueísmo do tipo “nós, os bons, contra eles, os maus” e potencializar a sensação de medo e insegurança que grassa por todo lugar⁴³. Essa conjuntura reforçada pela pauta diária imposta pela expressiva maioria dos meios de comunicação reforça e edifica um sistema jurídico-penal e criminológico de caráter ortodoxo, funcionalmente orientado pelo aforismo “do bem e do mal” que consolida um discurso moralizador robustecido “por marcadores publicitários como a impunidade dos crimes e a periculosidade dos criminosos”⁴⁴.

Observa-se a insistência com que os órgãos de imprensa abordam, de forma abusiva, aspectos de um caso criminal, oprimindo pessoas e condicionando a opinião de ampla parcela da cidadania a esta ou aquela perspectiva, em geral, prejudicial ao suspeito, investigado ou processado. Reivindicando prerrogativas superpostas a qualquer controle, meios de comunicação em geral utilizam justificativas como liberdade de imprensa, de opinião e de manifestação, para expor suas próprias convicções sobre o mundo e, em particular, sobre o valor “justiça” (o que se esconde sob o manto do sigilo da fonte?). O cunho ideológico, alinhado à ideia de defesa social, explica a adesão nefasta da mídia a um perfil de desprestígio às garantias individuais, razão pela qual a presunção de inocência é hostilizada. Uma característica comum dos programas jornalísticos desse viés é polarizar a atuação da justiça penal e o comportamento desviante como fator de intervenção social. Há uma inclinação a criticar, de forma simplificada, o funcionamento do sistema judicial criminal, o qual seria inoperante, ineficaz e letárgico, suprimindo-se, com frequência, referências às garantias fundamentais das pessoas implicadas⁴⁵. Como adverte Batista,

43 Em CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 424 e e ss.

44 Em CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 429.

45 Em HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier. ‘Juicios paralelos y proceso penal: razones para una necesaria intervención legislativa’. *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*, Navarra, n. 3, p. 117-131, 2000. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=59685. Acesso em: 19 nov. 2020.

uma das consequências da fé na equação penal “se houver delito tem que haver pena” está no “incômodo gerado pelos procedimentos legais que intervêm para a atestação judicial de que o delito efetivamente ocorreu e de que o infrator deve ser responsabilizado por seu cometimento”⁴⁶.

Costuma-se salientar o êxito de medidas policiais de “combate”⁴⁷ ao crime, normalmente mais eficazes do que o sistema judicial. A polarização entre o modelo policial e o judicial e a distinção entre o delinquente irrecuperável e o bom cidadão potencializa o sistema primário de segurança, em detrimento do modelo secundário da justiça penal⁴⁸. Com isso agiganta-se a discrepância entre o tempo midiático, político e o jurídico-processual, com notório desdém à garantia da presunção de inocência. Afinal, o percurso do processo penal é “demasiadamente longo” para que se possa aguardar o julgamento, a não ser que, em casos específicos, a própria cobertura do processo penal granjeie interesse público e assegure níveis palatáveis e rentáveis de audiência. No lugar do “letárgico” julgamento penal, coloca-se então o juízo célere, intempestivo e definitivo dos meios de comunicação. Assim, veem-se muitos profissionais da mídia e mesmo juristas de plantão que “compõe a vasta fauna dos juízes paralelos que são todos aqueles que se julgam capazes de decidir sobre as condutas alheias com o mesmo vigor de uma sentença transitada em julgado”, fazendo coro a expedições punitivas como “apóstolos da suspeita temerária” e da “presunção de culpa”.⁴⁹

Esses juízos paralelos se constituem em julgamento público de condutas socialmente reprováveis ocorrentes à margem do exclusivo e excludente poder jurisdicional do Estado. Apesar de reproduzirem, mesmo que parcialmente um ritual similar ao processo judicial, com manifestação de defensores, detratores, testemunhas, provas documentais e periciais, confissões, vítimas, etc, não são observadas as mesmas regras nem as limitações e garantias exigíveis num juízo estatal regular⁵⁰. O juízo paralelo, “*por su propria esencia, tiene escasso agrado por lo jurídico, y supone la confluência de un buen número de intereses que no entroncan, por más que se quiera, con el fundamento de lo labor jurisdicional en un Estado de Dere-*

46 Em BATISTA, Nilo. “Mídia e sistema penal no capitalismo tardio”. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 42, p. 245, jan-mar. 2003. Disponível em: Envio | Revista dos Tribunais (mpf.mp.br). Consulta em base de Dados da RT on line mediante assinatura. Acesso em 15 fev. 2021.

47 Expressão reveladora da aposta na luta, na guerra, na violência, tudo a fomentar o *Market System* midiático.

48 Em HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier. “Juicios paralelos y proceso penal: razones para una necesaria intervención legislativa”. *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*, Navarra, n. 3, p. 117-131, 2000. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=59685. Acesso em: 19 nov. 2020.

49 Em DOTTI, René Ariel. “Os direitos humanos do preso e as pragas do sistema criminal”, em: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (org). *Doutrinas Essenciais. Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2, p. 1008.

50 Em OVEJERO PUENTE, Ana Maria. *Presunción de inocencia y juicios paralelos en derecho comparado*. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 11.

cho”⁵¹. Há um simulacro de processo, de defesa e contraditório, representados por algumas gotas de palavras no oceano acusatório.

Em pelo menos dois planos críticos de intervenção, segundo Hernández García identificam-se zonas patológicas de influência da imprensa sobre processos que aguardam julgamento⁵². Em primeiro lugar, a incursão ilimitada nos fatos do processo, gerando versões acusatórias próprias, baseadas na pressão sobre fontes de prova, na utilização indevida de provas ilícitas, e no exercício de juízos próprios e paralelos para confirmar as hipóteses adiantadas e geradoras de expectativas a serem atendidas. A segunda patologia diz respeito à transformação dos tribunais e juizes em órgãos suspeitos à opinião pública, sobretudo porque, a partir da emissão de juízos paralelos condenatórios, as possibilidades de solução do caso ficam reduzidas às hipóteses já antecipadas pelos meios de comunicação.

É possível que uma informação seja devidamente divulgada sem violar a presunção de inocência, mas os múltiplos fatores que podem influenciar uma fabricação, edição e publicação de notícia ou de uma opinião, tendem a perturbar esse ambiente que no plano abstrato parece pacífico. O primeiro problema é identificar se, quando e onde houve a agressão à presunção de inocência. Só após é que a polêmica acerca de um suposto conflito ou uma colisão de princípios assume relevância. A violação à presunção de inocência é diagnosticável mesmo nos casos em que se decida que a matéria pode ser veiculada ou a publicação deva ser mantida. Se a compreensão da presunção de inocência como exigência constitucional e convencional de tratamento, em sua dimensão extraprocessual, for sólida o suficiente, então não é a providência de reparação ou prevenção que a legitima como válida. A rigor, os mecanismos de defesa, sob esse aspecto, como o são eventuais medidas preventivas ou as repressivas, a reparação, o direito de resposta, adquirem características próprias das garantias manuseáveis em nome da proteção de um direito ou de formas de tutela repressiva. Ainda que a constatação de uma violação à presunção de inocência e a adoção de providência seja suplantada em nome de uma “momentânea paralisia à inviolabilidade de outros direitos fundamentais”, isso não quer dizer que o direito à presunção de inocência não exista e que não possa em outro cenário doutrinário e jurisprudencial vir a ser alterada a forma de tutela.

Afrontas à presunção de inocência podem ocorrer de diversas formas. Nos casos mais visíveis se identificam nos comportamentos de apresentadores de programas policiais-

51 Em CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. “Juicios paralelos y derechos fundamentales del justiciable”, em: *Ann. Fac. Der. U. Extremadura*, v. 21, p. 123, 2003, p. 126.

52 Em HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier. “Juicios paralelos y proceso penal: razones para una necesaria intervención legislativa”, em: *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*, Navarra, n. 3, p. 117-131, 2000. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=59685. Acesso em: 19 nov. 2020

cos em que se acumulam reportagens frequentes em que se relatam, como definitivas, versões de fatos criminais e dos respectivos autores, ainda que muitas vezes (a rigor, na maior parte delas) as notícias sejam produzidas em meio aos estágios muito embrionários das apurações policiais ou, no máximo, tão logo concluída a investigação oficial. Nessas circunstâncias, diante de informações ainda precárias e obtidas unilateralmente, apresentadores, repórteres, comentaristas, muitas vezes não tomam a cautela de noticiar o fato e relatar as suspeitas tais como elas são (apenas suspeitas), cujo respaldo exsurge da investigação com elementos de autoria e materialidade, insuficientes a esses juízos assertivos que frequentemente pululam, acompanhados de adjetivações extremamente severas e de forte apelo moral(ista)⁵³. Exemplo paradigmático é o da “Escola Base de São Paulo”⁵⁴.

Merece destaque a manifestação da Ministra Nancy Andrighi em seu voto-vista no julgamento do REsp 1.215.294/SP, que tratou de um dos processos em busca de indenização no caso Escola Base: a ministra distingue o comportamento da imprensa e do delegado. Aquela efetivamente não mentiu, embora tenha sido descuidado ao veicular matérias aderentes à hipótese da autoridade policial, de modo que em sua perspectiva, a atitude dos meios de comunicação parecia atenuada em razão da credibilidade de que goza a informação oriunda do agente público. Em nossa perspectiva essa distinção não atenua a responsabilidade do órgão de imprensa. Se a presunção de inocência é um direito fundamental com eficácia inclusive contra particulares, é responsabilidade dos órgãos de comunicação respeitá-la de forma a não dar à publicidade das investigações um caráter altamente opres-

53 Vid. *Operação Spoofing; Caso “Lava-Jato” ou “Vaza-Jato”*.

54 Vid. Documentário Escola Base – 20 anos depois (Caminhos da Reportagem, TV Brasil), publicado por TV Brasil, 07 nov. 2014 (50:39). Disponível em: <https://tvbrasil.ebc.com.br/caminhosdareportagem/episodio/escola-base-20-anos-depois>. Acesso em 13 jan. 2021. Em março de 1994 um casal proprietário de uma escola infantil localizada no bairro da Acclimação em São Paulo/SP e um casal de funcionários foram acusados por duas mães de crianças de prática de abuso sexual contra os infantes – uma mãe e um pai também foram acusados. A sequência da investigação apoiou-se num laudo médico que apontara alguma fissura ou laceração anal em uma das crianças supostamente vítimas de abuso, nos depoimentos das crianças e desdobrou-se na prisão dos suspeitos, na ocasião já tratados como culpados definitivos, e com uma ampla exposição midiática intencionalmente promovida pela autoridade policial e por vários canais de comunicação que absorveram as informações e as divulgaram de forma acrítica. A escola foi invadida e destruída por pessoas da comunidade. A fachada foi pichada com ofensas aos suspeitos (Maurício estuprador, Paula “sapatão”, etc...). Uma das suspeitas na época, Paula, funcionária da escola, diz em documentário produzido pela EBC que seu nome e endereço residencial foram expostos em rede de TV e minutos após sua casa foi invadida e depredada. Foi um “prejulgamento”, um “massacre moral”, disse à EBC. As acusações eram graves, orgias sexuais, uso de drogas com as crianças, estupro para produção de conteúdo pornográfico. Uma das manchetes de jornal destacava: “Kombi era motel de escolhinha do sexo”. Ouvidos para o documentário, os jornalistas Florestan Fernandes Jr, Regina Ferraz e Chico Verani, na época dos fatos vinculados à TV Cultura, esclareceram que foram procurados pelos acusados durante as investigações e só então as vítimas conseguiram apresentar uma versão concorrente com a hipótese publicamente ventilada pela autoridade policial. O desfecho é conhecido. As acusações eram infundadas e carentes de qualquer respaldo probatório. O inquérito foi arquivado, as vidas das vítimas profundamente afetadas ou destruídas. Alguns, posteriormente, obtiveram indenizações judiciais em processos movidos contra canais de comunicação.

sivo como fez no caso da Escola Base, abdicando de qualquer garantia em favor dos suspeitos e proporcionando reportagens que levaram o público ao extremo de atos de violência contra as efetivas vítimas.

Mais do que isso, sequer alegações de que a presunção de inocência estaria circunscrita ao ambiente da investigação policial e às autoridades públicas amenizaria o papel da imprensa. Pois se assim fosse, num caso tão evidentemente ofensivo à garantia quanto o da Escola Base, era da responsabilidade dos periódicos constranger a própria autoridade policial e não dar vazão às suas intenções publicitárias em nome daquela função e do ideal iluminista de imprensa como órgão controlador e fiscalizador dos agentes públicos a que tão frequentemente jornalistas recorrem para fundamentar seus excessos sob o agasalho da liberdade de imprensa. Esse descompasso, aliás, entre as funções ideais de uma imprensa livre e o papel de fiscalização e de constrangimento dos agentes públicos inclinados às práticas ilegais quiçá tenha chegado ao ápice durante a operação Lava Jato, quando a cobertura diária e incessante das investigações, prisões, processos, condenações, era abastecida com vazamentos de informações sigilosas e, portanto, por meio de possíveis crimes cometidos por agentes públicos, uma estratégia de cumplicidade (órgãos estatais/mídia)⁵⁵.

Liberdade de imprensa, direito a dar e receber informação são compatíveis com a presunção de inocência. Mais do que alguma dificuldade insuperável em casos concretos, o dique entre esses direitos tem se dado por conta de razões diversas, sejam interesses ou posições editoriais, comerciais e empresariais, desconhecimento ou desprezo de direitos, apego à velocidade da informação na busca do “furo de reportagem”, aderência acrítica a hipóteses acusatórias estatais, manipulações e distorções de fatos, etc. É indispensável reconhecer o papel fundamental que a imprensa (idealmente democrática) tem a exercer nas sociedades democráticas, não só noticiando e dando publicidade aos atos de governo e de atores estatais em geral, contribuindo para uma fiscalização pública daqueles que atuam em nome do povo, mas colaborando igualmente na consolidação de um regime democrático por meio da divulgação, da informação, da formação e da prática institucional de respeito aos direitos e de respeito ao estatuto constitucional da cidadania.

Antes de uma violência implícita ou explícita de forma deliberada a um direito-garantia humano e fundamental à manutenção e preservação de um regime democrático e de um sistema de persecução minimamente digno, é também um dever da imprensa contribuir à dinamização e concretização da presunção de inocência por meio de informações que levem aos leitores, espectadores, ouvintes, elementos suficientes para compreender

55 É comum a imprensa receber informações de operações sigilosas e acompanhar as diligências, transmitindo instantaneamente. Aos defensores são criadas uma série de empecilhos ao acesso aos próprios autos do processo.

a garantia e a razão de sua existência. Sob esse aspecto, não é possível acreditar que a imprensa livre possa exercer seu papel se for alçada a um patamar superior de onde não se submeta a qualquer tipo de limite, fazendo tábula rasa de quaisquer outros direitos fundamentais. Não podem ser desconsideradas as provas históricas que insistem em confirmar uma advertência tão antiga como a de que um poder tende sempre à dominação, seja legal, carismática ou pela tradição (Weber), bem como ao abuso (Ferrajoli), sendo o poder de julgar, o mais terrível dos poderes (Montesquieu), seja o julgamento oficial ou o da mídia. Este último, mais terrível de todos, por ser ilegítimo e disfuncional.

Os perigos em matéria de liberdade de imprensa decorrem de comportamentos estatais porque todo regime autoritário nutre uma predisposição a restringir a liberdade de expressão, mas também não se pode olvidar os perigos recíprocos da falta de qualquer limite sobre o espaço privado dos meios de comunicação, principalmente em razão dos grandes conglomerados de comunicação e a tendência à concentração das propriedades dos meios de comunicação. Claro que ilegítima qualquer intervenção capaz de sufocar ideias, ao modelo de uma polícia *Orwelliana*, mas é preciso reconhecer que a exclusiva autorregulação pouco ou nada pode fazer em termos de limitação dos abusos cotidianos perpetrados em órgãos de imprensa e em mídias sociais.

Tendo o quadro aqui desenhado, a presunção de inocência como dimensão extraprocessual exige um tratamento adequado também por parte de órgãos de imprensa, reivindicando o direito que toda pessoa tem de ser tratada em notícias, reportagens, manifestações de opinião, como inocente, desde que, claro, esta seja sua condição em relação ao fato objeto da matéria publicada. Na linha da observação de “o investigado ou acusado não tem o direito de impedir que seu caso seja reportado pela imprensa”, mas a presunção de inocência veda que a pessoa seja submetida a “tratamento humilhante ou exposição indevida pelos meios de comunicação”⁵⁶. O problema, acrescenta a autora, não é o interesse da imprensa na ocorrência de um crime, mas sim na lógica jornalística que permeia esse interesse e a forma como as pessoas e os fatos são retratados. Sob esse enfoque, a presunção de inocência transmite juridicamente pelo menos duas incumbências ao órgão de imprensa. Em primeiro lugar, tratar toda e qualquer pessoa como inocente quando ainda não condenada criminalmente de forma definitiva, evitando prejulgamentos em forma de quaisquer abordagens de conteúdo que impliquem na afirmação de culpa ou que reflitam de forma dissimulada uma inclinação tendente a condicionar a opinião pública nesse sentido. Segundo, não ser conivente com práticas de agentes estatais que busquem, por meio da cumplicidade de meios de comunicação, introduzir versões acusatórias contra

56 Em SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 210.

peçoas no espaço público das ideias, mediante a seletiva liberação de informações prejudiciais a suspeitos e/ou acusados ou pela emissão definitiva de prejulgamentos. O papel da imprensa livre deve ser refratário à cumplicidade na prática de ilicitudes por agentes estatais, assim como também precisa resistir à tentação de funcionar como mero órgão de publicação das opiniões de investigações, acusadores e mesmo julgadores. O jornalismo exige investigação e postura crítica em relação ao ambiente no qual se insere.

4. Enfrentamento aos juízos paralelos condenatórios – abuso de autoridade e outras formas de tutela penal do estado de inocência

As dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais colocam em cena, concomitantemente, posições jurídicas subjetivas, mas também vinculam o Estado a uma agenda de proteção da presunção de inocência numa esfera institucional e procedimental, propiciando a adoção de medidas certificatórias de maior proteção e concretização à presunção de inocência, nas várias frentes em que ele se projeta. As determinações de tutela⁵⁷ também se extraem do sistema interamericano de direitos humanos e das obrigações assumidas Brasil ao aderir a um conjunto de normas de caráter supranacional, dentre as quais a presunção de inocência. Mais do que uma adesão formal, exige-se também respeito ao conteúdo eficaz e às interpretações dadas pelas cortes internacionais⁵⁸ notadamente a Corte IDH⁵⁹.

Ademais da natureza jurídica de princípio-garantia fundamental atribuível ao art. 5.º LVII, CF, também se potencializa a obrigação de que o aparato estatal seja capaz de proteger a presunção de inocência, em razão da aplicabilidade imediata que a norma contém, revelando mais uma zona de possíveis fricções com outros direitos. Embora parte considerável da equação entre os juízos paralelos condenatórios e a presunção de inocência possa depender da intermediação legislativa, a admitir a observação do Ministro Gilmar Mendes⁶⁰ no sentido de que a melhor equalização possível à eficácia de direitos fundamentais entre particulares há de ser promovida pelo legislador, é premente a necessidade de providências que possam dar concretude ao princípio-garantia, mesmo diante da aparente escassez de remédios jurídicos específicos e aptos a tanto.

57 Em MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel. *La presunción de inocência*. Madri: Aranzadi, 1999, p. 339 e ss., formas de tutela da presunção de inocência no ordenamento jurídico espanhol, em todas as instâncias jurisdicionais, inclusive no recurso de amparo e no de cassação.

58 Em MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle Jurisdicional da convencionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book. Disponível em: <https://ler.amazon.com.br/?asin=B07GBGMYYK>. Acesso em 18 fev. 2021.

59 Vid. *Caso Cabrera García y Montiel Flores v. México*, § 225 (2010), da Corte IDH.

60 Vid. ADFP 130/2009.

A inovação legislativa introduzida no art. 38 da Lei n.º 13.869/2019 (abuso de autoridade), prevendo como crime antecipar o responsável pelas investigações, por meio de comunicação, inclusive rede social, atribuição de culpa, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação. Trata-se de erigir a inocência em verdadeiro bem jurídico penal⁶¹ ainda que a proteção, tendencialmente dispensada pelo artigo, possa se revelar insuficiente. A tipificação é um reconhecimento de que a matéria merece maior problematização e ultrapassa o campo interno do processo penal, avançando a perspectiva de tratamento, mormente pelos meios de comunicação e redes sociais.

Mantida a redação atual, pelo menos dois pontos são criticáveis. Primeiramente, quanto ao marco temporal fixado, restringindo a possibilidade de consumação do crime às investigações, posto que após a formalização da acusação as violências à presunção de inocência tornam-se, do ponto de vista penal, atípicas. No entanto, a presunção de inocência estende seus efeitos até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e não até a formalização da acusação⁶². Ademais, a moldura típica em forma de uma infração penal de autoria própria restringe a abrangência da norma incriminadora, deixando de alcançar a generalidade dos agentes públicos, circunscrevendo-se ao “responsável pelas investigações”. Mas mesmo aí a redação é precária e insuficiente. Será apenas o delegado de polícia encarregado da investigação? O membro do Ministério Público também será afetado? Todos os agentes envolvidos na investigação são igualmente submetidos à legislação, ainda que não presidam o inquérito (art. 2.º, Lei n.º 12.830/13) ou o procedimento investigatório criminal (arts. 26 da Lei n.º 8.625/93, 8.º da LC 75/93 e art. 1.º da Resolução n.º 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público)? O espectro de abrangência da dimensão extraprocessual da presunção de inocência é mais amplo do que sugere o tipo do art. 38 da Lei n.º 13.869/2019. O movimento legislativo foi tímido e o incremento de ajustes para reparar os dois pontos aqui destacados teria o êxito de conciliar a dimensão extraprocessual da presunção de inocência com a forma de tutela penal pretendida pela Lei n.º 13.869/2019 (Abuso de Autoridade).

Por sua vez, o vazamento de informações sigilosas pressupõe o envolvimento de algum agente, em regra público, que teve acesso permitido aos autos da investigação ou do processo. Não se afirma aqui que todo e qualquer vazamento de informação sigilosa tenha o intuito de prejudicar a condição de inocente do investigado ou processado, mas que em determinados casos esse filtro da informação pode ser direcionado a minar a presunção de

61 Em STRECK, Lênio e LORENZONI, Pietro Cardia. *Comentários à nova lei de abuso de autoridade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 189.

62 Em GREVI, Vittorio. *Alla ricerca di un processo penale “giusto”*. Milão: Giufrè, 2000, p. 103, acerca da inadmissibilidade da execução provisória da sentença penal condenatória.

inocência perante a opinião pública. Por isso, as várias previsões legais que resguardam o sigilo de informações, oriundas de investigação ou processo penal, são compatíveis com a presunção de inocência e podem colaborar na sua preservação. Uma das formas de coibir a quebra indevida de sigilo está prevista no *caput* do art. 325 do CP, em forma de violação de sigilo funcional. Em se tratando de agentes públicos atuantes em casos cobertos por segredo de justiça, por exemplo, não se vê como não possam ser, em regra, submetidos a essa cláusula geral de penalização da quebra do sigilo profissional. Pense-se no caso de investigação sigilosa com previsão de cumprimento de mandados de prisão ou de busca e apreensão. A revelação a meios de comunicação do dia e hora em que serão cumpridas as diligências poderiam enquadrar-se na figura do fato sigiloso que chega ao conhecimento de um agente público em razão da atividade funcional e do envolvimento com a investigação. O agente não poderia transpor o limite desse sigilo profissional imposto por lei. A preservação do sigilo nesse tipo de operação poderia garantir o cumprimento de outros dois dispositivos legais correlacionados ao tema: o art. 41, VIII, da Lei 7.210/84 (Execução Penal), que garante ao preso, inclusive provisório, a proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; o art. 13, I, da Lei n.º 13.869/2019 (Abuso de Autoridade), que veda constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência a exhibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública.

No âmbito das proibições de quebra de sigilo, o art. 30 da Lei n.º 13.869/2019 prevê como crime, divulgar gravação ou trecho de gravação sem relação com a prova que se pretenda produzir, expondo a intimidade ou a vida privada ou ferindo a honra ou a imagem do investigado ou do acusado. Já o art. 8.º da Lei n.º 9.296/96 (interceptações telefônicas) prevê como sigiloso o procedimento em que se dará a interceptação de suspeito, preservando-se em segredo as diligências, gravações e transcrições, além de criminalizar no art. 10 a conduta de quem quebra o segredo de justiça sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei (para fins de investigação ou instrução processual penal). Outra situação problemática diz respeito à divulgação indevida de conteúdo de acordos de colaboração premiada, apesar de legalmente estarem acobertados por sigilo, como prescreve o art. 7.º, 3.º, da Lei n.º 12.850/13. Em especial, porque nesse momento as revelações tendem a afetar pessoas que foram delatadas por interesse do delator, sem que tenham podido conhecer e refutar as acusações.

O CP ainda oferece outros tipos penais voltados, indiretamente, à tutela da inocência, como o art. 138 do CP, pois a calúnia pode ocorrer pelos meios de comunicação, bem como o art. 339 do CP, pois a falsa comunicação de ocorrência atinge diretamente a presunção de inocência. O art. 27 da Lei n.º 13.869/2019 coíbe os transtornos ao inocente. Incrimina a conduta de quem requisita instauração ou instaura procedimento investigatório de infra-

ção penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa. A mesma prática, se com finalidade eleitoral, adequa-se ao art. 326-A, do Código Eleitoral. Ainda no que se refere à proibição de vazamentos de informações de caráter sigiloso merecem destaque previsões mais específicas atinentes a determinados agentes públicos. No âmbito do Ministério Público da União, por exemplo, é dever de todo membro guardar segredo sobre assunto de caráter sigiloso que conheça em razão do cargo ou função (art. 236, II, LC 75/93). Ademais, o art. 7.º, § 2.º, da mesma Lei atribui ao membro do *parquet* o dever de preservar o caráter sigiloso de informação, do registro, do dado ou documento que lhe tenha chegado ao conhecimento em razão de suas atividades funcionais. Já a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei n.º 8.625/93) prevê no art. 26, § 2.º, a responsabilidade de quem faça uso indevido de informação de caráter sigiloso. Soma-se a tudo isso a previsão inserta no art. 15, § único, IV, da Resolução CNMP n.º 181/2017, impondo a observância da presunção de inocência na prestação de informações de procedimentos investigatórios criminais no âmbito do Ministério Público.

Diante de evidente publicidade opressiva, cogita-se o uso de medidas que não necessariamente afetem a liberdade de expressão, tais como o desaforamento, a possibilidade de postergação de julgamento, a proibição de introdução no processo de matérias que, apesar de lícitas, tenham caráter nitidamente prejudicial ao réu, fruto da “verdade midiática”⁶³. Entre as medidas que não afetam a liberdade de expressão, há que se colocar, também, o direito de resposta ou de retificação (art. 5.º, X, CF, Lei n.º 13.188/15) porque amplia a possibilidade de manifestação do pensamento, criando espaços para que o afetado apresente sua perspectiva a respeito do fato em causa.

O direito de resposta pode se mostrar relevante, mormente nas situações em que a abordagem midiática leva à audiência a falsa ideia de que o suspeito ou réu já está condenado ou a condenação é uma questão de tempo. Nessa hipótese, a apresentação de uma versão contrária pode evidenciar a informação de que o meio de comunicação veiculou matéria com conteúdo falso ou duvidoso, apesar do problema do leitor diverso entre a reportagem e o direito de resposta. Em todo caso, propicia-se o necessário constrangimento. Ademais, o direito de resposta pode contribuir para que esse transplante temporário do contraditório à imprensa fomente um necessário debate sobre direitos e garantias individuais, inclusive os processuais, que deveriam aproveitar a todos e não apenas a uma pequena parcela

63 Em SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 390/391.

da população⁶⁴. A revelação do conteúdo das provas ilícitas também há de ser vedado⁶⁵, bem como a veiculação de determinadas matérias que estão sob julgamento, evitando-se campanhas midiáticas pela condenação do réu, com potencial risco ao julgamento imparcial⁶⁶. Os critérios de dever geral de cuidado, dever geral de veracidade e dever geral de pertinência, como medidas de aferição do abuso do direito de informar, podem auxiliar no reconhecimento de posturas ofensivas à presunção de inocência.

II. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem enfrentou a seguinte problemática: a presunção de inocência é compatível com as liberdades de expressão e de imprensa? Informação, publicidade, opinião e juízos prévios ao processamento criminal ofendem a presunção de inocência? No decorrer da pesquisa, verificou-se ser possível compatibilizar a liberdade de expressão e a publicidade, desde que respeitados os princípios-garantia insculpidos na Carta Magna e nos diplomas internacionais subscritos pelo Brasil, no caso abordado, a presunção de inocência. A publicidade do caso criminal adequa-se à presunção de inocência quando não são emitidos juízos prévios condenatórios ou quando a forma e conteúdo da comunicação induz à formação e compreensão de que suspeito, investigado ou processado seja culpado. É o trânsito em julgado de um veredicto penal condenatório jurisdicional que afasta o estado de inocência; até então, todo sujeito há de ser considerado como inocente, inclusive na dimensão extraprocessual.

Atingiu-se o objetivo de evidenciar a dimensão extraprocessual da presunção de inocência, aplicável aos sujeitos oficiais (Polícias, Ministério Público, Defensores e Magistrados) e particulares (Imprensa, por exemplo), de modo que os juízos paralelos condenatórios soterram a presunção de inocência. Apurou-se, também, no decorrer da investigação, haver uma tutela penal da presunção de inocência (art. 138, 325 e 339 do CP; art. 326-A, do Código Eleitoral), inclusive na Lei de Abuso de Autoridade (art. 38 da Lei n.º 13.869/2019).

Podemos identificar, ao lado dos poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário), outros poderes, os denominados “poderes de fato” tanto em instituições (Polícia, Ministério Público) quanto na sociedade (corporações midiáticas, blogs, redes sociais, *v.g.*).

64 Em SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 394.

65 Conforme SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 400/401 e NICOLITT 2016, *E-book*)

66 Em SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 402/403.

Igualmente, se verifica que há poderes que atuam à margem da lei, como o das milícias formadas por agentes do estado, por associações e organizações criminosas, nacionais e internacionais. A dominação não se dá somente pela lei ou pela tradição, mas também pelo carisma (Weber), na medida em que a dominação pode se justificar pelo apoio popular, na força de atrair esse apoio, principalmente pelo senso comum (maioria). Sujeitos e veículos carismáticos tendem a agir *a latere* das garantias penais e processuais, por pensarem que o apoio da massa justifica a sua conduta. Isso não passa de um retorno à fundamentação da punição pelo oráculo e à vontade divina, com sacralização da tradição sem sujeição à lei.

O veículo de comunicação, ao emitir e publicar um juízo paralelo condenatório ou induzir a que haja formação deste, ofende, ademais da presunção de inocência, o dever de cuidado de veracidade e de pertinência. Medidas efetivas de concretização e tutela da presunção de inocência, também em sua dimensão extraprocessual, configuram obrigações a que o Estado brasileiro está submetido, não só por se tratar de um princípio-garantia fundamental de aplicabilidade imediata em sua dupla perspectiva, mas também porque o próprio art. 25.1 da Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH), ratificada pelo Brasil, obriga os Estados a disponibilizarem aos cidadãos um recurso efetivo para viabilizar o controle de atos que violem direitos humanos fundamentais. A isso se soma o art. 5.º, LXV, da CF. Disposições legais atuais tutelam a presunção de inocência, com demarcação temporal clara: trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- BAUDRILLARD, Jean. *Simulacros e simulações*. Lisboa: Relógio D'Água, 1991.
- BULOS, Uadi. Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- COPETTI, André, em: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2013.
- CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. “Juicios paralelos y derechos fundamentales del justiciable”. *Ann. Fac. Der. U. Extremadura*, v. 21, p. 123, 2003.
- DOTTI, René Ariel. “Os direitos humanos do preso e as pragas do sistema criminal”, em: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (org.). *Doutrinas Essenciais. Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FERRUA, Paolo. *Il giusto processo*. Bolonha: Zanichelli, 2011.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2015.

- GIACOMOLLI, Nereu José. “Art. 5.º, LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, em GOMES CANOTILHO, J.J. MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. e STRECK, Lênio. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina e IDP, 2018.
- GOMES, Marcus Alan. *Mídia e sistema penal: As distorções da criminalização nos meios de comunicação*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- GREVI, Vittorio. *Alla Ricerca di um Processo Penale “Giusto”*. Milão: Giuffrè, 2000.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier. “Juicios paralelos y proceso penal: razones para una necesaria intervención legislativa”. *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal, Navarra*, n. 3, p. 117-131, 2000.
- ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d’innocenza dell’imputato*. Bolonha: Zanichelli, 1979.
- LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- LUZ, Denise; GIACOMOLLI, Nereu José. “Vinculação dos órgãos da imprensa ao estado de inocência”. *Novos Estudos Jurídicos, Itajaí*, v. 23, n.º 1, p. 6-34, jan./abr. 2018.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle Jurisdicional da convencionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MONTAÑÉS PARDO, Miguel. *La Presunción de Inocencia*. Madri: Aranzadi, 1999.
- MORETZSOHN, Sylvia. *Jornalismo em tempo real: o fetiche da velocidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- OVEJERO PUENTE, Ana Maria Ovejero. *Presunción de inocencia y juicios paralelos en derecho comparado*. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2017.
- RAMONET, Ignacio. *A tirania da comunicação*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SENDEREY, Israel Drapkin. *Imprensa e criminalidade*. São Paulo: José Bushatsky, 1983.
- STRECK, Lênio e LORENZONI, Pietro Cardia. *Comentários à nova lei de abuso de autoridade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de inocência y prueba en el proceso penal*. Madri: La Ley, 1993.

Aquisição de provas criminais eletrônicas no Brasil à luz da Convenção de Budapeste, do Cloud Act dos Estados Unidos da América e do Direito da União Europeia¹

Acquisition of electronic criminal evidence in Brazil in the light of the Budapest Convention, the Cloud Act of the United States of America and European Union Law

WILSON ANTONIO PAESE SEGUNDO²

wpaese@gmail.com

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

Volume XXII · 1st January Janeiro – 31st December Dezembro 2022 · pp. 63-79

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXIII.1/2.4>

Submitted on September 2nd, 2022 · Accepted on September 21st, 2022

Submetido em 2 de Setembro, 2022 · Aceite a 21 de Setembro, 2022

RESUMO O escopo do trabalho, centrado na etapa oficial da investigação preliminar de crimes de competência do Brasil, busca verificar se, a obtenção de metadados e de conteúdo eletrônico diretamente com o ente privado que a armazena, encontra paralelo nas disposições da Convenção de Budapeste, na legislação pertinente da União Europeia e no Cloud Act dos Estados Unidos da América. O tema assume relevo atualmente, porquanto a autoria da maioria das infrações penais comuns somente pode ser descoberta e seus autores identificados, mediante a obtenção célere de provas eletrônicas, invariavelmente, armazenadas em território estrangeiro, ao passo que os tradicionais instrumentos de cooperação mútua são considerados obsoletos para lidar com o problema.

PALAVRAS-CHAVE investigação criminal; provas eletrônicas; dispensa do MLA; obtenção direta com o ente privado; Brasil e Direito comparado.

1 Este artigo corresponde ao trabalho apresentado na Unidade Curricular de «Teoria Geral do Direito Policial», ministrada pelo Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente, no âmbito do Mestrado em Direito – Ciências Jurídico-Policiais. O estudo foi desenvolvido no âmbito do Projeto de I&D: *Corpus Delicti* – Estudos de Criminalidade Organizada Transnacional, sediado no Ratio Legis – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa.

2 Delegado da Polícia Federal. Mestrando em Direito – Ciências Jurídico-Policiais da Universidade Autónoma de Lisboa. Investigador colaborador do Ratio Legis, projeto de I&D: *Corpus Delicti* – Estudos de Criminalidade Organizada Transnacional.

ABSTRACT The scope of the research, related to the Brazilian pre-trial investigation, aims to verify whether obtaining of metadata and content data directly from a private storage establishment is in line with the Budapest Convention, European Union Law and the U.S. Cloud Act. This is relevant because, in most cases, it is only possible to determine who committed a crime and obtain evidence that can be used in Court, when electronic evidence, invariably stored abroad, are quickly collected. On the other hand, traditional mechanisms for mutual cooperation are considered obsolete to solve the problem.

KEYWORDS criminal investigation; digital evidence; non-essential MLA; obtaining directly from the private entity; Brazil and comparative law.

1. Introdução

O fenômeno da globalização, compreendido como “o facto de vivermos cada vez mais num único mundo, na medida em que os indivíduos, os grupos e as nações estão a tornar-se cada vez mais interdependentes” (GIDDENS, 2013, p. 131), produz impacto nos mais diversos campos da vida em sociedade, num processo de retroalimentação que é impulsionado pelo desenvolvimento tecnológico, especialmente pelo advento da *internet*, computadores, *smartphones* e seu amplo espectro, permitindo o fluxo de dados, voz e imagem, ao arrepio de quaisquer limitações territoriais existentes entre os países.

A par disso, a multiplicidade de empresas transnacionais, a economia eletrônica e a velocidade nos deslocamentos para superar grandes distâncias, influenciam nesse processo de *compressão do tempo/espaço*³.

Inegavelmente, os avanços da computação e da tecnologia da informação transformaram e continuam transformando com rapidez exponencial todos os aspectos da vida moderna, constituindo-se em elementos essenciais para a economia e a sociedade. A utilização da *internet* e, especialmente das mídias sociais, *webmails* e aplicativos para uma gama infindável de situações tornou-se corriqueira em quase todo o planeta⁴.

No entanto, concomitantemente aos benefícios econômicos, sociais, culturais e de lazer, essas tecnologias passaram a ser utilizadas também de maneira desvirtuada, como supedâneo para a criação de novos crimes, próprios deste ambiente⁵ ou como ferramentas para transmutar a natureza, escala e alcance de crimes já conhecidos. Quando isso acon-

3 Expressão cunhada por David Harvey, *apud* Bauman (1999, p. 63).

4 Segundo a *International Telecommunication Union* (agência especializada das Nações Unidas), aproximadamente 4,9 bilhões de pessoas (63% da população mundial) estão usando a *internet*. Disponível em: <https://bit.ly/3QeKr4H> (Consult. em 14 de agosto de 2022).

5 Os designados cibercrimes. *v.g.* *denial of service* (DoS) e *distributed denial of service* (DDoS); *ransomwares*; propagação de vírus, etc.

tece, o ambiente virtual costuma ser o único lugar onde podem ser encontrados elementos para determinar quem cometeu um crime.

Especificamente, os serviços em rede podem ser fornecidos de qualquer espaço, dispensando infraestrutura física, pessoal ou instalações no país dos usuários. Eles também não carecem de local específico para o armazenamento de dados, que é eleito segundo as conveniências do provedor de serviços, majoritariamente no intento de reduzir custos, otimizar lucros, proteger dados e oferecer melhor acesso e desempenho.

Na consecução dessas estratégias empresariais, os fornecedores privados, percebendo a fragilidade da regulação estatal no ambiente virtual, comumente adotam dois caminhos: (a) prestam serviços em determinado país sem a presença de estabelecimento físico ou; (b) criam subsidiárias para funcionar no local, apenas com a função de vender serviços, mantendo o armazenamento sob o encargo de outro ente do grupo econômico, em país com a legislação que mais lhe beneficie. O intento é claro, maximizar as oportunidades, afastando qualquer empecilho em sentido contrário.

Por conseguinte, as provas aptas a elucidar delitos cometidos em determinado país, estão ordinariamente armazenados em território estrangeiro⁶, sem conexão entre o caso sob investigação no Estado em questão e o Estado do local de armazenamento ou da sede principal do prestador de serviços, originando o que se tem chamado de *globalização das evidências criminais*.

De outro lado, os investigadores estão limitados aos seus territórios⁷ e as formas tradicionais de obter provas em jurisdições alienígenas não são eficazes. Isso gera extrema dificuldade na promoção da justiça, ante a incapacidade estatal de proteger a vítima e os bens jurídicos agredidos.

Nesse diapasão, o Brasil tem buscado soluções jurídicas para enfrentar o problema. A questão que se coloca é aquilatar a adequação da postura brasileira frente aos instrumentos jurídicos previstos na Convenção de Budapeste, nos Estados Unidos da América (EUA) e na União Europeia (UE).

Em linha com o objeto da pesquisa, será realizada sucinta exposição jurídica do tema no Brasil, nas disposições da Convenção de Budapeste, no *Cloud Act* dos EUA e na legisla-

6 Ante a computação em nuvem, as maiores empresas globais mantêm *data centers* em múltiplos países, com armazenamento fracionado de dados e trânsito automatizado quase constantemente entre eles, no intuito de aprimorar o desempenho ante a diminuição da latência, por exemplo.

7 Smuha (2018, p. 85, tradução nossa) é contundente a respeito: “Embora os criminosos muitas vezes deixem evidências úteis *online* e sejam capazes de mover dados de um servidor localizado de um país para outro com o *clique* de um *mouse*, as forças policiais devem interromper sua busca na fronteira virtual e buscar assistência de outro estado. Se o objetivo é obter justiça criminal rápida, essa situação parece ridícula na melhor das hipóteses e perigosa para a sociedade na pior.”

ção corretada da UE, para então verificar a existência de elementos comuns, em prol do direito fundamental à segurança e a justiça⁸, estabelecendo critérios a serem observados por todos os Estados.

2. Abordagem no Brasil

No trato da questão de obtenção de provas eletrônicas envolvendo prestadores de serviços estrangeiros em funcionamento no Brasil, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), harmonizando a legislação federal, tem entendimento consolidado no sentido de que o local de armazenamento não afasta a jurisdição do país para requisitar diretamente o fornecimento de metadados ou dados de conteúdo, imprescindíveis a descoberta de crime ocorrido em território nacional, envolvendo brasileiros.

O *leading case*⁹ que levou ao entendimento acima, tratava de recusa do *Google Brasil* em fornecer, diretamente às autoridades brasileiras, o conteúdo de *e-mails* trocados entre brasileiros investigados pela prática de crimes graves (associação criminosa, corrupção, lavagem de dinheiro etc), sob a justificativa que os dados estavam armazenados em território americano, ao abrigo da controladora *Google Inc*. Nesse passo, a subsidiária argumentou que além de não ter acesso ao conteúdo, a legislação americana proíbe sua divulgação, salvo por meio da assistência jurídica mútua (MLA, sigla para *mutual legal assistance*).

Posteriormente, a Lei 12.965/14, conhecida como Marco Civil da *Internet* (MCI) regulou o assunto no Art. 11, *caput*, §§1.º e 2.º:

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

§ 1.º O disposto no *caput* aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.

8 O trabalho adota a concepção de “[...] plurinormatividade da segurança: [que] atravessa todo o ordenamento jurídico - [...] nacional e supranacional - e assume-se nele como fundamental para a vida em comunidade; e absorve, como bem a preservar e essencial ao desenvolvimento harmonioso da comunidade, o domínio público e o domínio privado do Direito.” (VALENTE, 2012, p. 79).

9 STJ/Inq/784/DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe 28/08/13.

§ 2.º O disposto no *caput* aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.¹⁰

Como se percebe, o MCI alarga os critérios da jurisprudência, sujeitando as pessoas jurídicas estrangeiras à lei brasileira, ainda quando não tenham sede no Brasil, desde que prestem serviço no país, sempre que qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda, tratamento de metadados ou dados de conteúdo tenha ocorrido em território nacional.

3. Abordagem na Convenção sobre Cibercrime

A *Convenção sobre Cibercrime* (Convenção de Budapeste)¹¹, de caráter universal, prevê que as partes estabeleçam poderes e procedimentos para obter provas eletrônicas¹³ e prestar assistência jurídica mútua, não limitada a crimes cibernéticos. Ainda, no Art. 18.1, “b”, cria injunção para que as Partes ordenem ao fornecedor, que preste serviços no seu território, com ou sem sede física, a entrega de *dados de assinante* na sua posse ou sob seu controle¹⁴. Além disso, a Convenção prevê, nos artigos 16 e 17, ordens de preservação quando houver motivos para acreditar que os dados de computador são particularmente vulneráveis a perda ou modificação.

Todavia, os avanços tecnológicos e o incremento da complexidade supra referidos, vem exigindo maior celeridade na obtenção de provas eletrônicas, especialmente porque atualmente elas são imprescindíveis na maioria das infrações penais comuns.

Segundo dados compilados pelo Conselho da UE¹⁵, **mais da metade de todas as investigações criminais atuais incluem uma solicitação transfronteiriça para acessar evidências eletrônicas**, como dados de identificação, textos, mensagens, e-mails ou

10 Antes dela, o Art. 11, §1.º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e o Art. 21, parágrafo único do Código de Processo Civil Brasileiro preveem que a pessoa jurídica estrangeira que tiver agência, filial ou sucursal no Brasil, fica sujeita à lei nacional.

11 Convenção de Budapeste (ETS n.º 185) de 23 de novembro de 2001.

12 O Brasil somente aprovou o texto da Convenção em 16 de dezembro de 2021, por meio do Decreto Legislativo n.º 7. Registre-se que ainda não foram concluídos os trâmites necessários para internalização.

13 Para uma visão ampla sobre provas eletrônicas em grande parte dos Estados-Membros da UE [definição, procedimento nacional e internacional tanto para obtenção quanto para guarda; autoridade competente para execução, etc] ver o site: <https://bit.ly/3Jnku16>. Acesso em: 19 de jul. de 2022.

14 Para interpretação deste dispositivo, consultar a Nota de Orientação n.º 10, intitulada *Production orders for subscriber information (Article 18 Budapest Convention)*, emanada pelo *Cybercrime Convention Committee (T-CY)*.

15 Vide: *E-evidence – cross-border access to electronic evidence: improving cross-border access to electronic evidence*.

aplicativos. E, as provas eletrônicas **são relevantes para aproximadamente 85% das investigações criminais**¹⁶.

Ilustrativamente, os relatórios de transparência do *Facebook (Meta)* e do *Google*, concernentes a evolução do número de solicitações recebidas para fornecimento de provas eletrônicas por autoridades do Brasil e globalmente, são capazes de dimensionar o fenômeno:

Facebook/Brasil

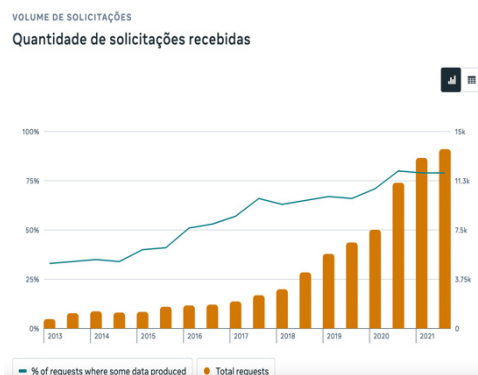


Figura 1. Facebook. Transparency Center. Brazil

Google/Brasil

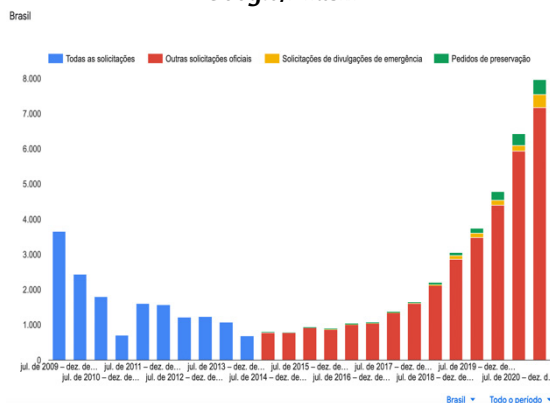


Figura 2. Google. Relatório de Transparência. Brasil

16 Vide: Commission Staff Working Document Impact Assessment.

Facebook/Global

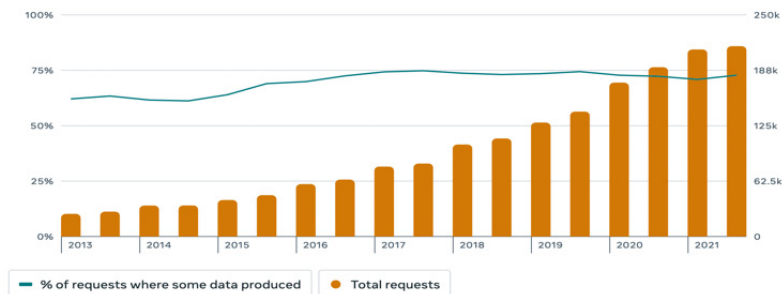


Figura 3. Facebook. Transparency Center. Global

Google/Global

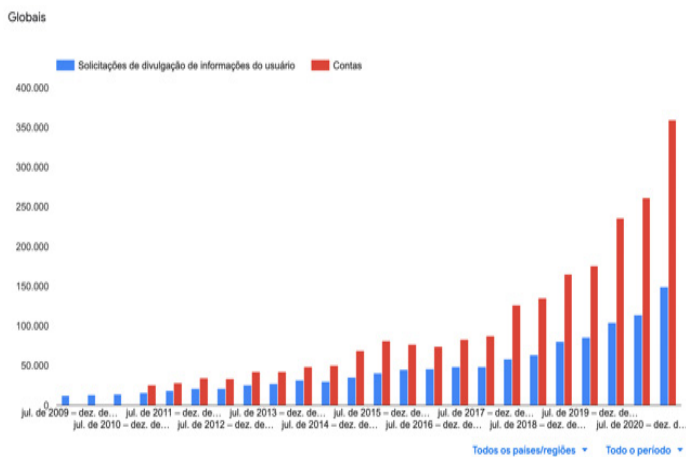


Figura 4. Relatório de Transparência. Solicitações globais.

Atenta a essa realidade, a Comissão da União Europeia propôs o segundo protocolo adicional à Convenção sobre Cibercrime [CETS n.º 224]¹⁷, firmado, até 10 de julho de 2022, por 24 (vinte e quatro) países¹⁸ 19.

Em síntese, o segundo protocolo aborda a divulgação de informações de registro de nomes de domínio, medidas de cooperação direta com provedores de serviços para obtenção de informações de usuários, meios eficazes para obtenção de informações de usuários e dados de tráfego, cooperação imediata em emergências, ferramentas de assistência mútua, bem como salvaguardas para a preservação dos direitos humanos no ambiente digital (SANTOS, 2022, p.11).

4. Abordagem nos Estados Unidos da América

O *Cloud Act*²⁰, aprovado em março de 2018, pelos EUA, altera o *Stored Communications Act*, de 1986 (18 U.S. Code Chapter 121)²¹, permitindo que as autoridades americanas obtenham prova eletrônica para fins criminais, independentemente do local onde o prestador do ser-

17 O *Preâmbulo* do mencionado protocolo corrobora o que vem se afirmando: “Reconhecendo a utilização crescente das tecnologias da informação e da comunicação, designadamente os serviços de internet, e o aumento da cibercriminalidade, que constitui uma ameaça para a democracia e o Estado de direito e que muitos Estados também consideram uma ameaça para os direitos humanos; Reconhecendo igualmente o número crescente de vítimas da cibercriminalidade e a importância de obter justiça para essas vítimas; Recordando que os governos têm a responsabilidade de proteger a sociedade e as pessoas contra a criminalidade não só fora de linha (*offline*), mas também em linha (*online*), nomeadamente através de investigações e ações penais eficazes; Cientes de que os elementos de prova de qualquer infração penal são cada vez mais armazenados em formato eletrônico em sistemas informáticos situados em jurisdições estrangeiras, múltiplas ou desconhecidas, e convencidos de que são necessárias medidas adicionais para obter licitamente esses elementos de prova, a fim de permitir uma resposta eficaz da justiça penal e defender o Estado de direito; Reconhecendo a necessidade de uma cooperação reforçada e mais eficaz entre os Estados e o setor privado, e que, neste contexto, é necessária maior clareza ou segurança jurídica para os prestadores de serviços e outras entidades no que diz respeito às circunstâncias em que podem responder a pedidos diretos das autoridades de justiça penal de outras Partes para a comunicação de dados eletrônicos; [...]”

18 Dentre eles, Portugal e, como não integrantes da UE: EUA, Chile, Colômbia, Japão e Marrocos, consoante o *Chart of signatures and ratifications of Treaty 224*.

19 O protocolo entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de três meses a contar da data em que 5 (cinco) Estados-Partes tenham manifestado seu consentimento em ficarem vinculadas ao mesmo (Art. 16.3 do segundo protocolo adicional a Convenção de Budapeste).

20 U.S. *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act*, H.R. 4943, 2018.

21 O *Stored Communications Act (SCA)*, dispõe sobre o tratamento legal aplicável a comunicações armazenadas, vedando a divulgação de dados de conteúdo, exceto nas 8 (oito) exceções especificadas no §2702(b) do 18 USC, das quais, destacam-se: as situações de emergência envolvendo perigo de morte ou lesão grave de pessoa e; a exploração sexual e outros abusos de crianças e adolescentes, reportadas, no último caso, ao *National Center for Missing and Exploited Children (NCMEC)* (18 USC 2258A). Nessas situações, os dados de conteúdo são transmitidos diretamente as autoridades estrangeiras responsáveis pela persecução penal.

viço, sob sua jurisdição,²² a mantenha armazenada (18 USC §2713)²³. Ainda, prevê a possibilidade de países estrangeiros firmarem *acordos executivos* com os EUA [acordos bilaterais], permitindo que o *conteúdo* de comunicações de cidadãos não americanos e não residentes seja obtida diretamente junto aos prestadores de serviços com sede principal nos EUA²⁴.

Por outro lado, quanto aos metadados, subdivididos pela UE, em dado de *assinante*, de *acesso* e *transacional*, não há impedimento legal para que sejam fornecidos voluntariamente pelos provedores americanos diretamente as autoridades criminais do país onde prestam serviços.

Desse modo, a cooperação voluntária para fornecimento de dados que não sejam de conteúdo é recorrente com prestadores de serviços americanos. Mas sendo discricionária, despida de mecanismos legislativos cogentes para cumprimento e entrega tempestiva, o Estado requerente fica inteiramente a mercê do prestador de serviços^{25 26}.

O *Cloud Act* não alterou esse panorama. Os acordos executivos firmados sob sua égide servem tão somente para eliminar os conflitos legais existentes entre as legislações dos países a que o prestador de serviço está submetido. Não são criadas obrigações ao provedor ou conferidos poderes coercitivos ao Estado requerente²⁷.

5. Abordagem na União Europeia²⁸

Cuidando do tema proposto, traz-se à baila, a Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, *relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno*, a qual, imperiosamente, deve ser analisada levando em conta as modificações a serem promovidas, brevemente, pelo *Digital Services Act (DAS)*²⁹, aplicável a qualquer plataforma digital que preste serviços

22 O que não se confunde com os prestadores sediados em seu território ou constituídos por americanos.

23 O *Cloud Act* vem na esteira do caso *Microsoft v. United States*, no qual a Suprema Corte foi provocada a decidir se o SCA obrigava a *Big Tech*, sob jurisdição estadunidense, a entregar dados armazenados no exterior, relativos a crime de tráfico de drogas cometido em solo americano. Com a superveniência do *Cloud Act*, o caso foi encerrado sem apreciação do mérito. Para aprofundamento acerca do litígio ver: DASKAL (2018).

24 As condições e procedimentos necessários para firmar o acordo podem ser consultados no ato, antes referido, que institui o *Cloud Act*.

25 Nas palavras de Palmieri (2021, tradução nossa): “Os provedores acabam se tornando os verdadeiros guardiões do poder de implementação do horizonte investigativo.”

26 Segundo relatórios atuais de transparência do *Facebook (Meta)* e do *Google* o percentual de atendimento dos pedidos de autoridades brasileiras e globalmente, não atinge 70% e 80%, respectivamente.

27 Conforme consta no *Promoting Public Safety, Privacy, and the Rule of Law Around the World: The Purpose and Impact of the CLOUD Act* do Departamento de Justiça dos EUA.

28 Para uma análise abrangente da legislação relativa a proteção dos dados pessoais na UE, acompanhada de farta jurisprudência, consultar ficha temática do Tribunal de Justiça da UE (2021).

29 Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um mercado único de serviços digitais – COM(2020) 825 final – 2020/0361 (COD) já aprovado em primeira leitura pelo Parlamento e com expecta-

intermediários³⁰ a usuários residentes na UE, ainda que não tenha estabelecimento nos Estados-Integrantes.

O DAS reforça a obrigatoriedade do prestador de serviço, sem sede na UE, designar um representante legal [pessoa singular ou coletiva], para se fazer fisicamente presente num dos Estados-Membros [Art. 11], dotando-o de poderes para cumprir as ordens emanadas ao abrigo do regulamento.

Em consonância, o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD)³¹, no seu Art. 27 c/c Art. 3.2, também elenca o dever dos responsáveis pelo tratamento³² [ou subcontratante] de dados de titulares [pessoas físicas] residentes no território da União, a designarem um representante num dos Estados-Membros, quando ali não estiverem sediados³³, independentemente do local onde os dados são tratados³⁴.

Com idêntica previsão da obrigatoriedade de designação de representante legal, segue a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece normas harmonizadas aplicáveis à designação de representantes legais para efeitos de recolha de provas em processo penal³⁵, conforme previsão contida no Art. 3.2³⁶.

Assim, enquanto o DAS não entra em vigor e a proposta de diretiva supra não é aprovada, alguns Estados-Membros, com fundamento no Art. 3.4. da Diretiva 2000/31/CE, tem esta-

.....
tiva de entrar em vigor no ano de 2024.

30 No Art. 2.º, “f”, do aludido diploma legal, define-se *serviço intermediário* como: “um serviço de ‘simples transporte’ que consista na transmissão, através de uma rede de comunicações, de informações prestadas por um destinatário do serviço ou na concessão de acesso a uma rede de comunicações, – um serviço de ‘armazenagem temporária’ que consista na transmissão, através de uma rede de comunicações, de informações prestadas por um destinatário do serviço, que envolva a armazenagem automática, intermédia e temporária dessas informações, apenas com o objetivo de tornar mais eficaz a transmissão posterior das informações a outros destinatários, a pedido destes, – um serviço de ‘armazenagem em servidor’ que consista na armazenagem de informações prestadas por um destinatário do serviço a pedido do mesmo;”.

31 Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

32 O Art. 4.2 do RGPD define *tratamento* como: “[...] uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição;”.

33 Nos termos do Art. 3.2 do RGPD, a obrigação de designar representante, somente ocorre quando a atividade de tratamento tenha relação com: “a) A oferta de bens ou serviços a esses titulares de dados na União, independentemente da exigência de os titulares dos dados procederem a um pagamento; b) O controlo do seu comportamento, desde que esse comportamento tenha lugar na União.” Estão excluídas da obrigação as situações constantes nos itens “a” a “d” do Art. 2.2 do RGPD.

34 Art. 3.1. do RGPD.

35 COM(2018) 226 final – 2018/0107 (COD).

36 Art. 3.2 do RGPD: “No caso dos prestadores de serviços que não se encontram estabelecidos na União, os Estados-Membros devem garantir que aqueles que operarem nos respetivos territórios designam, pelo menos, um representante legal na União, para receber e dar cumprimento a decisões e ordens emitidas por autoridades competentes dos Estados-Membros, para efeitos de recolha de provas em processo penal. O representante legal deve residir ou estar estabelecido num dos Estados-Membros em que o prestador de serviços opera.”

belecido a obrigação das plataformas designarem representante legal em seu território, bem como outras medidas coercitivas³⁷.

Imperioso mencionar, por fim, a *proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo às ordens europeias de entrega e conservação de provas eletrônicas em matéria penal*³⁸ (*eEvidence*), a qual, na esteira da *Cloud Act* americana, oferece aos Estados-Membros da UE, uma alternativa diversa do MLA.

Na realidade, essa proposta, juntamente com a proposta de diretiva que obriga a *designação de representantes legais para efeitos de recolha de provas em processo penal* acima comentada, faz parte de um pacote legislativo que implementa dois instrumentos expeditos e simplificados para a colheita direta de provas eletrônicas pelas autoridades encarregadas da persecução penal: a *Ordem Europeia de Entrega de Provas* (OEEP) e a *Ordem Europeia de Conservação de Provas* (OCEP)³⁹.

A OEEP abarca os dados de *assinante*, de *acesso*, *transacional* e de *conteúdo*⁴⁰, sendo que os últimos dois dispõem de condições e garantias acentuadas, uma vez que o Parlamento Europeu escalona o grau de afetação dos direitos fundamentais frente a cada uma das espécies⁴¹.

6. Parâmetros comuns

A obtenção de provas eletrônicas para fins de investigação criminal é preocupação presente há várias décadas na comunidade internacional. Mas a demanda crescente, fluidez e imprescindibilidade de acesso em tempo útil⁴², tem exercido forte pressão nos sistemas

37 Caso da Alemanha, que no §5.º n.º 2 da *Netzwerkdurchsetzungsgesetz [NetzDG]* prevê que os provedores de redes sociais devem nomear um destinatário autorizado a receber e responder pedidos de informações emitidos pelas autoridades criminais nacionais.

38 COM(2018) 225 final – 2018/0108 (COD).

39 Vide: *E-evidence – cross-border access to electronic evidence: improving cross-border access to electronic evidence*.

40 A definição de cada espécie de dados está prevista no Art. 2.º, itens “7” a “10”.

41 Conforme explicita o “Considerando 23” da Proposta de Regulamento referida. Por exemplo, as ordens para produzir dados de assinantes e dados de acesso podem ser emitidas para qualquer infração penal, enquanto os dados transacionais e de conteúdo exigem que o crime tenha pena máxima igual ou superior a 3 (três) anos ou digam respeito aos seguintes crimes graves: (a) terrorismo (Diretiva 2017/541/UE); (b) fraude e a falsificação de meios de pagamento que não em numerário (Diretiva 2019/713/UE); (c) combate ao abuso e à exploração sexual de crianças e à pornografia infantil (Diretiva 2011/93/UE) e; (d) ataques contra os sistemas de informação (Diretiva 2013/40/UE).

42 As provas eletrônicas, como é sabido, são voláteis e podem facilmente ser alteradas e eliminadas. O cenário se agravou após o julgamento do caso *Digital Rights Ireland* (Acórdão de 8 de abril de 2014, proc. C-293/12 e C-594/12), ocasião que o TJUE invalidou a Diretiva n.º 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2006, afastando a obrigação dos prestadores de serviço armazenarem os dados eletrônicos por um período mínimo.

de justiça criminal domésticos, especialmente porque o caminho da cooperação jurídica mútua tem se mostrado anacrônico.

A necessidade premente, obstaculizada pelo armazenamento de dados em nuvem, com *data centers* situados em território estrangeiro e estratégias societários que cindem as funções de uma pessoa jurídica prestadora de serviços, por meio de subsidiárias, tem levado a uma reação dos Estados quanto a artificial maneira de definir o território competente, em evidente prejuízo a soberania e a jurisdição⁴³.

A coletânea de instrumentos jurídicos trazidos à lume, é exemplo disso. A Convenção de Budapeste e os EUA, por meio do *Cloud Act*, assentam que a jurisdição das partes e a americana, respectivamente, não são afetadas pelo local de armazenamento de dados eletrônicos. Na mesma toada, a Diretiva 2000/31/CE, no seu Art. 3.4, já permitia que os Estados-Membros obtivessem provas eletrônicas independentemente do local onde estão armazenadas, culminando, recentemente, com a expressa previsão do *eEvidence*⁴⁴.

Outra solução engendrada na UE, conforme relatado, tem a ver com a obrigatoriedade dos prestadores de serviço, que atuam no território dos seus integrantes,⁴⁵ designar um representante legal num dos Estados-Membros⁴⁶. É assim no *RGPD*, no *DAS* e na *proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece normas harmonizadas aplicáveis à designação de representantes legais para efeitos de recolha de provas em processo penal*.

Em comum, os Estados-Membros da UE e os EUA, para não verem sacrificado o direito fundamental à segurança⁴⁷, enveredaram por buscar diretamente, junto aos prestadores de serviço, as provas digitais relativas aos crimes que são competentes para investigar⁴⁸.

43 Ramos (2016) chama de *Direito Transnacional anárquico* a estimulação mecânica e falsamente neutra promovida pelos agentes econômicos privados, visando manipular os elementos de *conexão* ou de fixação da jurisdição tradicionais do Direito Internacional Privado a fim de proteger seus interesses. Como exemplo, cita o armazenamento de dados em território da preferência da empresa (*forum shopping*) e a criação de subsidiárias nos países onde presta serviço.

44 “[...] a aplicação do presente regulamento não deverá depender da localização efetiva do estabelecimento do prestador ou da instalação de tratamento ou armazenamento dos dados em causa.” (Considerando 17).

45 Para caracterizar a prestação de serviço no Estado-Membro, exige-se uma *ligação substancial* que, além da possibilidade de as pessoas utilizarem o serviço, envolve a *orientação das atividades* a um dos membros da UE, tais como: utilização do idioma, moeda; publicidade local ou na língua do local; uso de extensão de um dos Estados-Membros (ccTLD).

46 A presença de um representante legal na UE resolve os problemas relacionados à execução, vez que eles ficam vinculados à sua legislação e, na hipótese de descumprimento, podem ser penalizados.

47 Acerca da importância deste direito fundamental, Valente (2012, p. 80) ensina: “A extensibilidade conceptual da topologia segurança significa a subordinação a uma topologia valorativa real de construção cognitiva epistemológica e axiológica como bem vital (mas não absoluto) de toda a comunidade (nacional e supranacional). Uma comunidade desprovida de segurança é uma comunidade desguarnecida de desenvolvimento e de crescimento do ser humano.”

48 *A fortiori* porque podem ser acessados de qualquer lugar, o que leva Daskal (2015) a apontar que os dados armazenados nas nuvens são tratados como *a-territoriais*.

Destarte, nas situações em que os dados eletrônicos circunscritos a nacionais [membrados no caso da UE] e residentes suspeitos da prática de crime em determinado país, o fato de as provas estarem armazenadas em outro território não tem o condão de impedir sua obtenção direta pelas autoridades competentes.

Paradoxalmente, a UE e os EUA refutam a aplicação de idêntico raciocínio para países terceiros. No caso dos EUA, caso outro Estado queira acessar *dados de conteúdo* armazenado em seu território ou de prestadores sujeitos a sua jurisdição, o caminho apontado é firmar um *acordo executivo*. A UE, por sua vez, indica o *MLA* para a obtenção de qualquer espécie de dado⁴⁹. Não importa sequer que se trate de *caso exclusivamente doméstico*, no qual o prestador de serviço atua no Estado requerente e os dados tenham sido ali coletados, tratados ou recebidos.

O abuso de direito da UE e dos EUA neste ponto é manifesto, ainda que com maior ênfase para a primeira⁵⁰. Embora assentem possuírem jurisdição para requisitar diretamente provas eletrônicas nas situações supra, constroem os prestadores de serviço a não aceitarem requisições idênticas de países terceiros. Quer dizer, sem qualquer vínculo com o dado [salvo o armazenamento em seu território] ou com o crime investigado, aniquilam o direito fundamental à segurança⁵¹ e a soberania territorial de outros países na aplicação das regras penais⁵², caracterizando o que se convencionou chamar de *guarda-chuva sueco*⁵³, em alusão a um foro exorbitante que se afasta da ideia de acesso à Justiça.

49 Notadamente após a decisão do *Caso Schrems II (Privacy Shield)* (Processo n.º C-311/18 do TJUE), a doutrina tem afirmado que a UE vem se aproximando dos modelos autoritários da Rússia e China, assumindo, disfarçadamente, uma política de *localização de dados* ao bradar que os dados europeus devem permanecer na Europa. Concretamente, depois do julgamento do *Caso Schrems II*, a Autoridade de Proteção de Dados de Berlim emitiu uma declaração solicitando aos provedores de serviços sediados em Berlim, que armazenam dados pessoais nos EUA, para transferir os mesmos para a Europa e parar de transferir dados para os EUA até que o quadro jurídico seja reformado (ABRAHA, 2021).

50 No caso dos EUA a limitação diz respeito apenas a *dados de conteúdo* que podem ser obtidos, sem a necessidade de *MLA* caso seja firmado um acordo executivo. Contudo, dados de nacionais e residentes americanos não podem ser obtidos diretamente em nenhuma hipótese. A recíproca não é verdadeira.

51 A UE, no *Considerando 8 da eEvidence*, manifesta plena consciência disso: “[...] a obtenção de provas eletrônicas através dos canais de cooperação judiciária é muitas vezes morosa, levando mais tempo do que aquele durante o qual os indícios poderão estar disponíveis.” (grifo nosso)

52 A UE igualmente tem consciência da *obrigação positiva* de implementar investigações criminais eficazes, sob pena de violar o Art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos dos Homens/CEDH. Nesse sentido, consultar o *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*. O Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH), no caso *KU v. Finlândia*, reputou violado o Art. 8.º do CEDH, devido à falta de um quadro legislativo adequado apto a proteger a vítima e fornecer uma resposta efetiva da justiça criminal, uma vez que ao atribuir primazia absoluta a privacidade e a proteção de dados, ressentiu-se de meios aptos a descoberta da autoria delitiva.

53 Em alusão ao Capítulo 10, Seção 3, do Código de Processo Judicial da Suécia que prevê que uma pessoa poderá ser demandada no país se possuir qualquer bem móvel ou imóvel lá situado. A partir daí, é jocosamente dito que se um estrangeiro esquecer um guarda-chuva no aeroporto de Estocolmo, poderá ser julgado pelas Cortes locais em demanda de cobrança, ainda que a obrigação e o credor não tenham qualquer vínculo com o país.

Portanto, as balizas que a UE e os EUA adotam para si nesta matéria, deve servir, sem distinções, para todos os demais países, inclusive o Brasil⁵⁴. Isso se traduz em dar primazia ao *princípio da territorialidade objetiva*⁵⁵ na definição do território competente para requisição direta de provas digitais, salvaguardando a jurisdição e a soberania do país onde o prestador de serviços participa da economia local e dirige ativa e voluntariamente suas atividades econômicas para os consumidores locais⁵⁶.

7. Conclusão

À luz dos desafios discutidos acima, compreende-se que as investigações criminais domésticas eficazes geralmente dependem de o país investigador ter autoridade sob a legislação interna para obter dados eletrônicos que os prestadores de serviços, sujeitos à sua jurisdição, possuem, inclusive fora de suas fronteiras, desde que relacionadas com seus nacionais e residentes.

Destarte, o aparente conflito de jurisdição na produção probatória é solucionado ao afastar o fictício vínculo criado com o país estrangeiro, decorrente de estratégia empresarial deturpadora dos instrumentos do Direito Internacional Privado.

Assim sendo, a realidade deve se sobrepor as manipulações, a fim de reconhecer os efetivos *elementos de conexão* e a *maior proximidade jurídica* incidentes no caso concreto. Do contrário, por via transversa, a fixação ou afastamento da soberania de um país estaria ao talante de entidade empresarial que esgarça os limites da autonomia da vontade, ofendendo a ordem jurídica interna, em detrimento insuportável do direito fundamental à segurança e a justiça.

A par disso, o critério de jurisdição alicerçado exclusivamente no local de armazenamento dos dados, consoante aludido, esbarra em questão de ordem operacional inerente a computação em nuvem, haja vista que, neste modelo, é praxe sejam os dados particionados em *data centers* localizados em países distintos e migrem constantemente entre eles. De mais, o dado eletrônico perseguido, regra geral, foi coletado ou recebido no Estado requente e dele pode ser acessado pelo prestador de serviço.

54 O Supremo Tribunal Federal irá julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n.º 51 onde, por via transversa, entidade que congrega empresas de tecnologia de informação, quer ver declarado o MLA como ferramenta necessária, nos casos de armazenamento extraterritorial, para obtenção de *dados de conteúdo*. Algo que, conforme verificado, segue na contramão das movimentações da UE e dos EUA.

55 Vide a respeito, acórdão da Suprema Corte da Bélgica (*Cour de Cassation*), de 1 de dezembro de 2015, que obrigou o *Yahoo!* a fornecer dados eletrônicos em investigação criminal, vez que presente o *princípio da territorialidade objetiva* ante a utilização de domínio “be”, idioma local, *pop-up* com anúncios com base em geolocalização, serviço de atendimento ao cliente direcionado aos usuários belgas etc.

56 Ver nota 44.

Justamente pelo exposto, as providências da UE e dos EUA ligadas ao legítimo interesse de possuírem instrumentos que propiciem o acesso, em tempo hábil, às provas eletrônicas indispensáveis a uma investigação eficaz, garantindo o direito fundamental à segurança e a justiça numa sociedade democrática e, em última medida, o respeito aos Direitos do Homem – gravados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (Art. 3.º); Convenção Europeia dos Direitos dos Homens (Art. 8.º) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7.º) – deve ser reconhecido aos demais Estados, sob pena de incorrerem em abuso de direito.

REFERÊNCIAS

- ABRAHA, Halefom H. Law Enforcement Access to Electronic Evidence Across Borders: Mapping Policy Approaches and Emerging Reform Initiatives. *International Journal of Law and Information Technology*, v. 29, 2 ed. 2021, p. 118-153. Disponível em: <https://bit.ly/3KJoObI>. Acesso em: 15 de ago. 2022.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
- BRASIL. *Decreto Legislativo n.º 7, de 16 de dezembro de 2021*. Aprova o texto da Convenção sobre o Crime Cibernético, celebrada em Budapeste, em 23 de nov. de 2001. Disponível em: <https://bit.ly/3uDtSav>. Acesso em: 6 de jul. 2022.
- BRASIL. *Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <https://bit.ly/2Zr7a48>. Acesso em 13 de ago. 2022.
- BRASIL. *Lei 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <https://bit.ly/3R3IhpA>. Acesso em: 13 de ago. 2022.
- BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://bit.ly/3KDjYHU>. Acesso em: 13 de ago. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Inquérito n.º 784/DF*. Relatora Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <https://bit.ly/3RehtD6>. Acesso em: 16 de ago. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n.º 51*. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <https://bit.ly/3ADbG3e>. Acesso em: 10 de ago. 2022.
- BELGIQUE. Court de Cassation. *Arrest N.20151201-1 (P.13.2082.N)*, Raadsheer Erwin Francis, 1/12/2015. Disponível em: <https://bit.ly/3RdLym2>. Acesso em: 12 de ago. 2022.
- CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Segundo Protocolo Adicional à Convenção sobre o Cibercrime relativo ao reforço da cooperação e da comunicação de provas eletrônicas*. Disponível em: <https://bit.ly/3PdtLKL>. Acesso em: 5 de jul. 2022.
- COUNCIL OF EUROPE. *Chart of signatures and ratifications of Treaty 224*. Disponível em: <https://bit.ly/3c3crtr>. Acesso em: 10 de jul. 2022.
- COUNCIL OF EUROPE. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Disponível em: <https://bit.ly/3RiwbjI>. Acesso em: 23 de jul. 2022.
- COUNCIL OF EUROPE. *Convention On Cybercrime*. Versão em português. Disponível em: <https://bit.ly/3CxuuTM>. Acesso em: 20 de jul. 2022.
- COUNCIL OF EUROPE. *Cybercrime Convention Committee (T-CY)*. Production orders for subscriber information (Article 18 Budapest Convention). Disponível em: <https://bit.ly/3Khfg7A>. Acesso em: 28 de jul. 2022.

- DASKAL, Jennifer C. The Un-Territoriality of Data. *The Yale Law Journal*, 326 (2015). Disponível em: <https://bit.ly/3B1wXF1>. Acesso em: 4 de ago. 2022.
- DASKAL, Jennifer C. Microsoft Ireland, the CLOUD Act, and International Lawmaking 2.0. *The Stanford Law Review* (2018). Disponível em: <https://stanford.io/3pPxzHt>. Acesso em: 4 de ago. 2022.
- DIRECTIVA 2000/31/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 8 de junho de 2000. *Directiva sobre comércio eletrônico*. Disponível em: <https://bit.ly/3vH8f9l>. Acesso em: 23 de jul. 2022.
- EUROPEAN COMMISSION. *E-evidence – cross-border access to electronic evidence: improving cross-border access to electronic evidence*. Disponível em: <https://bit.ly/3c4Ys6V>. Acesso em: 5 de ago. 2022.
- EUROPEAN COMMISSION. *Commission Staff Working Document Impact Assessment* {SWD(2018) 118 final}, 17/4/2018: Accompanying the document {COM(2018) 225 final} – {COM(2018) 226 final}. Disponível em: <https://bit.ly/3eioILJ>. Acesso em: 14 de ago. 2022.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*. Disponível em: <https://bit.ly/2GPofwr>. Acesso em: 23 de jul. 2022.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of KU v. Finland* (2872/02), 02/12/2018. Disponível em: <https://bit.ly/3T7PwOQ>. Acesso em: 23 de jul. 2022.
- EUROPEAN JUDICIAL NETWORK. *EJN Fiches Belges on Electronic Evidence – National Legal and practical information provided by the Contact Points*. Disponível em: <https://bit.ly/3Jnku16>. Acesso em: 19 de jul. 2022.
- FACEBOOK (META). *Transparency Center. Brazil*. Disponível em: <https://bit.ly/3CoryZU>. Acesso em: 14 de ago. 2022.
- FACEBOOK (META). *Transparency Center. Global overview*. Disponível em: <https://bit.ly/3QFm2GD>. Acesso em: 14 de ago. 2022.
- GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 9. ed. rev. e atual. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.
- GOOGLE. *Relatório de Transparência. Brasil*. Disponível em: <https://bit.ly/3QOvbwt>. Acesso em: 14 de ago. 2022.
- GOOGLE. *Relatório de Transparência. Solicitações globais*. Disponível em: <https://bit.ly/3PT546o>. Acesso em: 14 de ago. 2022.
- GOVERNMENT OF SWEDEN. *The Swedish Code of Judicial Procedure*. Disponível em: <https://bit.ly/3QeFSal>. Acesso em: 15 de ago. 2022.
- MITSOLEGAS, Valsamis. The privatisation of mutual trust in Europe's area of criminal justice: The case of e-evidence. In: *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 25 (3), 2018, p. 263-265. Disponível em: <https://stanford.io/31z05By>. Acesso em: 13 de ago. 2022.
- NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <https://bit.ly/3eMYIOW>. Acesso em: 20 de ago. 2022.
- PALMIERI, Paolo. *L'acquisizione delle prove elettroniche, la voluntary disclosure dei providers, e l'ordine europeo di produzione e conservazione dell'e-evidence in materia penale*. Disponível em: <https://bit.ly/3AvUAE2>. Acesso em: 16 de ago. 2022.
- PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um mercado único de serviços digitais – COM(2020) 825 final – 2020/0361 (COD)*. Disponível em: <https://bit.ly/3oXOAYn>. Acesso em: 25 de jul. 2022.
- PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. *Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo às ordens europeias de entrega e conservação de provas eletrônicas em matéria penal – COM(2018) 225 final – 2018/0108 (COD)*. Disponível em: <https://bit.ly/3vGI9nz>. Acesso em: 26 de jul. 2022.

- RAMOS, André de Carvalho. Direito internacional privado e o direito transnacional: entre a unificação e a anarquia. In: *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n.º 2, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3e4dXg6>. Acesso: 10 de ago. 2022.
- Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em: <https://bit.ly/2EfI4tr>. Acesso em: 16 de jul. 2022.
- REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* [NetzDG]. Disponível em: <https://bit.ly/3popcZ7>. Acesso em: 2 ago. 2022.
- SANTOS, Bruna Martins dos. Convenção de Budapeste sobre o cibercrime na América Latina: uma breve análise sobre adesão e implementação na Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e México. Chile: *Derechos Digitales América Latina*, maio de 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3IqpocY>. Acesso em: 10 de jul. 2022.
- SMUHA, Nathalie A. Towards the EU Harmonization of Access to Cross-Border E-Evidence: Challenges for Fundamental Rights & Consistency. *European Criminal Law Review*, vol. 8(1), p. 83-115, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3wAk7e6>. Acesso em: 12 de ago. 2022.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Ficha temática: proteção dos dados pessoais. nov. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3gr7f54>. Acesso em: 18 de ago. 2022.
- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Digital Rights Ireland* (Processos C-293/12 e C-594/12), de 8 de abril de 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3elPWbv>. Acesso em: 28 de jul. 2022.
- UNITED NATIONS. International Telecommunication Union. *Measuring digital development: Facts and figures 2021* Disponível em: <https://bit.ly/3QeKr4H>. Acesso em: 14 de ago. 2022.
- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Promoting Public Safety, Privacy, and the Rule of Law Around the World: The Purpose and Impact of the CLOUD Act*. Disponível em: <https://bit.ly/3KCTkDO>. Acesso em: 8 de ago. 2022.
- U.S. GOVERNMENT. *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act*, H.R. 4943, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2CLCOwO>. Acesso em: 1 de ago. 2022.
- U.S. GOVERNMENT. 18 U.S.C. 121 – Stored Wire and Electronic Communications and Transactional Records Access. Disponível em: <https://bit.ly/3A5FHIt>. Acesso em: 2 de ago. 2022.
- U.S. Supreme Court of the United States. 84 U. S. (2018). Disponível em: <https://bit.ly/2HEJBMR>. Acesso em: 8 de ago. 2022.
- VALENTE. Manuel Monteiro Guedes. Cooperação Judiciária em Matéria Penal no Âmbito do Terrorismo. in BRANDÃO, Ana Paula (Coord.). *A União Europeia e o Terrorismo Transnacional*. Coimbra: Almedina, 2010.
- VALENTE. Segurança: bem jurídico supranacional. *JANUS.NET, e-journal of International Relations*. vol. 3, n.º 2, 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3B7AdPd> (Consult. em 23 de julho de 2022).

A Perda Alargada e a sua (in) constitucionalidade¹

Extended forfeiture and its (un)constitutionality

JOÃO JAIME CARDEIRA JORGE

joaoardeirajorge@gmail.com

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

Volume XXII · 1st January Janeiro – 31st December Dezembro 2022 · pp. 81-92

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXII.1/2.5>

Submitted on September 13th, 2022 · Accepted on September 25th, 2022

Submetido em 13 de Setembro, 2022 · Aceite a 23 de Setembro, 2022

RESUMO A criminalidade organizada é um malefício que os Estados não podem ignorar ou menosprezar, sendo imperioso assumir a necessidade de novas medidas dotadas de eficácia para o combate a um fenómeno criminógeno que alastra e mina os próprios alicerces sociais, colocando em causa as instituições e mesmo os fundamentos do contrato social. Porém, tais medidas devem ser precedidas de reflexão, não só quanto à sua real eficiência como também quanto à sua validade e respeito aos valores basilares de um Estado de Direito democrático, prevenindo um dano irremediável à legitimidade do *ius imperium*. A perda alargada assume-se como o maior símbolo da problemática, sendo inevitável procurar resposta a duas questões. Fomos longe demais? Até onde estamos dispostos a ir?

PALAVRAS-CHAVE Confisco, Perda Alargada, Constitucional, Criminalidade Organizada, Cooperação Judiciária Internacional

ABSTRACT Organized crime is an evil that States cannot ignore or underestimate, making it imperative to acknowledge the necessity for new measures equipped with efficacy to combat a criminogenic phenomenon, which spreads and undermines the very foundations of society, placing in jeopardy its institutions and even the bedrock of the social contract. However, such measures must be preceded by reflection, not only as to its real efficiency but also as to its validity and respect for the basis of values of a democratic

¹ Este artigo corresponde ao trabalho apresentado na Unidade Curricular de «Seminário de Investigação: Direito penal Económico», ministrada pelo Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente, no âmbito do Mestrado em Direito – Ciências Jurídico-Criminais. O estudo foi desenvolvido no âmbito do Projeto de I&D: *Corpus Delicti* – Estudos de Criminalidade Organizada Transnacional, sediado no Ratio Legis – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa.

state of law, preventing an irreparable damage to the legitimacy of its *ius imperium*. The extended forfeiture represents this problematic's biggest symbol, being inevitable not to seek the answer to two questions. Have we gone too far? How far are we willing to go?

KEYWORDS Confiscation, Extended Forfeiture, Constitutional, Organized Crime, International Judiciary Cooperation

SUMÁRIO Introdução; 1. *Vexata quaestio*; 2. *Auctoritas, non veritas facit legem*; 3. *Exitus acta probat*; Conclusão.

Introdução

A inovação chegou. Os terrores foram esquecidos, os abusos ficaram nas páginas dos empoeirados livros de história, as palavras na Constituição dão-nos respaldo e tranquilidade. O cidadão vive num eterno estado de ultraje manufacturado, potenciado pela «*media*», pelos «especialistas» entrevistados, mestres no *argumentum ad captandum*, dirigido à impunidade do «outro», do criminoso, do inimigo.

«Nós» nunca cometeríamos um crime. Além disso, o selvagem poder estadual está hodiernamente, numa idade iluminada como a nossa, cerceado. Afinal temos os famosos «*checks & balances*» e os nossos direitos, os dos cidadãos «de bem», estão a salvo. O confisco, onde “os abusos, os arbítrios, as prepotências do poder absoluto” não poderão existir, entra em conflito com o sistema político-constitucional vigente, pois estamos “num Estado de Direito democrático, onde os diferentes poderes se controlam mutuamente”, tendo-se este transformado num “mecanismo essencial à defesa da manutenção do próprio Estado”².

Acima de tudo é necessário agir num esforço de cooperação internacional. A política criminal está num processo de “desnacionalização” estando em curso uma “regionalização político-criminal”, pois os “sistemas penais, individualmente considerados, são inoperantes”³ no ‘combate’ à «besta diabólica», a omnipresente criminalidade transnacional, emergente nesta sociedade globalizada.

Porém, esta ameaça global aparece ligada a uma crise quanto aos “limites funcionais tradicionais do Direito Penal”, com uma ligação umbilical a um “plano de legitimidade e eficácia supranacional das soluções penais”⁴. Vozes levantam-se alertando como a “sistemática filosófico-política-constitucional e matemática jurídica” da União Europeia se

2 CORREIA, João Conde – Balanço do Projecto e Perspectivas de Evolução. *Recuperação de Activos; Projecto Fenix*. Lisboa: Procuradoria-Geral da República. 2012. p. 403.

3 RODRIGUES, Anabela Miranda – Política criminal: novos desafios, velhos rumos. *Lusitana Direito*. N.º 3 (2005). p. 27.

4 PALMA, Maria Fernanda – Sessão de Abertura; Internacionalização do Direito Penal. In: *Direito Penal Internacional, TPI e a Perspetiva da África de Língua Oficial Portuguesa*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda. 2015. p. 27.

revela pró-securitária⁵, com “carácter “prioritariamente repressivo”, colocando a segurança acima da liberdade⁶.

A perda alargada de bens, prevista na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, é terreno fértil para o escrutínio à validade destes alertas e quanto à dicotomia eficácia-direitos fundamentais. Estará esta lei ferida de inconstitucionalidade material, ofendendo o princípio da presunção da inocência e operando ao mesmo tempo uma inaceitável inversão do ónus da prova? Ou “continuamos (apaticamente) presos a conceções anquilosadas, que só uma verdadeira rotura cultural poderá superar”?

Que os jogos comecem!

1. Vexata Quaestio

A Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de abril de 2014 foi transposta para o ordenamento jurídico nacional pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, alterando esta, designadamente, a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, objeto do nosso estudo, que estabelece *medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira*. Alterada, também, foi a Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, referente ao Gabinete de Recuperação de Ativos.

O artigo 7.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, consagra uma presunção, ilidível, de que em caso de condenação por um crime, previsto no catálogo constante do artigo 1.º, já transitada em julgado, considera-se “constituir vantagem de atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito”, no espaço de 5 anos a contar desde a data da sua constituição como arguido, *ex vi* do n.º 2 do mesmo artigo. Será ónus do arguido ilidir a presunção, *juris tantum*, *ex vi* do art.º 350.º, n.º 2 do CC, provando a licitude da proveniência do seu património, como estabelece o art.º 9.º, também da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.

O princípio da presunção da inocência encontra-se plasmado no n.º 2 do art.º 32.º da CRP e no art.º 6.º, n.º 2 da CEDH – “Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação” –, sendo configurável que tal imperativo constitucional colida com uma presunção «automática» de que o património incongruente do arguido tem origem na prática de um ou mais crimes, os quais não são, nem precisam de ser, sequer determinados pelo MP, muito menos provados.

5 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Da Perda de Bens e de Direitos no Direito Penal e Processual Penal em Portugal: As Controvérsias de um Regime em “Apuração”. In TEIXEIRA, Adriano (org.); *Et al.* – *Perda das Vantagens do Crime no Direito Penal: Confisco Alargado e Confisco Sem Condenação*. São Paulo, SP: Marcial Pons. 2020. p. 41.

6 RODRIGUES, Anabela Miranda – Política criminal: novos desafios... *Lusiana Direito*. p. 29.

7 CORREIA, João Conde; RODRIGUES, Hélio Rigor – Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 01-12-2014, proferido no processo 218/11.0GACBC.G1 (pedido de indemnização e confisco). *Julgar Online*. 2015. p. 07.

Germano Marques da Silva dá nota do valor de reação deste princípio “contra os abusos do passado mais ou menos próximo”, tendo reflexos, não num instituto em particular, mas sim tendo “consequências para toda a estrutura do processo penal”. Todo o acusado terá o direito de exigir prova da sua culpabilidade⁸.

Ao ilidir a presunção, o arguido terá inevitavelmente de produzir prova da licitude da origem do património, sugerindo-se a existência de uma possível inversão do ónus da prova. Este colocará sob pressão o direito ao silêncio do arguido, consagrado no art.º 32.º, n.º 1 da CRP e plasmado na alínea d) do n.º 1 do art.º 61.º do CPP, ameaçando o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* e cobrindo de dúvida a anuência à matriz da estrutura acusatória do processo penal, consagrada na *lex fundamentalis* no art.º 32.º, n.º 5.

No espectro oposto, caso o arguido não se disponha a provar essa licitude, sendo que a perda alargada se inicia com um arresto preventivo, do património incongruente, nos termos do art.º 10.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que se pode iniciar “a todo o tempo logo que apurado o montante da incongruência” e que, em regra e para evitar a delapidação, será decretado antes do início do julgamento do processo penal referente a um dos crimes presentes no suprarreferido catálogo, podendo até acontecer antes sequer da liquidação em casos de *periculum in mora*, parece credível que essa inabilidade ou impossibilidade possa, ou tenha o potencial de macular a sua presunção de inocência no processo em curso. Não obstante esse «silêncio» não provar a ilicitude e que seja abjeto que o silêncio do arguido o prejudique num Estado de Direito material, *ex vi* do art.º 343.º, n.º 1 e 345.º, n.º 1, ambos do CPP, os dois processos correm lado a lado, em respeito ao princípio da suficiência, art.º 7.º, n.º 1 do CPP, sendo o arresto enxertado no processo penal e, no fim de tudo, o julgador um ser humano.

2. Auctoritas, non veritas facit legem

A espada que corta este nó górdio será a natureza jurídica do instituto da perda alargada. Não sendo “levada em conta a gravidade do facto nem a culpa nem a perigosidade pessoal do agente” sendo a sua *ratio* o “restabelecimento da ordem jurídica violada através da promoção de uma ordenação dos bens adequada ao Direito”, não se lhe inserindo qualquer uma das finalidades da pena ou punição ao agente, nem sendo dirigido a apurar qualquer responsabilidade penal deste, para Duarte Rodrigues Nunes, o confisco alargado “constitui uma medida administrativa *sui generis*”⁹.

8 SILVA, Germano Marques da – *Curso de Processo Penal*, Vol. I. 4ª Edição. Lisboa/São Paulo: Verbo 2000. p. 82.

9 NUNES, Duarte Rodrigues – A incongruência do património no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes. In CORREIA, João Conde; *Et al.* – *Recuperação de Ativos*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. 2021. p. 21.

Pedro Caeiro afasta, igualmente, o confisco alargado de uma “reação penal” em virtude de não carecer da análise da culpa nem ter como causa “um facto (típico, ilícito e culposo) punível, mas sim um património incongruente acoplado a indícios da prática de certos crimes”. Há, para este autor “ausência de um facto” para além de que sendo vista como uma reação sancionatória “extra-processo” a um comportamento criminoso, estar-se-ia na perda alargada a “violar clamorosamente a presunção de inocência”¹⁰.

O mesmo entendimento partilha o Tribunal Constitucional nos acórdãos n.º 101/2015, n.º 392/2015 e n.º 476/2015, onde se pronunciou pela constitucionalidade dos “artigos 7.º, 8.º e 9.º da Lei n.º 5/2002, interpretados com o sentido de impor a um cidadão o ónus de provar a origem lícita do seu património”.

Debruçamo-nos sobre o acórdão n.º 392/2015, o mais complexo e ao mesmo tempo esclarecedor. Novamente, considera-se que “não está em causa a imputação ao arguido da prática de qualquer crime e o consequente sancionamento” mesmo que a perda alargada seja enxertada no processo penal. Na determinação da incongruência e na perda não há como base “um concreto juízo de censura ou de culpabilidade em termos ético-jurídicos” nem sequer um “concreto perigo daqueles ganhos servirem para a prática de futuros crimes”.

A imputação de um dos crimes presentes no catálogo da Lei é apenas um “pressuposto indiciador” da possibilidade da existência de um património decorrente de atividade ilícita, demonstrado ainda pela incongruência com os rendimentos lícitos do arguido. A perda alargada não se refere especificamente a produtos e/ou vantagens destes crimes do catálogo. Dirige-se sim ao património incongruente, presumivelmente oriundo de ilícitos, cuja identificação por parte do MP não é necessária, aproximando-se de uma ficção jurídica.

Entende-se, em suma, que “a presunção de proveniência ilícita de determinados bens e a sua eventual perda em favor do Estado não é uma reação pelo facto de o arguido ter cometido um qualquer ato criminoso”. Como tal, neste procedimento de perda alargada não se aplicam as garantias constitucionais: *v. g.*, o princípio da presunção da inocência ou o direito ao silêncio do arguido.

Quanto ao processo criminal por um dos crimes do catálogo, estas garantias mantêm-se não vendo o Tribunal Constitucional como “exista um perigo real daquela presunção (...) contaminar a produção de prova” relativamente a este, sendo também impossível des-

10 CAEIRO, Pedro – Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento ‘ilícito’). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 21, N.º 2. (abr.-jun. 2011), pp. 310-311.

cortinar como ao provar a origem lícita do património o arguido se possa autoincriminar em relação ao ilícito criminal que lhe foi imputado.

A presunção de inocência continua a ser escrupulosamente respeitada no processo penal, sendo necessário produzir a prova do *thema probandum* para assegurar a condenação, *conditio sine qua non* para a perda alargada. De tudo isto resulta a manutenção da estrutura acusatória do processo.

Nega-se a existência de um “ónus excessivo para o condenado”, pois este poderá substituir a prova da licitude do património pela prova de que os bens incongruentes estavam na sua posse há mais do que 5 anos desde a sua constituição como arguido. Além disso, sendo o processo enxertado no processo criminal terá a possibilidade de “utilizar qualquer meio de prova válido em processo penal, não estando sujeito às limitações probatórias que existem, por exemplo, no processo civil ou administrativo” tendo o tribunal em atenção toda a prova produzida no processo criminal “donde possa resultar ilidida a presunção”.

Adianta, ainda, o Tribunal Constitucional que é o arguido que se encontra na melhor posição para “investigar, explicar e provar” a origem dos bens, como acontece nas presunções legais em que a prova se apresenta “particularmente gravosa ou difícil para uma das partes”¹¹. O arguido passa ou tem de passar a ser um colaborador da investigação e carrear para o processo as provas da licitude ou da integração do património há mais de 5 anos dos bens arrestados.

Acrescentando Duarte Rodrigues Nunes que colocando o ónus da prova no MP este tornar-se-ia numa “*diabolica probatio*” além de que exigir qualquer “prova da relação entre o crime pressuposto e o património do arguido” foi exatamente o que se pretendeu afastar com este regime legal.

O princípio *in dubio pro reo* estipula que, em situações em que os “limites do conhecimento humano” tornem impossível ultrapassar a dúvida, o *non liquet* deve “ser sempre valorado a favor do arguido”, pois o contrário seria colocar o ónus da prova no arguido, “baseado na prévia admissão da sua responsabilidade, ou seja, o princípio contrário ao da presunção de inocência”¹². *Infeliciter* exigir tal pressuposto seria, para o autor, “obstáculos praticamente intransponíveis” ao confisco alargado, colocando em grave perigo a resposta à criminalidade organizada e económico-financeira¹³.

11 MARIANO, João Cura Relat. – *Acórdão do Tribunal Constitucional com o n.º 392/2015*, de 12 de agosto de 2015.

12 SILVA, Germano Marques da – *Curso de Processo...* 4^a Edição. 2000. Vol. I. pp. 84-84.

13 NUNES, Duarte Rodrigues – *A incongruência do património...* 2021. pp. 27-28.

3. Exitus acta probat

O Direito Penal encontra-se numa encruzilhada, ou, atrevendo-nos a adiantar, à beira do precipício. É claro o desafio que a criminalidade organizada e económico-financeira coloca ao Direito Penal. Revestida de um carácter transnacional, para a combater a “justiça não pode ser a única entidade com fronteiras”, o que obriga a uma cooperação entre os vários ordenamentos jurídicos na guerra a uma delinquência que “ameaça pôr em causa o próprio Estado de direito”¹⁴.

A própria sociedade global clama por segurança e exige medidas. Os Estados, a jurisprudência e (alguma) doutrina respondem com a combinação de “instrumentos e critérios repressivos” e “instrumentos e critérios inovadores e modernos” criando um “direito penal “de colarinho branco”, tecnocrático, de orientação pelos fins”¹⁵.

Privilegia-se a eficácia – o imediato, o resultado do momento e mediático –, a evolução e apelida-se os detratores de «velhos do restelo», acusando a “praxis quotidiana” e jurisprudência de olhar “para a norma com os olhos viciados do passado”¹⁶, elogiando o acervo de legislação; mas o seu uso “claramente insuficiente, devendo essa falha envergonhar-nos a todos sem exceção”¹⁷. Pede-se uma mudança, uma formação que altere a cultura no sentido de “intensificar o confisco e administrar os ativos recuperados segundo uma lógica económica”¹⁸, permitindo “o maior confisco admissível no quadro de um Estado de Direito”¹⁹, esgotando “toda a extensa margem de disponibilidade constitucional que nesta matéria específica ainda existe”, ao mesmo tempo que se apresentam “propostas inovadoras”, as “*non-conviction based confiscations*”, como a *actio in rem*, desvalorizando a “repulsa instintiva”²⁰. Esta será “mais emotiva do que racional”²¹ e aponta-se como através desta ação de carácter civil ou administrativo as garantias constitucionais-penais como os princípios *ne bis in idem*, *nemo tenetur se ipsum accusare*, *in dubio pro reo*, e *nulla poena sine culpa* não serão aplicadas, estando ausentes também “os agressivos meios probatórios processuais penais”, sendo o processo-crime “célere, simples e eficaz” e “uma forma hábil de ultrapasar

14 CORREIA, João Conde – Reflexos da diretiva 2014/42/eu (do parlamento europeu e do conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na união europeia) no direito português vigente. In CORREIA, João Conde; *Et al.* – *Recuperação de Ativos*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. 2021. pp. 65-66.

15 RODRIGUES, Anabela Miranda – Política criminal: novos desafios... *Lusitana Direito*. p. 19.

16 CORREIA, João Conde – «*Non-conviction based confiscations*» no Direito penal português vigente: quem tem medo do lobo mau?. *Revista Julgar*. N.º 32. (ago. 2017). pp. 87-88.

17 CORREIA, João Conde – Reflexos da diretiva 2014/42/eu... *Recuperação de Ativos*, p. 68.

18 CORREIA, João Conde – Balanço do Projecto... *Recuperação de Ativos; Projecto Fenix*, p. 403.

19 CORREIA, João Conde – Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de outubro de 2014 (o arresto preventivo dos instrumentos e dos produtos do crime).. *Julgar Online*. 2014. p. 15.

20 CORREIA, João Conde – «*Non-conviction based confiscations*»... *Revista Julgar*. pp. 71-72.

21 CORREIA, João Conde – Reflexos da diretiva 2014/42/eu... *Recuperação de Ativos*. p. 78.

sar os constrangimentos do excesso de garantismo penal”²². Propaga-se a celeridade e a eficácia do mediático e não se preservam os pilares de um Estado de direito democrático assente na dignidade da pessoa humana e da vontade do povo que mais não é do que a vontade – autodeterminação, autoafirmação e auto conformação – de cada cidadão.

Mas “a segurança não é infinita e os direitos, liberdades e garantias também não(!)”. Guedes Valente sustenta que na prevenção e repressão desta criminalidade se colocaram em campo “padrões de comportamentos e modelos padronizados” que obliteram, “negam e niilificam” as garantias, a segurança, a coesão social e o equilíbrio na ordem jurídica de um Estado democrático ancorado numa Constituição material. A pressão sobre os direitos fundamentais do cidadão é efetuada numa ótica de eficácia, “assente no securativismo e no justicialismo do sistema jurídico-criminal”²³.

Anabela Miranda Rodrigues faz eco deste “conflito garantia-eficácia”, dizendo que nesta sociedade de risco, pós-moderna, onde floresce esta criminalidade transnacional, económica, “duas forças contraditórias” estão em jogo, pedindo-se um paradoxo ao Direito penal: que seja um “ordenamento de liberdade” e um “ordenamento de segurança”, que limite o poder do Estado sobre os direitos do cidadão ao mesmo tempo que o amplia para melhor proteção desses mesmos direitos²⁴.

Se esse objetivo foi atingido na perda alargada, é, no mínimo, digno de debate. Para Jorge Godinho, todavia, a resposta é definitivamente não, pois o «confisco “alargado” com base em presunções e com inversão do ónus da prova incorre numa série de violações do princípio da presunção de inocência: presume a existência dos pressupostos de que depende a sua aplicação; distribui o ónus da prova ao arguido; suprime o direito ao silêncio; e resolve o *non liquet* contra o arguido»²⁵.

Conclusão

Estamos perante um feito de «engenharia jurídica» digno de elogio quanto à astúcia, mas de repúdio quanto à deslealdade e ofensa constitucional. Uma construção dogmática, pejada de «remendos», subterfúgios e uma hipocrisia base, num «faz-de-conta» que

22 CORREIA, João Conde – «Non-conviction based confiscations»... *Revista Julgar*. p. 78.

23 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito Processual Penal; Da Sociedade Interântico-Personocêntrica*. Lisboa.: Manuel Monteiro Guedes Valente. 2020. pp. 10-11.

24 RODRIGUES, Anabela Miranda – Política criminal: novos desafios... *Lusíada Direito*. p. 30.

25 GODINHO, Jorge – Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1.º e 7.º a 12.º) *In Almeida, Sebastião; Et al. – Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora. 2003. p. 1359.

almeja perpetuar um inexistente respeito à *lex fundamentalis* e justificar uma inversão do ónus probatório injustificável.

Não se creia que os riscos que Montesquieu, Beccaria e Jeremy Bentham denunciavam já não existem: o “confisco num Estado absoluto, que não conhece quaisquer limites, é muito diferente do confisco num Estado de Direito democrático”²⁶. Os temores são exagerados, dizem, enquanto as fundações do Estado de Direito e o Direito penal e processual penal como travões ao *ius puniendi* são desgastadas, como uma erosão hídrica, lenta e sem se dar conta.

Lembremos Kafka e K. que, ao ver os agentes da autoridade, após o acusarem de um crime, recusando-se, porém, a informá-lo de que crime era suspeito, a examinarem os seus pertences, dizendo-lhe que guardariam a sua roupa, mas “lha restituíam se o seu caso viesse a ter um desfeito feliz”, se interrogava: afinal “K. vivia num Estado que assentava no Direito. A paz reinava por todo o lado! Todas as leis estavam em vigor; quem eram, pois, os intrusos que ousavam cair-lhe em cima no seu próprio domicílio?”²⁷.

Timeo Danaos et dona ferentes.

FONTES PRIMÁRIAS

AMARAL, Maria Lúcia Relat. – Acórdão do Tribunal Constitucional, com o n.º 101/2015, de 11 de fevereiro de 2015. [Em Linha]. [Consult. em 01-02-2023]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150101.html>

CÓDIGO Civil: Decreto-Lei n.º 47344/66. Diário do Governo, Série I. [Em Linha]. n.º 274 (25-11-1966), p. 1883 – 2086. [Consult. em 01-02-2023]. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>

CÓDIGO Penal: Decreto-Lei n.º 48/95. Diário da República, Série I-A. [Em Linha]. N.º 63. (15-03-1995), p. 1350 – 1416. [Consult. em 01-02-2023]. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>

CÓDIGO do Processo Penal: Decreto-Lei n.º 78/87. Diário da República Série I. [Em Linha]. N.º 40. (17-02-1987), p. 617 – 699. [Consult. em 01-02-2023]. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075>

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: Decreto de Aprovação da Constituição. Diário da República Série I. [Em Linha]. N.º 86. (10-04-1976), p. 738 – 775. [Consult. em 01-02-2023]. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>

DIRETIVA 2014/42/UE. Jornal Oficial da União Europeia. [Em Linha]. (03-04-2014), p. 39-50. [Consult. em 01-02-2023]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:02014L0042-20140519&from=EN>

LEI n.º 5/2002. Diário da República, Série I-A. [Em Linha]. N.º 9. (11-01-2002), p. 204 – 207. [Consult. em 01-02-2023]. Disponível em <https://data.dre.pt/eli/lei/5/2002/p/cons/20220801/p/html>

26 CORREIA, João Conde – Balanço do Projecto... *Recuperação de Activos; Projecto Fenix*, p. 403.

27 KAFKA, Franz – O Processo. (1925) Tradução Gervásio Álvaro, Lisboa: Abril/Controljornal. 2000. pp. 7-8

- LEI n.º 30/2017. Diário da República Série I. [Em Linha]. N.º 104. (30-05-2017), p. 2637 – 2659. [Consult. em 01-02-2023]. Disponível em <https://data.dre.pt/eli/lei/30/2017/05/30/p/dre/pt/html>
- LEI n.º 45/2011. Diário da República, Série I. [Em Linha]. N.º 120. (24-06-2011), p. 3741 – 3744. [Consult. em 01-02-2023]. Disponível em <https://data.dre.pt/eli/lei/45/2011/p/cons/20200331/pt/html>
- MARIANO, João Cura Relat. – Acórdão do Tribunal Constitucional com o n.º 392/2015, de 12 de agosto de 2015. [Em Linha]. [Consult. em 01-02-2023]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150392.html>
- MARIANO, João Cura Relat. – Acórdão do Tribunal Constitucional com o n.º 476/2015, de 30 de setembro de 2015. [Em Linha]. [Consult. em 01-02-2023]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150476.html>

Fontes Secundárias

- CAEIRO, Pedro – Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento ‘ilícito’). Revista Portuguesa de Ciência Criminal. [Em Linha]. Ano 21, N.º 2. (abr.-jun. 2011). pp. 267-321. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/338775422_Sentido_e_funcao_do_instituto_da_perda_de_vantagens_relacionadas_com_o_crime_no_confronto_com_outros_meios_de_prevencao_da_criminalidade_rediticia_em_especial_os_procedimentos_de_confisco_in_rem_e_a_c [Consult. em 01-02-2023]
- CORREIA, João Conde; RODRIGUES, Hélio Rigor – Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 01-12-2014, proferido no processo 218/11.0GACBC.G1 (pedido de indemnização e confisco). Julgar Online. [Em Linha]. 2015. Disponível em <http://julgar.pt/annotacao-ao-acordao-do-trg-de-01-12-2014-processo-21811-ogacbc-g1-pedido-de-indemnizacao-e-confisco/> [Consult. em 01-02-2023]
- CORREIA, João Conde – Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de outubro de 2014 (o arresto preventivo dos instrumentos e dos produtos do crime). Julgar Online. [Em Linha]. 2014. Disponível em <http://julgar.pt/annotacao-ao-acordao-do-tribunal-da-relacao-de-lisboa-de-8-de-novembro-de-2014/> [Consult. em 01-02-2023]
- CORREIA, João Conde – Balanço do Projecto e Perspectivas de Evolução. In MENDES, Carlos Sousa (gestor do projeto) Et al. – Recuperação de Activos; Projecto Fenix. [Em Linha]. Lisboa: Procuradoria-Geral da República. 2012. Disponível em https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/livrerecuperacaoactivos_final.pdf [Consult. em 01-02-2023]
- CORREIA, João Conde – «*Non-conviction based confiscations*» no Direito penal português vigente: quem tem medo do lobo mau?. Revista Julgar. [Em Linha]. N.º 32. (ago. 2017), p. 71-95. Disponível em <http://julgar.pt/non-conviction-based-confiscations-no-direito-penal-portugues-vigente-quem-tem-medo-do-lobo-mau/> [Consult. em 01-02-2023]
- CORREIA, João Conde – Reflexos da diretiva 2014/42/eu (do parlamento europeu e do conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na união europeia) no direito português vigente. In CORREIA, João Conde; Et al. – Recuperação de Ativos. [Em Linha]. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários. 2021. Disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=O-xuCBK9tSs%3d&portalid=30> [Consult. em 01-02-2023]. ISBN: 978-989-9018-71-6
- GODINHO, Jorge – Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1.º e 7.º a 12.º) In Almeida, Sebastião; Et al. – Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora. 2003. ISBN: 972-32-1193-9
- KAFKA, Franz – O Processo. (1925) Tradução Gervásio Álvaro, Lisboa: Abril/Controljornal. 2000. ISBN: 972-611-598-1

- NUNES, Duarte Rodrigues – A incongruência do património no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes. In CORREIA, João Conde; *Et al.* – Recuperação de Ativos. [Em Linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. 2021. Disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=O-xuCBK9tSs%3d&portalid=30> [Consult. em 01-02-2023]. ISBN: 978-989-9018-71-6
- PALMA, Maria Fernanda – Sessão de Abertura. In AMBOS, Kai; *Et al.* – Direito Penal Internacional, TPI e a Perspetiva da África de Língua Oficial Portuguesa. [Em Linha]. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda. 2015. pp. 21-32. Disponível em: <http://cedpal.uni-goettingen.de/data/publicaciones/LibrosAntiguos/DereitoPenalInternacional.pdf> [Consult. em 01-02-2023]. ISBN: 978-972-27-2370-1
- RODRIGUES, Anabela Miranda – Política criminal: novos desafios, velhos rumos. *Lusitana Direito*. [Em Linha]. N.º 3 (2005). pp. 13-37. Disponível em <http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldl/article/view/716> [Consult. em 01-02-2023]
- SILVA, Germano Marques da – Curso de Processo Penal, Vol. I. 4^a Edição. Lisboa/São Paulo: Verbo 2000. ISBN: 978-97-2215-57-2
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Da Perda de Bens e de Direitos no Direito Penal e Processual Penal em Portugal: As Controvérsias de um Regime em “Apuração”. In TEIXEIRA, Adriano (org.); *Et al.* – Perda das Vantagens do Crime no Direito Penal: Confisco Alargado e Confisco Sem Condenação. São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020. pp. 35-71. ISBN: 978-65-86696-09-7
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Direito Processual Penal; Da Sociedade Internético-Personocêntrica. Lisboa. Manuel Monteiro Guedes Valente. 2020. ISBN: 978-972-99118-2-8

O impacto da (in)gestão do planeamento do território nas metrópoles

As cidades e os imigrantes: o caso de Lisboa e dos enclaves urbanísticos

The impact of the (non)management of the territory planning in metropolises

Cities and immigrants: the Lisbon case and its' urban enclaves

MARIA JOÃO GUIA

maria.joao.guia@ij.uc.pt

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

Volume XXII · 1st January Janeiro – 31st December Dezembro 2022 · pp. 93-105

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXII.1/2.6>

Submitted on December 2nd, 2022 · Accepted on December 14th, 2022

Submetido em 2 de Dezembro, 2022 · Aceite a 14 de Dezembro, 2022

SUMÁRIO Introdução; 1. Breve introdução ao Direito do Ordenamento do Território; 2. A obrigação positiva do Estado de implementar medidas que promovam a igualdade de acesso aos espaços urbanos; 3. As capitais, as periferias e os imigrantes; 4. A complexificação do Alojamento Local na cidade de Lisboa e a consequente estigmatização das zonas espaciais urbanas periféricas; 5. Conclusões

PALAVRAS-CHAVE Planeamento do Território; Imigração; Guetos e enclaves; Segregação Urbana; Desigualdade Social; Urbanismo

SUMMARY Introduction; 1. Brief introduction to the Land Planning Law; 2. The State's positive obligation to implement measures that promote equal access to urban spaces; 3. The capitals, peripheries and immigrants; 4. The complexification of the Local Accommodation in the city of Lisbon and the consequent stigmatization of the peripheral urban spatial areas; 5. Conclusions.

KEYWORDS Territorial Planning; Immigration; Ghettos and enclaves; Urban Segregation; Social inequality; Urbanism.

INTRODUÇÃO

A forma como a sociedade se encontra organizada sofre alterações sucessivas, fruto das transformações históricas, do avanço de mentalidades e da evolução do pensamento nos seus variados paradigmas. De qualquer forma, grande parte das sociedades atuais ainda encontra no Direito o *standard* da organização, regulação e até de sobrevivência dos cidadãos e da manutenção da ordem: *ubi societas, ibi juris*. O Direito funciona assim como uma alavanca para dirimir conflitos, restaurar a ordem em caso de transgressão, mas também como apanágio da prevenção de (in)justiças, pelo que a sua atuação precoce e antecipada ao fator “discórdia” é fundamental na regulação da paz social.

A questão do ordenamento do território assume, neste sentido, um papel de primordial importância nas grandes cidades, não só na regulação e delimitação da localização de espaços comuns e dos destinados a habitação, mas também e sobretudo, no planeamento antecipado, eficaz e estratégico das cidades e do confinamento de cada um dos seus espaços. Não haveria qualquer dúvida para acreditar que a rentabilidade maximizada das cidades e dos seus espaços beneficiariam do ordenamento precoce, não fora as sociedades não obedecerem a uma evolução premeditada, lenta ou ordenada. Tenhamos consciência de que as cidades, sobretudo as grandes metrópoles, podem crescer rápida, rebelde e desorganizadamente desde os mais ínfimos detalhes aos mais importantes espaços nucleares. O crescimento desordenado das cidades, aliado com frequência ao aumento célere do número de habitantes, sobretudo se estes forem imigrantes ou cidadãos de determinadas etnias, tem vindo a estar, cada vez mais, associado a fenómenos de “segregação espacial urbana (...) à constituição de *guetos de ricos e guetos de pobres* (...) à instabilidade social” e a fenómenos ligados à “violência, marginalidade, delinquência” em contexto de desigualdade social (OLIVEIRA, 2012: 504 e nota 9 de rodapé).

Nesta breve reflexão, pretendo abordar modestamente esta problemática, procurando levantar questões decorrentes da pergunta de partida que aqui me trouxe: “será que Lisboa tem ou efetivamente implementou algum programa de ordenamento do território que prevenisse ou evitasse a proliferação de bairros da periferia considerados institucionalmente Zonas Urbanas Sensíveis (GUIA e PEDROSO, 2016)?” O Direito, conforme o conhecemos na sua atual configuração, é uma ferramenta efetiva no combate à proliferação desordenada de espaços de segregação? Até que ponto é aceitável a intervenção do Direito, operacionalizado a partir da mão do Estado, na designação dos espaços em que os cidadãos devem ou não habitar? E essa atuação é respeitadora dos direitos fundamentais e da liberdade de escolha dos habitantes de cada zona?

Abordo, por isso, as questões do ordenamento do território, com especial enfoque no caso português e na cidade de Lisboa, passando pela reflexão sobre os direitos fundamen-

tais, nomeadamente o direito à habitação,¹ o direito à liberdade de escolha ou de beneficiar de apoio estatal para habitar espaços condignos² e o direito de não discriminação³, culminando com uma consideração crítica sobre a perversidade de uma atuação agressiva ou omissa do Direito na regulação dos espaços das cidades como fator proporcionador de (des)equilíbrios entre os cidadãos. Ative-me sobretudo ao Direito do Ordenamento do Território (e não tão especificamente ao Direito do Urbanismo) pretendendo uma abordagem mais ampla, centrada nas responsabilidades das escolhas políticas e do papel das instituições públicas, não vinculando esta breve análise aos particulares, mas sim no efeito das escolhas estratégicas nas cidades e seu impacto na vida dos cidadãos.

1. Breve introdução ao Direito do Ordenamento do Território

O planeamento do ordenamento do território urbanístico encontra-se plasmado no Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de Maio⁴, na atual redação⁵, que aprova a revisão do regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial (RJIGT) e no Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, na atual redação introduzida pela Lei n.º 118/2019, de 17 de Setembro, onde se encontra previsto o regime jurídico da urbanização e edificação (RJUE), sobretudo se for tido em conta a elaboração e execução de planos que se revelaram mais profícuos em termos da sua eficácia jurídica, em detrimento dos programas que existiam até então. Importante a menção à Lei n.º 31/2014, de 30 de Maio⁶, na versão introduzida pelo Decreto-Lei n.º 52/2021, de 15 de Junho, a lei de bases gerais da política de solos, de ordenamento do território e de urbanismo da qual vale a pena citar a al. c) do art.º 2.º (fins), que visa

Reforçar a coesão nacional, organizando o território de modo a conter a expansão urbana e a edificação dispersa, corrigindo as assimetrias regionais, nomeadamente dos territórios de baixa densidade, assegurando a igualdade de oportunidades dos cidadãos no acesso às infraestruturas, equipamentos, serviços e funções urbanas, em especial aos equipamentos e serviços que promovam o apoio à família, à terceira idade e à inclusão social.

1 Cf. art.º 65.º da Constituição da República Portuguesa.

2 Cf. art.º 34.º, n.º 3 da Carta dos Direitos Fundamentais da EU.

3 Cf. art.º 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da EU.

4 Este Decreto-Lei revogou o Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de setembro onde se previa o Regime Jurídico dos instrumentos da gestão territorial.

5 Introduzida pelo Decreto-Lei n.º 45/2022, de 08 de Julho.

6 Revogou a Lei n.º 48/98, de 11 de Agosto, Lei de bases da política de ordenamento do território e de urbanismo (cujos antecessores eram o Decreto-Lei n.º 69/90, de 2 de março, que disciplina o regime jurídico dos planos municipais de ordenamento do território.

Prevê-se, assim, a capacitação dos cidadãos no acesso a infraestruturas que possibilitem a sua inclusão social, bem como mencionado na al. m) do mesmo artigo “Regenerar o território, promovendo a requalificação de áreas degradadas e a reconversão de áreas urbanas de gênese ilegal”. Esta reflexão pressupõe o conhecimento e a constatação prévia da existência de áreas degradadas, desprestigiadas (efetiva e simbolicamente) e necessitadas de intervenção estatal, sitas nas periferias dos centros urbanos, para onde tem vindo a deslocar-se uma massa crescente de habitantes, entre os quais cidadãos nacionais de outros países. Neste sentido, constatou-se o crescimento desordenado e espontâneo de bairros caracterizados pela falta de identidade social e cultural, pela carência de infraestruturas suficientes e de transportes favorecedores de “persistência, segmentação e complexidade das desigualdades socioespaciais” (CARREIRAS, 2018:68). Estes espaços terão resultado de planeamento deficiente ou inclusivamente de ausência de planificação ou intervenção, associados com frequência a espaços de delinquência e crime, descritos como “zonas urbanas sensíveis” (GUIA e PEDROSO, 2016) ou até como guetos (OLIVEIRA, 2012: 504). Na verdade, na senda de BAUMAN (2003: 106), a insegurança gerada pela imagem da “comunidade segura”, como uma mutação do “gueto voluntário” em que a conceção da “homogeneidade dos de dentro” se contrapõe à “heterogeneidade dos de fora”, destaca hoje em dia o elemento étnico-racial como fator de diferenciação entre os habitantes daqueles espaços.

Só a separação étnica/racial dá à oposição homogeneidade/heterogeneidade a capacidade de conferir aos muros do gueto o tipo de solidez, durabilidade e confiabilidade de que precisam (e para as quais são necessários). Por essa razão, a separação étnica/racial é um “padrão ideal” natural a ser seguido por todas as separações secundárias e substitutas com pretensões a desempenhar o papel de terceiro elemento

BAUMAN, 2003: 106

Efetivamente, os habitantes destes espaços da periferia têm vindo a ser identificados como pertencentes ao mesmo grupo étnico, economicamente desprovidos (LEE, 2005), caracterizados pela concentração de populações imigrantes ou pertencentes a outros grupos vulneráveis (desempregados de longa duração, toxicodependentes, famílias monoparentais, crianças e idosos), sendo atribuídas a estas zonas os epítetos de marginalização urbana, zonas urbanas sensíveis ou guetos de exclusão caracterizado por GONÇALVES *et alii* (2015: 2) como parte da “marginalização territorial involuntária da Europa”. Qual a responsabilidade e consequente intervenção do Estado neste contexto? Outra resposta não

seria expectável que não a aposta da reabilitação destas zonas de periferia, mas também na estratégica delimitação e distribuição de zonas habitacionais equilibradas.

A reabilitação e revitalização urbana irá, pois, maximizar o aproveitamento dos espaços urbanos, nomeadamente em termos territoriais, financeiros, ambientais, mas sobretudo sociais, pois que a integração sociocultural das populações será um dos objetivos primordiais que visa a promoção de bem-estar aos seus habitantes e por isso, promovendo uma maior consequente coesão social e, assim, o carácter excecional que se poderia assumir-se na sua génese, não mais se trata do que uma norma que integra os objetivos da gestão urbanística e por isso uma meta a alcançar no sentido de promover a igualdade de oportunidades entre os cidadãos, com completa independência das ações e metas dos privados.

A ausência ou deficiência de planeamento de intervenção estatal resultaria, nas palavras de BAUMAN (2003: 107), num encurralamento de populações sem quaisquer oportunidades de encontrarem um espaço nas cidades que lhes permita fruir em plena liberdade e igualdade de direitos do bem-estar que as sociedades proporcionam aos seus habitantes, impondo o gueto como espaço de confinamento forçado e contido.

É a situação “sem alternativas”, o destino sem saída do morador do gueto que faz com que a “segurança da mesmice” seja sentida como uma gaiola de ferro — apertada, incômoda, incapacitante e à prova de fuga. É essa falta de escolha num mundo de livre-escolha que é muitas vezes mais detestada que o desmazelo e a sordidez da moradia não escolhida. Os que optam pelas comunidades cercadas tipo gueto podem experimentar sua “segurança da mesmice” como um lar; as pessoas confinadas no verdadeiro gueto vivem em prisões.”

BAUMAN, 2003: 107

2. A obrigação positiva do Estado de implementar medidas que promovam a igualdade de acesso dos espaços urbanos

Do anteriormente exposto, facilmente se constata a obrigação do Estado de promover medidas positivas que salvaguardam e que efetivem a aplicação e gozo dos direitos fundamentais dos cidadãos, entre os quais os de gozarem dos espaços urbanos em igualdade de direitos, combatendo-se assim a exclusão e a marginalização de populações específicas (como as dos imigrantes). De destacar o n.º 1.º, do art.º 65.º da CRP, “Todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar”, evidenciando-se

a responsabilidade do Estado em “programar e executar uma política de habitação inserida em planos de reordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização que garantam a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social” [al. a), n.º 2.º, art.º 65.º CRP].

Na verdade, o Conselho da Europa tem vindo, desde o início do século, marcado pelos movimentos massivos de regularização extraordinária de imigrantes nos diversos países europeus, a recomendar a implementação e efetivação de medidas promotoras de uma distribuição equitativa das populações pelos espaços urbanos, sendo que é ao Estado que incumbe o papel de garantir “que a habitação e as políticas de planeamento e de urbanização tentem dar aos imigrantes e minorias étnicas a liberdade de escolha que tem o resto da população, incluindo oportunidades de viver fora das áreas tradicionalmente povoadas por grupos minoritários” (Conselho da Europa, 2000: 15).

E por que se nos é permitido o destaque a esta recomendação? Por motivos vários que se prendem a) com o aumento do fluxo de populações forçadas a abandonar os seus locais de origem ou de residência; b) com o incremento do número de migrantes económicos à procura de vidas melhores em países de acolhimento que proporcionem um maior bem-estar e equilíbrio financeiro, nomeadamente a partir do aproveitamento da mão-de-obra laboral, com oferta de postos de trabalho, c) com a crescente fixação destas populações recém-chegadas em zonas urbanas (local onde encontram com mais facilidade emprego, remuneração e acesso a diversas infraestruturas); d) com o mais visível proliferar de crescimento desordenado de zonas periféricas das grandes cidades (sobretudo capitais) onde abundam eminentes problemas socio-culturais (senão já bem visíveis), sobretudo decorrentes do olhar reprovador e marginalizante da sociedade de acolhimento para com aqueles recém-chegados; e) as capitais dos países / grandes cidades absorvem em número crescente uma massa de mão-de-obra desqualificada que procura melhores condições de vida, enquanto vai promovendo os cidadãos autóctones com mais e melhor educação, saídas profissionais e uma aposta mais acurada na qualidade profissional dos seus “nacionais”, contrapondo uma oferta crescente de empregos pouco qualificados (mas vitais para as populações economicamente mais vulneráveis e desprovidas); f) é perceptível o aumento global e generalizado de novas cidades de imigração para onde se deslocam cidadãos não nacionais à procura de melhores oportunidades de vida, trazendo consigo uma série de novos desafios com os quais a sociedade de acolhimento poderá não saber lidar da melhor forma (questões religiosas, culturais ou linguísticas, entre outras) que obrigam a respostas mais céleres e acuradas por parte das sociedades de acolhimento.

3. As capitais, as periferias e os imigrantes

As grandes metrópoles e as capitais são sobejamente conhecidas por serem cidades que absorvem mão-de-obra e para onde se deslocam cidadãos recém-chegados (como os imigrantes) que buscam nos seus conterrâneos já aí estabelecidos um apoio que pode ir muito além do simples enquadramento no país para onde se deslocam. Lisboa não é exceção, sendo a cidade mais procurada pelos imigrantes e que, juntamente com Setúbal e Faro, condensa um maior número de habitantes (cerca de 75% dos residentes estrangeiros centram as suas vidas na capital portuguesa, segundo dados colhidos no RIFA⁷ 2016). Já em 2004, ESTEVES (2004: 20) relatava o elevado número de cidadãos nacionais que procuravam Lisboa como destino habitacional (55% na altura), à semelhança de outras capitais ou grandes cidades como Bruxelas (26% de cidadãos não-nacionais residentes, ou 17% em Viena de Áustria). Naturalmente que as relações que as grandes cidades estabelecem com cidades satélites que as circundam ou outras paragens com ligações densas às mesmas, permitem que se estabeleçam grupos coesos de cidadãos pertencentes a origens comuns, conforme SALGUEIRO⁸ (2001: 14) menciona.

Apesar de o intervencionismo do Estado se materializar em diversos planos que visam o debelar das desigualdades económico-sociais dos habitantes das periferias das grandes cidades (como no caso de Lisboa), a verdade é que a complexidade e a desigualdade gerais instalados na distribuição dos espaços tem crescente (PIKETTY, 2014), apesar dos esforços encetados. Com efeito, o enovelar dos problemas associados à integração socio-económica destes grupos minoritários, como o deficiente acesso a empregos ou à precariedade da oferta com que os mesmos se deparam, agravam-se se lhe for somada a debilidade das condições habitacionais a que os mesmos são sujeitos, sendo impraticável uma política de justiça social efetiva, devido, também ao agravamento da crise económico financeira que grassou a sociedade portuguesa nos últimos anos e que agravou a estigmatização e discriminação a que os mesmos são votados por parte da ausência de facilidades concedidas pelo Estado. A segregação espacial e a consequente desigualdade de acesso à qualidade de vida em todas as suas dimensões tornam-se, assim, uma marca visível dos enclaves urbanísticos em que residem os cidadãos não-nacionais, nas palavras de OLIVEIRA (2012: 109) “a marca territorial da exclusão e da injustiça social”. A ineficácia decorrente da aplicação desigual ou insuficiência de medidas efetivamente implementadas quer por parte da Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo, quer dos programas do PNPOT, PDM ou Plano Estratégico de Habitação

7 RIFA – Relatório de Imigração, fronteira e Asilo do SEF. Disponível em www.sef.pt

8 “As cidades não existem por si só pois o seu dinamismo depende bastante das relações que estabelecem com o exterior.” (...) podendo ir “... buscar sinergias noutras paragens.” (BARATA SALGUEIRO 2001: 14).

implicam o consequente aumento das dificuldades de intervenção, fazendo emergir uma massa desuniforme de população vulnerável que vê na desresponsabilização do papel e obrigação positiva do Estado de zelar pela implementação da justiça social, uma constante ao longo dos anos que poderia ser evitado pelo planeamento precoce dos espaços das urbes para, “através da regulação do uso do solo e do fenómeno da urbanização, garantir uma sociedade coesa, integrada e socialmente sustentável”(OLIVEIRA, 2012:112). Segundo RODRIGUES (2011), a proteção da dimensão social deveria ser tomada em primeiro plano na questão da problemática urbana em Portugal ou, segundo OLIVEIRA a implementação de “fórmulas conjuntas” em que o planeamento prévio do território se mesclaria com a intervenção e cooperação de diversas entidades com valências na área, bem como implementando a concertação entre estas e particulares que poderiam até rentabilizar os seus empreendimentos, não permitindo a redução à perspetiva economicista que vigora frequentemente.

4. A complexificação da figura do Alojamento Local na cidade de Lisboa e a consequente estigmatização das zonas espaciais urbanas periféricas

A figura do alojamento local foi introduzida no sistema jurídico português a partir do Decreto-Lei n.º 39/2008, de 7 de Março (alterado e republicado no Decreto-Lei n.º 80/2017, de 30 de Junho – Regime Jurídico dos Empreendimentos Turísticos – RJET). No entanto, e por necessidade de adaptação à realidade do aumento do número de visitas a Portugal⁹, decorrente da franca expansão do turismo¹⁰ e de passageiros a entrar nos aeroportos nacionais¹¹, bem como da rápida e crescente adesão ao alojamento local que se fez sentir nos últimos anos¹², foi publicado o Decreto-Lei n.º 128/2014, de 29 de Agosto¹³, alterado pelo

9 Segundo o EUROSTAT, Portugal recebeu, em 2017, 71,3 milhões de turistas que se alojaram em estabelecimentos, “sendo duas em cada três (68%) uma estada de não-residente. O impulso no turismo nacional assenta, essencialmente, no aumento do número de visitantes estrangeiros, com a procura entre os não-residentes a crescer 9,9%, por oposição aos 4,3% entre os residentes”. Informação colhida aos 18/07/2018 em <https://observador.pt/2018/01/24/portugal-com-o-quarto-maior-crescimento-no-numero-de-dormidas-de-turistas-na-ue/>

10 Segundo o INE (2018), Portugal recebeu 20,6 milhões de hóspedes em 2017, constatando-se um aumento de 8,9% em relação a 2016. Informação colhida aos 19/07/2018 em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=i-ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=281091107&DESTAQUESmodo=2

11 Segundo o INE, “O movimento de passageiros [de transporte aéreo] ascendeu a 52,8 milhões em 2017, ultrapassando-se pela primeira vez a fasquia de 50 milhões” (reportando a ANA 26,7 milhões a entrar só pelo aeroporto de Lisboa), o que corresponde a um aumento de 16,4% em relação ao ano anterior.

12 “...o Alojamento Local na Área Metropolitana de Lisboa registou um elevado número de aberturas, tendo finalizado o ano com um acréscimo de 4.346 unidades, correspondente a um incremento de 94,8%, especialmente notório, em termos absolutos, nos Apartamentos (+105,6%) e Moradias (+64,3%)” (PEREIRA, 2017: 17).

13 Roque (2017: 6) destaca do preâmbulo deste diploma, a justificação do legislador para a autonomização da figura do Alojamento Local, justificando-se pela “(...) dinâmica do mercado da procura e oferta do alojamento fez surgir e proliferar um conjunto de novas realidades de alojamento que, (...) determinam, pela sua importância turística,

decreto-Lei n.º 63/2015, de 23 de Abril que autonomizou as figuras dos empreendimentos turístico e do alojamento local, na sua versão atual introduzida pelo Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de Janeiro. Assim, a presunção da exploração e intermediação de locais (que integram a figura do Alojamento Local) passa a ser ilidida desde que sejam subsumidas determinadas condições e elementos (com a prévia comunicação e publicitação de informações sobre o imóvel em causa¹⁴).

Não retirando desta autonomização e regulamentação as mais-valias que o Alojamento local veio trazer a nível internacional e nacional¹⁵, sobretudo colmatando falhas no sistema de alojamento turístico¹⁶ que não conseguia responder na totalidade às solicitações por parte dos viajantes¹⁷ e a preços que respondessem à capacidade financeira dos turistas, bem como na abertura de um mercado económico em expansão gerador de novos postos de trabalho¹⁸, ou o impacto que esta receita gerou no PIB da área lisboeta¹⁹, o efeito cataclísmico que esta realidade emergente tem vindo a trazer às grandes metrópoles e capitais, como Lisboa, são preocupantes e exigem reflexão ponderada. Não só pelo facto de terem impelido os seus residentes a adaptarem-se a esta realidade, dificultando o acesso a arrendamentos passíveis de custear, mas sobretudo pela tomada de inúmeras habitações que passaram a ser, nos últimos anos, unicamente disponíveis para Alojamento Local, impossibilitando o acesso dos residentes lisboetas a determinadas zonas da cidade e empurrando para fora de áreas centrais de Lisboa toda e qualquer população que procure habitação permanente, por impossibilidade de fazer face à demanda e aumento pro-

.....
pela confirmação de que não se tratam de um fenómeno passageiro e pela evidente relevância fiscal, uma atualização do regime aplicável ao alojamento local.”

14 Cfr. n.º 1.º e 2.º do art.º 6.º do Decreto-Lei n.º 128/2014, de 29 de Agosto, na sua atual redação.

15 “O impacto económico total do Alojamento Local na economia [portuguesa], em 2016, está estimado em 1.664,7 milhões de euros (...) [constituindo] o peso do Alojamento Local no Turismo da Área Metropolitana de Lisboa em 2016 (...) 18,3%, [o que representa] 1,0% do Produto Interno Bruto gerado na Área Metropolitana de Lisboa” (PEREIRA, 2017: 7). A área metropolitana de Lisboa, cujos dados aqui são apresentados, integra 18 concelhos, a saber Alcochete, Almada, Amadora, Barreiro, Cascais, Lisboa, Loures, Mafra, Moita, Montijo, Odivelas, Oeiras, Palmela, Seixal, Sesimbra, Setúbal, Sintra e Vila Franca de Xira (PEREIRA, 2017: 16).

16 O “peso dos turistas estrangeiros no total das dormidas realizadas em 2016 na Área Metropolitana de Lisboa [foi de] 76,7%” (PEREIRA, 2017: 56).

17 “Em 2016, o Alojamento Local registou um forte dinamismo na Área Metropolitana de Lisboa, com um aumento de 95% no número de unidades abertas, de que resultou um incremento de 75% na capacidade de alojamento face a 2015 (...) [tendo-se sentido um] aumento da capacidade total disponível de Alojamento Local na Área Metropolitana de Lisboa [de] (...) 75,1% para um total de 54.572 hóspedes” (PEREIRA, 2017: 7 e 18)

18 Segundo PEREIRA (2017: 8) a relevância do Alojamento Local na Área Metropolitana de Lisboa na criação de novos postos de trabalho repercutiu-se na “criação de 5.706 empregos diretos e 13.439 de forma indireta, tendo pago 51,4 milhões de euros em salários e outras retribuições” (PEREIRA, 2017: 8).

19 PEREIRA (2007:8) relata o “contributo para o PIB da região no valor 669,3 milhões de euros, dos quais 97,4 milhões gerados diretamente e 571,9 milhões resultantes do efeito multiplicador da atividade do Alojamento Local na economia”. Mais se estima que, a manter-se o crescente aumento de procura de turistas e do fornecimento e regulamentação de Alojamento local, o “impacto económico do Alojamento Local na Área Metropolitana de Lisboa em 2020 [será de mais-valias] no valor de 3.735,4 milhões de euros” (PEREIRA, 2017:11).

gressivos de preços, incompatíveis com a realidade que se vive na sociedade portuguesa e com a média salarial (relembrando que, em Dezembro de 2017, foram identificados 670 mil trabalhadores abrangidos pela Remuneração Mínima Mensal Garantida²⁰, no valor de 557 euros, constituindo estes cerca de 23% dos trabalhadores por conta de outrem – Pordata²¹). Segundo dados do INE de 2014, 34% dos trabalhadores portugueses recebia menos de 600 euros mensais e 61% não ultrapassava os 900 euros mensais (GUIA, 2016: 159-160), encontrando-se, segundo os últimos dados, quase 2,4 milhões²² de portugueses em risco de pobreza²³ ou exclusão social, segundo os dados do Inquérito às Condições de Vida e Rendimento do Instituto Nacional de Estatística (INE), realizado em 2017 (menos 196 mil pessoas do que em 2016). Apesar das melhorias sentidas, e segundo o mesmo relatório, “em 2017, 9,3% das pessoas viviam com insuficiência de espaço habitacional e a proporção de pessoas afetadas por condições severas de privação habitacional foi de 4,0%²⁴”. Valerá, pois a pena, a este propósito, relembrar o n.º 3.º do art.º 65.º da CRP, “O Estado adoptará uma política tendente a estabelecer um sistema de renda compatível com o rendimento familiar e de acesso à habitação própria”, facto que deverá ser equilibrado, face às conclusões positivas da criação da figura do Alojamento Local, *versus* a dificuldade crescente das populações em acompanhar a escalada dos preços das habitações, em estreita ligação com a obrigação positiva do Estado de regulamentar o mercado e de manter a coesão social das populações.

Assim, um problema que já se fazia sentir pelo confinamento de populações vulneráveis, entre as quais os cidadãos não-nacionais que têm vindo a procurar Portugal para fixarem as suas vidas e ocuparem espaços laborais não totalmente preenchidos pelos portugueses, às zonas residenciais periféricas de Lisboa, caracterizadas pela exclusão e estigmatização, falta de transportes regulares e outras condições excludentes de igualdade de acessos, foi nos últimos dez anos agravado e promete desregular o mercado económico habitacional, ameaçando a coesão social, nomeadamente no acesso desigual a espa-

20 Segundo dados constantes no 8.º Relatório de Acompanhamento do Acordo sobre a Retribuição Mínima Mensal Garantida (RMMG)

21 Dados colhidos na plataforma Pordata, com atualização a 2017-07-19 (vide página <https://www.pordata.pt/DB/Portugal/Ambiente+de+Consulta/Tabela>, acedida em 25/07/2018).

22 Cerca de 2.399 milhares de pessoas.

23 Segundo o relatório do INE de 2017, “Os resultados definitivos do Inquérito às Condições de Vida e Rendimento (EU-SILC) indicam ainda que o rendimento monetário disponível mediano por adulto equivalente foi, em termos nominais, de 9 071 euros em 2016, que corresponde a um limiar de pobreza de 5 443 euros. Estes resultados confirmam a taxa de risco de pobreza de 18,3% em 2016, bem como a taxa de risco de pobreza ou exclusão social de 23,3%, divulgadas em novembro de 2017.”

24 Foi sentida melhoria também nesta área, verificando-se “menos 1 ponto percentual (p.p.) e 0,9 p.p. que no ano anterior”. Dados acedidos aos 19/07/2018 em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaquas&DESTAQUESdest_boui=315222979&DESTAQUESsmodo=2

ços urbanos e a oportunidades proporcionadas às populações, apenas em determinados espaços na cidade de Lisboa. É-nos exigida reflexão, ponderação, planeamento e prevenção imediata, nomeadamente em relação às zonas periféricas habitacionais das grandes cidades, no caso concreto, da cidade de Lisboa.

5. Conclusões

As sociedades em que atualmente vivemos encontram-se em célere transformação, jogando a globalização e a circulação de pessoas um papel relevante neste novo mundo em que habitamos. O Direito tem procurado implementar e equilibrar programas de promoção de igualdade de oportunidades, ainda que atualmente vivamos novos parâmetros de avaliação de bem-estar das populações que não unicamente baseados no (des)equilíbrio socio-económico, de que é exemplo relevante o conceito de Felicidade Interna Bruta (FIB), desenvolvido em 1972, com origem no Butão, que construiu a avaliação do progresso do país a partir da avaliação do bem-estar dos cidadãos. Na verdade, a responsabilidade do Estado do Butão em proporcionar a fruição de felicidade (*dekid*) ao seu povo, tem as suas origens no código legal de 1729, data da unificação do reino (Ura, 2010 *apud* World Happiness Report, 2012:112) que, no fundo, encontra um paralelismo na Constituição Americana, que define a “procura da felicidade” como um direito inalienável (Guia, 2015: 70). A FIB, conceito reconhecido pela ONU é, assim, considerada um parâmetro apropriado para medir o progresso social e a efetivação de políticas públicas para manutenção da coesão social. Com efeito, em 2016, a OCDE comprometeu-se a “redefinir a narrativa de crescimento para colocar o bem-estar das pessoas no centro dos esforços dos governos” (HELIWELL, et al., 2017), tendo sido a saúde mental o parâmetro mais relevante identificado em 2017²⁵.

Em termos do assunto aqui em causa, julgo que, apesar de haver progresso nos programas implementados para gerir os problemas nas cidades e sobretudo efetivando a responsabilidade do Estado na maior justiça de acesso a espaços habitacionais condignos, há ainda muito a fazer, nomeadamente na prevenção de problemas de desregulação de acessos de populações vulneráveis. Destaco, por exemplo, a este propósito, o Decreto-Lei n.º 29/2018, de 4 de maio, na versão introduzida pelo Decreto-Lei n.º 74/2022, de 24 de Outubro que estabelece o Porta de Entrada – Programa de Apoio ao Alojamento Urgente, em especial no que respeita a habitação, congratulando a previsão e inclusão da alínea c)

25 O Relatório da Felicidade Interna Bruta de 2017 destaca a saúde mental (ou a falta dela) como um dos fatores mais relevantes para avaliação da felicidade, sendo as diferenças de rendimentos mais relevantes nos países mais pobres. O trabalho e a qualidade do mesmo também se revela um fator importante que pode afetar a percepção da felicidade, sendo o desemprego causador de percepção negativa da mesma. (Helliwell, et. al., 2017).

do art.º 3.º que define, para efeitos deste diploma, “movimentos migratórios”²⁶, ainda que tal conceito me pareça mais enquadrável no âmbito do conceito de refugiado²⁷, constante na lei da Concessão de Asilo ou Proteção Subsidiária (Lei n.º 18/2022, de 25 de Agosto, que alterou a Lei n.º 27/2008, de 30 de junho), do que propriamente de migrantes económicos (que, para já, assume mais visibilidade do que a anterior classificação, pelo maior número de residentes não nacionais que residem na cidade de Lisboa). Ainda assim, o apoio público disponibilizado a partir deste decreto-Lei para populações carenciadas “em virtude de factos imprevisíveis ou excepcionais” (que também não será o caso concreto), são relevantes no sentido de suprir quaisquer “carências habitacionais e sociais dos beneficiários”.

Na opinião de FERNANDA PAULA OLIVEIRA (2012: 126), de que partilho, deveria ser desenvolvida “uma nova sensibilidade pelas questões sociais no âmbito do planeamento territorial em geral e do planeamento urbanístico em particular”. Sobretudo tendo em conta a realidade emergente da questão do Alojamento Local e tendo em conta o caso particular da cidade de Lisboa, relembro o n.º 4.º do art.º 65.^{º28} da CRP, destacando a obrigação positiva do Estado de atuar em caso de previsível lesão de direitos, entre os quais a igualdade de acesso a zonas espaciais condignas e livres de exclusão e estigmatização.

Termino com uma reflexão de FERNANDO ALVES CORREIA (2012: 60) “o urbanismo é a ciência que estuda o modo de tornar compatíveis entre si os vários usos possíveis do território, de evitar entre eles as interferências recíprocas negativas”. Aliado ao papel regulador e preventivo do Direito, seria possível maximizar os instrumentos do Estado para assegurar uma maior e mais efetiva igualdade entre todos os cidadãos, nomeadamente na questão da distribuição de arrendamentos ou vendas de imóveis em zonas mais centrais na cidade de Lisboa e no dirimir da potencial tensão adveniente da estigmatização (já instalada) relativamente às periferias da cidade de Lisboa, e sobretudo às populações aí residentes.

26 c) «Movimentos migratórios», os movimentos de imigração de populações despoletados por conflitos políticos, étnicos ou religiosos ocorridos no local de origem e tendencialmente direcionados para áreas específicas ou para a totalidade do território nacional”.

27 Al. ac) do n.º 1.º do art.º 2.º da Lei n.º 27/2008, de 30 de junho na sua atual redação “ac) «Refugiado», o estrangeiro ou apátrida que, receando com razão ser perseguido em consequência de atividade exercida no Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana ou em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, convicções políticas ou pertença a determinado grupo social, se encontre fora do país de que é nacional e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção desse país ou o apátrida que, estando fora do país em que tinha a sua residência habitual, pelas mesmas razões, não possa ou, em virtude do referido receio, a ele não queira voltar, e aos quais não se aplique o disposto no artigo 9.º”.

28 “O Estado e as autarquias locais exercerão efectivo controlo do parque imobiliário, procederão à necessária nacionalização ou municipalização dos solos urbanos e definirão o respectivo direito de utilização”.

BIBLIOGRAFIA

- BAUMAN, Zygmunt (2003). *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Editora Zahar. Rio de Janeiro. 141 pp.
- BARATA SALGUEIRO, T. (2001) *Lisboa, periferia e centralidades*. Oeiras, Celta Editora.
- CARREIRAS, Marina. (2018). Integração socioespacial dos bairros de habitação social na área metropolitana de Lisboa: evidências de micro segregação. *Finisterra* [online]. 2018, n.107 [citado 2018-07-11], pp.67-85. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0430-50272018000100004&lng=pt&nrm=iso>. ISSN 0430-5027. <http://dx.doi.org/10.18055/Finis11969>.
- CORREIA, FERNANDO ALVES (2012). *Manual de Direito do Urbanismo*. Vol. I, 4.ª Ed., Almedina.
- GONÇALVES, J., COSTA, A. e ABREU R. (2015), “Starting over: A focused vision for the old suburbs of Lisbon”. *Urban Design International*, pp. 1-14.
- GUIA, Maria João (2015). Os jovens e o crime: relações e repercussões com a depressão e felicidade” Atas da Conferência Internacional “@s jovens e o crime – transgressões e justiça tutelar”, Revista *Debates*, n.º 10, organizada pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra.
- GUIA, Maria João (2016) “O Novo Estatuto da Vítima em Portugal: Sujeito ou Enfeite do processo Penal Português?”. *CONPEDI Law Review Oñati*, Spain, v.2, n1, Jan/Jun 2016, pp.147-162. e-ISSN: 2448-3931 DOI: 10.21902/clr.v2i1.270
- LEE, S. e LEIGH, N. (2005), “The role of inner ring suburbs in metropolitan smart growth strategies”. *Journal of Planning Literature*, 19 (3)
- OLIVEIRA, Fernanda Paula (2012). *Novas Tendências do Direito do Urbanismo - De um Urbanismo de Expansão e de Segregação a um Urbanismo de Contenção, de Reabilitação Urbana e de Coesão Social*, Coimbra, Almedina.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula (2012). “Planeamento urbanístico e sustentabilidade social”, in *Estudos em Homenagem ao Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra, Coimbra Editora.
- PEREIRA, Hélia [superv.] (2017). O impacto económico do Alojamento Local na Área Metropolitana de Lisboa 2016-2020. AHRESP - Associação da Hotelaria, Restauração e Similares de Portugal. Consultado aos 12/07/2018, disponível em http://travelbi.turismodeportugal.pt/pt-pt/Documents/An%C3%A1lises/Alojamento/o_impacto_economico_do_alojamento_local_na_area_metropolitana_de_lisboa_2016-2020.pdf
- PIKETTY, Thomas (2014). *O capital no século XX*, Lisboa, Temas e debates.
- RODRIGUES, Luís (2011). *Manual de crimes urbanísticos: Exemplos práticos para compreender os negócios insustentáveis da especulação imobiliária*, Lisboa, Guerra e paz.
- ROQUE, Bárbara (2017). Alojamento Local e Política Urbanística: o Urbanismo ao Serviço de uma Regulação Necessária e Adequada. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra.
- HELIWELL, J., LAYARD, R., & SACHS, J. (2017). *World Happiness Report 2017*, New York: Sustainable Development Solutions Network. ISBN 978-0-9968513-5-0 <http://worldhappiness.report/ed/2017/>

Implementação da Lei de Proteção do Clima

– Tribunal Federal Constitucional da Alemanha exige respostas mais céleres
Análise da Decisão do Primeiro Senado de 24 de Março de 2021 –

Implementation of the Climate Protection Act

– Germany’s Federal Constitutional Court demands faster responses
Analysis of the First Senate Decision of 24 March 2021 -

ANJA BOTHE¹

aboth@autonoma.pt

DANILA GONÇALVES DE ALMEIDA²

danilaalmeida@gmail.com

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

Volume XXII · 1st January Janeiro – 31st December Dezembro 2022 · pp. 107-122

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXII.1/2.7>

Submitted on November 2nd, 2022 · Accepted on November 22nd, 2022

Submetido em 2 de Novembro, 2022 · Aceite a 22 de Novembro, 2022

RESUMO O Tribunal Federal Constitucional da Alemanha decidiu pela inconstitucionalidade parcial da Lei Federal do Clima. A insuficiente limitação das emissões de gases com efeito de estufa até 2030, e a falta de estipulações legais mínimas a partir de 2030, comprometem as liberdades fundamentais, porque a ausência de medidas mais contundentes neste futuro próximo implica a necessidade de reduções drásticas de CO₂ e equivalente depois de 2030, que afetarão potencialmente todas as áreas da sociedade.

PALAVRAS CHAVE Lei do Clima; Tribunal Constitucional; Liberdades Fundamentais; Direito do Ambiente; Emissões CO₂ e equivalente

ABSTRACT The Federal Constitutional Court of Germany ruled the Federal Climate Act to be partially unconstitutional. The insufficient limitation on the greenhouse gas emissions until 2030, and the lack of minimum legal stipulations after 2030, compromise

1 Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Hamburgo; Pós-doutoramento financiado pela FCT; Docente da Universidade Autónoma de Lisboa (UAL); Investigadora no *Ratio Legis* (Centro de Investigação do Departamento de Direito da UAL); advogada na *hdprm.com*.

2 Juíza Federal da Subseção Judiciária de Barra do Garças, no Estado de Mato Grosso – Brasil, Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa.

Abreviaturas mais usadas: ONGA = Organizações Não Governamentais do Ambiente; CRP = Constituição da República Portuguesa; RFA = República Federal da Alemanha.

fundamental freedoms, because the absence of more forceful measures in the near future implies the need for drastic CO₂ and equivalent reductions after 2030, which will potentially affect all areas of society.

KEYWORDS Federal Climate Act; Constitutional Court; fundamental freedoms; Environmental Law; greenhouse gas emissions

SUMÁRIO Introdução 1. Sujeitos e objetos da ação; 2. Alegadas insuficiências da legislação de proteção do clima; 3. Constitucionalidade quanto ao artigo 2, n. 2 da Constituição Federal Alemã: Dever do Estado de proteger a vida e a integridade física das pessoas; 4. Constitucionalidade quanto ao artigo 14, n. 1 da Constituição Federal Alemã: Direito de propriedade privada; 5. Constitucionalidade quanto ao dever de proteção dos residentes no Bangladesh e no Nepal; 6. Inconstitucionalidade da transferência de significativa parcela dos encargos de redução de gases com efeito estufa para períodos posteriores a 2030; 7. Inconstitucionalidade decorrente de um prejuízo futuro?; 8. Foram reconhecidos direitos às gerações futuras?; 9. O princípio da equidade intergeracional; 10. Mandado de proteção objetiva e a proteção das gerações futuras; 11. Inadequação dos requisitos legais para a continuação da trajetória de redução após 2030; Conclusão

Introdução

Em 24 de março de 2021, o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha deu provimento parcial a quatro queixas apresentadas contra partes da Lei de Proteção do Clima e contra alegadas omissões do Estado na mitigação das alterações climáticas. O tribunal negou provimento, considerando que a Lei de Proteção do Clima e o restante desempenho do Estado são capazes e suficientes, e não violam os deveres estatais de proteção da vida e da integridade física das pessoas (artigo 2, n.º 2), o Direito ao desenvolvimento da personalidade (artigo 2, n.º 1), a Dignidade humana (artigo 1, n.º 1), a Liberdade de escolha de profissão (artigo 12, n.º 1), o Direito de propriedade privada (artigo 14, n.º 1) e o Dever do Estado de proteger o ambiente (artigo 20 a) por exporem as pessoas às consequências ecológicas que as alterações climáticas estão a trazer consigo. O tribunal considerou, no entanto, que o direito fundamental da liberdade pode ser inconstitucionalmente ameaçado se as disposições legais resultarem em emissões de CO₂ demasiado generosas num futuro próximo, de modo que os encargos de redução necessários seriam transferidos para o futuro em detrimento da liberdade futura.

A publicação do Acórdão situa-se seis meses antes das eleições para o Parlamento Federal e quinze semanas antes das inundações torrenciais que mataram 200 pessoas e causaram uma destruição tremenda.

1. Sujeitos e objetos da ação

Foram analisadas em conjunto quatro queixas. Em Portugal, apenas alguns órgãos constitucionais têm legitimidade ativa para requerer a apreciação da constitucionalidade. Na Alemanha, qualquer pessoa pode apresentar queixa perante o tribunal constitucional, quando alega a violação dos seus direitos constitucionalmente garantidos, e esgotadas as instâncias judiciais.

Objeto das ações são certas cláusulas da Lei Federal de Proteção do Clima e um desempenho inconstitucionalmente fraco, do Estado, na luta contra o aquecimento global. Parte das queixas já foram apresentadas em 2018, enquanto a Lei de Proteção do Clima data de 2019. Mas, como os autores das queixas consideram o conteúdo da Lei de Proteção do Clima insuficiente, entendem que continua a existir inconstitucionalidade.

Os queixosos são Organizações Não Governamentais do Ambiente (ONGA), jovens, residentes na Alemanha e residentes no Bangladesh e no Nepal. O Bangladesh e o Nepal são países que já estão a sofrer danos especialmente graves causados pelas alterações climáticas. Eles estão sujeitos, de forma destacada, à subida do mar, a trovoadas, a ondas de calor extremo, a derrocadas de terra, etc. Quanto às ONGA o tribunal negou a legitimidade ativa porque, no Direito Processual Constitucional da Alemanha não se encontra prevista a ação popular (constante em Portugal no artigo 52.º Constituição da República Portuguesa (CRP). Na República Federal da Alemanha (RFA) apenas são analisadas queixas de quem alega uma violação dos seus direitos subjetivos próprios.)

Na Constituição da RFA, não se encontra explicitado nenhum direito ao ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado. Existem sim o objetivo e a tarefa fundamental do Estado de proteger o ambiente. Para além deste dever de proteção do ambiente, enquanto parte objetiva, há o direito ao ambiente saudável como condição prévia para certos direitos explicitamente garantidos. No contexto da presente análise é invocado um direito a um mínimo de existência ecológica baseado no direito ao desenvolvimento da personalidade juntamente com o princípio da dignidade humana.

A Lei de Proteção do Clima assenta em dois mecanismos principais: nos objectivos nacionais de protecção do clima (§ 3) e nos níveis de emissão anuais admissíveis (§ 4). Quanto aos objetivos, “(1) As emissões de gases com efeito de estufa devem ser progressivamente reduzidas em relação a 1990. Será aplicada uma quota de redução de pelo menos

55% até ao ano alvo de 2030.” Este objetivo encontra-se instrumentalizado via reduções anuais, que especificam emissões admissíveis para os setores da energia, indústria, transporte, edifícios, agricultura, gestão de resíduos e outros.

O instrumento das reduções anuais, § 4, traz consigo vários mecanismos de flexibilização, que integram o objeto das alegadas inconstitucionalidades aqui analisadas. “(2) O Governo Federal terá poderes para alterar a atribuição de fontes de emissão aos setores referidos no Anexo 1. (3) Se, a partir de 2021, as emissões [...] excederem [...], a diferença será creditada igualmente às restantes quantidades anuais de emissões do setor até ao ano seguinte [...] (5) O Governo Federal tem poderes para alterar os níveis anuais de emissões dos sectores enumerados no Anexo 2 por decreto regulamentar [...]”.

2. Alegadas insuficiências da legislação de proteção do clima

Os requerentes apresentam três níveis de insuficiência de atuação: 1.º a finalidade da limitação da subida da temperatura: “se possível a 1,5 graus acima do nível pré-industrial”. Esta finalidade assenta no “Acordo de Paris baseado na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas, segundo a qual o aumento da temperatura média global deve ser limitado a muito menos de 2 graus Celsius e, se possível, a 1,5 graus acima do nível pré-industrial, a fim de manter os efeitos das alterações climáticas globais tão baixos quanto possível, bem como o compromisso da Alemanha, na Cimeira das Nações Unidas sobre o Clima, em Nova Iorque, a 23 de Setembro de 2019, de prosseguir a neutralidade dos gases com efeito de estufa até 2050 como um objetivo a longo prazo.” (§ 1 Finalidade da Lei)

Quanto a esta primeira insuficiência, alegam os demandantes, que aceitando que este limite de 1,5 graus possa não ser alcançado, implica pôr em risco a vida de milhares de pessoas e implica que sejam ultrapassados os pontos de viragem, apresentados pelo painel intergovernamental sobre mudanças climáticas.

A segunda insuficiência de atuação, objeto da ação, implica a incoerência entre a finalidade e o referido objetivo da lei, significando que será impossível alcançar a finalidade do limite de 1,5 graus de subida da temperatura com a quota de redução de 55% até ao ano alvo de 2030.

A terceira alegada insuficiência é refletida nas emissões máximas anuais, que não alcançarão o objetivo legalmente determinado. Assim, a “quantidade máxima expressa em milhões de toneladas de CO₂ e equivalente” foi indicada, pelo painel intergovernamental sobre mudanças climáticas, com 336 giga toneladas de emissões de CO₂ e equivalente para o nível global, o que significa em termos de direitos de emissões, per capita, da Alemanha a partir de 2020, uma quantidade de 3,465 giga toneladas de CO₂ e equivalente. Tomando

apenas as medidas de redução previstas na lei, este *budget*, i.e., esta quantidade máxima, será atingida nos próximos anos, incumprindo os objetivos da lei.

Os juízes analisaram detalhadamente as referidas três insuficiências da lei e da atuação do Estado, que são os objetos da alegada inconstitucionalidade: a finalidade, os objetivos e as reduções de emissões previstas.

Fundamento das análises da matéria de facto, realizadas pelos magistrados, são os relatórios do painel intergovernamental sobre as alterações climáticas, segundo os quais as consequências das alterações climáticas têm demonstrado a enorme vulnerabilidade das pessoas perante ondas de calor, secas, chuvas extremas, inundações, ciclones, incêndios. Facilmente é provocada uma rutura do abastecimento de alimentos e água, são causados danos nas infraestruturas e no alojamento, há doentes e há mortos. Aumentaram já, de forma relevante, as doenças infecciosas, doenças cardiovasculares e respiratórias, alergias, entre outras.

Quanto à Alemanha, destaca-se, na presente análise do Acórdão, apenas a preocupação dos magistrados com o nível das águas subterrâneas, bem mais baixo do que aquilo que era normal.

O tribunal afirma a obrigação constitucional do Estado de tomar medidas contra os perigos, que resultarão das alterações climáticas. Assim, o Estado tem de tomar medidas contra o aumento da temperatura e outras de adaptação às alterações climáticas.

Também, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, resultam obrigações dos Estados de proteção contra a degradação ambiental que possa causar perigo para a vida e a saúde. Estas obrigações, no entanto, não vão mais longe do que as respetivas obrigações na Constituição da RFA.

O facto de a Alemanha apenas conseguir travar o aquecimento global com os outros países, não faz com que deixe de ter as suas obrigações, mesmo constitucionais. A Alemanha, representa 1,1% da população mundial e é responsável por perto de 2% das emissões de gases com efeito de estufa.

3. Constitucionalidade quanto ao artigo 2, n. 2 da Constituição Federal Alemã: Dever do Estado de proteger a vida e a integridade física das pessoas

Como já se referiu, o tribunal concluiu que os deveres do Estado de proteger a vida e a integridade física das pessoas, constantes no artigo 2, n. 2 da Constituição Federal Alemã, se encontram cumpridos. As obrigações constitucionais do Estado incluem a proteção das

gerações futuras mas, objetivamente, não há direitos subjetivos de pessoas que ainda não nasceram. O Estado tem de promover medidas no seio dos atores internacionais.

É importante ter em conta, que existem vários níveis de densidade dos conteúdos dos diferentes tipos de direitos fundamentais. Assim, os direitos fundamentais de defesa implicam uma atuação determinada na Constituição. Há deveres de abstenção muito concretos como, por exemplo, a proibição da expulsão de cidadãos, ou a inviolabilidade do domicílio. Tomando como objeto, no entanto, a parte objetiva dos direitos fundamentais, i.e., os deveres de proteção do Estado, o grau de concretização é muito menor. Trata-se de um conteúdo indeterminado, atribuindo ao Estado uma ampla margem de como analisar, avaliar e atuar. Dentro desta margem ampla, apenas há inconstitucionalidade no caso de medidas incapazes ou insuficientes para alcançar o fim de proteção devido. Deste modo, tratava-se de um conceito incapaz, se a lei não tiver em vista a neutralidade climática. A redução em 55% de CO₂ e equivalente, em comparação ao ano 1990 é, claramente, um objetivo intermédio e, como tal, a determinação legal das quantidades de emissões, após 2030, apenas num momento mais tarde deve ser considerada uma técnica legislativa admissível.

Quanto à análise da suficiência das medidas, consideram os juízes que a Constituição não implica uma necessidade absoluta de travar o aquecimento com um aumento de 1,5.°C. Pode uma parte da população considerar que a limitação do aumento da temperatura de 2 graus, e possivelmente 1,5 graus, seja pouco ambiciosa, no entanto, o legislador tem uma ampla margem de avaliação dos riscos e determinação das medidas. A partir do aumento de 1,5 .°C cresce exponencialmente o risco de pontos de viragem – *tipping points* – com consequências qualitativas para maiores subsistemas ecológicos.

O tribunal refere-se a um relatório especial do painel intergovernamental sobre as mudanças do clima de 2018, em que compara as consequências de um aquecimento de 1,5 graus com as consequências de um aquecimento de 2 graus. Até a publicação deste relatório, o essencial do trabalho preparatório do Direito Internacional e nacional assentava na finalidade de evitar um aumento de 2 graus. Resulta do referido relatório especial, do painel intergovernamental sobre as mudanças do clima de 2018, que um aumento acima dos 1,5 graus provocará alterações qualitativas para maiores subsistemas ecológicos. Trata-se de sistemas com significado especialmente relevante para o clima global, e que podem sofrer ruturas drásticas que, por sua vez, poderão provocar outras ruturas, assim num tipo de cascata de consequências irreparáveis e imprevisíveis. Exemplo destas ruturas são a instabilidade dos lençóis de gelo marinho na Antártica e ou a perda irreversível dos lençóis de gelo marinho na Groenlândia que aumentará a altura do nível do mar em vários metros. Outros sistemas são a floresta Amazónica, ou sistemas de correntes de ar e ou do mar.

Na sua análise da constitucionalidade do direito fundamental à vida humana e à integridade física, os magistrados focam-se na identidade e na diferença entre a proteção da vida humana e da integridade física por um lado, e da proteção do clima, por outro. Assim, sublinham uma interseção relevante entre a proteção do clima e a proteção dos bens tutelados no artigo 2 n.º 2, 1ª frase da Constituição, mas os bens tutelados não são inteiramente idênticos: a vida humana e a integridade física podem ser protegidas por medidas de adaptação ao aumento da temperatura.

Para salvaguardar as suas obrigações constitucionais de proteção da vida e da integridade física das pessoas, governo e legislador estabeleceram as devidas estratégias de adaptação às consequências das alterações climáticas. Como tal, os juízes referem medidas de planeamento urbanístico e paisagístico, para diminuir o aquecimento das cidades, apresentam a construção de diques junto as costas, construções de drenagens, renaturalização, reflorestação, entre outras.

Quanto à insuficiência das medidas para alcançar os objetivos legalmente determinados, admite o tribunal que, de facto, há indícios de que a Alemanha não conseguiria cumprir o compromisso assumido para fazer a sua parte para limitar o aquecimento do planeta aos 1,5.ºC. Conseguiria 52,2% em vez dos 55% assumidos. Os objetivos, por sua vez, que servem de base para as medidas de diminuição de emissões, foram elaborados em 2010, quando a meta global do aquecimento máximo se encontrava determinada em 2.ºC.

Conclui o tribunal que o legislador está a cumprir as suas obrigações de proteção da vida e da integridade física das pessoas, porque ele não produziu apenas medidas de mitigação das alterações climáticas – a lei de proteção do clima e outras leis de diminuição das emissões de gases com efeito de estufa – como acrescentou medidas de adaptação.

4. Constitucionalidade quanto ao artigo 14, n. 1 da Constituição Federal Alemã: Direito de propriedade privada

Nas ilhas e zonas costeiras da Alemanha, a subida do nível do mar ameaça propriedades. A insuficiente proteção destas propriedades é apresentada pelos queixosos como violação do legislador na proteção do direito de propriedade privada. Os magistrados consideram, no entanto, que o legislador tem uma ampla margem de determinação, quando pondera os interesses dos proprietários e outros interesses afetados por uma proteção mais rigorosa do clima. Assim, mais uma vez, a atuação do legislador está situada dentro da constitucionalidade.

5. Constitucionalidade quanto ao dever de proteção dos residentes no Bangladesh e no Nepal

Dois terços do território do Bangladesh encontram-se a menos de cinco metros acima do nível médio do mar e o país encontra-se altamente ameaçado pela subida do mar. Vários rios recebem água da cadeia montanhosa das Himalaias e o degelo dos glaciares provoca cada vez mais inundações. Há monções e turbilhões, há derrocadas de terra devido a chuvas extremas que causam destruição de vidas, alojamentos, solos agrícolas, dificultam o acesso à água potável, entre outras. Nas cidades, especialmente nos bairros de lata, qualquer aumento mínimo da temperatura fragiliza mais a população. Há imensas mortes causadas por disenteria.

Todo o poder soberano do Estado Alemão se encontra vinculado à Constituição, i.e., não há nenhuma limitação quanto ao território alemão. Apesar desta vinculatividade, há dimensões diversas de direitos fundamentais, quanto aos seus efeitos: diferencia-se entre direitos de defesa, direitos de prestações, valores e princípios constitucionais e os deveres de proteção como base para direitos subjetivos.

O Estado Alemão cumpre as suas obrigações para com os residentes na Alemanha através de medidas de mitigação do e de adaptação ao aumento da temperatura do planeta. A parte da proteção via adaptação não é realizável no Bangladesh e no Nepal pelo Estado Alemão, i.e., o Estado Alemão pode contribuir com ajudas, mas não tem poder de decisão.

Através da participação, a nível internacional, no combate ao aquecimento global, o Estado Alemão cumpriu as suas obrigações de proteção dos queixosos residentes no Bangladesh e no Nepal.

6. Inconstitucionalidade da transferência de significativa parcela dos encargos de redução de gases com efeito estufa para períodos posteriores a 2030

Embora o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha não tenha considerado inconstitucionais as disposições da Lei de Proteção do Clima quanto às alegações dos queixosos de violação do “direito fundamental a um futuro digno”, ou que os esforços de proteção do clima pelo legislador alemão tenham sido insuficientes, reconheceu a existência de ameaça inconstitucional ao direito fundamental de liberdade, na medida em que a Constituição, sob determinadas condições, garante uma proporcional distribuição de oportunidades de liberdade decorrentes dos direitos fundamentais ao longo do tempo e das gerações.

Tendo em vista o compromisso da Alemanha de alcançar a neutralidade dos gases de efeito estufa até o ano de 2050, é necessário um planeamento e uma progressiva trajetória

de redução desses gases, de modo que, quanto mais rápido forem adotadas medidas para reduzir as emissões, menos drásticas deverão ser as alterações impostas no estilo de vida das pessoas.

Contudo, a Lei de Proteção do Clima transfere proporções significativas dos encargos de redução de gases com efeito de estufa para períodos posteriores a 2030. Isso pode implicar novos encargos de redução no futuro, que deverão ser adotados a curto prazo, o que pode exigir enormes esforços ameaçando, assim, a liberdade fundamentalmente protegida dos atingidos.

Isso ocorre porque, a redução das emissões de gases com efeito estufa afeta potencialmente toda a forma de liberdade, tendo em vista que, hoje, quase todas as áreas da vida humana provocam a emissão de gases com efeito estufa e podem, portanto, ser ameaçadas por restrições drásticas após 2030.

Nessa senda, o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha considerou que o direito fundamental da liberdade pode ser inconstitucionalmente ameaçado, considerando que as atuais disposições legais permitem emissões de gases de efeito estufa em proporções demasiado generosas num futuro próximo, o que implica que os encargos de redução necessários seriam transferidos para o futuro, em detrimento da futura liberdade.

Com efeito, as quantidades de emissão de gases com efeito estufa autorizadas até ao ano 2030 já têm consequências para os encargos de redução subsequentes. Desta forma, já estão a determinar futuras restrições aos direitos fundamentais, conforme os próprios termos legais. Isso porque os gases emitidos geram efeitos irreversíveis na temperatura da Terra. Além disso, deve-se seguir um caminho progressivo até à neutralidade climática, de modo que não se pode deixar tudo para o último momento. A ausência de ações mais contundentes nos anos mais próximos implica, inevitavelmente, a necessidade de tomada de ações mais drásticas de redução no futuro em condições potencialmente mais desfavoráveis, o que atingiria drasticamente o direito à liberdade.

As restrições à liberdade são mais brandas quanto mais tempo houver para a mudança para alternativas sem gases de efeito estufa; quanto mais cedo for iniciada, mais se reduz o nível global de emissões. Se, por outro lado, uma sociedade caracterizada por um modo de vida intensivo em gases de efeito estufa tiver de mudar para comportamentos neutros em termos climáticos, no mais curto espaço de tempo possível, as restrições à liberdade seriam, então, enormes. Neste caso, as metas de redução de emissões para o período após 2030 teriam de ser muito mais ambiciosas e as medidas daí derivadas teriam que ser muito mais drásticas para a liberdade dos detentores de direitos fundamentais, considerando que a determinação das emissões totais admissíveis a nível nacional afeta todas as áreas de vida dos titulares dos direitos fundamentais.

Partindo dessas premissas, o tribunal, no acórdão, considerou a necessidade de salvaguarda da liberdade futura (no caso, após 2030), numa perspetiva intertemporal, tendo em vista a necessidade de distribuição equitativa desse direito à liberdade ao longo do tempo e das gerações.

7. Inconstitucionalidade decorrente de um prejuízo futuro?

Considerando que essa transferência de encargos de redução de emissões para depois de 2030 se trata de uma situação que somente vai afetar o futuro, não se poderia dizer que é inexistente um dano atual? Ou seja, que não há uma atual violação de direitos fundamentais já que a lesão ainda não ocorreu?

No entanto, o tribunal alemão entendeu que, como já existe uma legislação em vigor que conduz a essa situação no futuro, a preocupação já se faz válida no presente. A liberdade após 2030 está ameaçada precisamente porque já existe uma legislação que permite a emissão de gases de efeito estufa em níveis ainda elevados até o ano de 2030, o que gera consequências irreversíveis. Assim, se houvesse uma queixa constitucional no futuro contra essas restrições à liberdade, esta seria inócua diante da situação de irreversibilidade, de modo que é preciso reconhecer, já no presente, o direito de reclamar em juízo.

As obrigações estatais de proteção decorrentes da função objetiva dos direitos fundamentais, não intervêm portanto apenas quando já ocorreram lesões, mas são também direcionadas para o futuro. Inclusive, a obrigação de proteger contra riscos para a vida e a saúde pode igualmente justificar o dever de proteção das gerações futuras, mormente quando estão em causa eventos irreversíveis.

8. Foram reconhecidos direitos às gerações futuras?

Embora tenha sido reconhecida a necessidade de se resguardar as liberdades futuras, isso não significa que o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha tenha reconhecido direitos às gerações futuras.

No caso, os juízes consideraram que os requerentes estavam, eles próprios, defendendo as suas próprias liberdades, por se tratar predominantemente de adolescentes e adultos jovens. Ou seja, esses autores estão, eles próprios, sujeitos às medidas necessárias para reduzir as emissões de gases de efeito estufa depois de 2030. Não estavam eles, portanto, a afirmar os direitos dos que ainda não nasceram, ou de gerações futuras inteiras. Pelo contrário, eles estavam a procurar defender os seus próprios direitos fundamentais.

Aqui, porém, deve-se fazer uma ressalva, pois aqueles queixosos com residência no Bangladesh e no Nepal, por não poderem ser afetados pelas medidas mais restritivas na Alemanha depois de 2030, não têm legitimidade nesse aspeto.

Segundo o acórdão, o dever constitucional de proteger a vida e a saúde dos perigos das alterações climáticas pode também estabelecer uma obrigação objetiva de proteger as gerações futuras. E, na hipótese de incerteza científica sobre as causas relevantes das ameaças ambientais, o dever especial de cuidado conferido ao legislador, pelo artigo 20.ºa da Constituição alemã, também deve ser interpretado em benefício das gerações futuras, tendo em conta indicações já fiáveis da possibilidade de consequências graves ou irreversíveis ao ambiente. Este artigo, inclusive, contém uma norma jurídica que se destina a vincular o processo político a favor de preocupações ecológicas, tendo em vista, também, as gerações futuras. O mandato objetivo de proteção do artigo 20.ºa, da Constituição Federal alemã, abrange a necessidade de lidar com os fundamentos naturais da vida e de deixar, à posteridade, num estado tal que as gerações seguintes não se vejam obrigadas a preservá-las apenas ao preço da uma abstinência radical.

Segundo o posicionamento do tribunal alemão, a obrigação intergeracional do Estado de proteger é portanto apenas de natureza objetiva, uma vez que as gerações futuras não são atualmente capazes de direitos fundamentais em termos subjetivos, quer como grupo, quer como soma das pessoas singulares que viverão apenas no futuro. No entanto, tendo em conta os grandes perigos que as alterações climáticas podem implicar, como os perigos relacionados a ondas de calor, inundações, furacões etc., o Estado é obrigado a atuar para proteger tanto as pessoas que vivem hoje, como, de uma forma objetiva, as gerações futuras.

9. O princípio da equidade intergeracional

Embora não constem do acórdão ora analisado as observações que seguem, é interessante observar, para fins de comparação, que Brasil e Portugal reconhecem um direito fundamental ao meio ambiente, independente do direito à vida, à saúde, à integridade física etc. Isso torna mais fácil, em tese, reconhecer-se um direito difuso ao ambiente, o qual diz respeito não apenas às gerações atuais, mas também às gerações futuras, principalmente quando se considera o princípio da equidade intergeracional, que é previsto tanto na Constituição portuguesa, como na brasileira.

Segundo EDITH BROWN WEISS,³ advogada e autora americana, o princípio da equidade intergeracional compreende os seguintes princípios:

- a) **princípio de conservação das opções** – segundo o qual, cada geração é obrigada a preservar a diversidade de sua base de recursos naturais e culturais, de forma a não limitar indevidamente o leque de opções de que disporão as gerações futuras para resolver seus próprios problemas;
- b) **princípio da conservação da qualidade** – o qual estabelece que se preserve a qualidade do planeta para transmiti-lo em um estado que não seja inferior àquele a que a geração presente teve acesso, de forma que cada geração possa beneficiar de um planeta comparável em qualidade àquele do qual beneficiaram as gerações anteriores; e
- c) **princípio da conservação do direito de acesso** – de acordo com o qual, cada geração humana tem o dever de assegurar a todos os seus membros, de forma equitativa, direitos de acesso à herança planetária, além de conservar tais direitos de acesso às gerações futuras.

O jurista e filósofo belga FRANÇOIS OST,⁴ por sua vez, entende a responsabilidade em relação às gerações futuras sob a forma da transmissão de um patrimônio comum, ligando todos os membros da espécie humana (presentes, passados e futuros), pois todos têm igual dignidade, de forma que todos também têm direito de beneficiar desse patrimônio comum e, ao mesmo tempo, cada geração tem o dever de transmitir esse patrimônio para as gerações futuras. Assim, cada geração é apenas usufrutuária dessa herança planetária, e não sua titular/proprietária.

Nesse contexto, embora a proteção das gerações futuras possa ocorrer sem que lhes sejam conferidos direitos, WEISS defende que reconhecer direitos às gerações futuras (ainda que direitos em um sentido mais amplo) é mais eficaz para a defesa dos interesses das gerações futuras e do meio ambiente, do que a previsão unicamente de deveres.

Essa autora define os direitos intergeracionais (ou planetários) como os direitos de cada geração de receber o planeta numa condição que não seja inferior àquela da qual beneficiou a geração precedente, de herdar uma diversidade comparável de recursos naturais e culturais e de ter acesso equitativo ao uso e aos benefícios desse legado.⁵ Quanto aos deveres intergeracionais, ela menciona os seguintes: dever de conservar os recursos; dever de assegurar uma utilização equitativa; dever de evitar efeitos prejudiciais; dever de evitar as

3 EDITH BROWN WEISS, *Justice pour les générations futures*. Paris: Sang de la terre (1993) 35.

4 FRANÇOIS OST, *La nature hors la loi: l'écologie à l'épreuve du droit*. Paris: La Découverte (2003) 297-298.

5 EDITH BROWN WEISS, *Intergenerational fairness and rights of future generations*. *Generational Justice!* N.º 3 (nov. 2002) 6.

catástrofes, de limitar os desgastes e de fornecer uma ajuda de urgência (cooperação entre países no caso de desastres ecológicos); dever de reparação em caso de danos ao ambiente.

10. Mandado de proteção objetiva e a proteção das gerações futuras

Fazendo-se uma analogia, dentre os deveres intergeracionais indicados por WEISS, o de assegurar uma utilização equitativa é o que mais se assemelha ao fundamento adotado pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão ao considerar que se deve salvaguardar a liberdade ao longo do tempo, assim como a distribuição proporcional de oportunidades de liberdade ao longo de gerações, não sendo razoável criar-se riscos desproporcionais no decurso do tempo, violando a equidade entre atuais e futuras liberdades fundamentais.

Desta forma, embora não reconheça direitos às gerações futuras e tenha reduzido a análise à possibilidade de lesão da liberdade futura dos próprios queixosos, o tribunal alemão admite, em tese, que o mandado de proteção objetiva derivado do artigo 20a, da Constituição Alemã, inclui também a necessidade de lidar com atenção com os fundamentos naturais da vida, de modo a deixá-los à posteridade num estado tal que não obrigue as gerações seguintes a preservá-los somente ao custo de uma privação radical.

11. Inadequação dos requisitos legais para a continuação da trajetória de redução após 2030

Segundo a Lei de Proteção do Clima, a continuação do caminho de redução de gases de efeito estufa nos períodos anuais após a trajetória regulamentada até 2030 será disciplinada por decreto, de modo que o governo federal deve definir as quantidades anuais de redução de emissões em 2025 para períodos adicionais após 2030 por meio de um decreto regulamentar.

Dessa forma, tendo em vista que o processo de redução após 2030 é orientado pela autorização para emitir decretos, tal disposição deve ser capaz de criar o horizonte de planeamento exigido pelo Direito Constitucional. Isso implica que disposições transparentes para o desenvolvimento de opções de emissões remanescentes e requisitos de redução para após 2030 devem ser formuladas o mais cedo possível, a fim de se possibilitar um planeamento e desenvolvimento em grande escala em tempo útil, de modo a não se restringir a liberdade futura de forma abrupta, radical e sem possibilidade de substituição.

De acordo com o que foi decidido pelo Tribunal, é compreensível que, quando da elaboração da Lei de Proteção do Clima, não fosse possível determinar especificamente os caminhos de redução para além do ano de 2030 até o ano de 2050, definido como o ano em

que deve ser atingida a neutralidade climática. Isso porque o desenvolvimento técnico e a mudança comportamental não podem ser previstos com suficiente previsão, de forma que estabelecer muito cedo caminhos rígidos de evolução, mormente em áreas do Direito que estão constantemente sujeitas a mudanças, pode até mesmo comprometer o potencial de desenvolvimento e revelar-se prejudicial à proteção dos direitos fundamentais.

Por outro lado, os caminhos que até agora só foram regulamentados por lei até 2030 devem ser desenvolvidos continuamente ao longo do tempo num processo gradual, o que deve acontecer em tempo hábil para que surjam horizontes de planeamento claros, com a especificação das quantidades anuais adicionais de emissões e as medidas de redução necessárias, de modo a ser criada uma orientação suficientemente concreta, permitindo reconhecer quais os produtos e comportamentos que terão de ser significativamente remodelados.

Partindo dessas premissas, o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha considerou que os parâmetros previstos na lei para a continuação da trajetória de redução após 2030 não atendem aos requisitos constitucionais de um projeto que forneça orientação suficiente para desenvolvimentos futuros. Embora não se possa exigir que as quantidades de emissão sejam determinadas especificamente até que a neutralidade climática desejada seja atingida em 2050, não é suficiente a previsão de que o governo federal estipule, em 2025, as emissões decrescentes anuais para períodos adicionais após 2030 por meio de decreto. Isso porque o caminho de redução dificilmente poderá ser determinado definitivamente em 2025, de forma que ao menos teria que restar determinado na lei em que intervalos de tempo outras especificações devem ser feitas de forma transparente. Ademais, o planeamento para períodos além de 2030 somente ocorreria em 2025, o que resulta em um tempo de preparação de apenas cinco anos para o período seguinte. Assim, é improvável que haja um horizonte de planejamento hábil em muitas áreas de produção, consumo e infraestrutura.

A previsão legal não garante, portanto, que as estipulações sejam realizadas com a antecedência necessária e nada é dito sobre a duração dos períodos a serem regulamentados pelo governo federal. Assim, a lei deveria fornecer estipulações mais abrangentes, regulando tudo o que é necessário para a trajetória de redução no futuro em tempo hábil.

A Constituição alemã permite que o Governo Federal seja autorizado por lei a emitir decretos regulamentares. Entretanto, o conteúdo, a finalidade e a extensão da autorização legal concedida devem ser determinados na própria lei. O grau de especificidade da lei quanto à autorização em cada caso depende também da intensidade dos efeitos da regulamentação sobre os afetados. Quanto mais graves forem os efeitos, mais numerosos serão os requisitos para autorização. No presente caso, a princípio, o legislador pode estipular

que novos regulamentos, para determinação das quantidades de emissões anuais para períodos posteriores a 2030, sejam feitos por decreto. Entretanto, o princípio constitucional da reserva de lei impõe que o próprio legislador determine as bases decisivas do espaço jurídico a regulamentar, que afetam essencialmente o espaço de liberdade e igualdade dos cidadãos, não podendo deixar isso a cargo da administração.

Assim, para que a determinação adicional das quantidades de emissões anuais possa ser realizada por meio de decreto, o legislador deve definir a extensão da autorização de forma mais precisa, determinando a amplitude das quantidades de emissões anuais a serem determinadas ou especificando requisitos mais detalhados para a sua determinação específica. Isso implica que as disposições da Lei do Clima, neste aspeto, são inconstitucionais, diante da ausência de determinação das bases essenciais para a regulamentação sobre a atualização das metas de redução de 2031 até ao momento da neutralidade climática.

Conclusão

A partir da análise do que foi decidido pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha quanto às queixas apresentadas contra certas cláusulas da Lei de Proteção do Clima e contra alegadas omissões do Estado na mitigação das alterações climáticas, observa-se que, por inexistir na Constituição da República Federal da Alemanha uma previsão explícita de um direito a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, a questão foi analisada a partir dos deveres estatais de proteção da vida e da integridade física das pessoas, do direito ao desenvolvimento da personalidade, da dignidade humana, da liberdade de escolha de profissão, do direito de propriedade privada e do dever do Estado de proteger o ambiente, os quais foram considerados como atendidos pelo legislador.

Além disso, foi analisado, ainda, o direito fundamental da liberdade, o qual foi considerado como inconstitucionalmente ameaçado pelas disposições da Lei de Proteção do Clima, por transferirem proporções significativas dos encargos de redução de gases com efeito de estufa para períodos posteriores a 2030, comprometendo a liberdade futura.

Embora o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha não reconheça direitos às gerações futuras, admite, em tese, que o mandado de proteção objetiva derivado do artigo 20a, da Constituição Alemã, inclui também a necessidade de cuidar dos fundamentos naturais da vida, de modo a deixá-los à posteridade em um estado tal que não obrigue as gerações seguintes a preservá-los somente ao custo de uma privação radical.

Foram também consideradas inconstitucionais certas disposições da Lei de Proteção ao Clima por estabelecerem que a determinação adicional das quantidades de emissões

anuais de gases de efeito estufa seja realizada por meio de decreto sem que o legislador tenha definido a extensão da autorização de forma mais precisa, no que se refere às bases essenciais para a atualização das metas de redução de 2031 até o momento da neutralidade climática.

Em 24 de junho de 2021, o Parlamento Federal e no dia a seguir o Conselho Federal, aprovaram a primeira alteração da Lei Federal de Proteção do Clima. Conforme exigido pelo Tribunal Federal Constitucional, foram elevadas as metas de redução de gases com efeito estufa e equivalente de 55% até 2030 para 65%, e para 88% até 2040 em comparação com os valores de 1990. A neutralidade carbônica deve ser alcançada em 2045 em vez de 2050. Em consonância com estes valores, foram adaptadas as quantidades de emissões anuais para cada setor para os anos 2023 a 2030. O Governo Federal fica obrigado a determinar os valores anuais para 2031 a 2040 até 2024, e para 2041 a 2045 até 2032⁶.

Para além das alterações introduzidas na Lei Federal de Proteção do Clima, o Acórdão do Tribunal Federal da Alemanha e as inundações em junho 2021 fizeram com que as alterações climáticas se tornassem o tema central para as campanhas eleitorais das legislativas, agendadas para o dia 26 de setembro de 2021, na Alemanha.

6 PARLAMENTO FEDERAL ALEMÃO, *Boletim do Parlamento Federal Alemão (Drucksache) 19/30230, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundes-Klimaschutzgesetzes (Projeto de uma primeira lei de alteração da Lei Federal de Proteção do Clima)*, dserved.bundestag.de/btd/19/302/1930230; CONSELHO FEDERAL ALEMÃO, *Boletim Federal do Conselho Federal Alemão 576/21*, www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2021/0501-0600/576-21.

RECENSÕES
REVIEWS

Brazilian Politics on Trial: Corruption & Reform Under Democracy

by Luciano da Ros and Matthew M. Taylor (Reinner, 281 pp., 2022)

BRUCE ZAGARIS¹

bzagaris@bcr-dc.com

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

Volume XXII · 1st January Janeiro – 31st December Dezembro 2022 · pp. 124-130

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXII.1/2.01>

Submitted on July 22th, 2022 · Accepted on July 26th, 2022

Submetido em 22 de Julho, 2022 · Aceite a 26 de Julho, 2022

This book analyzes Brazil's complex history of corruption and anticorruption since the return to democracy in 1985, and evaluates its lessons for anticorruption reformers in Brazil and in other large democracies. The authors, an assistant professor of political science at the Federal University of Santa Catarina and an associate professor of international relations at American University in Washington, evaluate the corruption scandals that occurred and the anticorruption reforms that have arisen. The book considers the

conditions whereby anticorruption efforts succeed. The book discusses the debates around *Lava Jato*, the impeachment of Dilma Rousseff, and the election of Jair Bolsonaro.

According to the authors, Brazil's anticorruption development has been unique because its accountability reforms have followed two distinct strategies, one incremental and the other a big push. From 1985 until the 2010s, Brazil had a piecemeal, gradual, small-scale reform strategy. Starting in 2014, Brazil's anticorruption efforts

1 Bruce Zagaris is a partner with the law firm of Berliner, Corcoran & Rowe, LLP, Washington, D.C. His criminal work has included counseling businesses on anti-corruption and anti-money laundering and preparing due diligence programs. He regularly testifies as an expert in international criminal cases involving evidence gathering, extradition, prisoner transfers, money laundering and tax crimes, and counseling of witnesses for grand jury investigations. Since 1985, he has edited the International Enforcement Law Reporter. He has been an adjunct professor of law at several law schools. He has authored and edited several books, including *International White Collar Crime: Cases and Materials* (2d ed. Cambridge U. Press, 2015), *International Criminal Law* with Jordan Paust et al (4th ed. Carolina Academic Press, 2013) and hundreds of articles on international law. He has represented various governments and international organizations on international financial services, transparency, and financial regulatory issues. For several governments he has advised on and participated in negotiations with respect to income tax treaties, tax information exchange agreements, and mutual assistance in criminal matters treaties. Since 1981, he has registered under the Foreign Agents Registration Act. He has testified several times in Congress on international tax, financial services, and international evidence gathering issues. He has authored *Foreign Investment in U.S. Real Estate* (Praeger Press 1979).

2 Professor Taylor has worked in Brazil for more than a decade, including serving on the faculty of political science at the University of São Paulo from 2006-2011. He has written several books on Brazil, including *DECADENT DEVELOPMENTALISM: THE POLITICAL ECONOMY OF DEMOCRATIC BRAZIL* (CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2020)

underwent dynamic changes as the task force of the *Lava Jato* investigation and many of its allies across government and within civil society, quickly increased the tempo of anticorruption efforts, including investigations and prosecutions of diverse groups of elite figures, public mobilization, and legislative reforms, in a big push for accountability.

Chapter 1 discusses the distinctions between the big push approach to anticorruption, which pushes for quick changes in the equilibrium while the status quo is in flux, as occurred with Vicente Fox in Mexico and incrementalism, whereby small gradual gains are built on top of each other.

Chapter 2 describes the prevalent syndrome of “elite cartel” corruption. The authors discuss four prominent cases of grand corruption that occurred in the pre-*Lava Jato* era. The authors attributed the syndrome to “the perilous combination of coalitional presidentialism³ in a hyperfragmented party system, a large state with a developmentalist⁴ economic policy infrastructure, and a loose campaign

finance system.”⁵ The cases showed recurring historical patterns of weak accountability, which may have contributed to the emergence of *Lava Jato*.

The book notes that in the *Lava Jato* cases, the operators, *doleiros*, and fixers in the scheme, were prosecuted, but not the economic and political elites involved in these scandals. One of the reasons federal officeholders were not prosecuted is that they can be prosecuted for their crimes only before STF. The specific rules of the STF have been revised to preserve political elites.

Chapter 3 traces Brazil’s incremental progress from a fairly low accountability equilibrium toward a much-improved, if still intermediate, equilibrium during the course of three decades between 1985 and 2014. The chapter evaluates the substantial reforms in the accountability policy that facilitated these improvements, and discusses the reforms that followed.

The authors trace the fact that in the first seven years following the return to democracy in 1985 there was a strengthening of civic engagement and trans-

3 Coalitional presidentialism refers to the “strategy of directly elected minority presidents to build stable majority support in fragmented legislatures, particularly through the coordination of two or more legislative parties by the president”. In this regard, no president’s party since 199 in Brazil has held more than one-fifth of congressional seats. BRAZILIAN POLITICS ON TRIAL, AT 16.

4 The developmental state is the idea that the state can be an engine of long-term development through consciously changing investment conditions, grappling with market failures, and addressing coordination problems. BRAZILIAN POLITICS ON TRIAL, AT 16.

5 Campaign finance in Brazil enables both private individuals and businesses to contribute to candidates with only limitations as a proportion of an individual’s income or a company’s revenue respectively. As a result there is an extreme concentration of donors; Significant parts of the contributions were irregular, unregistered with electoral officials, and were characterized as *caixa dois*, a so-called second registered, meaning they are from a second, off-the-books, illicit source. *Id.*

parency mechanisms such as increased media coverage and greater citizen access to public information required in a democracy. Overall, the reputational, political, and legal forms of accountability grew in the context of responding to grand corruption.

Endogenous reforms occurred due mainly to agencies responsible for the implementation of anticorruption tasks. They involved innovations at the organizational level, such as training and specialization programs, initiatives for interagency coordination, and the development of new technologies and processes. ENCCLA (Strategy for AntiCorruption and Anti-Money Laundering), the proliferation of task forces, and the establishment of courts specializing in financial crimes are examples of the endogenous reforms.

At a grassroots level, new civil society organizations devoted to issues of crime, corruption, voting rights, and improved public sector performance. They included in the anticorruption work Amarribo, Articulação Brasileira Contra a Corrupção e a Impunidade (ABRACCI), Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), Transparencias Brasil, and Observatório Social do Brasil.

Chapter 4 evaluates the big push which occurred in *Lava Jato*. The chapter discusses the contingent and highly contextual factors, and the longer-term institutional changes that had incrementally accumula-

ted over the prior three decades in Brazil. The authors underscore the various capacities in the accountability institutions in Brazil as a whole, and especially in *Lava Jato*'s headquarters in Curitiba. The legal and political strategies used by the task force of prosecutors and investigators to help judicial cases progress are reviewed, as well as the context of severe political gridlock that prevented any credible threat of political interference in the investigations, particularly during the operation's first two years. The chapter underscores how the task force achieved a big push through legal action, a media push, broad public engagement, and a reform effort that tried for ambitious changes in the statutory rules governing corruption prosecutions.

Lava Jato signaled the court's unusual proactivity and its decision to convict powerful political figures, including Lula's former chief of staff, José Dirceu. All the anticorruption investigations, the impeachment of Dilma Rouseff reflected declining popular support by political elites and rising dissatisfaction of the population with political leaders. In 2012 and 2013, Congress enacted three important new laws: (1) the reform of the 1998 Anti-Money laundering Law; (2) the Anti-Corruption Law; and (3) the Organized crime Law. These laws formally instituted plea bargaining, corporate liability for corruption, leniency agreements, and penalties for racketeering. Capacity was increased

by technological innovations during *Lava Jato*. They included the Sislava system permitting shared information system used by prosecutors and the Receita Federal (the Internal Revenue Service) to analyze bank and fiscal records. Online access to bank records was expanded and more than 500 requests for international cooperation occurred involving forty-five countries, producing an abundant amount of information.

Chapter 5 discusses the disintegration of *Lava Jato* and its implications for accountability institutions that had developed prior to the investigation. The impeachment of President Rousseff's in 2016 is discussed, and the effects of political realignment and saturation. The chapter discusses how, starting in 2016 and continuing under the Bolsonaro regime after 2018, new governing coalitions targeted *Lava Jato* and reversed accountability improvements.

Developments resulted in the questioning of the *Lava Jato* task force on several legal, political, and ethical grounds. They reached their apogee with the arrest of former president Lula in April 2018. 35 percent of the population believed Lula received worse treatment than other defendants. The increasing doubts about the case and about the costs of accountability facilitated a reversal of the gains of *Lava Jato* and accountability improvements. The concerns resulted in the shifting of campaign finance cases out of federal cri-

minal courts. In addition, President Temer replaced the head of the Federal Comptroller's Office (CGU) and most of the top officials in the Justice Ministry. Bolsonaro overruled his justice minister in seeking to replace the head of the Federal Policy in Rio and ultimately the director general of police, resulting in Sergio Moro's resignation. The Brazilian executive also sidelined top officials in the Receita Federal and COAF (the Financial Intelligence Unit) after they criticized the high court or appeared not willing to suppress investigations of Bolsonaro family members.

Chapter 6 considers the broader lessons of Lava Jato from a comparative perspective. One is that judicial pushes, such as *Lava Jato*, have not succeeded in democracies, as has been showed in examples of Italy and France in the 1990s and Indonesia since the 2000s. The authors discuss the reversion to equilibrium closer to the old status quo ante before *Lava Jato*. They conclude that big push efforts out of low accountability equilibria can easily lead to a perverse effect whereby the end result is worse than the initial condition. The chapter concludes that the big push approach is especially challenging in large democracies such as Brazil. In a large consolidating democracy like Brazil, big push efforts may threaten the democratic regime by destabilizing the political system without restructuring the underlying incentives of political engagement that triggered the corruption.

Chapter 7 focuses on two bottlenecks to the accountability process in Brazil: (1) the extent to which collusion between political and economic elites enabled them to push back against accountability policies and reduce the effectiveness of reform; (2) and the weakness of the sanctioning process, which is weakened due to administrative lethargy and judicial breakdowns in grand corruption cases. These two bottlenecks have served as obstacles to Brazil's progress and have even contributed to regression.

While Brazil has achieved some gains in transparency, oversight, capacity, and effectiveness, two important obstacles continue: achieving effective sanction, especially for the political elite, and the unique patterns of political dominance in the coalitional presidential system. Brazil has not sustained the early gains it made in accountability. Progress has not been deep insofar as it does not seem that the institutional incentives have changed. The progress was narrow insofar as many of the most concrete gains of recent years in the *Lava Jato* case, as opposed to improved effectiveness of police, prosecutors, and judges in other contemporary cases.

The Brazilian judiciary's inefficiency and uncertainty has continued to protect elites. The politicians have also blocked further anticorruption progress. The operation of campaign finance and the role of the executive branch as a source of patronage and privilege, even for members of

the opposition, make politicians reticent to criticize incumbents for accountability breaches. Most of the accountability changes are due to developments outside the political system, from agencies such as the Federal Police, from autonomous bodies such as the Ministério Público, or from civil society and the media.

Police and prosecutors have been forced to rely on a court system that not only was slow and timid in combating wrongdoing by the political elite, the authors say that the two highest courts, the STF (Supreme Federal Tribunal) and the STJ (Superior Tribunal of Justice) were interlinked with the very political bodies they are asked to control.

The anticorruption improvements in Brazil are the improvement in oversight, with the media, congressional committees of inquiry, and in the 2000s, effective investigation and prosecution, especially in lower court criminal trials and civil cases, even the high courts repeatedly overrode them on procedural grounds and enormous delays. Starting in the 2010s, a problem was that few trials actually lead to effective punishment for powerful elites.

The authors conclude that eventually *Lava Jato* "became a victim of its own success. Public exhaustion, self-inflicted wounds, failure to expand more broadly across the judicial system, increasing controversy, and the growing opposition of judicial, political, and economic elites began

to slow the progress of anticorruption efforts.” During 2016-2021, the legislative branches reasserted their supremacy over the judiciary and the accountability institutions. As the key actors, such as Judge Sérgio Moro joined the political regime, critics of the anticorruption efforts characterized those efforts as partisan.

As a result, the STF realigned and prioritized more defendants’ rights. President Temer, and Bolsonaro reduced the budgets available to oversight agencies and destabilized the bureaucracy by appointing unsympathetic directors to key agencies. Congress blocked and diluted reforms. Nevertheless, several significant anticorruption laws, such as the Anti-Money Laundering Act of 1998, The Law of Administrative Improbability, the Criminal Organizations Law of 2013 (formalizing plea bargaining) have been enacted.

The authors prioritize four interrelated areas as ripe for incremental reform in the future: revising the incentives within coalitional presidentialism, tightening campaign finance, judicial reforms (reducing the privileges to politicians such as access to the original jurisdiction of the high courts), and improving control and oversight of the expansive developmental state apparatus. The latter gives rise for huge patronage opportunities.

The authors point to important lessons from Brazil’s anticorruption efforts. The Brazilian developments illustrate the benefits of incrementalism over big bang

approaches, especially when the judicial system drives these big pushes; the gains from viewing accountability as a process more than an outcome; and the realization that anticorruption progress can be made by focusing on smaller reforms to each of the components of the accountability regime.

As the authors observe, one of the continuing improvements in anticorruption in Brazil has occurred because civil servants and policymakers developed incremental improvements in the elements of overall accountability: transparency, oversight, sanction, and capacity. They improved audits, enacted laws governing corporate behavior, and improved bureaucratic coordination. In addition, efforts to strengthen oversight agency, prosecutorial independence, and better anti-money laundering laws enabled Brazil to incrementally strengthen accountability. While Brazil’s anticorruption progress has not always been even, it nevertheless has significantly improved. As a result, the authors hold hope for the prospects that Brazil has a much better anticorruption and accountability framework going forward.

An appendix provides tables for Brazil’s major federal corruption scandals during 1985-2021. It considers as “major federal political corruption scandals” those scandals that allegedly involved misconduct by members of Congress or the executive branch, or both, and that received significant attention from the national media.

The book contains 35 pages of useful references.

Even though only the Brazilian author has a law degree, the discussions focus on the development of anticorruption and accountability institutions and frameworks, including law, legal actors, and the various pressures influencing them.

