

# 190 Anos do Supremo Tribunal de Justiça da República Portuguesa

LIBERDADE, MEIO AMBIENTE E JUSTIÇA

## Tribunal da Relação do Porto

NOVAS FORMAS DE GOVERNAÇÃO GLOBAL:  
TECNOLOGIAS, DIREITO, DEMOCRACIA E PAZ

## POLIFONIA Revista Internacional da Academia Paulista de Direito

N. 15 NOVA SÉRIE EDIÇÃO ESPECIAL  
OUTONO-INVERNO 2025

ALFREDO ATTÍE

**tirant**  
lo blanch

# 190 ANOS DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA REPÚBLICA PORTUGUESA

*LIBERDADE, MEIO AMBIENTE E JUSTIÇA*

&

## TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

*NOVAS FORMAS DE GOVERNAÇÃO GLOBAL:  
Tecnologias, Direito, Democracia e Paz*

&

## POLIFONIA REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

*N. 15 NOVA SÉRIE EDIÇÃO ESPECIAL OUTONO-  
INVERNO 2025*



© 2025 Editora Tirant lo Blanch  
*Editor Responsável:* Aline Gostinski  
*Assistente Editorial:* Izabela Eid  
*Capa e diagramação:* Maisa Watanabe

**CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:**

**EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**

*Presidente da Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México*

**JUAREZ TAVARES**

*Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil*

**LUIS LÓPEZ GUERRA**

*Ex Magistrado do Tribunal Europeu de Derechos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha*

**OWEN M. FISS**

*Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA*

**TOMÁS S. VIVES ANTÓN**

*Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha*

Bibliotecária Elisabete Cândida da Silva CRB-8/6778

*É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei n° 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n°9.610/98).*



***Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.***

Fone: 11 2894 7330 / Email: [editora@tirant.com](mailto:editora@tirant.com) / [atendimento@tirant.com](mailto:atendimento@tirant.com)  
[tirant.com/br](http://tirant.com/br) - [editorial.tirant.com/br](http://editorial.tirant.com/br)

*Impresso no Brasil / Printed in Brazil*

Organizador e Coordenador  
Alfredo Attié

# 190 ANOS DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA REPÚBLICA PORTUGUESA

*LIBERDADE, MEIO AMBIENTE E JUSTIÇA*

## TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

*NOVAS FORMAS DE GOVERNAÇÃO GLOBAL:  
Tecnologias, Direito, Democracia e Paz*

## POLIFONIA REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO

*N. 15 NOVA SÉRIE EDIÇÃO ESPECIAL OUTONO-  
INVERNO 2025*





# SUMÁRIO

|                                                                                    |    |
|------------------------------------------------------------------------------------|----|
| INFORMAÇÕES SOBRE OS EVENTOS .....                                                 | 11 |
| APRESENTAÇÃO DO AUTOR, COORDENADOR, ORGANIZADOR DA OBRA E EDITOR DA POLIFONIA..... | 17 |
| <i>Alfredo Attié</i>                                                               |    |

## PARTE I

### *PARTE I - APRESENTAÇÃO*

|                              |    |
|------------------------------|----|
| APRESENTAÇÃO DO EVENTO ..... | 37 |
| <i>Henrique Araujo</i>       |    |

### *CAPÍTULO 1*

|                                                                                     |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------|----|
| CONSTITUCIONALISMO GLOBAL E AMBIENTAL: ENTRE <i>PAIDEIA</i> E <i>POLITEIA</i> ..... | 42 |
| <i>Alfredo Attié</i>                                                                |    |

### *CAPÍTULO 2*

|                                                                                                                         |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| DIREITO AO CLIMA NO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS: A IMAGINAÇÃO JURÍDICA QUE EMANA DE UM INSTRUMENTO VIVO ..... | 64 |
| <i>Alexandra Aragão</i>                                                                                                 |    |

### *CAPÍTULO 3*

|                                                                                                                              |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| COMO TORNAR AS CIDADES INCLUSIVAS, SEGURAS, RESILIENTES E SUSTENTÁVEIS? UMA REFLEXÃO A PARTIR DAS CIDADES INTELIGENTES ..... | 99 |
| <i>Fernanda Paula Oliveira</i>                                                                                               |    |

### *CAPÍTULO 4*

|                                                                                                         |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| JURISPRUDÊNCIA CÍVEL DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PORTUGAL EM MATÉRIA DE DIREITO DO AMBIENTE ..... | 111 |
| <i>António Santos Abrantes Geraldés</i>                                                                 |     |

### *CAPÍTULO 5*

|                                                                                                                                        |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| LIBERDADE E DIGNIDADE HUMANAS DO ARGUIDO NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE COACÇÃO: O CONTEXTO JURISDICCIONAL CONSTITUCIONAL DE ANGOLA ..... | 117 |
| <i>Maria da Conceição Sango</i>                                                                                                        |     |

### *CAPÍTULO 6*

|                                                             |     |
|-------------------------------------------------------------|-----|
| LIBERDADE, MEIO AMBIENTE E JUSTIÇA: VISÃO EMPRESARIAL ..... | 127 |
| <i>Nelma Fernandes</i>                                      |     |

### *CAPÍTULO 7*

|                                                                     |     |
|---------------------------------------------------------------------|-----|
| CASOS AMBIENTAIS E PROCESSOS JUDICIAIS EM SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE ..... | 135 |
| <i>Miris Rosario</i>                                                |     |

*CAPÍTULO 8*

|                                                                                                  |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>A EXIGÊNCIA COMUNITÁRIA DO RISCO AMBIENTAL E O SEU IMPACTO NA LIBERDADE E NA JUSTIÇA.....</b> | <b>147</b> |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|

*João Manuel Nunes Lemos de Albuquerque*

*CAPÍTULO 9*

|                                                         |            |
|---------------------------------------------------------|------------|
| <b>Os 25 ANOS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL .....</b> | <b>196</b> |
|---------------------------------------------------------|------------|

*Eloisa de Sousa Arruda*

*CAPÍTULO 10*

|                                                                           |            |
|---------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>TUTELA PENAL DE TERCEIRA GERAÇÃO NA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE.....</b> | <b>214</b> |
|---------------------------------------------------------------------------|------------|

*Carlos Alberto Correa de Almeida*

*CAPÍTULO 11*

|                                                                                    |            |
|------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>A EFICIÊNCIA E A EFICÁCIA DA JUSTIÇA, EXIGÊNCIAS DO ESTADO DE DIREITO .....</b> | <b>221</b> |
|------------------------------------------------------------------------------------|------------|

*Benfeito Ramos*

*CAPÍTULO 12*

|                                                                        |            |
|------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>DIA DA SOBRECARGA DA TERRA E PONTO DE INFLEXÃO DA AMAZÔNIA.....</b> | <b>227</b> |
|------------------------------------------------------------------------|------------|

*Arnaldo de Souza Ribeiro*

*CAPÍTULO 13*

|                                                                          |            |
|--------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>LIBERDADE E JUSTIÇA, UMA VISÃO JUDICIAL DESDE O TIMOR-LESTE .....</b> | <b>242</b> |
|--------------------------------------------------------------------------|------------|

*Deolindo dos Santos*

*CAPÍTULO 14*

|                                                |            |
|------------------------------------------------|------------|
| <b>SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES .....</b> | <b>245</b> |
|------------------------------------------------|------------|

*José Maria Câmara Junior*

*PARTE I - ENCERRAMENTO*

|                                                                                         |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>PALAVRAS DE ENCERRAMENTO DO EVENTO 190 ANOS DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA .....</b> | <b>251</b> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|------------|

*Nelson Faria de Oliveira*

**PARTE II**

*PARTE II - APRESENTAÇÃO*

|                                                                                                                                             |            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>APRESENTAÇÃO DO EVENTO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO: NOVAS FORMAS DE GOVERNAÇÃO GLOBAL: TECNOLOGIAS, DIREITO, DEMOCRACIA E PAZ .....</b> | <b>258</b> |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|

*José Igreja*

|                      |            |
|----------------------|------------|
| <b>PREFÁCIO.....</b> | <b>260</b> |
|----------------------|------------|

*Rui Moreira*

*CAPÍTULO 1*

|                                                                    |            |
|--------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>A FORMAÇÃO DOS JUÍZES: DESAFIOS NAS SOCIEDADES ATUAIS .....</b> | <b>262</b> |
|--------------------------------------------------------------------|------------|

*Lina Castro Baptista*

*CAPÍTULO 2*

**O ESTADO DE SÍTIO: CERCO AOS ESTADOS E AMEAÇAS À DEMOCRACIA..... 274**

*Alfredo Attié*

*CAPÍTULO 3*

**DA REVISIBILIDADE [HUMANA] DAS DECISÕES AUTOMATIZADAS DEPOIS DO ACÓRDÃO  
LIGUE DES DROITS HUMAINS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA ..... 314**

*Manuel David Masseno*

*CAPÍTULO 4*

**SUSTENTABILIDADE NO MUNDO EMPRESARIAL ..... 336**

*Alberto Carvalho Neto*

*PARTE II - ENCERRAMENTO*

**DISCURSO DE ENCERRAMENTO..... 338**

*José Igreja*



# INFORMAÇÕES SOBRE OS EVENTOS

## **1. 190 ANOS DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA REPÚBLICA PORTUGUESA**

*LIBERDADE, MEIO AMBIENTE E JUSTIÇA*

2013

### **Organizadores do Evento**

Superior Tribunal de Justiça de Portugal: Comissão de Celebração do 190o Aniversário

Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa

Academia Paulista de Direito

Participantes:

EPM – TJSP

JEUNE

CIC

## **2. TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO**

*NOVAS FORMAS DE GOVERNAÇÃO GLOBAL: TECNOLOGIAS, DIREITO, DEMOCRACIA E PAZ*

2014

### **Organizadores do Evento**

Tribunal da Relação do Porto

Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa

Academia Paulista de Direito

Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP

Escola de Magistrados do Tribunal Regional Federal 3a região

Centro Internacional de Cultura

## **Participantes**

EPM – TJSP

JEUNE

AJUFESP

AJUFE

## **3. POLIFONIA REVISTA INTERNACIONAL DA ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO**

*CAPES/QUALIS A3 NÚMERO 15 NOVA SÉRIE EDIÇÃO ESPECIAL*

### **EQUIPE EDITORIAL/MASTHEAD**

#### *EDITOR CHEFE*

**ALFREDO ATTÍE JUNIOR** - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (TJSP)/ ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA (EPM)/NÚCLEO DE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (NETI USP)

#### *Co-EDITORES*

**ROBERTA DE BRAGANÇA FREITAS ATTÍE** - CENTRO INTERNACIONAL DA PAZ, JUSTIÇA, SOLIDARIEDADE E TRANSFORMAÇÃO DE CONFLITOS DE SÃO PAULO (ACADEMIA DA PAZ APD)/ CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL (CEDES)

**LÍVIO PERRA** - PROFESSORE A CONTRATTO DI LEGISLAZIONE DEI BENI CULTURALI, UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SASSARI, ITÁLIA

#### *DIRETORIA EDITORIAL*

**ALFREDO ATTÍE JUNIOR** - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (TJSP)/ ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA (EPM)/NÚCLEO DE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (NETI USP)

**ROGÉRIO JOSÉ FERRAZ DONNINI** - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUCSP)/ FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELLA SECONDA UNIVERSITÀ DI NAPOLI - SUN

**ROQUE CARRAZZA** - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUCSP)

**WAGNER BALERA** - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUCSP)

### *DIRETORA EXECUTIVA*

**ROBERTA DE BRAGANÇA FREITAS ATTÍE** - CENTRO INTERNACIONAL DA PAZ, JUSTIÇA, SOLIDARIEDADE E TRANSFORMAÇÃO DE CONFLITOS DE SÃO PAULO (ACADEMIA DA PAZ APD)/ CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL (CEDES)

### *ASSISTENTES DE EDIÇÃO*

CELSO DE OLIVEIRA SANTOS – DOUTORANDO - UERJ

JULIÁN CUASPA ROPAÍN – DOUTORANDO ANTROPOLOGIA SOCIAL - USP

### *TRADUÇÃO/REVISÃO/COEDIÇÃO*

**FRANCISCO LUÍS DE FREITAS MARZAGÃO BARBUTO ATTÍE** - NEW YORK UNIVERSITY/  
CRAIG NEWMARK GRADUATE SCHOOL OF JOURNALISM AT CUNY – NY – EUA

### *GERENTE DE PRODUÇÃO EDITORIAL/DIAGRAMAÇÃO E ARTE*

**DIEGO DE ANDRADE SILVA**

### *CONSELHO EDITORIAL*

ALFREDO ATTÍE JUNIOR - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - TJSP/ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA - EPM/NÚCLEO DE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - NETI USP

ALFREDO CALDERALE – UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FOGGIA

ALÍPIO DE SOUSA FILHO - INSTITUTO HUMANITAS/UFRN – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE (RN)

ANDERSON VICHINKESKI TEIXEIRA – UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS RIO GRANDE DO SUL

ANTONIO CARLOS MORATO - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

BRUNO JOSÉ QUEIROZ CERETTA – INSTITUTO HISTÓRICO – GEOGRÁFICO DE SÃO PAULO

CARLOS EDUARDO A. BOUCALT - UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO” - UNESP

CELSO FERNANDES CAMPILONGO - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP/ UNIVERSIDADE DE NAVARRA – ESPANHA

DANIEL FRANCISCO QUINTO – UNIVERSIDADE CATÓLICA DE ANGOLA – ANGOLA

EDGAR GUIMARÃES - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ - PUCPR

EDUARDO PELEGRINI DE ARRUDA ALVIM - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP

ENEIDA HADDAD - UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO” - UNESP

FLÁVIA PIOVESAN - PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO/ HARVARD LAW SCHOOL – ESTADOS UNIDOS

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

FRANCESCO SIDOTI - UNIVERSITÀ DI AQUILA - ITÁLIA

FAUZI HASSAN CHOUKR - FACULDADES DE CAMPINAS – FACAMP/ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - MPSP

GISELDA M. F. NOVAES HIRONAKA - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

HELENO TAVEIRA TORRES - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

HUMBERTO ÁVILA – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS/UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

ILTON GARCIA DA COSTA - UNIVERSIDADE ESTADUAL NORTE DO PARANÁ – UENP

INES CIOLLI – UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA I

IRINA GRACIELA CERVANTES BRAVO – UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NAYARIT - MEXICO/ASSOCIACIÓN DE TRIBUNALES ELECTORALES DE LA REPUBLICA MEXICANA A.C.

JÂNIA MARIA LOPES SALDANHA – UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA – RS/ PÓS-GRADUAÇÃO UNISINOS – RIO GRANDE DO SUL

JAMES CAVALLARO – YALE LAW SCHOOL/WESLEYAN UNIVERSITY – ESTADOS UNIDOS

JAVIER MIRANDA – FACULTAD DE DERECHO – UNIVERSIDAD DE LA REPUBLICA DE URUGUAY

JOÃO GRANDINO RODAS - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP / CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL - CEDES

JOSÉ JORGE RODRIGUES BRANCO - FACULDADE SANTO ANGELO - FASA/INSTITUTO NOVOS PARADIGMAS – INP – RIO GRANDE DO SUL

JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAIS - FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA- FDV ITAÚNA – ESPÍRITO SANTO

JOSÉ REINALDO LIMA LOPES - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

JORGE LUÍS MIALHE - CENTRO UNIVERSITÁRIO SALESIANO DE SÃO PAULO - UNISAL

JULIO ROBERTO DE SOUZA PINTO - PÓS-GRADUAÇÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS – BRASÍLIA (DF)

KAZUO WATANABE - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

LEANDRO EDUARDO ASTRAIN BAÑUELOS – UNIVERSIDAD DE GUANAJUATO - MEXICO

LÍVIO PERRA - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SASSARI – ITÁLIA

LISBETH XÓCHITL PADILLA SANABRIA – UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO - UNAM - MEXICO

LUCIANA CORDEIRO DE SOUZA FERNANDES - UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS - UNICAMP

LUIS EDUARDO SCHOUERI - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

LUIS RENATO VEDOVATO - UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS – UNICAMP

LUISA AVTIBALE – UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA I

MANOEL DAVID MASSENSO - ISTITUTO POLITECNICO DA BEJA - PORTUGAL

MARCUS ELIDIUS MICHELLI DE ALMEIDA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP

MARCOS ANTONIO LOPES - UNIVERSIDADE FEDERAL DE JATAÍ - GOIÁS

MARCOS AUGUSTO PEREZ - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

MARIA CRISTINA DE CICCIO - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO - ITÁLIA

MARIA PEREZ PEREIRA - UNIVERSIDAD FRANCISCO DE VITORIA – ESPANHA

MARIA TERESA DE MENDONÇA CASADEI – UNIVERSIDADE CATÓLICA DOM BOSCO – MATO GROSSO DO SUL

MATILDE RIBEIRO – UNIVERSIDADE DA INTEGRAÇÃO INTERNACIONAL DA LUSOFONIA AFRO-BRASILEIRA – UNILAB - CEARÁ

MAURO JOSÉ DO NASCIMENTO CAMPELLO – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RORAIMA – UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA - UFR

MICHEL CANUTO DE SENA - UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL - UFMS

MICHAEL J. FLOYD - CUMBERLAND SCHOOL OF LAW, SAMFORD UNIVERSITY - ESTADOS UNIDOS

NELSON VILLAREAL DURÁN – INSTITUTO HISTORIA DE LAS IDEAS - UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA – URUGUAY

RAPHAEL DE CARVALHO VASCONCELOS - UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO -UFRRJ

RICARDO HASSON SAYEG - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUCSP/ CONSELHO SUPERIOR DA CAPES DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO

RICHARD ALBERT – UNIVERSITY OF TEXAS AT AUSTIN - ESTADOS UNIDOS

ROGÉRIO JOSÉ FERRAZ DONNINI - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUCSP)/ FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELLA SECONDA UNIVERSITÀ DI NAPOLI – SUN - ITÁLIA

ROQUE ANTONIO CARRAZZA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP

ROSA MARIA BARRETO BORRIELLO DE ANDRADE NERY - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP

VANESSA VILELA BERBEL – INSTITUTO FEDERAL DO PARANÁ – CAMPUS PALMAS - PARANÁ

WAGNER BALERA - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUCSP

WLADIMIR CERVEIRA DE ALENCAR - UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES - RIO DE JANEIRO

## *EQUIPE CONSULTIVA/REVISORES*

### **Conselho Científico:**

ANTONIO CARLOS MARCATO  
ANTONIO CLAUDIO MARIZ DE OLIVEIRA ARNOLDO WALD  
ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO  
CANDIDO RANGEL DINAMARCO  
EDUARDO REALE FERRARI  
ESTEVÃO MALLET  
FRANCISCO LUIS DE F. M. BARBUTO ATTÍE  
GHEYSA MARIELA ESPÍNDOLA  
HAMILTON DIAS DE SOUZA  
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS  
JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES  
JOÃO DÁCIO ROLIM  
KATIA MARIA ABUD  
LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES  
MARCO AURÉLIO TAVARES  
MAURIDES RIBEIRO  
NELSON NERY JUNIOR  
NEWTON DE LUCCA  
OTÁVIO PINTO E SILVA  
PEDRO B. DE ABREU DALLARI  
PAULO DE BARROS CARVALHO  
SERGIO SEIJI SHIMURA  
VICENTE PLÁ Y TREVAS

### **Conselho Consultivo:**

ANTONIO BENEDITO DO NASCIMENTO  
ANTONIO CARLOS RODRIGUES DO AMARAL  
CARLOS ROBERTO HUSSEK  
CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO  
DANIEL WILLIAN GRANADO  
DOMINGOS SAVIO ZAINAGHI  
FERNANDO CRESPO QUEIROZ NEVES  
JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO  
LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO  
MARIA CRISTINA ZUCCHI  
MILTON PAULO DE CARVALHO  
NELSON MANNRICH  
NELSON FARIA DE OLIVEIRA  
ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO  
PAULO DIAS DE MOURA RIBEIRO  
REGINALDO FERREIRA LIMA  
RITA GIANESINI  
SÉRGIO SALOMÃO SCHECAIRA  
THEREZA CELINA D. DE ARRUDA ALVIM  
TERESA CELINA ARRUDA ALVIM  
VANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI WAGNER MENEZES  
WLADIMIR ANTONIO RIBEIRO  
YOSHIKI ICHIHARA

A **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito**, periódico de publicação semestral, **é uma revista empenhada** em assegurar os mais elevados padrões de ética e boas práticas na publicação, baseando-se no Código de Conduta e Normas de Boas Práticas para Editores de Revistas do Comitê sobre Ética na Publicação – COPE (<http://publicationethics.org>).

**Tem missão, como porta-voz da Academia Paulista de Direito (APD), de afirmar seu protagonismo no processo civilizacional do Direito em nosso País, em seu berço americano e no contexto da sociedade internacional.**

Todos os colaboradores desta edição da **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito** concordam que a publicação de seu artigo é feita em caráter exclusivo, em meio eletrônico; cedem seus direitos autorais de publicação; autorizam a indexação de seu artigo em bases de dados nacionais e internacionais, diretórios, bibliotecas digitais e bases bibliométricas em que a **Polifonia** estiver e vier a ser inserida.

Os nomes e endereços informados na **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito** são usados unicamente para serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou à terceiros.

A **Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito** proporciona acesso público livre e imediato a todo seu conteúdo em ambiente virtual e não cobra nenhuma taxa para nenhum leitor fazer o download de artigos e resenhas para seu próprio uso acadêmico.

É publicada sob a licença CREATIVE COMMONS na modalidade atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença (CC BY-NC-ND)  - Licença Jurídica (licença integral): <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

E, **está Indexada** em **Diadorim** – Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras, **DOAJ** - Directory of Open Access Journals; **Google Scholar**, **Ibict CCN** – Catálogo Coletivo Nacional de Publicações Seriadas, **Latindex**, **Livre** – Revistas de Livre Acesso, **Portal de Periódicos Capes**, **Redib** – Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico, **Research Bib**- Academic Resource Index; **Scopus**; **Sumários.org**

# APRESENTAÇÃO DO AUTOR, COORDENADOR, ORGANIZADOR DA OBRA E EDITOR DA POLIFONIA

**DEMOCRACIA, DIREITOS HUMANOS E CONSTITUIÇÃO -IGUALDADE  
MATERIAL, RECONHECIMENTO, FLUXO DA POLÍTICA E DO DIREITO, E  
PODER JUDICIAL**

ALFREDO ATTÍE<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO: INTERAÇÕES

Gostaria de abordar, na presente apresentação da obra, a questão, relacionada à conexão entre democracia, direitos humanos e constituição, abordando algumas questões que tocam a relação íntima entre direito e política, por um lado, e a ordem jurídica interna e internacional, por outro.

Essas questões são, em primeiro lugar, a da igualdade substancial ou material e a do reconhecimento, que são condições indispensáveis para a implementação da democracia ou do princípio democrático.

Em segundo lugar, a questão do fluxo de poder e a necessidade de recuperar a natureza constitucional do poder e da política, abandonando assim o paradigma que parece ter assumido a cultura jurídica contemporânea, que é a administração, gestão ou governança/governação.

Finalmente, relacionada a todas essas questões, mas especialmente à última, a questão da presença e função do judiciário e a ideia de como conceber esse poder para a implementação da democracia e dos direitos humanos.

---

<sup>1</sup> Alfredo Attíe é jurista, filósofo e escritor, Doutor em Filosofia da Universidade de São Paulo, onde estudou Direito (FD.USP) e História (FFLCH.USP). É Presidente da Academia Paulista de Direito e Titular da Cátedra San Tiago Dantas, na qual sucede a Goffredo da Silva Telles Jr. Conselheiro da Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo. Autor dos livros: *Direito e Economia: Ponto e Contraponto Civilizacionais* (no prelo, São Paulo: Tirant, 2025); *África Constituinte* (no prelo, São Paulo: Tirant, 2025); *Direito Constitucional e Direitos Constitucionais Comparados* (São Paulo: Tirant, 2023); *O Brasil em Tempo Acelerado: Política e Direito* (São Paulo: Tirant, 2021), *Towards International Law of Democracy* (Valência: Tirant Lo Blanch, 2022); *A Reconstrução do Direito: Existência. Liberdade, Diversidade* (Porto Alegre: Fabris, 2003); e *Montesquieu* (Lisboa: Chiado, 2018), também é mestre em Filosofia e Teoria do Direito pela FD.USP e em Direito Comparado pela Cumberland School of Law, foi Procurador do Estado de São Paulo, Advogado e Juiz de Direito e exerce a função de Desembargador do Tribunal de Justiça paulista. Membro de entidades internacionais, participando ativamente de foros para a defesa e construção dos direitos humanos, a paz, a democracia e a proteção do meio ambiente. Site: <http://apd.org.br>; E-mail: [aattiejr@gmail.com](mailto:aattiejr@gmail.com); Mais informações em <http://lattes.cnpq.br/8117126316669740>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7854-7696>.

Creio que esses temas, que têm chamado minha atenção há bom tempo, são bem oportunos para serem abordados nesses nossos encontros portugueses, nos belos e tradicional edifício do Supremo Tribunal de Justiça, e moderno edifício que abriga o Tribunal da Relação do Porto.

Muitas recordações são trazidas aos visitantes brasileiros, das ligações entre nossas histórias, muitos nomes estão presentes e se confundem nessas narrativas. São nomes da literatura, da música, mas igualmente do direito e da justiça, numa composição que é conexão de contradições e consensos.

Veja-se, por exemplo, a figura do poeta e jurista Tomás Antonio Gonzaga, que escreveu interessante tratado sobre o Direito Natural, consoante se apresentava aos estudiosos do Século XVIII. A par de ter exercido a função de Juiz-Desembargador num dos importantes Tribunais da Relação portugueses, Gonzaga foi grande crítico da burocracia colonial, tendo escrito as famosas Cartas Chilenas, que ironizavam os modos de exercer o domínio e realizar a exploração das minas brasileiras, a par da opressão do povo e de seu trabalho. Mas Gonzaga fez ainda parte da famosa Conjuração de 1789, que anunciou o processo que desencadearia a independência formal da colônia americana. Digo formal porque essa independência perfez-se nas mãos da dinastia dos Bragança, tendo o imperador do Brasil Pedro I, que foi, por poucos meses, rei Pedro IV de Portugal, não apenas realizado o ato de separação, mas igualmente sido o artífice da aliança dinástica, que lhe permitiu deixar como herdeiros a rainha Maria da Glória, no espaço português, após ter participado ativamente de sua revolta liberal, e Pedro II, imperador ilustrado, no Brasil. Além disso, uma separação política não corta os laços culturais, que são de continuidade e ruptura na longa duração, ao contrário dos liames políticos, cujos fatos se contam na curta. O direito faz parte dessa longa jornada e narrativa, sobretudo aquele que diz respeito à configuração cidadã. Portanto, continuamos a pisar, juntos, o mesmo espaço, malgrado pressintamos que o tempo nos afasta um pouco a cada dia. Encontros como o presente fazem-nos ter a esperança de desfazer um pouco essa distância, a par de nos familiarizarmos com aquele espaço que pensamos ter em comum.

Como todos sabem, minha formação é tanto na história quanto na filosofia e no direito e, portanto, não deixarei de ingressar nessas disciplinas que considero fundamentais para o tipo de abordagem exigida pelos direito constitucional, direito internacional e teoria do direito e da justiça, nos tempos contemporâneos, e que estão em jogo nos dois eventos, de feliz encontro entre Brasil e Portugal, claro, mas com a participação efetiva de representantes judiciais de importantes Países de língua e cultura também influenciada por Portugal, a par de outras tantas riquezas de tradições.

A Academia Paulista de Direito, fundação criada no espaço da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, há mais de meio século, é a filha e herdeira mais nova do que chamo de processo civilizacional do direito no Brasil. Fez-se para reunir os melhores juristas brasileiros que possuísem ou viessem a ter laços com São Paulo.

Em cada uma de suas gestões, seus Presidentes tiveram a oportunidade de acrescentar algo a esse projeto inicial, já rico, na ambição de renovar o direito e preservar sua ciência.

Bem assim, a partir de Agosto de 2017, quando tomei posse do cargo de Presidente da Fundação Academia Paulista de Direito, essa passou a contar também com a participação e o diálogo permanente com outros intelectuais, artistas, empresários, políticos, economistas, cientistas da sociedade e da natureza, educadores e estudantes, do Brasil e do exterior, e de centros e instituições de cultura, educação, informação e pensamento nacionais, estrangeiros e internacionais. que trabalham em nível de excelência e também acreditam no pensamento e na comunicação trans- e interdisciplinares, em seus variados matizes, escolas, doutrinas, teorias, práticas, experimentos e experiências, com os quais estabeleci, no curso de minha experiência de educador, pesquisador, filósofo, cientista social e jurista, laços formais e informais, que estendi à Fundação Academia Paulista de Direito.

Diante das constantes mudanças paradigmáticas pelas quais passam, do ponto de vista sincrônico e diacrônico, os ambientes, as sociedades e suas ciências, não apenas em suas vertentes aparentes, de ordem tecnológica e cognitiva, mas sobretudo na observação da complexidade de suas configurações e expressões, a Fundação Academia Paulista de Direito passou a procurar identificar e decifrar valores e perspectivas que movem e são movidas por tais mudanças ou transformações, sempre em processo, seja no que diz respeito à inovação estrutural, institucional e sistêmica, seja no que figuram fragmentações, fluxos disruptivos, forças centrífugas, seja ainda na especificação de componentes de unificação, forças centrípetas, levando em consideração facetas negativas e positivas.

Por tais motivos, é que, em minha gestão, passei a ensaiar a formulação de uma nova missão para a Fundação Academia Paulista de Direito, como provocação e convite para a contribuição e participação dos Acadêmicos, Acadêmicas e da sociedade, integralmente.

Assumindo inteira responsabilidade pelo presente texto, de minha autoria, e pela formulação dessa missão, a intenção, ao fazer expor texto e missão, no site, é a de poder receber as sugestões, contribuições e críticas, que permitam aperfeiçoar, sempre, os caminhos da Fundação Academia Paulista de Direito.

A Fundação Academia Paulista de Direito é um laboratório de pensamento, um estúdio de criação, invenção, reflexão, ensaio e experimentação de saberes

e fazeres, usina de ideias e de sua exposição ao livre debate e à composição de políticas sociais e públicas construtivas.

Lugar de encontro do humano, na composição e expressão de sua integralidade e complexidade, pessoas que se constroem como pensadores e agentes das diversas culturas históricas e territoriais, de pesquisas e estudos, além de experiências e práticas de sua extensão e difusão.

A Fundação Academia Paulista de Direito tem por missão a livre pesquisa, o livre pensamento, a livre discussão, em diálogo democrático com todas as pessoas e todos os grupos e formulações da vida em sociedade.

Escutar, sentir., formar, opinar, criticar, construir, transformar, criar, inventar, garantir e preservar constituem os modos de ser e fazer desse empreendimento. A Fundação Academia Paulista de Direito é fábrica (*thinktank*, *Denkfabrik*), e também empório de pensamento.

Ela realiza esse seu modo de ser e fazer por meio de cada uma das Cadeiras ou Cátedras (*καθέδραι*) de seus *Acadêmicos Titulares*, às quais e aos quais é atribuída liberdade de pensamento, pesquisa, ensino e comunicação, bem como da integração e debate entre os Acadêmicos e seus projetos e obras.

Ainda, por meio de seus *Centros, Institutos, Núcleos de Pesquisa, Estudo, Participação e Extensão à Sociedade* – os *ACADEMIA PESQUISA*, que são vinculados a uma ou mais Cadeiras, e das publicações acadêmicas, entre as quais se destaca a *POLIFONIA Revista Internacional da Academia Paulista de Direito*, da qual a presente publicação se faz número especial, Revista que está indexada (Capes/Qualis A3), no Brasil, como uma das mais importantes publicações jurídicas, inter- e transdisciplinares do País.

Cada um desses Centros, Institutos, Núcleos de Pesquisa, Estudos, Participação e Extensão à Sociedade constitui, individualmente e em sua integração com os demais, e em seu diálogo com a sociedade, uma instituição e um processo de educação e Ensino avançados, na dialética, na retórica, e na gramática de convergência e divergência, de alta qualidade, excelência, de envolvimento e memória, desenvolvimento e projeção, da justiça, dos direitos humanos, dos valores da democracia - assim a liberdade, a igualdade e a solidariedade - e da paz positiva e construtiva, interna e internacional, com a distribuição equânime dos bens e valores econômicos, culturais e sociais e a preservação e o uso sustentável dos recursos naturais.

Diversidade. Pluralidade, Multidimensionalidade. Complexidade. Interdisciplinaridade, Transdisciplinaridade, Interseccionalidade. Inclusão. Integração são os vetores e os polos de composição e conexão desses modos de ser e de fazer.

A Fundação Academia Paulista de Direito é um entreposto de trocas e comunicação, arco nos espaços e nos tempos da natureza e das culturas.

A concepção e a experiência das Academias são globais e não apenas localizadas em pontos da história e dos territórios das velhas dicotomias centro-periferia, norte-sul, ocidente-orientes. Elas transcendem e buscam compreender, curar, restaurar e conciliar as marcas do passado e do presente de conversão, representação, julgamento, opressão, exploração e ilusão, de colonialidade e submissão cultural, de destruição da natureza e da humanidade, buscando a recuperação da alteridade, no tempo e no espaço, empregando as ciências e artes de ponta, na constante experimentação humana.

O pensamento e a experiência de cada um dos territórios e tempos necessita de uma conexão criadora, uma poética e uma pragmática conjugadas, tendo o humano e sua relação com a natureza, e seu relançamento na natureza, em seus vários espaços e tempos, em que se sucedem e conjugam constantemente as expressões dos ainda vigentes vetores e estruturas de desigualdade, mediante superações micro- e macropolíticas para a compreensão e reconhecimento das diferenças e a abertura a sua expressão em termos concretos de liberdade, igualdade, pluralidade e solidariedade.

E pelo conjunto dessa missão e dos projetos e experiências levados a cabo pela Fundação Academia Paulista de Direito que ela se pode afirmar como uma nova expressão da Universidade.

A Fundação Academia Paulista de Direito é tempo e espaço da justiça que se faz acolhimento das diferenças, mas igualmente construção de um novo pacto ou processo de convivência, reunindo valores e bens, no engendramento de um direito renovado, instrumento e sujeito de civilização e de civilizações que, guardando as narrativas do que foi, não deseja mais retornar nem preservar os momentos dolorosos de desesperança e sectarismo, as persistentes vedações autoritárias, mas, refletindo tais experiências e concedendo relevo ao reconhecimento das diferenças e de suas contribuições, aos sonhos do presente e as capacidades do futuro e de suas gerações, quer firmemente continuar sua busca criadora da felicidade e da justiça.

Bem por essas características, A Academia vem realizando vários eventos internacionais, em parceria com outras entidades, universidades e instituições públicas e privadas.

Com a Comunidade dos Juristas de Língua Portuguesa, estivemos por três vezes, em Portugal, nos Tribunais da Relação de Lisboa e do Porto e no Supremo Tribunal de Justiça, em encontro de troca científica e cultural de alta importância.

Quero agradecer a recepção que tivemos da parte do então Presidente do Tribunal da Relação de Lisboa, Juiz-Desembargador Orlando dos Santos Nascimento, do Presidente do Tribunal da Relação do Porto, Juiz-Desembargador José Igreja, e, muito especialmente, do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça da República Portuguesa, o Juiz-Conselheiro Henrique Araujo. Estendo meus agradecimentos aos organizadores e organizadoras dos eventos, bem como aos que os acompanharam e a seus participantes, fazendo ressaltar a amizade e a busca de ideais comuns científico-jurídicos com o ilustre antigo Juiz-Desembargador e atual Juiz-Conselheiro Nuno Miguel Pereira Ribeiro Coelho, Presidente Honorário da União Internacional dos Juizes de Língua Portuguesa. Estendo o agradecimento e os cumprimentos a todas as entidades parceiras desses eventos, Universidades portuguesas, brasileiras, angolanas e dos demais Países irmãos, bem como instituições judiciais e da advocacia pública e privada de todos esses Países.

Nesses três eventos, o envolvimento da história e da amizade presente foram inspiradores de despertar de relações renovadas e criadoras.

A presente publicação abrange apenas as duas últimas celebrações referidas, porque, não consegui obter o tempo necessário para resgatar a primeira, prometendo, contudo, que o farei, em novo encontro em Lisboa.

Os temas dos eventos no STJ de Portugal e no Tribunal da Relação do Porto foram por mim pinçados, a pedido de Nelson Oliveira, para que pudéssemos, nos encontros, não apenas buscar a confraternização e a troca de experiências judiciais, mas, sobretudo, provocar as entidades jurídicas de nossos Países a refletirem e a divulgarem seu trabalho, como contribuição à busca mundial de soluções para os problemas graves da contemporaneidade.

O objetivo foi alcançado, tendo em vista as importantes contribuições trazidas aos seminários, em boa parte publicadas aqui.

Leitoras e leitores desfrutarão de artigos científicos da mais alta importância para o desenvolvimento da prática e da teoria do direito e da justiça internacionais e comparadas. Também poderão acompanhar alguns dos breves discursos proferidos, nos quais se identifica a consciência da dimensão dos eventos.

O Livro se divide em duas partes. A primeira está destinada à contribuição dos que compareceram na celebração dos cento e noventa anos do Supremo Tribunal de Justiça, em Lisboa. A segunda, a algumas contribuições no evento do Porto.

Espero que autoras e autores revivam os bons momentos que passamos juntos nessas belíssimas e ricas de cultura cidades portuguesas. Aos novos leitoras e leitores, desejo que um pouco do prazer e da riqueza desses encontros alcance a

leitura dos textos, transcendendo-a na multiplicação virtuosa do quanto de cada um dos que contribuíram experimentou e difundiu.

Dentre os discursos, além das palavras dos Presidentes do Supremo Tribunal de Justiça, Juiz-Conselheiro Henrique Araujo, e do Tribunal da Relação do Porto, Juiz-Desembargador José Igreja, que bem lograram resumir os históricos encontros; saliento aqueles proferidos pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça de Cabo Verde, Juiz-Conselheiro Benfeito Mosso Ramos, pelo Presidente do Tribunal de Recursos e do Conselho Superior da Magistratura de Timor-Leste, Deolindo dos Santos, por ocasião da reunião em Lisboa.

Dentre os artigos, que representam, efetivamente, a contribuição desses encontros para o debate presente e para o enfrentamento dos problemas, servindo ao pensamento e à formação das gerações presentes e futuras, destaco as reflexões de Alexandra Aragão, da Universidade de Coimbra, sobre a questão do direito ao clima e sua relação com a jurisprudência europeia de direitos humanos; de Fernanda Paula Oliveira, da mesma Universidade, sobre necessidade de tornar as cidades inclusivas, seguras, resilientes e sustentáveis; de Maria da Conceição Sango, do Tribunal Constitucional de Angola, sobre a jurisdição constitucional daquele País; de João Manuel Albuquerque, do Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau, sobre as implicações da exigência comunitária do risco ambiental; de Carlos Alberto de Almeida, do Tribunal de Justiça de São Paulo, sobre a tutela penal do meio ambiente; de António Abrantes Geraldès, do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, sobre a jurisprudência cível dessa corte em matéria ambiental; de Lina Castro Batista, da Escola da Magistratura de Portugal, sobre a difícil questão da formação de juízes contemporânea; de Manuel Masseno, do Instituto Politécnico da Beja, de análise de importante precedente judicial europeu, em matéria de decisões automatizadas, bem como as modestas contribuições que apresentei, nos encontros, sobre constitucionalismo global e a análise crítica da situação contemporânea, a partir do fenómeno dos novos autoritarismos e da presença do que denominei de *estado de sítio*.

Dito isso, com profunda emoção, pela concretização da publicação, retomo o tema da presente introdução.

## **1. IGUALDADE SUBSTANCIAL OU MATERIAL**

Por um longo tempo, foi dito que a igualdade ante à lei seria uma igualdade formal e não uma igualdade substancial. A igualdade substancial foi abordada em textos legais como algo como um ideal a ser alcançado e, portanto, algo não existente e impossível de reivindicar no campo do que é a tarefa jurídica na sociedade política.

Disseram e ainda dizem até que a igualdade substancial se referiria aos assim chamados direitos sociais e não aos direitos políticos, mesmo aos direitos civis. Ou seja, seria matéria de abrangência de um novo e diverso contrato social. Assim, aquilo que seria de matéria constitucional, não teria capacidade para alcançar a cidadania, o que é paradoxal, uma vez que como seres humanos compartilhamos de características que dizem respeito ao social. Esse afastamento do social e dos direitos sociais, no pensamento da igualdade, também se mostra contraditório, uma vez que consideraria o indivíduo em seus atributos mais ligados a atividades privadas, destinadas à sua subsistência, a suas necessidades, como agente econômico - no relacionamento de direito privado, isto é, no trabalho, na empresa, no consumo, em síntese, na produção e na circulação da riqueza. Contraditório porque parece negar à vida política um caráter social, fazendo-a, erroneamente, apenas um jogo competitivo de indivíduos.

Assim, nenhuma cidadania na igualdade material, que teria como objetivo, em uma situação utópica ou ideal, garantir a posição da pessoa como objeto de direitos e deveres na esfera privada.

É uma concepção atomista da sociedade, derivada da visão moderna do mundo, estabelecida a partir do século XVII, quando surgiram as teorias do pacto e do contrato social e dos vínculos tidos como políticos. A sociedade e os laços políticos não seriam naturais à humanidade, mas invenções de uma certa maneira de conceber a vida política. A modernidade surgiu aqui e dessa maneira, sendo um equívoco considerar os chamados Renascimentos como dissociados da vida antiga, chamada de medieval. Com efeito, não apenas a Idade Média foi uma época rica em renascimentos, como, inclusive, pode ser definida e apreendida no seio deles. Quer dizer, o que chamamos com total impropriedade de Idade Média, um longo e diverso período histórico, está marcado por muitas diferenças, sendo que os ímpetus de renovação sempre foram interpretados pelos coevos como momentos de recuperação de uma identidade perdida com a Antiguidade. Essa identidade, como sempre, era ilusória. Os medievos recriavam os tempos antigos, cada vez que, com modéstia surpreendente, pretendiam fazê-los renascer.

Todavia, como resultado desse empreendimento moderno do Seiscentos, não haveria igualdade ou laços de solidariedade, irmandade, sororidade ou cooperação, mas conflito e concorrência, o que apenas seria interrompido pela intervenção de uma autoridade superior. A modernidade é um empreendimento monárquico. Como resultado do lugar em que ela começa a despontar, isto é, nos espaços que se tornariam os Países que hoje reconhecemos, em processo conflituoso de unificação, em que os poderes oligárquicos se viram submetidos pela assunção do poder de um só, artífice dessa unificação universalizante.

Nesses mundo e modo modernos, direitos e deveres seriam postos como duas faces da mesma moeda, nessa cosmovisão, absolutamente correspondentes, na medida em que resultariam da posituação dessa ordem legal do pacto ou contrato social.

É assim que se reconhece como tal a ordem jurídica inaugurada pela constituição moderna. E o dever seria aquele que corresponde e serve à realização de um direito.

Não há tempo aqui para criticar essa ideia errônea das relações humanas e do papel da Constituição – muito embora essa crítica seja necessária, uma vez que essa concepção continua a gerar resultados prejudiciais e até servir como obstáculo à realização da própria democracia.

O que eu queria demonstrar aqui, muito rapidamente, é que existem alternativas a essa concepção de igualdade meramente formal. E essas alternativas são consagradas em várias normas jurídicas, que, malgrado múltiplos empecilhos, ligados a ideologias e a interesses, procuram fazer cessar essa relação quase umbilical entre direito e dever.

Quero dizer que não vivemos mais na chamada *Era dos Direitos*, mas, pelo menos desde o início dos anos setenta do século passado, em uma ordem diferente, a que chamo de ***Era dos Deveres e Responsabilidades***. Essa nova ordem não apenas desfaz o vínculo entre direito e dever, resultante de uma concepção econômica – que não é jurídica – de que todo relacionamento seria resumido a um contrato, mas estipula a prevalência das relações de disponibilidade e cuidado – em relação às outras pessoas – especialmente aquelas que estão em uma situação de inferioridade e vulnerabilidade material –, além de à sociedade humana e à natureza. Essa nova ordem, claro, contrapõe-se diretamente com o regime econômico do Mundo, representado pelo *neoliberalismo*, que invade e ocupa ilegítimamente o espaço e o tempo internacionais, bem como a própria linguagem da economia, que se vê enredada em armadilhas de pseudocientificidade.

Onde estão esses novos padrões? Em muitos lugares, tanto nacional quanto internacionalmente reconhecidos, mas, para dizer mais precisamente, na relação fundamental entre o direito interno ou doméstico e o direito internacional.

Darei apenas um dos muitos exemplos que eu poderia trazer, que penso que se mostra especialmente útil em reuniões em território europeu, nesse tempo e nesse espaço que tantas lições nos levaram, para mostrar uma das contribuições capitais das Américas, capitaneada pelo Brasil. Um Brasil que soube formular tal contribuição, devo insistir, graças a suas raízes originárias e africanas.: Trata-se da Convenção Interamericana contra todas as Formas de Discriminação, Racismo e Intolerância Relacionadas, adotada em La Antigua, Guatemala, em junho de 2013.

No Brasil, a Convenção tomou validade como norma constitucional, ou seja, foi adotada como uma reforma constitucional derivada do direito internacional, causando uma verdadeira revolução no modo de ser e de entender todo o sistema jurídico nacional. Isso significou uma verdadeira revolução constitucional, pela qualidade dos direitos e mecanismos estabelecidos em tal Convenção, que alteraram profundamente o espírito da Constituição brasileira, a extensão dos direitos por ela protegidos e dos deveres relativos a políticas públicas – pelos três Poderes, nas três esferas da federação brasileira: União, Estados e Municípios - e a mudanças nas relações privadas.

Da perspectiva do que vinha ocorrendo com a nossa Constituição – mutilada por inúmeras emendas, que restringiram sem piedade direitos sobretudo sociais, a presença dessa norma convencional internacional tornada direito constitucional, representou uma reviravolta extremamente importante para a construção do Estado Democrático de Direito.

Dou apenas alguns exemplos: a Convenção – em conjunto com outra, relativa aos Direitos e às Políticas Públicas relativas às Pessoas com Deficiência, adotada internacionalmente e também inserida no texto constitucional brasileiro - corrigiu a ambiguidade na adoção e adaptação de todas as outras declarações internacionais de direitos, conseguindo inseri-las, de modo indireto, no texto constitucional. Os direitos da mulher e das crianças, consagrados em outras convenções internacionais, passaram a ter *status* constitucional. Mais, as definições que passaram a compor o texto da Constituição abrangem o racismo institucional e estrutural, além da questão fundamental da interseccionalidade, a que a Convenção dá o nome de discriminação agravada ou múltipla, em que vários aspectos da configuração discriminatória do modo como uma sociedade desigual como a nossa opera, excluindo classes, povos negros, originários, periféricos, pessoas com deficiência, e todos os gêneros.

A Convenção torna constitucionais as políticas afirmativas e reparatórias, impondo o dever de que permaneçam e não sejam suprimidas até que as desigualdades sejam efetivamente superadas. A partir da vedação da intolerância, todos os aspectos educacionais, culturais, incluindo as religiões, passam a ter um tratamento constitucional contundente, impedindo, por um lado, que discriminações ocorram, e incentivando, por outro, a multiplicidade de expressões, às quais o Estado, por seus três Poderes e por todas as unidades da federação, deve não só proteger como incentivar, mesmo coibindo que ocorram discriminação e intolerância na vida privada, na família e na empresa.

Finalmente, saliento um aspecto fundamental da revolução constitucional trazida por esses instrumentos – e que, até aqui, tem sido solenemente ignorada pelos Poderes públicos e não tem sido objeto do tratamento e das reivindicações

e empoderamento da sociedade – a mudança da concepção constitucional da igualdade.

Trata-se de resultado sobretudo do protagonismo internacional do Brasil nas primeiras gestões do atual Presidente da república, Lula da Silva, responsável por patrocinar a redação e o trâmite no sistema interamericano de direitos humanos, graças ao trabalho dos Ministérios das Relações Exteriores e da Igualdade Racial de então.

Até aqui, os direitos, deveres e políticas públicas vinham sendo tratados apenas como indutores da igualdade formal: mera igualdade perante a lei. A partir da Convenção e, a seguir ao momento em que passou a fazer parte da Constituição, a igualdade a ser considerada deve ser a material: o dever do Estado e da sociedade é o de fazer erradicar a desigualdade em todos os aspectos, do econômico ao cultural, do povo brasileiro. Numa palavra, a Constituição, em sua revolução, determina que se leve a sério a cidadania, de modo integral e absoluto.

Nesta norma híbrida nacional e internacional, a igualdade material ou substancial tornou-se um dever, para além dessa realidade especificamente brasileira, de todos os Estados que a assinaram e adotaram. Não é um mero objetivo, mas um dever atual de implementar.

A adoção dessa convenção leva ao efeito de reconhecer que todos desfrutam dos, e exercitam, “*sob condições de igualdade*” os “*direitos humanos ou liberdades fundamentais consagradas nos instrumentos internacionais aplicáveis*” às partes.

A regra diz mais: “*todo ser humano tem o direito de reconhecimento, prazer, exercício e proteção, em condições de igualdade, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais consagradas em suas leis nacionais e direito internacional aplicáveis às partes, tanto no nível individual quanto no coletivo*”. E cita expressamente como dever do Estado e de todos os indivíduos e empresas o de garantir acesso igual à propriedade,, acesso total à expressão cultural completa, bem como o dever de implementar políticas públicas apropriadas e medidas permanentes para promover a eficácia da igualdade material. Tudo isso dentro da estrutura de uma norma destinada a interromper diretamente a discriminação, o racismo e todas as formas de intolerância, que são claramente os problemas específicos que impedem a igualdade de se tornar realidade em nossa região do planeta, se é que não em todo ele, em toda a sociedade internacional, envolvida em invisíveis obstáculos e mecanismos de manutenção de preconceitos, intolerância e todas as formas de negação de acesso ao bens material e imateriais imprescindíveis ao bem viver.

Em resumo, é essa igualdade material ou substancial que realmente tem a ver com a cidadania, porque é um pré-requisito para a existência da democracia. Todos os ataques que a democracia tem sofrido em todo o mundo têm a ver com o campo fértil que a desigualdade cria para o discurso do ódio, atos de violência

e oportunismo de regimes extremos, antipolíticos, antijurídicos e, portanto, totalitários por definição.

## 2. RECONHECIMENTO COMO RELAÇÃO JURÍDICA FUNDAMENTAL

O reconhecimento, nesse sentido, é o relacionamento jurídico fundamental. Ele fundou a própria existência da sociedade política. Os seres humanos se tornam animais políticos quando criam o espaço e o tempo públicos, ocupando esse espaço/tempo para dizer o que é justo e lutar contra o que é injusto na existência. A sociedade política não é o resultado de um contrato aleatório para estabelecer uma autoridade superior ou externa a si. É a criação do povo, que deseja participar e determinar, em conjunto, o destino comum, os desejos e as necessidades que surgem da presença e coexistência.

Os direitos são os vários projetos de vida de cada indivíduo e grupos, e a Constituição vem para garantir que cada um tem deveres para garantir decisões comuns sobre os desejos e necessidades expressos com liberdade e igualdade.

O reconhecimento, em conclusão, são as relações de liberdade e igualdade, que comprometem os laços de confiança que são estabelecidos entre todos.

As regras são o instrumento para implementar e executar esses deveres fundamentais.

Consequentemente, qualquer coisa que perturbe o reconhecimento e a igualdade material ameaça a cidadania e a própria existência da sociedade político-democrática. Isso nem requer uma norma específica que defina ou que refira atos de distúrbio específicos.

O exemplo mais atual e óbvio são as ameaças que surgiram das redes digitais, a algoritmização da realidade social, as *fakenews*, estado da arte na instrumentalização da vontade de desfazer os vínculos políticos e fazer reinstaurar a dominação e a hierarquização da existência.

Espera-se que o poder legislativo estabeleça normas e sanções para interromper essas ameaças. No entanto, padrões para essas normas já existem. São consequências da própria natureza das relações ou vínculos constitucionais.

Portanto, a sociedade política e seu poder judiciário não podem ter medo de usar instrumentos para a defesa da ordem jurídico-política para impedir que esses atos se perpetuem ou continuem a perturbar a vida comum.

E é assim que os atos que emanam do judiciário brasileiro, atualmente, por intermédio de sua Suprema Corte devem ser interpretados, e que, como poder constitucional, tem feito um esforço corajoso e, portanto, elogiável, para não permitir que a Constituição desmorone.

### **3. POLÍTICA E PODER COMO UMA EMANAÇÃO FUNDAMENTAL DA ORDEM DA CONSTITUIÇÃO E NÃO COMO ATIVIDADES DA ORDEM ADMINISTRATIVA**

Tenho, agora, duas palavras finais sobre o fluxo da política e o papel do judiciário.

Sobre todos esses temas, que perfazem, em minha abordagem uma forma de provocar debate, podemos nos aprofundar, em nosso relacionamento profissional, acadêmico e de amizade, que espero, intensifique-se a partir desses encontros e de outros mais.

Penso que, em princípio, a prevalência do modelo administrativo, em detrimento do modelo constitucional, traz muitos inconvenientes para a continuação do processo civilizador do direito e da justiça.

Há muitas razões que justificam esse diagnóstico que faço desde há algum tempo e para o qual dediquei muitos escritos.

Vou indicar apenas um deles.

Ao tornar a vida jurídica - pública e privada - apenas uma maneira de gerenciar tarefas e conflitos, realizamos a construção de uma ordem jurídica rígida e nos conformamos com suas imperfeições e com injustiças. Tiramos da política e do direito seu caráter mais autêntico, que é a inovação, a constante busca por novas soluções para novos problemas: uma característica intrínseca da humanidade. E essa busca é não de administrar a vida, sobretudo comum, mas de constituir uma vida melhor.

Ao nos tornarmos meros agentes administrativos, deixando de ser atores da Constituição e de nosso espaço/tempo comum, seus guardiões, começamos a acreditar e pregar que a democracia não é tão necessária, porque o que é fundamental é dividir a sociedade em funções, como se estivéssemos em fábricas antigas, dividindo tarefas para a construção de um objeto que não nos pertence e que conhecemos pouco, e cada vez menos. Diminuímos nossas capacidades, nossa energia, restringimos nosso poder, a dinâmica de pensar mundos novos, sonhar e realizar o que ainda não é.

Política e justiça são duas atividades que surgem e se desenvolvem a partir da participação. E abordam com precisão a distribuição de bens materiais e imateriais, com base em decisões comuns e compartilhadas.

São atividades destinadas a implementar deveres, atribuindo responsabilidades, por meio de atos de participação pública, que chamamos corretamente de políticas públicas. Essas atividades de pensamento e de ação, de produção de práticas e de discursos sobre essas práticas e sobre o que imaginamos, que são de

tanta relevância, quando distorcidas nos impedem de realizemos o que podemos realizar, de fazer o que precisamos fazer.

#### **4. O FLUXO DO PODER E O PAPEL DO JUDICIÁRIO**

Essa é, em síntese, a questão fundamental de deixar ou fazer fluir o poder, e, no que tange a nós, de qual o papel do judiciário no ativar e deixar se desenrolar esse fluxo do poder.

Pensar nas atividades fundamentais da vida pública como constitucionais e não administrativas significa pensar que uma mudança na concepção do que é e faz o judiciário é extremamente importante. Em quem o exercita ou deve exercer, sobre a legitimidade de seus atores, em uma democracia.

Democracia que devemos afirmar simplesmente como o poder do povo.

Regular, portanto, a questão da relação da atividade de julgar com os institutos da participação direta e da representação.

Novas formas de julgamento, com maior participação e talvez descentralização, com controle, são cruciais para reconstruir essa natureza constitucional da justiça.

Alguns colegas do judiciário brasileiro, talvez, pensarão que essa afirmação contundente dos atributos constitucionais da democracia viria a trazer prejuízo a seu monopólio de dizer o direito, estão enganados, porém. Esse judiciário monopolista – ou pretensamente monopolista, já que ele somente instrumentaliza uma força que está em outro lugar - da intervenção nas relações jurídicas, sopera a justiça num percurso antijurídico, quer dizer, injusto. Pois somente se faz a favor de uma elite – eufemismo de oligarquia - que reproduz ideias pretensamente tradicionais ou antigas, a seu favor, que quer o judiciário apenas dedicado a também reproduzir uma ordem social cheia de injustiças. Na verdade, inadequada, a par de ilegítima, essa concepção ultrapassada e preconceituosa tem grande parte da culpa pelos problemas que finge desconhecer ou pretende saber com exclusividade, e, bem por isso, não sabe ou não quer solucionar.

No entanto, devo dizer que minha intenção não é propor a extinção do judiciário como poder estatal, mas permitir que sejam realizados esforços por esse mesmo judiciário para abordar os valores mais importantes para a sociedade política e a própria justiça.

Juízes e juristas, em suma, somos tão absorvidos em nossas tarefas, em muitos casos repetitivas, que perdemos a noção do papel que podemos desempenhar, dentro da ordem constitucional, determinada pelo povo constituinte.

Esse papel é construir a igualdade material, como uma expressão de reconhecimento, como mencionei.

É uma crítica não ao garantismo, mas à maneira pela qual acabou absorvendo, obviamente não sem razão, o imaginário da discussão jurídica contemporânea.

Quero dizer que as garantias por si só não são suficientes. Porque a garantia tende a imobilizar e proteger as estruturas de poder atuais ou tradicionais. É preciso preservar firmemente as garantias, mas ir além delas, ao dar cabo dos embaraços à construção de uma sociedade justa, antidiscriminatória, produtora de igualdade e de bem viver.

Muitas vezes atua impedindo o fluxo da política e da justiça, estabelecendo os verdadeiros nós do poder.

A igualdade de material de construção significa ir além dos limites que o próprio direito se impõe, quando se torna um instrumento de administração. A relação desigual que foi estabelecida entre economia e o direito - da subordinação desse àquela -, nesse sentido, é um sintoma dessa administrativização da vida jurídica e política. De um grito de viva à gerência, ao renegar a justiça e os deveres.

Construir esse novo judiciário, que realmente atua como um terceiro nas relações de poder, para controlar o poder e não capacitar o povo constituinte e se tornar capaz de realizar seu objetivo é um desafio civilizacional.

Seria um modo de impor freios ao caos que os extremismos desejam criar, na revivescência maligna da extrema-direita, que se apossa do espaço/tempo da política para representar apenas interesses de minorias oligárquicas.

Empreendamos essa tarefa de transformação virtuosa juntos

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANSALDI, Walter. (ed.) *La Democracia em América Latina, um Barco a la Deriva*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

ATTIÉ, Alfredo. “México – a Reforma do Poder Judiciário” in *A Terra é Redonda*, publicado em 28.10.2024, disponível em <https://aterraeredonda.com.br/mexico-a-reforma-do-poder-judiciario/>.

ATTIÉ, Alfredo: “Autoritarismos Neoliberais: o Estado de Sítio” in *ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO. Breves Artigos* (org.), publicado em 22.03.2025., acesso em <https://apd.org.br/estado-de-sitio-e-autoritarismos-neoliberais-por-alfredo-attie/>

ATTIÉ, Alfredo. “Justiça para as Cidades” in *A Terra é Redonda*, publicado em 28.06.2024, disponível em <https://aterraeredonda.com.br/justica-para-as-cidades/>.

ATTIÉ, Alfredo. “Revolução Constitucional Ignorada”, em *Brasil 247*, publicado em 13 de Agosto de 2023, disponível em <https://www.brasil247.com/blog/revolucao-constitucional-ignorada>.

ATTIÉ, Alfredo. *A Reconstrução do Direito: Existência. Liberdade, Diversidade* Porto Alegre: Fabris, 2003.

ATTIÉ, Alfredo. *África Constituinte no prelo*, São Paulo: Tirant, 2025.

ATTIÉ, Alfredo. *Brasil em Tempo Acelerado: Política e Direito*. São Paulo: Tirant, 2021.

ATTIÉ, Alfredo. *Direito Constitucional e Direitos Constitucionais Comparados*. São Paulo: Tirant, 2023.

ATTIÉ, Alfredo. *Direito Constitucional e Direitos Constitucionais Comparados*. São Paulo: Tirant, 2023; ATTIÉ, Alfredo. “Liberdade, Dissensão, Sublevação: movimentos, sentimentos e versões da política e do direito” in Solon, Ari et al. (coord.) *Múltiplos Olhares sobre o Direito: Homenagem aos 80 anos do Professor Emérito Celso Lafer*, volume I, São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 547-575.

ATTIÉ, Alfredo. *Direito e Economia: Ponto e Contraponto Civilizacionais* (no prelo, São Paulo: Tirant, 2025);

ATTIÉ, Alfredo. *Montesquieu*. (Lisboa: Chiado, 2018).

ATTIÉ, Alfredo. *Towards International Law of Democracy* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022.

BODIN, Jean. *Les Six Livres de la République*. Paris : Jacques du Puy, 1577.

Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Acesso em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

CARVALE, Mario. *Storia del Diritto nell'Europa moderna e contemporanea*. Bari: Editori Laterza, 2013.

FRIEDMAN, Jonathan (ed.) *Globalization, the State, and Violence*. Lanham/Common Hill: AltaMira Press, 2003.

FURTADO, Celso. *O Mito do Desenvolvimento Econômico*. São Paulo: Ubu Editora, 2024.

GROSSI, Paolo. *L'Ordine Giuridico Medievale*. Bari: Editoru Laterza, 2017.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Brooke, Chrstopher (ed.) London: Pinguin Classics, 2017.

INNERARITY, Daniel. *Governance in the New Global Disorder*. Kingery, Sandra (trad.) New York: Columbia University Press, 2016.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Rios, Fernando de los (trad.) México: Fondo de Cultura Económica, 3ª ed. 2014.

LOCKE, John. “*The Second Treatise: An Essay Concerning the True Original Extent, and End of Civil Government*” in *Two Treatises of Government and A Letter on Toleration*. Shapiro, Ian (ed.), New Haven/London: Yale University Press, 2003.

LUHMANN, Niklas. *Il Diritto dela Società*. Avitabile, Luisa (trad.) Torino: G. Giapichelli Editore, 2012.

MACHIAVELLI, Niccolò. *Tutte le Opere*. Martelli, Mario (a cura di), Firenze: Sansoni, 1992.

MARX, Karl. *Grundrisse der Kritik der Politischen Ökonomie*. Berlin: Dietz Verlag, 1974.

ROMANO, Bruno. *Filosofia e Filosofia del Diritto* Triglia, Nicola LA; Mesiti, Rosamaria; Petrocco, Giovana; Siniscalchi, Antonio & Straito, Luca (ed.) Torino: G. Giapichelli Editore, 2012.

ROMANO, Bruno. *Il Dovere nel Diritto*. Torino: g. Giapichelli Editore, 2021.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du Contract Social ; ou, Principes du Droit Politique*. Amsterdam : Marc Michel Rey, 1762.

SASSEN, Saskia. *Territory – Authority – Rights*. Princeton/Oxford: Princeton University Press. 2006.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. Qu'est-ce que le Tiers État ? Paris : Éditions du Boucher, 2002.

SMITH, Adam. An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations. Hampshire: Harriman House, 2007,

SOLON, Ari et al. (coord.) Múltiplos Olhares sobre o Direito: Homenagem aos 80 anos do Professor Emérito Celso Lafer, volume I, São Paulo: Quartier Latin, 2022

WEBER, Max. Economy and Society. Tribe, Keith (trad.) Cambridge: Harvard University Press, 2019.

ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. Coutinho, Karin P-A. (trad.) Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.



# PARTE I



## *PARTE I - APRESENTAÇÃO*

# **APRESENTAÇÃO DO EVENTO**

### **190 ANOS DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA REPÚBLICA PORTUGUESA: LIBERDADE, MEIO AMBIENTE E JUSTIÇA**

**HENRIQUE ARAUJO**

*Juiz-Conselheiro*

*Presidente do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal*

Saúdo todos os presentes e, muito em particular, o Senhor Doutor Nelson Faria de Oliveira, Secretário-Geral da Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa, a quem quero agradecer todo o entusiasmo e empenho dedicados à realização deste Congresso, no âmbito das comemorações dos 190 anos do Supremo Tribunal de Justiça.

Nesta feliz oportunidade de reencontro lusófono, juntamos juristas de Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné, Macau, Portugal, São Tomé e Príncipe e Timor-Leste para refletirmos e dialogarmos sobre três temas de suprema importância para o futuro das nossas Nações: Liberdade, Meio Ambiente e Justiça.

Aos distintos oradores deixo aqui uma palavra de imensa gratidão.

Excelências:

Falamos uma língua comum.

Uma língua que se recria e reinventa todos os dias nos vários espaços nacionais que dela se servem e que através dela moldam as suas culturas e modo de viver.

Como dizia Eduardo Lourenço, uma língua não é de ninguém, mas nós não somos ninguém sem uma língua que fazemos nossa.

Ao fazermos nosso, de cada país, o mesmo código linguístico, beneficiamos da inquestionável vantagem de fazermos fluir as ideias e as mensagens em toda a galáxia lusófona.

Liberdade, Meio Ambiente e Justiça.

Cada um destes tópicos daria para considerações que não cabem num dia.

Teremos oportunidade de ouvir várias perspetivas sobre a tríplice temática e as principais preocupações e desafios que se colocam.

Permitam-me brevíssimas considerações.

Não há Liberdade sem Justiça, porque só esta garante aquela.

Mas a Liberdade e a Justiça efetiva apenas são possíveis num único sistema de organização política, a Democracia.

Só faz sentido falar de Liberdade e Justiça em democracia. A Liberdade e a Justiça não têm espaço, não respiram, em arremedos de Democracia, fundados em modelos meramente formais que escondem práticas autocráticas e usam sistemas de Justiça contaminados por outros poderes, designadamente pelo poder político.

Talvez haja uma palavra de aplicação transversal aos três tópicos de debate que represente o que é necessário para proteger e consolidar a Liberdade, o Meio Ambiente e a Justiça: RESPEITO.

Respeito pelos direitos fundamentais e pela dignidade da pessoa humana; respeito pelo princípio da separação de poderes e pelo Estado de Direito; respeito pela participação dos cidadãos na vida da sociedade e nas suas formas de regulação; respeito pela Natureza, pelo próximo, pelos mais vulneráveis.

Mas como se poderá garantir o RESPEITO pela Liberdade, pelo Meio Ambiente e pela Justiça quando a vida das nações é totalmente dominada pela Economia?

A experiência dos últimos anos tem comprovado que a ditadura da economia fragiliza os alicerces da civilização, degrada o meio ambiente e fomenta o individualismo, favorecendo a máxima ‘cada um por si’ e atirando os princípios e os valores para o horizonte do dispensável.

E como se poderá garantir o RESPEITO pela Liberdade, pelo Meio Ambiente e pela Justiça quando o estado deplorável em que o mundo se encontra é superado pelo estado ainda mais deplorável em que se encontram as virtudes do ser humano, como a ética, a moral, a honestidade, a integridade e a solidariedade?

Na luta individual e supercompetitiva, os mais fortes, ou seja, aqueles que pertencem às elites da política, da finança e da sociedade, empurram os mais fracos para a vulnerabilidade e pobreza.

Não admira, por isso, que, em várias latitudes do mundo, se assista a um enorme desencanto e que as democracias comecem a desabar, dando lugar a ditaduras ou democracias de papel, em que as juras constitucionais ao Estado de Direito e aos direitos fundamentais não passam de fingidas proclamações sem adesão à vida e à realidade.

A Liberdade, a Justiça e a Democracia do século XXI vivem, de facto, momentos críticos e decisivos.

No passado dia 15, comemorou-se o Dia Internacional da Democracia.

O modo totalmente desinteressado como esse dia foi assinalado em Portugal retrata na perfeição a indiferença que se nota em relação a um assunto tão importante para a liberdade e para a vida das pessoas e instituições .

Não é possível defender a democracia se não houver uma efetiva participação dos cidadãos nos assuntos da comunidade e uma opinião pública informada e atenta.

O que acontece, todavia, é que a opinião pública e o espaço cívico de debate estão cada vez mais constrictos.

Deixem-me pedir ajuda a Carlos Drummond de Andrade.

Num dos seus Contos Plausíveis, com o título “A Opinião em Palácio”, este célebre autor brasileiro contava:

O rei fartou-se de reinar sozinho e decidiu partilhar o poder com a Opinião Pública.

— Chamem a Opinião Pública — ordenou aos serviços.

Eles percorreram as praças da cidade e não a encontraram. Havia muito que a Opinião Pública deixara de frequentar lugares públicos. Recolhera-se ao Beco sem Saída, onde, furtivamente, abria só um olho, isso mesmo lá de vez em quando.

Descoberta, afinal, depois de muitas buscas, ela consentiu em comparecer ao palácio real, onde sua majestade, acariciando-lhe docemente o queixo, lhe disse:

— Preciso de ti.

A Opinião, muda como entrara, muda se conservou. Perdera o uso da palavra ou preferia não exercitá-lo. O rei insistia, oferecendo-lhe sequilhos e perguntando o que ela pensava disso e daquilo, se acreditava em discos voadores, horóscopos, correção monetária, essas coisas. E outras. A Opinião Pública abanava a cabeça: não tinha opinião.

— Vou te obrigar a ter opinião — disse o rei, zangado.

— Meus especialistas te dirão o que deves pensar e manifestar. Não posso mais reinar sem o teu concurso. Instruída devidamente sobre todas as matérias, e tendo assimilado o que é preciso achar sobre cada uma em particular e sobre a problemática geral, tu me serás indispensável.

E virando-se para os serviços:

— Levem esta senhora para o Curso Intensivo de Conceitos Oficiais. E que ela só volte aqui depois de decorar bem as apostilas.

Pois bem.

A sensação que tenho – certamente por vós partilhada – é a de que a opinião pública, ou continua a frequentar, sem aproveitamento, o tal curso intensivo, ou então – e esta é a hipótese mais provável – já dele desistiu e optou por se deliciar com as futilidades e pequenos prazeres tecnológicos da vida contemporânea.

Temos, portanto, que dar razão a Hubertus Buchstein quando afirma que o grande problema é que a democracia necessita de atores que ela própria é incapaz de produzir.

É este o ponto em que, infelizmente, nos encontramos: total indiferença da sociedade civil em relação aos temas fundamentais para o bem-estar futuro das populações.

Sem opinião pública que o ajude a bem governar, poderia o ‘rei’, ainda assim, governar bem, usando bom senso, sentido prático e visão estratégica.

Mas a verdade é que o próprio ‘rei’ também vive e pensa em função do curto prazo, dos ciclos eleitorais e económicos, sem capacidade estratégica para combater as crises relacionadas com as alterações climáticas, as fontes de energia, o capitalismo financeiro, as migrações, o envelhecimento das populações, a sustentabilidade das pensões, as guerras e conflitos.

Estão, assim, criadas as condições para o surgimento de comportamentos políticos regressivos, como o populismo, o autoritarismo ou o consumo passivo de políticas habilmente mediatizadas à custa da massificação da ignorância.

A luta pela democracia, e, logo assim, pela Liberdade e Justiça, é obrigação de todos nós, com coragem e renúncia ao comodismo e ao politicamente correto, fazendo de cada dia uma etapa contra a discriminação, a intolerância, a violência, a desigualdade e as tendências tirânicas de algumas modas.

No leste da Europa, e em muitas outras partes do planeta, assiste-se a fenómenos de deterioração da Democracia com impacto muito negativo nas instituições da Justiça, nomeadamente através de medidas que afetam gravemente a independência dos tribunais e dos juízes.

São conhecidos os sinais de alerta emitidos por vários organismos de topo da União Europeia, perante aquilo que se apresenta como ataques ao Estado de Direito em alguns países da União.

Num outro ângulo de análise:

Se as condições de organização política e social são indispensáveis à dignidade da pessoa humana e à proteção dos direitos fundamentais, ter-se-á também de reconhecer que só um meio ambiente ecologicamente equilibrado permitirá o gozo desses direitos, designadamente o direito à vida, à saúde física e mental e, duma forma geral, ao bem-estar dos cidadãos.

Ora, os comportamentos humanos que provocam o desequilíbrio ecológico, geram, como sabemos, inúmeras situações que configuram negação da dignidade das pessoas e dos grupos sociais, em especial dos que se encontram em situação de pobreza ou maior risco social.

Daí a importância de relacionar a Justiça com o Meio Ambiente e de dotar os ordenamentos jurídicos de instrumentos que o protejam eficazmente e sancionem, com efeito dissuasor, os agentes prevaricadores.

Há muito trabalho pela frente: na proteção das florestas, na preservação dos rios e oceanos, no incremento de energias não poluentes, nas técnicas de reciclagem e tratamento de resíduos, na redução e combate ao ruído, enfim, em tudo o que seja essencial para proteger a Natureza e o Meio Ambiente.

Excelências:

Minhas Senhoras e Meus Senhores:

Já vai longa esta intervenção introdutória do Congresso.

Por isso, termino, fazendo votos de que este encontro seja produtivo e repetindo uma sincera palavra de gratidão a todos os que, generosamente, se associaram ao Supremo Tribunal de Justiça neste momento tão importante da sua história.

LISBOA, 19 de setembro de 2023

## CAPÍTULO 1

# CONSTITUCIONALISMO GLOBAL E AMBIENTAL: ENTRE *PAIDEIA* E *POLITEIA*<sup>1</sup>

ALFREDO ATTÍE<sup>2</sup>

*“The democratic community of Dewey’s dreams is a community (...) in which everybody thinks it is human solidarity, rather than knowledge of something not merely human, that matters. The actually existing approximations to such a fully democratic, fully secular community now seem to me the greatest achievements of our species.”<sup>3</sup>*

### Resumo

Três propostas são apresentadas pelo autor: 1. a língua portuguesa como veículo de expressão e comunicação de múltiplas línguas e culturas; 2. a vinculação da democracia ao direito constitucional e ao direito internacional; e 3. O direito internacional ambiental como princípio e cerne da formação jurídica. O autor busca, então, reorientar a preocupação atual de defesa da democracia e da república para um desenho da Constituição e da Política transnacionais e internacionais.

### Abstract

Three proposals are presented by the author: 1. the Portuguese language as a vehicle for expression and communication of multiple languages and cultures; 2. the connection between democracy; and between constitutional law, and international law; and 3. international environmental law as a principle and core

1 Texto-base para minha intervenção no Congresso realizado em Lisboa, Portugal, por ocasião das comemorações do centésimo-nonagésimo aniversário do Supremo Tribunal de Justiça português, em 2013.

2 Alfredo Attíe é jurista, filósofo e escritor, Doutor em Filosofia da Universidade de São Paulo, onde estudou Direito (FD.USP) e História (FFLCH.USP). É Presidente da Academia Paulista de Direito e Titular da Cátedra San Tiago Dantas, na qual sucede a Goffredo da Silva Telles Jr. Conselheiro da Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo. Autor dos livros: *Direito e Economia: Ponto e Contraponto Civilizacionais* (no prelo, São Paulo: Tirant, 2025); *África Constituinte* (no prelo, São Paulo: Tirant, 2025); *Direito Constitucional e Direitos Constitucionais Comparados* (São Paulo: Tirant, 2023); *O Brasil em Tempo Acelerado: Política e Direito* (São Paulo: Tirant, 2021), *Towards International Law of Democracy* (Valência: Tirant Lo Blanch, 2022); *A Reconstrução do Direito: Existência. Liberdade, Diversidade* (Porto Alegre: Fabris, 2003); e *Montesquieu* (Lisboa: Chiado, 2018), também é mestre em Filosofia e Teoria do Direito pela FD.USP e em Direito Comparado pela Cumberland School of Law, foi Procurador do Estado de São Paulo, Advogado e Juiz de Direito e exerce a função de Desembargador do Tribunal de Justiça paulista. Membro de entidades internacionais, participando ativamente de foros para a defesa e construção dos direitos humanos, a paz, a democracia e a proteção do meio ambiente. Site: <http://apd.org.br>; E-mail: [aatticjr@gmail.com](mailto:aatticjr@gmail.com); Mais informações em <http://lattes.cnpq.br/8117126316669740>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7854-7696>.

3 RORTY, Richard. *Philosophy and Social Hope*. London: Penguin, 1999.

of legal education. The author then seeks to redirect the current concern for the defense of democracy, and republic towards a design of the Constitution and transnational and international law.

## **INTRODUÇÃO: UM PROJETO PARA AS CULTURAS NA, E PELA LÍNGUA PORTUGUESA**

Ao participar desse evento de importante comemoração do centésimo-nagésimo aniversário da mais alta Corte Portuguesa, realizado no principal auditório, destinado à realização das sessões de julgamento por seus ilustres Magistrados e Magistradas, chamou-me a atenção a decoração simples e elegante dessa sala, cujo aspecto central é o retrato da rainha Maria da Glória, filha e herdeira de Pedro I do Brasil, Pedro IV de Portugal, imperador que teria dado passo decisivo no processo de independência política do Brasil no Século XIX, e teria participado da resistência ao absolutismo de seu irmão Miguel I, no curso da chamada revolução liberal portuguesa.

Quando vim a Portugal pela primeira vez, para realizar estudos doutorais na Universidade de Coimbra, dei-me conta de quão antiga poderia ser a cultura em que se enraizava a língua portuguesa, malgrado as diferenças que faziam a comunicação tropeçar um pouco, no início de meu contato com a vida acadêmica portuguesa.

Os jesuítas que fundaram a cidade de São Paulo de Piratininga, em 1554, haviam saído do Colégio em que a Companhia de Jesus se havia instalado, na cidade universitária portuguesa, apenas cinco anos antes da fundação paulistana. Curiosamente, a Igreja, hoje conhecida por Sé Nova, somente começou a ser construída no final do Século XVI, sendo concluída cem anos depois, em 1698. Os padres, que haviam fundado São Paulo – e, antes, Salvador, em 1549, primeira capital da América Portuguesa, na Bahia de Todos os Santos, e fundariam São Sebastião do Rio de Janeiro, em 1565, esta última que se tornaria a capital do Império Português, no Século XVIII, depois Capital do Império Brasileiro, na primeira metade do Século XIX, e Capital da República, já no finalzinho desse Século, permanecendo nessa condição até que fosse destronada por Brasília, em 1960) - eram jovens: Manoel da Nóbrega, filho de Desembargador do Paço, tinha trinta e sete anos, José de Anchieta, vinte. Tudo cheirava a juventude, no imaginário brasileiro.

Coimbra, porém, tinha a Universidade, cuja criação data do final do Século XIII, e sua Sé Velha, de construção iniciada no Século XII. Existia, portanto, uma Idade Média a ser desvendada, no velho País-Metrópole. O Barroco, antes sentido como sinal de antiguidade, no Brasil, em verdade, formava um dos aspectos de uma cultura já moderna, que se preparara para, e mergulhara nos desafios

de um grande encontro de culturas, marcado por inúmeros conflitos e trágica violência, que foi o empreendimento colonizador.

Lisboa, porém, como se pode vislumbrar dos janelões do edifício da Corte Superior de Portugal, voltados para a Praça do Comércio, é filha do terremoto de novembro de 1755. Imediatamente após a grave tragédia, o Marquês de Pombal, que se tornaria Primeiro-Ministro de Dom José I, ordenou a construção de uma cidade nova, forjando o traçado largo e retilíneo de suas vias de comunicação. A construção da cidade fez-se com a utilização dos valores hauridos na exploração do ouro brasileiro. Demandou aumento da arrecadação fiscal, levando à conformação de vários levantes de colonos, naquela que se tornava a Capitania das Minas Gerais, após a separação da Capitania Real de São Paulo e das Minas do Ouro, criada em decorrência da vitória da Metrópole sobre os colonos, em 1709, que pretendiam dominar o comércio das minas descobertas. A Metrópole vence essa guerra, separa a Província, transfere a Capital da Colônia de Salvador para o Rio de Janeiro e constrói a estrada de acesso do ouro de Minas ao litoral, para seu transporte a Portugal. Mas terá de enfrentar ainda outras tantas Revoltas dos colonos, a principal delas a Conjuração Mineira, já no final dos Setecentos. Essas são vicissitudes, talvez mais de índole administrativa, entre a Metrópole e apenas uma de suas colônias. Outras histórias, vinculadas igualmente, com a construção do País português, advêm dos espaços e dos povos da África e da Ásia, onde o português, assim como na América, tornou-se uma língua praticamente comum, não, evidentemente, sem resistências e permanências das centenas de línguas que são faladas e constituem a importante marca civilizacional de uma multiplicidade de ricas culturas.

Muito bem, a par dessa antiguidade, descoberta no encontro com o Portugal contemporâneo, é preciso reconhecer que existem outras antiguidades, com certeza até mais ancestrais. As autóctones do território que hoje se chama Brasil, no qual são faladas mais do que duzentos e cinquenta línguas, as dos povos e cinquenta e quatro Países do continente africano, no qual se falam mais de duas mil línguas, as da Ásia, em que as línguas faladas superam, também, duas mil. Claro que, se pensarmos na área que foi dominada, na era das colonizações, por Portugal, esse número é bem menor, nesses dois últimos espaços continentais.

Falamos, contudo, de quatro ou, mais propriamente - se desejarmos, tendo em vista o caráter transcontinental do Timor-Leste, entre Oceania e Ásia -, da totalidade dos cinco continentes. Neles, a língua portuguesa serve como veículo de comunicação e instrumentaliza as trocas culturais de vários povos. Imposta, sem dúvida, na violência do processo de exploração, opressão e dominação, que se estabeleceu, no empreendimento colonizatório, mas que, ao fim e ao cabo, resultou em território linguístico de representação de tempo e lugares da memória e de projeções de existência.

Calcula-se que os falantes da língua portuguesa, no Mundo atual, chegam a aproximadamente duzentos e setenta milhões de pessoas, nos Países hoje reunidos na Comunidade dos Países de Língua Portuguesa - CPLP, entidade oficial, que tem como membros os Estados lusófonos de Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné Bissau, Guiné Equatorial, Macau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe, Timor Leste. É um número considerável de pessoas – fazem do português a quarta língua mais falada no Mundo – e de representação espacial de Países, nos quais, fator de extrema importância, muitas outras línguas são faladas, servindo o português de língua franca entre esses diversos povos.

Penso que isso é um aspecto que deve ser salientado, em um projeto sério e duradouro de comunicação e integração entre esses Estados e esses povos. Não se trata, como tem sido, lamentavelmente, a única tônica das preocupações, de cultivar a língua, tê-la como foco das intenções comunicacionais. O mais relevante é exatamente o oposto dessa visão que ainda guarda um caráter lamentavelmente colonizador, etno- e eurocêntrico. Trata-se de preservar as demais línguas e, mesmo, recuperá-las do apagamento a que foram submetidas pela implementação dessa visão colonial. Entretanto, ao lado disso, passar a empregar a língua portuguesa como instrumento complexo de viabilidade de comunicação, de trocas culturais, políticas, sociais, econômicas dessas ricas e várias culturas. O português de maneira nenhuma como centro irradiante e modelador de contribuições que são diversas em si. Mas, isto sim, como difusor das culturas plurais, como instrumento facilitador para que as trocas preservem as suas características originais e autênticas, criando um espaço e um tempo de igualdade, de circulação efetivamente livre de valores múltiplos, que intensifique laços de cooperação e solidariedade.

É fundamental que seja desse modo, sobretudo para fazer superar diversos traumas históricos vinculados às estruturas de troca desigual, de dominação, exploração e opressão. Abrindo-se, pois, a uma perspectiva de afirmação presente, em novo processo de enraizamento pluricultural sustentável. Quer dizer, que preserve, recupere e encaminhe a um futuro de afirmação empoderada, na complexidade das relações humanas, na riqueza de sua diversidade preservada e desenvolvida. Em síntese, diria que se trata de proceder a um movimento ou a movimentos de envolvimento e desenvolvimento ponderados, modulados, mas radicais e corajosos.

Todos os povos e Países que compõem essa comunidade cultural passaram por processos de sofrimento, submetidos a regimes de submissão, sem exceção. Portanto, podem contribuir de maneira efetiva para o enriquecimento cultural global, pelo testemunho de superação que prestam. E isso na consagração de uma união efetivamente democrática, que se expresse de modo a convencer todos os povos da importância do regime de poder do povo, na igualdade, na estipulação essencialmente anticolonial.

Nesse sentido, projetos e programas conjuntos devem ser incentivados e realizados, de tal forma que os espaços e tempos particulares dos povos tenham circulação livre no interior dessa união, mas também em perspectiva que transcenda seus limites, num conjunto que dialogue com outros conjuntos culturais – sejam os das línguas mais faladas do mundo, seja no concerto geral de todas as línguas e culturas.

Não se trata de uma forma de expressão portuguesa – que seria, como é, fictícia e arbitrária. Mas, isto sim, de empregar a língua e seus meios materiais e imateriais para permitir a expressão da pluralidade de línguas e culturas que contém o espaço em que se realiza seu encontro, outrora casual, depois forçado, hoje como uma segunda natureza, que não mais deve reforçar dores, mas cuidar delas, para que se superem e ajam como vetores de transformação libertadora.

Apanhemos a literatura como exemplo.

Os processos históricos de colonização ocidental e oriental<sup>4</sup> (observando-se que a expressão geográfico-cultural desses territórios já aponta o desvio desfigurante de uma centralidade artificial e impositiva europeia), coincidentes no tempo, fazem com que Portugal ou a Europa tornem-se tais como elementos de migração dos signos do Brasil ou da América ao Oriente ou a África (esta deslocada ou empurrada espacialmente, num procedimento ficcional, que apela para a ideia de tempo e o confunde com a espacialidade: antiguidade)e) e a Ásia, e vice-versa. É evidente que de tais processos resulta tanto a invenção do *mundus nouus* da América, quanto do *exotismo oriental*, contrapostos à *autoimagem* que os *europeus* também vão inventando de si.

A historiografia portuguesa estabelece o andamento das relações entre Portugal e o Oriente em três períodos. O primeiro iria de 1498 a 1511, período de colheita fragmentária de informações. Entre 1510 e 1545, teríamos o segundo momento, no qual as observações e relatos se intensificam, dando margem às primeiras tentativas de síntese dos conhecimentos. A partir de 1546, teria surgido um mais profundo conhecimento europeu da Ásia, a partir da acumulação de informações e do desenvolvimento de trocas culturais.

Importa, aqui, salientar que as obras que correspondem ao ápice da cultura portuguesa são forjadas exatamente no período de colonização, como resultado de seu aporte cultural. Os exemplos mais claros estão nas assim consideradas maiores obras literárias portuguesas. *Os Lusíadas*, de Luís de Camões, publicada em 1572, e *A Peregrinação*, de Fernão Mendes Pinto, terminada entre 1569 e

---

4 ATTÍE, Alfredo. “América-Oriente: o Outro no Espelho dos Tempos” in BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu (coord. e ed.) *Cultura Oriental e América Latina: Influência, Debates, Arte, Cultura, Direito*. São Paulo: UNINOVE/Biblioteca do Memorial da América Latina, 2003, p. 66-72.

1578, mas publicada, em Lisboa, em 1614. Tais textos discorrem sobre o universo das relações coloniais portuguesas. O *renascimento cultural português* é, na verdade, a resultante de relações empreendidas com o mundo colonial, sobretudo oriental, migração de signos que, paradoxalmente, em sua diferença civilizatória, permitirá a fixação da identidade portuguesa.

Tal identidade será formulada a partir de uma *matriz religiosa*,<sup>5</sup> válida para todo o mundo ocidental (ou, nesse caso, a Europa -, qual seja, o *cristianismo*. Com efeito, o terceiro período que referi também será caracterizado pela expansão das missões religiosas no mundo *descoberto*, do trabalho missionário de mapeamento e conversão dos povos, que, assim, passaram à condição de colonizados. É quando os diversos colonizadores europeus (a colonização é muito masculina) veem-se dotados de uma característica civilizatória, que os diferencia e os identifica, apta a leva-los a assumir uma postura dominadora em relação aos demais povos. Essa característica, de conteúdo múltiplo, eu diria mesmo indiferenciado – assim, político, econômico, social, cultural, tecnológico, etc. – será sumarizada na expressão do *cristão*. Seu artífice são as diversas ordens missionárias, entre as quais haveria de se destacar a dos jesuítas. O *cristão*, pois, inventará algo que eu chamaria de uma *cronologia dos espaços*. Quer dizer, o processo civilizacional europeu – anticivilizacional, da perspectiva dos povos que serão vítimas de sua violência – construirá algo como uma *geografia histórica*, propondo para cada *espaço* um *tempo* determinado. Em termos simples, para o *Oriente*, o *passado*, para a *América*, o *futuro*, em relação ao *presente europeu*. A *Europa* constituindo-se, ao mesmo tempo, no *destino da civilização*, em relação ao *passado oriental*, e no ponto de *partida* ou *fonte civilizatória*, em relação ao *futuro americano*.

Isso está em várias manifestações culturais. Observo, por exemplo, como tal *cronologia espacial* aparece no texto de outra figura seminal da literatura de língua portuguesa, o padre Antonio Vieira nas imagens dos *espelhos dos tempos* e da *fabulação universal*, que fiz interpretar em dois de seus *sermões*.<sup>6</sup>

A primeira delas, na explicitação vieiriana da *reversão ao pó, memento mori*, que interpretei como indicativa do sentido inverso ao da ideia de reversão. Isto é, a imagem dos espelhos teria sido usada para expressar um *projeto* de *conversão universal*. Não, portanto, para advertir e fazer olhar para o passado, mas para indicar a tarefa futura a empreender. Não para pregar a restituição, mas, pelo contrário, a mudança, o olhar para o futuro, assim, a *conversão*. Em princípio, o pregador propõe a assimilação das imagens dos espelhos do passado e do futuro pó. A seguir, entretanto, assim procedi à minha leitura disruptiva, retira a segurança

5 ATTÍE Jr, Alfredo. A Reconstrução do Direito: Existência, Liberdade, Diversidade. Porto Alegre: Fabris, 2003.

6 ATTÍE Jr, Alfredo. A Reconstrução do Direito: Existência, Liberdade, Diversidade. Porto Alegre: Fabris, 2003.

do olhar e postula a imagem vazia do espelho do futuro, uma vez que dependente das ações humanas de mudança e conversão. E é interessante que a metáfora da *nascente* e do *poente* se adapte à tematização, a meu ver, posta como intento do discurso, muito embora disfarçada, não explícita, da viagem dos signos entre *Oriente – passado – e Ocidente* (ou *América Portuguesa, Brasil – futuro*. Isso porque seria possível construir a imortalidade futura a partir do salto e do abandono em relação às ruínas do passado *mortal, até o pó, mas, depois do pó, imortal*.

Da mesma forma, empreendi a leitura da imagem da *fabulação universal*, quando o jogo discursivo autoriza, talvez mesmo indique, a perigosa conclusão, plena de equívocos, de que também, e sobretudo, as *escrituras Sagradas seriam* fábulas. *Dizem que tudo passa, nada fica, a não ser a palavra* divina. Esse *lóγος* remanesce porque nunca foi, tal como as *fábulas* da *Antiguidade* e os textos sagrados que, nessa mesma era, foram forjados, no *Oriente*

Vejam que estamos no campo da, por assim dizer, pura *letra*, no grau zero da *literatura*. A *palavra* é imortal porque é pura *invenção*. O *lóγος* divino (como pretendido por Vieira) ou, mais propriamente, *humano* é *fábula*. Falar é fabular. Dizer é ficcionar.

Nesse sentido, o projeto de um espaço/tempo da língua portuguesa, que aqui proponho, é, como todo espaço/tempo linguístico, um espaço/tempo do e no futuro. Para Vieira e para a visão defendida até aqui, o espaço/tempo da conversão. Para mim, o espaço/tempo da transformação criadora, constituição de um novo caminho não mais como discurso religioso, sermão, mas como criação participativa de uma linguagem nova, inclusiva, portadora de energia e de capacidade para forjar um futuro de comunicação aberta, sem hierarquias, possibilitador de múltiplas expressões.

Vejam que a inversão da relação colonizadora significa a abertura para a *divitia* multirrelacional, um empreendimento de migração de sinais em múltiplas direções, numa conjunção da poética e da política, na qual o direito pode e deve jogar um papel fundamental, como veremos.

O direito porque, superando a visão meramente antropocêntrica desse dizer ou desses dizeres, permite a construção *cosmopolíticojurídica, inter- e transnacional*, para indicar a compreensão dos modos de dizer que são também da natureza, consoante a expressam as tantas culturas originárias americana, asiática e africana.

## A CONSTITUIÇÃO DA, E NA LÍNGUA PORTUGUESA E NAS CONSTITUIÇÕES DOS POVOS DESSA, E NESSA LÍNGUA

É nesse aspecto que se torna relevante uma constituição e um projeto em língua portuguesa, na maneira como explicitarei na Introdução à exposição que fiz no Supremo Tribunal de Justiça, agora, no presente artigo.

Qual seria a relevância de uma expressão em língua portuguesa dos povos que a possuem como veículo fundamental de comunicação, se não a formulação de um projeto eficaz de justiça internacional e transnacional, numa crítica aos projetos até aqui postos como de constitucionalismo global.

É disso que passo a tratar, inspirado pela presença de representantes não apenas da vida judicial e académica portuguesa, como de Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, São Tomé e Príncipe e Timor Leste, lamentando a ausência, muito embora justificada, de Moçambique e Guiné Equatorial.

Vou referir dois projetos que, de meu ponto de vista, podem ser debatidos e, aperfeiçoados, servir como meios de expressão das culturas em língua portuguesa, no diálogo internacional da era contemporânea, que denomino de *Era dos Deveres e Responsabilidades*.<sup>7</sup>

### A. UM PROJETO PARA A CONEXÃO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUIÇÃO, EM ÉPOCA DE CRISE E RISCO<sup>8</sup>

Como (re)conciliar a teoria e a prática da Constituição com a Democracia é a indagação que busco responder, neste tópico.<sup>9</sup>

Temos uma longa tradição de pensamento sobre a relação entre direito e política.<sup>10</sup> Essa relação passa por várias fases até chegar à atual, em que se tornou particularmente problemática. Como teóricos e praticantes do direito, estamos acostumados a transformar a linguagem política em técnicas jurídicas.

Há, contudo, o outro lado da moeda, o momento em que retoma o texto jurídico que lhe propomos e nos propõe indagações relativas a novos desafios, o mais importante deles, na época presente, sendo a explosão do desejo de expressão de novos atores políticos.

Esses novos atores estão ligados à ideia e às reivindicações de diversidade e pluralidade, o que significa a emergência dos povos como realmente são, isto

7 ATTÍE, Alfredo. Direito Constitucional e Direitos Constitucionais Comparados. São Paulo: Tirant, 2023.

8 ATTÍE, Alfredo. "Global Constitutionalism between *Politeia* and *Paideia*" in Global Summit on Constitutionalism, Austin: University of Texas at Austin, College of Law, 2023.

9 ATTÍE, Alfredo. Towards International Law of Democracy. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022.

10 ATTÍE, Brasil em Tempo Acelerado: Política e Direito. São Paulo: Tirant, 2021.

é, não mais o conceito abstrato que até aqui aceitávamos como uma ferramenta para lidar com a linguagem política e as técnicas jurídicas. Porque, enfim, se democracia é ainda a ideia e a prática do poder do povo, estamos enfrentando o desafio da realidade desse povo – que somos todos nós -, o que nos encaminha a lidar com as necessidades políticas – e não apenas as reivindicações econômicas e sociais, com as quais lidamos, quando construímos o *Welfare State* – de atores concretos. Atores, no plural, cuja capacidade e forma de agir (*agency*) não é mais restrita a um espaço e a um tempo, antes imaginado como Estado. Que requer, portanto, uma nova arena para o desenvolvimento de suas ações.

Essa nova arena é o espaço/tempo de interação e diálogo entre Constituições e Direito Internacional.

Como podemos resgatar a democracia desconectada dos conceitos com os quais estamos habituados a lidar? Como podemos conceber e construir instâncias de interação das assim chamadas instituições democráticas com o novo espaço/tempo reclamado pelas reivindicações novas e diversas dos novos e diversos povos?

Minha sugestão está em que devemos abandonar significante parte dos constrangimentos impostos pelas velhas teorias que aprendemos com os fundadores e fundadoras do movimento constitucional, e que são repetidas à exaustão pelos constitucionalistas de hoje, em seu suposto e autovindicado constitucionalismo de circunstância. Depois desse esforço de limpar nosso contato com a realidade das supostas teorias, em verdade, doutrinas chamadas de constitucionalismo, devemos tentar recuperar as conexões com a velha prática da democracia, sobretudo, ao mesmo tempo, buscar aprender com a experiências, as propostas e o pensamento dos novos atores.

Temos tratado esses novos atores apenas como objetos de estudo, muita vez na forma de curiosidades idiossincráticas, mas, agora, precisamos nos conscientizar de que possuem as respostas para algumas das mais importantes questões e dos desafios que a humanidade está enfrentando.

Na América Latina, à parte do chamado novo constitucionalismo – que carrega os preconceitos e o peso dos velhos constitucionalismos, que de resto, ainda são uma operação em construção -, podemos restabelecer, ou, mais propriamente, estabelecer de fato os vínculos com os povos nativos. Penso, ainda mais, porém, que já passa da hora de mudar a perspectiva, e dar um salto à frente, amplificando o diálogo, incluindo as vozes, os conceitos e as práticas forjadas pelos povos e pelos novos pensadores africanos, afro-brasileiros e afro-americanos, os povos originários brasileiros e americanos e seus novos pensadores políticos, adotando novas leituras e reinterpretações de modos tradicionais de vida como

linguagem da política, que devemos transformar em novas técnicas e desenhos jurídicos para a sociedade civil global.<sup>11</sup>

A língua portuguesa, portanto, como uma *linguagenda* político-jurídica, no sentido de uma transformação transcultural e ambiental para uma pulsante e múltipla sociedade civil local-global.<sup>12</sup>

Gostaria de convidar a todos e todas para, por meio de um diálogo aberto, construirmos juntos esse novo percurso.

Convido para a recuperação das profundas conexões da democracia e da Constituição e, ao mesmo tempo, a recepção das propostas feitas pelos povos indígenas brasileiros, como um meio de evitar os perigos de ataques crescentes contra os valores centrais de nossa experiência de viver juntos.

Agora, passo a examinar uma terceira proposição que realizo, em esforço para refundar a relação primordial que vislumbro entre o natural e o humano, a partir de uma concepção mais radical do direito ambiental, de índole internacional, por essência.

#### *B. O DIREITO INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AMBIENTAL COMO PRINCÍPIO E CERNE DA FORMAÇÃO JURÍDICA CONTEMPORÂNEA*<sup>13</sup>

Desde o relatório do grupo de estudos da Comissão de Direito Internacional para a 58ª sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, os internacionalistas não podem mais ignorar o fenômeno da fragmentação do direito internacional.

É claro que a fragmentação tem vários significados, mas foi tomada pelo relatório em dois aspectos conectados. Primeiro, a falta de um órgão legislativo geral para as relações internacionais, que liderasse a elaboração normativa, em detrimento do corrente desenvolvimento de vários grupos históricos, funcionais e regionais, que têm refletido a experiência da legislação de estados soberanos, em debate na arena internacional, na maior parte determinando tratados resultantes de impulsos de competição, em outros casos, de cooperação real. Daí, a crescente necessidade de um direito que regule não os conflitos entre sistemas jurídicos territoriais, mas entre os regimes de tratados, levando assim ao desenvolvimento de um direito que reja a revisão dos instrumentos multilaterais e a definição dos efeitos jurídicos da revisão.

---

11 ATTÍE, Alfredo. *África Constituinte*. São Paulo: Tirant, 2025 (no prelo)

12 ATTÍE, Alfredo. *Direito Constitucional e Direitos Constitucionais Comparados*. São Paulo: Tirant, 2025.

13 ATTÍE, Alfredo. "Law, Politics, and Culture: towards an international environmental theory and practice of legal education" in 4th Annual International Legal Education Abroad Conference: Embracing Change in International Legal Education. Washington D.C.: American University, Washington College of Law, 2014.

Eu argumentaria que a fragmentação seria a contraparte do processo de universalização do direito - que marcou o Século XX como o mais internacional da era moderna. Paradoxalmente, o direito internacional foi acompanhado pela proliferação de regimes jurídicos fragmentários e pela disseminação de instrumentos jurídicos internacionais - que foram concebidos para lidar com a crescente relação entre atores públicos e privados - assim adicionando novos tipos de conflitos aos já existentes, de natureza também jurídica, mas, sobretudo de ordem econômica. A diferenciação funcional é um fenômeno reconhecido pelas ciências sociais e pode explicar até certo ponto a autonomização dos regimes regulatórios (domésticos e internacionais). Novas disciplinas, novas regras autônomas, novas instituições legais, novas esferas da prática jurídica, novos sistemas jurídicos, todos eles adicionados à ordem jurídica tradicional das soberanias nacionais.

Do ponto de vista do Direito Comparado, o fenômeno da fragmentação parece também ser relevante.

As interações dos sistemas jurídicos aparentemente sedimentados (ou famílias) subverteram o campo de análise de comparatistas, que se tornaram fluidos, incertos - variáveis e flexíveis por definição, sujeitos aos inúmeros fluxos de hibridismo, influência, fertilização cruzada, desprovincialização, etc. Penso, contudo, que o termo correto para referir e construir essa interação seria o da *transculturação jurídica*, que eu examinei com mais vagar, alhures.<sup>14</sup>

Até a neutralidade dos estudos comparativos foi colocada em xeque, quando os diferentes sistemas jurídicos começaram a competir (ou passaram a admitir abertamente que competiam e não cooperavam), por razões políticas e econômicas, em vez de cooperar. O que pode fornecer os melhores resultados econômicos? O melhor acordo político? São as questões que realocaram o interesse dos acadêmicos e o orçamento das agências nacionais e internacionais.

Esses fenômenos, vistos sob o prisma do Direito Internacional e Comparado, são o resultado das mudanças fundamentais da estrutura global. A globalização parecia cuidar da uniformização de instrumentos jurídicos, mas, no final de contas, trouxe solução de continuidade à ideia de princípios e práticas gerais, *a perda de uma perspectiva geral sobre o direito*.

A fragmentação é sempre seguida por seus gêmeos: verticalização e pluralização. A teoria jurídica e a prática experimentam novos desafios, pois são confrontados com a pluralidade de atores, agências e autoridades, da forma dos conflitos, não apenas entre indivíduos ou entre Estados, mas também entre sistemas regulatórios. Ao lidar com os conflitos de natureza diferente, qual ordem legal,

---

14 ATTÍE, Alfredo. África Constituinte. São Paulo: Tirant, 2025 (no prelo); ATTÍE, Alfredo. Direito e Economia: Ponto e Contraponto Civilizacionais. São Paulo: Tirant, 2025 (no prelo).

quais regras regulatórias, qual sistema deve prevalecer? Qual método, se houver um ou um único, pode ser usado para entender e resolver a complexidade dos novos problemas? A escolha e o uso de um único sistema jurídico, não poderia adicionar novos obstáculos à solução de um conflito, ou mesmo trazer embaraços e prejuízos para terceiros? Ao abordar um certo caso com a ajuda de nosso conhecimento e habilidade tradicionais, não podemos mais ignorar não apenas aspectos da situação que estamos tentando entender, mas também do direito e das normas de várias naturezas que poderiam ser aplicadas ao procedimento e ao mérito das causas.

Reflitamos por exemplo, sobre as metas da *declaração do milênio* e as *metas de desenvolvimento sustentável*, a *agenda pós-2015* da comunidade internacional, hoje postas como os *Objetivos 2030* da Organização das Nações Unidas. O esforço crítico de pensar sobre problemas complexos; lidar com atores múltiplos e multipolares e não estatais, interesses plurais de corporações e comunidades, soberanias nacionais tradicionais, novos desafios do terrorismo e do crime organizado; e descobrir soluções para acabar com a pobreza, diminuir as desigualdades, fornecer acesso igual a uma boa educação, preservar os recursos naturais e permitir seu uso sustentável em benefício de todos, para construir e manter a infraestrutura e os serviços para atender às necessidades da crescente população urbana, responder à necessidade de mobilidade, preservar e desenvolver princípios e experiências democráticas etc.

A questão é se os padrões existentes de educação jurídica são capazes de preparar os futuros juristas ou, como prefere chamar a maioria, profissionais do direito, para entender, interpretar e lidar com essas perguntas. E minha resposta é negativa. Esses padrões são resultantes de inúmeros preconceitos, de estipulação de oligarquias, que se veem como elites, voltados tão-somente a municiar ações de índole gananciosa e destituídas de figuração ética.

Deixe -me explorar um pouco a experiência brasileira.

A característica da educação jurídica de Países de grande extensão territorial, em geral, é prestar mais atenção à configuração doméstica do sistema jurídico. Não foi diferente no Brasil, exceto pelo desenvolvimento de uma característica que eu chamaria de dualismo da experiência internacional, portanto, das relações internacionais e do direito internacional.

Devido à experiência colonial, às ideias e práticas envolvidas na exploração do trabalho e nos recursos naturais, no momento de sua independência de Portugal, e à adoção de um regime político monárquico, a elite econômica e política brasileira descartou qualquer referência à soberania das pessoas, mantendo apenas o princípio da liberdade de comércio. Tais elites incluíram na Constituição a ideia de direitos, mas não permitiram a adoção de nenhuma medida para cons-

truir uma ponte entre a declaração e a prática. O Brasil viria a ter um Código Comercial (1850, o primeiro na América Latina), com direitos em relação às relações comerciais. No entanto, o novo Estado não teria um Código Civil, com direitos de cidadania, até quase trinta anos depois de se tornar um regime republicano. É claro que houve tentativas, durante a era monárquica, de promulgar um Código Civil, o mais importante delas, a Consolidação das Leis Cíveis, de autoria de Teixeira de Freitas (1876). Na verdade, no entanto, o primeiro Código Civil brasileiro foi promulgado apenas após quase cem anos (1916) da independência do Brasil (1822).

Com o Código Civil de 1916, o Brasil teria pela primeira vez declarado: “todos os homens têm direitos e obrigações, na ordem civil”. Pela primeira vez, a lei brasileira reconheceu a ideia (apenas a ideia, como que uma hipótese dificilmente comprovável nos termos da realidade de desigualdades gritantes do País) da universalidade dos direitos. Se o compararmos com a Declaração de Independência Americana, teremos uma lacuna de quase cento e quarenta anos. A sombra (e a permanência em ato e cultura) da escravidão pode ser considerada parcialmente responsável pelo atraso brasileiro na declaração da universalidade dos direitos. Não obstante, houve outros fatores culturais.

Em relação ao direito internacional, o Brasil concentraria seus esforços no desenvolvimento de mecanismos de comércio, dando atenção prevaiente ao direito privado internacional (escolha da lei) e deixou de lado as perguntas que dizem respeito ao direito internacional público. As principais contribuições da doutrina jurídica brasileira consideraram apenas o campo de *choice of law*.

Em relação aos tratados e documentos internacionais sobre a questão do direito internacional público, o Brasil está sempre pronto para adotar as ideias mais avançadas, embora com pouca consideração das consequências dos compromissos assumidos, e, portanto, a sua eficácia.

De qualquer forma, essas restrições culturais foram gradualmente superadas nos últimos 26 anos, desde a redemocratização do Brasil e a evolução da sociedade civil, desde a mais recente Constituição brasileira (1988), verdadeiro milagre na história brasileira. Isso por quatro razões, como gosto desconsiderar: a primeira, a abertura inovadora com as definições do que é o Estado brasileiro, o desejo popular de que se perfaça como Estado Democrático de Direito e adote valores que qualifiquem positivamente sua conduta externa e interna; a segunda, pela originalidade de enunciar os direitos e garantias logo no início da Constituição, demonstrando, portanto, sua importância constitutiva – com as escusas do aparente pleonismo; em terceiro lugar, porque estipulou direitos sociais, com a ênfase e a energia que foram considerados, na época como anacrônicas, uma vez que o neoliberalismo já dava passos largos na órbita interna dos Países ditos

desenvolvidos, mormente o Reino Unido e os Estados Unidos, e na órbita internacional – o que logo gerará reflexos no Brasil, com a proliferação de Emendas Constitucionais descaracterizadoras do Estado Social postulado brasileiro. Esse Estado Social foi a adoção tardia, mas oportuna, no País de um objetivo de cuidado do povo, por meio de uma estrutura de bem-estar; finalmente, pelo que denomino de *caráter plástico* da Constituição brasileira, pelo qual não apenas as Convenções e os Tratados internacionais de Direitos Humanos vinham a compor o texto constitucional, mas as futuras iniciativas internacionais normativas também tomariam lugar fundamental nesse conjunto. Isso forjando uma Constituição que se modifica a todo instante, por meio dos movimentos internacionais de afirmação e construção de direitos. Bem por isso, a Constituição brasileira se põe como elemento privilegiado naquilo que chamo de *Era dos Deveres e Responsabilidades*.<sup>15</sup>

Novos campos de bolsa de estudos sobre direitos humanos internacionais, Direito Institucional Internacional, Lei dos Tratados, Relações Internacionais, Direito Humanitário Internacional e Direito Ambiental Internacional obteve a atenção não apenas da comunidade acadêmica, mas também dos advogados.

No entanto, a principal preocupação e os recursos da educação jurídica são dedicados ao direito internacional privado, embora disciplinas como a escolha da lei, litígios internacionais e negociação, arbitragem internacional de conflitos privados, aspectos privados da lei da integração de mercados livres, especificamente a experiência do Mercosul, etc.

4.2. A educação jurídica, no entanto, está preocupada principalmente com o direito doméstico.

O direito internacional é ensinado somente após a introdução de princípios e regras jurídicos domésticos e continua sendo compreendido como uma exceção à definição de lei, apresentada nos primeiros anos de aprendizagem, devido aos mesmos preconceitos derivados da bolsa de estudos internacionais de Guerras antes do mundo e da experiência das organizações pré-internacionais.

Como qualquer outro país referente à tradição do direito civil, a educação jurídica no Brasil continua sendo introduzida pela disciplina do direito civil. A lei romana é aprendida apenas imaginando a introdução dos conceitos de direito civil. As principais estruturas e modelos são considerados inicialmente conectados ao direito civil e ao direito privado, em geral (Direito Comercial, Direito das Empresas, Lei de Proteção ao Consumidor, etc.) e depois derivado do entendimento de outras disciplinas.

---

15 ATTÍE, Alfredo. *Direito Constitucional e Direitos Constitucionais Comparados*. São Paulo: Tirant, 2023.

No que diz respeito ao Código Civil, as principais influências no direito civil brasileiro são, obviamente, as leis ibéricas (Portugal e Espanha), durante o século XIX, o Código Civil Francês e, desde o início do século XX, o *BGB (Bürgerliches Gesetzbuch* - o Código Civil Alemão). O direito privado, no Brasil, sofreu também a importante influência do direito anglo-americano e seus conceitos, doutrinas e experiências, a respeito do direito contratual, do direito das empresas.

Desde a redemocratização e a Constituição de 1988, o Direito Público passou por uma grande mudança. O Direito Constitucional se desenvolveu muito, devido principalmente à influência da doutrina constitucional portuguesa e, através da adesão portuguesa a essa cultura, o direito alemão se tornou a fonte mais importante da experiência constitucional judicial e doutrinária brasileira, que adotou tantos princípios concebidos pela prática do *Bundesverfassungsgericht* - o Tribunal Federal Constitucional Alemão. Lamentavelmente, porém, de meu ponto de vista crítico, muito do que se diz e fala do direito constitucional, no Brasil, diz mais respeito a direito administrativo do que efetivamente ao constitucional, propriamente.<sup>16</sup>

Desde recentemente, o Brasil adota várias ideias, conceitos e práticas da tradição da *common law*, sobre a doutrina dos precedentes - que também influenciou o Código de Processo Civil, até então quase absolutamente ligada à doutrina italiana.

Essas reflexões breves põem-se para chamar nossa atenção para a necessidade de melhorar a educação jurídica, que, na minha opinião, não pode continuar sendo pensada apenas em relação aos sistemas nacionais de normas, mas deve mudar principalmente em termos de interação e cooperação internacionais.

A importância da educação jurídica internacional é o cerne de minha proposta. Reside não apenas no desenvolvimento da experiência e nas habilidades dos estudantes em lidar com contextos jurídicos comparativos, mas principalmente na construção de uma perspectiva internacional do próprio direito, antecedente e prevalecente sobre a tradicional perspectiva interna ou doméstica, de tal sorte a trazer, portanto, contribuição relevante ao enriquecimento e à mudança da teoria e da prática jurídicas.

Vivemos em uma época, que desconstruiu alguns dos principais pilares da teoria jurídica moderna. Um deles era a separação entre direito e política; outro, entre direito e cultura.

Se imaginarmos direito como um *esquema de interpretação da realidade*, ou um *modo de postulação da realidade* em um *processo civilizacional jurídico*, e assumirmos a interpretação em seu significado artístico de uma técnica de recriação,

---

16 Sobre isso, ver ATTÍE, Alfredo. Brasil em Tempo Acelerado: Política e Direito. São Paulo: Tirant, 2021.

poderíamos dizer que a maneira como concebemos e praticamos o direito passa a ser um ingrediente importante da própria realidade. Isso significa que podemos contribuir para a atualização da comunidade mundial, quando enriquecemos os mecanismos de interpretação, adicionando novos assuntos, novos elementos, novas habilidades, novas experiências.

Hoje, bem assim, passamos a poder reconhecer a relevância da política na definição do sistema jurídico. A ideia de poder está na origem da concepção de todo sistema jurídico, porque acreditamos que existe uma força externa de restrição que permite que todos os sistemas obtenham conformidade, obediência pelos cidadãos. A análise do poder fornece a resposta à pergunta de por que as pessoas observam as leis.

Contudo, temos de adicionar o ingrediente da cultura. As pessoas observam as leis não apenas ou não exatamente porque existe um poder superior, por se esperar esperado (ou pensar-se assim) que se use a força quando as leis são contrariadas pelo comportamento de qualquer pessoa. A leitura das normas, sua observação, não é idêntica em nenhuma sociedade, nenhuma comunidade. Dependerá de algumas maneiras que, no final de contas, não apenas definem a comunidade, mas também dão sentido ao sistema jurídico ao qual seus membros se submetem. A cultura fornece a resposta à questão relevante de como o sistema deve ser lido, como as normas devem ser entendidas e, portanto, observadas. De fato, toda cultura parece construir seu próprio ponto de vista da vida e a maneira de a expressar. Cada cultura governa a maneira como seus membros se identificam e suas relações, na medida em que define a maneira como enfrentam e se comunicam com os outros. A cultura nos permite pensar nos diferentes aspectos em que o poder atua dentro do sistema jurídico, mas principalmente em como entender a forma de as pessoas construírem seu próprios poderes e capacidades, para que se tornem eficazes no exercício da influência necessária para participar ativamente dos mecanismos políticos e alterá-los.

Penso, então, que já não é sem tempo de darmos um passo adiante e superar as restrições de uma teoria jurídica construída principalmente com base nas ideias dos estados nacionais, culturas nacionais e até do nacionalismo – ainda subsistente, sobretudo nos arroubos autoritários e totalitários das novas direitas extremas.

Devemos descobrir e inventar uma esfera pública renovada e ampliada. Porque agora podemos contar com contribuições plurais para sua definição.

Ao construir essa nova perspectiva, precisamos evitar os perigos do entendimento da arena internacional como apenas um lugar para o diálogo de Estados ou corporações, na negociação de apenas acordos comerciais, lutando pela predominância de um único interesse, ou pelos acordos de interesses de grandes

potências ou de grandes corporações. Abandonar a perspectiva prevalente da força por uma nova concepção de poder compartilhado e incluyente

Proponho, assim, enfatizar as contribuições do direito ambiental internacional e de direito internacional não apenas do desenvolvimento sustentável, mas, sobretudo, de um envolvimento *democrático-ambiental*, como uma maneira de motivar a superfície do Estado real de fragmentação do direito internacional, por um lado, e influenciar o conserto do quebra-cabeças das Constituições.

Isso também ajudará a lidar com conflitos em um nível de perspectiva diferente, pois as questões ambientais podem deixar espaço para a participação de mais atores e ajudá-los a se entender, assim como as necessidades de superar os interesses locais, trocar conhecimentos, ideias, experiências e soluções.

Uma educação jurídica internacional ciente dos vínculos entre direito, política e cultura permitirá um tipo diferente e enriquecido de experiência comparativa aos estudantes.

Se acrescentarmos o desafio de construir uma perspectiva internacional real, ele contribuirá para fortalecer o diálogo e os laços da comunidade internacional.

Direito Ambiental Internacional, Direito Internacional do Desenvolvimento Sustentável e Direito Internacional Democrático-Ambiental podem oferecer o caminho para a compreensão do direito internacional e do direito interno como dispositivos cooperativos.

Digo mais, isso poderia levar a uma maneira diferente de interpretar o mundo, portanto, deixar espaço e tempo para a construção da solidariedade e alcançar os objetivos transformadores da comunidade internacional.

## **CONCLUSÃO: *POLITEIA* E *PAIDEIA***

É o componente político que concede tanto ao direito constitucional quanto ao direito internacional, assim como à implicação de seus discursos e práticas, a diferenciação de outras práticas e discursos do direito e da teoria jurídica.

Ao mesmo tempo, o componente político permite que os discursos e práticas do direito internacional e constitucional sejam considerados como um todo.

A busca por um componente político que defina a possibilidade de, por assim dizer, um constitucionalismo global reside na resposta à questão da possibilidade da concepção de uma constituição global como algo que pode ser aderente às ideias de *παιδεία* e *πολιτεία*.

Os termos são conservados em sua forma original helênica para grafar a importância de uma recuperação, do ponto de vista de uma história de longa duração,

experiências que têm sido deixadas de lado pela ciência política e pela filosofia política europeias e norte-americanas, na reconstrução daquilo que tem interesse capital para a compreensão de uma sociedade eficaz e eticamente política.

A palavra *παιδεία* refere não apenas a educação, mas, sobretudo, o caráter formativo da vida política. Esse é um aspecto que nos remete à ideia de *res publica*, que virá a conduzir à concepção republicana da sociedade constitucional e internacional.

Já *πολιτεία* remete à ideia e reforça a experiência de que a própria política – como qualidade existencial da *πόλις* – é constituição. Quero dizer com isso que a democracia, como único regime político, figura um processo civilizacional constitutivo do direito, que não pode desprender-se desse caráter para servir a outros processos que se figuram anticivilizatórios, como a economia, por exemplo.<sup>17</sup>

Muito bem, duas concepções ou tradições diferentes estão envolvidas no componente político: a) o que tradicionalmente se concebe como a caracterização da condição humana como política: passagem de um estágio de simples ações, paixões e interações relacionadas à necessidade de sobrevivência do animal humano, para outro em que a interação social se fundamenta na comunicação das experiências e práticas de justiça e injustiça, utilidade e inutilidade, por meio do *λόγος*, tentando instaurar um cenário comum e concepções compartilhadas do espaço público como produtos do conflito de desejos e desenhos, em uma base igual. O regime que dá espaço/tempo a esse tipo específico de interação é a *democracia*, a única que pode receber o adjetivo de político, reconhecido como o *regime do povo*; e b) o que caracteriza a organização política dos povos nativos ou indígenas brasileiros, definida como sociedades contra a *formação do Estado* - o Estado concebido como uma organização antipolítica. O princípio da formação do Estado é a *alienação da capacidade política da sociedade*, deixando espaço para regimes de governação nomeados de forma inadequada como política: regimes nos quais não há igualdade, mas subordinação, submissão. A sociedade indígena do Brasil permanece caracterizada pela ideia de que o poder é essencialmente político porque é considerado difundido entre todos e não concentrado nas mãos de um ou de alguns. Para construir esse tipo de regime, seus membros conceberam alguns mecanismos, para evitar a intenção ou a capacidade daqueles destinados a capturar o poder e a regra isolados acima da esfera pública com exclusividade e privilégio.

3 O componente político, portanto, não é apenas a ligação entre povos e poder, mas principalmente a concepção de que o espaço/tempo público não é dado

---

17 Trato dessa questão em ATTÍE, Alfredo. *Direito e Economia: Ponto e Contraponto Civilizacionais*. São Paulo: Tirant, 2025 (no prelo).

naturalmente, mas constituído pela *agency* – atuação, *performance* - das pessoas. Os povos constituem o político, ocupando o que antes foi concebido e considerado privado - o reino *oíko*-nômico- e dando a esse novo espaço/tempo a característica original do espaço e do tempo comuns e pertencimento e parceria comuns.

O componente político possibilita entender a *humanidade* não mais como uma identidade, mas como *alteridade*.

No modelo de civilização helênica, o ato de *ocupação* é direcionado contra a prevalência dos *oíkos* como o centro da vida doméstica e pública - o modelo que podemos chamar de *econômico*, com a implicação de ser *anticivilizacional*.

Para as sociedades indígenas, o ato de ocupação é derivado de uma concepção de comunidade que abrange não apenas os seres humanos, mas toda a natureza.

Ambos têm a concepção de que o público é cosmológico, o que significa que ele não se destaca no mundo e isola seus componentes, para criar categorias e fronteiras diferentes.

Dou dois exemplos: a ideia de *cidadania* (sinônimo de política ) ou apreciação a uma cidade não é uma questão de identidade biológica, mas uma interpretação cultural, em um amplo processo tendente a ser cada vez mais inclusivo; derivada dessa abertura da concepção de pertencimento, que brinca com a alteridade e a identidade, na dualidade, o estrangeiro recebe um status importante: a sociedade democrática helênica lhes dá o nome de *Métoikos*), o que significa que os lares que os que compartilham ou que vivem - em oposição à sociedade oligárquica helênica, que os chama de *περίοικος*, ou que vivem na periferia das cidades, portanto, dos *cidadãos* que os chamam de *periféricos*, definitivamente sem *cidadania*.

Nesta diferença de concepção de quem, na cidade, não cidadão, encontra-se um conflito interessante entre o componente político e os componentes que se opõem a ele. Nomeei esse conflito o confronto entre *poderes* que são *civilizacionais* e *forças anticivilizacionais*.

A concepção do outro como alguém que pertence à comunidade, mesmo que esse pertencimento seja restrito aos *oíkois*, contribui para a construção de uma coexistência mais justa. A separação dessa concepção de coexistência, empurrando aqueles que são considerados diferentes para a *periferia* real ou virtual é típica de uma sociedade que evita o político.

Após essa análise breve do espírito ou significado dessa dualidade, devemos perguntar se o direito constitucional corresponde à concepção de *Constituição* relacionada ao *político*, ou se abdicou de sua genealogia e história, seu processo e seus possíveis vínculos com a democracia.

A abdicação ou alienação jurídico-política está entre as causas do surgimento do pensamento autoritário e, no presente, das ameaças do renascimento do totalitarismo e de uma cultura fascista. O direito constitucional sem história, sem processo e sem ligação política, portanto, sem a conexão da cidadania, deixa seus cidadãos e cidadãs presas de uma sociedade global dominada pela ganância e ódio, o que gera cada vez mais a dominação, opressão e a exploração humanas e naturais.

O *Regime da Constituição* (πολιτεία) tem seus adversários e é perseguido pela sedução e sedição da *vantagem* - κέρδος e do *privilégio* - τιμή, raízes da destruição da política, associados, desde a Antiguidade, às paixões do orgulho, do medo, da preponderância, do desprezo e da arrogância. Enfim, do desequilíbrio político ou desarmonia. São, portanto, *paixões* que jogam contra a política, trabalhando para a reinstituição da desigualdade típica de uma sociedade baseada na liberdade de expressão da força daqueles que têm mais ou se consideram superiores.

O contexto, portanto, em que o direito constitucional se move é o de uma disposição da realidade na qual surgem relações de vantagem e privilégio, constituindo várias desigualdades e assimetrias jurídicas, políticas e econômicas, sociais e históricas, humanas e ambientais. É um arranjo inteiro de relacionamentos humanos e reais que aponta para vários conflitos em relação ao que é adequado para o viver junto, conviver.

É, portanto, uma missão para o direito constitucional: elucidar, em primeiro lugar, esses conflitos, para que possa entender quem são seus atores, como ele entende e pode ou deve definir os povos que compõem seus relacionamentos. Em seguida, esclarecer quais são os objetos desses conflitos, as coisas e as causas das relações político-jurídicas, o que está em jogo quando se trata de constituir o espaço-tempo comum.

Entre as sensibilidades, teorias, experiências e práticas discursivas e de ação, o núcleo desses conflitos é elucidado, sendo o que exatamente interessa à Constituição e a seu direito (o que deseja ser seu direito).

Relacionamentos, em conclusão, jurídicos, que permitem avaliar a disposição do mundo pensado e trabalhado na política. Nessas relações, reside a chave para entender quais poderes e quais desejos estão conflitando e debatendo no espaço-tempo da cidadania.

Quem quer e pode, o que é desejado e pode, quanto, como, em que momentos e circunstâncias. Quanto pode ser sentido e qual é o significado dessas paixões, o que pode ser expresso, quem tem a palavra e é reconhecido como capaz de participar, comunicar e tornar viável o que sente e quer. Como tais poderes e desejos são negociados, quanto eles circulam e como circulam.

Finalmente, é o cerne da vida humana política que deve ser apreendido pelo direito constitucional, cujo processo e função seriam os de expandir a política, isto é, no sentido original, a cidadania e sua constituição adequadamente democráticas.

Se a Constituição é *πολιτεία*, o direito constitucional se deve constituir como *παιδεία*.

Até aqui, porém, na modernidade de nossa experiência, isso não ocorre.

Concluo esta exposição dizendo que o que me inspira é a possibilidade de a *linguagema* que proponho possa dar voz a povos até aqui silenciados, que encontrarão numa língua portuguesa que os une um canal de expressão e aberto de comunicação de suas ideias e experiências com o Mundo, que convergem e divergem na *πολιτεία* e na *παιδεία* da existência comum, humana e natural.

## INDICAÇÕES DE LEITURA

AGUALUSA, José Eduardo. O Vendedor de Passados. Rio de Janeiro: Gryphus, 2015.

ANDRADE, Mario de. Macunaíma: o Herói sem Nenhum Caráter. LOPES, Telê Porto Ancona (ed. crítica) Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos; São Paulo: Secretaria da Cultura, Ciência e Tecnologia, 1978.

ANDRADE, Oswald. Marco Zero I: A Revolução Melancólica. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2ª ed. 1978.

ATTIÉ Jr, Alfredo. A Reconstrução do Direito: Existência, Liberdade, Diversidade. Porto Alegre: Fabris, 2003.

ATTIÉ, Alfredo. “*Law, Politics, and Culture: towards an international environmental theory and practice of legal education*” in 4th Annual International Legal Education Abroad Conference: Embracing Change in International Legal Education. Washington D.C.: American University, Washington College of Law, 2014.

ATTIÉ, Alfredo. “*América-Oriente: o Outro no Espelho dos Tempos*” in BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu (coord. e ed.) Cultura Oriental e América Latina: Influência, Debates, Arte, Cultura, Direito. São Paulo: UNINOVE/Biblioteca do Memorial da América Latina, 2003, p. 66-72.

ATTIÉ, Alfredo. “*Global Constitutionalism between Politeia and Paideia*” in Global Summit on Constitutionalism, Austin: University of Texas at Austin, College of Law, 2023.

ATTIÉ, Alfredo. África Constituinte. São Paulo: Tirant, 2025 (no prelo)

ATTIÉ, Alfredo. África Constituinte. São Paulo: Tirant, 2025 (no prelo); ATTIÉ, Alfredo. Direito e Economia: Ponto e Contraponto Civilizacionais. São Paulo: Tirant, 2025 (no prelo).

ATTIÉ, Alfredo. Brasil em Tempo Acelerado: Política e Direito. São Paulo: Tirant, 2021.

ATTIÉ, Alfredo. Direito Constitucional e Direitos Constitucionais Comparados. São Paulo: Tirant, 2023.

ATTIÉ, Alfredo. Direito e Economia: Ponto e Contraponto Civilizacionais. São Paulo: Tirant, 2025 (no prelo).

ATTIÉ, Alfredo. Towards International Law of Democracy. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022.

ATTIÉ. Brasil em Tempo Acelerado: Política e Direito. São Paulo: Tirant, 2021.

ATTIÉ, Francisco Luís de Freitas Marzagão Barbuto. Love for the Colonizer: Literary and Psychoanalytic Investigations of Brazil's Foundational Trauma. New York: New York University, 2020.

ATTIÉ, Thomas de Freitas Marzagão Barbuto. Ingmar Bergman's film *Serpent's Egg*: How the Context and Mood of The Weimar Republic gave rise to Nazi Ideals. São Paulo: Escola Suíço-Brasileira de São Paulo, 2018.

BARRETO, Lima. Triste Fim de Policarpo Quaresma. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 10ed. 1972.

BOAL, Augusto. Teatro do Oprimido. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 6ª ed. 1991.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu (coord. e ed.) *Cultura Oriental e América Latina: Influência, Debates, Arte, Cultura, Direito*. São Paulo: UNINOVE/Biblioteca do Memorial da América Latina, 2003.

CALLADO, Antonio. *Quarup*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2ª ed. 1968.

CAMÕES, Luís de. *Os Lusíadas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2ª ed. 2018.

CÂNDIDO, Antonio. *Formação da Literatura Brasileira: Momentos Decisivos*. São Paulo: Martins, 2 vols. s.d.

COUTO, Mia. *Venenos de Deus, Remédios do Diabo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974.

JESUS, Carolina Maria de. *Quarto de Despejo*. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1960.

NASSAR, Raduan. *Lavoura Arcaica*. São Paulo, 3ª ed. 34ª reimpr. 2017.

NOVAES, Adauto. *A Descoberta do Homem e do Mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

PESSOA, Fernando. *O Eu Profundo e os Outros Eus*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984.

PINTO, Fernão Mendes. *Peregrinação*. MONTEIRO, Adolfo Casais (transcr.) Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 2 vols. 1983.

RORTY, Richard. *Philosophy and Social Hope*. London: Penguin, 1999.

ROSA, João Guimarães. *Grande Sertão: Veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 16ª ed. 1984.

VIEIRA, Pe. Antonio. *Sermões*. ALVES, Pe. Gonçalo (rev.) Porto: Lello & Irmão, 15 vol. 1959.

## CAPÍTULO 2

# DIREITO AO CLIMA NO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS: A IMAGINAÇÃO JURÍDICA QUE EMANA DE UM INSTRUMENTO VIVO

ALEXANDRA ARAGÃO<sup>1</sup>

### 1. INTRODUÇÃO

Depois de mais de trezentos casos ambientais julgados pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, o Tribunal articulou bem os argumentos jurídicos que utiliza nas suas decisões a favor do ambiente<sup>2</sup>. Durante mais de 20 anos, o Tribunal decidiu casos ambientais aplicando o instrumento jurídico essencial, no qual baseia a sua jurisdição - a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e Protocolos Adicionais - sem qualquer referência expressa nesse instrumento, ao direito a um ambiente saudável. De forma imaginativa, o Tribunal utilizou o direito ao respeito pela vida privada e familiar e pelo domicílio (artigo 8.º), o direito à vida (artigo 2.º), a proibição da tortura (artigo 3.º), o direito a um julgamento equitativo (artigo 6.º), o direito a um recurso efetivo (artigo 13.º), o direito a não ser discriminado (artigo 14.º), e o direito à propriedade (artigo 1.º do protocolo adicional), como algumas das bases jurídicas em que fundou as suas decisões.

Também não há referência jurídica ao clima na Convenção Europeia. Contudo, pelo motivo explicado, a falta de uma norma climática não é motivo de preocupação quando se aborda o Tribunal em busca de proteção devido à vulnerabilidade climática.

Com efeito, desde o caso de Duarte Agostinho et al. contra Portugal e outros 32 Estados<sup>3</sup>, tudo muda. Os contornos do processo são tão originais,

1 Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, e investigadora do Instituto Jurídico da mesma Faculdade (alexandraaragao.online).

2 Um guia atualizado da jurisprudência ambiental do Tribunal está disponível em [https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide\\_environment\\_fre](https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_environment_fre) (o acesso a todos os links deste capítulo foi feito em 7 de novembro de 2023).

3 Requerimento nº 39371/20, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22%3A%2239371/20%22%2C%22itemid%22%3A%22001-206535%22%7D>. Este texto foi escrito após a audiência na Grande Secção, mas antes da decisão final, quando o caso ainda estava pendente no Tribunal Europeu.

que este caso marcará um ponto de viragem na linha de desenvolvimento jurisprudencial sobre o clima e o ambiente nos tribunais internacionais no futuro<sup>4</sup>, independentemente de qual seja o resultado final do processo.

Este artigo analisará detalhadamente o caso Duarte Agostinho, de forma a demonstrar o seu carácter inovador e a sua provável influência futura na jurisprudência climática, através da chamada doutrina do “instrumento vivo”, como manifestação da imaginação jurídica aplicada à proteção dos direitos humanos.

## **2. DUARTE AGOSTINHO ET AL. CONTRA PORTUGAL E 32 OUTROS ESTADOS**

Os contornos do processo, instaurado em 2020, revelam uma abordagem inédita.

Os demandantes são quatro crianças e dois jovens portugueses, residentes em Lisboa e Leiria<sup>5</sup>.

Os arguidos são a Noruega, a Rússia, a Suíça, a Turquia, a Ucrânia, o Reino Unido e os 27 Estados da União Europeia. No total, 33 Estados Europeus.

Os demandantes alegam que os Estados estão a violar direitos humanos, ao não aplicar as medidas necessárias para alcançar as reduções de emissões de gases com efeito estufa que seriam necessárias para controlar o aumento da temperatura para os 1,5 graus Celsius, negociados e aceites pelo Acordo de Paris.

Os demandantes intentaram a ação perante o Tribunal Europeu, sem terem levado a questão a nenhum tribunal nacional dos 33 Estados. Nem em Portugal, seu país de origem<sup>6</sup>, nem em qualquer outro Estado europeu levaram o assunto às autoridades judiciais ou administrativas.

Dada uma abordagem tão atípica, esperava-se uma rejeição liminar das intenções dos recorrentes, materializada numa recusa (fundada) de acesso ao Tribunal<sup>7</sup>.

---

4 Courmil, Christel (Dir.), (2022), «Les grandes affaires climatiques», Nouvelle édition [en ligne]. Aix-en-Provence: DICE Éditions, 2020 (13 de julho de 2022) <https://books.openedition.org/dice/10943>

5 Leiria é uma cidade muito afetada pelos incêndios que em 2017 destruíram uma floresta plantada há quase 700 anos, com relevância ambiental e histórica (<https://www.publico.pt/2019/10/15/sociedade/noticia/incendio-pinhhal-leiria-2017-tera-resultado-dois-reacendimentos-1890117>) e causaram mais de 100 mortes <https://expresso.pt/sociedade/2018-03-20-Morrem-114-pessoas-nos-fogos-de-2017-1>.

6 Portugal dispõe de uma lei de ação popular (Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, alterada em 2015, (e disponível em [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=7228&tabela=leis](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=7228&tabela=leis)), que permite a qualquer cidadão, independentemente de ter ou não interesse direto na ação, acessar os tribunais em defesa dos valores estabelecidos no artigo 52.º da Constituição da República Portuguesa: saúde pública, meio ambiente, qualidade de vida, proteção do consumo de bens e serviços, património cultural e domínio público.

7 Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (2023) “Guia Prático sobre Critérios de Admissibilidade” (Practical Guide on Admissibility Criteria 6-112 (disponível em [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/admissibility\\_guide\\_eng](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/admissibility_guide_eng)).

Esta seria a decisão mais provável, especialmente sabendo que, desde 2013, a Convenção inclui o princípio da subsidiariedade no seu preâmbulo:

“Afirmando que as Altas Partes Contratantes, de acordo com o princípio da subsidiariedade, têm a responsabilidade primária de garantir os direitos e liberdades definidos nesta Convenção e nos seus Protocolos, e que ao fazê-lo gozam de uma margem de apreciação, sob o controlo do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos instituído por esta Convenção<sup>8</sup>.

Surpreendentemente, ao contrário de tudo o que se esperava, o pedido, apresentado em 7 de setembro de 2020, foi acatado pelo Tribunal em 30 de novembro de 2020. Além de aceitar o caso, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos declarou o processamento como urgente, de acordo com o artigo 41.º do regulamento processual do Tribunal<sup>9</sup>, e informou os 33 países demandados de que teriam até ao final de fevereiro de 2021, para responder<sup>10</sup>.

Neste cenário sem precedentes, o desenvolvimento do caso proporciona múltiplas contribuições para a compreensão do litígio climático.

## 2.1. A TRAMITAÇÃO DO CASO DUARTE AGOSTINHO

Em fevereiro de 2021, o Tribunal rejeitou uma moção apresentada pelos governos demandados, solicitando ao Tribunal que revertesse a sua decisão de conceder prioridade ao caso e considerasse apenas os argumentos sobre a admissibilidade do pedido. Após o indeferimento, O Tribunal deu um novo prazo, até maio de 2021, para que os Estados apresentassem a sua defesa, tanto sobre a admissibilidade, como sobre o mérito do caso.

Além disso, o Tribunal decidiu permitir a intervenção de terceiros<sup>11</sup>.

8 Disponível em [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/protocol\\_15\\_fra](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/protocol_15_fra).

9 Artigo 41.º – Ordem da apreciação das queixas  
Na determinação da ordem segunda a qual os casos devem ser tratados, o Tribunal tem em consideração a importância e a urgência das questões suscitadas com base nos critérios por si definidos. A Secção ou o seu Presidente podem, contudo, derrogar a aplicação destes critérios e conceder um tratamento prioritário a uma queixa particular.

10 Disponível em:  
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22%3A%2239371/20%22%7D%22itemid%22%3A%22001-206535%22%7D%22%7D>.

11 Artigo 36.º “Intervenção de terceiros:

1. Em qualquer assunto pendente numa secção ou no tribunal pleno, a Alta Parte Contratante da qual o autor da petição seja nacional terá o direito de formular observações por escrito ou de participar nas audiências. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_por](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por)

2. No interesse da boa administração da justiça, o presidente do Tribunal pode convidar qualquer Alta Parte Contratante que não seja parte no processo ou qualquer outra pessoa interessada que não o autor da petição a apresentar observações escritas ou a participar nas audiências.

3. Em qualquer assunto pendente numa secção ou no tribunal pleno, o Comissário para os Direitos do Homem do Conselho da Europa poderá formular observações por escrito e participar nas audiências. ([https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_por](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por))

Isto ocorre quando o presidente do Tribunal, no interesse da boa administração da justiça, convida ou permite que terceiros ou outras pessoas, que não o autor, apresentem comentários por escrito<sup>12</sup>.

Apresentaram os seus pareceres perante o Tribunal, organizações privadas, académicos, associações não governamentais ambientais, organizações de direitos humanos e direitos das crianças, e representantes institucionais<sup>13</sup>.

Deste modo participam, como *Amicus Curiae*, professores e investigadores de Universidades da Finlândia<sup>14</sup>, Suécia, Bélgica, Eslovénia, Reino Unido, México, Canadá, Ruanda, Quénia, Países Baixos e Estados Unidos, apoiados pela Amnistia Internacional<sup>15</sup>, o Centro Internacional de Direito Ambiental<sup>16</sup> em articulação com a União de Cientistas Preocupados<sup>17</sup> e o Greenpeace<sup>18</sup>. Também a ONG Save the Children International<sup>19</sup> e outras organizações internacionais de direitos humanos e ambientais<sup>20</sup>, como o escritório de advocacia na Alemanha que representa a associação ambientalista Climate Action Network – CAN Europe<sup>21</sup>.

Como representação institucional internacional, participam dois Relatores Especiais das Nações Unidas (o Relator para o Meio Ambiente e o dos Direitos Humanos e Produtos Tóxicos<sup>22</sup>), e a Comissão Europeia<sup>23</sup>.

A Comissão Europeia, defende que os instrumentos jurídicos internacionais sobre o ambiente e os direitos das crianças, devem desempenhar um papel importante na definição do âmbito da obrigação dos Estados em prevenir vio-

---

12 Introduzido em 01/06/2015, o artigo 44.º das normas do Tribunal sobre intervenção de terceiros estabelece que qualquer Parte Contratante que não seja parte no procedimento, ou o Comissário do Conselho da Europa para os direitos humanos, poderá apresentar alegações por escrito.

“Artigo 44.º Intervenção de terceiros 3 - a) Uma vez comunicada uma queixa à Parte contratante requerida nos termos do artigo 51.º, n.º 1, ou do artigo 54.º, n.º 2, alínea b), o Presidente da Secção pode, no interesse de uma boa administração da justiça, conforme previsto no artigo 36.º, n.º 2, da Convenção, convidar ou autorizar outra Parte contratante que não seja parte na instância ou qualquer pessoa interessada que não o requerente, a apresentar observações escritas ou, em circunstâncias excecionais, a participar nas audiências (Disponível em [https://dgpi.justica.gov.pt/Portals/31/GRI/2020.03.01\\_Regulamento%20TEDH\\_vclean.pdf](https://dgpi.justica.gov.pt/Portals/31/GRI/2020.03.01_Regulamento%20TEDH_vclean.pdf))

13 Disponível em <https://youth4climatejustice.org/case-documents/>.

14 Que consideram esta uma oportunidade importante para o Tribunal estabelecer princípios para a aplicação da sua jurisdição em casos climáticos. Discute a distribuição do ónus da prova e os aspetos da extraterritorialidade, dada a situação de especial vulnerabilidade em que se encontram as crianças.

15 Que falam sobre os instrumentos do Direito Internacional e os poderes dos tribunais internacionais para lidar com os riscos de danos transfronteiriços a que as crianças estão expostas.

16 Center for International Environmental Law <https://www.ciel.org/>.

17 Union of Concerned Scientists <https://www.ucsusa.org/>.

18 Que apresentem dados científicos sobre a gravidade das alterações climáticas e os deveres dos Estados.

19 Esta ONG apresentou as suas observações escritas sobre a necessidade de agir para proteger os direitos das crianças, dada a natureza sistémica da ameaça representada pelas alterações climáticas.

20 Apresentam o tema dos direitos humanos e os danos das mudanças climáticas.

21 Climate action Network - Europe (<https://caneurope.org/>) foi responsável pelo caso climático no Tribunal de Justiça da União Europeia e, como terceiro na CEDH, apresenta argumentos detalhados sobre a ineficácia da proteção dos direitos fundamentais envolvidos, demonstrando a falta de soluções nos direitos nacionais dos 33 Estados demandados.

22 Na contribuição como *Amicus Curiae*, destaca-se o efeito dos princípios da precaução, de prevenção de danos e da obrigação de respeito extraterritorial aos direitos humanos.

23 Apresentou observações escritas explicando a política climática da União Europeia e a relação com as políticas dos Estados e a distribuição de responsabilidades.

lações dos direitos humanos causadas por danos ambientais. Considera ainda que “o número crescente de reclamações relacionadas com as alterações climáticas proporciona ao Tribunal uma oportunidade única de continuar a trilhar o caminho jurídico para uma implementação mais completa da Convenção e de oferecer proteção real às pessoas afetadas pela degradação ambiental e mudanças climáticas.”

Por último, o Comissário para os Direitos Humanos do Conselho da Europa também apresentou o seu parecer escrito ao Tribunal. A sua posição não deixa margem para dúvidas quanto à competência do Tribunal. Em primeiro lugar, esclarece a relação entre ambiente e direitos humanos e explica que os direitos humanos são a chave para encontrar uma solução urgente para o problema climático. O Comissário acredita que separar as preocupações ambientais por um lado, do direito internacional em matéria de direitos humanos, por outro, é um erro que necessita urgentemente de ser corrigido. Avança também a informação de que 42 dos 47 estados membros do Conselho da Europa reconhecem o direito a um ambiente saudável na lei, e que 29 o têm na Constituição.

No que diz respeito à legitimidade processual, reconhece que os processos sobre alterações climáticas não podem seguir as regras do direito internacional, baseadas na soberania territorial e na jurisdição nacional. As alterações climáticas são um problema transfronteiriço que exige soluções transfronteiriças.

A Comissária considera que uma interpretação estrita e formal dos requisitos de legitimidade ao discutir as violações dos direitos humanos causadas pelas alterações climáticas, especialmente das crianças, teria o efeito, não intencional, de privá-las de qualquer perspectiva razoável de procurar compensação pelas violações dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e das liberdades estabelecidas na Convenção.

Quanto aos critérios de admissibilidade do artigo 35.º, n.º 1, os requerentes começam por invocar a urgência da questão que impede a procura de uma solução adequada em cada um dos tribunais nacionais dos 33 Estados. O tempo disponível para tomar as medidas necessárias para evitar que o crescimento global aumente mais de um grau e meio é muito limitado. A probabilidade de os tribunais dos Estados demandados conseguirem conceder uma solução num prazo razoável é muito maior, se o Tribunal Europeu reconhecer a presumível responsabilidade dos Estados pelas alterações climáticas.

O Comissário para os Direitos Humanos do Conselho da Europa, também é de opinião que o conceito de vítima, constante do artigo 34.º, deve ser interpretado de forma evolutiva, à luz das condições da sociedade contemporânea.

Em suma, o Comissário acredita que o número crescente de pedidos relacionados com as alterações climáticas proporciona ao Tribunal uma oportunidade

de única para continuar a construir o caminho jurídico para a plena implementação da Convenção, conferindo proteção, na vida real, aos indivíduos afetados pela degradação ambiental e pelas alterações climáticas.

Em junho de 2022, o Tribunal Europeu adotou a resolução para que a decisão final fosse tomada pelo Tribunal pleno, composto por 17 juízes, considerando que este caso climático levanta uma questão grave, que afeta a interpretação da Convenção <sup>24</sup>.

Em 27 de setembro de 2023, a audiência perante o Tribunal Pleno teve lugar em Estrasburgo <sup>25</sup>.

O discurso preferido do advogado que representa os réus no processo, resume perfeitamente o raciocínio dos Estados.

“Os Estados demandados compreendem muito bem a seriedade do combate às alterações climáticas. Mas os princípios fundamentais do sistema convencional de proteção dos direitos humanos devem ser aplicados e respeitados independentemente da natureza da questão submetida ao Tribunal. Este pedido exige que o Tribunal se afaste desses princípios e exceda o seu mandato. (...) Os demandantes estão, na verdade, pedindo ao Tribunal que construa um novo modelo de jurisdição extraterritorial, contrário aos princípios jurídicos e com o efeito de que, qualquer pessoa no planeta que alegue ser afetada pelas alterações climáticas, possa alegar estar sob a jurisdição de todos e cada um dos Estados réus. Em segundo lugar, este pedido foi apresentado diretamente a este Tribunal sem qualquer tentativa de invocar, e muito menos esgotar, os recursos internos em qualquer país, o que é contrário ao princípio da subsidiariedade. Os tribunais nacionais perderam a oportunidade de se pronunciarem sobre as questões suscitadas por este pedido, incluindo questões de economia nacional e política social e este Tribunal foi privado do benefício desses pareceres. Em terceiro lugar, no que diz respeito à legitimidade processual. Este pedido apresenta uma forma de *ação popular*. Esta abordagem, se fosse aceite, abriria a porta a uma inflação de reclamações climáticas ao abrigo da Convenção perante os tribunais das partes contratantes e, em última análise, perante este Tribunal. Contrariamente à margem de apreciação, os requerentes procuram impor obrigações abrangentes, com profundas consequências sociais e económicas para os Estados demandados. Além disso, estas obrigações baseiam-se numa certa visão de partilha de encargos, sobre a qual não há consenso entre os Estados e que não está a ser debatida em

24 Artigo 30.º – “Devolução da decisão a favor do tribunal pleno. Se um assunto pendente numa secção levantar uma questão grave quanto à interpretação da Convenção ou dos seus protocolos, ou se a solução de um litígio puder conduzir a uma contradição com uma sentença já proferida pelo Tribunal, a secção pode, antes de proferir a sua sentença, devolver a decisão do litígio ao tribunal pleno.” (Disponível em [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_por](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por))

25 O registo das quase 5 horas de gravações das audiências está disponível aqui: <https://www.echr.coe.int/fr/w/duarte-agostinho-and-others-v-portugal-and-others-no-39371/20-e-tambem-em-https://www.echr.coe.int/webcasts-of-hearings>.

nenhum parlamento nacional. Os requerentes tentam impor um regime paralelo apenas para os Estados Respondentes mas, sem o consentimento dos Estados Respondentes, correm o risco de minar esse processo internacional. Em suma, os requerentes pedem ao Tribunal que atue como legislador e não como juiz, e que legisle para um desafio global sem ter jurisdição global. O pedido deve ser rejeitado.”

Extraterritorialidade de jurisdição; subsidiariedade da atuação do Tribunal; inadmissibilidade da ação popular; sobrecarga judicial; distribuição de responsabilidade pelas obrigações climáticas; autocontenção judicial são os seis argumentos de peso apresentados pelos Estados réus para justificar a ilegitimidade jurídica do processo que, na opinião dos Estados, viola os princípios básicos do sistema de proteção dos direitos humanos.

## 2.2. *SÍNTESE CARICATURAL DO CASO DUARTE AGOSTINHO*

O nível de desproteção jurídica que resulta da visão conservadora e tradicionalista dos Estados, torna-se mais nítido se for traduzido numa linguagem clara<sup>26</sup>, apresentada sob a forma de um diálogo imaginário irónico<sup>27</sup>, que tornará visível o paradoxo inerente aos seis argumentos do Estado.

### **Extraterritorialidade**

- 6 Jovens: a causa dos danos que estamos a sofrer não são apenas as emissões locais que ocorrem em Portugal. É a soma de todas as emissões de gases de efeito estufa que ocorrem dentro e fora do nosso país.
- 33 Estados: sim, mas só podem levar vosso país a tribunal, porque vocês não têm nenhuma relação jurídica com os outros países.

### **Subsidiariedade**

- 6 Jovens: o nosso Estado não nos protege e não temos acesso à proteção judicial noutros Estados. Precisamos da proteção de um Tribunal internacional.
- 33 Estados: sim, mas só podem chegar a esse Tribunal depois de terem pedido de ajuda, e não a ter obtido, em todos os tribunais nacionais<sup>28</sup>.

26 No Brasil, a Lei n.º 18246, de 01 de Dezembro de 2022, do Estado do Ceará, estabelece a Política Estadual de Linguagem Simples e as diretrizes para aplicá-la. O anexo único concretiza o “Direito a entender” <https://irislab.ce.gov.br/wp-content/uploads/2022/12/Anexo-unico-Politica-Estadual-de-Linguagem-Simples-1.pdf>.

27 O uso da ficção com um toque de ironia, em textos jurídicos, é um recurso estilístico eficaz para dar visibilidade a algumas situações jurídicas flagrantemente injustas e manifestamente incompreensíveis. Ver, por exemplo, o texto de Yan Aguila e Marie-Cécile de Bellis, sobre um marciano que visita as Nações Unidas. Aguila, Y. & de Bellis, M. (2021). Un Martien aux Nations Unies ou réflexions naïves sur la gouvernance mondiale de l’environnement. RED, vol. 2, Issue 1 109-118. <https://doi.org/10.3917/red.002.0113>.

28 Imaginando que os demandantes tenham que esgotar 3 instâncias judiciais em 33 Estados.

Deve ir a 99 tribunais em 28 idiomas diferentes<sup>29</sup>, custe o que custar e demore o tempo que demorar, e só então podem acorrer a um tribunal internacional.

### **Ação popular**

- 6 Jovens: o nosso pedido é feito em representação do interesse de muitas pessoas das gerações atuais e futuras.
- 33 Estados: sim, mas só podem aceder aos tribunais se forem partes interessadas e tiverem um interesse específico. Não podem ir a tribunal se tiverem um interesse indiferenciado, semelhantes ao de todas as outras pessoas.

### **Sobrecarga judicial**

- 6 Jovens: precisamos da proteção de um Tribunal internacional.
- 33 Estados: sim, mas tanto os tribunais nacionais como o Tribunal Europeu já têm muito trabalho. Não podemos permitir que todas as pessoas que sofrem com a inércia climática dos Estados tenham direito de ir a tribunal, porque isso significaria trabalho excessivo para os tribunais.

### **Distribuição de responsabilidade**

- 6 Jovens: processamos os 33 Estados porque todos são responsáveis.
- 33 Estados: sim, mas têm de saber o quão responsável é cada Estado. Só os próprios países podem decidir isso. Ainda não decidimos nem sabemos quando o faremos.

### **Autocontenção judicial**

- 6 Jovens: precisamos de uma decisão que condene os Estados a fazer alguma coisa.
- 33 Estados: sim, mas quem tem que fazer alguma coisa são os parlamentos nacionais e não os tribunais. A propósito: não existe acordo entre os Estados sobre a distribuição da responsabilidade climática e nenhum parlamento está a discutir o assunto, mas isso pouco importa. O que importa é que os tribunais não podem decidir nada porque não há legislação sobre distribuição de responsabilidade climática.

Este diálogo ficcional serve para demonstrar, de forma caricatural, que a rejeição do acesso ao Tribunal Internacional resulta numa negação de justiça ultrajante e insustentável.

---

29 São as 24 línguas oficiais dos 27 países da União Europeia, com mais 4 línguas: Norueguês, Russo, Turco e Ucraniano.

Para os cidadãos, o Tribunal Europeu é a *ultima ratio* para a proteção dos direitos humanos. É uma solução à qual os cidadãos recorrem *in extremis*, face à inércia climática generalizada<sup>30</sup>. A impossibilidade de acesso confirma o desamparo dos cidadãos, resulta no agravamento da injustiça climática e explica a radicalização dos movimentos juvenis de ativismo climático e as manifestações extremistas que começam a eclodir em vários pontos do mundo<sup>31</sup>.

### 3. ATIVISMO JUDICIAL PELO CLIMA: OS TRIBUNAIS NUMA ENCRUZILHADA

Para aceder à justiça – tanto em geral, como especialmente à justiça climática – as vítimas devem ultrapassar um conjunto de obstáculos: obter representação judicial de um advogado, demonstrar legitimidade processual, encontrar uma norma jurídica de proteção que proteja o seu direito, fornecer provas que comprovem factos, lutar pela execução da decisão, correr o risco de arcar com os custos da justiça... Estes são apenas alguns exemplos de obstáculos bem conhecidos.

Ainda assim, uma das grandes dificuldades – que aliás também é um obstáculo ao acesso à justiça – é a demonstração da competência do Tribunal, quando o pedido trata de questões politicamente sensíveis, como a insuficiência do cumprimento das obrigações climáticas dos Estados. A relutância dos tribunais em decidir questões que, idealmente, seriam da competência dos órgãos políticos e legislativos, é uma dificuldade que as vítimas enfrentam, confrontadas com uma interpretação conservadora e estrita do princípio da separação de poderes.

Numa outra perspetiva, a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu ao Conselho, ao Comité Económico Social Europeu e ao Comité das Regiões, intitulada “Melhorar o acesso à justiça em questões ambientais na União Europeia e nos seus Estados-Membros” afirma que, para aumentar a confiança nas administrações, é importante ter “contrapoderes institucionais”<sup>32</sup>.

Na realidade, a *contenção judicial*, ou autocontenção dos tribunais, é a decisão mais confortável para o poder judicial. Em primeiro lugar, porque evita, desta forma, a complexidade da tomada de decisões sobre questões muito controversas; em segundo lugar, porque evita o risco de gerar reações adversas por parte dos poderes públicos visados pelas decisões; em terceiro lugar, porque ao recusar a competência não contribuem para agravar ainda mais a inegável sobre-

30 Peñalver I Cabré, Alexandre (2022) “The role of citizens and Non-Governmental Organizations in climate litigation at national level”, *Understanding vulnerability in the context of climate change*, Maria del Mar Campins Eritja. Rahma Bentirou Mathlouthi, Atelier, 49-64.

31 Fabbri, L., Melacarne, C. (2023) *Understanding radicalization in everyday life* Milano: McGraw-Hill Education.

32 COM(2020) 643 FINAL 14.10.2020 (disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0643>)

carga processual dos tribunais. Pelo contrário, o ativismo judicial, se é verdade que corresponde melhor às expectativas das vítimas vulneráveis, ao conferir proteção judicial aos direitos humanos violados, em tudo o resto, gera tensões: cisões na jurisprudência, devido às diferentes posições interpretativas dos magistrados; risco de reações legislativas contraofensivas<sup>33</sup>; e, claro, um aumento, ainda maior, do excesso de trabalho dos tribunais, devido ao agravamento do número de casos semelhantes.

Por estas razões, é importante que as questões climáticas sensíveis sejam decididas por tribunais com capacidade para analisar juridicamente questões de âmbito essencialmente político, como é o caso dos Tribunais Constitucionais, do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal dos Direitos Humanos do Conselho da Europa<sup>34</sup>. Normalmente, o Tribunal de Estrasburgo é um órgão judicial cuja função é questionar políticas e atividades públicas a nível nacional, que possam afetar negativamente os direitos humanos das pessoas.

A doutrina que estuda a atuação da CEDH está dividida entre aqueles que consideram que o Tribunal vai longe demais<sup>35</sup> nas suas decisões sobre questões politicamente sensíveis<sup>36</sup> (como o direito dos presos ao voto, a proibição de crucifixos nas escolas públicas, o aborto, o terrorismo, por exemplo)<sup>37</sup>, e aqueles que acreditam que as suas decisões poderiam ser ainda mais ambiciosas<sup>38</sup>.

Se pensarmos nas atividades que têm sido questionadas no âmbito da proteção do artigo 8.º, sobre o direito à vida privada e à habitação, concluímos que já foram contestadas atividades industriais, projetos de desenvolvimento urbano,

---

33 Um exemplo paradigmático de *retrocesso jurídico* foi a introdução de uma emenda constitucional na Constituição brasileira, admitindo exceionalmente a legalidade da “vaquejada”, festa popular muito turística e típica do Nordeste do Brasil onde um boi é perseguido e torturado numa arena por um cowboy a cavalo. A Emenda 96/2017, que acrescentou o novo número 7 ao artigo 225 da Constituição Federal, seguiu a decisão, proferida em 2016, do Tribunal Constitucional Brasileiro (na ação direta de inconstitucionalidade número 49.839) que declarou inconstitucional a Lei 15.299/2013 do Estado do Ceará, que regulamentou a festa, também designada “farra do boi”. A base legal para a decisão do Tribunal Constitucional foi a violação do artigo 225, n.º VII da Constituição Federal. A resposta legislativa foi a introdução na Constituição de uma exceção à regra de proteção do bem-estar animal. A nova norma constitucional estabelece que as atividades esportivas que utilizam animais não são práticas cruéis para os animais, desde que sejam manifestações culturais. Ficam assim salvaguardadas as referidas atividades com gado, mas também as lutas de galos, por exemplo.

34 European Court of Human Rights, “Resolution on Judicial Ethics, Adopted by the Plenary Court on 21 June 2021”, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/resolution\\_judicial\\_ethics\\_eng](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/resolution_judicial_ethics_eng).

35 Donald, Alice; Gordon, Jane; Leach, Philip (2012), “The UK and the European Court of Human Rights”, Equality and Human Rights Commission Research report 83 [https://www.equalityhumanrights.com/sites/default/files/83\\_european-court-of-human-rights.pdf](https://www.equalityhumanrights.com/sites/default/files/83_european-court-of-human-rights.pdf).

36 Theil, S. (2017) Is the ‘Living Instrument’ Approach of the European Court of Human Rights Compatible with the ECHR and International Law? *European Public Law*, 23, 587-614. [https://www.researchgate.net/publication/316098206\\_Is\\_the\\_‘living\\_instrument’\\_approach\\_of\\_the\\_European\\_Court\\_of\\_Human\\_Rights\\_compatible\\_with\\_the\\_ECHR\\_and\\_International\\_Law](https://www.researchgate.net/publication/316098206_Is_the_‘living_instrument’_approach_of_the_European_Court_of_Human_Rights_compatible_with_the_ECHR_and_International_Law).

37 Letsas, George (2013), “Lord Sumption’s attack on Strasbourg: More than Political Rhetoric?”, Constitutional reform, Human rights and tagged European Court of Human Rights, Lord Sumption, UK Constitutional Law Association <https://ukconstitutionallaw.org/2013/12/09/george-letsas-lord-sumptions-attack-on-strasbourg-more-than-Political-Rhetoric/>.

38 Uma explicação detalhada, com exemplos, pode ser vista em Tsarapatsanis, Dimitrios (2021), “Human Rights beyond Ideal Morality: The ECHR and Political Judgment”, *Laws - Special Issue, How Judges Think about Human Rights: Legitimacy and Political Judgment*, 10, 77, 1-23. <https://www.mdpi.com/2075-471X/10/4/77>.

infraestruturas de transporte, atividades de extração de petróleo, produção de energia e até atividades de lazer.

Isto explica-se porque, embora seja normal que os Estados tenham uma margem de liberdade para decidir se, onde e quando concedem licenças para a extração de recursos, ou para decidir a localização de indústrias, de entroncamentos rodoviários ou estações ferroviárias, onde e como supervisionam as atividades noturnas, etc., também é normal que, se estas atividades forem suscetíveis de prejudicar gravemente os direitos humanos (nomeadamente pela sua localização ou intensidade), o Tribunal Europeu seja competente. O Tribunal pode condenar os Estados por decisões erradas, por regulamentação insuficiente ou por falta de supervisão ou controlo, que são tratados como casos de “interferência” na vida privada ou no direito à habitação, previsto e protegido pelo artigo 8.º da Convenção.

Especificamente no que diz respeito ao clima, é claro que a abordagem legislativa é a mais adequada para implementar a política climática. Nos Parla-mentos nacionais, o diálogo e a negociação estabelecidos entre diferentes visões e ambições climáticas, permitem alcançar um consenso político que concilie posições contraditórias sobre prioridades e que assegure uma boa governança na distribuição das responsabilidades climáticas.

Um dos grandes desafios do caso dos jovens portugueses é que, normalmente, o Tribunal Europeu interpreta o direito nacional no contexto da própria cultura jurídica nacional do Estado. A teoria da margem de apreciação, que permite adaptar a decisão, à cultura e tradição jurídicas de cada sistema nacional, não será tão fácil de aplicar, num processo em que tantos Estados são processados ao mesmo tempo.

Apesar disso, se o nível de proteção do clima através da legislação for muito baixo<sup>39</sup>, se os planos de combate e adaptação às alterações climáticas forem meramente programáticos, se os objetivos climáticos forem demasiado modestos

---

39 No direito convencional da União Europeia, o elevado nível de proteção ambiental está consagrado três vezes para evitar precisamente uma harmonização mínima que poderia ocorrer quando se legisla apesar da existência de visões muito diferentes de um problema. As consagrações do princípio de um elevado nível de proteção são:

Artigo 114.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: “A Comissão, nas suas propostas previstas no n.º 1 em matéria de saúde, de segurança, de proteção do ambiente e de defesa dos consumidores, basear-se-á num nível de proteção elevado, tendo nomeadamente em conta qualquer nova evolução baseada em dados científicos. No âmbito das respetivas competências, o Parlamento Europeu e o Conselho procurarão igualmente alcançar esse objetivo.

Artigo 191.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: “A política da União no domínio do ambiente terá por objetivo atingir um nível de proteção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da União. Basear-se-á nos princípios da precaução e da ação preventiva, da correção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente e do poluidor-pagador.” (Todos disponíveis em [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC\\_3&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF)).

Artigo 37.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, sobre a Proteção do Ambiente: “Todas as políticas da União devem integrar um elevado nível de proteção do ambiente e a melhoria da sua qualidade, e assegurar/E-los de acordo com o princípio do desenvolvimento sustentável.” (disponível em [https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)). Eizaga, Lorena Rincón (2008), Human Rights in The European Union. Conflict Between the Luxembourg and Strasbourg Courts Regarding Interpretation of Article 8 of the European Convention on Human Rights”, International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, Bogotá N° 11: 119-154, mayo de 2008 <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R22648.pdf>.

e se as metas climáticas forem temporalmente muito distantes, os tribunais não podem deixar de cumprir a sua missão.

É aqui que entra a imaginação jurídica. Quando a injustiça da incapacidade dos Estados em proteger as vítimas é substancialmente agravada pela injustiça da ausência de uma decisão dos tribunais, a imaginação jurídica é essencial para alcançar uma configuração aceitável da ação, que permita a intervenção dos tribunais. Ao mesmo tempo, a configuração deve ser persuasiva da importância da pronúncia do Tribunal Europeu, para que este não se recuse a julgar a questão, por se tratar de um problema da competência do legislador ou da administração, e que permita obter uma resposta eficaz para a proteção dos direitos envolvidos, para que as obrigações de redução de emissões, ou de adaptação climática, sejam significativas e produzam resultados mensuráveis.

#### **4. A IMAGINAÇÃO JURÍDICA NOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS NA EUROPA**

Na Europa, o uso da imaginação jurídica é um recurso normal e frequente desde o início da Comunidade Económica Europeia. É conhecida a criatividade jurídica do Tribunal de Justiça da União e a sua contribuição para o desenvolvimento e evolução progressiva do Direito da União<sup>40</sup>.

##### *4.1. O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA*

Embora as competências das instituições da União Europeia tenham sempre sido, e continuem a ser estatutariamente limitadas às competências transferidas pelos Estados<sup>41</sup>, a criatividade da jurisprudência do Tribunal permitiu-lhe ir muito longe na definição das relações entre o direito europeu e os direitos nacionais dos Estados-Membros. Um bom exemplo é o princípio da primazia do direito europeu sobre os direitos nacionais.

Quase 60 anos depois, o princípio jurisprudencial da primazia, criado no caso *Costa v. ENEL*, do ano 1964<sup>42</sup>, continua válido, vigente e com poder para moldar o direito europeu, ao qual se reconhece uma natureza específica.

---

40 Fisher, Elisabeth (2021) "EU Environmental Law and Legal Imagination", *The evolution of EU Law*, Paul Craig, Gráinne de Búrca, Oxford, United Kingdom.

41 Artigo 4.º n.º 1. do Tratado da União Europeia "Nos termos do artigo 5.º, as competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros." (Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC\\_2&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF))

42 Processo 6/64, com acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de julho de 1964, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006>

A força jurídica do princípio da primazia está muito clara no parecer jurídico do Conselho da União Europeia<sup>43</sup>, embora ele não esteja redigido em nenhum artigo do Tratado.

Em conclusão, a imaginação do Tribunal de Justiça da UE construiu um conjunto de princípios inovadores, que são hoje respeitados e aplicados em todos os tribunais dos Estados-Membros. Além disso, fazem parte integrante da estrutura normativa do Direito da União, e quando ocorre a adesão de novos Estados à União, aderem não só aos Tratados e ao direito derivado, mas também ao direito de origem jurisprudencial, como é o caso do referido princípio<sup>44</sup>.

#### *4.2. O TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS*

Da mesma forma que o Tribunal de Justiça da União Europeia, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, levou os seus poderes a um ponto em que já não é apenas um intérprete e aplicador do direito convencionalmente estabelecido, mas é também um criador de novas regulamentações jurídicas de origem jurisprudencial, que reforçam o valor e a utilidade do direito convencional.

Partindo de casos concretos, cujos contornos evidenciam a insuficiência do direito estabelecido para garantir uma justiça eficaz, o Tribunal tem desenvolvido soluções jurídicas, cuja força normativa ultrapassa o caso específico, e irradia para futuros casos semelhantes, decididos não apenas por esse mesmo tribunal internacional, também pelos tribunais nacionais.

O estado de emergência ambiental e climática que vivemos, impõe novas perspetivas sobre as funções dos Tribunais. Todos os produtores do direito – seja o direito internacional de origem convencional, seja o direito interno legislado, administrativo ou judicial – têm a obrigação de buscar novos métodos jurídicos, para soluções mais justas e eficazes, para os novos problemas da tríplice crise planetária que atravessamos<sup>45</sup>.

O princípio jurídico que impulsiona as jurisdições internacionais a assumirem a sua função até agora, na aplicação da lei, é o princípio da efetividade.

43 O parecer data de 2007 e consiste na declaração 17 anexa ao Tratado: “A Conferência recorda que, de acordo com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, os Tratados e a Lei adotada pela União com base no “têm precedência sobre a legislação dos Estados-Membros, nas condições estabelecidas pela referida jurisprudência” (disponível em [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0005.02/DOC\\_5&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0005.02/DOC_5&format=PDF)).

44 Acto relativo às condições de adesão do Reino de Espanha e da República Portuguesa e às adaptações dos Tratados “A partir da data da adesão, as disposições dos Tratados originários e os actos adoptados pelas Instituições antes da adesão vinculam a Croácia e são aplicáveis na Croácia nos termos desses Tratados e do presente Acto.» (disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012J/ACT&from=FR>).

45 De acordo com a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas, “A tripla crise planetária refere-se aos três principais problemas inter-relacionados que a humanidade enfrenta atualmente: as alterações climáticas, a poluição e a perda de biodiversidade. Cada um destes problemas tem as suas próprias causas e efeitos e cada problema deve ser resolvido se quisermos ter um futuro viável neste planeta” (disponível em <https://unfccc.int/blog/what-is-the-triple-planetary-crisis>).

Na verdade, se não fosse a ousada interpretação jurídica destes dois tribunais internacionais, as ambiciosas missões da União Europeia e do Conselho da Europa, não teriam sido cumpridas de forma tão eficaz, como têm sido até agora.

No entanto, a resposta do Tribunal, limitada pelas suas condições de funcionamento, apresenta graves deficiências: a morosidade dos processos <sup>46</sup>, e o número de vítimas<sup>47</sup>, são os mais graves.

Este pode ser o momento de fazer essa mudança.

Em 1992, quando o Tribunal dos Direitos Humanos considerou, pela primeira vez, que o direito à habitação e à vida privada incluía também o direito de não sofrer interferências ambientais prejudiciais, na sua casa e nos arredores, garantiu a proteção dos cidadãos contra interferências que são cada vez mais

No caso Cordella v. Itália (2019), 180 requerentes e mais de 200.000 habitantes que vivem em áreas classificadas como “alto risco ambiental” (disponível em <https://hudoc.exec.coe.int/FRE#/%22exciditifer%22:%7B%22004-52515%22%7D>)

frequentes: emissões poluentes que impedem o usufruto da casa, como gases, fumos, águas residuais, odores, ruídos ou radiações. Na sua época, há 20 anos, esta foi uma grande inovação. Com o caso Lopez Ostra<sup>48</sup>, o primeiro caso ambiental no Tribunal de Estrasburgo, ampliaram-se simultaneamente o âmbito de aplicação da Convenção Europeia, os poderes de cognição do Tribunal e as perspectivas de proteção dos cidadãos.

Por outro lado, nos casos ambientais, até agora, a estrutura da ação — as partes no processo, o pedido e a causa de pedir — era relativamente convencional. Os autores da ação são cidadãos residentes e nacionais de um Estado membro do Conselho da Europa. O réu é o Estado onde o recorrente-vítima tem domicílio, e onde sofre a interferência ilícita. Pede-se ao Estado, que não se abstenha de proteger, de forma eficaz, os cidadãos vítimas de atividades lesivas ao direito de gozo da sua habitação. Embora os demandantes não sejam uma família, ou um pequeno grupo de cidadãos isolados, mas milhares de cidadãos, as suas queixas têm um alvo: o Estado a que pertencem. Foi o que aconteceu, por exemplo, no caso Cordella de 2019, em que 180 habitantes de Taranto se uniram para processar o Estado italiano por poluição de origem industrial, contra a qual lutavam há mais de meio século, sem conseguir mudar o status *quo*.

Quando passamos para o contencioso climático, tudo muda.

### 5.1. A ORIGINALIDADE DOS CASOS CLIMÁTICOS

Uma das razões pelas quais os litígios climáticos são tão impactantes é porque se configuram como litígios movidos por pessoas ou grupos vulneráveis contra entidades poderosas.

Os demandantes são, frequentemente, membros de grupos vulneráveis: crianças, idosos, profissionais de atividades particularmente afetadas pelas alterações climáticas, como agricultores ou pescadores, entre outros.

Além disso, muitas vezes, nos litígios climáticos, a causa da ação é a omissão, ou a insuficiência da ação climática nacional ou internacional. Nestes casos, o que deve ser demonstrado é a injustiça da situação atual. Deve ser demonstrado que a exposição aos efeitos das alterações climáticas é particularmente intolerável para os demandantes e que a definição do nível de proteção climática não é simplesmente uma questão política, mas também jurídica. Deve ser demonstrado que existe um dever legal de proteger, e que o direito a ser protegido pode ser reivindicado perante os tribunais.

---

48 Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/FRE#%7B%22itemid%22%3A%22001-57905%22%7D>.

A insuficiência das políticas climáticas, é demonstrada pela ocorrência de catástrofes meteorológicas ou outros desastres naturais agravados pelas alterações climáticas, que afetam o direito à saúde e à qualidade de vida e, por vezes, o direito à vida dos cidadãos.

Portanto, é natural que a ocorrência de grandes e incontrolláveis incêndios, tenha sido apresentada como evidência da insuficiência de medidas legislativas, sendo a legislação o primeiro nível de execução das políticas climáticas.

Até ao momento não há grandes desenvolvimentos relativamente à jurisprudência do Tribunal Europeu em matéria ambiental, após o caso *López Ostra*, onde a jurisdição ambiental do TEDH foi pacificamente reconhecida, tendo o artigo 8.º, sobre o direito à vida privada e domicílio, como *porta de entrada*.

Porém, a imaginação jurídica no contencioso climático, é absolutamente necessária porque são casos extremamente complexos. No contencioso climático, provar a ilegalidade de uma atividade ou omissão, pública ou privada, não é tão fácil como prová-la em outros tipos de litígio ambiental. A relação causal entre o dano ocorrido (ou que se teme que venha a ocorrer) e uma atividade humana específica, é muito ténue. Assim, a configuração do caso, em todos os seus elementos, deve ser adequada para demonstrar ao Tribunal a injustiça que ocorreu, ocorre, ou irá ocorrer através do clima (fenómenos meteorológicos extremos), ou em virtude das mudanças climáticas (todos os efeitos habituais das atividades humanas são exacerbados<sup>49</sup>), sendo que onexo causal pode ser estudado e medido diretamente ou por estimativas.

Nos litígios ambientais em que há danos ao solo, à água, ao ar ou à biodiversidade, os danos podem ser espacialmente limitados ou geograficamente muito extensos, podem ser unicausais ou multicausais, podem ser imediatos ou retardados, mas, em qualquer caso, não são tão difíceis de medir ou estimar. Nos danos ao sistema climático, e nos danos causados pelas alterações climáticas, as emissões de gases com efeito de estufa são difundidas de forma homogênea por toda a atmosfera do planeta, de modo que os efeitos podem ser sentidos nos antípodas. Na realidade, a área geográfica afetada pelas alterações climáticas é todo o planeta. Embora as emissões de gases com efeito de estufa tenham origem especialmente em alguns países do hemisfério norte, isso não significa que os efeitos das alterações climáticas sejam sentidos mais fortemente nos países emissores. Muitas vezes ocorre precisamente o contrário, como acontece no caso dos estados insulares do oceano pacífico sul, vítimas particularmente vulneráveis das emissões de gases com efeito de estufa.

---

49 IPCC (2022) Working group II Report on Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability, *IPCC Sixth Assessment Report* (<https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/>).

Isto explica o litígio climático que é movido contra grupos de Estados ou organizações internacionais que representam os Estados mais desenvolvidos<sup>50</sup>. O mesmo acontece com os litígios contra grandes empresas responsáveis por uma quantidade significativa de emissões<sup>51</sup>. O objetivo é conseguir uma maior efetividade da decisão. Se as medidas climáticas solicitadas perante o Tribunal, forem tomadas em muitos países, ou em grandes empresas, no final, algum efeito da decisão será sentido. Se for apenas um país — como Portugal — ou alguns países, ou pequenas empresas, nada mudará.

## 5.2. A ORIGINALIDADE DO CASO DUARTE AGOSTINHO

A primeira originalidade é a estrutura da ação, que é substancialmente diferente.

Os demandantes não constituem um grupo grande, nem sofreram interferências climáticas durante mais de meio século. Os demandantes são seis jovens entre os 11 e os 24 anos, que sofreram recentemente os efeitos perturbadores de uma catástrofe climática (incêndios em 2017) e temem que, se nada for feito, voltem a sofrer, no futuro, fenómenos catastróficos maiores e mais frequentes.

A luta perante os tribunais nacionais, nem sequer foi tentada. Na verdade, se tivesse sido tentado apenas nos tribunais de Portugal, o esforço resultaria numa inutilidade jurídica e factual.

Uma inutilidade jurídica, porque muito provavelmente os tribunais diriam que a competência cabe aos poderes legislativo e administrativo, e não aos tribunais. Mesmo que admitissem a sua jurisdição, os tribunais levariam décadas a proferir a decisão final, depois de esgotadas todas as vias.

Uma inutilidade factual, porque, mesmo que o Estado português fosse condenado a reduzir as suas emissões de gases com efeito de estufa, essa redução não seria suficiente para garantir um futuro climático seguro para os jovens. Na verdade, são as emissões agregadas a nível global que contribuem para criar ao nível global, concentrações de gases cujos efeitos catastróficos são perceptíveis a nível local.

É por esta razão que, processar um grande número de Estados-Membros como responsáveis pelas emissões que causam as alterações climáticas, é uma estratégia judicial arriscada, mas lógica.

50 Processo C-565/19, Armando Carvalho e o. v Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de março de 2021 (<https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/b744cd97-c505-11eb-a925-01aa75ed71a1/idioma-pt>)

51 Banco de dados *Climate Case Chart* do Sabin Center para litígios climáticos (<https://climatecasechart.com/non-us-case-category/corporations/>).

A segunda originalidade do caso, é o momento da ação. A exigência de esgotamento das instâncias ao nível nacional, não foi observada.

Esses aspetos distinguem o processo de outros, como o caso *KlimaSeniorinnen v. Suíça*<sup>52</sup>, também pendente no Tribunal Europeu. No caso das senhoras idosas da Suíça, as requerentes exigem a condenação apenas do seu Estado, e nenhum outro. Mais, o risco de perder a vida (artigo 2.º) durante uma onda de calor é iminente. Não é um risco meramente futuro. Por fim, os demandantes esgotaram os recursos judiciais no seu país.

É por esta razão que o caso dos jovens portugueses subverte os pressupostos processuais habitualmente exigidos pelo Tribunal.

O que foi alcançado até agora nos casos ambientais perante o Tribunal de Estrasburgo é uma evolução do conteúdo das normas substantivas que estabelecem os direitos fundamentais: o direito à vida, à habitação, à propriedade, à justiça.

Diferentemente, no caso climático dos jovens portugueses, as normas cuja interpretação deve evoluir, são as regras de acesso à justiça internacional. Pretende-se que o acesso à justiça seja facilitado às crianças e jovens que, pela sua especial vulnerabilidade, têm mais dificuldade em aceder aos tribunais.

Não teria sido difícil para os jovens requerentes, na sua qualidade de vítimas, associarem à sua causa outros jovens, também vítimas de catástrofes climáticas, mas que fossem nacionais e residentes em cada um dos 32 países europeus, membros do Conselho da Europa.

Mas não o fizeram.

Outras vítimas vulneráveis, além dos seis jovens, poderiam ter-se juntado ao grupo de requerentes<sup>53</sup>.

Mas não o fizeram.

Poderiam ter iniciado ações judiciais nos tribunais dos países réus, argumentado depois que o atraso judicial prejudicaria a eficácia das soluções nacionais.

Mas também não o fizeram.

---

52 Processo 53600/20 (disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&i-d=003-7610087-10470692&filename=Grand%20Chamber%20hearing%20Verein%20KlimaSeniorinnen%20Schweiz%20and%20Outros%20v.%20Suíça.pdf>)

53 O caso *Carvalho, Cidadãos pelo Clima*, teve como demandantes famílias multigeracionais, com membros mais jovens e membros mais velhos, de dentro e de fora da União Europeia, desenvolvendo diferentes atividades profissionais, todas afetadas por diferentes manifestações catastróficas das alterações climáticas, que estão a processar a União Europeia por ação climática insuficiente. Com esta estratégia, procurou-se demonstrar que o clima é um problema transversal e transnacional que assume múltiplas formas e tem uma única causa: a insuficiência da ação de combate às alterações climáticas por parte dos Estados (Processo C-565/ 19, Armando Carvalho e outros contra Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de março de 2021 (<https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/b744cd97-c505-11eb-a925-01aa75ed71a1/language-pt>)).

Com estas características, seria natural e expectável que o Tribunal de Estrasburgo, afinal de contas, recusasse o caso, permitindo aos Estados avaliar a questão, em primeira instância, nas suas próprias jurisdições nacionais. Surpreendentemente, o Tribunal teve uma reação inesperada e pouco ortodoxa, ao aceitar o caso e notificar os Estados para apresentarem a sua opinião sobre os factos.

## 6. A CONVENÇÃO EUROPEIA COMO INSTRUMENTO VIVO

No Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o uso da imaginação jurídica traduz-se essencialmente por uma técnica de interpretação evolutiva<sup>54</sup> da Convenção Europeia dos Direitos do Homem que é, nas palavras do Tribunal, um “instrumento vivo”<sup>55</sup>.

A doutrina *do instrumento vivo* começou em 1978, com o caso *Tyrer v. Reino Unido* relativamente ao tratamento degradante resultante da violência nas prisões<sup>56</sup>. Nas palavras do Tribunal: “o Tribunal também deve lembrar que a Convenção é um instrumento vivo que, como a Comissão corretamente destacou, deve ser interpretado à luz das condições atuais. No caso que lhe é submetido, o Tribunal não pode deixar de ser influenciado pelos desenvolvimentos e pelas normas comumente aceites na política penal dos Estados-Membros do Conselho da Europa neste domínio.”

Ao longo dos anos, o Tribunal de Estrasburgo desenvolveu na sua jurisprudência a doutrina do *instrumento vivo*, o que lhe permitiu dar uma interpretação atual<sup>57</sup> a disposições que já têm mais de 70 anos<sup>58</sup>.

O *instrumento vivo* é uma metáfora criativa, que expressa de forma muito sugestiva a ideia de uma interpretação atualista e evolucionista<sup>59</sup>. A metáfora expressiva criada pelos juízes do Tribunal é usada para persuadir os Estados réus da jurisdição do Tribunal para decidir sobre questões que não estavam realmente no espírito dos redatores originais da Convenção. Em mais de meio século, o mundo

54 Djeflal, Christian (2016), “Dynamic and Evolutive Interpretation of the ECHR by Domestic Courts? An Inquiry into the Judicial Architecture of Europe” [https://www.academia.edu/26683158/Dynamic\\_and\\_Evolutive\\_Interpretation\\_of\\_the\\_ECHR\\_by\\_Domestic\\_Courts\\_An\\_Inquiry\\_into\\_the\\_Judicial\\_Architecture\\_of\\_Europe](https://www.academia.edu/26683158/Dynamic_and_Evolutive_Interpretation_of_the_ECHR_by_Domestic_Courts_An_Inquiry_into_the_Judicial_Architecture_of_Europe).

55 European Court of Human Rights (2022) “The European Convention on Human Rights, A living instrument” [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention\\_Instrument\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_Instrument_ENG).

56 Aplicação nº. 5.856/72 com decisão de 25 de abril de 1978 (<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57587%22%5D%7D>).

57 Rahman, Mohammad Habibur (2019) “Doctrine of Living Instrument: an Inevitable Doctrine to Keep European Convention on Human Rights Alive” *Leckhoy Research Journal of Law & Socio-Economic Issues*, volume 1 Issue-IV [https://www.academia.edu/48934334/Doctrine\\_of\\_Living\\_Instrument\\_An\\_Inevitable\\_Doctrine\\_to\\_Keep\\_the\\_European\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights\\_Alive](https://www.academia.edu/48934334/Doctrine_of_Living_Instrument_An_Inevitable_Doctrine_to_Keep_the_European_Convention_on_Human_Rights_Alive).

58 European Court of Human Rights, “Background paper for the Judicial Seminar 2020: The Convention as a Living Instrument at 70”, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/seminar\\_background\\_paper\\_2020\\_eng](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/seminar_background_paper_2020_eng)

59 Zrinski, Maša Marochini (2014), “The interpretation of the European Convention on Human Rights”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 2014, 51, str. 63-84, [https://www.researchgate.net/publication/324561572\\_The\\_interpretation\\_of\\_the\\_European\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights/fullTextFileContent](https://www.researchgate.net/publication/324561572_The_interpretation_of_the_European_Convention_on_Human_Rights/fullTextFileContent).

mudou. Surgiram novas formas de ameaçar os direitos dos cidadãos e diferentes percepções sobre a gravidade das ameaças.

A interpretação evolutiva é possível, porque a formulação utilizada nas normas, no momento da elaboração da Convenção, foi deliberadamente ampla. Os conceitos fundamentais dos direitos humanos contidos na Convenção são suficientemente flexíveis, para permitir ao Tribunal expandir o conteúdo normativo dos conceitos para cobrir situações novas, mas ainda inegavelmente reconhecíveis como integrando o conteúdo do referido direito.

A doutrina do *instrumento vivo*, permitiu ao Tribunal subsumir fatos novos e atuais, inimagináveis na década de 1950, às regras de conteúdo aberto da Convenção. Aproveitando que a Convenção não define tortura, nem família, nem domicílio, nem ingerência ilícita, por exemplo, o Tribunal introduziu novas realidades no conteúdo dos conceitos, que são o resultado de duas evoluções:

- a) a evolução científica e tecnológica, que tem permitido, por exemplo, a reprodução medicamente assistida ou a inseminação artificial;
- b) a evolução da valorização social e ética de comportamentos que já existiam antes, mas que, com as transformações do conceito de dignidade humana, ganharam foros de normalidade. É o caso da homossexualidade, famílias monoparentais, da violação dentro do casamento ou da proteção da privacidade nas redes sociais.

O caso da contaminação ambiental corresponde à segunda situação, uma vez que já não é tolerável nem admissível residir em locais altamente contaminados, nem suportar condições ambientais degradantes, que resultam da poluição ambiental criada pelos operadores económicos e tolerada pelo Estado. Atualmente, esta situação é configurada como uma interferência ilegítima no direito de usufruir plenamente da sua casa (artigo 8.º), ou como uma forma de tortura (artigo 2.º), ou como uma violação do direito à propriedade (artigo 1.º do protocolo 1), ou como uma violação do princípio da igualdade e da não discriminação (artigo 14.º).

Em toda essa evolução, o que o Tribunal fez até agora foi ampliar os conceitos relacionados com os direitos consagrados na Convenção. Os elementos que caracterizam os direitos, e as ações ou omissões que os violam, evoluem paralelamente às transformações e à crescente complexidade da vida em sociedades, que hoje são mais tecnológicas, mais digitais, mais conectadas, mas também mais contaminadas e mais conflituosas. Os poderes públicos ganham mais poderes e maiores responsabilidades na proteção dos mais vulneráveis, perante os novos riscos e desafios lançados por estas transformações.

O caso dos processos climáticos é diferente. Os processos climáticos correspondem a uma evolução científica na compreensão dos danos causados pelo

homem ao funcionamento do sistema climático. A evolução científica permitiu determinar a extensão da influência antrópica sobre o clima, Estado por Estado, atividade por atividade.

Foi a ciência climática que nos permitiu reconhecer a forma como as alterações climáticas condicionam a ocorrência de fenómenos extremos e catastróficos. A ciência climática permite estabelecer nexos causais e negar a aleatoriedade climática.

O *Climate Action Tracker* (<https://climateactiontracker.org/>) é apresentado pelos demandantes como a ferramenta científica que determina a responsabilidade individual, de cada Estado pela inação climática.

É por isso que no caso dos litígios climáticos, a ideia do *instrumento vivo* poderá contribuir ainda mais para a evolução dos direitos humanos<sup>60</sup>.

## 7. FUNDAMENTOS CLIMÁTICOS DA DOUTRINA DO INSTRUMENTO VIVO

O primeiro fator que explica a necessidade da doutrina do *instrumento vivo* é a distância temporal entre a data de celebração da Convenção Europeia e os dias de hoje, após mais de 70 anos de evolução socioeconómica e tecnológica.

Mas, para além da época remota da redação e vigência da Convenção, de onde vem a legitimidade do Tribunal Europeu para aplicar a doutrina do *instrumento vivo*?

A resposta encontra-se no preâmbulo da Convenção, onde as partes signatárias estabeleceram a intenção expressa de que o objetivo do instrumento não seja apenas a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, mas também o seu ***desenvolvimento***.

“Considerando que o objetivo do Conselho da Europa é conseguir uma união mais estreita entre os seus membros, e que um dos meios para atingir esse objetivo é a proteção e o desenvolvimento dos direitos humanos e das liberdades fundamentais”<sup>61</sup>.

Neste contexto, o desenvolvimento dos direitos humanos e das liberdades fundamentais resulta, por um lado, das alterações introduzidas através de sucessivas revisões da Convenção e da adoção de novos protocolos. Por outro lado, o desenvolvimento dos direitos humanos e das liberdades fundamentais resulta da

60 A interpretação judicial dinâmica de um tratado é uma tentativa de influenciar o comportamento dos Estados para adaptá-lo às mudanças nas condições sociais. MOECKLI, Daniel; White, Nigel (2018), “Treaties as ‘living instruments’, *Conceptual and contextual perspectives on the modern law of treaties* (Kritsiotis, Dino; Bowman, Michael) Cambridge University Press, 136-171.

61 Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, disponível em [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_por](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por).

interpretação evolutiva das referidas normas por parte do Tribunal, o que permite a sua aplicação a todos os casos da vida real, que é chamado a decidir.

Ora, aquilo que torna possível uma interpretação voltada para o futuro e não para o passado<sup>62</sup> o facto de os tratados de direitos humanos serem “law-making treaties” “ e não “contractual treaties”<sup>63</sup>, o que permite ter em consideração a prática posterior dos Estados, tal como estabelecido no artigo 31.º, n.º 3, al. b), da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados<sup>64</sup>.

O mesmo Tribunal defende que os direitos devem ser *práticos e eficazes* e não *teóricos e ilusórios*, o que explica a visão do Tribunal sobre direitos dinâmicos e evolutivos com base no consenso que é posteriormente gerado<sup>65</sup>. Quais são as manifestações jurídicas daquilo que o Tribunal tem chamado de “consenso”, “grande maioria”, “regras geralmente reconhecidas” ou “tendência clara”, que exigem uma interpretação atualizada das regras da Convenção Europeia? Alguns exemplos são:

- As leis climáticas de Portugal<sup>66</sup> e de outros países em aplicação do acordo de Paris<sup>67</sup>.
- O estado de “emergência climática”, declarado formalmente por muitos Estados<sup>68</sup> e pela União Europeia<sup>69</sup>, que expressa a vontade política indubitável de cumprir as obrigações derivadas do Acordo de Paris.
- A nível internacional, é mencionada a Declaração Conjunta de cinco organismos de direitos humanos das Nações Unidas, em 2019, sobre

62 Bjorge, E. (2017), “The Convention as a Living Instrument: Rooted in the Past, Looking to the Future”, *Human Rights Law Journal*, 36 (7-12), 243-255 [https://research-information.bris.ac.uk/ws/portalfiles/portal/178299801/HRLJ\\_vol36\\_No7\\_12\\_Bjorge\\_pages\\_243ff\\_310C17.pdf](https://research-information.bris.ac.uk/ws/portalfiles/portal/178299801/HRLJ_vol36_No7_12_Bjorge_pages_243ff_310C17.pdf).

63 Reservas à Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio. Parecer consultivo 1951 representante da CIJ. 15h 51 (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/12/11767.pdf>).

64 Artigo 31.º Regra geral de interpretação  
“3 - Ter-se-á em consideração, simultaneamente com o contexto: a) Todo o acordo posterior entre as Partes sobre a interpretação do tratado ou a aplicação das suas disposições; b) Toda a prática seguida posteriormente na aplicação do tratado pela qual se estabeleça o acordo das Partes sobre a interpretação do tratado; c) Toda a norma pertinente de direito internacional aplicável às relações entre as Partes.”

(disponível em <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/rar67-2003.pdf>).

65 Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, “European Court of Human Rights, “Interpretative mechanisms of ECHR case-law: the concept of European consensus”, Human Rights Education for Legal Professionals, <https://www.coe.int/en/web/help/article-echr-case-law>.”

66 Disponível em <https://files.dre.pt/1s/2021/12/25300/0000500032.pdf>. A Lei n.º 98/2021, de 31 de dezembro de 2021, é uma lei que reconhece a emergência climática, que consagra os conceitos de pobreza energética, cidadania climática, diplomacia climática, refugiados climáticos, clima estável como património da humanidade, etc.

67 Uma base de dados com mais de 5.000 leis, organizado pelo Grantham Research Institute da London School of Economics e pelo Sabin Center da Columbia Law School. A base de dados é alimentada por tecnologia de aprendizagem de máquina e processamento de linguagem natural e está disponível em <https://climate-laws.org/>.

68 São recolhidas numa base de dados disponível em <https://climateemergencydeclaration.org/climate-emergency-declarations-cover-15-million-citizens/>.

69 Resolução do Parlamento Europeu, de 28 de novembro de 2019, sobre a emergência climática e ambiental (2019/2930 (RSP)) (disponível em [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0078\\_PT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0078_PT.html)).

direitos humanos e alterações climáticas, que confirma que os Estados têm obrigações extraterritoriais<sup>70</sup>.

- Ao nível do Conselho da Europa, a Recomendação da Assembleia Parlamentar em 2021, sobre o direito a um ambiente seguro, limpo, saudável e sustentável<sup>71</sup>.
- A Recomendação do Conselho de Ministros de 2022, sobre o dever de proteção do ambiente e do clima<sup>72</sup>.
- A Resolução da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, de 2023<sup>73</sup>, sobre os impactos ambientais e o crime de ecocídio<sup>74</sup>.

Neste contexto, os textos jurídicos aprovados pelos órgãos do Conselho da Europa podem ser considerados quase como uma espécie de interpretação autêntica da Convenção. Esta situação reforça a legitimidade do Tribunal para apoiar as suas interpretações evolutivas nestes novos instrumentos, com o objetivo de demonstrar o consenso dos Estados membros.

Deste modo, a imaginação jurídica continua a ser útil e necessária para permitir que as regras da Convenção mantenham a sua utilidade e para permitir que os casos climáticos atuais, com os seus contornos peculiares característicos da segunda década do século XXI, sejam resolvidos a partir de regras instituídas em meados do século XX.

## 8. A EVOLUÇÃO JURÍDICA PROPORCIONADA PELO CASO DUARTE AGOSTINHO

A análise jurisprudencial dos casos concretos pode ser feita a partir de uma perspetiva clássica, baseada em princípios jurídicos aplicáveis aos direitos fundamentais, ou numa perspetiva menos ortodoxa, baseada na imaginação jurídica. Esta segunda opção permite uma maior evolução dos conceitos jurídicos e dá

70 Declaração conjunta do Comité para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, do Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, do Comité para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das Suas Famílias, do Comité dos Direitos da Criança, o Comité dos Direitos das Pessoas com Deficiência (disponível em <https://www.ohchr.org/en/statements/2019/09/five-un-human-rights-treaty-bodies-issue-joint-statement-human-rights-e>).

71 *Recomendação 2211 (2021) para ao Comité de Ministros*, com uma proposta de texto de Protocolo com 11 artigos, adicional à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, sobre o direito a um ambiente seguro, limpo, saudável e sustentável (disponível em <https://pace.coe.int/en/files/29501/html>).

72 *Recomendação CM/Rec (2022)20 do Comité de Ministros aos Estados-Membros sobre os direitos humanos e a proteção do ambiente* (Adotada pelo Comité de Ministros em 27 de setembro de 2022 na 1444ª reunião dos Deputados de Ministros) (disponível em <https://rm.coe.int/0900001680a83df1>).

73 Resolução 2477 (2023) sobre os impactos ambientais dos conflitos armados (disponível em <https://pace.coe.int/en/files/31600/html>).

74 De Bolle, Catherine (2022), "Environmental Crime in the age of climate change", Threat assessment 2022 [https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/Environmental\\_Crime\\_in\\_the\\_Age\\_of\\_Climate\\_Change\\_threat\\_assessment\\_2022.pdf](https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/Environmental_Crime_in_the_Age_of_Climate_Change_threat_assessment_2022.pdf).

maior relevância a um instrumento com longos anos de vigência: a Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

### 8.1. DIREITOS E PRINCÍPIOS JURÍDICOS SUBJACENTES AO CASO DUARTE AGOSTINHO

Em abstrato, os direitos fundamentais que os jovens poderiam ter invocado perante qualquer tribunal, na sua dupla qualidade de vítimas das alterações climáticas e de jovens ativistas climáticos, em litígio, são diversos. Se, além do limitado catálogo de direitos substantivos da Convenção, considerarmos também os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, a lista é extensa, chegando a pelo menos 18 exemplos listados na tabela 1, abaixo. O conjunto de direitos está organizado em duas categorias: à esquerda, os direitos fundamentais substantivos, que são diretamente afetados pelas alterações climáticas e pelos seus efeitos climáticos extremos. À direita, os direitos adjetivos, que apoiam e facilitam a reação em defesa dos primeiros, através de ações públicas das vítimas em defesa do clima.

| Direitos substantivos |                              |    |                            | Direitos adjetivos |                             |  |  |
|-----------------------|------------------------------|----|----------------------------|--------------------|-----------------------------|--|--|
| 1                     | Direito a um clima estável   | 7  | Direito à habitação        | 1                  | Liberdade de expressão      |  |  |
| 2                     | Direito ao ambiente          | 8  | Direito ao trabalho        | 2                  | Liberdade de associação     |  |  |
| 3                     | Direito à vida               | 9  | Livre iniciativa económica | 3                  | Direito de reunião          |  |  |
| 4                     | Direito à saúde              | 10 | Liberdade de deslocação    | 4                  | Direito à informação        |  |  |
| 5                     | Proibição da tortura         | 11 | Proibição de discriminação | 5                  | Direito de participação     |  |  |
| 6                     | Direito a constituir família | 12 | Direito à educação         | 6                  | Direito de acesso à justiça |  |  |

**Figura 1. Direitos fundamentais relacionados com as alterações climáticas.**

Esta caso climático poderia ser analisado do ponto de vista dos princípios jurídicos fundamentais, nos quais os demandantes podem basear as suas reivindicações.

- a) o princípio da equidade climática intergeracional, que permite às gerações atuais atuarem como responsáveis pela proteção das gerações futuras, através da prevenção de ataques ao bom funcionamento do sistema Terrestre e, especialmente, do sistema climático global.
- b) o princípio da precaução climática, que exige medidas de mitigação urgentes para prevenir os sérios riscos associados às alterações climáticas, mesmo que haja dúvidas sobre a distribuição da responsabilidade pelas emissões ou sobre a suficiência das medidas tomadas até agora.
- c) o princípio da eficácia no acesso à justiça climática, que exige uma intervenção judicial precoce a nível internacional, quando for provável que a ação dos tribunais nacionais seja insuficiente para garantir uma proteção urgente e eficaz.

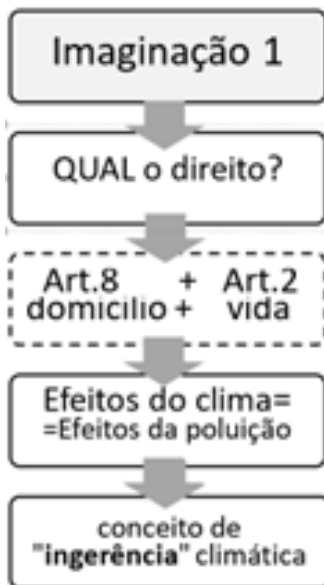
Desta forma, o Tribunal transformaria a sua natureza, de um tribunal que intervém em último recurso, para um tribunal que interviria em primeira instância, para encorajar os tribunais nacionais a intervir contra a inércia climática.

Assim, as questões levantadas pelo caso Duarte Agostinho são melhor compreendidas se as olharmos do ângulo dos direitos específicos que requerem uma interpretação imaginativa.

## 8.2. A IMAGINAÇÃO JURÍDICA NO CASO DUARTE AGOSTINHO

No processo instaurado perante o Tribunal de Estrasburgo, as vítimas basearam a sua ação essencialmente em seis artigos da Convenção Europeia. Na interpretação de cada um deles, a imaginação jurídica foi amplamente utilizada. A argumentação dos demandantes será apresentada no diagrama seguinte, que explica as condições de acesso ao Tribunal, o conteúdo essencial da regulamentação aplicável e os conceitos jurídicos que dão origem a uma nova interpretação, no contexto da ação climática<sup>75</sup>.

A leitura do diagrama é feita em blocos, de cima para baixo.



O primeiro quadro, em cinza, indica o número de vezes que a imaginação jurídica é utilizada. No total, serão consideradas cinco.

No segundo quadro, formula-se a questão que deve ser respondida para atender aos pressupostos de aceitação do caso climático pelo Tribunal. Qual é o direito substantivo aplicável? Quem é responsável por agir? Que solução jurídica é necessária? Por quê permitir um regime excecional? Quando permitir o acesso ao Tribunal? Estas são as questões que requerem uma resposta original, no caso Duarte Agostinho.

No terceiro quadro, encontra-se a norma jurídica que serve de base jurídica à reclamação.

No quarto quadro, é apresentado o processo de subsunção dos factos do caso à norma.

No quinto quadro, é introduzido o conceito jurídico que deve ser objeto de uma interpretação flexível e imaginativa, adequada às exigências dos processos climáticos.

<sup>75</sup> Para efeito dos processos no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, definiremos “contencioso climático” como a ação judicial que opõe cidadãos climaticamente vulneráveis (devido à sua idade, profissão, local de residência) contra um ou vários Estados partes, que são considerados os principais responsáveis pelas alterações climáticas, com base na insuficiência de controlo das atividades, públicas ou privadas, que geram emissões ou que criam riscos, devido à omissão de medidas mais fortes de mitigação ou adaptação às alterações climáticas.

Apresenta-se em seguida o diagrama completo, composto por 5 blocos, representando as questões que devem ser abordadas pelo Tribunal na resolução do caso.

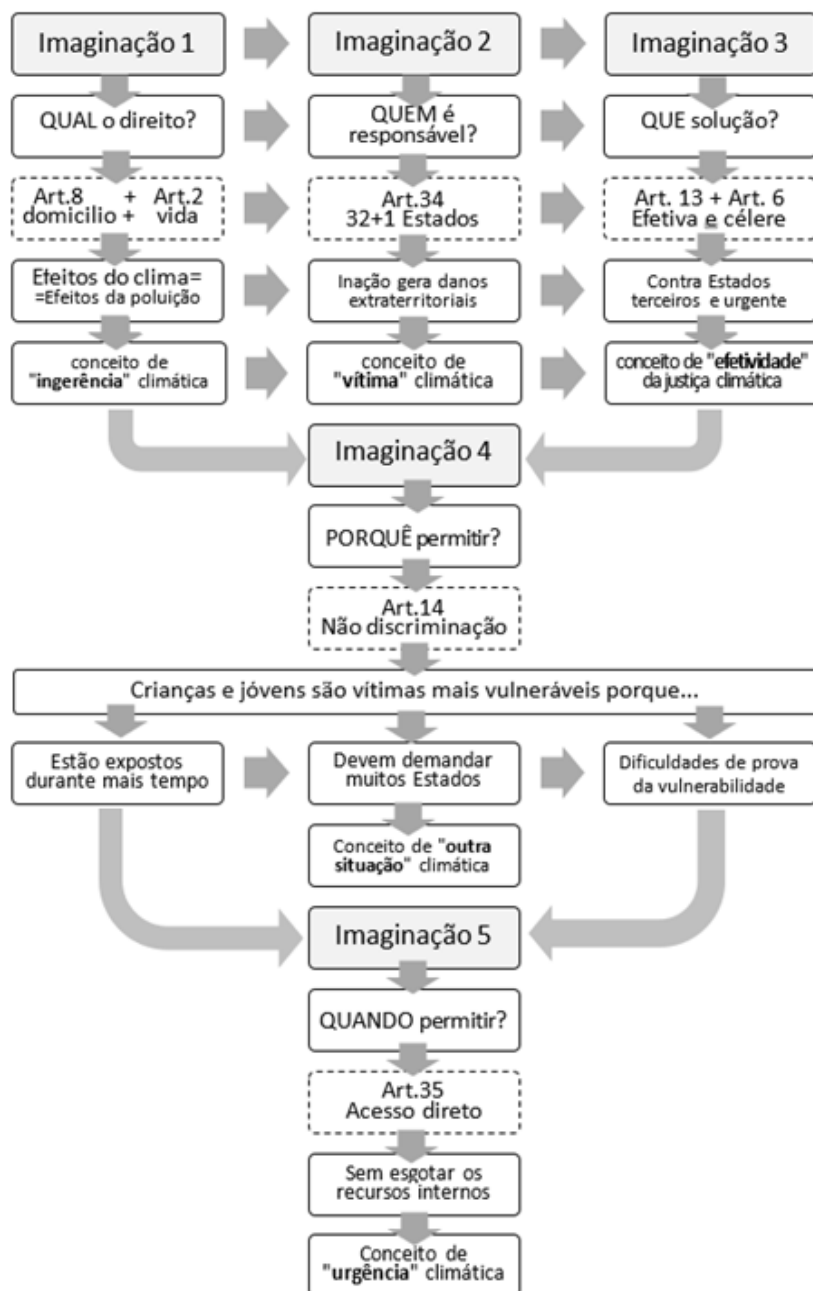


Figura 2. Argumentação dos demandantes.

### 8.2.1. Imaginação 1: Qual é o direito substantivo aplicável?

Os direitos humanos substantivos que estão diretamente em perigo devido à falta de controlo climático por parte dos Estados, são o direito à habitação<sup>76</sup> e, em casos mais extremos, o direito à vida<sup>77</sup>.

Na petição inicial, são amplamente explicados a intensidade e a duração das ameaças climáticas, bem como os efeitos físicos e mentais na saúde e na qualidade de vida dos jovens expostos aos riscos.

O direito a um ambiente saudável, sem graves ameaças ao domicílio, à saúde e à vida das pessoas, foi reafirmado inúmeras vezes pelo Tribunal em diferentes contextos. Após mais de 20 anos, e centenas de casos ambientais na CEDH, é pacífica a interpretação que considera as emissões poluentes como formas de “interferência” ambiental na habitação.

O salto conceptual envolvido em considerar os riscos climáticos catastróficos como um risco real e uma forma de “interferência” inaceitável não é tão grande, razão pela qual este é o ponto menos problemático do caso.

### 8.2.2. Imaginação 2: Quem é responsável por agir?

Com base na jurisprudência *Laizidou v. Turquia*<sup>78</sup>, os demandantes alegam que sofrem danos climáticos causados por atividades localizadas no território de terceiros Estados, os quais não possuem uma política climática suficientemente forte. Os Estados demandados têm o dever de reduzir as suas emissões geradoras de alterações climáticas, independentemente de os efeitos nocivos das emissões se materializarem dentro ou fora do seu território.

Na verdade o conceito de vítima climática não exige ter a nacionalidade do Estado de emissão, não exige residir nesse território, não exige estar sob o poder contratual do Estado, ou ter qualquer outro vínculo com o Estado. Por isso é que

76 Artigo 8.º da Convenção para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, sobre Direito ao respeito pela vida privada e familiar: “1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.”

77 Artigo 2.º, sobre o Direito à vida:  
“1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei.  
2. Não haverá violação do presente artigo quando a morte resulte de recurso à força, tornado absolutamente necessário:  
a) Para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal;  
b) Para efectuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente;  
c) Para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição.”  
([https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_por](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por))

78 Processo 15318/89, de 23 de março de 1995 ([https://hudoc.echr.coe.int/fre#/%22itemid%22:\[%22001-57920%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#/%22itemid%22:[%22001-57920%22])).

os demandantes reivindicam o estatuto de vítima que está “sob a jurisdição” de cada um dos Estados demandados, na aceção do artigo 34.º<sup>79</sup>.

Na realidade, se processassem apenas Portugal, país de que são nacionais, este país, agindo sozinho, nunca seria capaz de proteger adequadamente as vítimas dos efeitos adversos das alterações climáticas.

Quanto à dificuldade de distribuição de responsabilidades, sugerem os recorrentes que o Tribunal utilize a ferramenta “*Climate Action Tracker* - CAT”<sup>80</sup> para determinar até que ponto os Estados respeitaram, ou não, as suas obrigações climáticas. De acordo com esta ferramenta, as medidas de mitigação adotadas pelo Reino Unido, Suíça, Noruega e todos os estados da União Europeia são insuficientes. As medidas adotadas pela Alemanha são altamente insuficientes. As medidas tomadas pela Rússia, pela Turquia e pela Ucrânia são criticamente insuficientes.

A partir daqui, os demandantes alegam que há uma inversão do ónus da prova, porque os dados climáticos indicam que os Estados não fizeram o suficiente para evitar danos. Dada a falta de distribuição, a nível global, dos esforços, é mais apropriado que os Estados, e não as vítimas, suportem as consequências desta inação. Os Estados terão de demonstrar que adotaram medidas consistentes com a “maior ambição possível” consagrada no artigo 4.º, n.º 3, do Acordo de Paris<sup>81</sup>.

Em apoio a esta interpretação também são citados o caso Urgenda<sup>82</sup> e o caso do genocídio na Bósnia<sup>83</sup>, para afirmar que se houver dano indivisível, a responsabilidade deve ser partilhada com base numa contribuição concorrente ou cumulativa de múltiplos sujeitos de direito internacional.

Em resumo, os dados sobre o aquecimento global permitem presumir que as medidas de mitigação adotadas são inadequadas. O argumento de que não é possível determinar a responsabilidade proporcional de cada um dos 33 Estados, enquanto não tiverem chegado a um acordo de *partilha de esforço*, não pode

79 Artigo 34.º Petições individuais: “O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem-se a não criar qualquer entrave ao exercício efectivo desse direito.” ([https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_por](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por)).

80 O *Climate Action Tracker* é um projeto científico independente que é fruto de uma colaboração entre duas organizações, Climate Analytics e NewClimate Institute desde 2009. O CAT acompanha a ação climática dos governos e mede-a em relação ao objetivo globalmente acordado do Acordo de Paris de «manter o aquecimento bem abaixo de 2°C e prosseguir esforços para limitar o aquecimento a 1,5°C». O CAT rastreia mais de 60 países, cobrindo cerca de 85% das emissões globais e cerca de 70% da população mundial (disponível em <https://climateactiontracker.org/>).

81 “A contribuição sucessivamente determinada a nível nacional de cada Parte representará uma progressão relativamente à contribuição determinada a nível nacional atualmente em vigor para essa Parte e refletirá a mais elevada ambição possível dessa Parte, tendo em conta as suas responsabilidades comuns mas diferenciadas” e capacidades respetivas, à luz das diferentes circunstâncias nacionais” (disponível em [https://unfccc.int/files/meetings/paris\\_nov\\_2015/application/pdf/paris\\_agreement\\_spanish.pdf](https://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/paris_agreement_spanish.pdf)).

82 Disponível em <https://www.urgenda.nl/en/themes/climate-case/>.

83 Disponível em <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>.

prejudicar os requerentes. As vítimas do clima gozam de legitimidade extraterritorial<sup>84</sup> para processar “terceiros” Estados.

### 8.2.3. Imaginação 3: Que solução jurídica é necessária?

A procura de uma justiça eficaz é a motivação última para a criação e existência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. A Convenção estabelece o direito de acesso a uma autoridade nacional, nas formas estabelecidas no artigo 13.<sup>85</sup> quando os direitos tenham sido violados<sup>86</sup>.

A possibilidade de exercício do direito de acesso ao Tribunal, pela impossibilidade de acesso a todos os tribunais nacionais num prazo razoável, nos termos do artigo 6.<sup>87</sup> é a grande questão deste processo. Na verdade, a questão central no caso Duarte Agostinho é a possibilidade de reconhecimento da jurisdição do TEDH através da mobilização do único instrumento jurídico — a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e seus protocolos — que permite ao Tribunal de Estrasburgo intervir e chegar a uma solução justa para o conflito.

O que acontece, na prática, é que as vítimas têm um acesso muito difícil — se não impossível — aos tribunais de terceiros Estados, dos quais não são cidadãos, residentes ou visitantes. Da mesma forma, as possíveis medidas que poderiam ser adotadas, no futuro, pelo Estado de que são nacionais as vítimas (Portugal) não teriam uma influência significativa na resolução da crise climática.

Estas circunstâncias colocam o TEDH numa posição privilegiada para ir até às vítimas e assim garantir uma decisão judicial eficaz, ordenando aos Estados que adotem uma ação climática mais forte.

### 8.2.4. Imaginação 4: Por qué permitir um regime excecional?

As vítimas demandantes são crianças e jovens portadores de algumas doenças<sup>88</sup>, o que demonstra, claramente a injustiça atual e futura da ausência de políticas climáticas fortes por parte dos Estados.

---

84 Oloo, Ana; Vandenhoe, Wouter (2021), “Enforcement of extraterritorial human rights obligations in the African human rights system”, *The Routledge Handbook on Extraterritorial Human Rights Obligations*, Routledge 140-150.

85 Artigo 13.º Direito a um recurso efectivo: “Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que actuem no exercício das suas funções oficiais.” ([https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_por](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por)).

86 European Court of Human Rights, (2022) “Guide on Article 13 of the European Convention on Human Rights, Right to an effective remedy” ([https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_por](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por))

87 Artigo 6.º Direito a um processo equitativo: 1. “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. (...)” ([https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_por](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por))

88 Outras possibilidades seriam os idosos, as gerações futuras representadas pelas suas mães grávidas, os pacientes diagnosticados com stress climático ou os proprietários que perderam os seus bens em eventos climáticos extremos, como temperatura, chuva, vento ou incêndios.

Quatro das crianças sofrem de doenças respiratórias, e todas estão altamente expostas aos riscos associados às alterações climáticas em Portugal<sup>89</sup>. Os recorrentes relatam redução dos níveis de energia, ansiedade, dificuldades para dormir e incapacidade de ir à escola e fazer exercícios físicos ao ar livre devido ao fumo dos incêndios e durante as ondas de calor. Além disso, as alterações climáticas causarão mais doenças infecciosas, incluindo zoonoses. Estes riscos aumentarão significativamente ao longo da vida e afetarão também as suas famílias e especialmente os filhos que venham a ter no futuro.

No raciocínio das vítimas, não importa que os riscos só se concretizem no futuro. O que importa é que a interferência, que não é justificada, se intensificará durante a sua vigência, o que viola a Convenção e outros instrumentos jurídicos do direito internacional<sup>90</sup>.

A violação mais importante neste caso é o artigo 14.<sup>o</sup><sup>91</sup>, que impede a discriminação quando existem diferenças materiais no tratamento de pessoas que se encontram em situações semelhantes.

A “situação” no caso dos demandantes é a idade, que, por um lado, coloca as vítimas do clima numa situação de maior vulnerabilidade às alterações climáticas e, por outro, dificulta o acesso à justiça. A maior vulnerabilidade das crianças e jovens advém do seu estado de dependência, o que cria dificuldades reais na procura, em conjunto com as instituições e poderes públicos, de soluções jurídicas para as violações dos seus direitos.

### 8.2.5. Imaginação 5: Quando permitir o acesso ao Tribunal?

Pretende-se que as crianças e os jovens possam aceder ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sem se terem previamente dirigido aos tribunais nacionais, nem no seu Estado, nem em qualquer dos outros Estados com os quais afirmam ter estabelecido a relação de vítimas climáticas.

---

89 Schleussner, Carl-Friedrich; Menke, Inga; Theokritoff, Emily; Van Maanen, Nicole; Lanson, Alexandrine (2020) “Climate Impacts in Portugal”, *Climate Analytics*, 1-43 <https://youth4climatejustice.org/wp-content/uploads/2021/01/Climate-Analytics-Climate-Impacts-in-Portugal-min.pdf>.

90 Além da Convenção, as alegações contra os Estados também incorporam elementos do direito internacional porque a jurisprudência do Tribunal o permite. No caso *Demir & Baykara v. Turquia* (34503/97 de 12 de novembro de 2008 [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-89558%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-89558%22]})) o Tribunal disse que deveria levar em consideração os elementos do direito internacional na aplicação da Convenção Europeia. Ora, no caso *Duarte Agostinho*, estão a ser aplicadas a Convenção de Paris (artigo 2.<sup>o</sup>) e a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (o artigo 3.<sup>o</sup> n.º 1 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança estabelece que em todas as ações que envolvam crianças, interposto por quaisquer instituições, incluindo os tribunais, a consideração fundamental é o superior interesse da criança).

91 Artigo 14.<sup>o</sup> Proibição de discriminação: “O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.” ([https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_por](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por)).

Citando a jurisprudência do Tribunal, os demandantes explicam que se se pretende uma proteção judicial eficaz o artigo 35.<sup>o</sup><sup>92</sup>, sobre o esgotamento dos recursos, não pode ser aplicado de forma “mecânica rígida ou inflexível”. Exigir que as vítimas esgotem todos os recursos seria um fardo irracional e desproporcional, para essas jovens vítimas. Primeiro, porque os demandantes provavelmente não teriam legitimidade processual nos outros 32 Estados, além de Portugal. Segundo, pelo tempo necessário para obter uma decisão, que iria muito para lá do tempo útil disponível. Terceiro, porque as crianças e jovens provêm de famílias com condições modestas, que não teriam condições económicas para interpor ações nos tribunais de todos os Estados envolvidos.

Existe, portanto, uma necessidade excecional de o Tribunal Europeu reconhecer urgentemente a sua jurisdição e isentar os requerentes do esgotamento dos recursos nacionais em cada tribunal nacional. A intervenção da CAN Europe<sup>93</sup> no processo é particularmente esclarecedora sobre a insuficiência das jurisdições nacionais<sup>94</sup>, em contribuir para a resolução da crise climática.

E, sem dúvida, a urgência da questão climática foi reconhecida pelo Tribunal, ao atribuir prioridade absoluta ao caso Duarte Agostinho.

## 9. CONCLUSÃO

Este caso climático foge aos parâmetros de um processo normal de direitos humanos no Tribunal Europeu, com base numa interpretação que é ostensivamente divergente do que tem sido a prática interpretativa habitual perante o Tribunal.

Com o objetivo de reforçar a afirmação da natureza transnacional do fenómeno climático, a estratégia de defesa da Global Legal Action Network<sup>95</sup> em

---

92 Artigo 35.<sup>o</sup> Condições de admissibilidade:

“1. O Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e num prazo de quatro meses a contar da data da decisão interna definitiva. (...)

3. O Tribunal declarará a inadmissibilidade de qualquer petição individual formulada nos termos do artigo 34.<sup>o</sup> sempre que considerar que: a) A petição é incompatível com o disposto na Convenção ou nos seus Protocolos, é manifestamente mal fundada ou tem carácter abusivo; ou b) O autor da petição não sofreu qualquer prejuízo significativo, salvo se o respeito pelos direitos do homem garantidos na Convenção e nos respectivos Protocolos exigir uma apreciação da petição quanto ao fundo.

4. “O Tribunal rejeitará qualquer petição que considere inadmissível nos termos do presente artigo. O Tribunal poderá decidir nestes termos em qualquer momento do processo. ([https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_por](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por)).

93 O caso Carvalho, também chamado de *Caso do Povo Climate Case*, é o litígio iniciado por 10 famílias de Portugal, Alemanha, França, Itália, Roménia, Quénia, Fiji e a Associação Juvenil Saami Sáminuorra, contra a União Europeia, primeiro no Tribunal Geral e no Tribunal de Justiça da União Europeia. As suas casas, meios de subsistência, ocupação familiar tradicional e cultura são afetados pelas alterações climáticas e processaram as instituições da UE para proteger os seus direitos fundamentais e prevenir alterações climáticas perigosas. Este caso, apoiado pela Climate Action Network - CAN Europe (<https://caneurope.org/>), não tiveram sucesso, nem no Tribunal Geral, nem no Tribunal de Justiça da União Europeia. Mais informações em <https://peoplesclimatecase.caneurope.org/>.

94 Reiertsen, M. (2022). *Effective Domestic Remedies and the European Court of Human Rights: Applications of the European Convention on Human Rights Article 13*. Cambridge: Cambridge University Press.

95 Global Legal Action Network - GLAN é uma organização sem fins lucrativos única que realiza ações jurídicas inovadoras através das fronteiras, desafiando os Estados e outros atores poderosos envolvidos em violações dos direitos humanos <https://>

nome dos jovens portugueses foi apostar num argumento disruptivo, de *tudo ou nada*, com o objetivo de forçar o Tribunal a posicionar-se a partir de uma abordagem original, sobre um processo apresentado sob uma configuração atípica.

A abordagem da jurisprudência europeia de Estrasburgo sobre o direito climático, do ponto de vista da imaginação jurídica, explica bem o esforço do Tribunal para manter a utilidade e a relevância social do papel de um órgão jurisdicional supranacional nos tempos complexos que vivemos.

Independentemente de qual seja no futuro a decisão final do Tribunal Europeu relativamente ao caso Duarte Agostinho, qual a grande novidade do caso, que o diferencia dos processos ambientais anteriores? O facto de a doutrina do *instrumento vivo* estar a ser aplicada às condições de acesso ao Tribunal, garantindo assim um direito efetivo à justiça.

O ponto a que chegou o processo Duarte Agostinho<sup>96</sup> permite-nos afirmar que o Tribunal considera que o que deve evoluir através da interpretação judicial (além do âmbito de aplicação do direito de usufruir da habitação sem interferências, e do direito à vida) é o direito de não ser discriminado (artigo 14.º) no acesso à justiça urgente e eficaz (artigo 13.º) para as vítimas do clima.

Esta interpretação *generosa* do direito de acesso ao Tribunal no contexto das alterações climáticas está muito alinhada com uma visão avançada sobre o papel dos tribunais na proteção ambiental<sup>97</sup> e climática, inerente ao artigo 9.º, n.º 3, da Convenção de Aarhus:

“Além disso, sem prejuízo dos procedimentos de recurso referidos nos parágrafos 1 e 2 acima, cada Parte assegurará que os membros do público que cumpram quaisquer critérios previstos na sua legislação interna possam iniciar processos administrativos ou judiciais para contestar as ações ou omissões por indivíduos ou autoridades públicas que violem as disposições da legislação ambiental nacional<sup>98</sup>.”

A consequência da aceitação da extraterritorialidade e do não esgotamento dos recursos, é o risco de provocar uma avalanche de casos climáticos. A sobrecarga do Tribunal é um dos problemas mais graves que o Tribunal sofre hoje.

---

[www.glanlaw.org/](http://www.glanlaw.org/).

96 Esta análise foi realizada num momento em que o Tribunal ainda não tinha decidido o caso e poderia fazê-lo no sentido desejado pelos jovens ou no sentido inverso, uma vez que não havia indicações definitivas sobre o significado da decisão final.

97 Torre-Schaub, Marta (2023), “Climate Change Risk and Climate Justice in France: The High Administrative Court as Janus or Prometheus?”, *European Journal of Risk Regulation* 1–15 <https://www.cambridge.org/core/periodicos/jornal-europeu-de-regulacao-de-risco/artigo/risco-mudanca-climatica-e-justica-climatica-na-franca-o-tribunal-alto-administrativo-as-janus-or-prometheus/870090BC5DADA6E401592612F101DE06>.

98 Convenção de Aarhus de 1998 sobre acesso à informação, participação pública na tomada de decisões e acesso à justiça em questões ambientais (<https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/rar11-2003.pdf>).

Para resolver esta questão, foi aprovado o Protocolo 14<sup>99</sup>, que permite que as decisões sejam tomadas por um único juiz, que ampliou os poderes dos comités de três juízes e que introduziu um novo critério de admissibilidade para pedidos individuais<sup>100</sup>.

Contudo, o mecanismo mais eficaz e apropriado em casos de litígios climáticos é o procedimento das decisões piloto.

Este procedimento<sup>101</sup>, previsto no artigo 61.º do Regulamento de Processo do TEDH<sup>102</sup>, permite ao Tribunal adotar uma decisão piloto quando os factos que deram origem a uma reclamação revelam a existência de “um problema estrutural ou sistémico ou outra disfunção semelhante que tenha dado origem ou possa dar origem à formulação de outras reivindicações análogas” (n.º 1). Na decisão piloto, o TEDH deve “indicar a natureza do problema ou disfunção estrutural ou sistémica que observou e o tipo de medidas corretivas”, que devem ser tomadas internamente para aplicar a decisão (n.º 3). O TEDH pode fixar um prazo específico para a adoção de medidas (tendo em conta a natureza das medidas necessárias e a rapidez com que o problema detetado pode ser resolvido internamente) (n.º 4) e, entretanto, pode adiar a exame de todas as reclamações baseadas na mesma alegação até que as medidas corretivas indicadas no acórdão da decisão piloto [n.º 6 a) sejam adotadas].

Estas mudanças são fundamentais se considerarmos que o Tribunal, atualmente composto por 46 juízes, protege os direitos de mais de 800 milhões de pessoas, em 46 Estados<sup>103</sup>.

Se, no final, a decisão do Tribunal Europeu no caso Duarte Agostinho for favorável às vítimas, permitindo que o TEDH seja a primeira instância e não a quarta, não será uma derrota para os tribunais. Será uma vitória para a justiça.

## REFERÊNCIAS

Abrisketa Uriarte, Joana (2013) “Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, enero-junio 2013 págs. 73-99 [http://bibliotecaculturajuridica.com/biblioteca/arxius/PDF/REDI\\_VOL\\_LXV\\_1\\_2013/3\\_Joana\\_Abrisketa\\_Uriarte\\_digital.pdf](http://bibliotecaculturajuridica.com/biblioteca/arxius/PDF/REDI_VOL_LXV_1_2013/3_Joana_Abrisketa_Uriarte_digital.pdf).

99 Disponível em: <https://files.diariodarepublica.pt/1s/2006/02/037a00/13461355.pdf>.

100 Este critério, que passou a constar do artigo 35.º, n.º 3, al. b), determina que o Tribunal declarará inadmissível qualquer pedido individual que lhe seja apresentado, se o requerente não tiver sofrido desvantagem significativa.

101 Abrisketa Uriarte, Joana (2013) “Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, enero-junio 2013 págs. 73-99 ([http://bibliotecaculturajuridica.com/biblioteca/arxius/PDF/REDI\\_VOL\\_LXV\\_1\\_2013/3\\_Joana\\_Abrisketa\\_Uriarte\\_digital.pdf](http://bibliotecaculturajuridica.com/biblioteca/arxius/PDF/REDI_VOL_LXV_1_2013/3_Joana_Abrisketa_Uriarte_digital.pdf)).

102 Introduzido pelo TEDH em fevereiro de 2011 ([https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules\\_Court\\_SPA](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules_Court_SPA)).

103 O número de Estados-Membros foi alterado em 2022 pela Resolução do Comité de Ministros (CM/Res(2022)2 ([https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=0900001680a5da51](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a5da51)), que decidiu que a Rússia deixaria de ser membro, após 26 anos de participação.

- Aguila, Y. & de Bellis, M. (2021). Un Martien aux Nations Unies ou réflexions naïves sur la gouvernance mondiale de l'environnement. RED, vol. 2, Issue 1 109-118. <https://doi.org/10.3917/red.002.0113>.
- Bjorge, E. (2017), "The Convention as a Living Instrument: Rooted in the Past, Looking to the Future", *Human Rights Law Journal*, 36 (7-12), 243-255 [https://research-information.bris.ac.uk/ws/portalfiles/portal/178299801/HRLJ\\_vol36\\_No7\\_12\\_Bjorge\\_pages\\_243ff\\_310817.pdf](https://research-information.bris.ac.uk/ws/portalfiles/portal/178299801/HRLJ_vol36_No7_12_Bjorge_pages_243ff_310817.pdf)
- Comisión Europea (2020) "Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Mejorar el acceso a la justicia en materia de medio ambiente en la UE y sus Estados miembros" <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0643>
- Commissioner For Human Rights of the Council of Europe (2021) Third party intervention on Human Rights Application No. 39371/20, Duarte Agostinho and others v. Portugal and 32 other States <https://youth4climatejustice.org/case-documents/>.
- Cournil, Christel (Dir.), (2022), «Les grandes affaires climatiques», Nouvelle édition [en ligne]. Aix-en-Provence: DICE Éditions, 2020 (généré le 13 juillet 2022) <https://books.openedition.org/dice/10943>
- De Bolle, Catherine (2022), "Environmental Crime in the age of climate change", Threat assessment 2022 [https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/Environmental\\_Crime\\_in\\_the\\_Age\\_of\\_Climate\\_Change\\_threat\\_assessment\\_2022.pdf](https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/Environmental_Crime_in_the_Age_of_Climate_Change_threat_assessment_2022.pdf)
- Djeffal, Christian (2016), "Dynamic and Evolutive Interpretation of the ECHR by Domestic Courts? An Inquiry into the Judicial Architecture of Europe" [https://www.academia.edu/26683158/Dynamic\\_and\\_Evolutive\\_Interpretation\\_of\\_the\\_ECHR\\_by\\_Domestic\\_Courts\\_An\\_Inquiry\\_into\\_the\\_Judicial\\_Architecture\\_of\\_Europe](https://www.academia.edu/26683158/Dynamic_and_Evolutive_Interpretation_of_the_ECHR_by_Domestic_Courts_An_Inquiry_into_the_Judicial_Architecture_of_Europe)
- Donald, Alice; Gordon, Jane; Leach, Philip (2012), "The UK and the European Court of Human Rights", Equality and Human Rights Commission Research report 83 [https://www.equalityhumanrights.com/sites/default/files/83.\\_european\\_court\\_of\\_human\\_rights.pdf](https://www.equalityhumanrights.com/sites/default/files/83._european_court_of_human_rights.pdf)
- Eizaga, Lorena Rincón (2008), "Human Rights in The European Union. Conflict Between the Luxembourg and Strasbourg Courts Regarding Interpretation of Article 8 of the European Convention on Human Rights", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá N° 11: 119-154, mayo de 2008 <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R22648.pdf>
- Fisher, Elisabeth (2021) "EU Environmental Law and Legal Imagination", *The evolution of EU Law*, Paul Craig, Gráinne de Búrca, Oxford, United Kingdom.
- European Court of Human Rights (2022) "The European Convention on Human Rights, A living instrument" [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention\\_Instrument\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_Instrument_ENG)
- European Court of Human Rights (2023) "Practical Guide on Admissibility Criteria", 6-112 [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/admissibility\\_guide\\_eng](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/admissibility_guide_eng)
- European Court of Human Rights, "Background paper for the Judicial Seminar 2020: The Convention as a Living Instrument at 70", [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/seminar\\_background\\_paper\\_2020\\_eng](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/seminar_background_paper_2020_eng)
- European Court of Human Rights, (2022) "Guide on Article 13 of the European Convention on Human Rights, Right to an effective remedy" [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/guide\\_art\\_13\\_eng](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/guide_art_13_eng)
- European Court of Human Rights, "Interpretative mechanisms of ECHR case-law: the concept of European consensus", Human Rights Education for Legal Professionals, <https://www.coe.int/en/web/help/article-echr-case-law>
- European Court of Human Rights, "Resolution on Judicial Ethics, Adopted by the Plenary Court on 21 June 2021", [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/resolution\\_judicial\\_ethics\\_eng](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/resolution_judicial_ethics_eng)
- Fabbri, L., Melacarne, C. (2023) *Understanding radicalization in everyday life* Milano : McGraw-Hill Education [https://www.researchgate.net/publication/367464846\\_Understanding\\_Radicalization\\_in\\_Everyday\\_Life](https://www.researchgate.net/publication/367464846_Understanding_Radicalization_in_Everyday_Life)
- IPCC (2022) Working group II Report on Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability, *IPCC Sixth Assessment Report* (<https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/>)
- Letsas, George (2013), "Lord Sumption's attack on Strasbourg: More than Political Rhetoric?", *Constitutional reform, Human rights and tagged European Court of Human Rights*, Lord Sumption, UK Constitutional Law Association <https://ukconstitutionallaw.org/2013/12/09/george-letsas-lord-sumptions-attack-on-strasbourg-more-than-political-rhetoric/>

- Moeckli, Daniel; WHITE, Nigel (2018), "Treaties as 'living instruments'", *Conceptual and contextual perspectives on the modern law of treaties* (Kritsiotis, Dino; Bowman, Michael) Cambridge University Press, 136-171.
- Oloo, Anne; Vandenhoe, Wouter (2021), "Enforcement of extraterritorial human rights obligations in the African human rights system", *The Routledge Handbook on Extraterritorial Human Rights Obligations*, Routledge 140-150.
- Peñalver I Cabré, Alexandre (2022) "The role of citizens and Non-Governmental Organizations in climate litigation at national level", *Understanding vulnerability in the context of climate change*, Maria del Mar Campins Eritja. Rahma Bentirou Mathlouthi, Atelier, 49-64.
- Rahman, Mohammad Habibur (2019) "Doctrine of Living Instrument: an Inevitable Doctrine to Keep European Convention on Human Rights Alive" *Lexkboj Research Journal of Law & Socio-Economic Issues*, volume 1 Issue-IV [https://www.academia.edu/48934334/Doctrine\\_of\\_Living\\_Instrument\\_An\\_Inevitable\\_Doctrine\\_to\\_Keep\\_the\\_European\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights\\_Alive](https://www.academia.edu/48934334/Doctrine_of_Living_Instrument_An_Inevitable_Doctrine_to_Keep_the_European_Convention_on_Human_Rights_Alive)
- Reiertsen, M. (2022). *Effective Domestic Remedies and the European Court of Human Rights: Applications of the European Convention on Human Rights Article 13*. Cambridge: Cambridge University Press
- Schleussner, Carl-Friedrich; Menke, Inga; Theokritoff, Emily; Van Maanen, Nicole; Lanson, Alexandrine (2020) "Climate Impacts in Portugal", *Climate Analytics*, 1-43 <https://youth4climatejustice.org/wp-content/uploads/2021/01/Climate-Analytics-Climate-Impacts-in-Portugal-min.pdf>
- Theil, S. (2017) Is the 'Living Instrument' Approach of the European Court of Human Rights Compatible with the ECHR and International Law? *European Public Law*, 23, 587-614 [https://www.researchgate.net/publication/316098206\\_Is\\_the\\_'living\\_instrument'\\_approach\\_of\\_the\\_European\\_Court\\_of\\_Human\\_Rights\\_compatible\\_with\\_the\\_ECHR\\_and\\_International\\_Law](https://www.researchgate.net/publication/316098206_Is_the_'living_instrument'_approach_of_the_European_Court_of_Human_Rights_compatible_with_the_ECHR_and_International_Law)
- Torre-Schaub, Marta (2023), "Climate Change Risk and Climate Justice in France: The High Administrative Court as Janus or Prometheus?", *European Journal of Risk Regulation* 1–15 <https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk-regulation/article/climate-change-risk-and-climate-justice-in-france-the-high-administrative-court-as-janus-or-prometheus/870090BC5DADA6E401592612F101DE06>
- Tsarapatsanis, Dimitrios (2021), "Human Rights beyond Ideal Morality: The ECHR and Political Judgment", *Laws - Special Issue, How Judges Think about Human Rights: Legitimacy and Political Judgment*, 10, 77, 1-23. <https://www.mdpi.com/2075-471X/10/4/77>
- Zrinski, Maša Marochini (2014), "The interpretation of the European Convention on Human Rights", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 2014, 51, str. 63-84 [https://www.researchgate.net/publication/324561572\\_The\\_interpretation\\_of\\_the\\_European\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights#fullTextFileContent](https://www.researchgate.net/publication/324561572_The_interpretation_of_the_European_Convention_on_Human_Rights#fullTextFileContent)

## CAPÍTULO 3

# COMO TORNAR AS CIDADES INCLUSIVAS, SEGURAS, RESILIENTES E SUSTENTÁVEIS? UMA REFLEXÃO A PARTIR DAS CIDADES INTELIGENTES

FERNANDA PAULA OLIVEIRA

*Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra*

*Instituto Jurídico, Universidade de Coimbra*

### 1. A CIDADE E OS SEUS PROBLEMAS

As cidades (e a vida nas cidades) assumem uma relevância crescente, o que se compreende pelo facto de cada vez mais pessoas residirem em áreas urbanas. Os dados apontam para que por volta de 2050 quase 70% da população mundial irá viver em cidades)<sup>1</sup>.

Em Portugal, a evolução do sistema de povoamento teve como pano de fundo duas tendências complementares: o despovoamento de vastas áreas rurais e um processo crescente da urbanização do território. Em 2001 mais de 3/4 da população residente no Continente concentrava-se em áreas com características predominantemente urbanas, tendo o ritmo da urbanização sido particularmente intenso nas décadas de 60 e 70 do século passado, não tendo, porém, abrandado significativamente nas décadas seguintes.

Não admira, por isso, que os problemas relacionados com o sistema urbano e com a política de cidades assumam particular relevo nas questões que se colocam quanto à ocupação do território.

---

1 Segundo dados da ONU e do Banco Mundial, até o ano de 2050 o mundo terá 88% da população, em países desenvolvidos, a morar em cidades; 67% da população do restante do mundo a morar em cidades; uma em cada 4 pessoas no mundo a habitar megalópoles; mais de 40 cidades no mundo com mais de 10M de habitantes e mais de 60 cidades no mundo com entre 5M e 10M de habitantes. Cfr. Cf. ONU HABITAT. WORLD CITIES REPORT 2022. In [https://unhabitat.org/sites/default/files/2022/07/chapter\\_1\\_wcr\\_2022.pdf](https://unhabitat.org/sites/default/files/2022/07/chapter_1_wcr_2022.pdf) consultado em janeiro de 2023.

Mesmo com a migração da população para o mundo rural que ocorreu temporariamente durante a pandemia da COVID-19, não se prevê que se altere a realidade fundamental de um mundo predominantemente urbano. Esta linha de tendência implica que o nível de urbanização aumentará em 12 pontos percentuais nas próximas três décadas, o que se traduz em um aumento de 2,2 bilhões de residentes urbanos, com a maioria deles a viver em África e na Ásia.

De facto, as cidades apresentam-se, simultaneamente como “um mundo de oportunidades” – são territórios com grande riqueza e diversidade económica, ambiental, política e cultural que, por isso, atraem cada vez mais população – e como territórios que contribuem para a depredação (e degradação) do meio ambiente (produzem já hoje 50% dos resíduos globais, consomem 75% da energia mundial e 80% das cidades emitem mais de 80% do total de emissões de CO<sub>2</sub>), para além de que induzem processos de privatização dos bens comuns e do espaço público, geram segregação espacial e social (muitas vezes aliados a fenómenos migratórios) e são causadoras de pobreza e de exclusão<sup>2</sup>.

Reportando-nos a Portugal, são vários os problemas que frequentemente se colocam às cidades; é o caso:

- (i) da *degradação crescente de muitos dos seus centros*, designadamente dos centros históricos,
- (ii) dos *problemas de ordem habitacional* como a insuficiência do número de alojamentos relativamente ao número famílias que delas necessitam; a depreciação das habitações existentes; o elevado custo dos alojamentos (construídos e/ou da sua fruição), em comparação com as possibilidades económicas de amplos estratos sociais; a insuficiência qualitativa das habitações para as exigências crescentes em matéria de conforto, por vezes mesmo quanto aos mais elementares requisitos que definem uma habitação adequada.
- (iii) dos *problemas de ordem ambiental*, de que são exemplo a poluição atmosférica provocada, designadamente, pelo enorme tráfego de veículos; a excessiva artificialização do solo resultante da expansão urbana (provocando quer o desaparecimento de zonas agrícolas periurbanas quer o aquecimento climatérico); a ausência ou deficiência dos espaços verdes públicos, os aumentos de ruído, etc.
- (iv) da *carência quantitativa e qualitativa de equipamentos coletivos*, pelo menos em vários em vários setores, ou então com deficiências de articulação intra e intersectorial ou desfasamentos das redes face às dinâmicas de ocupação do território e da evolução demográfica, económica e social<sup>3</sup>;

---

2 De acordo com o World Cities Report 2022, citando uma pesquisa realizada em 2019 pela UNDESA (Departamento das Nações Unidas para Assuntos Económicos e Sociais) – que identifica os quinze maiores riscos para o futuro global até 2050 –, muitos desses riscos são o resultado de impactos da urbanização: a aceleração do aquecimento global; o incremento das tensões e conflitos sociais; o incremento da desigualdade, da pobreza e da fome; o esgotamento da água (como recurso natural), para dois terços da população mundial e o incremento das emissões de gases do efeito estufa. Tudo isso mesmo antes de se perceber que as grandes cidades são potenciais criadores e difusores de pandemias, como a da COVID-19, que impactou de forma profunda o mundo e a economia global a partir de 2020.

3 Isto apesar de as redes de equipamentos terem experimentado em Portugal um desenvolvimento assinalável nas últimas décadas, fruto do aprofundamento das preocupações sociais, do crescente voluntarismo da administração central e local e dos significativos apoios financeiros ao investimento disponibilizados pelos Quadros Comunitários de Apoio.

- (v) dos *transportes* e de *mobilidade* urbanos,
- (vi) dos problemas crescentes de pobreza e de segregação ou exclusão social: mesmo em cidades mais desenvolvidas do ponto de vista económico, onde a maioria dos habitantes da cidade usufruem de um alto nível de qualidade de vida, existe uma parte considerável de seus habitantes que vivem abaixo da linha de pobreza (fenómenos como os sem-abrigo tem vindo a expandir-se para além das cidades de Lisboa e Porto, onde eram mais visíveis).

## 2. TRANSIÇÃO DIGITAL E CIDADES

A utilização de novas tecnologias digitais tem vindo a assumir relevo em geral (alterando a forma como as pessoas comunicam entre si e acedem a bens e serviços) e, em particular, na forma como os problemas das cidades são ou podem ser geridos.

De facto, cedo se percebeu o potencial das tecnologias de informação e comunicação (TIC) como instrumento de gestão e governo global das cidades tendo sido da articulação entre gestão da cidade e TIC que surgiu o conceito de *cidade inteligente* (frequentemente denominada na literatura científica por *smart city*), conceito aplicável, precisamente, às cidades com forte utilização e dinamização de tecnologias digitais, com o objetivo de aumentar a qualidade de vida dos seus habitantes, contribuindo para um desenvolvimento sustentável<sup>4</sup>. Esta precisão é importante para que se realce que uma cidade não é “inteligente” só porque está equipada com TIC; para ser inteligente, a cidade precisa, ainda, de ser dinâmica ao utilizar ativamente essas tecnologias de uma forma empreendedora e capaz de promover prosperidade económica e social.

Por isso, para muitos autores, o surgimento do conceito de *cidade inteligente* vem incontornavelmente associado ao conceito de *cidade sustentável*: a cidade inteligente é aquela que utiliza as TIC como forma de criar valor inteligente, através do envolvimento das pessoas, da melhoria da relação destas com o ambiente e do aumento da capacidade da comunidade local para o desenvolvimento, superação e adaptação aos novos desafios<sup>5</sup>.

É, pois, imprescindível que, na utilização de tecnologias de informação, os vários operadores assumam uma posição crítica, de modo a evitar que tal utilização traga, ela própria, novos problemas e desafios ainda mais complexos do que aqueles a que se pretende dar resposta. Por isso se vem afirmando que a utilização

<sup>4</sup> Capdevila, I.; Zarlenga, M. I. *Smart City or Smart Citizens? The Barcelona Case*. p. 1–16, 2015.

<sup>5</sup> ABDALA, Lucas Novelino/SCHREINER, Tatiana/COSTA, Eduardo Moreira da/SANTOS, Neri dos, “Como as cidades inteligentes contribuem para o desenvolvimento de cidades sustentáveis? Uma revisão sistemática de literatura”, in *International Journal of Knowledge Engineering and Management*, v. 3, n. 5, 2014, pp. 98-120.

de TIC no planeamento e na gestão das cidades tem de responder a princípios éticos e jurídicos – de que são exemplo os princípios da *transparência*, da *democracia* e da *inovação responsável*<sup>6</sup>. Este último, em especial, pretende integrar no processo de desenvolvimento e de implementação de inovações tecnológicas, dimensões reflexivas e éticas, das quais se destacam<sup>7</sup>:

- (i) O *pensamento crítico*, ou seja, a necessidade de se manter uma atitude analítica criteriosa quando se pensa a inovação. Refira-se que, para que exista pensamento crítico, é necessário que os processos de inovação não aconteçam de forma excessivamente acelerada; a reflexão (e em particular a reflexão democrática) requer tempo;
- (ii) A *antecipação*, isto é, a necessidade de se tentar prever, na medida do possível, os impactos de novas configurações tecnológicas e processuais antes de as mesmas serem implementadas.
- (iii) A *deliberação*, ou seja, a necessidade de se garantir que o processo de inovar é influenciado por indivíduos e organizações com formações em áreas disciplinares distintas, não deixando de fora os cidadãos e as comunidades que serão por elas afetadas. Embora esta dimensão seja de esperar em contextos democráticos, a verdade é que, com frequência, o processo de inovar é conduzido de forma elitista, não participativa, e essencialmente tecnocrática, dominado frequentemente por interesses do mercado das elites, o que é tipicamente indesejável para o interesse público e deve ser combatido.
- (iv) A *flexibilidade*, isto é, a necessidade de a implementação e gestão de inovações ser feita de forma a dar margem de manobra às autoridades públicas para que estas possam proteger o interesse público quando os acontecimentos não se desenvolvem como esperado e desejado. De notar que a tendência é precisamente a oposta: em processos destinados a captar investimento privado, é o sector público que, em detrimento dos seus próprios poderes e benefícios, tende a dar garantias de estabilidade e de investimento lucrativo aos inovadores<sup>8</sup>.

O objetivo final de uma cidade inteligente é, assim, permitir uma melhor gestão e um melhor uso dos recursos públicos disponíveis com menores custos

6 GARNETT, Kathleen/VAN CALSTER, Geert/REINS, Leonie, “Towards an innovation principle: an industry trump or shortening the odds on environmental protection?”, in *Law, Innovation and Technology*, v. 10, n. 1, 2018, pp. 1-14.

7 FERREIRA, António/OLIVEIRA, Fernanda Paula/VON SCHÖNFELD, Kim Carlota, “Planning cities beyond digital colonization? Insights from the periphery”, in *Land Use Policy*, vol. 114, 2022, pp. 1 a 12.

8 A inovação tecnológica – se feita de forma responsável e democrática – tem o potencial de contribuir de forma muito positiva para a promoção tanto do interesse público como da sustentabilidade.

operacionais associados<sup>9</sup>: as cidades inteligentes são aquelas que fazem uso de tecnologias de computação inteligente, com o intuito de proporcionar serviços essenciais para a cidade (designadamente ao nível da educação, da saúde, da administração pública), de forma eficiente e interconectada<sup>10</sup>.

Alguns autores preocupam-se em operacionalizar o conceito, identificando dimensões que servem para avaliar quão inteligente uma cidade é<sup>11</sup>. Fala-se, assim, em:

- (i) *Smart People*: dimensão que mede o desenvolvimento da população através de alguns parâmetros, como a educação, o preço da habitação e o emprego.
- (ii) *Smart Economy*: dimensão que visa avaliar economicamente uma cidade e que nos diz o quão bem preparada ela está, através do recurso a parâmetros como qualidade das empresas instaladas e da sua envolvente para empreendedorismo
- (iii) *Smart Environment*: dimensão que se refere à gestão dos recursos naturais e da proteção ambiental.
- (iv) *Smart Living*: dimensão que engloba questões relacionadas com a qualidade de vida, tais como a saúde, a segurança, a cultura e a habitação.,
- (v) *Smart Mobility* dimensão que diz respeito à acessibilidade local e internacional das cidades e à respetiva rede de tecnologias de informação comunicação que a servem; e

9 ZANELLA, Andrea/BUI, Nicola/CASTELLANI, Angelo/VANGELISTA, Lorenzo/ZORZI, Michele, "Internet of Things for Smart Cities", in *IEEE Internet of Things Journal*, v. 1, n. 1, 2014, pp. 22-32.

10 WASHBURN, Doug/SINDHU, Usman, *et al.*, «Helping CIOs Understand "Smart City" Initiatives: Defining the Smart City, Its Drivers, and the Role of the CIO», *Cambridge, MA: Forrester Research, Inc.* 2010. Por este motivo, o conceito de cidade inteligente encontra-se diretamente relacionado com outros conceitos semelhantes: *intelligent city, information city, wired city, knowledge city, digital city, ubiquitous city*. OLIVEIRA, Fernanda Paula/MENDES, Ireneu de Oliveira/SERRA, Alexandre, "As Cidades como Hubs Territoriais Inteligentes. Evolução, Benchmark e Futuro – o Estudo de Caso de Masdar", *cit.*, pp. 55 e ss. Porém, todos estes conceitos têm em comum o uso das TIC em ambientes urbanos.

11 Selada, C.; Silva, C. *As Cidades Inteligentes na Agenda Europeia: Oportunidades para Portugal*. n. 1, p. 1 a 31, 2020. and as a response to the problems that urban areas are actually facing such as climate change, economic crisis and social exclusion. In order to define strategies and action plans to answer to the opportunities of the smart city market and of the funding programmes of the programming period 2014-2020, local authorities need specialized information and knowledge. With this objective a Smart Cities Index was developed by INTELI, comprising five dimensions of analysis: governance, innovation, sustainability, inclusion, and connectivity. The methodology was applied to 20 of the 25 cities of the RENER Living Lab, a network created as an experimentation space for innovative solutions in the scope of the National Electric Mobility Programme. The development of integrated solutions at the intersection of energy, mobility and communication and information technologies is privileged in the smart cities' European agenda, namely the "Smart Cities and Communities European Innovation Partnership, areas corresponding to Portuguese cities and industry competencies. Moreover, the experimentation of these innovative solutions in real urban conditions with a view to their replication and full deployment in other European and worldwide cities is also a requisite. These projects will be preferentially financed", author: [{"dropping-particle": ""}, {"family": "Selada", "given": "Catarina", "non-dropping-particle": ""}, {"parse-names": false, "suffix": ""}], [{"dropping-particle": ""}, {"family": "Silva", "given": "Carla", "non-dropping-particle": ""}, {"parse-names": false, "suffix": ""}], [{"container-title": "II Conferência de PRU, VII EPLAN e XVIII Workshop APDR: 'Europa 2020: retórica, discursos, política e prática'"}], [{"id": "ITEM-1", "issue": "1", "issued": [{"date-parts": [{"2020"}]}, {"page": "1-31"}, {"title": "As Cidades Inteligentes na Agenda Europeia: Oportunidades para Portugal"}, {"type": "article-journal"}, {"uris": [{"http://www.mendeley.com/documents/?uuiid=6a6a0224-5b87-46d7-85f5-ac30f047cfe"}]}, {"mendeley": {"formattedCitation": "(Selada & Silva, 2020)"}]

(vi) *Smart Governance*, dimensão diretamente relacionada com governos participativos, isto é, com a participação dos cidadãos na vida pública.

Deste modo, as cidades inteligentes são aquelas que se pretendem colocar, através do recurso a *tecnologias digitais*, no polo oposto das cidades altamente poluidoras, consumidoras de energias fósseis, potenciadoras de exclusão social e de pobreza, inseguras e violentas, vulneráveis a desastres naturais, etc.

E são vários os domínios e os projetos onde a utilização das TIC e da inteligência artificial representam um papel fundamental para a implementação de uma cidade inteligente, utilizando a *big data* e a *internet das coisas*, com ganhos e vantagens para os cidadãos:

- Semáforos autónomos e gestão inteligente do tráfego e dos estacionamento urbanos [*mobilidade urbana facilitada*],
- Planeamento autónomo em matéria de distribuição dos usos [*planeamento urbano mais célere*];
- departamentos de gestão urbanística que conseguem analisar e aprovar projetos de operações urbanísticas em poucos segundos após submissão, em vez de múltiplos meses [*redução de burocracia e velocidade e eficiência administrativa*];
- Redes de abastecimento de água que se reparam a si mesmas antes dos canos sofrerem rotura [*manutenção autónoma de sistemas urbanos*];
- Sensores disseminados pela cidade que recolhem informação, designadamente de trânsito e da qualidade do ar, que permitem à Administração visualizar e consultar dados, conceber cenários alternativos e avaliar a sua relação custo-benefício, implementando decisões de forma rápida [*melhor e maior informação para o apoio à decisão*];
- Cidadãos a servirem eles mesmos de sensores, informando através dos seus dispositivos móveis e em tempo real as autoridades responsáveis sobre os problemas que encontram quando e onde os encontram [*participação pública facilitada em tempo real*].

### 3. E A SUSTENTABILIDADE?

Como referimos, uma cidade só será verdadeiramente inteligente se for uma cidade sustentável, isto é, uma cidade que dá cumprimento aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) tal como definidos na Agenda 2030 das Nações

Unidas, de 25 de setembro de 2015, em especial com o objetivo 11: *tornar as cidades e os aglomerados urbanos inclusivos, seguros e resilientes e sustentáveis*.<sup>12</sup>

Este ODS está estritamente associado ao *princípio do desenvolvimento urbano sustentável*, que mais não é do que a aplicação às áreas urbanas do *princípio geral do desenvolvimento sustentável*<sup>13</sup>, princípio que, segundo alguma doutrina, se apresenta como um “*princípio jurídico, orientador de leis e políticas públicas e solução para litígios concretos*”, valendo como um princípio guarda-chuva (estruturante e transversal) que permite dele extrair outros princípios da ação administrativa e, no que aqui interessa, do Governo das cidades<sup>14</sup>.

Quanto aplicado às áreas urbanas, este princípio assume relevo nas várias dimensões que o integram.

Desde logo na sua *dimensão económica*, que visa promover o crescimento económico dos espaços urbanos, garantindo, por exemplo, a fixação nos mesmos de atividades económicas e a criação de emprego.

Assume também relevo na sua *dimensão ambiental*, que coloca o ênfase na resolução de problemas da poluição, da redução de resíduos e da utilização eficiente de recursos naturais nos espaços urbanos.

É, no entanto, na sua *dimensão social* que o princípio do desenvolvimento urbano sustentável assume particular relevo para a prossecução do ODS 11, já que dele decorrem importantes exigências, colocando na ordem do dia um conjunto variado de temáticas que assumem um relevo crescente no governo de na gestão democrática das cidades como a garantia do direito à habitação, a garantia de acesso aos serviços públicos urbanos, o combate à pobreza, a promoção de soluções inclusivas (de grupos desfavorecidos e de minoritários), o combate à violência/promoção da segurança pública, a consideração dos riscos naturais e das mudanças climáticas, a resolução de conflitos entre distintos usos urbanos (turismo/habitação; reabilitação urbana/salvaguarda do património cultural) e

12 E está também em consonância com os compromissos da Agenda Urbana da União Europeia (uma ação conjunta da Comissão Europeia, dos Estados Membros e das Redes Europeias de Cidades), que salienta o potencial e relevância das áreas urbanas enquanto vetores de crescimento económico e de inclusão social, bem como de inovação e criatividade perante desafios emergentes.

13 Foi em 1987 que o conceito de *desenvolvimento sustentável* alcançou uma formulação mais consolidada, quando a Comissão Mundial da ONU sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED), presidida por GRO HARLEM BRUNDTLAND e MANSOUR KHALID, apresentou um documento chamado *Our Common Future*, mais conhecido por relatório BRUNDTLAND, documento que, ao contrário dos documentos anteriores, não formulou críticas à sociedade industrial, tendo antes reclamado o crescimento tanto dos países industrializados como dos subdesenvolvidos, ligando a superação da pobreza nestes últimos ao crescimento contínuo dos primeiros. Foi, por isso, bem aceite pela maioria dos países.

Foi neste este relatório que, pela primeira vez, se efetuou uma ligação estrita entre *desenvolvimento sustentável* e *solidariedade intergeracional*, ao definir aquele como o “*que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas próprias necessidades*”.

14 Assim o defende ISABELLA PEARCE MONTEIRO, *Teoria Geral e Princípio do Desenvolvimento Sustentável. Conciliando Desenvolvimento, Ambiente e Justiça*, Tese de Doutoramento em Direito, Ramo de Direito Público, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, policopiado, p. 306.

entre as distintas necessidades dos seus utilizadores (turistas, habitantes, imigrantes), etc.<sup>15</sup>.

A cidade sustentável há de ser, assim, aquela que é gerida de forma a garantir o justo equilíbrio entre o *progresso económico*, a *proteção do ambiente* e a *coesão social*, que se apresentam como exigências decorrentes do princípio do desenvolvimento sustentável e cujo cumprimento permite tornar as *cidades e os aglomerados urbanos inclusivos, seguros e resilientes* e em suma, mais *sustentáveis*.

#### **4. OS DESAFIOS DE TORNAR AS CIDADES INTELIGENTES INCLUSIVAS, SEGURAS, RESILIENTES E SUSTENTÁVEIS**

Voltando às cidades inteligentes, a consideração do princípio da sustentabilidade como princípio orientador da gestão das cidades tem como consequência a conclusão de que não basta que a cidade utilize de tecnologias digitais; é preciso, ainda, que ela seja uma cidade justa, inclusiva, resiliente. Isto é, de todos e para todos; em suma, sustentável.

De todo o modo, e sem prejuízo do que acabamos de referir – de que uma cidade que utiliza tecnologias digitais não é necessariamente uma cidade sustentável e, por isso, uma cidade inteligente –, não é menos certo que uma cidade inteligente, de acordo com o conceito que dela é dado pela literatura, tem de assentar em *tecnologias digitais*.

E a cidade tenderá a ser tão mais inteligente quanto mais consiga incorporar no seu quotidiano um uso intenso tecnologias de captação, processamento e utilização de dados em massa que melhor permitam a sua gestão.

São, porém, vários os desafios que se colocam às cidades inteligentes para poderem ser inclusivas, seguras, resilientes e sustentáveis, concretamente:

- (i) o facto de não ser tanto o setor público, mas predominantemente empresas privadas de alta tecnologia, quem está a receber a informação gerada pelos sensores inseridos nas tecnologias inteligentes contemporâneas (que as armazenam, processam os dados e controlam o comportamento). Apenas uma parcela desta informação é disponibilizada a outras entidades;
- (ii) a perda de privacidade e o risco crescente associado a usos ilegítimos de bases de dados e de sistemas de controlo de comportamentos (o con-

---

<sup>15</sup> Sem prejuízo do que afirmámos no texto, ainda hoje não é evidente para a doutrina quais as várias questões que decorrem da dimensão social da sustentabilidade quando aplicada às políticas urbanas e ao planeamento territorial. Neste sentido, *vide* LYDIA KUMARA (2019). Neste texto os autores fazem uma revisão da literatura, procurando mapear as novas dimensões da sustentabilidade social em políticas de desenvolvimento urbano sustentável.

texto tecnológico pode, por exemplo, exigir, mas também permitir a implementação de mecanismos de controle convencionais dos cidadãos sobre as ferramentas e dados utilizados).

- (iii) a *falta de legislação clara e robusta*: países com leis de cibercrime fracas ou inexistentes são mais propensos a sofrer ataques que podem visar não apenas os governos, mas também os cidadãos.

Um dos principais desafios prende-se com a *cibercidadania* (que obriga a compreender os cidadãos como cidadãos digitais), ou seja, o desafio de *incluir todos os cidadãos*, evitando que abundância de tecnologias, interfaces e aplicativos possam ser apreensíveis apenas pelos mais ágeis digitalmente e não por toda a população. Com efeito, as clivagens digitais são um dos maiores desafios para a cidadania eletrónica e para as cidades inteligentes, não só devido ao *acesso económico à tecnologia*, mas também devido à *dificuldade que muitos grupos geracionais experimentam*, o que lhes dificulta recolha de dados e processos de prestação de serviços (como aconteceu, por exemplo, durante os picos da pandemia).

A *democratização* no acesso às novas tecnologias é, pois, uma exigência continua e o *analfabetismo digital* um fenómeno que imposta superar, por dificultar os processos de coleta de dados e prestação de serviços

Interessa, ainda, fazer com que os vários projetos promotores das múltiplas dimensões das cidades inteligentes, quando implementados, sirvam o interesse público, o que exige que todos – entidades públicas que planeiam e gerem a cidade e os cidadãos – tenham uma visão esclarecida e informada sobre a matéria.

Algumas das exigências e os desafios que as cidades inteligentes e a transição digital têm reclamado dizem respeito ao Direito, e estão focadas na resolução dos problemas relacionados com a segurança cibernética e a privacidade dos cidadãos e consumidores. A resposta a esses desafios (e aos riscos que lhes estão associados) tem sido dificultada pelo facto de o legislador não ter a capacidade de lhes dar uma solução geral e atempada. Efetivamente, para além do Regulamento Geral de Proteção de Dados (essencialmente preocupado com a garantia da reserva da intimidade da vida privada e da confidencialidade das comunicações), existem hoje poucas regras e orientações que tenham sido objeto de forte reflexão e adotadas especificamente e atempadamente para responder aos problemas colocados pelas cidades inteligentes e transição digital.

Mas o Direito tem ainda de ser convocado de modo a, por via dos seus instrumentos reguladores, garantir que a gestão das cidades inteligentes é uma gestão democrática, que dá cumprimento a princípios jurídicos essenciais, como os da transparência, da participação e da colaboração da Administração com os cidadãos, entre outros.

Em suma, a utilização de tecnologias digitais e da inteligência artificial na gestão das cidades deve ser vista como um meio para alcançar um fim (e este é, em última instância, o bem-estar e a qualidade de vida das populações) e não um fim em si mesmo. Deve, pois, evitar-se *planejar a cidade para as tecnologias* em vez de *planejar as cidades para as pessoas*: a utilização de tecnologias digitais, sem prejuízo de todas as suas óbvias vantagens, pode ser contraproducente se o planeamento e a gestão das cidades não forem orientados para objetivos previamente definidos de forma democrática (isto é, com a participação dos cidadãos) pelo poder público. Objetivos esses que, como referimos *supra*, devem estar devidamente integrados e articulados com os ODS das Nações Unidas, com especial relevo para o ODS 11, que aponta para a necessidade de criação de cidades (e comunidades) sustentáveis, inclusivas, seguras, justas e tolerantes.

O que significa que o uso de tecnologias e de inteligência artificial nas cidades não se pode afastar de – antes deve ser enquadrado por – princípios jurídicos e éticos, com especial relevo para os da segurança, da transparência, da obrigação de motivação das decisões tomadas bem como pelo dever de salvaguardar (de não violar) direitos fundamentais tais como a igualdade, a privacidade e a proteção de dados pessoais, e o direito à cidade.

Só assim, como vimos na parte inicial deste texto, as cidades que utilizam tecnologias da informação e comunicação e tecnologias digitais serão verdadeiramente cidades inteligentes.

E, neste quadro, os cidadãos não devem ser vistos apenas como meros beneficiários passivos da utilização de tecnologias digitais inteligentes, devendo, igualmente, participar nas decisões sobre: Que tecnologias utilizar? Que informação recolher? Quem a deve fornecer? Quais os riscos associados a usos ilegítimos de bases de dados e de sistemas de controlo de comportamentos? Que regulação é (ou deve ser) usada na produção dessa informação? etc.

Ou seja, e dito de outro modo, é fundamental que estas decisões sejam influenciadas por indivíduos e organizações com formações técnica, mas não deixando de fora os cidadãos e as comunidades que, em princípio, dela beneficiarão.

E, para o efeito, os cidadãos devem ser constantemente informados (e até receber educação/formação adequada) de modo que possam ter um pensamento crítico e um conhecimento informado que deve sempre presidir a todas as decisões democráticas.

Por isso se tem vindo a reconhecer três componentes-chave para uma cidade inteligente: a tecnologia, os cidadãos e as instituições<sup>16</sup>; para uma cidade ser vista como inteligente deve haver investimento em capital humano e social, concomitantemente com as infraestruturas TIC, de forma a fomentar um crescimento sustentável e a melhorar a qualidade de vida dos seus habitantes<sup>17</sup>.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABDALA, Lucas Novelino/SCHREINER, Tatiana/COSTA, Eduardo Moreira da/SANTOS, Neri dos, “Como as cidades inteligentes contribuem para o desenvolvimento de cidades sustentáveis? Uma revisão sistemática de literatura”, in *International Journal of Knowledge Engineering and Management*, v. 3, n. 5, 2014.
- Capdevila, I.; Zarlenga, M. I. *Smart City or Smart Citizens? The Barcelona Case*. p. 1–16, 2015.
- FERREIRA, António/OLIVEIRA, Fernanda Paula/VON SCHÖNFELD, Kim Carlota, “Planning cities beyond digital colonization? Insights from the periphery”, in *Land Use Policy*, vol. 114, 2022.
- GARNETT, Kathleen/VAN CALSTER, Geert/REINS, Leonie, “Towards an innovation principle: an industry trump or shortening the odds on environmental protection?”, in *Lau, Innovation and Technology*, v. 10, n. 1, 2018
- ISABELLA PEARCE MONTEIRO, , *Teoria Geral e Princípio do Desenvolvimento Sustentável. Conciliando Desenvolvimento, Ambiente e Justiça*, Tese de Doutoramento em Direito, Ramo de Direito
- MENDES, Ireneu de Oliveira/CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro/SERRA, Alexandre Dias Carreiro Santos, “Da Smart Governance às Smart Cities. Reflexões Comparativas sobre o Caminho Trilhado e o Futuro Desejado com Base no Exemplo de duas Cidades Portuguesas”, in *Revista Estudo & Debate*, Editora Univates, v. 28, n. 3, 2021
- OLIVEIRA, Fernanda Paula/MENDES, Ireneu de Oliveira/SERRA, Alexandre, “As Cidades como Hubs Territoriais Inteligentes. Evolução, Benchmark e Futuro – o Estudo de Caso de Masdar”, *cit.*, pp. 55.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula, Cidades Inteligentes, Transição Digital e Gestão Democrática das Cidades, in *Cidades Inteligentes e Direito, Governação Digital e Direitos. Estudos*, Coord. Isabel Celeste Fonseca, 2023, Coimbra, Almedina
- Selada, C.; Silva, C. *As Cidades Inteligentes na Agenda Europeia: Oportunidades para Portugal*. n. 1, p. 1 a 31, 2020. and as a response to the problems that urban areas are actually facing such as climate change, economic crisis and social exclusion. In order to define strategies and action plans to answer to the opportunities of the smart city market and of the funding programmes of the programming period 2014–2020, local authorities need specialized information and knowledge. With this objective a Smart Cities Index was developed by INTELI, comprising five dimensions of analysis: governance, innovation, sustainability, inclusion, and connectivity. The methodology was applied to 20 of the 25 cities of the RENER Living Lab, a network created as an experimentation space for innovative solutions in the scope of the National Electric Mobility Programme. The development of integrated solutions at the intersection of energy, mobility and communication and information technologies is privileged in the smart cities’ European agenda, namely the “Smart Cities and Communities European Innovation Partnership, areas corresponding to Portuguese cities and industry competencies. Moreover, the experimentation of these innovative solutions in real urban conditions with a view to their replication and full deployment in other European and worldwide cities is also a requisite. These projects will be preferentially financed”, author: “[{“dropping-particle”:””, “family”:”Selada”, “given”:”Catarina”, “non-dropping-particle”:””, “parse-names”:false, “suffix”:””}], {“dropping-particle”:””, “family”:”Silva”, “given”:”Carla”, “non-dropping-particle”:””, “parse-names”:false, “suffix”:””}]]”, container-title:”II Conferência de PRU, VII EPLAN e XVIII Workshop APDR: “Europa 2020: retórica, discursos, política e prática””, “i-

16 MENDES, Ireneu de Oliveira/CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro/SERRA, Alexandre Dias Carreiro Santos, “Da Smart Governance às Smart Cities. Reflexões Comparativas sobre o Caminho Trilhado e o Futuro Desejado com Base no Exemplo de duas Cidades Portuguesas”, in *Revista Estudo & Debate*, Editora Univates, v. 28, n. 3, 2021, pp. 181-194.

17 OLIVEIRA, Fernanda Paula, Cidades Inteligentes, Transição Digital e Gestão Democrática das Cidades, in *Cidades Inteligentes e Direito, Governação Digital e Direitos. Estudos*, Coord. Isabel Celeste Fonseca, 2023, Coimbra, Almedina, p. 66-67.

d": "ITEM-1", "issue": "1", "issued": {"date-parts": [{"2020"}]}, "page": "1-31", "title": "As Cidades Inteligentes na Agenda Europeia: Oportunidades para Portugal", "type": "article-journal", "uris": [{"http://www.mendeley.com/documents/?uuid=6a6a0224-5b87-46d7-85f5-ae30f3047cfe"}]}, "mendeley": {"formattedCitation": "(Selada & Silva, 2020)"}

WASHBURN, Doug/SINDHU, Usman, *et al.*, «Helping CIOs Understand “Smart City” Initiatives: Defining the Smart City, Its Drivers, and the Role of the CIO», *Cambridge, MA: Forrester Research, Inc.* 2010.

ZANELLA, Andrea/BUI, Nicola/CASTELLANI, Angelo/VANGELISTA, Lorenzo/ZORZI, Michele, “Internet of Things for Smart Cities”, in *IEEE Internet of Things Journal*, v. 1, n. 1, 2014

## CAPÍTULO 4

# JURISPRUDÊNCIA CÍVEL DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PORTUGAL EM MATÉRIA DE DIREITO DO AMBIENTE

ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES

*Juiz Conselheiro Jubilado do Supremo Tribunal de Justiça*

1. Numa sessão sob o tema *Liberdade, Meio Ambiente e Justiça*, integrada no âmbito das comemorações dos 190 anos do Supremo Tribunal de Justiça, faz todo o sentido abordar o modo como vêm sendo resolvidos por este órgão os litígios de natureza ambiental.

O relevo da intervenção dos tribunais nesta área é tanto mais importante quanto se verifica que existe uma grande inércia das autoridades administrativas na resolução de questões ambientais, designadamente quando está em causa a poluição de recursos hídricos ou o exercício de atividades perturbadoras do direito ao descanso, não restando aos interessados outra solução que seguir a via jurisdicional instaurando ações que visam a tutela de direitos ou de interesses juridicamente protegidos.

2. Constatando-se que, com ressalva do Direito à Vida, não existem direitos absolutos, torna-se necessária a compatibilização entre a liberdade individual ou o direito à iniciativa privada e os direitos ou interesses de terceiros, sejam de natureza subjetiva, como os direitos de personalidade, sejam de natureza coletiva.

Tomando por base a nossa Constituição (art. 66º) nela se prevê que o Estado tem o dever de “*defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correto ordenamento do território*”, reconhecendo a todos “*o direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender*”.

Tais aspectos são desenvolvidos pelo direito ordinário, com destaque para a Lei do Ambiente, cujo art. 5º estabelece que “*todos têm direito ao ambiente e à qualidade de vida*”, estipulando o art. 7º para tal efeito que “*a todos é reconhecido o direito à tutela plena e efetiva dos seus direitos e interesses legalmente protegidos em matéria de ambiente*”, incluindo o “*direito de ação para defesa de direitos subjetivos*”.

*e interesses legalmente protegidos assim como para o exercício do direito de ação pública e de ação popular;*

Importante é ainda verificar o que se dispõe no art. 70º do CC sobre a tutela genérica dos direitos de personalidade

3. Acontece, no entanto, que o sistema judiciário português, estruturado em função de duas jurisdições paralelas, apresenta uma repartição de competências entre os tribunais judiciais, em que se integra o Supremo Tribunal de Justiça, e os tribunais administrativos e fiscais em cujo vértice se encontra o Supremo Tribunal Administrativo.

Uma vez que a distribuição das competências é definida essencialmente a partir da perspectiva dos sujeitos implicados, está afastada a intervenção dos tribunais judiciais e, logo, do Supremo Tribunal de Justiça, na resolução de litígios em matéria de Direito do Ambiente que se traduzam na apreciação de atos administrativos relacionados designadamente com o licenciamento de atividades ou com o licenciamento de estruturas que são da responsabilidade do Estado.

É por isso que, com ressalva da matéria que envolve a prática de infrações de natureza criminal ou contraordenacional, na jurisprudência do Supremo revela não se encontram acórdãos que analisem, por exemplo, atos relacionados com estudos de impacto ambiental que precedem a construção em áreas protegidas, a exploração de lítio, a abertura de minas, a construção de barragens ou de parques para a produção de energia eólica ou fotovoltaica, ou a outorga de contratos de concessão de estruturas portuárias ou aeroportuárias.

O mesmo ocorre com ações que visem a responsabilidade civil derivada do incumprimento de normas de Direito do Ambiente por parte do Estado, das autarquias ou de concessionárias de serviços públicos. Designadamente a responsabilidade civil, nestes casos, que possa implicar a reposição da situação anterior ou a compensação pelos danos causados, inscreve-se na jurisdição dos tribunais administrativos, acabando por ser apreciada em última instância pelo Supremo Tribunal Administrativo.

Assim aconteceu, por exemplo, com a situação que foi apreciada no Ac. do STA de 7-3-95 ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), relacionado com o depósito a céu aberto de escórias que continham resíduos tóxicos, metais pesados, nomeadamente cobre, chumbo e cromo, prejudiciais ao ambiente e à saúde pública.

Num outro acórdão do STJ de 9-5-02 ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)) decidiu-se que, pretendendo-se a “impugnação da medida governamental de implementação do processo de co-incineração para tratamento dos lixos tóxicos, estava em causa a conduta do Governo, num exercício dum poder público, sendo competente o STA.

Também no Ac. do STJ de 26-1-06 se concluiu que “a escolha do local para a instalação de um aterro sanitário constitui ato administrativo, apenas podendo ser sindicada em sede de procedimento administrativo e não na jurisdição comum em que se pede a inidoneidade do local para a instalação do aterro”.

4. É verdade que, em termos teóricos, não está afastada a possibilidade de os tribunais judiciais serem chamados a discutir questões puramente ambientais, designadamente através de recurso a ações públicas por iniciativa do Ministério Público, na defesa de interesses coletivos, ou a ações populares.

Ocorre que são raras as iniciativas do Ministério Público nesta área, e raras são também as iniciativas da sociedade civil, malgrado a existência de associações ligadas à proteção do ambiente.

Neste contexto, verifica-se que a esfera de influência dos tribunais judiciais e nomeadamente a do Supremo Tribunal de Justiça acaba por ficar limitada aos casos em que a violação de normas ambientais conflitua com direitos de propriedade ou de personalidade.

5. São inúmeras as situações que envolvem direta ou indiretamente o incumprimento de normas de direito do ambiente ou protetoras da saúde ou da qualidade de vida, especialmente quando está em causa o exercício de atividades industriais cujos efeitos interferem com a esfera de direitos dos particulares.

Os tribunais judiciais e designadamente o Supremo Tribunal de Justiça têm sido chamados a dirimir litígios em que a realização de atividades industriais, extrativas, comerciais ou agropecuária surge em confronto com o direito de propriedade privada ou com direitos de personalidade ligados à qualidade ambiental, à saúde ou à qualidade de vida.

Uma vez que quer um quer outro dos direitos têm proteção constitucional, a resolução dos conflitos de interesses torna-se especialmente difícil nestas situações, convocando a figura da colisão de direitos prevista no art. 335º do Código Civil que implica a concordância ou harmonização prática de direitos.

Se por um lado, se mostra necessário acautelar o direito subjetivo à saúde, ao descanso ou mesmo interesses difusos ligados à proteção da qualidade ambiental ou qualidade de vida, não deve ignorar-se que a vida em sociedade implica necessariamente a erosão de alguns desses direitos e que o exercício de determinadas atividades lucrativas interessa não apenas aos investidores mas também aos respetivos trabalhadores, fornecedores ou clientes.

Nestas circunstâncias, cumpre aos tribunais estabelecer uma distinção que, por exemplo, é bem visível em dois casos que foram apreciados neste Supremo.

No acórdão do STJ de 11-6-02 (*www.dgsi.pt*) em que estava em causa uma atividade poluidora de águas subterrâneas, concluiu-se que “a poluição de águas

que vai para além do natural e socialmente tolerável destrói o equilíbrio entre o homem e o seu meio constituindo, por isso, uma ofensa grave à sua personalidade física e moral, com a consequente obrigação de compensar o mal, que é de natureza não patrimonial”.

Em contraponto, num outro acórdão do STJ de 25-9-03 conclui-se que “os direitos fundamentais não constituem prerrogativas absolutas: obedecendo a determinados limites, são consentidas interferências ou restrições a esses direitos que devem satisfazer três pontos essenciais: serem justificadas pelos objetivos de interesse público a alcançar, serem proporcionais a esses objetivos e não atingirem a substância do direito protegido”.

É também o princípio da proporcionalidade que subjaz ao Ac. do STJ de 14-4-99 no qual se concluiu que “só em casos-limite de grave e intolerável degradação do ambiente e da qualidade de vida, devidamente comprovados, e sem prescindir do sentimento dominante na comunidade social, será de admitir a exercício de providências de carácter preventivo e repressivo com custos sociais exorbitantes”.

**6.** É esta a linha decisória que é comum à generalidade dos casos em que são analisadas questões de natureza ambiental no confronto com direitos subjetivos, prevalecendo sempre a ideia de que os diferendos deverão ser solucionados à luz da figura da colisão de direitos prevista no art. 335º do Código Civil.

No recente Ac. do STJ de 29-11-16 (*www.dgsi.pt*) concluiu-se que:

- Os direitos ao repouso, ao sono e à tranquilidade são emanação dos direitos fundamentais de personalidade, à integridade moral e física, à proteção da saúde e a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado, corolários da dignidade humana.
- Os conflitos entre o direito fundamental de um sujeito e outro direito fundamental ou interesse legalmente protegido de outro sujeito hão de ser solucionados mediante a respetiva ponderação e harmonização, em concreto, à luz do princípio da proporcionalidade, evitando o sacrifício total de um em relação ao outro e realizando, se necessário, uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual.

No mesmo sentido o Ac. do STJ de 6-9-11:

“A efetivação do direito ao ambiente passa necessariamente pela ponderação de inúmeras vertentes que podem conflitar entre si e que, por isso, têm de ser hierarquizadas segundo juízos de razoabilidade, dado que, no plano do direito ao ambiente, a valorização ou conservação da paisagem não é o único valor a pesar, visto que muitos outros interferem com ele, como, por exemplo, o equi-

líbrio ecológico, o aproveitamento dos recursos naturais ou o desenvolvimento sócio-económico”.

Semelhante juízo foi adotado no Ac. do STJ de 3-12-15:

“A qualidade de vida, na vertente de relação do homem com a natureza, tem que ser inserida numa teia de relações e não pode ser dimensionada em termos absolutos mas em termos relativos”.

E segundo o mais recente Ac. do STJ de 31-01-23:

“Havendo colisão do direito ao descanso e ao sono e o direito ao exercício de uma atividade comercial, prevalece o que deva considerar-se superior, de modo que não tendo a Ré demonstrado que era possível a redução eficiente do ruído mediante obras de insonorização (que não levou a cabo), se considerou que deveria ser garantido o direito ao descanso, pelo menos entre as 0,00 horas e as 8,00 horas”.

É a figura da colisão de direitos que subjaz ao Ac. do STJ de 26-11-20, onde, a respeito de um conflito numa povoação rural, em torno de uma exploração de animais, se decidiu que:

“Sendo frequentes as colisões entre direitos fundamentais, tais conflitos hão de ser resolvidos mediante a ponderação e harmonização, em concreto, à luz do princípio da proporcionalidade, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros e realizando, se necessário, uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual”.

E num acórdão do STJ de 5-4-18 que eu próprio relatei estava em causa a existência de uma oficina de pintura automóvel num espaço habitacional determinante da emissão de cheiros e fumos poluentes que a colocação de filtros não conseguiu resolver, culminando, nesse caso, com a proibição dessa atividade.

Trata-se de uma solução que também foi adotada no Ac. do STJ de 4-2-20:

“Provando-se que a residência dos Autores é invadida por fumos, fuligens, resíduos e águas residuais, bem como cheiros decorrentes da referida atividade, que não se encontra licenciada, dúvidas não restam que estamos perante um uso anormal do prédio, que determina prejuízo para a fruição de prédio urbano vizinho e interfere nos direitos de personalidade dos Autores à qualidade de vida e a um ambiente saudável, causando a estes danos não patrimoniais que merecem a tutela do direito.

A restrição aos direitos de iniciativa económica e propriedade privada é, assim, necessária, adequada e proporcional à proteção de outros direitos e valores constitucionalmente protegidos - direito à saúde, à integridade física e psíquica, à qualidade de vida e a um ambiente saudável -, tanto mais que, nos juízos de ponderação inerentes à aplicação do princípio da proporcionalidade, não pode

deixar de se entender que os bens jurídicos pessoais prevalecem sobre os bens jurídicos patrimoniais”.

## EM CONCLUSÃO

A anterior resenha jurisprudencial revela uma uniformidade de entendimentos a respeito da compatibilização entre os direitos individuais:

- Princípio geral da prevalência dos direitos de personalidade sobre direitos de natureza patrimonial;
- Necessidade de harmonização prática entre direitos individuais em colisão;
- Limitação ou proibição de atividades que conflituem com direitos de personalidade em função do princípio da proporcionalidade, tendo sempre em atenção tanto os efeitos negativos de determinadas atividades na esfera individual dos interessados como os efeitos decorrentes da cessação ou limitação das atividades.

Assim foi decidido, por exemplo, no Ac. do STJ de 18-10-18:

“Em caso de colisão de direitos, a chave para uma tomada de decisão está no princípio da proporcionalidade, por via dos seus três subprincípios da adequação, da exigibilidade e da justa medida.

Demonstrado que a atividade fabril da Ré provoca vibrações e ruídos constantes, que rapidamente se transferem para a casa de habitação dos autores, fazendo-a vibrar de forma constante, particularmente a cozinha, e que o facto da Ré laborar, ininterruptamente 24 horas por dia e 6 dias por semana, afeta o descanso dos Autores, impedindo-os de dormir convenientemente, causando-lhes *stress* e desgaste psicológico acentuado e provocando-lhes transtornos de memória e cansaço, impõe-se dar prevalência ao direito dos Autores ao repouso, ao sono e à tranquilidade, enquanto emanção dos direitos fundamentais de personalidade, sobre os interesses empresariais da Ré, o que se traduziu na proibição de laboração no período que decorre entre as 22 horas e as 6 horas e ao domingo.

Mais se considerou que, ainda que a restrição tenha implicações de ordem económica para a Ré, seria absolutamente intolerável que os interesses económicos na exploração lucrativa da atividade industrial fossem satisfeitos à custa do total esmagamento dos direitos básicos dos Autores a gozar de um período de total tranquilidade, sossego e qualidade de vida no seu próprio domicílio”.

## *CAPÍTULO 5*

# **LIBERDADE E DIGNIDADE HUMANAS DO ARGUIDO NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE COACÇÃO: O CONTEXTO JURISDICCIONAL CONSTITUCIONAL DE ANGOLA**

MARIA DA CONCEIÇÃO SANGO

*Juiza do Tribunal Constitucional de Angola*

## **INTRODUÇÃO**

A imposição de medidas de coacção, *rectius*, as restritivas da liberdade não são aplicadas sem a inevitável colisão com direitos fundamentais dos cidadãos, sobretudo o direito à liberdade, daí que a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio estruturante da Constituição, deve estar na linha da frente na salvaguarda da posição dos visados.

Num Estado democrático de direito os tribunais estão todos vocacionados a protecção dos direitos fundamentais, pois, a afirmação do ideário segundo o qual um Estado que não reconhece e protege direitos fundamentais, não tem Constituição, o judiciário afigura-se no espaço privilegiado para afirmação, efectivação, e garantia dos direitos inerentes à pessoa humana. A assunção da consciência deste papel pelo judiciário é uma marcha irreversível para o processo de afirmação e concretização progressiva de um Estado Democrático de Direito.

A liberdade, a dignidade dos arguidos são valores constitucionais, cujo respeito e garantia têm substracto constitucional e verdadeiramente expansivo a todos os tribunais.

O estatuto constitucional da liberdade demanda que a sua limitação esteja sujeita aos critérios e cânones compatíveis com a Constituição.

## 1. LIBERDADE, DIGNIDADE HUMANA E AS MEDIDAS DE COACÇÃO

A desigualdade de armas entre o Estado, que está investido de um aparato de força e poder, destinado ao exercício da função de *jus puniendi* e o cidadão que é objecto das contingências da intervenção do Estado requer uma reflexão-ponderação daqueles poderes em face do princípio constitucional da Dignidade da pessoa humana.

O Estado Democrático de Direito, caracterizado pelo primado da Constituição e da lei, orienta-se pelo princípio personalístico da dignidade da pessoa humana como um dos princípios basilares que coloca o homem como eixo central à volta do qual gravita a função e actividade do Estado e tem nele o fim último.

Tal pode ser constatado, invariavelmente, nas várias normas constitucionais, que estão perfeitamente alinhadas com instrumentos internacionais, frise-se o artigo 1.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem que dispõe “Todos os Homens nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

De modo semelhante estabelece o artigo 10.º do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos de 1966 “Toda Pessoa Humana privada da sua liberdade deve ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente a pessoa humana”.

A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos assevera, igualmente, no artigo 5.º que “todo indivíduo tem direito ao respeito à dignidade inerente à pessoa humana (...)”.

O princípio da dignidade da pessoa humana ergue-se não apenas como um fim em si mesmo, mas também como um limite à acção do Estado.

Neste sentido, Manuel Gomes da Silva defende que “a dignidade da pessoa é a dignidade da pessoa concreta, a sua vida real e quotidiana; não é um ser ideal e abstracto, é o homem ou mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irreduzível, insubstituível e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege<sup>1</sup>.”

A dignidade da pessoa humana existe (e deve ser reconhecida) mesmo quando o indivíduo esteja indiciado ou condenado por um facto criminoso.

Contudo, vale ressaltar que a dignidade não é um direito específico, mas sim o repositório de um princípio englobante onde se confluem todos os direitos fundamentais. Parece que a função específica da dignidade da pessoa humana

---

1 DA SILVA, Manuel Gomes. Esboço de Uma Concepção Personalista do Direito, Lisboa 1965 pp 134-135.

é a não instrumentalização das pessoas em nome de outros fins que lhe sejam extrínsecos<sup>2</sup>.

Este princípio visa conferir um estatuto prioritário à pessoa humana em face de fins económicos, sociais, políticos ou de outra natureza.

A função específica do princípio da dignidade humana é fazer-se prevalecer sobre os bens, valores e interesses objectivos, que a constituição protege e garante nas suas diversas disposições.

Vale aqui afirmar que a dignidade da pessoa humana reconhecida no artigo 1.º da Constituição da República de Angola (CRA) desencadeou a construção de um sistema de organização jurídico-democrático de feição antropocentrista, portanto, onde o respeito pela dignidade da pessoa deve aparecer no centro de todas as decisões do Estado (Política, legislativa, jurisdicional, executiva, administrativa).

Assim, a aplicação das medidas de coacção, *máxime*, a prisão preventiva enquanto tributária da Constituição processual penal deve ter como referencial irrevogável a dignidade da pessoa humana.

Solidárias com este ideal, vieram, igualmente, as Constituições da África do Sul, Namíbia, Moçambique, Zimbabwe, República Democrática do Congo detalhar, não deixando a matéria apenas à mercê do direito ordinário, a regulamentação dos direitos do arguido detido ou preso, tais como: o direito de ser informado no momento da detenção, das razões de detenção, de escolher o defensor e consultar um defensor, de ser informado desse direito prontamente, o direito de assistência e patrocínio judiciário, de impugnar a legalidade da prisão em tribunal, o direito a que a detenção seja consistente com a dignidade humana.

A aplicação de uma medida de coacção limitadora do alcance da liberdade do arguido é potencialmente conflituante com a dignidade da pessoa humana, na medida em que a prisão expõe a individualidade perante a comunidade, belisca relações contratuais de trabalho e é perniciosa ao prestígio ou dignidade social do indivíduo.

O controlo jurisdicional das medidas de coacção não deve distanciar-se da dosimetria necessária entre a necessidade da medida de coacção restritiva da liberdade e a tutela da dignidade da pessoa humana.

Um dos princípios fundamentais da CRA e do Estado de Direito é a *liberdade*. Sintomático a esse princípio a Constituição da República de Angola consagra no artigo 57.º que a lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias, nos

---

2 MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2010, p. 644

casos previstos expressamente na CRA, e a restrição deve limitar-se ao necessário a salvaguarda de outros direitos protegidos, igualmente, pela Constituição.

O direito processual penal é considerado por muitos como um sismógrafo da constituição, daí que têm sido constantes os pedidos de intervenção do Tribunal Constitucional para sancionar questões de confluência constitucional, penal e processual penal, de que é exemplo o *habeas corpus*.

## **2. BREVE ENQUADRAMENTO DA PRÁTICA JUDICIÁRIA NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE COACÇÃO EM ANGOLA (1992-2023)**

Sem pretensão de discorrer o percurso histórico das medidas de coacção, de modo exaustivo, gostaríamos, contudo, de tecer algumas considerações a propósito, tendo como ponto de partida a Lei n.º 18-A/92, de 17 de Julho, Lei da Prisão Preventiva em Instrução Preparatória.

Essa lei, a nosso ver, teve o mérito de ter regulado de modo particularmente amplo os critérios e pressupostos para aplicação da prisão preventiva em fase de instrução preparatória.

Porém, peca, por ter instituído um sistema processual de prisão preventiva de feição tendencialmente inquisitória, na medida em que das suas disposições é possível depreender que adoptou o princípio da prisão preventiva, em fase de instrução preparatória, como medida regra que era aplicável sempre que o crime fosse punível com pena de prisão.

Somos a clarificar que o artigo 2.º sob a epígrafe “requisitos da prisão preventiva em instrução preparatória” estabelecia que: 1- a prisão preventiva de qualquer pessoa só é autorizada nas circunstâncias seguintes:

- a) Em flagrante delito, quando a infracção corresponder qualquer pena de prisão;
- b) Fora de flagrante delito, quando houver forte suspeita da prática da infracção pela pessoa a prender e se verificarem os requisitos do artigo 10.º da lei em causa;
- c) Pelo não cumprimento das obrigações a que fica sujeita a liberdade provisória.

Fora de flagrante delito, exigia-se, cumulativamente apenas que o crime fosse doloso e punível com pena de prisão superior a um ano e que houvesse inconveniência de liberdade provisória, nos termos do disposto no n.º1 do artigo 10.º.

O carácter tendencialmente inquisitório, da referida lei, era tão ostensivo que a liberdade do arguido, em fase de instrução preparatória, era qualificada por “liberdade provisória”, sendo de inferir que a manutenção da liberdade do arguido

do era excepcional, ao passo que a prisão, quando houvesse crime punível com pena de prisão era o regime regra.

Acresce que, ainda ao abrigo da mencionada lei, no artigo 3.º, havia a proibição de comunicação do detido com quem quer que fosse, até 5 dias após a detenção.

Paradoxalmente, as soluções existentes na referida lei ordinária e aplicadas na prática colidiam frontalmente com o texto da Lei Constitucional de 1992, nomeadamente o n.º 1 que consagrava o direito a defesa; e o n.º 5 que consagrava o direito a presunção de inocência até o trânsito em julgado da decisão judicial, ambos do artigo do 36.º; o direito do arguido a receber visita, artigo 40.º.

Era evidente o desfasamento que havia entre o regime processual da prisão preventiva recortado no direito ordinário e as limitações, exigências ou garantias processuais do arguido desenhadas na Lei Constitucional à data.

Fruto das ambiguidades que se colocavam entre a Lei 18-A/92, de 17 de Julho, o Código de Processo Penal de 1929 e a Lei Constitucional, a Lei 25/15 de 18 de Setembro revogou a primeira lei e aprovou a Lei das Medidas Cautelares em Processo Penal, introduzindo princípios da necessidade, proporcionalidade, subsidiariedade e adequação, enquanto pressupostos para aplicação das medidas de coacção em processo penal, já há muito firmados na dogmática processual penal.

### **3. CONTEXTUALIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS MEDIDAS DE COACÇÃO**

Tal como defende Germano Marques, as medidas de coacção são meios processuais de limitação da liberdade pessoal, que têm por finalidade acautelar a eficácia do procedimento, tanto quanto ao seu desenvolvimento, como quanto à execução de decisões condenatórias<sup>3</sup>

Em sintonia com o pensamento do ilustre professor a Lei n.º 25/15 de 18 de Setembro, trouxe a ribalta uma sucessão de princípios que deveriam ser observados na aplicação das medidas de coacção, nomeadamente:

- Princípio da legalidade ou tipicidade

Com base neste princípio, que é reflexo do princípio da legalidade criminal, apregoa que só podem ser aplicadas as medidas de coacção vertidas na lei, com o respectivo conteúdo e finalidade de natureza cautelar.

---

3 MARQUES DA SILVA, Germano. Curso de Processo Penal. Vol.II, 4.ª EDICÇÃO, Verbo Editora, 2008.pgs. 285-286.

Na esteira de Jorge Miranda e Rui Medeiros a legalidade é fundamental na preservação da dignidade da pessoa humana, pedra angular do Estado de Direito, em face do exercício ilegítimo e arbitrário do poder punitivo estadual.<sup>4</sup>

- Princípio da adequação

Traduz o entendimento de que as medidas restritivas de direitos, liberdades devem revelar-se como meio adequado ou ajustado a prosseguir a finalidade que com ela se pretende no processo.

- Princípio da Proporcionalidade

Este princípio exige uma ponderação, ou seja, a medida de coacção deve ser proporcional à gravidade da infracção e a sanção previsivelmente aplicável ao arguido em razão do crime que vem indiciado.

- Princípio da Subsidiariedade

É aplicável com particular acuidade as medidas restritivas da liberdade, na esteira do texto constitucional traduz a ideia de que só deve recorrer-se às medidas de coacção privativa da liberdade de forma excepcional, ou seja, enquanto medida de última *ratio*, após a certificação de que nenhuma medida de coacção não privativa da liberdade é suficiente para garantir a satisfação das exigências do processo.

Sucede que, os maiores desafios têm-se colocado na aplicação e concretização dos referidos princípios.

Parece-nos que tal se deve, em certa medida, aos equívocos e pecados conceptionais da lei da prisão preventiva em Instrução Preparatória, Lei 18-A/92, relativamente ao direito à liberdade e dignidade humanas do arguido, que dispunha uma solução quase que dissonante com o direito à presunção de inocência e apregoava a prisão preventiva como medida de coacção regra.

Durante mais de 23 anos, a referida solução legal irradiou-se e impregnou-se de tal sorte na dinâmica do sistema judiciário que a aplicação da prisão preventiva tende a orientar-se, amiúde, pela ideia da gravidade do crime ou da pena aplicável, e em certos casos em função da qualidade do arguido, e não em razão dos axiomas da necessidade, adequação, proporcionalidade e subsidiariedade no caso concreto, trazidos expressamente na Lei 25/15 de 18 de Setembro.

Isto pode ser confirmado nos pedidos de *habeas corpus* decididos pelo Tribunal Constitucional de Angola que têm na sua génese matérias cuja questão

---

<sup>4</sup> MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2010, p. 644.

controvertida são aquelas mesmas, v.g. Acórdãos do TC: 612/2020; 620/2020; 648/2020; 696/2021; 713/2021.

A este propósito, é bastante actual o que asseverou Michel Foucault “*A ignorância das causas e da constituição originária do direito, da equidade, da lei e da justiça faz com que as pessoas transformem o costume e o exemplo na regra das suas acções (...)*”<sup>5</sup>.

O regime recortado, na vetusta lei, abriu um precedente de cultura processual penal de aplicação quase que indiscriminada das medidas de coacção privativas de liberdade, em quase todos os arguidos, cultura esta que ainda encontra alguma reminiscência na prática judiciária processual actual.

Curiosamente, a Lei 25/15, de 18 de Setembro surgiu, igualmente, com algumas deficiências de parto, sobretudo no que às medidas restritivas de liberdade diz respeito, designadamente, a atribuição de competências ao Ministério Público para, em fase de instrução, aplicar medidas cautelares restritivas de liberdade, n.º 1 do artigo 3.º; a imprecisão legal da situação carcerária em que deveria se encontrar o arguido após condenação em primeira instância, e haja interposto recurso e os prazos de prisão preventiva se achassem esgotados.

A par de algumas insuficiências intrínsecas da lei, a própria prática judiciária não acompanhou de todo a evolução do pensamento legislativo, ancorado no valor constitucional da presunção de inocência e dignidade humana do arguido detido, e foram sendo aplicadas muitas medidas de coacção privativas da liberdade, de justificação duvidosa.

Muitas das medidas que eram aplicadas, além de terem sido suportadas em fundamentação abstracta, tinham como farol da sua determinação o crime e a pena aplicável. Os juízos da necessidade, adequação, proporcionalidade e precariedade só raras as vezes são concretizados nas decisões que impõem restrições à liberdade.

#### **4. A INTERVENÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Por força do recurso extraordinário de inconstitucionalidade, previsto no artigo 49.º da Lei do Processo Constitucional, os cidadãos têm franqueado a porta deste tribunal, para solicitar a sindicância de decisões judiciais que determinam medidas restritivas de liberdade, reputadas inconstitucionais, enquanto mecanismo que visa a efectivação dos direitos fundamentais e, naturalmente, da dignidade da pessoa humana.

---

5 FOUCAULT, Michel. Alternativas À Prisão. Editora Vozes 2022.p. 107

Nesta esteira, o Tribunal Constitucional tem apreciado e decidido muitos recursos de decisões cuja discussão jurídica assenta essencialmente nas seguintes matrizes: prazo de prisão preventiva, pressupostos da prisão, e situação carcerária do arguido após condenação em primeira instância, estando pendente recurso.

Neste quesito podemos citar alguns acórdãos da jurisdição Constitucional, em que o Tribunal foi requerido a apreciar a constitucionalidade da manutenção da prisão preventiva do arguido condenado em primeira instância, sem o trânsito em julgado, quando já se encontravam esgotados os prazos da prisão preventiva, e muitas das decisões pugnaram por um sentido constitucionalmente duvidoso, deixando desamparado a presunção de inocência e, por conseguinte, a liberdade e dignidade humanas. 603/19; 612/2020.

#### 4.1. O CASO PRÁTICO

À título de exemplo relatamos uma situação real referente a um expediente de *habeas corpus*, em que se discutiu precisamente a situação processual em que a arguida deveria estar após a condenação em primeira instância, sem que houvesse trânsito em julgado da sentença, e encontrava-se presa preventivamente para além do prazo.

Trata-se de N'simba Londa (nome fictício), foi apelante no Processo cujo Recurso correu trâmites na Câmara Criminal do Tribunal Supremo.

Solicitou Providência de *habeas corpus* nos termos do nº 1 do artigo 68º da Constituição e do artigo 315º e seguintes do Código de Processo Penal, com fundamentos nos seguintes factos:

1. Encontrava-se há dezanove (19) meses em prisão preventiva, ou seja, 1 (um) ano e 7 (sete) meses;
2. Havia sido condenada a uma pena de 14 anos de prisão maior, tendo, na ocasião, interposto recurso de apelação com efeito suspensivo, o que fez com que os prazos de prisão preventiva chegassem aos 20 meses de prisão preventiva, quando a lei previa o limite de 12 meses, com eventual prorrogação de mais 2 meses.

O Tribunal Supremo, por seu turno, na apreciação do pedido de *habeas corpus* frisou que “*nos termos da alínea c) do nº1 do artigo. 40º, da Lei nº 25/15 de 18 de Setembro, a prisão preventiva deveria cessar quando desde o seu início tivessem decorrido 12 meses sem condenação em 1.ª instância.*”

*Porém, porque resultava dos autos que a Recorrente embora estivesse presa há mais de 20 meses e já tivesse sido julgada e condenada em 1.ª instância e o respectivo processo corria trâmites, em recurso, no TS, deveria a providência ser indeferida por falta de fundamento legal”.*

A Requerente inconformada recorreu daquele acórdão ao Tribunal Constitucional aduzindo que a decisão recorrida não tinha amparo constitucional, por confirmar uma espécie de prisão preventiva atípica.

Os fundamentos de indeferimento do *habeas corpus* apresentados pelo Tribunal *ad quem*, trouxeram à ribalta a imprecisão que se colocava em sede da Lei nº 25/15, de 18 de Setembro, relativamente ao prazo da prisão preventiva após o julgamento em primeira instância, não transitado em julgado, atento ao disposto na alínea c) do nº1 do artigo 40.º da Lei nº 25/15, de 18 de Setembro, Lei das Medidas Cautelares em Processo Penal, que era omissa quanto ao prazo de prisão preventiva, depois do julgamento em primeira instância.

Por força do efeito suspensivo do recurso, a requerente não deveria manter-se sob prisão preventiva, estando, à data, além dos prazos estabelecidos na lei, o que configurava uma prisão ilegal, sendo assim, uma ofensa ilegítima do seu direito a liberdade.

A supracitada lei estabelecia que “findo o prazo de prisão preventiva, o arguido era imediatamente restituído à liberdade, a menos que devesse continuar preventivamente preso em virtude de outro processo...”, esta disposição abonava os fundamentos para que a requerente tivesse sido posta em liberdade.

Adicionalmente, o nº 1 do artigo 66.º da Constituição dispõe que “não pode haver penas, nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida”. A omissão ou imprecisão que se verificava era claramente resolvida pela CRA, nos termos do disposto referido.

Em homenagem ao princípio *in dubio pro reo* corolário do princípio da presunção de inocência, consagrado no nº2 do artigo 67º da CRA, era imperiosa a substituição da medida de coação aplicada à requerente, porque já se encontrava em excesso de prisão preventiva.

Com os sobreditos fundamentos de facto e de direito a providência foi julgada procedente e a prisão preventiva foi declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional.

Em virtude da omissão legal que se verificava na mencionada lei. Após condenação em primeira instância, mesmo interpondo recurso, esgotado ou não o prazo de prisão preventiva, os arguidos permaneciam presos a aguardar a decisão do recurso, pois, o argumento usado era que a lei ordinária apenas impunha a cessação da prisão preventiva se, decorridos 12 meses sem condenação em primeira instância.

Esta questão, embora tenha sido formalmente ultrapassada pelo novo Código de Processo Penal Angolano (CPPA), levanta sempre uma questão que nos

parece actual, a consciência dos operadores judiciais em relação a supremacia principiológica da dignidade humana, do direito à liberdade do arguido e mais do que isso, da dificuldade em aplicar directamente a constituição processual penal aos casos concretos, em hipóteses de omissão legal, ou de soluções legais com elas colidentes.

## CONCLUSÕES

Em conclusão, vale ressaltar de forma objectiva que a valoração da dignidade humana e liberdade do arguido na decisão de aplicação ou manutenção da privação da liberdade, muitas vezes tem trilhado atalhos distanciados de uma jurisdição verdadeiramente constitucionalizada.

Disso decorre que, as tensões dialéticas, e até muitas vezes dilemáticas, a que são colocados os operadores judiciais entre privação da liberdade- liberdade, face ao andamento do processo, não devem jamais suspender o juízo constitucional na ponderação, de modo que, os direitos fundamentais do arguido não fiquem desproporcionalmente prejudicados.

Assim, os Tribunais e os demais órgãos de justiça são parte co-responsável do processo de elevação qualitativa da concretização dos direitos fundamentais das pessoas, máxime, arguidos e as decisões devem reflectir esta mesma evolução.

## BIBLIOGRAFIA

DA SILVA, Manuel Gomes. *Esboço de Uma Concepção Personalista do Direito*, Lisboa 1965

FOUCAULT, Michel. *Alternativas À Prisão*. Editora Vozes 2022.

MARQUES DA SILVA, Germano. Curso de Processo Penal. Vol.II, 4.<sup>a</sup> EDICÇÃO, Verbo Editora, 2008.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.<sup>o</sup> edição, Coimbra Editora, 2010.

### LEGISLAÇÃO PRINCIPAL CONSULTADA

Constituição da República de Angola

Lei Constitucional de 1992

Código de Processo Penal de 1929

Código de Processo Penal Angolano

Lei n.º18-A/92, de 17 de Julho, Lei da Prisão Preventiva em Instrução Preparatória.

Lei n.º 25/15, de 18 de Setembro, Lei das Medidas Cautelares em Processo Penal.

## CAPÍTULO 6

# LIBERDADE, MEIO AMBIENTE E JUSTIÇA: VISÃO EMPRESARIAL

NELMA FERNANDES

*Licenciada em Gestão Empresarial e tenho um mestrado em  
Gestão de Impacto e sustentabilidade.  
Presidente da Confederação Empresarial da Comunidade dos  
Países de Língua Portuguesa - CPLP*

As minhas primeiras palavras vão de agradecimento ao Dr. Faria de Oliveira, pelo amável convite que me estendeu para participar num momento tão singular e de grande importância como a comemoração dos 190 anos do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, que prontamente aceitei e que muito me honra.

Parabenizo igualmente o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Sr. Juiz Henrique Araújo, pelo seu enorme percurso profissional, bem como os seus destintos convidados nesta comemoração, Presidente do Supremo Tribunal de Justiça de Cabo-Verde, Sr. Juiz Benfeito Mosso Ramos, Presidente do Tribunal de Recursos de Timor-Leste Sr. Juiz Diolindo dos Santos e Juiz Conselheiro do Tribunal Supremo de Moçambique Sr. Juiz José Norberto Carrilho.

Liberdade, Meio Ambiente e Justiça, constituem necessidades e direitos basilares para todos os seres humanos.

Não sendo da área jurídica a minha visão é de cidadã da comunidade CPLP, com o chapéu empresarial.

A visão atual sobre o tema da liberdade, meio ambiente e justiça é complexa e multifacetada. Envolve uma série de perspetivas e abordagens. Neste texto podemos explorar algumas das principais questões e debates relacionados, tentando compreender as interações entre eles e as possíveis soluções para os desafios que o próprio tema nos traz.

Para cada uma delas podemos explorar diferentes perspetivas.

### **Liberdade**

- Definição de liberdade e suas diferentes conceções quer seja, liberdade individual, liberdade política, liberdade económica.
- Relação entre liberdade e direitos humanos.

- Limites da liberdade em relação ao meio ambiente e à justiça.

### **Meio Ambiente**

- Descrição dos principais problemas ambientais enfrentados atualmente, mudanças climáticas, desmatamento, poluição.
- Impactos desses problemas na sociedade e no planeta.
- Importância da preservação do meio ambiente para a liberdade e a justiça.

### **Justiça**

- Definição de justiça e suas diferentes abordagens, justiça distributiva, justiça social, justiça ambiental.
- Relação entre justiça e igualdade
- Papel da justiça na proteção do meio ambiente e na promoção da liberdade

### **Interseções entre liberdade, meio ambiente e justiça**

- Análise das interações entre esses três temas
- Exemplos de conflitos e dilemas que surgem nessa interseção ex: direitos individuais vs. proteção ambiental.
- Necessidade de abordagens integradas e holísticas para lidar com essas questões.

### **Soluções e perspectivas futuras**

- Apresentação de possíveis soluções para conciliar liberdade, meio ambiente e justiça.
- Importância da cooperação internacional na comunidade CPLP e da governança global.
- Papel dos indivíduos, empresas e governos na promoção desses valores.

### **Conclusão**

- Recapitulação dos principais pontos discutidos.
- Chamado à ação para promover a liberdade, o meio ambiente e a justiça.
- Reflexão sobre o futuro desses temas e os desafios que ainda precisam ser enfrentados.

O meu pequeno contributo oferece apenas uma visão geral e superficial sobre o tema da liberdade, meio ambiente e justiça, com muito mais a ser explorado. Pretendo apenas estimular o debate e a reflexão sobre elas.

A liberdade, o meio ambiente e a justiça são temas intrinsecamente ligados e de extrema importância na sociedade contemporânea. Cada um desses temas possui suas próprias complexidades e desafios, mas juntos eles formam uma tríade essencial para a construção de um mundo mais justo e sustentável.

A liberdade é um valor fundamental para a dignidade humana. Ela engloba a capacidade de agir e tomar decisões de forma autônoma, sem coerção ou opressão. A liberdade individual é protegida pelos direitos humanos universais, que garantem a igualdade de oportunidades e a não discriminação. No entanto, a liberdade individual também tem seus limites. A liberdade de uma pessoa não deve prejudicar a liberdade de outras, e é necessário encontrar um equilíbrio entre o limite da liberdade individual e o bem-estar coletivo.

O meio ambiente é o nosso lar, o sistema complexo e interconectado que sustenta a vida na Terra. No entanto, estamos atualmente a enfrentar uma série de problemas ambientais, tais como mudanças climáticas, desmatamento, poluição e perda de biodiversidade. Esses problemas têm impactos diretos na qualidade de vida das pessoas, afetam a nossa saúde, a nossa segurança alimentar e o nosso acesso a recursos naturais. A preservação do meio ambiente é essencial para garantir a liberdade e o bem-estar das nossas gerações presentes e futuras.

A justiça é o princípio que procura garantir a igualdade de oportunidades e a distribuição equitativa de recursos e benefícios na sociedade. A justiça distributiva procura corrigir as desigualdades sociais e econômicas, garante que todos tenham acesso aos recursos necessários para uma vida digna. A justiça social tenta combater a discriminação e a exclusão, promove a igualdade de direitos e oportunidades iguais para todos. A justiça ambiental, por sua vez, tenta garantir que os ônus e benefícios ambientais sejam distribuídos de forma justa, de forma a evitar a concentração de poluição e degradação ambiental em comunidades marginalizadas.

A interseção entre liberdade, meio ambiente e justiça, como disse anteriormente, é complexa e desafiadora. Por um lado, a busca pela liberdade individual não pode ignorar os limites impostos pelo meio ambiente e pela justiça. A liberdade de uma pessoa não deve ser exercida de forma a prejudicar o meio ambiente ou a justiça social. Por outro lado, a proteção do meio ambiente e a promoção da justiça são fundamentais para garantir a liberdade e o bem-estar de todos.

Para conciliar esses temas, é necessário adotar abordagens integradas e holísticas. Envolve a promoção de políticas públicas que levem em consideração os impactos ambientais e sociais de suas ações, bem como a participação ativa da sociedade civil na tomada de decisões. Além disso, é fundamental a promoção da educação e a conscientização sobre a importância da liberdade, do meio ambien-

te e da justiça, incentivar ações individuais e coletivas para a construção de um mundo mais sustentável e justo.

A cooperação internacional e a governança global também desempenham um papel crucial neste processo. Os desafios ambientais e sociais são globais e exigem respostas coordenadas e colaborativas. Através de acordos internacionais e parcerias entre governos, organizações não governamentais e setor privado, é possível promover ações conjuntas para enfrentar os desafios que podem soluções sustentáveis.

De forma isolada vou partilhar o meu contributo para cada um dos temas:

## **LIBERDADE**

A liberdade é um tema atual e de extrema importância nos dias de hoje. Num mundo cada vez mais conectado, onde as informações circulam rapidamente, pelo avanço tecnológico e fronteiras que se tornam mais tênues, a liberdade se torna um valor fundamental para o desenvolvimento humano e para a construção de uma sociedade justa e igualitária.

A liberdade pode ser entendida de diferentes formas e em diferentes contextos. Ela pode ser vista como a capacidade de agir e tomar decisões de forma autônoma, sem interferências externas. Pode ser também a ausência de restrições e opressões, que permite que cada indivíduo, viva de acordo com suas próprias convicções e valores. Além disso, a liberdade também pode ser entendida como garantia de direitos e oportunidades iguais para todos os cidadãos.

No entanto, apesar de ser um valor universalmente reconhecido, a liberdade ainda é um desafio em muitas partes do mundo. Em alguns países, regimes autoritários e ditatoriais restringem as liberdades individuais e coletivas, limitando a liberdade de expressão, de imprensa e de associação. Nestes contextos, a luta pela liberdade torna-se numa batalha diária, onde ativistas e defensores dos direitos humanos arriscam suas vidas em prol de um futuro mais livre e democrático.

Mesmo nos países democráticos, a liberdade não é um direito absoluto. Ela deve ser exercida de forma responsável, respeitando os limites impostos pela convivência na sociedade. A liberdade de expressão, por exemplo, deve ser exercida de forma consciente, evitando a disseminação de discursos de ódio e desinformação. A liberdade individual também deve ser equilibrada com a responsabilidade social, garantindo que as nossas ações não prejudiquem o bem-estar coletivo.

Além disso, a liberdade também está intrinsecamente ligada a outros temas atuais, como a igualdade de gênero, a inclusão social e a proteção do meio ambiente. A luta pela liberdade das mulheres, por exemplo, envolve a garantia de direitos reprodutivos, o combate à violência de gênero e a igualdade salarial. A liberdade dos grupos marginalizados, como as opções de orientação sexual,

envolvem o combate à discriminação e a criação de políticas inclusivas. E a liberdade em relação ao meio ambiente envolve a preservação dos recursos naturais e a busca por um desenvolvimento sustentável.

Nesse sentido, a liberdade não é apenas um direito individual, mas também um compromisso coletivo. Cada um de nós tem a responsabilidade de lutar pela liberdade, seja ela política, social, econômica ou ambiental. Devemos apelar a movimentos sociais, apoiar organizações que defendem os direitos humanos e participar ativamente da vida política da nossa comunidade.

A liberdade é um tema atual e urgente, que exige a nossa atenção e a nossa ação. Ela é essencial para a construção de um mundo mais justo, igualitário e sustentável. Portanto, devemos valorizar e defender a liberdade em todas as suas formas, garantindo que ela seja um direito de todos os seres humanos, independentemente de sua origem, gênero, orientação sexual ou condição social. Só assim poderemos construir um futuro onde a liberdade seja uma realidade para todos.

É de extrema importância percebermos que a manutenção da liberdade coletiva é responsabilidade de todos nós. É nossa responsabilidade intervir com ação firme na sua manutenção

## **MEIO AMBIENTE**

O meio ambiente é um tema igualmente de extrema importância na comunidade dos países de língua portuguesa (CPLP). Composta por nove países, a CPLP abrange uma vasta diversidade de ecossistemas, desde as florestas tropicais da Amazônia no Brasil, até as ilhas paradisíacas de Cabo Verde e São Tomé e Príncipe. No entanto, apesar dessa riqueza natural, a nossa comunidade também enfrenta grandes desafios ambientais que afetam a qualidade de vida das comunidades locais e ameaçam a sustentabilidade dos recursos naturais.

Um dos principais desafios ambientais na CPLP é o desmatamento. A Amazônia, por exemplo, é uma das maiores florestas tropicais do mundo e desempenha um papel fundamental na regulação do clima global e na conservação da biodiversidade. No entanto, a região tem sido alvo de intensa exploração madeireira, expansão agrícola e mineração ilegal, o que resulta na perda de milhares de hectares de floresta a cada ano. Essa destruição tem impactos diretos na comunidade local, que depende dos recursos naturais para sua subsistência, além de contribuir para as mudanças climáticas globais.

Outro desafio ambiental na CPLP é a gestão inadequada dos recursos hídricos. A região enfrenta problemas de escassez de água em algumas áreas, enquanto outras sofrem com inundações e enchentes. A falta de acesso à água potável e saneamento básico adequado afeta diretamente a saúde e o bem-estar das comunidades locais, além de comprometer a produção agrícola e a segurança

alimentar. Além disso, a poluição dos rios e mares também é um problema grave, causado principalmente pelo despejo de resíduos industriais e domésticos sem tratamento adequado. Muitas vezes provenientes de países mais desenvolvidos.

A perda de biodiversidade também é uma preocupação na CPLP. A nossa comunidade abriga uma grande variedade de espécies animais e vegetais, muitas delas endêmicas e ameaçadas de extinção. A destruição dos habitats naturais, a caça ilegal e o tráfico de animais são algumas das principais ameaças à biodiversidade na região. Além disso, a introdução de espécies exóticas invasoras também representa um risco para os ecossistemas locais, afetando negativamente a fauna e a flora nativas.

Perante estes desafios, torna-se fundamental que nos países da CPLP adotemos políticas e medidas efetivas para a proteção e conservação do meio ambiente. O que inclui a implementação de leis ambientais mais rigorosas, a necessidade óbvia de apoiar as instituições responsáveis pela gestão ambiental e estabelecer parcerias internacionais para o intercâmbio de conhecimentos e experiências.

Além disso, é importante promover a conscientização ambiental e a educação ambiental nas comunidades locais, nas escolas. Isso pode ser feito por meio de campanhas de sensibilização, programas de educação ambiental nas escolas e ações de mobilização comunitária. É fundamental que as pessoas compreendam a importância do meio ambiente para sua própria qualidade de vida e para as gerações futuras, e se sintam motivadas e responsabilizadas a adotar práticas mais sustentáveis no seu dia a dia.

A cooperação entre os países da CPLP também é essencial para enfrentar os desafios ambientais comuns. É importante que os países compartilhem informações, experiências e melhores práticas, além de promoverem ações conjuntas para a conservação dos recursos naturais e a mitigação das mudanças climáticas. A criação de uma rede de proteção ambiental na CPLP, com a participação de governos, organizações não governamentais e comunidades locais, pode ser uma estratégia eficaz para promover a sustentabilidade ambiental na região.

No geral, o meio ambiente é um tema de extrema importância na comunidade CPLP. Enfrentamos desafios ambientais significativos, que afetam diretamente a qualidade de vida das comunidades locais e a sustentabilidade dos recursos naturais. No entanto, com a adoção de políticas e medidas efetivas, a conscientização ambiental e a cooperação entre os países, é possível promover a proteção e conservação do meio ambiente na CPLP, garantindo um futuro mais sustentável para todos nós e igualmente para as gerações futuras.

## JUSTIÇA

A justiça é um princípio fundamental para o funcionamento de qualquer sociedade. Ela garante que todos os indivíduos sejam tratados de forma igualitária e que seus direitos sejam respeitados. No entanto, a justiça não é um conceito estático e universalmente aceite. Ela pode variar de acordo com as diferentes culturas, tradições e sistemas legais de cada país.

A justiça global é um tema de extrema importância nos dias de hoje. Em um mundo cada vez mais interconectado, onde as fronteiras se tornam mais tênues e as relações internacionais se intensificam, é fundamental que haja um sistema de justiça global que garanta a igualdade de direitos e oportunidades para todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, origem étnica, gênero ou condição social.

No entanto, a justiça global ainda é um desafio em muitas partes do mundo. Em alguns países, regimes autoritários e ditatoriais violam os direitos humanos e reprimem a liberdade de expressão, de imprensa e de associação. Nestes contextos, a luta pela justiça torna-se numa batalha diária, onde ativistas e defensores dos direitos humanos arriscam as suas vidas em busca de um futuro mais justo e igualitário.

Além disso, a justiça global também está intrinsecamente ligada a outros temas atuais, como a igualdade de gênero, a inclusão social e a proteção do meio ambiente. A luta pela justiça das mulheres, por exemplo, envolve a garantia de direitos reprodutivos, o combate à violência de gênero e a igualdade salarial, por exemplo.

Na nossa comunidade dos países de língua portuguesa (CPLP), a justiça também é um tema de extrema importância. Partilhamos uma história e uma língua comum. No entanto, cada país tem seu próprio sistema legal e enfrenta desafios específicos em relação à justiça.

Em alguns países da CPLP, a justiça é marcada pela corrupção, pela impunidade e pela falta de acesso à justiça para as camadas mais vulneráveis da população. A morosidade dos processos judiciais, a falta de recursos e a falta de transparência são alguns dos principais obstáculos para a efetivação da justiça nesses países.

No entanto, a CPLP também tem desenvolvido um trabalho para promover a justiça e fortalecer o Estado de Direito em seus países membros. Através de iniciativas como a criação de tribunais internacionais, a cooperação jurídica e a troca de informações, a CPLP tem tentado fortalecer os sistemas judiciais e promover a igualdade de acesso à justiça em toda a comunidade.

Além disso, a CPLP também tem se evoluído relativamente a questões de justiça social e direitos humanos. Através de programas de combate à pobreza, promoção da igualdade de gênero e proteção dos direitos das crianças, a CPLP tem procurado garantir que todos os indivíduos tenham acesso a uma justiça equitativa e inclusiva.

No entanto, apesar dos esforços, ainda há muito a ser feito para promover a justiça de forma global. É fundamental fortalecermos os nossos sistemas judiciais, combater a corrupção e garantir o acesso à justiça para todos os cidadãos. Além disso, é importante que a comunidade internacional apoie esses esforços, através da cooperação jurídica, do intercâmbio de conhecimentos e da promoção dos direitos humanos.

Em suma, a justiça é um princípio fundamental para o funcionamento de qualquer sociedade. Ela garante que todos os indivíduos sejam tratados de forma igualitária e que seus direitos sejam respeitados. A justiça global e na comunidade CPLP é um desafio, mas também uma oportunidade para promover a igualdade, a inclusão e a sustentabilidade em todo o mundo. Devemos nos engajar em movimentos sociais, apoiar organizações que defendem os direitos humanos e participar ativamente da vida política de nossas comunidades para garantir que a justiça seja uma realidade para todos.

Qualquer cidadão deposita a sua total confiança e a sua fé na justiça, e o que espera em troca é que essa fé e confiança se traduza na sua proteção dentro dos seus direitos enquanto ser humano.

## CAPÍTULO 7

# CASOS AMBIENTAIS E PROCESSOS JUDICIAIS EM SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE

MIRIS ROSARIO

*Juíza em São Tomé e Príncipe*

### 1. CONTEXTUALIZAÇÃO

São Tomé e Príncipe é um país insular, localizado na costa oeste do Continente Africano. Ressalta-se que o ligeiro afastamento do continente africano gerou uma diversidade biológica ímpar no país, que alberga ecossistemas diversos, como florestas nubladas, de altitude, de planície, secundárias, “de sombra”, floresta seca, savana e mangues. O país é cortado por diversos rios, lagos e pântanos. Os ecossistemas marinhos e costeiros incluem praias, costões rochosos e recifes coralinos.



**Figura n.º 1 - Retrata a morfologia das duas áreas: montanhas constituídas por áreas totalmente verdes que são bases de uma grande riqueza em termos de flora e fauna e também de recursos hídricos.**

É de tudo salientar que em S. Tomé e Príncipe há 895 espécies de plantas superiores registadas, sendo certo que 134 são endémicas. Frisa-se, ainda, que das 63 espécies de aves, destacamos que 25 são endémicas. No que refere aos répteis, há registo de 16 espécies, dentre as quais sete são endémicas. Dos nove anfíbios contabilizados no país, todas as suas espécies registadas no país são endémicas.

Actualmente, São Tomé e Príncipe encara vários desafios em prol do desenvolvimento sustentável, face a pequena extensão territorial, isolamento insular, susceptibilidade a desastres naturais, etc. Contudo, reconhece-se que o uso sustentável e a conservação da biodiversidade estão profundamente relacionados com o desenvolvimento do país, face ao um alto grau de riqueza de espécies e endemismos, fundamentalmente aves, anfíbios, plantas superiores, morcegos, répteis, borboletas e moluscos. Destaca-se, por exemplo, que das 7 espécies de tartarugas que existem no mundo, 5 ocorrem em STP. Podendo ser avistadas entre Outubro à Março do ano seguinte.

A riqueza da biodiversidade das Ilhas é reconhecida pelo mundo científico, que considera a floresta tropical de São Tomé e Príncipe como a segunda, em termos de prioridade de conservação da avifauna, entre 75 florestas africanas. A flora de São Tomé e Príncipe também é notável; a ilha de S. Tomé tem um género endémico e 87 espécies endémicas; Príncipe tem por sua vez um género endémico e 32 espécies endémicas. Apesar de sua pequena extensão territorial, o país conta com grande diversidade de ecossistemas, particularmente no domínio florestal.

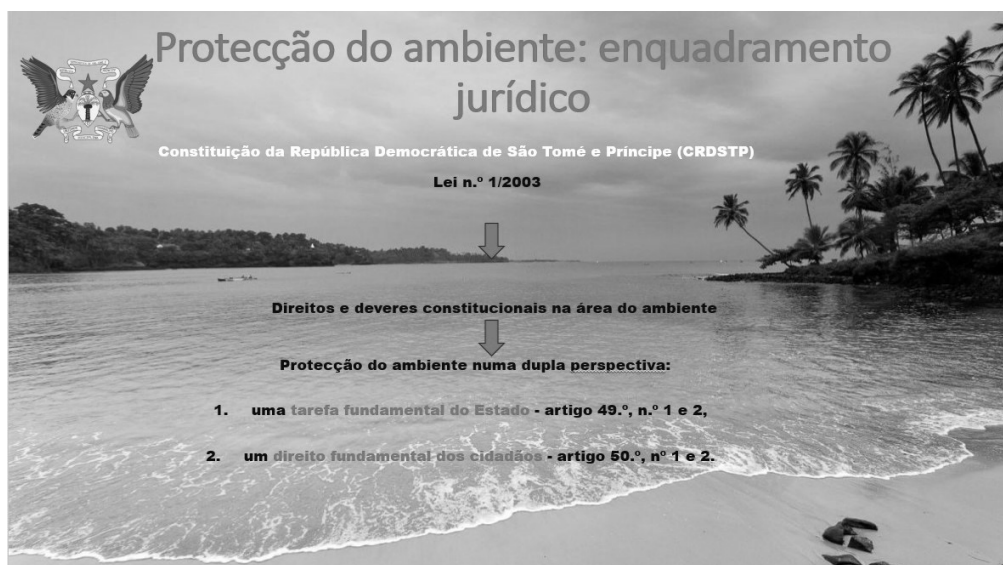


Figura n.º 2 – Biodiversidade: riqueza de espécies e endemismos

## 2. ENQUADRAMENTO JURÍDICO

### 2.1. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DE SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE

A lei n.º 1/2003 consagrou na Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe – CRDSTP - a existência de direitos e deveres constitucionais na área do ambiente, colocando São Tomé e Príncipe em mesmo lugar de destaque no âmbito do direito constitucional comparado, sendo certo que podemos afirmar que nasceu verdadeiramente o direito do ambiente, muito antes desta Suprema Lei, que lhe consagrou uma dignidade constitucional, ao assumi-lo como direito fundamental dos cidadãos.



**Figura n.º 3 – Direito do ambiente como um direito fundamental.**

A Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe assume a protecção do ambiente num duplo conceito:

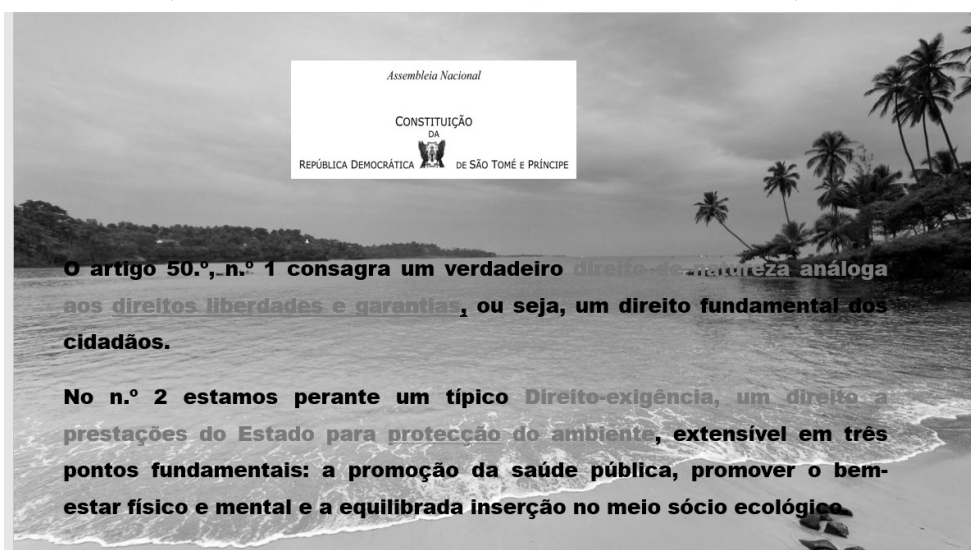
- Primeiramente, como uma tarefa fundamental do Estado de acordo com o artigo 49.º, n.º 1 e 2 da CRDSTP.
- Por outro lado, como um direito fundamental dos cidadãos, nos termos do artigo 50.º, n.º 2. Como direito fundamental, o artigo 50.º, n.º 2 destaca-se pela forma como está integrado na Constituição, pela sua autonomia, distinto de outros direitos, também eles, constitucionalmente protegidos e próximos de um direito positivo a uma acção do Estado para a sua defesa e promoção.

Porém, esta característica social do direito ao ambiente não afasta a sua outra característica, a de um direito subjectivo inalienável pertencente a qualquer pessoa.

Podemos afirmar que o artigo 50.º, n.º 1 CRDSTP consagrou um verdadeiro direito de natureza análoga aos direitos liberdades e garantias, ou seja, um direito fundamental dos cidadãos.

Já no n.º 2, do artigo acima mencionado, frisa-se que estamos perante um típico direito-exigência, um direito a prestações do Estado para protecção do ambiente, desdobrável em três aspectos fundamentais, nomeadamente, a promoção da saúde pública, promover o bem-estar físico e mental e a equilibrada inserção no meio sócio ecológico.

À luz da Constituição, a qualidade do ambiente constitui então um direito individual, um interesse colectivo e um interesse difuso. É, pois, com tal dimensão, um bem jurídico constitucional, consequentemente um bem jurídico-penal.



**Figura n.º 4 – Direito do ambiente como um direito de natureza análoga aos direitos liberdades e garantias.**

### **2.2.1. Lei de Bases do Ambiente - LEI n.º 10/1999**

A Lei de Bases do Ambiente – LBA - adoptou um conceito jurídico de ambiente extensivo, uma vez que no seu artigo 17.º define-o como “conjunto dos sistemas físicos, químicos, biológicos e suas relações factores económico, sociais e culturais com efeito directos ou indirectos, mediato ou imediato, sobre os seres vivos e a qualidade de vida do homem”.

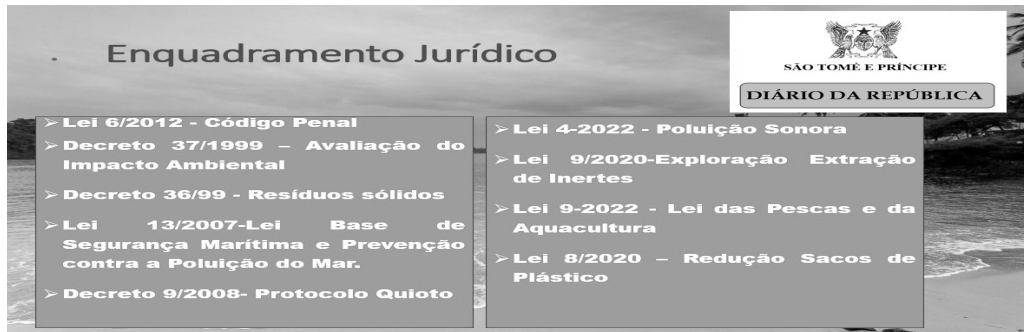
Este diploma legal traduz num verdadeiro instrumento promotor do desenvolvimento sustentável, para São Tomé e Príncipe, com relevância aos princípios que o norteiam e o princípio de assumir a transversalidade como a ferramenta-chave para alcançarmos esse desenvolvimento harmonioso, nas suas várias vertentes, designadamente, ambiental, económica e social.



Figura n.º 5 - Lei de Bases do Ambiente

Trata-se de uma legislação são-tomense que necessitamos de explorar, aplicar e divulgar muito mais, de forma a melhor defesa do ambiente e promover o desenvolvimento sustentável, no âmbito dos objectivos e medidas previstas no artigo 16.º da LBA.

Destaca-se o artigo 63.º sobre epígrafe "Ilícitude", que admite, todavia, a existência dos crimes e transgressões ambientais, remetendo a tipificação dos crimes e transgressões contra o ambiente e a determinação das sanções aplicáveis para a legislação especial. Nesta medida, podemos conjecturar que para além dos crimes previstos e punidos no Código Penal, são, ainda, considerados crimes, as infracções que a legislação complementar viesse a qualificar como tal, de acordo com o disposto neste artigo. No quadro legislativo são-tomense podemos encontrar vários diplomas legais referentes ao direito, protecção e promoção ambiental. Pelo que destacamos, alguns na figura abaixo.



**Figura n.º 6 - Diplomas legais referentes ao direito, protecção e promoção ambiental.**

### **3. CASO AMBIENTAL: CRIMES/DANOS AMBIENTAIS NA ZONA SUL DA ILHA DE SÃO TOMÉ**

#### *3.1. CONTEXTUALIZAÇÃO*

Em 2009 o Estado são-tomense efectivou a concessão de cinco mil hectares de terra à empresa ----- (aproximadamente cerca de 5% da área territorial de São Tomé e Príncipe, sendo certo que a maior cedência territorial foi na ilha de São Tomé, perto de quatro mil hectares e próximo de mil hectares na ilha do Príncipe, para fortalecer a produção e transformação de óleo de palma). Esta empresa era constituída, maioritariamente, por uma sociedade de capital Belga, que na altura detinham a gestão de milhares de hectares de palmar em África e Ásia. Sustentavam o projecto com o objectivo de desenvolver plantações de palmeiras e produzir óleo de palma para consumo interno e exportação. Frisa-se que um outro objectivo deste projecto era contribuir para o desenvolvimento económico do distrito do Caué – Zona Sul da Ilha de São Tomé - e da Região Autónoma de Príncipe. A empresa assumiu o compromisso de investir 40 milhões de euros, no projecto de produção de óleo de palma, e prometeu mais de 1000 postos de empregos.



## Caso Ambiental: Crimes/Danos Ambientais na Zona Sul da Ilha de São Tomé

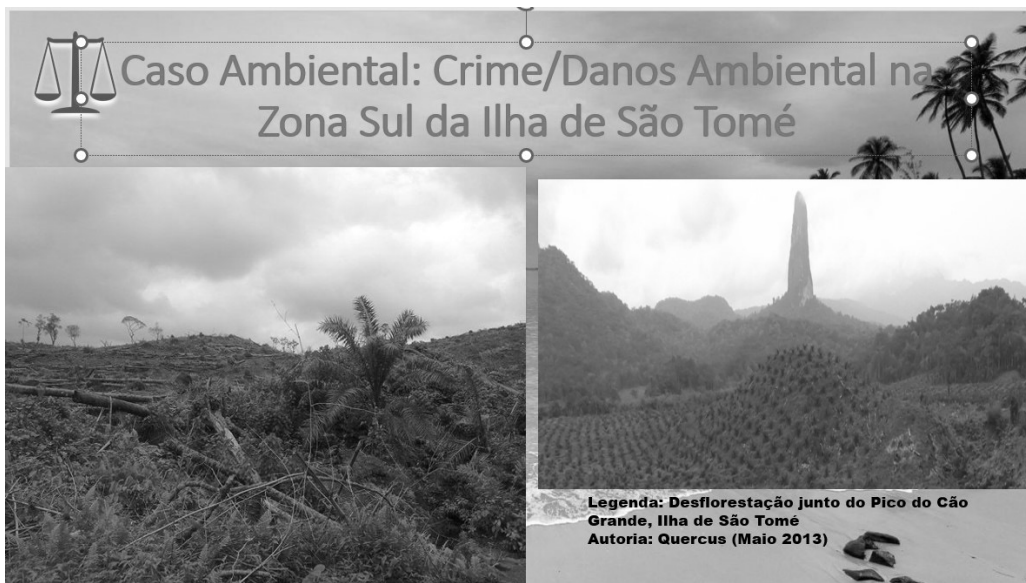
- O Estado são-tomense concedeu à empresa **A**,
- 4 mil hectares de terra na ilha de São Tomé, para desenvolver a produção e transformação de óleo de palma;
- A empresa **A** prometeu:
- Investir 40 milhões de euros, no projecto de produção de óleo de palma, e
- Mais de 1000 postos de empregos.

Figura n.º 7 – Caso ambiental

Esta concessão, inicialmente, previa a inclusão de áreas na roça Sundy, na Ilha de Príncipe (cerca de mil hectares), e no interior do Parque Natural do Obô de São Tomé (cerca de duzentos hectares), mas que foram excluídas do projecto para evitar a desflorestadas pela empresa em causa.

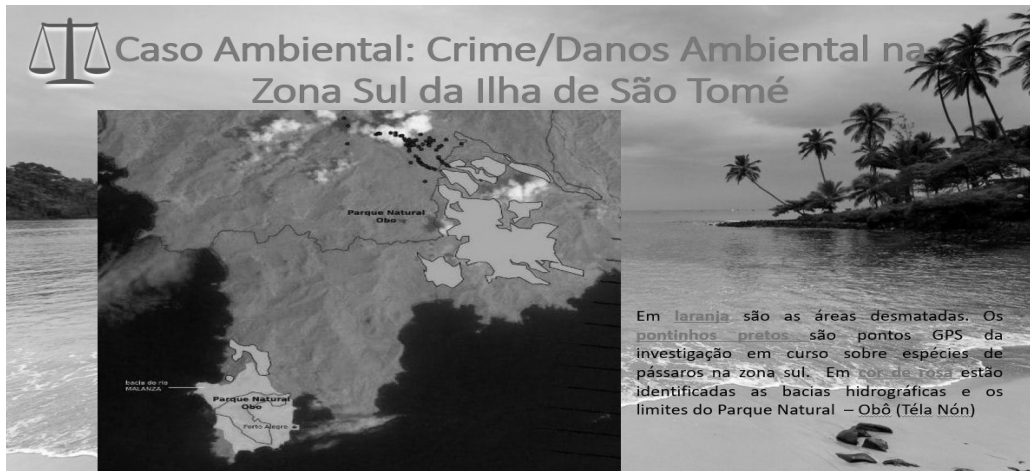
Em 2013, no decorrer das actividades de desflorestação associadas à implementação do palmar ocorreram várias violações legislativas, especialmente, a Lei n. 5/2001 - Lei das Florestas; a Lei de Bases do Ambiente, Lei n.º 10/1999; a Lei da Conservação da Fauna, Flora e das Áreas Protegidas, Lei n.º 11/1999 e o Processo de Avaliação de Impacto Ambiental, Decreto Lei n.º 37/1999.

Houve fortes indícios de que a empresa obstruiu a via pública, impossibilitando o acesso não só às áreas que lhe foram concedidas, mas também a áreas adjacentes; que estava a plantar palmeiras para produção de óleo de palma na região sul da ilha de São Tomé, nas margens do rio Caué, localizado depois da Ribeira Peixe, aonde se registava uma extensa área devastada; que a colina que se encontra próxima do rio Caué foi totalmente devastada, etc.



**Figura n.º 8 – Desflorestação da zona sul**

Nesta ordem de raciocínio, a Sociedade Civil Organizada e um grupo da população são-tomense entregaram junto ao Procurador-geral da República, uma petição do movimento cívico que exigia a suspensão das actividades de desflorestação até que seja provada a conformidade destas com a legislação ambiental são-tomense. Este movimento cívico teve forte apoio internacional, preocupados com os fortes indícios de crime ambiental, que poderiam comprometer a capacidade do Estado são-tomense em proteger o rico património natural da ilha e em cumprir compromissos internacionais, como a Convenção da Diversidade Biológica. Em especial, estava em risco a sobrevivência de espécies endémicas e criticamente ameaçadas, cujos únicos exemplares se encontram no Parque Natural do Obô de São Tomé, em grande proximidade das desflorestações e plantações, em causa.



**Figura n.º 9 – Mapa das áreas desmatadas.**

Sequencialmente, o Ministério Público instaurou a providência cautelar junto ao Tribunal da 1ª Instância da Região Judicial de Água Grande, a suspensão deste projecto na floresta virgem meridional. Este Tribunal, por sua vez, decretou a providência, nos seguintes termos:

«Que a empresa ----- se abstenha de desflorestar nas proximidades do parque natural ôbô de São Tomé, bem como nos morros, nas zonas ribeirinhas e outras que venham a por em causa ou destroem a flora e fauna protegidas».

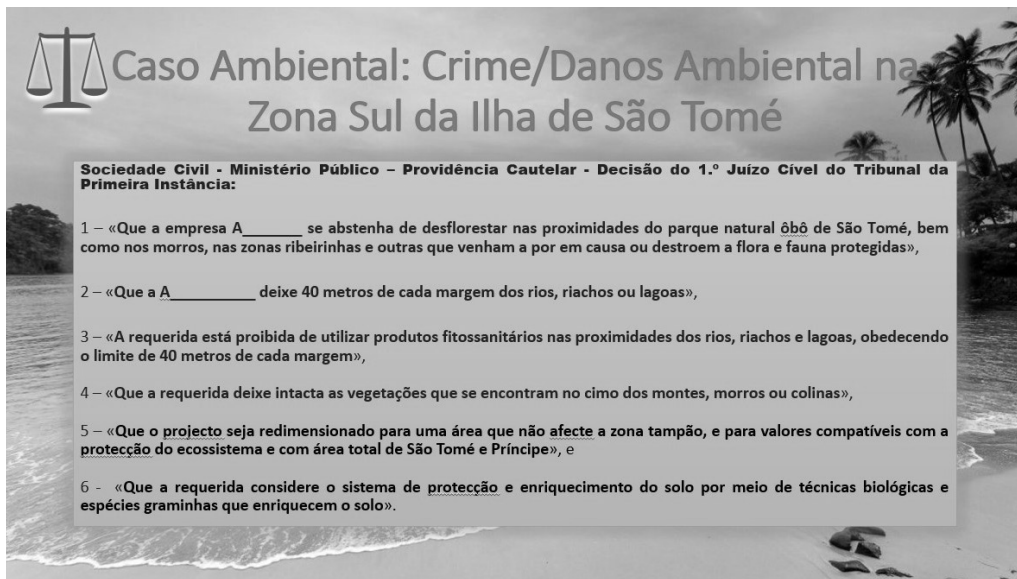
«Que a empresa----- deixe 40 metros de cada margem dos rios, riachos ou lagoas».

«A requerida está proibida de utilizar produtos fitossanitários nas proximidades dos rios, riachos e lagoas, obdecendo o limite de 40 metros de cada margem»;

«Que a requerida deixe intacta as vegetações que se encontram no cimo dos montes, morros ou colinas».

«Que o projecto seja redimensionado para uma área que não afecte a zona tampão, e para valores compatíveis com a protecção do ecossistema e com área total de São Tomé e Príncipe»

«Que a requerida considere o sistema de protecção e enriquecimento do solo por meio de técnicas biológicas e espécies graminhas que enriquecem o solo».



**Figura n.º 10 – Decisão judicial.**

#### **4. CASO AMBIENTAL: PROTECÇÃO AMBIENTAL DA ZONA DE SUNDY, NA ILHA DO PRÍNCIPE**

No âmbito do acordo assinado, em Outubro do ano 2009, na Casa da Cultura, na capital são-tomense, o Estado concedeu à empresa ----- cerca de 1000 hectares de terra na ilha do Príncipe, para desenvolver a produção e transformação de óleo de palma.

Neste caso, não foi preciso uma decisão judicial para impedir a desflorestação de mil hectares para plantio das palmeiras. Isto pelo facto da forte consciencialização ambiental da população da Ilha do Príncipe em prol da protecção do seu património natural, virgem e único. Demonstrando que apesar de ser uma Ilha, pequena, em desenvolvimento, acredita mais no valor para o desenvolvimento sustentável, do que a produção económica do óleo de palma.



**Figura n.º 11 – Caso ambiental, Ilha do Príncipe**

Assim, a população local, com grande apoio do Governo Regional não permitiu a concretização do acordo, não consentindo, assim, a desflorestação de mais de 1000 hectares de terras da zona de Sundy, para produção de óleo de palma, evitando cortes de árvores endémicas e de valor medicinal, que por sua vez sustentam as diversas espécies de aves endémicas.

Actualmente, a Ilha do Príncipe é património mundial da Biosfera, sendo a sua floresta virgem, seu cartaz de visita e sua principal fonte sustentada de receitas, através do turismo ecológico.

## Caso Ambiental: Protecção Ambiental da Zona de Sundy na Ilha do Príncipe

- Príncipe é a primeira reserva mundial da Biosfera pela UNESCO do arquipélago são-tomense, e passou a ser a primeira reserva africana a integrar na rede mundial da biosfera costeira, provando que a relação entre o homem e a natureza é sustentável.
- O território tem uma presença imponente de áreas naturais, com cerca de 50% da superfície da ilha incluída no Parque Natural Obô.

### **Figura n.º 12 - Ilha do Príncipe é património mundial da biosfera**

Príncipe é a primeira reserva mundial da Biosfera pela UNESCO do arquipélago são-tomense, e passou a ser a primeira reserva africana a integrar na rede mundial da biosfera costeira, provado que a relação entre o homem e a natureza é sustentável.

O território tem uma presença imponente de áreas naturais, com cerca de 50% da superfície da ilha incluída no Parque Natural Obô. A Ilha do Príncipe apresenta uma grande biodiversidade quer em termos de ecossistemas, quer termos de endemismos, e constitui como um autêntico património mundial.

São Tomé e Príncipe reconhece, apesar dos grandes desafios, que o uso sustentável e a conservação da sua biodiversidade estão estreitamente relacionados com o seu desenvolvimento.

## CAPÍTULO 8

# A EXIGÊNCIA COMUNITÁRIA DO RISCO AMBIENTAL E O SEU IMPACTO NA LIBERDADE E NA JUSTIÇA

JOÃO MANUEL NUNES LEMOS DE ALBUQUERQUE

*Professor do Curso e Estágio de Formação para Ingresso nas Magistraturas Judicial e do Ministério Público do Centro de Formação Jurídica e Judiciária*

## I - O IMPACTO DO RISCO AMBIENTAL NA LIBERDADE

### 1. A TUTELA DO AMBIENTE NA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA POR CARLA GOMES

#### 1.1. AS DISPOSIÇÕES DA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA SOBRE O AMBIENTE

“A Constituição ao condensar normativamente os valores radicados na consciência jurídica geral da comunidade e ao recortar um esquema organizatório pautado pelas ideias da juridicidade, democracia e socialidade, acredita transformar-se ela própria em reserva de justiça. O Estado de direito democrático-constitucional seria um Estado dotado de qualidades: Estado de direito, Estado constitucional. Estado democrático, Estado social e Estado ambiental. Quanto a esta última qualidade, as constituições mais modernas incorporam normas consagrando o direito ao ambiente ou, pelo menos, o ambiente como tarefa constitucional” (Gomes Canotilho 2003, p. 1304).

Efetivamente, a Constituição Portuguesa (CRP) prescreve, no seu artigo 66.º («ambiente e qualidade de vida»), que «Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender» (n.º 1) e «Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos», desempenhar um conjunto de tarefas, enunciadas no n.º

2. Acresce que, «*Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo*» é uma das «*Tarefas fundamentais do Estado*» (CRP, art. 9.º /d))<sup>1</sup>.

### 1.2. A TUTELA DO AMBIENTE COMO TAREFA DO ESTADO E DEVER FUNDAMENTAL DOS CIDADÃOS

“É indiscutível” que, “como bem coletivo, a tutela do ambiente cabe, em primeira linha, ao poder público” e que “a proteção da integridade dos bens ambientais naturais é uma missão de natureza pública, dada a indispensabilidade da manutenção de um mínimo de qualidade de fruição daqueles para assegurar a existência física dos membros da comunidade. Há um interesse público no desenvolvimento de atuações, jurídicas e materiais, de tutela ambiental, quer por imperativo constitucional, quer por força da integração de Portugal na União Europeia” (C. Gomes 2007, 87).

Mas, se a proteção do ambiente é uma «*tarefa do Estado*», é também um «*dever fundamental*» de todos os cidadãos «*defender o direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado*» (C. Gomes 2007, 101 ss.). E este dever não só não é irreconciliável com o “desenvolvimento da personalidade” e o “princípio da liberdade” como, pelo contrário, é “incindível da aceitação de um conjunto de deveres dos indivíduos para com a coletividade”, na medida em que se trata da “construção de uma sociedade livre, justa e solidária” como “espaço de realização e concretização dessa dignidade” (C. Gomes 2007, 90).

Portanto, “a Constituição reparte entre entidades públicas e privadas” “a magnitude dos efeitos dos riscos tecnológicos e os deveres de protecção de bens jurídicos colectivos a eles sujeitos” e estes “obrigam à activação de um triângulo dialéctico entre políticos, cientistas e populações, no sentido da compreensão e aceitação consciente dos factores de risco. Esse diálogo, a entabular em estruturas formais e informais, deve ter eco junto do órgão mais representativo da vontade popular: o Parlamento” (C. Gomes 2007, 341).

### 1.3. A QUESTÃO DE SABER SE O DIREITO AO AMBIENTE É UM DIREITO FUNDAMENTAL

Se não há dúvida quanto aos *deveres* (do Estado e dos cidadãos), já o mesmo não se pode dizer quanto à questão de saber se o *direito ao ambiente* é um *direito fundamental*. Carla Gomes, após a apreciação crítica das várias teorias sobre o tema (Carla Gomes 2007, 75 ss.), não reconduziu a tutela do ambiente à protecção de direitos fundamentais pessoais ou patrimoniais, e defendeu que o sentido útil do artigo 66.º, n.º 1 da CRP consubstancia a hipótese de que “o direito ao

---

1 Ver também o artigo 225.º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

ambiente” constitui uma “importação linguística do Direito Internacional, carregado de simbolismo e de intenções pedagógicas, mas sem conteúdo jurídico em face da impossibilidade de apropriação - e da consequente inexigibilidade de uma prestação determinável - de bens de natureza coletiva, reduzido a um interesse de facto” (Carla Gomes 2007, 79).

A autora fundamentou a sua conclusão no facto de que “a indeterminabilidade do conteúdo do direito ao ambiente não é conjuntural, mas *estrutural*”. Deste modo, ao contrário do que sucede, por exemplo, com direitos sociais como a habitação, a saúde, a assistência social” - em que “a inexigibilidade das prestações inerentes a estes direitos” é “temporária” e a sua “indeterminabilidade” é “provisória e externamente condicionada” -, o direito ao ambiente é desprovido de conteúdo e “sem conteúdo - ou sem determinabilidade do conteúdo - não há direito” (C. Gomes 2007, p. 85, citando S. Correia 2002, p. 73).

Portanto, “o ‘direito ao ambiente’ não corresponde a qualquer pretensão exigível do Estado, em virtude da sua imprecisão essencial: não é possível, em termos universais (ainda que reportadas a uma mesma realidade socioeconómica, no plano meramente interno), determinar o nível, quantitativo e qualitativo, das componentes ambientais (naturais, sublinhe-se) de que cada indivíduo necessita para viver. A inexigibilidade do “direito ao ambiente” é permanente e intrinsecamente condicionada”.

Da “impossibilidade jurídica (porque física), a rejeição da locução *direito ao ambiente* tem consequências práticas de relevo, não só no plano da definição de uma política ambiental centrada na tutela da realidade natural, como no âmbito da determinação da responsabilidade por dano ecológico. Este reflete-se na amputação de um valor comunitário e a sua reparação pecuniária - caso a restauração natural seja de todo impossível - deve reverter a favor de um fundo de utilização comunitária”, à semelhança do que sucede no Brasil, Todavia, a legislação relativa ao «*Direito de participação procedimental e de ação popular*» (Lei 83/95, de 31 de agosto) não criou ou previu a criação de qualquer fundo dessa natureza.

Carla Gomes adianta ainda que “não pode, por força da natureza das coisas, existir qualquer pretensão de apropriação individual, nem tão pouco proceder-se à fixação de um *quantum* de fruição pessoal - daí a existência de um mero interesse de facto”. Em seu entender, “tal desiderato é suficiente para justificar a intervenção, procedimental e jurisdicional, em defesa da integridade e qualidade daqueles, através da ação popular, mas faltam-lhe densidade e determinabilidade capazes de consolidar a figura de um direito ao ambiente”, pois não está em causa “a natureza de direito das posições jurídicas procedimentais e processuais” (Carla Gomes 2007, 86 e 87). Aliás, “a capacidade de intervenção, procedimental e jurisdicional, em defesa do ambiente, não é suficiente para provar a existência de

um direito, antes acentua a vertente comunitária do bem, dado que a sua salvaguarda pode ser atuada por qualquer pessoa, uma vez provada a lesão ou ameaça de lesão de bens naturais” (Carla Gomes 2007, p. 87, nota 394).

Em conclusão e de acordo com a perspetiva da autora, “não há razão para apelar à qualificação de direitos-deveres (Varela Díaz, Glória Garcia), direitos circulares (Vieira de Andrade), direitos *boomerang* (Casalta Nabais) ou direitos de solidariedade (Karel Vasak, Pérez Luño, C. López Bravo), no que toca ao alegado direito ao ambiente”. Na sua convicção, “pelo menos no que respeita aos casos de aproveitamento de bens de natureza coletiva, o substrato que os textos legais, internacionais e internos, constitucionais e ordinários, identificam não se reconduz a qualquer direito, mas sim a um dever de realização solidária de um objectivo comum, através do cumprimento de imposições normativas de grau e complexidade vários” (Carla Gomes 2007, 98). Deste modo, “a locução ‘direito ao ambiente’, presente no artigo 66º/1 da CRP, é fruto de pura retórica constitucional. Resulta numa fórmula vazia de significado jurídico, embora plena de simbolismo, muito por força da contaminação dos textos internacionais, apostados na sensibilização das populações dos Estados da comunidade internacional para a nova causa mundial pós anos 70 do século XX: a defesa do ambiente”. O aludido preceito constitucional “contribui para a parcela de sonho que qualquer Constituição alberga” (Carla Gomes 2007, 87).

## **2. A TUTELA DO AMBIENTE NA RECONSTRUÇÃO DA TEORIA LIBERAL DE LOCKE POR RICHARD HISKES**

A Constituição dos EUA não possui disposições que, à semelhança das Constituições dos Países de língua portuguesa, se ocupem do *direito ao ambiente* ou das *responsabilidades ambientais*. Tal deve-se ao facto da ideia do meio ambiente ser recente, enquanto aquela é antiga não foi objeto de Emenda nesse sentido. Acresce que os esforços para persuadir os juízes do Supremo Tribunal a encontrar um direito constitucional implícito também não surtiram o efeito desejado.

Em contrapartida, quase todos os Estados federados têm disposições ambientais nas suas constituições, que abrangem uma vasta gama de questões relativas à forma como o ambiente e os recursos naturais devem ser governados (por exemplo, financiamento público, domínio eminente, confiança pública, acesso à água, responsabilidade legislativa). Mas apenas seis Estados declaram o direito a um ambiente de qualidade (Havaí, Illinois, Massachusetts, Montana, Nova York e Pensilvânia).

Num artigo muito recente, *John C. Dernbach* (2023) fornece um exame detalhado do texto constitucional e da jurisprudência em cada um desses Estados e analisa as semelhanças e diferenças entre eles. A sua análise mostra a grande va-

riedade de modos como disposições semelhantes foram interpretadas e aplicadas ao nível estadual. Mostra que, embora quatro destes estados tratem o seu direito a um determinado ambiente de qualidade como judicialmente executável, dois (Illinois e Massachusetts) não o fazem. Entre os Estados, Havai e Montana têm os corpos jurisprudenciais mais bem desenvolvidos. A análise mostra também semelhanças e diferenças na forma como as disposições constitucionais orientam e restringem a autoridade do Estado ao abrigo de leis e regulamentos. Relativamente à questão mais básica, no sentido de saber se os direitos ambientais deveriam ter paridade real com outros direitos constitucionalmente protegidos, os Estados responderam de diversas maneiras.

Concluindo, *Carla Gomes* procedeu à interpretação da expressão «*direito ao ambiente*», constante da CRP, no sentido de que não reveste a natureza de um “*direito fundamental*”<sup>2</sup>, e que a tutela do ambiente é *tarefa do Estado e dever fundamental dos cidadãos*. Vamos ver que *Hiskes*, na ausência da sua referência expressa, na Constituição dos EUA, vai tomar por base a teoria de *Locke*, que está “à montante” da Constituição, e empreende a sua reconstrução “à jusante”, falando em “*direitos humanos ambientais*”, “*direitos humanos emergentes*”, “*justiça ambiental intergeracional*” e tentando fundamentar o *dever dos cidadãos e do Estado*, nas suas *responsabilidades ambientais*.

## 2.1. O DEBATE ENTRE OS COMUNITARISTAS SOBRE LOCKE E O SENTIDO LIBERAL DE COMUNIDADE

Matthew Miyamoto (2026) defende que *John Locke*, conhecido como o “pai do liberalismo clássico”, “influenciou indiscutivelmente o governo dos Estados Unidos mais do que qualquer outro filósofo político na história” e que as suas “teorias políticas”: (i) incluem “os ideais americanos por excelência de um direito à vida, liberdade e propriedade, bem como a noção de que o governo é legitimado através do consentimento dos governados”; (ii) guiaram “os pais fundadores através da criação do governo americano; (iii) formam “a espinha dorsal política sobre a qual esta nação foi fundada”; (iv) constituem “a base dos principais documentos americanos, como a Declaração de Independência, a Constituição e a Declaração de Direitos; e (v) permeiam “os discursos, escritos e as cartas dos pais fundadores”.

“Nenhuma crença é mais central para o impulso liberal na política do que o valor e o poder legitimador do *consentimento*. A liberdade individual começa para os teóricos liberais a partir de *Locke* com o direito de cada pessoa assumir vo-

2 Quanto à qualificação do *direito ao ambiente* e do *direito de propriedade* como *direitos subjetivos* e à *colisão de direitos fundamentais* (G. Canotilho 1995, 83 e 90 ss.).

luntariamente a *obrigação política*. O *consentimento* também é uma característica importante dos riscos tecnológicos e das atitudes das pessoas em relação a eles” (Hiskes 1997, 29). Douglas e Wildavsky (1982, 5) incluem o *consentimento* na própria definição de risco como um “produto conjunto de conhecimento sobre o futuro e consentimento sobre as perspectivas mais desejadas”.

Na teoria de *Locke*, as “obrigações” decorrentes do “*consentimento tácito*” são dominantes e “a *reciprocidade*” baseia-se numa “ideia moral”: a de que “o contrato social como personificação do consentimento” era logicamente necessário para “legitimar a desigualdade”. Assim, a sociedade do contrato social de *Locke* é de facto uma “*comunidade moral* fundada no *consentimento tácito*” (R. Hiskes, 1998, 51). *Locke* compreendeu que “a capacidade dos indivíduos de reconhecer sem tutela as suas responsabilidades morais” era uma das principais razões para “legitimar a sua reivindicação da liberdade”. Isto porque, “a capacidade de reconhecer e agir de acordo com a obrigação moral” é um “atributo natural” dos indivíduos, no “estado de natureza” e dá força às “leis da natureza”, garantindo que “o estado natural seja relativamente pacífico, em vez de enredado no pesadelo anárquico hobbesiano” (R. Hiskes, 1998, 144).

Por outro lado, o facto de “os indivíduos *consentirem tacitamente* com as leis da natureza no estado de natureza” também é a base última de *Locke* para “legitimar o *consentimento tácito* como base para a *obrigação política* no estado liberal”. E, embora a abordagem de *Locke* signifique que “a obrigação política” se dissolve numa espécie de “dever moral” - em última análise, “em detrimento do pleno desenvolvimento da comunidade política” -, é claro, no entanto, que *Locke* aprecia o lugar que o “dever” ocupa dentro da lógica da teoria moral liberal e da política construída sobre ela. Originalmente, como “argumento para a liberdade individual”, o liberalismo fundamentava a política na “capacidade de autonomia moral voluntariamente exercida por todos os indivíduos, independentemente do exercício do poder que os obrigasse a cumprir as suas obrigações (como em Hobbes)”. Esta “capacidade autónoma de exercer a liberdade e reconhecer o dever” é, para *Locke*, a “base da cidadania” (R. Hiskes, 1998, 144-145).

Inspirando-se em *Locke*, o *liberalismo*, provocou uma “revolução” no pensamento político por causa do “conceito de *autonomia* individual”. Dela resultaram: (i) “as ideias de direitos inalienáveis (especialmente o direito à privacidade)”; (ii) “a divisão da vida em esferas públicas e privadas”; (iii) “a ideia de governo limitado; e (iv) “o objetivo primordial da liberdade pessoal”. Por outro lado, “no comportamento dos cidadãos”, a *autonomia* dita duas coisas: (i) “o reconhecimento de certas obrigações morais básicas para com os outros”; e (ii) “a negação da transferência de autonomia para qualquer outra pessoa, especialmente o Estado”. Da primeira, vem “a ideia de responsabilidade moral” e, portanto, “a afirmação liberal de que os indivíduos são capazes de agir moralmente”; a segunda

“nega ao Estado o direito de coerção em questões morais e a qualquer pessoa que não seja o agente moral individual” (R. Hiskes, 1998, 52).

Mas, *Locke* e o liberalismo têm sido criticados, desde a sua origem, visto que, “na melhor das hipóteses”, revelam “ambivalência” e, na pior, “antagonismo” para com o “ideal de comunidade” (R. Hiskes, 1998, 51). Nas décadas de 1970/80, teve mesmo lugar um debate nos EUA entre *liberais* (direitos sem responsabilidades), *comunitaristas radicais* (responsabilidades sem direitos) e *comunitaristas moderados* (direitos e responsabilidades)<sup>3</sup>. “Os comunitários clássicos/radicais argumentam que a comunidade é moralmente suprema - sempre que há conflito entre os interesses do indivíduo e os da comunidade, os interesses da comunidade vêm em primeiro lugar. Isso é chamado de tese da primazia comunitária”. Por sua vez, “o comunitarismo moderado equilibra responsabilidades com direitos” (Ansah & Mensah 2018). Porque o debate se mantém nos nossos dias<sup>4</sup>, vejamos os seus contornos.

Para Ackerman (1980, 163), “a moderna teoria dos contratos nasceu em protesto contra uma metáfora que compararia o problema da organização *política* legítima ao problema da organização *familiar* legítima. Em vez de ver a sociedade como uma família extensa, que deve obrigações de lealdade a um rei-pai, Hobbes e *Locke* procuraram reconstruir o conceito de obrigação política para que pudesse ser digno de uma sociedade liberal de indivíduos livres. Mas, este esforço para desvincular o Estado da família pôs inevitavelmente em causa a legitimidade contínua da família; se a nossa ideia de Estado deveria ser reorganizada segundo linhas individualistas, não deveria a família ser também concebida com o mesmo espírito?”.

*Dworkin* criticou a teoria da justiça de Rawls (1971) por, à semelhança dos *contratos sociais* de *Hobbes* e *Locke*, serem “contratos hipotéticos” e “os contratos hipotéticos não oferecem um argumento independente para a justiça e vinculação dos seus termos. Um contrato hipotético não é apenas uma pálida imagem de um contrato real; não é contrato algum” (R. Dworkin 1977/78, 151).

*Michael Sandel*, citando *Dworkin*, qualificou também a teoria de *Rawls* como sendo “duplamente hipotética”, na medida em que aponta para “um evento que na realidade nunca se verificou”, e envolve “um tipo de seres que na realidade nunca existiram”. Interrogando-se sobre se uma teoria nestes termos pode ser invocada para “justificar os princípios que dela derivam”, ou para “atestar a

3 *Locke* e *Galston* são comunitaristas moderados e *MacIntyre*, *Roberto Unger* e *Sandel*, comunitaristas radicais (Hiskes, 1998, 9).

4 A prova de que o debate se mantém nos nossos dias é o ensaio muito interessante, e que merece ser lido, de *Attíe*. Nele, o autor defende a tese de que “há uma reinvenção do ambiente internacional. O invólucro do tempo em que essa reinvenção se desenha é o do fim da Era dos Direitos e o início e desenvolvimento do que chamo de Era dos Deveres e Responsabilidades” (Alfredo Attíe 2023, 80). A expansão de *deveres sem direito* é um facto, como nos deu conta *Carla Gomes*, mas anunciar o fim da história dos *direitos*, incindíveis dos *deveres* (direitos individuais) é entrar no debate americano e perfilhar a concepção comunitarista radical.

sua condição de princípios da *justiça*”, entendeu ser conveniente começar pela exploração de uma “questão mais simples” e perscrutar “qual a força moral dos contratos e acordos em geral” (M. Sandel 1982/98, 105-106).

Para *Sandel* defende, “a moralidade do contrato” consiste em dois “ideais” relacionados, se bem que distintos: um é o “ideal da *autonomia*”, que vê “o contrato como um *ato de vontade*, cuja moralidade consiste no caráter voluntário da transação”; o outro é o “ideal da *reciprocidade*”, que vê “o contrato como um instrumento de benefício mútuo, cuja moralidade depende da justiça subjacente da troca”. Ora, “cada ideal sugere uma base diferente para a obrigação contratual”: do ponto de vista da “*autonomia*”, a “força moral de um contrato deriva do facto do seu acordo voluntário”; o ideal da “*reciprocidade*”, por outro lado, deriva “a obrigação contratual dos *benefícios mútuos* dos acordos de cooperação”. Quando “a *autonomia*” aponta para “o próprio contrato como fonte de obrigação”, “a *reciprocidade*” aponta, “através do contrato”, para uma “exigência moral antecedente de respeitar acordos justos, implicando assim um princípio moral independente pelo qual a justiça de uma troca pode ser avaliada” (M. Sandel 1982/98, 106-107)<sup>5</sup>.

Mas, se na compreensão de *Sandel*, as teorias contratuais geralmente abraçam os valores da *autonomia* e *reciprocidade*, a verdade é que, no *liberalismo*, “a tensão entre os valores da *autonomia* e da *reciprocidade*” resultou num “enigma comunitário”, negando ao *cidadão liberal* uma “identificação com a sua *comunidade*”, verdadeiramente “*constitutiva* da identidade individual”. Acresce que “o *consentimento tácito* como base da organização política permite a partilha de interesses, mas não de *selves*, de propósitos comuns, de uma concepção comum do bem”. “Uma partilha mais completa - que seria definitiva de um sentido mais completo de comunidade - exige *consentimento expresso*”, mas este “pressupõe uma perda de *autonomia*, inaceitável pela teoria liberal ou instituições legitimadas por um nível de *participação* contínua verdadeiramente expressivo de *consentimento* consciente. Tais instituições não estão difundidas na maioria das sociedades liberais e, de facto, as tendências políticas parecem afastar-se delas” (R. Hiskes, 1998, 135).

*MacIntyre*, *Charles Taylor* e outros comunitários radicais criticaram “a *reciprocidade* da sociedade liberal” por não ser “muito comunitária” já que se baseia principalmente em “interesses económicos partilhados”, os quais são “reconduzíveis à causa inicial da *reciprocidade*, ao *acordo tácito de usar dinheiro*”, mencionado por *Locke* (1999, §50-10, p. 302). Anote-se, que a concepção de *Locke* sobre o dinheiro - no sentido de que o uso do dinheiro é um meio de troca e, portanto,

---

5 Esta mesma concepção é retomada na sua obra de 2009, baseada no aclamado curso, que deu em Harvard, também a propósito dos “*limites morais dos contratos*” (Michael Sandel 2009, 209).

é uma invenção humana, introduzida por meio de acordo ou *consentimento tácito* das pessoas, que lhe atribuem valor –, foi defendida em termos similares por Searle (1995), na sua teoria de ontologia social, em que o dinheiro é um exemplo de *facto institucional*, uma *construção social* mantida por meio de *convenções e acordos sociais*, que existe, porque as pessoas adquiriram a *crença* na sua existência<sup>6</sup>. Mas, “estranhamente, Searle rejeita Locke e o raciocínio do contrato social, sem perceber que o seu pensamento coincide em grande parte com esse raciocínio. Ele não vê que, ao explicar como as funções de *status* surgem da ‘intencionalidade coletiva’ da ‘aceitação ou reconhecimento coletivo do objeto ou pessoa como tendo esse estatuto’, ele está a adotar o argumento lockeano para a autoridade social como decorrente do consentimento dos indivíduos humanos”<sup>7</sup>.

Os comunitaristas radicais acusaram o liberalismo de ser “desprovido do tipo de concepção unificada (e unificadora) do ‘bem’, que fundamenta a comunidade real, tornando a *autonomia* subserviente à busca comunitária desse bem”. Na sua argumentação, “o ‘bem’ [‘good’] foi suplantado na teoria liberal pelo ‘certo’ [‘right’] como *medida do comportamento moral*”, a partir de Kant. Assim, o “princípio da neutralidade”, daí resultante e frequentemente invocado, “protege a liberdade individual e a diversidade em detrimento da unidade comunitária”. No seu esforço para “não discriminar (ou seja, permanecer neutro) contra ou em relação à compreensão de alguém do bem (ou da boa vida)”, “o liberalismo abre mão do solo fértil do qual brota a comunidade”. Daí resulta que, “somente uma concepção partilhada e plena do *bem* pode gerar uma *identidade comunitária* entre e nos indivíduos” (R. Hiskes, 1998, 52-53).

Face ao facto da “*reciprocidade* da sociedade liberal” não ser “muito *comunitária*”, Taylor buscou a “*extensão do compromisso comunitário*”. Mas, Hiskes logrou pôr em evidência o paradoxo desta posição: “O *compromisso comunitário* só pode se estender até certo ponto por causa do outro valor presente na teoria liberal de Locke – a *autonomia*. A *autonomia* exige que outras extensões das *obrigações comunitárias* sejam fundamentadas no *consentimento expresso*”. Ora, “na medida em que o *consentimento expresso* nunca pode realmente estar presente na sociedade liberal, a extensão do *compromisso comunitário* que Taylor busca não pode ocorrer” (R. Hiskes, 1998, 51-52).

Se Sandel defendeu que os “*propósitos comuns*” liberais são “insuficientemente constitutivos das identidades, seja da comunidade como um todo, seja

6 A teoria de Searle, como todas as teorias não dogmáticas, tem sido criticada, designadamente, por Barry Smith (2003), Smit, Buekens & Plessis (2011), Angela Condello (2018), Hindriks & Sandberg (2020) e Uskali Mäki (2020). Sobre a *crença*, ver Bruce Lipton (2007) e Michael Shermer (2012).

7 Ver ficheiro técnico: <https://darwinianconservatism.blogspot.com/2015/06/lockean-liberalism-as-symbolic-niche.html> sobre *Darwinian Conservatism* by Larry Arnhart, *Lockean Liberalism as Symbolic Niche Construction: Locke's Mixed Modes, Searle's Institutional Facts, and McCloskey's Bourgeois Virtues* 2015.

dos membros constituintes”, *William Galston* tentou responder à acusação, feita pelos comunitaristas radicais, fundamentando a “comunidade liberal” no que ele designou por “*propósitos liberais*”. No seu entender, “o *liberalismo* apresenta um conjunto distinto de *propósitos públicos*”, que “orientam a *política pública liberal*, moldam a *justiça liberal*, exigem a prática de *virtudes liberais* e baseiam-se numa *cultura pública liberal*”. Ora, os “*propósitos liberais*”, por um lado, “definem o que os membros de uma *comunidade liberal* devem ter em comum”. “Estes *propósitos* são a *unidade*, que sustenta a *diversidade liberal*”; eles fornecem a “base” sobre a qual “*e pluribus unum* deixa de ser um equilíbrio bruto e instável de forças sociais em conflito”, e se torna, em vez disso, uma “caracterização eticamente significativa do estado liberal” (Galston 1991, 30). Por outro lado, provam que, historicamente, “a tese da *neutralidade* não tem feito parte da visão liberal da *interação social*”, e só foi “presumida por pensadores liberais recentes”, como John Rawls (1971, 19), Ronald Dworkin (1977/78, 127) e, especialmente, Bruce Ackerman (1980, 11)<sup>8</sup> (Galston 1982, p. 621)<sup>9</sup>.

Avançando com “pelo menos três razões pelas quais não pode ser sustentada”, *Galston* afirma expressamente “rejeitar a tese da neutralidade e substituí-la por outra”. Na sua perspectiva, a rejeição da *neutralidade* não significa rejeição do *liberalismo*, porque este se mantém de facto como uma “conceção do bem humano”, mas esta concepção difere do “perfeccionismo da antiguidade clássica”, e não culmina numa “representação do *summum bonum* ou da melhor via de vida para todos os seres humanos”. Por outro lado, reconhece que se trata de uma “teoria unificadora do bem”, que está presente na teoria liberal desde *Locke* e que, “apesar da sua famosa tolerância à diversidade religiosa, fornece uma base moral para construir a *identidade comunitária liberal*”. O pressuposto, de que parte, está no enunciado implícito na interrogação formulada por *Richard Flathman*: “se a *vida moral e política* assume o seu carácter distintivo, se as questões e disputas morais e políticas são sobre *fins* e *propósitos*, como pode a *filosofia moral e política* fazer outra coisa senão abordar e tentar resolver questões sobre *fins* e *propósitos*?” (Galston 1982, 8).

Os “*propósitos liberais*”, na interpretação de *Hiskes*, são “o produto de uma aceitação pelos indivíduos liberais da necessidade de *reciprocidade* para alcançar os seus fins”, os quais “não são meros interesses económicos”, como afirmam *Sandel* e os comunitaristas radicais; pelo contrário, “são necessários para o bem-estar do indivíduo em todos os sentidos”. No final de contas, *Locke* reconheceu

8 Bruce Ackerman (1980) - e não “William” Ackerman, como *Hiskes* (1998, p. 53, nota 50), por lapso, citou -, ocupa-se dos temas da “neutralidade” (pp. 43-45), “neutralidade e convergência” (pp. 10-12) e “diálogo liberal ou neutral” (pp. 349-378).

9 *Galston* (1991) trata também do “liberalismo e neutralidade” (pp. 79-164) e “liberalismo sem neutralidade” (pp. 165-240).

que o que estava em jogo na aceitação da *reciprocidade* era “uma vida adequada à dignidade do homem” (R. Hiskes, 1998, 53).

À semelhança de *Sandel*, relativamente a *Rawls*, *Bookman* considera que a doutrina de *Locke* é duplamente hipotética: por um lado, demonstra que *Locke* “impediu a decisão das pessoas permanecerem no estado de natureza e, portanto, as pessoas não consentiram”. Dito por outras palavras, dificilmente se pode dizer que foi dada às pessoas, que estavam no estado de natureza, a possibilidade de consentirem ou rejeitarem a entrada na sociedade política”. Também, é duvidoso, que se “possa falar em *reciprocidade*, no sentido de que, se todos poderiam beneficiar da proteção da vida, as vantagens da liberdade e mais ainda da propriedade apenas beneficiava um pequeno grupo. Esta conclusão inspira uma reconstrução da teoria de *Locke*, segundo a qual as pessoas consentem hipoteticamente: consentiriam em legitimar o governo, se tivessem a oportunidade de fundar um novo governo. Com o que eles consentiriam? Quais são os critérios do governo legítimo? As disposições do contrato lockeano estabelecidas e encontradas em pessoas carentes, como *Locke* as vê e vivendo nas condições que ele descreve, não consentiriam com seu contrato”.

Mas a exigência moral de *reciprocidade* e, portanto, de alguma forma de comunidade não se estende ao ponto de invadir o outro valor liberal primário da *autonomia*. Porque não o faz, nem o sentido comunitário de *Locke* nem o de *Galston* são tão abrangentes do indivíduo como o pretendido pelos comunitários” (R. Hiskes, 1998, 53). Por outro lado, o autor considera que “a comunidade” de *Locke* e *Galston* não é “suficientemente *recíproca* para enfrentar os sacrifícios pessoais exigidos pela formulação de políticas eficazes para os emergentes riscos tecnológicos”. Isto, devido à persistência NIMBY, a qual “fornece prova empírica para uma resposta negativa” (R. Hiskes, 1998, 53-54).

No entendimento de *Hiskes*, “todos os verdadeiros liberais”, bem como *Locke* e *Galston*, estão impedidos de dar o próximo passo, que “construiria a comunidade com base na autonomia”, porque “a comunidade baseada na *reciprocidade*, mas não na *autonomia*, é uma comunidade construída sobre o *consentimento tácito*. Ou seja, certos conceitos partilhados comunitariamente (para *Locke*) ou propósitos [liberais] (para *Galston*) passam a ser aceites pelos cidadãos como uma questão de necessidade para atender a outras necessidades. São *instrumentalidades* partilhadas”. Por outro lado, “a *autonomia* é muito importante para a *identidade individual* – ela não pode ser sacrificada se o indivíduo deseja possuir liberdade significativa. Por outras palavras, para todos os liberais na linha de pensamento de *Locke*, a *identidade comunitária* não é a verdadeira *identidade de indivíduos autônomos*. Tal *identidade comunitária* ‘constitutiva’ nunca pode ser o produto de um *consentimento tácito*, mas apenas de um *consentimento expresso*. Mas essa

expressão nunca pode ser legitimamente dada por liberais – ela revela muito do *stock* liberal: a *autonomia* do indivíduo”. (R. Hiskes, 1998, 55).

A “versão da comunidade do liberalismo” não está à altura do desafio que os riscos representam por dois motivos”: (i) “devido à sua confiança na *reciprocidade*, em vez da *autonomia* legitimamente transferida, o sentido liberal de comunidade é, na melhor das hipóteses, muito paroquial para lidar com os próprios riscos nacionais (na verdade, globais) apresentados pela tecnologia”; (ii) “por causa da sua relutância em transferir *autonomia*, exceto com base em *consentimento expresso*, e a escassez de oportunidades para realmente expressar *consentimento* quando necessário, as instituições do liberalismo carecem de *legitimidade* para exercer o poder e comandar as obrigações - e muitas vezes os sacrifícios - que uma resposta política realista ao risco tecnológico pressupõe”. Assim, na reconstrução de *Locke*, *Hiskes* considerou as ideias de *Sandel* sobre a *moralidade dos contratos*, como ponto de partida: (i) as duas “ideias de *consentimento - expresso e tácito* – correlacionam-se sequencialmente com cada um (mas apenas um)” dos valores da *autonomia* e *reciprocidade*; (ii) a “*autonomia*” exige, que outras extensões das “*obrigações comunitárias*” sejam fundamentadas no “*consentimento expresso*” (R. Hiskes, 1998, 53-54).

Porque insiste na “autodefinição autónoma do cidadão liberal”, o *liberalismo* “nega a comunidade em sentido pleno”, ou seja, “nega a possibilidade de os indivíduos encontrarem a sua identidade real nas suas interações com os outros” (R. Hiskes, 1998, 52). Uma nova concepção do indivíduo, torna-se, pois, necessária.

## 2.2. A SUPERAÇÃO DO DEBATE COMUNITARISTA PELA CONCEÇÃO SOCIAL DA AUTONOMIA E RELACIONAL DO INDIVÍDUO

*Sandel* criticou a teoria de *Rawls* por ser “duplamente hipotética”, mas anteriormente tinha-a qualificado de “individualista”, lembrando que o “*Self*rawlsiano” não é apenas um “sujeito de posses”, mas “um sujeito que antes havia já sido individualizado, permanecendo sempre a uma certa distância dos interesses que adopta”, a qual coloca “o *Self* para além do alcance da experiência”, torna-o “invulnerável”, fixa a sua “identidade” de uma vez por todas. Ora, este “*Self* completamente independente” exclui a possibilidade de: (i) “qualquer concepção do bem (ou do mal) ligada à posse no sentido constitutivo”; (ii) “qualquer apego (ou obsessão) capaz de ir além dos nossos valores e sentimentos para envolver a nossa própria identidade”; (iii) “uma vida pública na qual, para o bem ou para o mal, a identidade e os interesses dos participantes possam estar em jogo”; (iv) “fins e *propósitos comuns* poderem inspirar autoentendimentos mais ou menos expansivos e assim definir uma comunidade no sentido constitutivo, uma comunidade que descreve o sujeito e não apenas os objetos de aspirações partilhadas” (*Sandel* 1982/98, 62).

No comentário às afirmações de *Sandel*, *Hiskes* acentua duas ideias: (i) o resultado da aplicação dos “princípios básicos, da *autonomia* e *reciprocidade*” é o “enigma comunitário do liberalismo”; (ii) “a comunidade liberal” pode ser “instrumentalmente” necessária para alcançar “interesses e fins individuais”, mas não fins “constitutivos” de uma “comunhão verdadeiramente moral ou de novas identidades morais individuais” (R. Hiskes, 1998, 52). *Sandel* falou ainda em “*Self* rawlsiano”, e *Hiskes* poderia ter desenvolvido essa linha de argumentação, socorrendo-se das “*Teorias do Self e da Sociedade*”, como a de Ian Burkitt (1991/2008)<sup>10</sup>. Todavia, *Hiskes*, na busca de uma nova concepção da autonomia e do indivíduo, seguiu o caminho mais simples e direto, ao acolher o pensamento de *Mary Gibson* e de *Carol Gould*.

*Mary Gibson*, influenciada por Jean Piaget (1932/1965), forneceu a *Hiskes* uma “estrutura útil” para a sua visão e, sobretudo, uma *concepção social da autonomia*: “A *autonomia*, nesta concepção, não é uma ideia fundamentalmente individualista, que de alguma forma deve ser acomodada à inegável interdependência dos indivíduos uns com os outros e com o seu ambiente”. Em vez disso, “a *autonomia* é, nas suas origens e no seu âmago, um fenómeno *social* resultante de relações de *cooperação* e atitudes de *respeito mútuo* entre pessoas, que se consideram uns aos outros como *iguais*” (Gibson 1985, 145).

Para *Gibson*, a “*autonomia*” não é “um conjunto de capacidades características de indivíduos vistos isoladamente, exibidos num estado de natureza ou num cálculo utilitário solitário”, tal como os liberais *Locke* e *Mill* assumiram. Em vez disso, como *Tocqueville* insistiu, são essas “capacidades de reflexão e julgamento crítico, tal como *são exercidas* em contextos sociais” – tal como *Gibson* afirma, “o grau em que alguém exerce autonomia é o grau em que alguém é autónomo” (Gibson 1985, 151 e nota 30)<sup>11</sup>.

No contexto das *decisões de risco*, “a *autonomia* não é ameaçada pela natureza emergente dos próprios riscos”, mas, “os riscos ameaçam a *autonomia* dos indivíduos apenas se os indivíduos não responderem com ação autónoma. Esta ação, deve ser a “ação dos cidadãos: indivíduos cuja *autonomia* emerge por meio das suas relações políticas com os outros, ao tomarem decisões coletivas sobre o risco” (Hiskes 1998, 148).

Os “riscos emergentes”: (i) “chamam a atenção para a nossa vida em conjunto, dentro de uma comunidade de seres interligados, cujas ações representam

10 Sobre as relações entre a *Sociedade* e o *Self*, bem como a *Identidade em Democracia* ver, também, Hubert Hermans (2018). O *pragmatismo* de *William James* (M. Rosenberg 1979, Damon & Hart 1982 e J. Barresi 2002) e o *interacionismo simbólico* de *George Mead* (Mead 1913, 1925 e 1934/1972, Miller 1982, Joas 1985, Gillespie 2006), bem como o *dialogismo* de Mikhail Bakhtin (1929/1963) influenciaram a *Teoria Dialógica do Self* (Hermans, Kempen & Van Loon 1992 e Hermans e Gieser 2012).

11 “A cultura de massa da sociedade tecnológica moderna ameaça suplantir a criatividade individual e a liberdade de expressão, como *Mill* e *Tocqueville* temiam, e as novas tecnologias só aumentam a sua capacidade de intensificar o risco” (Hiskes 1997, 31).

consequências - até riscos - uns para os outros” (Hiskes 1998, 4); (ii) “fazem-nos sentir, que não controlamos o nosso ambiente ou os acontecimentos da nossa própria vida tanto quanto gostaríamos de pensar” (Hiskes 1998, 6); (iii) “não são redutíveis às suas partes individuais” (Hiskes 1998, 17), mas “o produto da ação coletiva e, portanto, enfrentá-los é uma questão de vontade coletiva” (Hiskes 1998, 119). Simplificando, “os riscos emergentes da tecnologia moderna transformam os interesses verdadeiramente essenciais dos indivíduos, seja na vida, na liberdade, na privacidade ou na expressão, em interesses que não podem ser perseguidos isoladamente”. “Os interesses sociais, como consequência do efeito interpersonalizador dos riscos emergentes, são os nossos interesses mútuos, essenciais e de ‘ordem superior’” (Hiskes 1998, 104).

Porque “os riscos emergentes exigem, se não uma compreensão completamente nova dos direitos, pelo menos uma sociabilidade renovada na sua aplicação” (Hiskes 1998, 107) e porque a “visão emergente”, que *Hiskes* defende, rejeita “qualidades abstratas” (a *razão*) e “atributos exclusivamente privados” (os *direitos como base da cidadania*), e “afasta-se claramente do *liberalismo*, mas não da *ideia de democracia*” (Hiskes, 1998, 147), o autor recorreu a *Carol Gould*, por esta estabelecer uma base, que permite ver os indivíduos, que enfrentam riscos como “*indivíduos autônomos*, mas *socialmente definidos*”. A escolha desta filósofa política foi particularmente feliz, porque permitiu a *Hiskes* ser consequente na reconstrução da teoria do contrato social de Locke e do liberalismo clássico em geral.

Com efeito, a primeira obra de Gould (1978) não foi só a introdução à sua concepção da “Ontologia da Sociedade”, mas constituiu também, com base na obra *Grundrisse*, “uma reconstrução filosófica de todo o sistema de Marx” (George Ellard 1979), que serviu de base à posterior interpretação (revisão) da democracia e do liberalismo (Gould 1988), numa síntese, que deu origem a um pensamento próprio da compreensão do *indivíduo* e da *comunidade*. Esse percurso permitiu uma abordagem distinta para a compreensão das “entidades básicas da vida social”, que ela designou por “*indivíduos-em-relações*”, substituindo o “individualismo atomístico” predominante no pensamento político liberal.

Na obra dedicada à democracia e depois de uma apreciação crítica das teorias liberais, individualistas e socialistas, em especial de *Habermas*, *Gould* confessa que os ensaios de *Macpherson* sobre a teoria democrática influenciaram as suas próprias opiniões. Assim, quando *Macpherson* propõe o que chama de “poder de desenvolvimento” ou a capacidade de usar ou desenvolver as “capacidades do indivíduo” como o “objectivo central de uma sociedade democrática”, *Gould* assinala a “semelhança” entre essa visão e a concepção de “autodesenvolvimento”, que ela considera ser o significado da “liberdade plena ou positiva”, e que serve como concepção “normativa central da teoria da democracia”, que propõe na sua obra.

Do mesmo modo, *Macpherson* enfatiza a importância do “acesso aos meios de trabalho”, isto é, às “condições materiais da atividade produtiva”, como um “requisito para o desenvolvimento das capacidades dos indivíduos” e, de forma mais geral, da conveniência de prever o “direito efetivo igual [do indivíduo] de viver humanamente de modo tão pleno quanto ele desejar”. E isso também tem “semelhança” com o “princípio da liberdade positiva igual”, nomeadamente, com o “princípio dos direitos *prima facie* iguais às condições de autodesenvolvimento” (C. Gould 1988, 18-19).

Contudo, a filósofa americana não deixa de apontar as “significativas” diferenças em relação às opiniões de *Macpherson*. Este não se desembaraçou de uma “visão essencialista” das *capacidades humanas* que os indivíduos devem desenvolver como “expressão da sua liberdade”, nomeadamente, que tais *capacidades* são “especificáveis como características da natureza humana em geral”. Em contraste, *Gould* defende uma “concepção aberta” da *natureza humana* e das *capacidades humanas*, na qual estas são vistas como “resultados de escolhas e de ações humanas”. Depois, embora *Macpherson* introduza a noção de “poder de desenvolvimento” - tal como a “capacidade de exercer capacidades humanas” -, todavia ele “não dá qualquer explicação positiva” sobre o que significa tal “desenvolvimento” e a sua “relação sistemática com a concepção de livre escolha”, como *Gould* faz. Em vez disso, a sua “explicação do desenvolvimento” permanece em grande parte *negativa*: “a liberdade de desenvolvimento é definida e medida pela ausência de impedimentos à capacidade de exercer as próprias capacidades”. Acresce que a abordagem de *Macpherson* permanece “demasiado estritamente individualista na sua ontologia” (apesar da sua crítica contundente ao ‘individualismo possessivo’), sem uma concepção complementar da “agência social e das condições sociais para o desenvolvimento dos poderes humanos”. Em sua substituição e como “explicação fundamental da sociedade”, *Gould* propõe uma “ontologia dos indivíduos sociais”, isto é, dos “indivíduos nas relações sociais” (C. Gould 1988, 19).

*Gould* afirma que, “a mera combinação de uma teoria da *democracia política* com uma teoria da *democracia económica* não constitui ainda uma teoria alternativa coerente”, nem também “a combinação de elementos das ontologias implicadas pelas visões”, que considerou constituem uma “ontologia coerente”, pelo que defende ser necessário, para apoiar “a redefinição da democracia”, uma “nova base ontológica”, que explique de forma coerente quer a *individualidade* quer a *sociabilidade*. Na sua “proposta de uma fundamentação ontológica alternativa” para a teoria democrática, *Gould* compreende as duas ontologias básicas, o *individualismo* e o *holismo*<sup>12</sup>, como centrando-se respectivamente na “primazia dos indivíduos”,

---

12 Uma vez que a visão *pluralista* tem uma “ontologia mista” que toma emprestado ambas as abordagens.

que se “posicionam entre si nas relações externas”, ou na “primazia do todo” no “seio do qual existem relações internas que constituem os indivíduos”. Daí resulta a necessidade de se escolher entre “a *individualidade* e as *relações externas*”, por um lado, e “o *holismo* e as *relações internas*”, por outro, como “princípios básicos para a compreensão da vida social” (C. Gould 1988, 104-105).

No entanto, *Gould* acredita que existe uma “terceira via”, uma “ontologia coerente”, em que “a *individualidade*” recebe todo o seu devido valor, mas não à custa de considerar “os *indivíduos* como *egos* isolados e abstratos, mantendo apenas *relações externas entre si*”; ao mesmo tempo, nesta ontologia, “as *relações internas*” são vistas como existindo de uma forma que “preserva a importância da *sociabilidade*, mas não à custa de uma “totalidade ou todo abrangente, do qual os *indivíduos* são meras partes ou funções”.

A autora argumenta ainda que: (i) tal “ontologia é necessária” para dar conta das “características fundamentais da realidade social”; (ii) “as implicações normativas desta ontologia para uma teoria da sociedade” ajudam a constituir uma “concepção adequada do bem na vida social”, isto é, na sua abordagem da “*individualidade* livre”, por um lado, e da importância da “*sociabilidade* para o autodesenvolvimento”, por outro; (iii) esta “ontologia evita os defeitos das visões unilaterais alternativas e prevê a integração de esses dois princípios na vida social” (C. Gould 1988, 105).

As “entidades fundamentais” da ontologia que constituem a “realidade social” são de dois tipos. Por um lado, os “*indivíduos-em-relações*” (ou “*indivíduos sociais*”), onde os “*indivíduos* são *seres humanos* e as suas *relações* são *relações sociais*”<sup>13</sup>. Por outro lado, os “*grupos*”, as “*instituições sociais*”, as “*estruturas*, os *processos* e as *práticas sociais*”, bem como a “*sociedade como uma totalidade*”, são “entidades derivadas” que são constituídas pelas “*atividades e relações entre esses indivíduos*” (*Idem*).

*Hiskes* é de opinião que os detentores dos “direitos iguais para as condições de autodesenvolvimento”, que *Gould* refere, são “indivíduos vistos de forma um pouco diferente” do “pensamento liberal tradicional”, na medida em que “o elemento social de sua definição é claramente mais pronunciado do que nas visões liberais clássicas, quer dos teóricos do estado de natureza, quer dos utilitaristas posteriores, como Mill”, mas evitou uma “definição completamente social da individualidade”. Portanto, como “seres sociais”, os *indivíduos* requerem “relações de *reciprocidade*”

---

13 “Dizer que os *indivíduos em relações* são as entidades fundamentais não significa dizer que existem dois tipos de entidades fundamentais: os *indivíduos*, por um lado, e as *relações*, por outro. Pelo contrário, estes *indivíduos* são tais que o seu modo característico de ser, isto é, a sua *atividade*, é *relacional* ou envolve essencialmente as suas *relações* com os outros. Assim, esses *indivíduos* atuam fundamentalmente nas e através das *relações sociais*. Os *indivíduos* são, portanto, *ontologicamente primários*, mas as *relações* entre eles são também aspetos essenciais do seu ser. No entanto, estas *relações* não existem independentemente ou à parte dos *indivíduos*, que estão relacionados. Pelo contrário, são *propriedades relacionais* destes *indivíduos*” (*Idem*).

como uma das “condições sociais do seu autodesenvolvimento”, e esta “*reciprocidade*” é necessária para os “recursos físicos e psicológicos” de que os *indivíduos* necessitam para a “consecução dos seus propósitos”. (R. Hiskes 1998, 148-149).

Hiskes considera que Gould estabeleceu uma “base” para ver os *indivíduos que enfrentam riscos* como “cidadãos potencialmente autônomos” e que o argumento para a *democracia* e para a *liberdade positiva*, que ela oferece, “o repensar influente” do “indivíduo democrático” oferece *insights* importantes para quem, como ele, considera “os impactos do risco nas identidades individuais e nas vidas dos cidadãos”. Isto porque, nada chama tanto a atenção para a “interconectividade das vidas individuais” do que os *riscos tecnológicos modernos* (R. Hiskes 1998, 149). A própria Gould concorda, que a tecnologia oferece um dos mais graves desafios à *liberdade positiva* característica da democracia. Embora seja apenas um instrumento, e não uma força autônoma, a tecnologia moderna, no entanto, segundo a autora, “possibilita a intensificação do controle por poucos sobre a atividade de trabalho de um grande número de pessoas que necessitam dessa tecnologia como meio de seu trabalho”. Assim, “a tecnologia utilizada desta forma viola não só o valor da *liberdade*, mas também os valores da *igualdade* e da *reciprocidade*” (C. Gould 1988, 266-67, 268).

### 2.3. OS DIREITOS DE ESCOLHER, ASSUMIR E REJEITAR RISCOS E A METÁFORA “NIMBY”

Para Leiss e Chociolko: os “aspectos do conceito de risco” são: o “risco significa *exposição à chance de perda*” e “a nossa exposição é deliberadamente induzida por algum ator social para obter um *benefício líquido incremental*” (Leiss & Chociolko 1994, 6). Hiskes partilha esta concepção do risco, embora, à semelhança de Rescher<sup>14</sup>, não contemple a “*mais valia líquida*”, certamente por aqueles autores considerarem que este atributo se aplica a “muitos (mas não a todos) dos riscos, que encontramos na sociedade moderna”. Assim, o risco consiste na “*exposição à chance de perda*” (R. Hiskes 1998, 24-25).

Hiskes cita a Constituição dos EUA para defender que, nas suas 10 primeiras emendas, “garante a todos os cidadãos os direitos característicos de uma sociedade liberal – o direito de escolher e assumir riscos”. Por outro lado, invocando a *Bill of Rights*, complementa que esta “também promete proteger cada pessoa dos riscos resultantes quando outros se valem das mesmas oportunidades” (R. Hiskes 1998, 84). Tais *direitos* significam o respeito pela *liberdade* e, segundo alguns, pelo *livre arbítrio*<sup>15</sup>. Os indivíduos não podem, por força desses direitos e no gozo da sua

14 “Risco é a chance de negatividade - de alguma perda ou dano” (Rescher 2022, 1). Hiskes refere-se à obra de Rescher de 1983.

15 Sobre o *livre arbítrio*, ver, por todos, H. Bergson (1889), Denis Noble (2006 e 2017) e R. Sapolsky (2017 e 2023).

autonomia e auto-determinação, ser *obrigados* a prosseguir fins não desejados, nem proibidos de prosseguir fins desejados<sup>16</sup>. No Direito português podem ser considerados como a contrapartida do *dever geral de respeito*<sup>17</sup>, que vincula reflexivamente todos os cidadãos<sup>18</sup> e em que o Estado vê precludido o seu poder unilateral de imposição de deveres de *facere* (obrigações) e *non facere* (proibições)<sup>19</sup>.

Os “riscos que assumimos correr, por nossa livre escolha, definem *quem* somos, e no que acreditamos”, pelo que não se trata apenas de saber - como a política liberal entende -, “*quais* são os interesses, que poderíamos ter escolhido”. Hiskes tem razão, pois, quando diz que, “em certo sentido, não há nada de surpreendente nessa afirmação, mesmo em termos do modo como o liberalismo constrói a *identidade individual*”. É que, “se os indivíduos são livres para prosseguir os seus interesses, arriscar o pescoço escalando montanhas ou pilotando aviões, pode claramente levar a uma construção de si mesmo como ‘alpinista’ ou ‘piloto’” (R. Hiskes 1998, 138).

Mas, o *direito de escolher e assumir riscos e de os rejeitar* também está condicionados pelo tipo de risco<sup>20</sup> e pela sua dependência da intervenção (monológica) do Estado (heterovinculação) ou da constituição de relações jurídico-contratuais (dialógicas), que se estabelecem entre os indivíduos (autovinculação).

No primeiro caso: (i) resultam de *decisões políticas* (localização de resíduos radioativos, centrais elétricas, instalações de tratamento de resíduos sólidos, portos aéreos, prisões, habitação social, lares de refugiados, centros de reabilitação de toxicodependentes); (ii) dependem de *autorizações administrativas* (licenças de instalação de substâncias perigosas, inflamáveis, produtos pirotécnicos, estações de abastecimento de combustível, laboratórios farmacêuticos, condução de veículos motorizados)<sup>21</sup>; ou (iii) decorrem do desenvolvimento de “*tecnologias*” (comunicações, processamento de dados, energia nuclear).

16 Os *desejos* são fins, em que o agente busca alcançar *bens*, e os *riscos* são fins, em que o agente procura evitar *danos*.

17 “Como argumenta Joseph Raz, os direitos pressupõem um contexto de *reciprocidade* entre detentores de direitos e respeitadores de direitos, de modo que o exercício dos direitos garante que outros aceitarão um dever de, pelo menos, não interferir. A ‘tese da *reciprocidade*’ destaca a natureza essencialmente social dos direitos - pode-se dizer que os direitos realmente existem apenas na presença de seus respeitadores. Para Raz, isso significa que “somente membros da ‘mesma comunidade moral’ podem ter direitos” (Joseph Raz 1989, 52, citado por R. Hiskes 1998, 88, nota 10).

18 Já “no século XVIII, a palavra ‘direito’ era equilibrada pela palavra ‘dever’. Se as pessoas tinham direitos, também tinham deveres, devidos menos ao Estado do que à sociedade – aos seus companheiros que viviam sob o contrato social, mas a ênfase ainda era tanto nos deveres devidos quanto nos direitos possuídos” (J. Reid 1988, 2).

19 “Os direitos e os deveres de cidadania assentam num princípio básico da sociedade: o respeito que um cidadão pode esperar dos outros e dos poderes públicos tem, como contrapartida, o respeito que deve ter por todos. Por outras palavras, qualquer cidadão beneficia de direitos e garantias a que correspondem também deveres e responsabilidades”. Esta fórmula simples é da Fundação Francisco Manuel dos Santos (Ficheiro técnico <https://www.ffms.pt/pt-pt/direitos-e-deveres-dos-cidadaos>). O *dever geral de respeito* vincula o Estado e os cidadãos (CRP, art. 12.<sup>o</sup> e DUDH, art. 29.<sup>o</sup>) e a *reflexividade* é uma característica sua.

20 Hiskes fala em “riscos decorrentes de “*tecnologias*”, de “*comportamentos*” ou de “*decisões políticas*” (R. Hiskes 1998, 3-4).

21 Sobre as *autorizações* no direito do ambiente, ver as teses de Carla Gomes (2007) e José E. Figueiredo Dias (2014).

No segundo caso, requerem: (i) o *consentimento unilateral* de uma pessoa (desportos radicais, fumar, intervenção cirúrgica, investimento em produtos financeiros); (ii) o *consentimento recíproco* de duas ou mais pessoas (sexo desprotegido, fertilização *in vitro*); (iii) o *consentimento da comunidade de acolhimento*.

Gomes Canotilho considera, de modo aproximado, que, “qualquer que seja o conceito de risco (e existem vários conceitos, ou, pelo menos várias acentuações), ele salienta, precisamente: (1) os perigos (conhecidos/ e desconhecidos) gerados pela moderna tecnologia; (2) as ameaças de toda a civilização planetária (Beck); (3) as potencialidades do domínio tecnológico da natureza e da pessoa; (4) os desafios colocados às comunidades humanas no plano da *segurança* e *previsibilidade* perante eventuais catástrofes provocadas pela técnica e pela ciência” (G. Canotilho 2003, 1304).

Ora, quem é livre para *escolher e assumir riscos*, também é livre para os *rejeitar*. E, no entendimento de Hiskes, a “crescente rejeição ao risco”, que ele constata verificar-se na América do Norte, decorre da “própria natureza do risco” atual, por três razões: (i) “é o risco sem a aventura da fronteira ou o retorno financeiro do empreendedorismo capitalista”; (ii) “é um risco não definido de forma privada, mas interpessoal, um tipo de ameaça que os indivíduos não assumem ou aceitam conscientemente, mas gradualmente se veem suportando”; (iii) “é o risco não identificado com pessoas ou ações individuais, mas emergente no nível da vida social e da escolha coletiva”.

Relacionado com o *direito de rejeitar riscos* está a síndrome “*not in my backyard*” (“NIMBY”), ou seja, “*não no meu quintal*”, a qual é considerada por Benjamin Davy como uma metáfora, significando *segurança* (livre de ameaças), *pureza* (livre de poluições) e *privacidade* (livre de intromissões). Para este autor, muitos conflitos ambientais e de uso da terra resultam da violação das crenças e ilusões dos cidadãos sobre esses valores, e “NIMBY” implica o atraso ou mesmo o bloqueio do desenvolvimento pela comunidade de acolhimento, pelos seus residentes ou grupos de cidadãos. Davy constata ainda que cada vez mais as instituições não conseguem resolver litígios ambientais, devido à incapacidade de estabelecer uma distribuição justa dos ónus e encargos (B. Davy 1997)<sup>22</sup>. É porque a “abordagem comunitária da vida pública” está excluída, que “o liberalismo e as sociedades liberais” estão “especialmente sujeitos aos impasses políticos característicos da síndrome NIMBY que dominam a política de risco” (Hiskes 1997, 31).

22 Referindo-se a Benjamin Davy, Gomes Canotilho diz que “é precisamente pelos trilhos ambientais que se aloja no seio da sociedade uma injustiça essencial, sendo as instituições jurídicas - a começar logo pela constituição - incapazes de lhes dar resposta eficaz (G. Canotilho 2003, p. 1304 e nota 12).

Ora, é porque “a vida moderna apresenta tantos riscos assustadores”, que “muitos cidadãos são tentados a envolver-se ainda mais no cobertor de segurança dos seus direitos supostamente inegáveis”, constituindo estes “o material para litígios de localização”. Nesta perspectiva, “o grito de NIMBY raramente é uma chamada melancólica, mas geralmente uma exigência expressa de que os meus direitos relativos ao meu quintal - ou à minha propriedade, herança genética dos meus filhos, o meu futuro - sejam respeitados”. Justifica-se assim a afirmação de que “os direitos dificultam as decisões de risco”, não deixando de residir aí “uma ironia de proporções *futurísticas*”. É que a “linguagem absolutista dos direitos” é a resultante da “absoluta incompreensibilidade” dos riscos pelos cidadãos liberais” (R. Hiskes 1998, 84-85).

Os riscos tecnológicos têm um “impacto galvânico” na “atividade política estimulada pelos riscos”, quer negativa, quer positivamente. Parte dessa atividade é *negativa* na sua tentativa de “negar” uma “resposta social e coletiva ao risco” - é “a política do NIMBY”. A outra parte é *positiva* na sua “afirmação” de uma “identidade coletiva reconhecida, provocada pelo reconhecimento do risco e das sugestões de resposta” - “é a dimensão criativa e cívica dos riscos contemporâneos, reunindo as pessoas numa percepção partilhada das suas semelhanças, bem como das suas vulnerabilidades” (R. Hiskes 1998, 157).

Os “impactos cívicos do risco” conduzem à “atividade de organização política das políticas de risco”: umas vezes “crescem fora de reivindicações NIMBY, outras, precede-as, mas tal significa que os indivíduos reconheceram os seus interesses de grupo, valores partilhados ou identidades coletivas o suficiente para começar a agir em resposta à presença de risco. Em todos os casos, esta atividade centra-se na concessão ou detenção de *consentimento* para possíveis respostas políticas ao risco” (R. Hiskes 1998, 157).

Do que ficou dito, não resulta que a política do NIMBY não seja simultaneamente “comunitária” e “excludente”. Ela é “comunitária”, porque “une as pessoas num esforço cívico para combater o risco”, e é “excludente”, na sua insistência de que “o público como um todo, com as suas instituições e os seus interesses, constitui a oposição”. Grande parte da *política de risco* contemporânea “concentra-se em argumentos, que reivindicam direitos como trunfos para proteger a inviolabilidade dos nossos mundos privados, simbolizados pelos nossos metafóricos - e, por vezes, literais - quintais” (R. Hiskes 1998, 143).

Quando assume a forma da “síndrome NIMBY”, a resposta dos cidadãos ao “desafio de lidar com o risco” é, em si mesma, um “desafio à democracia” (R. Hiskes 1997, 28), pelo que talvez mereça ser considerada, pelo menos a um certo nível, como “a manifestação do final do século XX da exigência jeffersoniana

de uma pequena revolução democrática ocorrendo frequentemente” (R. Hiskes 1998, 7).

Digamos, por último, que o *direito de escolher, assumir e rejeitar riscos* pode ter relevância para o *direito privado* do risco<sup>23</sup>. Fala-se já num *direito administrativo do risco*<sup>24</sup>. Podemos interrogar-nos sobre a possibilidade de construção dum *direito constitucional do risco*<sup>25</sup>.

### 3. A EXIGÊNCIA DE CONSENTIMENTO EXPRESSO ATRAVÉS DA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DEMOCRÁTICA

#### 3.1. A CIDADANIA EMERGENTE E A DEMOCRACIA DO RISCO

A *cidadania* para os clássicos como *Platão* era “uma fonte de identificação com uma ideia (e realidade) do *bem*, que era maior do que a própria pessoa. A cidadania proporcionava aos indivíduos uma vida significativa de *participação pública* dentro de uma esfera politicamente definida de *virtude* e *ordem*”. Para os modernos, começando com *Hobbes*, “a *cidadania* tem menos a ver com *auto-identidade*, *virtude* ou mesmo *felicidade* e mais a ver com uma *garantia política* da oportunidade de buscar a *felicidade* (ou possivelmente a *virtude*), mais frequentemente nas *áreas privadas da vida* do que do *político*. Assim, a *cidadania moderna* diz respeito à ausência de interferência na capacidade individual de buscar a própria visão do bem viver”. Centrada na “*liberdade negativa*” – na *inviolabilidade* e na *autonomia* do domínio privado – a *cidadania moderna* incorpora uma negação parcial da política e do valor da atividade política”. No *liberalismo*, “a cidadania” é definida em grande parte pelas “garantias de independência e liberdade privada”, que os “direitos como trunfo” implicam, porque estes são de suma importância na proteção da insularidade do domínio privado” (R. Hiskes, 1998, 142-143).

*Conover*, *Leonard* e *Searing* interpretam a *cidadania liberal* como incorporando dois elementos: (i) a *liberdade* garantida, desde que “possamos reivindicar para nós mesmos privilégios particulares - no idioma do liberalismo, ‘direitos’ - contra a interferência nas nossas escolhas de outros indivíduos, sociedade ou governo”; (ii) a *responsabilidade* contém apenas um dever “de manter os direitos dos outros”, exigindo “nenhuma ação além daquelas minimamente exigidas para

23 Em Portugal, no Direito Civil e Bancário, Menezes Cordeiro (1998/2014) aborda o *risco* a par da *aleatoriedade* (pp. 876 ss.) e relaciona-o com as *garantias*, os *seguros* e os *swaps* (pp. 773 ss.). No Direito Penal do risco, ver Figueiredo Dias (2001, 584-587).

24 Este tema é tratado por Alves Correia (2010), Carla Gomes (2007), José Figueiredo Dias (2014) e Tavares da Silva (2012).

25 Ver João Albuquerque (2023), onde se sugere a *declaração de inconstitucionalidade* e a *declaração de ilegalidade* como *risco constitucional* e *risco legal*, respetivamente, e onde, na sua aplicação ao direito público, se contrapõe o risco de *compliance* ao risco *reputacional*, como exigências do Estado de Direito Democrático.

a preservação da autonomia individual” (Conover, Leonard e Searing 1993)<sup>26</sup>. Hiskes comenta que “exercer essa *liberdade* não esvazia o conceito de qualquer noção de *responsabilidade*”, e que “tal visão de *responsabilidade* apoia o comentário de Walzer de que dentro da *comunidade liberal*, não há cidadãos ‘lá fora’ além de ‘*Selves* liberais portadores de direitos, associando-se voluntariamente e falando livremente”<sup>27</sup> (R. Hiskes, 1998, 143-144 e nota 21).

Na evocação das “*políticas de identidade*”, deve considerar-se que “o risco defende e, ao mesmo tempo, derrota o entendimento liberal de cidadania”. O *risco contemporâneo*, “na criatividade na criação de grupos de pessoas identificadas pela sujeição a um risco partilhado não remete os indivíduos para o âmbito estritamente privado”; em vez disso, a *política de identidade* resultante do risco “une as pessoas na sua antipatia por decisões e políticas autoritárias emanadas de instituições públicas” (R. Hiskes 1998, 143).

*Frankenfeld* aplica a visão liberal de cidadania ao risco tecnológico, introduzindo o conceito de “*cidadania tecnológica*” (CT), considerando-a como um “estatuto” para os indivíduos constituído por “direitos e obrigações” dentro de políticas tecnológicas limitadas impostas pelas estruturas estaduais”. Os “direitos e as obrigações” da CT compõem um “novo contrato social de complexidade”, dentro do qual a “cidadania” pressupõe a “participação numa ‘política tecnológica’ mais global, cujos limites são definidos não por fronteiras nacionais, mas pelos ‘impactos de uma tecnologia ou tecnologia em geral’”. O *modelo*: (i) “concilia a liberdade de inovar com a afirmação da *autonomia* e dignidade dos leigos e a assimilação dos leigos ao seu mundo”; e (ii) “procura controlar a introdução e a gestão contínua dos perigos ambientais e a autoverificação da segurança” (Frankenfeld 1992, p. 459).

O autor defende ainda que “o domínio ampliado da esfera política” exige que “os direitos de cidadania sejam expandidos para além da concepção liberal tradicional” para “incluir uma nova área da realidade política - o risco moderno” e postula que “as obrigações estão implícitas na cidadania tecnológica”, mas admite que são “mínimas”, exigindo que se use o *conhecimento* para “a autovalidação da segurança e paz de espírito” e para “a participação política na determinação da vontade da maioria” (Frankenfeld 1992, 473).

No entanto, apesar da “ampliação do círculo da suposta relevância da cidadania”, Hiskes critica a “cidadania tecnológica” de *Frankenfeld* por oferecer apenas

26 Contrariando Conover, Leonard e Searing, Mary G. Dietz (1993) argumenta que é a negação da noção de bem comum entre os cidadãos liberais, e não a sua rejeição dos deveres, que separa os liberais dos seus críticos comunitários.

27 No entendimento de Michael Walzer, os homens e as mulheres “não são pessoas políticas; eles têm outros interesses, na salvação ou negócios ou amor ou arte e literatura. Para eles, a comunidade política é apenas uma estrutura necessária, um conjunto de arranjos externos, não uma vida comum”. Por outro lado, “a cidadania moderna não define, o que deve ser escolhido, mas protege a liberdade de escolha” (Michael Walzer, 1989/1995, 215).

uma “pequena emenda à ideia liberal”, faltando-lhe “o reconhecimento” de que “o risco altera a compreensão da cidadania ao invocar deveres e obrigações individuais, que não podem ser plenamente satisfeitos no âmbito privado ou pelo mero reconhecimento dos direitos dos outros”. Por outro lado, adverte, que “a visão de cidadania do liberalismo não está à altura dos rigores, que os riscos modernos representam, mesmo quando o liberalismo é forçado a reconhecer o poder conceitual do risco”, como no caso de *Frankenfeld*. A “depreciação do conteúdo do dever da cidadania”, promovida por este, é ela própria uma “espécie de negação” da “visão liberal clássica”, pelo que se torna necessária uma “compreensão da cidadania, que reformule a *autonomia* e a *liberdade* e, pois, também a *identidade*, como construtos sociais, que realmente são” (R. Hiskes, 1998, 144).

“A consequência geral do risco moderno é a dissolução das distinções entre público e privado, entre identidades individuais e coletivas, entre o meu e o teu”. Ora, como “os riscos modernos são fenómenos emergentes”, estes exigem “respostas coletivas às ameaças sentidas em particular e ao reconhecimento dos deveres públicos na busca de fins e direitos privados”. Assim, “o risco exige que o cidadão seja definido não em termos dos privilégios garantidos pelo Estado para a prossecução de objetivos privados, nem mesmo em termos da relação global do indivíduo com o Estado”, mas como “pessoas que descobrem as suas identidades através das suas relações com outros, relações (incluindo aquelas ditadas por riscos) caracterizadas por ações em resposta ao risco, que definem um discurso público. Essas relações pressupõem novas responsabilidades para os indivíduos como pessoas cívicas” (R. Hiskes, 1998, 147).

“Os riscos da nossa era tecnológica são diferentes daqueles desafios individuais históricos que compõem grande parte da mitologia da democracia liberal” (Hiskes 1997, 28) e impulsionam a “cidadania emergente”.

A “cidadania emergente”: (i) pressupõe que “a cidadania defina um tipo de atividade relacional em vez de um tipo de garantia privada e que “os cidadãos emergem de indivíduos privados por meio do exercício da *autonomia* dentro de um contexto cívico”; (ii) requer o reconhecimento da “responsabilidade individual” por uma “vulnerabilidade emergente”, que “ninguém sozinho causou”; (iii) pode exigir dos *indivíduos* um “dever de participação”, que consumirá “tempo, esforço e até sacrifício”; (iv) impõe o dever dos *cidadãos* se tornarem “participantes ativos de um discurso público sobre riscos e responsabilidades”, pois “é nesse discurso que podem ser encontradas soluções para os riscos, na busca e exercício do julgamento político coletivo”; e (v) exige “cidadãos emergentes”: (a) cujas “identidades” são definidas não pelas “características privadas dos indivíduos (por exemplo, razão, direitos, etc.)”, mas pelas suas “relações cívicas com os outros”; (b) cujas “ações políticas” são a “manifestação dessas relações no que se refere ao risco, quer dentro quer fora das instituições políticas atuais (portanto, potencial-

mente criando novas instituições”); e (c) cujas “deliberações coletivas” chegam a “decisões que elevam o julgamento coletivo em vez do conhecimento técnico como a voz autoritária na política de risco” (R. Hiskes, 1998, 147).

*Hiskes* argumenta que os riscos modernos tornam “a *autonomia* um conceito quimérico de um passado distante, um tempo inocentemente otimista”. No entanto, os “riscos modernos são produto da ação humana; os riscos não são autônomos, mas meramente coletivos: manifestações emergentes de escolha e ação coletiva. Eles podem ser controlados, e controlados democraticamente, isto é, de forma a proteger o igual direito de cada pessoa ‘que se envolve numa atividade comum... comum pelo ambiente de risco tecnológico que os gera, onde o controle, até mesmo a liberdade, ainda pode ser estabelecido por indivíduos envolvidos conjuntamente na tentativa de retomar a autoridade sobre as suas vidas arriscadas’. Como *indivíduos*, somos impotentes diante do risco moderno; como *pessoas públicas* envolvidas reciprocamente, partilhando uma identidade definida pelo risco moderno, podemos tomar decisões, realizar ações autônomas num sentido democrático de igualdade e de reforço do poder mútuo. Ou seja, como cidadãos numa democracia, podemos reivindicar liberdade e poder sobre as nossas vidas coletivamente arriscadas” (R. Hiskes 1998, 149).

*Hiskes* parte da constatação de que um “processo político” percebido como uma “combinação da busca de interesses individuais” com a “aplicação de conhecimento técnico e consultoria” não leva à “resolução da maioria das controvérsias de risco”, porque tal “convergência de interesses e conhecimentos conflitantes” frequentemente “agravou” o processo político e não o “melhorou”.

As razões por trás desta “falha política” são “ontológicas” e “epistemológicas”. Ao nível “ontológico”, porque a “natureza do risco como fenómeno emergente” não é passível de uma “política” baseada num conjunto de “concepções reducionistas” de *interesse, consentimento, autoridade, direitos e responsabilidade*, deve esperar-se, que “as soluções para problemas emergentes”, sejam, elas próprias, “emergentes”. Ao nível “epistemológico”, o “reducionismo da política liberal” deixa os *formuladores de políticas* sem saber “como proceder ao enfrentar os riscos”. É que, o “sistema de conhecimento” sobre o qual o liberalismo se baseia procede ao longo de uma “compreensão instrumental da racionalidade”, presumindo que “fenómenos complexos” são melhor compreendidos por meio da “desagregação inteligente” nas suas “partes componentes” (Dryzek 1990, 6). Todavia, como “os riscos de fenómenos emergentes não podem ser desconstruídos de forma frutífera”, os *formuladores de políticas liberais* (assim como os *cidadãos*) estão “epistemologicamente” a navegar na sua abordagem do risco (R. Hiskes 1998, 150).

Embora *Aristóteles* e, hoje, *Hannah Arendt* e *Thomas Pangle* convidem todos os cidadãos para a “participação na vida teórica”, no nosso tempo é “a ciência

e os seus praticantes”, quem mais frequentemente reivindica a “sabedoria para tomar decisões políticas” (Pangle, 1992, 120). Esta afirmação é a base do argumento de que “a ciência deve ter total autonomia sobre a sua própria *governance* e nas decisões sobre como os seus produtos são colocados para uso social”. Mas, “tais reivindicações de autonomia causaram mais disputas políticas sobre riscos do que resolveram” (Helen Longino 1986).

Como o “ideal grego de sabedoria prática” não está prontamente disponível para fornecer a “prontidão epistemológica para lidar com o risco”, a “alternativa”, segundo *Hiskes*, repousa na visão de que “a política é menos sobre *verdades*, e mais sobre *juízos coletivos* respeitantes ao *bem público*”. Em abono deste entendimento, cita *Benjamin Barber*, o qual oferece a sua concepção de “juízo político” como “a alternativa democrática à *phronesis* elusiva”. Fundamentado numa “negação pragmática de que a teoria está separada do reino da prática”, “o *juízo político* é ‘pensamento público’, onde a ênfase está no aspecto *político*, ‘público’, em vez do elemento *cognitivo*, ‘pensante’” (R. Hiskes 1998, 151).

*Barber* diz que o “*juízo político*”, por um lado, “funde o juízo público e a ação coletiva num discurso democrático”, baseando o seu “argumento” na “experiência anglo-americana com a *praxis*” e nos “teóricos da ação política como *Burke*, *Tocqueville* e *Dewey*”. O “juízo político”, por outro lado, é construído como uma “função comunitária”, que “pode ser exercida apenas por *cidadãos* interagindo uns com os outros no contexto de deliberação e decisão mútuas”. O autor admite que “indivíduos solitários” podem fazer “juízos morais ou estéticos”, “juízes solitários sentados no tribunal” podem fazer “juízos legais”, mas os “cidadãos” podem produzir “juízos políticos” apenas como um “corpo agindo coletivamente”... O “juízo político” é algo produzido pela “política” e não pela “cognição”... [e] o “juízo político” é “a multidão deliberando, a multidão em ação” (*Barber* 1988, 200, 209 e 210). O “juízo político”, finalmente, “é adequado exclusivamente à democracia”, porque “maximiza a interação” e, assim, garante “a diversidade e a generalidade”, que são cruciais para o “juízo prudente” (*Barber* 1988, 200). Pressupõe também claramente, no entender de *Hiskes*, uma “ampliação da participação política” e, portanto, requer “alterações nas instituições políticas da maioria dos sistemas democráticos contemporâneos”, embora em “deliberações políticas, que envolvem risco, o juízo político não é o mesmo que especialização técnica” (R. Hiskes 1998, 151).

De facto, “o juízo dentro do projeto da ‘democracia forte’ de *Barber* não substitua necessariamente a especialização na tomada de decisões políticas, ele substitui a perícia assim como a voz dos cidadãos substitui a especialização técnica dentro de uma política de risco fortemente democrática”. A “experiência”, conclui *Barber*, “pode facilitar o juízo, mas não constitui juízo”

(Barber 1988, 201). As “decisões de risco” precisam ser informadas por “consultadoria especializada”, mas, no final, elas “suscitam as mesmas questões sobre alocação de recursos e aceitabilidade de risco, que todas as questões políticas. Do ponto de vista da “tomada de decisão democrática, as questões de risco não são diferentes de outras escolhas políticas”. Portanto, na visão de *Barber*, “as decisões de risco devem emergir dos mesmos processos fortemente democráticos, que produzem o julgamento político noutras áreas”. Deste modo, “o julgamento político, conforme interpretado por *Barber*, parece especialmente adequado como objetivo da política de risco, porque expressa o mesmo caráter emergente que os próprios riscos” (R. Hiskes, *Idem*).

Uma abordagem semelhante é adotada por *John Dryzek* no seu “projeto de instituições democráticas ‘discursivas’”. Seguindo *Habermas*, *Dryzek* vê a *política liberal* como “a dominação da racionalidade instrumental ao serviço de ‘interesses desagregados’, levando à perda da comunidade, da democracia, da liberdade individual e da espontaneidade e à criação de um sistema burocrático que embrutece o discurso político real e, significativamente, ‘impossibilita uma análise política eficaz e apropriada’” (*Dryzek* 1990, 4-6). Mas, em oposição à “repressão da razão instrumental e à política de dominação” que ela gera, oferece o que chama de “racionalidade discursiva”, ideia similar à de *Habermas* de “racionalidade comunicativa” aplicada às possibilidades desencadeadas pelas tecnologias de comunicação contemporâneas”.

*Dryzek* não nega, que essas *tecnologias* sejam o produto do “desenvolvimento” da “aplicação da racionalidade instrumental em busca do lucro e da dominação” e, como tal, apresentam “riscos de repressão e uniformização”. No entanto, esses mesmos “desenvolvimentos” permitem também “a reconstrução discursiva e crítica do mundo da vida”. O autor desloca o plano de observação, do *direito* para o *diálogo*: “os sujeitos podem coordenar as suas ações por meio da fala, em vez do cumprimento impensado das normas, e é por meio da fala que um ataque pode ser lançado contra a racionalização instrumental. Até agora, a racionalidade instrumental levou a melhor sobre esse conflito... no entanto, a resistência baseada na reflexão, fala e ação comunicativa continua sendo uma possibilidade” (*Dryzek* 1990, 12).

Todavia, para *Hiskes*, nem a visão de *Barber*, nem a de *Dryzek* sobre a “formulação de políticas democráticas”: (i) “partilham a crença na necessidade de uma esfera muito mais ampla de deliberação cidadã na tomada de decisões, especialmente em áreas de políticas de risco, que abrangem interconexões especialmente complexas entre as vidas de cidadãos individuais”; (ii) “veem essa necessidade como uma resposta à crescente ameaça à *autonomia* individual representada pelas tecnologias modernas (como produtos da racionalidade instrumental) e aos riscos, que elas apresentam; e (iii) “percebem plenamente”, que “é o *status* onto-

lógico dos riscos tecnológicos modernos, que torna as transformações políticas, que eles buscam, tão apropriadas”.

Para *Hiskes*, “os riscos emergentes podem ser confrontados com sucesso apenas por meio de um julgamento coletivamente racional que ‘emerge’ por meio de um processo livre de conversa e troca mútua. Qualquer outra racionalidade ou julgamento corre o risco de um reducionismo falacioso ou de uma reivindicação inaceitavelmente antidemocrática de autoridade baseada em sabedoria sobre-humana”. Ou seja, “a natureza emergente dos riscos só pode ser enfrentada *democraticamente* adotando o desenho discursivo para as instituições, que Dryzek propõe, instituições que operam como os anfiteatros dentro dos quais emerge o julgamento político de *Barber*”. A imagem do “anfiteatro” como “o *locus* do discurso político democrático sobre o risco” foi escolhido deliberadamente por *Hiskes*, porque “a natureza dos riscos modernos, que afetam a identidade garante aquele mais [*plus*] do que apenas interesses estarão em conflito nas batalhas discursivas sobre a política de risco” (R. Hiskes 1998, 152).

### 3.2. O CONSENTIMENTO EXPRESSO E A PARTICIPAÇÃO NA DEFINIÇÃO E GESTÃO DOS RISCOS

Com base no projeto de Carta da Comissão Económica das Nações Unidas para a Europa em matéria de direitos e deveres ambientais<sup>28</sup>, *Alexandre Kiss* defende que o “princípio de que todas as pessoas têm direito a um ambiente favorável à sua saúde e ao seu bem-estar geral” é preenchido pelos seguintes direitos: (i) o “direito à informação”; (ii) o “direito de participar no processo decisório e de dispor de todas as informações necessárias ao exercício desse direito”; (iii) o “direito a vias de recurso adequadas para fazer cumprir os procedimentos ou obter reparação”; e (iv) o “direito de ter uma atividade contrária às regras de conservação ambiental aplicáveis reduzida ou imediatamente interrompida” (A. Kiss, 1985, 84 e 85).

*Carla Gomes* corrobora a perspectiva de *Kiss*, no sentido de que é a “componente essencialmente procedimental”, o que justifica a “autonomia dogmática” do “direito ao ambiente enquanto direito à qualidade de vida”, relativamente aos denominados “direitos clássicos”, e menciona, a este propósito, o princípio 10 da Declaração do Rio, bem como a Convenção de Aarhus<sup>29</sup>. O princípio 10 “aponta justamente para esta dimensão procedimental” e, através dele, ficou “consagrado o recurso dessas decisões em caso de vício de forma ou quando delas resultem prejuízos”, embora “os direitos à informação, à participação na vida pública, à protecção

28 O Projeto foi adotado pelos peritos reunidos em Oslo de 29 a 31 de outubro de 1990.

29 É objetivo expresso desta Convenção *garantir os direitos dos cidadãos* no que respeita: (i) ao acesso à informação; (ii) à participação do público em processos de decisão e (iii) ao acesso à justiça.

jurisdicional, são [já] reconhecidos, enquanto instrumentos de aplicação geral, na grande parte das convenções e declarações internacionais dedicadas aos direitos do Homem”. Portanto, é através dos “direitos de participação”, que “os particulares são chamados a desempenhar” um “papel” relevante no contexto da “vertente procedimental da protecção jurídica ambiental” (Carla Gomes 2007, 29).

No ensino sobre os problemas que o risco coloca à teoria da Constituição, *Gomes Canotilho* observa, que há fundamentalmente dois: o primeiro consiste em “saber se ela pode contribuir para a *modernização reflexiva*”, e o segundo preocupa-se em “saber se ela pode reabilitar a virtude aristotélica da *prudencia*, que outra coisa não é senão a escolha racional de decisões em situações de incerteza”. Esta exigência decorre do “Estado de Direito democrático”, porque nele as “opções, fundamentais para a vida da comunidade deverão ser tomadas pelos representantes eleitos pelo povo, e de preferência precedidas de debate público, tão mais abrangente quanto a relevância da decisão sobre o risco em concreto se desenhar relativamente ao *modus vivendi* dos cidadãos” (G. Canotilho 2003, 1304-1305).

Para *Hiskes*, a “democracia do risco” apresenta um sério desafio à definição da “cidadania do liberalismo”, pois exige, no mínimo, que “os cidadãos reconheçam a diminuição da sua esfera privada e a sua substituição por uma esfera muito maior de envolvimento público. Às vezes, a onnipresença do risco pode até mesmo dissolver completamente a linha entre a vida pública e a privada” (R. Hiskes 1998, 154).

*Hiskes* soube também observar, que “há nos riscos modernos uma dimensão *comunitária*, que colide com a dimensão *individual*<sup>30</sup>, e põs em evidência os paradoxos dessa colisão: “se os próprios riscos não são redutíveis à ação individual ou às pessoas neles subsumidas, como podem os indivíduos possuir isoladamente o direito de escolher entre aceitá-los ou rejeitá-los?”. E se “comunidades inteiras” exigem uma “solução conjunta para riscos tecnológicos”, como podem elas “permitir a cada cidadão tal direito e liberdade para impedir a escolha coletiva?”. O autor reconhece: por um lado, que “seria uma ironia de proporções históricas se os direitos políticos gerados na era da ciência moderna fossem questionados pela realização tecnológica do potencial de mudança mundial dessa ciência”; por outro lado, que “não se pode negar que os produtos arriscados da ciência e tecnologia modernas (incluindo simplesmente mais *conhecimento*) representam desafios únicos e imprevistos aos direitos articulados em documentos do século XVIII, como a Declaração de Independência, a Constituição dos Estados Unidos ou a

30 “Estão em jogo, de um lado, a liberdade pessoal e, de outro, os requisitos da vida social”. Na Constituição dos EUA, “a liberdade e a necessidade estão conjugadas num equilíbrio musculado, mas delicado. Os direitos sempre pressupõem esse equilíbrio de risco e responsabilidade. Muito pouco do primeiro rouba direitos do seu valor; uma insuficiência destes últimos reduz a sua eficácia” (R. Hiskes, 1998, 84).

Declaração da Direitos do Homem”. Aliás, “a ciência e a tecnologia modernas alteraram as discussões até mesmo sobre os direitos mais básicos da vida, privacidade, expressão e associação” (R. Hiskes, 1998, 84).

A “competência comunicativa para a participação em questões de risco” não requer “conhecimento técnico real”, mas “pressupõe envolvimento na esfera pública”, que está para além do que é atualmente típico de cidadãos liberais, que interpretam a garantia de liberdade da democracia de maneira excessivamente negativa”. A tomada de decisão sobre o risco exige, em suma, o *consentimento* dos cidadãos, quer como questão da sua própria *autonomia*, quer como requisito para o sucesso da política”.

Mas, “o *consentimento* tem de ser visto como algo que resulta dos atos dos cidadãos” (Carole Pateman 1979/1985, 88). O “*consentimento expreso* implica atividade por parte dos cidadãos”, portanto, é uma imposição no âmbito privado”. E se “o *consentimento* do risco não pode ser *tácito*”, então, “apenas uma expressão de *consentimento deliberativo* é aceitável quer para os cidadãos, quer para os formuladores de políticas conscientes das consequências das guerras do NIM-BY”. Mas o que a maioria dos argumentos para uma nova *prática democrática participativa* ignora é que a *participação* é uma imposição baseada explicitamente no *consentimento*. E é o *consentimento real*, não tácito, que se expressa explicitamente por meio da ação e da comunicação democrática competente. Levará tempo e esforço para se tornar comunicativamente competente, mas viver com risco garante que a definição de liberdade não pode mais ser puramente negativa – não pode tolerar a retirada do domínio público” (R. Hiskes 1998, 153).

“O envolvimento público em questões de risco é, portanto, um dever inescapável dos cidadãos democráticos, uma responsabilidade nascida da vulnerabilidade tanto de si como dos outros que vem do adiamento por muito tempo das decisões sobre o risco”<sup>31</sup> (R. Hiskes 1998, 153-154).

“Os *deveres de cidadania* invocados pelo risco” são uma “imposição”, e por o serem é claro que se exige algo mais do que a compreensão liberal de cidadania para viver livremente no nosso arriscado presente”. Amy Gutmann clarifica: “O liberalismo proíbe, que as escolhas coletivas interfiram na liberdade pessoal. A democracia promete refletir a vontade popular. Duas extremidades concorrentes não podem ser maximizadas simultaneamente. A democracia e o liberalismo fazem parte da companhia, quando escolhas coletivas ameaçam interferir na li-

---

31 Nestes casos, “a responsabilidade não é fácil nem equitativamente distribuída”. Os cidadãos tão afetados têm o direito de esperar uma compensação de uma comunidade grata”, mas, “eles não têm o direito automático de negar a vontade da comunidade. Os direitos dos cidadãos não se estendem à superação da política de risco proposta; garantem que cada voz será ouvida e o seu orador respeitado. A compensação é simultaneamente o reconhecimento e a medida desse respeito” (R. Hiskes 1998, 154).

berdade pessoal, ou a liberdade pessoal ameaça interferir na escolha coletiva” (Gutmann & Thompson 1996, 134).

Partindo da premissa de que “*democracia e risco* sempre foram conceitos afiliados” observa que “não deve surpreender, que parte da resposta às ameaças, que os riscos tecnológicos apresentam, tenha sido um aumento na *participação política* dos cidadãos, que serão os mais afetados por novos riscos”. Pode dizer-se até que “os riscos revigoraram a *participação democrática* até certo ponto” (R. Hiskes 1998, 7).

Na linha da “teoria da aprendizagem transformativa” (Mezirow 1991), fala-se em “comunidades de aprendizagem” (Ródenas, Olea, Cuxart & Pulido 2010) e em “aprendizagem humana” (A. Benjamin 2008). McIlwain não utiliza expressamente o termo “aprendizagem”. Mas, referindo-se às “limitações legais” contidas nas “*bills of rights*”, diz o seu equivalente: elas são “o resultado amadurecido de séculos de tentativa e erro” (McIlwain 1947, 142). Esta consideração da *aprendizagem constitucional* é louvável.

Ora, Hiskes compreende o referido “*legado participativo*” também como decorrendo da “aprendizagem”, embora se encaminhe no sentido, que permite conhecer os riscos “ontologicamente” como “fenómenos coletivos emergentes irreduzíveis”, i.e., como “riscos ontológicos partilhados apenas com sistemas políticos democráticos”. Aliás, a *democracia* partilha com o *risco* a característica da *emergência*, na medida em que “a democracia só pode realizar-se na sua forma emergente”, por ser “o produto único e permanente da atividade conjunta dos cidadãos - e não apenas de um ou vários deles, como no caso das monarquias ou das formas aristocráticas de governação” (R. Hiskes 1998, 7).

Para além de *unitária*, Dicey considerava a democracia como *autocorretiva*, na interpretação de Paul Craig (1990 105). Se conjugarmos então as ideias que deixámos ditas, poderemos concluir que só quando há liberdade de escolher e assumir riscos e de os rejeitar, bem como participação política esclarecida, dialógica e aberta à autocorreção das pré compreensões é que os processos de aprendizagem transformativa ocorrem nas comunidades democráticas.

Para Sunstein, a *participação política* desencadeia a “mobilização cidadã” e esta é um “bem público”, na medida em que inculca “compromissos políticos, compreensão e a prática da cidadania”. Mas, se é óbvio que “dentro do tribunal liberal a moeda dessa política individualista é a ideia de direitos” - como posteriormente melhor veremos -, a questão que Sunstein suscita é se “há algo além da ideia de direitos dentro da visão liberal da política, que possa ressuscitar a prática da cidadania para além dos limites do tribunal” (Cass Sunstein, 1990, 60). Hiskes responde a esta questão, invocando questões mais profundas para a teoria liberal: (i) “o que há para além ou em acréscimo aos direitos dentro do fundamento

moral da sociedade liberal?"; (ii) "os direitos constituem toda a teoria moral liberal" e, em caso afirmativo, "que esperança há para decidir as questões morais, que surgem em torno das consequências dos riscos tecnológicos modernos?". O professor americano reconhece que "essas questões resultaram, na sua maioria, em impasses políticos e em políticas, que colocam em risco não apenas o futuro material da sociedade, mas também os direitos daqueles que poderão no futuro preenchê-la" (R. Hiskes 1998, 83).

Carla Gomes considera que uma "ética de responsabilidade ambiental não se constrói a partir de um direito individual", porque "a força das leis de proteção ambiental depende fundamentalmente da convicção dos seus destinatários de que a alteração das condutas a favor do ambiente pode ser a resposta - ainda que daí a muitos anos ou séculos - para uma equação de vida ou morte dos seus sucessores" (Carla Gomes (2007, 80). Também para Barber, "é apenas através do esforço coletivo necessário para tomar decisões que um novo tipo de liberdade pode ser alcançado em relação ao risco, uma liberdade não de todos os riscos, mas do medo e da incerteza (para não mencionar as consequências perigosas), que os riscos instilam quando não são permitidos no domínio do discurso público. Além disso, esta é uma liberdade que busca a *autonomia* não por meio do isolamento ou por meio de atribuições abstratas das habilidades cognitivas privadas e dos direitos metafísicos dos indivíduos. Em vez disso, a liberdade alcançada por meio da *negociação* democrática de riscos é uma *liberdade positiva* que leva à autonomia social por meio da ação no mundo. É a verdadeira *liberdade política*, "a liberdade de julgar, de escolher, de agir quando os fundamentos da escolha não são dados *a priori* ou por *fiat* ou por cognição irrecusável. fazer julgamentos sem guiar padrões ou determinar normas, mas sob uma pressão inelutável para agir" (Barber 1988, 206).

Barber (1988) e Dryzek (1990) insistem, que "não é necessário, que os cidadãos se tornem especialistas em qualquer sentido antes que a sua contribuição para o discurso político tenha valor". "A maioria dos raciocínios morais e disputas políticas envolvem os cidadãos conforme eles percebem os impactos e riscos imediatos da disputa, e é a eles que os cidadãos respondem". Para Donald Moon (1993, 214) "o discurso político deve ser tolerante, aberto e voltado para a aprendizagem política dos cidadãos" e "os cidadãos não precisam de se tornar especialistas em tecnologia, moralidade ou filosofia, mas a aprendizagem é necessária, e isso é uma solicitação, quer das instituições quer dos cidadãos" (*apud* R. Hiskes 1998, 155).

"A *democracia deliberativa* garante aos cidadãos a oportunidade de considerar questões coletivamente", mas, ao contrário de outros *modelos participativos*, "a *democracia deliberativa* leva em consideração o ônus da ação política e as vantagens da divisão do trabalho" (Gutmann 1993, 143). "A *democracia deliberativa*

faz da *autonomia* o seu objetivo”, mas, como observa *Gibson*, esta é uma *autonomia* encontrada nas relações e nas discussões com os outros. Tal *autonomia* não pressupõe governo popular no sentido de democracia direta; assim, é possível conceber instituições que forneçam a responsabilidade exigida pela autonomia sem exigir supervisão constante dos cidadãos” (R. Hiskes 1998, 155-156).

Segundo *Gutmann*, “um modelo suficientemente deliberativo de política democrática para o risco” pode “mediar” a diferença entre “o liberalismo e a política do risco”, porque “a *democracia deliberativa* percorre um longo caminho para “reconciliar a democracia com o liberalismo ao aliar-se à *autonomia*, compreendida como autodeterminação por meio da deliberação” (Gutmann 1993, 128). Esta é uma “interpretação diferente da *autonomia*”, perfilhada pelo “liberalismo tradicional”, mas “é aquela que, em sua semelhança familiar com seu antepassado liberal, pode, por meio da deliberação democrática, suavizar a transição para uma nova realidade política” (R. Hiskes 1998, 156).

Os “efeitos comunitários dos riscos modernos são um tanto paradoxais”. Como “afetam não apenas os interesses, mas também os valores e as identidades, eles unem as pessoas de uma forma potencialmente envolvente à comunidade”. De facto, “os riscos tecnológicos às vezes até parecem criar novas comunidades, seja de vítimas locais de riscos de localização, de *hackers* na Internet ou de portadores de doenças recém-identificadas”. Em geral, “o impacto dos riscos modernos emergentes é reforçar a interconexão das vidas individuais; isso parece um estímulo comunitário”. Mas, por outro lado, “os riscos modernos chamam a atenção para os diferentes valores, entendimentos e identidades de qualquer lado de qualquer problema de risco que se ocupe. Assim, a política de risco coloca (em alguns casos recentemente concretizada) grupos de pessoas inelutavelmente em desacordo com outros grupos num grau que vai além do mero choque de interesses”. “Em suma, os riscos tecnológicos emergentes unem e alienam” (R. Hiskes 1998, 157).

O *liberalismo* “depende excessivamente do *consentimento tácito*” como um modo de “legitimidade e obrigação política” e, como resultado, “estimula” um tipo de “*comunidade moral*” que permite que “os direitos sejam exercidos como trunfos” de uma maneira, que “impede a tomada de decisão política sobre riscos”. A “*comunidade moral* do liberalismo” permite, que os indivíduos permaneçam nos seus domínios privados, desvinculados da atividade política por uma questão de *liberdade negativa*, mas retendo o direito de impedir a ação da comunidade como um todo. Como os riscos minam estas marcas do liberalismo político, eles exigem que os cidadãos ajam, que considerem, deliberem e expressem. Ao fazê-lo, os riscos oferecem a oportunidade de redefinir o domínio do *consentimento* dentro dos mecanismos deliberativos da política democrática. Os riscos tornam possível o *consentimento expresso*” (R. Hiskes 1998, 157-158).

Por sua vez, “a *democracia deliberativa* requer mecanismos de *consentimento expresse*”, tal como acontece com a própria perspectiva de formulação bem-sucedida das *políticas de risco*. Assim, embora a *política de risco* não possa prometer uma “*comunidade moral*”, ela requer positivamente uma “comunidade unida na sua vontade de agir”, isto é, “uma “*comunidade puramente política*, não moral, definindo os seus membros e os seus entendimentos de maneira pragmática conforme surge a necessidade de decisões e na própria atividade de tomá-las”. Essa atividade não pressupõe nenhuma “comunhão partilhada pelos seus participantes” para além da “ação em que eles de facto participam coletivamente – a deliberação para decisão”. Mas essa própria atividade define uma comunidade, a “comunidade política de risco deliberadamente democrática” (R. Hiskes 1998, 158).

## II - O IMPACTO DO RISCO AMBIENTAL NA JUSTIÇA

### 1. A DELIMITAÇÃO DO ÂMBITO DE JURISDIÇÃO DO RISCO NA DOUTRINA PORTUGUESA

#### 1.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE JUSTIÇA E RISCO

Carla Gomes considera que “a submissão da Administração ao princípio da legalidade” e “a consagração do direito de acesso à justiça administrativa com vista ao controlo da validade das decisões do Executivo” “não podem ceder perante o alto grau de complexidade técnica das decisões sobre o risco”. Mas, se “o julgador não está funcionalmente habilitado a controlar a verosimilhança de uma explicação científica, nem a avaliar a operacionalidade de uma solução técnica”, tal “incapacidade funcional, na medida em que possa ser suprida, não deve afastar aquelas decisões da suscetibilidade de revisão judicial” (C. Gomes 2007, 327).

Em resposta à questão de saber “o que” muda no método jurídico tradicional, Suzana T. da Silva desdobra-a em duas questões, que incidem sobre “quem” controla a aplicação do direito: (i) tem de se “analisar e enquadrar a fase científica da avaliação do risco e a fase administrativa da *gestão do risco* no âmbito do controlo judicial”; (ii) “tem ainda que se analisar a intervenção administrativa no quadro da *responsabilidade pelo risco*” (T. da Silva 2012, 632)<sup>32</sup>.

32 Anote-se que a *avaliação do risco* se destina à “produção de *informação científica relevante*, baseada em toda a informação disponível”; a *gestão do risco* “assenta num juízo de prognose e de ponderação” no âmbito do qual são analisados “os efeitos que outros elementos” e “técnicas” podem trazer para a “redução do risco” (T. da Silva 2012, 623-624). Sobre a “*avaliação do risco*” (ou a “*avaliação de perigos*”) e a “*gestão do risco*” ver também Carla Gomes (2007, 333 ss. e 337 ss., respetivamente).

Vejamos mais detalhadamente os círculos de *delimitação negativa e positiva do âmbito de jurisdição* em matéria de decisões administrativas, que incorporam riscos.

### 1.2. A DELIMITAÇÃO NEGATIVA DO ÂMBITO DE JURISDIÇÃO: AVALIAÇÃO (CIENTÍFICA) DO RISCO

Na acomodação das “fases de avaliação do risco e de gestão do risco no âmbito do controlo judicial da decisão administrativa”, *Suzana Tavares da Silva* considera que não há muitas novidades porque “a *avaliação do risco* em si não é sindicável judicialmente” (T. da Silva, *Idem*).

### 1.3. A DELIMITAÇÃO POSITIVA DO ÂMBITO DE JURISDIÇÃO: GESTÃO (ADMINISTRATIVA) DO RISCO

Embora reconheça que, “na parte científica (a *avaliação do risco*)”, a decisão em si não é sindicável judicialmente, já na “parte da decisão administrativa (*gestão do risco*)”, *Suzana Tavares da Silva* defende que “a decisão é, tem de ser, permeável ao juiz”. São três as razões porque, em seu entender, o “controlo jurisdicional sobre as decisões administrativas em matéria de *gestão do risco*” deve ter lugar: (i) porque o tribunal, tal como a Administração, têm “acesso direto às normas constitucionais que consagram os bens jurídicos”, que são objeto de proteção”; (ii) porque se trata de “uma *ponderação* que as entidades administrativas fazem, com base nos resultados da avaliação do risco e dos parâmetros de gestão do risco, a que somam os instrumentos ao dispor das autoridades administrativas”; (iii) porque “o facto de se estar sempre no “domínio de uma *decisão administrativa discricionária*”, tal “não impede o controlo da decisão verificando a sua conformidade com os princípios jurídicos”, sendo certo que “não se trata já apenas dos clássicos princípios da proporcionalidade e razoabilidade”, mas também dos novos princípios da *precaução*, da *prevenção*, da *sustentabilidade*” (T. da Silva 2012, 633)<sup>33</sup>.

Mas, “não sendo de afastar o controlo judicial”, tem de se admitir que “o mesmo não se processa nos moldes típicos do método tradicional, mas sim com algumas alterações”. É que, “salvaguardada a margem reservada pelo direito do risco às formulações próprias do poder administrativo”, “a permeabilidade da decisão ao controlo judicial, que é inequívoca”: (i) “não se deve circunscrever à anulação de decisões que violem os princípios antes enunciados, mas coloca-se um problema quanto à extensão a outro tipo de situações”; e (ii) “o problema que se coloca no controlo destes atos” não se prende “exclusivamente com a questão dos limites funcionais do juiz administrativo”, mas também “exige outras adap-

33 Sobre o *princípio da precaução* ver a vasta bibliografia de *Alexandra Anagão* sobre essa matéria.

tações”, “exigem-se neste domínio outras adaptações à ‘new world order’ [Anne-Marie Slaughter] assentes no desenvolvimento dos mecanismos da ‘judicial dialogue’” (T. da Silva 2012, 633-634).

A “submissão ao controlo jurisdicional” apresenta vantagens em matéria de *estabilização relativa e geral*: (i) constitui um “fator de *estabilização relativa*”, na medida em que “força a Administração a aperfeiçoar a sua abordagem aos fenómenos técnicos, apurando os critérios de escolha e aprofundando a fundamentação”; (ii) “a possibilidade de intervenção dos tribunais no domínio das decisões sobre o risco com uma forte componente técnica tem também um *efeito estabilizador geral*, dado que contraria (em certa medida, pelo menos) a ideia de que a sociedade de risco é dominada pelos cientistas e técnicos, alheios ao tipo de ponderações que a prossecução do interesse público impõe” (C. Gomes 2007, 327).

“O juiz - quer cível, quer administrativo - não é alheio à problemática do controlo de atos com uma componente técnica, nomeadamente ao nível do contencioso da responsabilidade”. Aliás, “a fórmula das *leges artis* sempre norteou as decisões jurisdicionais que envolvem a apreciação da culpa dos agentes na prática de atos funcionais para efeitos de arbitramento de indemnizações por facto ilícito”. Todavia há alterações, na medida em que “a causalidade a constatar entre o facto alegadamente ilícito e o dano dele decorrente afere-se com base em meros juízos probabilísticos, assentes em dados da experiência comum e puramente empírica. No fundo, a fórmula das ‘boas práticas’ representa um primeiro estágio de controlo jurisdicional da observância do princípio da prevenção, na medida em que recorre a nexos causais estabelecidos com uma margem de erro mínima, e pela positiva” (Carla Gomes 2007, 328.)

## 2. RESPONSABILIDADE CIVIL, ATIVISMO JUDICIAL E NATUREZA DAS QUESTÕES DE RISCO NA DOUTRINA AMERICANA

### 2.1. O RISCO DE ATIVISMO JUDICIAL POR SUJEIÇÃO DO RISCO SOCIAL AO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Em Portugal, a função administrativa admitiu a incorporação da técnica e do risco, num processo de evolução, que registámos num ensaio, já citado, para o qual remetemos (João Albuquerque 2023). Por outro lado, o quadro jurídico português “não contempla, em termos gerais (nem na Constituição, nem na LBA<sup>34</sup>), qualquer alusão ao princípio da precaução”, pelo que não obstante “a

34 O art. 41.º/1 da Lei de Bases do Ambiente (LBA) “não permite retirar tal conclusão, quando estabelece que «Existe obrigação de indemnizar, independentemente de culpa, sempre que o agente tenha causado danos significativos no ambiente, em virtude de uma acção especialmente perigosa, muito embora com respeito do normativo aplicável» (Carla Gomes 2007, 251).

existência, ao nível do Direito Administrativo, de uma cláusula geral de responsabilização objectiva pelo risco da Administração Pública”<sup>35</sup>, conclui que “não existe um princípio geral de responsabilidade objectiva no âmbito ambiental”, pelas razões que desenvolve (Carla Gomes 2007, 251 ss.). Assim, porque, se deve concluir que “a potencial extensão dos efeitos de riscos tecnológicos” constitui um “obstáculo ao seu ressarcimento, no quadro do instituto da responsabilidade (mesmo objectiva), por parte dos poderes públicos”, as quantias a pagar a “título indemnizatório” do *dano ecológico* só podem ser “exclusivamente afetas à reconstituição natural do dano ou à constituição de um fundo de apoio às políticas de preservação e promoção da qualidade ambiental (ou seja, não existe circularidade directa entre credores e devedores da indemnização)” (Carla Gomes 2007, 254)

Diversamente, o sistema de justiça do direito civil americano adotou, a partir do final da década de 1960, a premissa de que “as indemnizações por danos civis, que aplicam as regras da *“liability rules and statutory rights”*, podem regular de forma otimizada todas as fontes de risco social”. Assim, com base nessa “premissa”, os “tribunais civis americanos tornaram-se a instituição mais poderosa do Estado moderno para regular o risco” (G. Priest 1990, 207)<sup>36</sup>. Ora, “uma vez que as questões de justiça ou de direitos estão no centro de muitos debates sobre riscos”, Hiskes admite que “pode parecer lógico que o sistema jurídico se envolva no seu julgamento, especialmente como uma espécie de último recurso, dado o vazio de ação autoritária noutros locais” (R. Hiskes 1998, 75). No entanto, o autor tem uma posição pessimista por considerar ser uma “má ideia” “confiar nos tribunais para fazer política para o risco tecnológico, por várias razões, que se dirigem ao cerne do sistema judicial (do *common law*) e à natureza do risco moderno”.

A primeira razão prende-se com o “ativismo judicial”. É que, “a formulação de políticas por figuras públicas não eleitas” parece uma abordagem manifestamente “antidemocrática”. Embora se trate de uma “queixa comum contra o ativismo judicial”, a verdade é que, para as “decisões relativas à distribuição do risco”, tal queixa reveste um “poder especial”. Basta pensar que os riscos em questão em muitos casos civis “não têm precedentes nem na história da ciência nem no direito, os juízes têm pouca orientação sobre como aplicar regras de precedentes”<sup>37</sup>. A segunda razão vai

35 Com sede no artigo 8.º do DL 48.051, de 21 de Novembro de 1967 - que tem sido utilizada pela jurisprudência sobretudo no domínio das actividades da polícia de segurança -, que cobre prejuízos especiais e anormais” (Carla Gomes 1999, 415 ss.).

36 Sobre regras de responsabilidade e incerteza sobre direitos de propriedade (Stewart Sterk, 2008).

37 Hiskes fornece dois exemplos. O primeiro, respeita a “litígios relativos à localização”, os quais “assumem um nível de urgência diferente quando o risco colocado pela construção persiste não só durante uma ou duas gerações (como nos casos, por exemplo, de habitação de baixos rendimentos), mas durante milhares de anos (como no caso da eliminação de resíduos nucleares)”. O segundo, relaciona-se com as ações que envolvem paternidade ou a guarda de filhos, as quais “foram mudadas para sempre quando as definições de maternidade ou paternidade exigem adjetivos prefatórios como ‘genético’, ‘nascimento’, ‘biológico’ ou ‘doador’. Sem a orientação oferecida por decisões anteriores, que podem ser realisticamente usadas até mesmo como análogas - mesmo que não exatamente como precedentes jurídicos, os juízes precisariam de exercer um grau de discricionariedade sobre o futuro, que excede em muito qualquer definição existente de ativismo judicial” (R. Hiskes 1998, 75).

para além do impacto produzido pelos novos riscos tecnológicos e pelos litígios que os acompanham, na medida em que há outros aspetos do “funcionamento quotidiano dos tribunais”, que os “desqualificam” como “autoridades adequadas para a resolução de litígios sobre o risco tecnológico”. Acresce que o “poder de decisão política” de qualquer tribunal “aguarda”, que um caso lhe seja apresentado, e a natureza de qualquer caso individual pode “prejudicar a eficácia política”, que emerge da sua decisão. Isso pode acontecer de várias maneiras.

Em primeiro lugar, os “litigantes” nos processos cíveis nem sempre manifestam as mesmas “características económicas, étnicas ou educativas”. Daí resulta que “as instalações tecnologicamente arriscadas estão mais frequentemente localizadas em zonas empobrecidas do que em zonas abastadas”.

Uma segunda forma de prejuízo emergente da política de risco baseada judicialmente deriva do que Peter W. Huber, citando o químico do Nobel Irving Langmuir, chama de “*pathological science: the science of things that aren't so*” (Peter W. Huber 1990, 98). A ciência patológica entra na sala de audiências sob a forma de alegados conhecimentos científicos, geralmente pagos por advogados que representam ambas as partes pelo seu testemunho ‘especializado’, que é discutível ou, simplesmente, falso. Como acreditar em tais testemunhas? Em primeiro lugar, explica Huber, muitas das “áreas mais acrimoniosas e problemáticas do contencioso de risco estão hoje no que os tribunais rotularam de ‘fronteiras do conhecimento’. Lugares onde ‘o dedo factual aponta’, mas ‘não conclui’ (Huber 1990, 100). “Os cientistas discordam amplamente sobre o grau de risco representado por tal exposição e, portanto, os testemunhos de especialistas – especialmente se comprados e pagos - também podem variar até o ponto de contradição”. No entanto, os tribunais “tornaram-se cada vez mais dispostos a decidir questões factuais que os cientistas tradicionais consideram não resolvidas e a conceder julgamentos com base em alegações científicas que poucos cientistas apoiariam” (Huber 1990, 101) (R. Hiskes 1998, 75-76).

Para *Carla Gomes*, a *perícia* no quadro do “amparo da técnica no procedimento de avaliação de riscos é inelutável”, quer na Administração, quer nos tribunais. Com efeito, “a Administração faz-se cada vez mais auxiliar de profissionais que lhe traduzam a factualidade técnica subjacente à emissão da decisão, integrando esses peritos na sua estrutura ou apelando à colaboração de entidades privadas”. Quando tal sucede, “decisiva para a preservação da legitimidade das decisões administrativas é a vinculação ao parecer técnico apenas quando negativo, conservando a Administração a margem de ponderação valorativa que lhe é coessencial enquanto função determinada pela melhor prossecução do interesse público no respeito pelos direitos dos particulares” (Carla Gomes 2007, 341, que cita o art. 266.º/1 da CRP).

Nos tribunais: por um lado, “o perito deve ser apenas um auxiliar, não podendo substituir-se ao juiz”<sup>38</sup>; e, por outro lado, “o juiz não deve sentir-se inibido de pedir a reavaliação da situação”, “mesmo perante diretivas de autovinculação administrativa que perfilhem uma determinada solução”<sup>39</sup>.

Para Hiskes “hoje em dia, a perícia científica está tão frequentemente diante do tribunal que permanece um mistério a razão pela qual tão raramente está em evidência por trás dela”. O autor suscita o paradoxo de “poucos juízes” terem uma “formação extensiva em ciência”, mas serem chamados a “julgar e a atribuir indenizações de montante elevado com base em testemunhos científicos muito arcanos”. A sua posição é pessimista: “a crescente prevalência de tais veredictos não augura nada de bom para a autoridade continuada dos tribunais em litígios cientificamente definidos” (R. Hiskes 1998, 76-77 cita Huber 1990, 113).

Mais preocupante é a percepção de que a sociedade liberal como um todo tem um problema epistemológico em tomar decisões de risco para os tribunais em primeiro lugar. Os juízes não podem tomar boas decisões de risco porque essas decisões não podem ser tomadas no ambiente *ad hoc* e contraditório dos casos de direito civil. Estes casos pressupõem uma ontologia do risco demasiado individualista, mesmo solipsista: postulam que os litigantes são indivíduos distintos com relações totalmente separáveis e contraditórias em relação ao risco moderno. Mas a natureza emergente do risco moderno afasta-nos desses pressupostos. Os riscos tecnológicos alertam-nos para a indissociabilidade das nossas vidas. Estes riscos são o produto das nossas vidas em conjunto e das decisões coletivas que tomamos e tomámos sobre coisas como a energia, os transportes, a distribuição do dinheiro da investigação científica, ou quais as ameaças a visar para a erradicação. As nossas decisões, em alguns casos, surgiram ao longo de cem anos ou mais de desenvolvimento – desenvolvimento tanto da ciência e da tecnologia quanto dos estilos de vida evidentes na sociedade como um todo que dependem deles. Não podem ser anuladas numa única sala de audiências por um juiz cientificamente mal informado em resposta a uma queixa apresentada por um único indivíduo contra outro” (R. Hiskes 1998, 77).

Finalmente, “a sala de audiências não pode ser a fonte de autoridade sobre decisões de risco porque, em última análise, as batalhas judiciais diminuem o papel de padrões morais, como a culpabilidade ou a responsabilidade pessoal, sobre os quais esses casos aparentemente se baseiam. Esta é uma consequência

38 “Todavia, a complexidade das matérias tende a confrontar o julgador com a sua ignorância, a enredá-lo nas contendas entre os peritos, e a seduzi-lo a subordinar-se acriticamente à teoria que recolhe o maior consenso - facto que, pelo menos do ponto de vista material, afronta o princípio da independência do juiz” (Carla Gomes 2007, 328, que cita o art. 203.º da CRP).

39 “Não só estas diretivas são destituídas de eficácia externa como, mesmo se a tivessem, por força de estarem sempre subordinadas a uma condição de revisibilidade em virtude do eventual surgimento de novos dados científicos que as ultrapassassem, estão condenadas a uma existência intrinsecamente precária” (Carla Gomes 2007, 328-329).

irónica da crescente dependência dos tribunais para decisões de risco, porque os indivíduos recorrem explicitamente ao tribunal para solicitar ao juiz a aceitação da sua posição moral, com base nas suas próprias interpretações dos seus direitos” (R. Hiskes 1998, 77).

Por outro lado, “o aumento do tempo despendido nos tribunais em litígios relativos a questões de risco foi o resultado de duas novas definições jurídicas. A primeira é que ‘a função predominante do direito moderno é alocar o risco’ (Priest 1990, 209). Esta é uma consequência inevitável do reconhecimento do papel do risco e da consciência do risco na vida moderna e, em certo sentido, não é realmente substancialmente diferente de outras definições de justiça social que estão na base de qualquer sistema jurídico” (R. Hiskes 1998, 77-78). A segunda prende-se com “a nova definição, no direito civil contemporâneo, do conceito de responsabilidade pelo risco. A responsabilidade jurídica já não está associada à questão de quem causa o risco, mas sim a quem contribui para o mesmo<sup>40</sup>. Este foco na contribuição e não na causalidade é uma razão crucial para a explosão dos litígios de risco, porque, pela definição da vida social, cada ação tomada por um indivíduo contribui potencialmente para o risco enfrentado por outro”.

Como explica *George Priest*: “o nosso direito moderno, dedicado ao controle do risco, concentra-se menos na causalidade estrita do que na contribuição para a ocorrência do dano.... O novo regime de controle de riscos amplia, assim, enormemente a oportunidade de penhora da responsabilidade legal, bem como a importância do direito civil como instrumento de controle social. O nosso direito civil moderno incentiva o contencioso como instrumento de internalização de custos para controle de riscos.... Assim, praticamente todas as ações de cada cidadão ficam sujeitas a potencial revisão legal, porque cada ação aumentará o risco de alguma perda de alguma forma” (Priest 1990, 214). Deste modo, “definir a responsabilidade em termos de contribuição para o risco indicia-nos a todos e, por conseguinte, torna as questões de culpa ou inocência na exposição dos outros ao risco largamente irrelevantes. Somos todos culpados, ou pelo menos já não somos inocentes. Tudo o que falta decidir (em tribunal) é quem tem de pagar; questões de ‘qualidade moral das ações pessoais’ ou de como distingui-la da qualidade das ações dos outros simplesmente não têm sentido - não há mais autoridade a quem recorrer para julgamento” (Priest 1990, 215).

---

40 A este propósito, *Gomes Canotilho* salienta a “radical assinalagmaticidade do risco”, que considera como sendo “um dos problemas fundamentais da sociedade de risco” e que consiste nos seguintes aspetos: (i) “o risco de catástrofes civilizatórias (Bophal, Chernobyl) é criado por uns e suportado por outros: (ii) “quem participa nas decisões de risco são organismos e organizações a quem falta legitimação democrática para decidir sobre a vida e a morte de comunidades inteiras”; por último (iii), “a localização das fontes de risco pauta-se, não raras vezes, por critérios de *injustiça ambiental* situando indústrias e atividades perigosas nas zonas e países mais desprotegidos (em termos económicos, sociais, culturais, científicos)” (G. Canotilho 2003, 1304).

Para *Hiskes*, “a natureza emergente do risco tecnológico” confirma que, de facto, somos todos “cúmplices” ou “responsáveis” pelo risco da vida moderna. Mas “os graus de responsabilidade não podem ser determinados pelos tribunais através de um processo contraditório de sentença e sanção. O que os tribunais têm determinado - quem recebe e quem paga o dinheiro - é em grande parte irrelevante para a questão mais ampla de como fazer política de distribuição de risco. Esta questão exige uma autoridade que os tribunais não possuem”. Acresce que, “a reversão para os tribunais como último esforço para chegar a decisões de risco é a prova do fracasso do modelo liberal de autoridade. Esta compreensão legalista da autoridade não só não está à altura das exigências epistemológicas e intelectuais da tomada de decisões de risco, como também oferece uma abordagem solipsista de um problema profundamente coletivo. Assim, representa verdadeiramente, como decretou *Hannah Arendt*, o fim da autoridade, a perda de um mundo comum. Em seu lugar está uma realidade política povoada por cidadãos primariamente relacionados entre si apenas legal e não moralmente, uma vez que os sentimentos morais compartilhados e as definições necessárias para uma comunidade moral só podem ser fornecidos por ‘uma’ autoridade. Mas, como vimos, o candidato tradicional do liberalismo ao *status* de ‘uma’ autoridade - a ciência moderna - continua inadequado para a tarefa” (R. Hiskes 1998, 78).

## 2.2. A NATUREZA ÉTICA DAS QUESTÕES DE RISCO INVOCADAS PERANTE OS TRIBUNAIS

“A permeabilidade do Direito do Ambiente à evolução técnica decorre – no entendimento de *Carla Gomes* -, da natureza das coisas, mas provoca problemas jurídicos agudos. Numa perspectiva geral, o embate dá-se entre a liberdade e a segurança; mais concretamente, o progresso científico é sinónimo de liberdade de investigação científica e de iniciativa privada, provocando, em contrapartida, ameaças a bens tais como a saúde pública, o ambiente, a vida”. Como mandam as regras, “o conflito deve ser resolvido em atenção a critérios de harmonização prática dos direitos e valores em jogo, tentando não aniquilar a margem de risco residual inerente a uma sociedade de Estado de Direito democrático” (C. Gomes 2007, 341).

“Com a introdução da técnica, o fenómeno do risco desenvolve-se e obriga cientistas, funcionários administrativos e juízes a lidar com um crescendo de incerteza. Na avaliação da validade de uma decisão - ou da responsabilidade pelos seus efeitos - assente no pressuposto de utilização da ‘melhor técnica disponível’ passa-se para um segundo patamar da prevenção, que se identifica com a antecipação do risco.

O fenómeno é o mesmo, o que se altera é o momento da sua constatação - que força à realização de juízos de possibilidade desde que minimamente

sustentados em dados científicos credíveis. É ainda de causalidade adequada que se trata, embora os nexos causais passem a ser calculados com margens de erro médias/grandes, e pela negativa. Ou seja, a validade/responsabilidade afere-se - salvo indicação diversa do legislador - não apenas por aquilo que se sabe, mas também por aquilo de que razoavelmente se pode suspeitar (não exclusão prática do risco). É a valoração desta incerteza que condiciona o âmbito da sindicância jurisdicional” (Carla Gomes 2007, 328)<sup>41</sup>.

Ora, para *Hiskes* é “difícil fazer política de risco em tribunal”, mas o autor concorda com os cidadãos, quando recorrem aos tribunais para “redefinir” as questões do risco como “morais e não científicas ou técnicas”. Eles “estão no caminho certo ao reconhecer que a autoridade, que necessitam, deve ser uma autoridade capaz de determinar a moralidade das consequências do risco. Deve ser, em suma, uma autoridade moral”. isto porque, na sequência da opinião de *Douglas MacLean*, “os riscos tecnológicos representam ameaças à nossa comunidade moral da mesma forma que o assassinato de baixa tecnologia ou o roubo de cavalos faziam cem anos atrás” (Hiskes, 79 e 82, que cita D. MacLean 1986, 8-9).

A “conceção de moral e comunidade” - “ameaçada pelos riscos da nossa era tecnológica” -, “nunca foi a comunidade moral que *Arendt* visionou como presidida pelo seu modelo de autoridade preferido. É a versão liberal da comunidade construída sobre interesses e direitos e presumindo uma relação controversa entre cidadãos seguros em seus domínios privados individuais. É uma comunidade de indivíduos cuja autodefinição é dada pelos ‘fins em si mesmos’ kantianos. Qualquer autoridade externa, que envolvam, nunca pode mudar ou ameaçar esse *status*. O governo pode exercer autoridade sobre os meios - pode presidir aos processos da política liberal - mas a verdadeira autoridade é aquela encarnada por esses ‘fins’, esses indivíduos privados, nós. Quando estes indivíduos levam as suas preocupações ao tribunal, é com a opinião de que a sua autoridade como fins em si mesmos está a ser insuficientemente reconhecida pelos outros. Ou seja, alegam que os seus direitos estão a ser violados, que a sua dignidade ou o ‘fim’ não estão a ser suficientemente honrados. Esta é, de facto, uma reivindicação moral e requer um julgamento moral” (*Idem*).

Colocar o problema neste plano moral é sujeitá-lo ao teste do (in)cumprimento dos deveres reflexivos, que vinculam os membros da sociedade, nas suas interações, incluindo os governantes, deslocando-o do domínio do *ser* (científico, técnico) para o mundo do *dever ser* (normativo, ético), viabilizando assim a sua apreciação jurisdicional. Mas, o *risco moral* é agora um risco de *compliance*, em

41 Ver ainda, da mesma autora: “a remissão para normas técnicas” (p. 300 ss.); “das *leges artis* às melhores técnicas disponíveis” (p. 298 ss.); “a falsa questão da ‘discrecionalidade técnica’” (p. 308 ss.); e “a perda de determinabilidade da lei” (p. 311 ss.).

que não se verifica a *censura social*, mas a *sanção jurídica*, resultando do incumprimento do dever moral um dano, que merece contenção ou reparação a ser decretada pelo tribunal (R. Hiskes 1998, 75).

### 3. A DIMENSÃO INTERGERACIONAL DO DIREITO AO AMBIENTE

Por razões de economia, não é possível desenvolver a *dimensão intergeracional* do direito ao ambiente<sup>42</sup>, pelo que mencionaremos apenas os seus aspetos essenciais.

Na sua tese de doutoramento, *Carla Gomes* menciona a revisão constitucional portuguesa de 1997 que, inspirando-se nos princípios 1 e 2 da Declaração de Estocolmo (1972) - onde se faz menção às «*gerações presentes e futuras*» -, introduziu o *princípio da solidariedade entre gerações* no artigo 66.º/2/d) da CRP<sup>43</sup>. No seu entender, a “*solidariedade intergeracional*” é um “*imperativo moral*” (C. Gomes 2007, 104 ss.).

*Richard Hiskes* também se pronunciou sobre a problemática das «*gerações presentes e futuras*», mas aplicando o *princípio da solidariedade intergeracional* à “*justiça ambiental*”, colocou-a no plano do que designou por “*justiça ambiental intergeracional*”, a qual exige como “base” os “direitos humanos ambientais” (R. Hiskes 2008, 5 ss.). Para definir o que se deve entender por *direitos ambientais (humanos e emergentes)*, o autor começou por analisar criticamente a conceção psicossociológica de *direitos humanos*, de *Lynn Hunt*, e o seu sugestivo argumento da “*empatia*”.

#### 3.1. O PARADOXO DA AUTOEVIDÊNCIA E OS DIREITOS AMBIENTAIS COMO DIREITOS HUMANOS

A ideia de “*natural rights*” foi usada para justificar a revolução americana contra a Grã-Bretanha<sup>44</sup>, enquanto a ideia de *droits de l’homme* foi o lema da revolução francesa contra a monarquia absoluta. Efetivamente, de acordo com a teoria política dos revolucionários americanos, Deus deu aos seres humanos direitos naturais, alguns dos quais eles usaram para criar governos civis. Por sua vez, os governos poderiam conferir direitos civis aos seus súbditos ou cidadãos. Ora, na Declaração da Independência (1776), da autoria principalmente de Jefferson,

42 Ver um excelente resumo das questões que este tema suscita em *Intergenerational Justice*, In Enciclopédia de Filosofia de Stanford. Ficheiro técnico: <https://plato.stanford.edu/entries/justice-intergenerational/>.

43 No entendimento de *Durkheim* sobre a solidariedade, ver J. de Lucas (1994, 23).

44 Na Declaração da Independência (1776), da autoria principalmente de Thomas Jefferson, o Segundo Congresso Continental invocou “*the laws of nature and of nature’s God*” para justificar a “posição separada e igual” do povo das colónias americanas relativamente à do povo britânico, quando, no decurso dos acontecimentos humanos, se tornou necessária a dissolução dos laços políticos que os ligavam um ao outro.

o Segundo Congresso Continental invocou “*the laws of nature and of nature’s God*” para justificar a “posição separada e igual” do povo americano relativamente à do povo britânico, quando, no decurso dos acontecimentos humanos, se tornou necessária a dissolução dos laços políticos que ligavam os dois povos. E, depois de ter afirmado as verdades “evidentes” de que “todos os homens são criados iguais” e têm direito à “vida, à liberdade e à busca da felicidade”, a Declaração criticou o Rei George III e o Parlamento britânico por negarem tais direitos humanos. Thomas Jefferson justificou, pois, a revolução colonial por causa desta negação de direitos.

Ora, *Lynn Hunt* invoca precisamente o “paradoxo da autoevidência”, por a igualdade de direitos se ter tornado uma “verdade ‘evidente’ em lugares tão improváveis” e por ser “espantoso que homens como *Jefferson*, um senhor de escravos, e *Lafayette*, um aristocrata, pudessem falar dessa forma dos direitos autoevidentes e inalienáveis de todos os homens”<sup>45</sup> (L. Hunt 2007, 19).

Mas, na sua compreensão, “nem o carácter natural, a igualdade e a universalidade são suficientes”<sup>46</sup>, porque “os direitos humanos só se tornam importantes, quando ganham conteúdo político. Não são os direitos de humanos num estado de natureza: são os direitos de humanos em sociedade. Não são apenas direitos humanos em oposição aos direitos divinos, ou direitos humanos em oposição aos direitos animais: são os direitos humanos *vis-à-vis* uns aos outros. São, portanto, direitos garantidos no mundo político secular (mesmo que sejam chamados ‘sagrados’), e são direitos que requerem uma participação ativa daqueles que os detêm” (L. Hunt 2007, 20).

A autora admitiu que “os direitos humanos são difíceis de determinar porque a sua definição, e na verdade a sua própria existência, depende conjuntamente das emoções e da razão. A reivindicação de autoevidência baseia-se, em última análise, num apelo emocional: ela é convincente se ecoa dentro de cada indivíduo. Além disso, temos muita certeza de que um direito humano está em questão quando nos sentimos horrorizados pela sua violação” (Lynn Hunt 2007, 26). A mencionada dificuldade parece resultar da introdução de um elemento afetivo, fazendo acrescer à dimensão sociológica a dimensão psicológica.

---

45 O paradoxo de *Jefferson* reside ainda no facto de, sendo “senhor de escravos”, se insurgir, em 1806, contra os “males do tráfico de escravos”: “*Eu felicito-os, colegas cidadãos, por estar próximo o período em que poderão interpor constitucionalmente a sua autoridade para afastar os cidadãos dos Estados Unidos de toda a participação ulterior naquelas violações dos direitos humanos que têm sido reiteradas por tanto tempo contra os habitantes inofensivos da África, e que a moralidade, a reputação e os melhores interesses do nosso país desejam há muito proscrever*”. No entanto, “ao sustentar que os africanos gozavam dos direitos humanos, *Jefferson* não tirava nenhuma ilação sobre os escravos negros no país. Os direitos humanos, pela definição de *Jefferson*, não capacitaram os africanos - muito menos os afro-americanos - a agir em seu próprio nome” (L. Hunt 2007, 22).

46 Sobre estas três “qualidades encadeadas” dos direitos humanos, no sentido de que “devem ser *naturais* (inerentes nos seres humanos), *iguais* (os mesmos para todo o mundo) e *universais* (aplicáveis por toda parte)” (Lynn Hunt 2007, 20).

Por outro lado, apresentou o argumento de que “a identidade nacional só por si não pode fornecer, o que ela chama de ‘disposição para com outras pessoas’ e de ‘conjunto de convicções sobre como as pessoas são’”. Para a autora, só essa “disposição e conjunto de convicções”, juntas, “formam a base dos direitos humanos e da justiça” e são “o que torna possível a empatia humana”. Ora, a “empatia” é, para a historiadora da Universidade da Califórnia, “fundamento dos direitos humanos” e “é necessária e mais íntima do que a identidade nacional partilhada”. Conclui, portanto, que “o que se poderia chamar de ‘empatia imaginada’ serve como fundamento dos direitos humanos e não do nacionalismo” (Lynn Hunt 2007, 27).

### 3.2. OS DIREITOS AMBIENTAIS HUMANOS COMO DIREITOS EMERGENTES

*Hiskes* constrói o seu pensamento com base na conceção sociológica de *Lynn Hunt*: (i) “os direitos humanos nascem das interações humanas de pessoas individuais empáticas e autónomas, criando um novo contexto social”; (ii) “dessas interações emergem todas as mudanças sociais, incluindo a aceitação dos direitos humanos como autoridade em assuntos políticos”; (iii) assim, “à medida que as relações humanas evoluem, o mesmo acontecerá com a nossa compreensão sobre que direitos humanos existem e como eles devem ser expressos, defendidos e garantidos” (R. Hiskes 2008, 144).

Compreende-se, que *Hiskes* tenha aceite tal conceção, visto que, na obra de 1998, já afirmara que “todos os direitos humanos são fenómenos *emergentes*”, o que põe em evidência o seu carácter comunitário, e era suficiente para os fins que tinha em vista. Mas, na obra de 2008, acrescentou a expressão “incluindo os que ainda não foram inventados”, para afirmar que os “direitos humanos ambientais” constituem claramente um “direito humano *emergente*”, ligado ao “conceito e à prática da justiça social, especificamente da justiça ambiental destinada às gerações futuras”. O “argumento a favor dos direitos humanos ambientais e da justiça ambiental intergeracional baseia-se na aceitabilidade dos direitos humanos *emergentes* como um conceito, que serve de base à sua construção”<sup>47</sup>, e que se designam assim, porque “funcionam como o meio da nossa obrigação ambiental para com as gerações futuras” (Hiskes 2008, 5, 22, 30 ss., 36 ss., 143 e 144).

*Hiskes* argumenta que “os efeitos de certos tipos de interação humana com o ambiente são efeitos claramente ‘emergentes’, que são geralmente prejudiciais tanto para os seres humanos como para o ambiente natural. Na medida em que esses efeitos são prejudiciais, devem gerar direitos humanos para proteção contra

<sup>47</sup> “Os direitos ambientais são diferentes dos outros direitos humanos pela sua génese expressamente emergente” (Hiskes 2008, 46).

eles”. É apropriado designar esses direitos por ‘direitos emergentes’, ou seja, “direitos humanos específicos (ao ar, à água e ao solo limpos) que têm sua origem nos efeitos grupais da interação humana com o ambiente natural” (R. Hiskes 2008, 30 e 40). O “conceito de direitos emergentes fornece uma nova base para os direitos humanos que os distingue ainda mais de outras ideias de direitos, sejam eles chamados de ‘naturais’ ou ‘inalienáveis’”. Acresce que, “os direitos emergentes fornecem um impulso para a aceitação da ideia de direitos de grupo, porque se os direitos são de caráter emergente implicam a existência de interações individuais dentro dos grupos como necessárias para a emergência de direitos. Encerrarei minha exploração com uma breve discussão sobre as implicações de ambas as inovações para o futuro dos direitos humanos” (pp. 144-145).

*Hiskes* divergiu de *Lynn Hunt* quanto à fundamentação da “justiça ambiental através das gerações”. Em seu entender, esta “só pode ser perseguida no contexto político do constitucionalismo e da democracia participativa”. Isto, porque, “só nesse ambiente político é que os direitos humanos ambientais substantivos e processuais podem ser protegidos e garantidos para as gerações futuras e presentes de cidadãos”. O autor enfatiza, que se trata de “cidadãos” e “não apenas de todos os seres humanos”, na medida em que, “ao contrário do altruísmo ou mesmo do dever moral geral, a justiça requer identidades *políticas*”, ou seja, “cidadãos de nações individuais, que se reconhecem uns aos outros e, nos rostos imaginados das gerações dos seus próprios futuros cidadãos, uma obrigação partilhada de preservar o seu meio ambiente como parte de um dever de manter a sua própria autenticidade ou identidade de grupo”. Nesta perspectiva, “todos os seres humanos” possuem “direitos ambientais”, mas “enquanto (e apenas enquanto) cidadãos das suas próprias comunidades nacionais transgeracionais” (R. Hiskes 2008, 143).

Para defender os “direitos humanos ambientais” como “direitos humanos emergentes”, *Hiskes* argumentou que com a ratificação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 1948, o conceito de direito moral assumiu um novo modificador: “humano”. Desde o século XVII, os direitos morais foram designados como direitos “naturais” (ou inalienáveis) e explicitamente distinguidos dos direitos legais ou contratuais. Os *direitos naturais* não dependiam dos governos para fazer cumprir a lei ou os contratos, de acordo com *Locke*, *Paine*, *Jefferson* e outros: os *direitos naturais* “antecederam completamente os governos e podiam ser encontrados mesmo em lugares sem governo, o chamado estado de natureza”. “Os *direitos naturais* foram considerados *universais* da mesma forma que os *direitos humanos* são concebidos hoje”, mas, a “mudança na terminologia” indica uma “mudança na compreensão sobre os direitos em geral”. Principalmente, “a mudança de direitos ‘naturais’ para ‘humanos’ indica que a nossa visão dos direitos está aberta ao desenvolvimento e ao crescimento” (R. Hiskes 2008, 26).

*Hiskes* ligou as dimensões psico-sociológica (da “empatia”) e jurídico-política (“constituição” e “identidade”): “é difícil ver como a empatia pode ser estendida às gerações futuras, a menos que esteja ligada a um apego da comunidade nacional”. Portanto, “sem este sentimento de identidade partilhada com as pessoas futuras, a justiça entre gerações não pode basear-se nos direitos humanos. Tornar essa identificação política, localizando-a no corpo político do Estado-nação - ainda o destinatário dos direitos humanos - é o que torna a justiça ambiental passível dos rigores dos direitos humanos”. Admitindo que “os direitos humanos podem exigir apenas empatia”, o autor considera, porém, que “a justiça ambiental baseada nos direitos humanos exige a partilha da identidade política ao longo do tempo”, que só “as constituições nacionais, as instituições políticas e as práticas democráticas proporcionam” (R. Hiskes 2008, 143-144).

Embora referindo-se à Constituição Portuguesa, *Carla Gomes* soube superar as dificuldades do problema, visto que aceita que “a penetração de uma ética de colaboração social na Constituição, especialmente nítida no campo do ambiente, reforça o valor da solidariedade no sistema de (direitos e) deveres fundamentais e acentua a vivência conjunta de determinados valores essenciais à comunidade, quer em termos de sobrevivência física dos elementos desta, quer ao nível do enraizamento e promoção de elementos de identidade, suporte de sobrevivência moral”. Todavia, considera mais realista conceber a solidariedade entre gerações como um imperativo moral - que impende sobre a geração que “tem na sua disponibilidade a história” e por isso assume responsabilidades perante os vindouros - mas não jurídico”.

Quer dizer, “apesar de ‘emotivamente sugestiva’ e ‘nobre nas suas intenções’, não consegue ultrapassar o limiar da obrigação moral, em virtude dos obstáculos práticos [ausência de representatividade política (dos interesses) das gerações futuras], jurídicos (inexistência de mecanismos de imputação de responsabilidade das gerações futuras relativamente às anteriores), científicos (impossibilidade de atestar, com absoluta certeza, a inocuidade e irreversibilidade de certas intervenções ambientais), sociais (dificuldades: - de travar a introdução de inovações tecnológicas que constituem uma melhoria aos olhos da geração presente; - de explicar a necessidade de alteração ou mesmo eliminação de hábitos presentes em nome de hipotéticos interesses das gerações futuras) que reveste”. “Dito de outro modo, o princípio da solidariedade (entre gerações sucessivas) realça a importância do dever de cada pessoa gerir racionalmente os bens ambientais que estão disponíveis para seu uso individual, em atenção à possibilidade de uso comunitário (dentro da geração contemporânea), em condições de idêntica qualidade, desses mesmos bens” (C. Gomes 2007, 103 ss., em especial, 107 e 108-109).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, Bruce A., *Social Justice in the Liberal State*, Yale University Press 1980.
- ALBUQUERQUE, João M. N. L., *Riscos, Diálogo e Direito Constitucional*, in GONÇALVES, Pedro Costa e outros (orgs.), *Homenagem ao Professor Doutor Fernando Alves Correia*, Vols. I e II, Almedina 2023.
- ATTÍE, Alfredo, *Direito Constitucional e Direitos Constitucionais Comparados*, tirant lo Blanch 2023.
- BAKHTIN, M., *Problems of Dostoevsky's poetics* (trad. de Caryl Emerson) 1929/1963.
- BARBER, Benjamin, *The Conquest of Politics*, Princeton University Press, 1988.
- BARRESI, J., «From “the thought is the thinker” to “the voice is the speaker”: William James and the dialogical self», *Theory & Psychology* 12 (2002) (pp. 237-250).
- BERGSON, Henri, *Time and Free Will: An Essay on the Immediate Data of Consciousness* 1889.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.<sup>a</sup> ed., 2003.
- \_\_\_\_\_, *Proteção do Ambiente e Direito de Propriedade* (Crítica de Jurisprudência Ambiental), Coimbra Editora 1995.
- CONDELLO, Angela, «Two Questions on the Ontology of Money An Imaginary Dialogue between John Rogers Searle and Maurizio Ferraris», in *Ardeth*, 3 (2018) (online).
- CONOVER, Pamela Johnston, LEONARD, Stephen T. & Searing, Donald D., in GEORGE E. MARCUS & RUSSELL L. HANSON, *Duty is a Four-Letter Word: Democratic Citizenship in the Liberal Polity* (1993) (pp. 147-172).
- CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário*, 5.<sup>a</sup> ed. rev. e atual. Almedina (1998) 2014.
- CORREIA, Fernando Alves, *Riscos e Direito do Urbanismo*, in Augusto de Athaide, Maria da Glória F. P. D. Garcia & João Caupers, *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Almedina: Coimbra 2010 (pp. 1109-1142).
- CRAIG, Paul P., «Dicey: Unitary, Self-correcting Democracy and Public Law», 106 LQR (1990).
- DAMON, W., & HART, D., «The development of self-understanding from infancy through adolescence», in *Child Development* 4 (1982) (pp. 841-864).
- DAVY, Benjamin, *Essential Injustice: When Legal Institutions Cannot Resolve Environmental and Land Use Disputes*, Springer 1997.
- DE LUCAS, J., «La polémica sobre los deberes de solidaridad», in RCEC, n.º 19 (1994) (pp. 9-88).
- DERNBACH, John C., «The Environmental Rights Provisions of U.S. State Constitutions: A Comparative Analysis», Chapter in *Environmental Law Before the Courts*, Paper No. 23-05, (2023).
- DOUGLAS, Mary & WILDAVSKY, Aaron, *Risk and Culture: An Essay on the Selection of Technological and Environmental Dangers*, University of California Press 1982.
- DRYZEK, John, *Discursive Democracy*, Cambridge University Press 1990.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press 1977/78.
- FLATHMAN, Richard E., *Concepts in Social and Political Philosophy*, Macmillan 1973.
- FRANKENFELD, Philip J. «Technological Citizenship: A Normative Framework for Risk Studies». in *Science, Technology & Human Values* 17 (1992) (pp. 459-484).
- GALSTON, William Arthur, *Liberal Purposes: Goods, Virtues, and Diversity in the Liberal State*, Cambridge: Cambridge University Press 1991.
- \_\_\_\_\_, «Defending Liberalism», in *American Political Science Review* 76 (1982) pp. 621-629.
- GIBSON, Mary, *Consent and Autonomy*, in Mary Gibson, ed., *To Breathe Freely: Risk, Consent, and Air*, Rowman & Allanheld, 1985.
- GILLESPIE, Alex, *Becoming Other: From Social Interaction to Self-Reflection, Information Age Publ.* 2006.
- GOMES, Carla Amado, *Risco e Modificação do Ato Autorizativo Concretizador de Deveres de Proteção do Ambiente*, Coimbra Editora 2007.
- GOULD, Carol C., *Rethinking Democracy: Freedom and Social Cooperation in Politics, Economy, and Society*, Cambridge University Press: Cambridge 1988.

- GUTMANN, Amy & THOMPSON, Dennis, *Democracy and Disagreement*, Belknap Press, 1996.
- HERMANS, H. J. M., KEMPEN, H. J. G., & VAN LOON, R. J. P. «The dialogical self: Beyond individualism and rationalism», in *American Psychologist* 47 (1992) (pp. 23-33).
- HINDRIKS, Frank & SANDBERG, Joakim, «Money: What It Is and What It Should Be», in *Journal of Social Ontology* 6(2) (2020) (pp. 237-243).
- HISKES, Richard P., *Democracy, Risk, and Community: Technological Hazards and the Evolution of Liberalism*, Oxford University Press 1998.
- \_\_\_\_\_, *The Human Right to a Green Future: Environmental Rights and Intergenerational Justice* Cambridge University Press 2008.
- \_\_\_\_\_, «Relearning the Risks of Democracy», 7 *The Good Society* 2 (1997) (pp. 28-32).
- HUBER, Peter W., «Pathological Science in Court», in *Daedalus*, Vol. 119, No. 4 (1990) (pp. 97-118).
- HUNT, Lynn, *Inventing Human Rights: A History*, W. W. Norton: New York/London 2007 (trad.: *A invenção dos direitos humanos: Uma história*, Companhia das Letras 2009).
- JOAS, Hans, *George Herbert Mead: A Contemporary Re-examination of His Thought*. MIT Press 1985.
- KISS, Alexandre Charles, «Le droit à la conservation de l'environnement», in *Revista IIDH*, 1 (1985) (pp. 77-86).
- LEISS, William & CHOCIOLO, Christina, *Risk and Responsibility*, McGill-Queen's University Press 1994.
- LIPTON, Bruce H., *A Biologia da Crença*, Butterfly 2007.
- LOCKE, John, *Two treatises of government*, Cambridge University Press 1999.
- MACLEAN, Douglas, *Values at Risk*, Lanham, MD: Rowman & Littlefield (1986), pp. 8-9.
- MACINTYRE, Alasdair, *Secularization and Moral Change*, in Richard E. Flathman, *Concepts in Social and Political Philosophy*, Macmillan 1973.
- MCILWAIN, Charles Howard, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Cornell University Press, 1947.
- MÄKI, Uskali, «Reflections on the Ontology of Money», in *Journal of Social Ontology* 6 (2) (2020) (pp. 245-263).
- MEAD, George Herbert, *Mind, Self and Society: From the Standpoint of a Social Behaviorist*, the University of Chicago Press 1934/1972.
- \_\_\_\_\_, «The Social Self», in *Journal of Philosophy, Psychology, and Scientific Methods* 10 (1913) (pp. 374-380).
- \_\_\_\_\_, «The Genesis of the Self and Social Control», in *International Journal of Ethics* 35 (1925) (pp. 251-277).
- MEZIRROW, Jack, *Transformative Dimensions of Adult Learning*, Jossey-Bass 1991.
- MILLER, David L., *The Individual and the Social Self: Unpublished Essays by G. H. Mead*, University of Chicago Press 1982.
- MIYAMOTO, Matthew, *Political Legacy: John Locke and the American Government*, tese defendida no *Clark Honors College* 2016.
- NOBLE, Denis, *The Music of Life: Biology beyond the Genome*, Oxford University Press 2006.
- \_\_\_\_\_, *Dance to the Tune of Life: Biological Relativity*, Cambridge University Press 2017.
- PANGLE, Thomas L. *The Ennobling of Democracy*, Johns Hopkins University Press 1992.
- PATEMAN, Carole, *The Problem of Political Obligation: A Critique of Liberal Theory*, John Wiley & Sons 1979/University of California Press 1985.
- PIAGET, Jean, *The Moral Judgment of the Child*, The Free Press: New York 1965.
- PRIEST, George L., *The New Legal Structure of Risk Control*, in Edward J. Burger, Jr., ed. (1990), *Risk*, Ann Arbor: University of Michigan Press.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press 1971 (trad. de Almiro Piseta e Lenita M. R. Esteves, *Uma Teoria da Justiça*, Martins Fontes 2000).
- RAZ, Joseph, «On the Nature of Rights», in *Winston* (1989) (pp. 44-60).

- REID, John Phillip, *The Concept of Liberty in the Age of the American Revolution*, The University of Chicago Press 1988.
- RESCHER, Nicholas, *Risk Theory: Rational Decision in the Face of Chance, Uncertainty, and Risk*, Springer 2022.
- \_\_\_\_\_, *Risk*, University Press of America 1983.
- RÓDENAS, Consol Aguilar, OLEA, María José Alonso; CUXART, María Padrós & PULIDO, Miguel Ángel, «Lectura dialógica y transformación en las Comunidades de Aprendizaje», in *Revista Interuniversitaria de Formación de Profesorado*, vol. 24, núm. 1 (2010) (pp. 31-44).
- ROSENBERG, M., *Conceiving the self*, Basic Books: New York 1979.
- SANDEL, Michael J., *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge University Press: Cambridge 1982/98 (trad. de Carlos E. Pacheco do Amaral, *O Liberalismo e os Limites da Justiça*, FCG 2005).
- SAPOLSKY, Robert Maurice, *Determined: A Science of Life without Free Will* 2023.
- \_\_\_\_\_, *Behave: the biology of humans at our best and worst*, Penguin Press, 2017.
- SEARLE, John, *The Construction of Social Reality*, Free Press (1995).
- SILVA, Suzana Tavares da, *Ato administrativo de "faca e garfo"*, in Fernandes Alves Correia, Jónatas E. M. Machado & João Carlos Loureiro, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Volume IV – Administração e Sustentabilidade entre Risco(s) e Garantia(s), Coimbra Editora: Coimbra 2012 (pp. 617-641).
- SMIT, J. P., BUEKENS, Filip & PLESSIS, Stan du, «What is Money? An Alternative to Searle's Institutional Facts», in *Economics & Philosophy*, Vol. 27, Issue 1. (2011) (pp. 1-22).
- SMITH, Barry & John Searle, «The Construction of Social Reality: An Exchange», in *American Journal of Economics and Sociology*, 62: 2 (2003) (pp. 285-309).
- STERK, STEWART E., «Property Rules, Liability Rules, and Uncertainty About Property Rights», in *Michigan Law Review*, Vol. 106 (2008), Cardozo Legal Studies Research Paper No. 205 (pp. 1-53).
- SUNSTEIN, Cass, «Constitutional Politics and the Conservative Court», in *The American Prospect* 1 (1990).
- WÄLZER, Michael, «The Communitarian Critique of Liberalism», in *Political Theory* 18 (1990) (pp. 6-23).
- \_\_\_\_\_, *Citizenship*, in Terence Ball, James Farr & Russell L. Hanson, *Political Innovation and Conceptual Change*, Cambridge University Press (1989/1995) (pp. 211-219).

## CAPÍTULO 9

# Os 25 ANOS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

ELOISA DE SOUSA ARRUDA<sup>1</sup>

### INTRODUÇÃO

No dia 17 de julho de 2023, comemorou-se o 25º aniversário de aprovação do Estatuto de Roma, ocorrida nessa data no ano de 1998. Referido Estatuto é o Tratado fundador do Tribunal Penal Internacional, ratificado por 123 países. Trata-se da primeira corte penal internacional permanente criada com o intuito de colaborar para que não fiquem impunes os autores das infrações penais consideradas mais graves e que preocupam a comunidade internacional, nomeadamente crimes de guerra, crimes contra a humanidade, genocídio e crimes de agressão.

O Tribunal Penal Internacional representa um novo modelo de persecução e julgamento desses crimes porque: (i) foi criado pelos Estados Partes por meio de um tratado internacional; (ii) constitui uma organização internacional independente com um carácter permanente; e (iii) não é parte da estratégia das Nações Unidas para fazer frente a situações de pós-conflito <sup>2</sup>.

Em particular, a Corte foi criada para apurar e dar resposta às condutas acima mencionadas, ocorridas a partir de 1º de julho de 2002 no território de qualquer um dos seus Estados Partes, e mesmo fora desse território quando houver uma participação significativa de nacionais dos Estados Partes ou um encaminhamento para investigação do Conselho de Segurança da ONU. Ainda é possível a atuação da dessa Corte quando o Estado não parte encaminha declaração aceitando a jurisdição do Tribunal Penal Internacional (caso atual da Ucrânia). Além disso, exerce sua jurisdição respeitando o princípio da complementaridade, segundo o qual só pode iniciar uma investigação quando os Estados afetados não atuam ou, se o fazem, não têm a disposição necessária ou a capacidade suficiente para desenvolver genuinamente suas atuações. Ou seja, o Tribunal Penal Internacional não intenta substituir os sistemas de justiça nacionais.

1 Professora Doutora do Departamento de Direito Penal e Processual Penal da PUC-SP. Procuradora de Justiça Aposentada. Foi Secretária Estadual da Justiça e da Defesa da Cidadania de São Paulo e Secretária Municipal de Direitos Humanos de São Paulo. Atuou como Promotora no Tribunal Penal Internacional instituído pela ONU em Timor Leste.

2 BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal law: second revised edition*. Martinus Nijhoff Publishers. Leiden-Boston, 2013, p. 654-655.

A criação de um tribunal internacional permanente para processar e julgar indivíduos acusados de cometer graves crimes que constituam infrações ao próprio Direito Internacional constitui uma antiga aspiração da sociedade internacional. Relembremos, a seguir, alguns marcos históricos que consideramos importantes até que se chegasse à inauguração da Corte Penal Internacional permanente.

## **1. A PRIMEIRA GUERRA MUNDIAL E O TRIBUNAL DE LEIPZIG**

Vislumbramos no repúdio às atrocidades cometidas durante a Primeira Guerra Mundial a gênese da ideia de criação de um Tribunal Penal Internacional permanente. Daqueles conflitos estima-se que resultaram nove milhões de mortos e vinte milhões de feridos.

A reação às hostilidades ocorridas no período de 1914-1918 e os horrores delas resultantes foi expressa na conferência de paz dos Estados aliados, em 1919, onde se discutiu a possibilidade de constituir um tribunal internacional para julgar os crimes cometidos pelas potências centrais (Alemanha, Áustria, Hungria, Bulgária e Turquia) e suas autoridades civis e militares. Na oportunidade, firmou-se do tratado de paz assinado pelas potências europeias que encerrou oficialmente a Primeira Guerra Mundial, o Tratado de Versalhes.

Nesse Tratado, na parte inicial do artigo 227, constava a determinação para submeter a julgamento criminal o Kaiser Guilherme II como responsável por um delito supremo “contra a moral internacional e a autoridade suprema dos tratados”. Como consequência, se constituiria um tribunal especial no qual seriam respeitadas “as garantias essenciais do direito de defesa”. Tal tribunal seria integrado por cinco juízes designados pelas quatro potências vencedoras: Estados Unidos, Grã-Bretanha, França, Itália e Japão.

Ocorreu que, com o fim da guerra e a derrocada do Império Germânico, o Kaiser se refugiou na Holanda, coincidentemente um dia antes da assinatura do armistício do Tratado de Versalhes, do qual constava a obrigação de as autoridades alemãs entregarem aos aliados as pessoas por estes definidas para serem julgadas de acordo com as leis. Na parte final do artigo 227, as potências aliadas e associadas solicitaram ao governo holandês que o antigo imperador lhes fosse entregue para ser submetido a julgamento.

Os holandeses, no entanto, negaram a extradição de Guilherme II por entenderem que ele estava sendo acusado por um crime político, e sob o argumento de que não havia de sua parte obrigação internacional de obedecer à política dos aliados, alegando ainda, o Direito do Asilo, e, finalmente, que somente participaria de um Tribunal quando esse fosse legalmente constituído. Tais circunstân-

cias, somadas à falta de vontade política das potências vencedoras, fez com que o Kaiser jamais fosse julgado.

Os artigos 228 e 229 estabeleceram que houvesse a criação de um tribunal internacional para os criminosos de guerra, ditando que os sujeitos culpáveis de atos delituosos contra os cidadãos de uma das potências aliadas e associadas seriam obrigadas a comparecer perante os tribunais militares da dita potência, e os sujeitos culpáveis de atos delituosos contra os cidadãos de várias potências aliadas e associadas seriam obrigadas a comparecer perante tribunais militares interaliados<sup>3</sup>.

Mencionadas disposições não foram efetivamente aplicadas. E considerando que os aliados não criaram o Tribunal previsto no Tratado de Versalhes para os crimes de guerra cometidos por nacionais alemães, foi expedida uma lei alemã em 18 de dezembro de 1919, concedendo ao Tribunal de Leipzig, competência excepcional para julgá-los<sup>4</sup>.

De uma lista inicial, apresentada pelas potências aliadas, da qual constavam 21.000 pessoas a serem submetidas a julgamento, o que gerou protestos na Alemanha, taxando o a lista de “Livro do Ódio”, reduziu-se para 895 o número de acusados de haverem cometido crimes de guerra. O governo alemão somente reconheceu pertinentes 45 acusações, isso porque o Procurador-Geral alemão concluiu que seria impossível julgar um número ainda tão grande de réus. Das 45 pessoas, foram julgados apenas 21 oficiais alemães, sendo que 13 foram condenadas pelo Tribunal de Leipzig à pena máxima de 3 anos<sup>5</sup>.

Apesar dos aparentes resultados pífios, o Tratado de Versalhes resultou num grande avanço no campo internacional penal, pois afirmou uma concepção jurídica nova, segundo a qual os autores dos crimes de guerra deveriam responder na justiça por meio de tribunais internacionais.

## 2. O PERÍODO ENTREGUERRAS

A comunidade internacional do entre guerra buscava, por meio de mecanismos como a Liga da Nações e a Corte Permanente de Justiça Internacional, além de inúmeros pactos, fazer com que a Grande Guerra fosse a última.

A título de exemplo, o Protocolo de Genebra que abriu a V Assembleia da Liga da Nações em 1924 estabelecia três inovações: i) assimilava formalmente

---

3 CRETELLA NETO, José. *Curso de direito internacional penal*. Ijuí:Ed. Unijui, 2008, p. 94.

4 JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 67.

5 GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg, 1945-1946. A gênese de uma nova ordem no direito internacional*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2004. p. 35-36.

a guerra de agressão a um crime internacional; ii) estabelecia o princípio da arbitragem obrigatória perante a Corte Permanente de Justiça Internacional ou o Conselho da Liga das Nações e iii) propunha o estabelecimento de pressupostos que determinassem automaticamente um Estado como agressor e o consequente estabelecimento imediato de medidas de sanção previstas no art. 16 do Pacto da Liga das Nações<sup>6</sup>.

Ocorre que essa importante normativa não obteve êxito do ponto de vista prático. Um dos principais motivos do fracasso foi a sua não ratificação pela principal potência da Liga, a Grã-Bretanha. Havia mesmo resistência por parte das grandes potências, naquele momento, no sentido de atribuir a completa interdição ao recurso da guerra aos membros da Liga das Nações.

Em 1928, a mesma Liga das Nações ajustou o tratado geral de renúncia à guerra, denominado Pacto Briand-Kellog, que definiu a guerra somente como ilícita, e não como criminosa, além de estabelecer que os atos de agressão proibidos por suas disposições somente geravam responsabilidade do Estado, sem estendê-la às pessoas que a organizaram e ordenaram.

À medida que a Liga das Nações perdia seu prestígio, sucessivos acordos regionais ou bilaterais garantiam a não agressão entre os Estados ou a assistência mútua em caso de guerra.

Tais acordos e tratados, nos moldes do sistema anterior a 1914, demonstravam a realidade internacional e o quanto o recurso à guerra era alternativa comum às políticas externas das Potências nos vinte anos do período entreguerras<sup>7</sup>.

Nesse cenário, de se anotar que em 1920, a Liga das Nações criou um “Comitê Consultivo de Juristas”, com a incumbência de preparar um projeto de tribunal de justiça permanente, como prolongamento dos princípios estabelecidos em 1919. Recomendou-se que essa jurisdição fosse competente para “julgar crimes que constituem violação da ordem pública internacional da Lei Universal das Nações”, princípio invocado pela Assembleia da Liga das Nações.

Dignos de destaque foram os esforços do representante belga, Barão Descamps, Presidente do Comitê Consultivo, encarregado de preparar a redação da Corte Permanente de Justiça Internacional, no sentido do estabelecer-se uma jurisdição penal internacional. O documento preconizava a instituição, encarregada de conhecer o crime de agressão, os atos de violência criminal, os quais se

---

6 Idem. p. 43-44

7 Gonçalves, Joanisval Brito. Op. Cit. p. 52

constituíam em infrações ao direito das gentes, ou seja, os crimes de guerra e os atos dirigidos contra a segurança internacional, os crimes contra a paz<sup>8</sup>.

O projeto foi rejeitado pela Assembleia da Liga das Nações sob o argumento teórico do princípio da legalidade.

Outros projetos criação de um direito internacional penal mais ordenado foram apresentados, mas não seguiram adiante.

A última tentativa antes da II Guerra Mundial foi a Convenção de Genebra, de 10 de novembro de 1937, pela criação de um Corte Penal Internacional com competência limitada para atos de terrorismo, e ainda de caráter facultativo e subsidiário. Jamais foi ratificada.

Naquele momento, novos fatos históricos internacionais se alinharam ocasionando a eclosão da Segunda Guerra Mundial e todas as suas conhecidas violações aos direitos humanos.

### **3. A SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E O TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG**

As questões que envolviam as potências europeias e que as levaram à Grande Guerra não só não foram resolvidas, como foram acirradas no período entre guerras e acabaram por gerar a II Guerra Mundial.

Assim, 1º de setembro de 1939 as tropas alemãs atravessavam a fronteira polonesa, dando início assim ao maior conflito bélico assistido pela humanidade. Mais de 60 milhões de mortos, outros tantos milhões de feridos, nações devastadas e desrespeito a diversos princípios do direito de guerra por todos os lados envolvidos em conflito. E esse panorama foi produzido em apenas seis anos de guerra.

Já no início da guerra estava claro que quem saísse perdedor se subjugaria aos auspícios do vencedor. Dentre as primeiras manifestações contra a conduta do Eixo, tem-se a declaração conjunta feita por Roosevelt e Churchill, em 27 de outubro de 1941 expressando sentimentos de horror e de reprovação concernentes aos massacres nazistas na França<sup>9</sup>.

Em 17 de dezembro de 1942, os EUA, a URSS e a Grã-Bretanha fizeram uma proclamação, à qual se seguiu uma outra, dada a conhecer em 5 de janeiro de 1943, nas quais indicavam a intenção dos aliados de responsabilizar os alemães e a Alemanha pelos crimes de guerra e pelas atrocidades cometidas durante o conflito<sup>10</sup>.

---

8 Idem. P 54.

9 GONÇALVES, Joanisval Brito. Op. cit.p. 62-63.

10 NETO, José Cretella. op. cit., p. 98.

Mesmo antes do final da Guerra e da criação da Organização das Nações Unidas, foi assinado, em Londres, aos 13 de janeiro de 1942, pelos representantes dos Estados europeus ocupados, um acordo no palácio de St. James, referente à punição dos criminosos de guerra.

Demais disso, foi constituído pelas potências signatárias o “Comitê Internacional para a Repressão dos Crimes de Guerra”. Por meio dessas iniciativas, os governos exilados passaram a influenciar os Aliados para o estabelecimento de um sistema de sanções.

Mas o verdadeiro e principal marco preparatório para a formação do Tribunal de Nuremberg foi a Declaração de Moscou, subscrita em 11 de fevereiro de 1943, por Roosevelt, Churchill e Josef Stalin, durante a Conferência de Yalta, Tal declaração adotada por esses líderes, em nome de seus respectivos governos, tornava explícita a política dos aliados em relação aos criminosos do Eixo, que consistia em julgá-los após o encerramento das hostilidades. Nela, ficaram definidos os princípios a serem adotados pelas Nações Unidas para julgar os criminosos de guerra do 3º Reich<sup>11</sup>.

Com o fim da Segunda Guerra, pelo rendimento incondicional da Alemanha nazista em 8 de maio de 1945, durante a conferência de Londres, as quatro potências vencedoras – Estados Unidos, Reino Unido, União Soviética e França – celebraram acordo, em 8 de agosto de 1945, destinado a estabelecer as regras que deveriam orientar o processo e julgamento dos grandes criminosos de guerra das potências europeias do Eixo. Este acordo, que subsequentemente recebeu a assinatura de mais 19 Estados, ficou conhecido como a Carta de criação do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que acabou por ser conhecido como o “Tribunal de Nuremberg”<sup>12</sup>.

O Estatuto do Tribunal de Nuremberg foi aprovado em 6 de outubro de 1945. Contendo 30 artigos, previa no art. 4º que aquela seria uma corte quadripartite, à qual cada país aliado deveria enviar um juiz titular e outro suplente, com a Presidência sendo exercida de forma rotativa<sup>13</sup>.

O Tribunal poderia julgar pessoas que tivessem cometido crimes a) contra a paz; b) crimes de guerra; e c) crimes contra a Humanidade (art. 6), devendo a responsabilidade dos acusados ser apurada tanto como indivíduos como quanto membros de organizações (art. 4). A estes foram acrescidos ainda o crime de complô (*conspiracy*).

---

11 NETO, José Cretella. op. cit., p. 98.

12 NETO, José Cretella. Op. cit. p. 99.

13 Idem p. 99

Assim, em 20 de novembro de 1945, no Palácio da Justiça da cidade bávara de Nuremberg, sob a presidência de Geoffrey Lawrence, juiz da representação britânica, foram iniciadas as 403 sessões públicas do julgamento de vinte e quatro líderes nazistas, capturados pelas forças aliadas, dentre os quais vinte médicos considerados criminosos de guerra, devido aos brutais experimentos realizados em seres humanos.

Ao longo de 218 dias de audiência, em 1º de outubro de 1946, o Tribunal divulgou as sentenças absolvendo três réus, condenando nove à pena de prisão perpétua ou temporária, e, o restante deles (doze) à pena de morte por enforcamento e condenando quatro organizações criminosas.

O Tribunal de Nuremberg já nasceu polêmico por ser considerado um tribunal *post factum*. De qualquer modo foi, sem dúvida alguma, um passo largo na construção do direito internacional penal. A despeito de não existir norma escrita específica, naquele momento histórico ficou concretizado o conceito de crime contra a humanidade e reconhecido o conceito de crime de guerra de agressão. Outro ponto, de igual relevância, foi a introdução definitiva da figura do indivíduo nas questões internacionais penais.

#### **4. A SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E O TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE TÓQUIO**

Os fundamentos para a criação do Tribunal de Tóquio encontram-se na Declaração do Cairo, datada de 1º de dezembro de 1943, subscrita por representantes dos Estados Unidos da América, da Grã-Bretanha e da China, na qual expressavam a intenção de pôr termo à agressão japonesa e levar a julgamento os criminosos de guerra japoneses. Tais objetivos foram reiterados e anunciados durante a Conferência de Potsdam, em julho de 1945.

O Japão só se rendeu em 2 de setembro de 1945 e, no ato de rendição, se definiu precisamente como se dariam os procedimentos relativos às condições de tratamento a serem empregados aos suspeitos de terem cometido crimes de guerra. Ao mesmo tempo, a Comissão de Crimes da Organização das Nações Unidas aprovou uma recomendação para o estabelecimento de um tribunal militar internacional para julgar os crimes praticados pelos japoneses<sup>14</sup>.

A Conferência de Moscou entre os Ministros das Relações Exteriores dos Estados Unidos, Grã-Bretanha, União Soviética e China, concordaram que o tribunal fosse sediado em Tóquio. Em janeiro de 1946, o general Douglas Mac

---

14 BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*. Barueri: Manole, 2004. p. 28.

Arthur aprovou a Carta do Tribunal, que tinha competência para julgar os acusados de crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a Humanidade.

Os julgamentos se realizaram no prédio onde funcionava o Ministério da Guerra japonês, tendo início em maio de 1946, durando dois anos e meio, até novembro de 1948. Dos 80 suspeitos de terem cometido crimes de guerra, capturados e detidos na prisão de Sugamo, em Tóquio, só foram levados a julgamento 28, dos quais 9 civis e 19 militares de carreira.

O Tribunal de Tóquio, tal como ocorreu com o de Nuremberg, foi alvo de várias críticas. Acrescentou-se ao fato de ter sido uma justiça de vencedor, estar a Corte submetida, de forma muito estreita, à tutela norte-americana e ao seu representante, o general Mac Arthur, que tinha não apenas o poder de escolher os juízes componentes do Tribunal, mas também de reduzir as penas aplicadas, sem, entretanto, poder aumentá-las.

Enfim, foi mérito do Tribunal Militar do Extremo Oriente, assim como do Tribunal de Nuremberg, criar as bases e instigar a criação de uma Corte permanente para processar e punir as graves violações aos direitos humanos.

## **5. O PERÍODO PÓS-GUERRA**

Após os Tribunais de Nuremberg e Tóquio, os Aliados criaram Tribunais Internacionais para crimes de guerra em suas respectivas zonas de ocupação na Alemanha.

A despeito desses julgamentos levados à cabo pelas jurisdições nacionais, a necessidade do estabelecimento de um Tribunal Internacional Penal foi discutida na Organização das Nações Unidas em 1948. Assim, a Assembleia Geral nomeou um comitê para preparar uma proposta de Estatuto para a almejada corte. O comitê preparou o primeiro anteprojeto em 1951 e um outro, revisado em 1953. Entretanto, o cenário internacional, marcado pela Guerra Fria, impediu avanços neste sentido, o que só seria retomado em 1989, quando retornaram com força as discussões na ONU para a negociação de uma convenção internacional acerca do tema.

No mundo pós Guerra Fria o equilíbrio entre as superpotências desaparece, revelando, com o fim dos regimes socialistas, conflitos regionais e localizados, motivados por fatores étnicos e religiosos.

Em alguns desses conflitos, volta-se a testemunhar crimes de genocídio, limpeza étnica, agressões direcionadas contra populações civis não-combatentes e conflitos armados significativos.

Novos tribunais temporários foram implantados dada a emergência de resposta às atrocidades cometidas. Faremos o destaque de três dessas cortes, não

desconhecendo que outras híbridas e salas especiais tiveram lugar antes e após a criação do Tribunal Penal Internacional permanente.

## **6. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA**

No início dos anos de 1990, o território da antiga Iugoslávia foi palco de conflitos dos quais resultaram atrocidades flagrantemente violadoras das normas humanitárias, o que gerou clamor da comunidade internacional para que autores desses atos fossem punidos.

Assim, em 25 de maio de 1993, o Conselho de Segurança da ONU, pela Resolução 827, estabeleceu o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII), com caráter *ad hoc*, ou seja, não permanente, com sede na cidade de Haia, Holanda.

Novas críticas foram dirigidas contra o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, entre elas, mais uma vez, o fato de ser uma justiça *post factum*.

No entanto, créditos hão de ser dados aos trabalhos apuratórios levados a efeito para o julgamento dos crimes contra a humanidade cometidos no território da antiga Iugoslávia, bem como ao desenvolvimento dos princípios e mecanismos de apuração dos crimes de genocídio, de guerra e contra a humanidade. Sobressai também dos julgamentos a responsabilidade penal do indivíduo, inclusive quando atua na qualidade de governante, ou desempenha funções de preposto do Estado ou agindo em seu nome.

## **7. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA**

O Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) foi criado pela Resolução 955 do Conselho de Segurança da ONU, aprovada em 08 de novembro de 1994, também com embasamento no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, ratificando sua sede na cidade de Arusha, capital da Tanzânia.

A mencionada Resolução foi uma resposta ao genocídio e outras sistemáticas e flagrantes violações de leis humanitárias internacionais que haviam sido deflagradas em Ruanda, principalmente após o chamado “Genocídio de Ruanda”, onde houve o massacre de um número de pessoas até hoje não estimado precisamente. Calcula-se que entre 800 mil e um milhão de membros da etnia Tutsi e da etnia dos Hutus moderados foram mortos. Algumas execuções revelavam crueldade extrema. Tais atos foram perpetrados num período de apenas 3 meses, de abril a julho 1994.

O TPIR sofreu críticas semelhantes às aquelas formuladas contra o TPII. Entretanto, a contribuição jurídica do TPIR se manifestou claramente no julgamento de Jean Kambanda, em que foram tratados com originalidade pontos funda-

mentais acerca do conceito de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e obediência hierárquica.

## **8. PAINEL PARA CRIMES GRAVES (*SERIOUS CRIMES UNIT*) – TIMOR LESTE**

Timor Leste foi colônia portuguesa e não ficou isento do turbulento processo de descolonização iniciado com a Revolução dos Cravos de 24 de abril de 1974. Aproveitando a instabilidade política que se instalara naquele momento, o governo indonésio iniciou processo formal de anexação do território da ex-colônia portuguesa, concluído em 17 de julho de 1976, declarando Timor Leste a 27ª. província da República Indonésia, situação que nunca foi reconhecida internacionalmente<sup>15</sup>.

Quando, em 1999, 78% da população de Timor Leste optou pela independência, em processo de consulta coordenado pela Organização das Nações Unidas (ONU), o país foi queimado e pilhado pelo Exército Indonésio e por milícias pró-Indonésia. A barbárie desses bandos incluiu, ainda, a deportação de cerca de 270 mil pessoas para o Timor Oeste, província sob jurisdição do governo de Jacarta.

Nesse contexto, o Conselho de Segurança da ONU autorizou o envio de uma força de paz para restaurar e manter a ordem e facilitar a assistência humanitária na região.

A Indonésia viu-se, então, compelida a reconhecer o resultado da consulta popular retirando seus governantes do solo do Timor Leste.

Em seguida, criou-se a Administração de Transição das Nações Unidas (UNTAET (United Nations Transitional Administration in East Timor), com a missão de promover a segurança e a manutenção da lei e da ordem, estabelecer uma administração, prestar assistência humanitária e social, apoiar a capacitação do pessoal para formação do novo governo e auxiliar na criação de condições para o desenvolvimento sustentável da nova Nação.

Dentro deste quadro de Administração Transitória, foram editados regulamentos criando um Poder Judiciário e um Ministério Público transitórios.

No Tribunal Distrital de Dili, capital de Timor Leste, estabeleceu-se o que se chamou de Painel para crimes graves (Serious Crimes Investigation Unit-S-CIU), com competência exclusiva para o processo e julgamento dos seguintes crimes: genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade, homicídio, crimes sexuais e tortura.

---

15 CUNHA, João Solano Carneiro da. *A questão de Timor-Leste: origens e evolução*. Brasília: FUNAG/IRBr, 2001, p. 20.

Além de ser um tribunal temporário, somou-se à Corte instituída em Timor Leste a crítica de ter expedido poucas condenações posto que a maior parte dos acusados empreenderam fuga inviabilizando um julgamento definitivo.

## 9. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.

Não obstante a consciência coletiva de que crimes internacionais de extrema gravidade merecem a devida punição, a solução de tribunais internacionais temporários nunca se mostrou como plenamente satisfatória aos olhos da comunidade jurídica internacional.

A solução veio com a criação do Tribunal Penal Internacional concebido como uma Corte com jurisdição para investigar, processar, julgar e punir pessoas, e não Estados (art. 25, parágrafos 1, 2 e 3 do Estatuto de Roma).

Caracteriza-se como uma corte criminal permanente, exatamente para evitar a seletividade representada pela criação dos tribunais *ad hoc*, que dependem de decisão do Conselho de Segurança da ONU, no qual cinco potências têm o poder de veto.

O Estatuto de Roma, que possui a natureza jurídica de tratado, entrou em vigor após sessenta Estados manifestarem sua adesão ao Tribunal Penal Internacional, o que ocorreu em 11 de abril de 2002.

Com sede em Haia – Holanda (art. 3º do Estatuto), o Tribunal tem personalidade jurídica internacional, podendo exercer sua capacidade jurídica para efetivar suas funções e finalidades (art. 4º do Estatuto), o que inclui a possibilidade de celebrar tratados com outras organizações internacionais ou com Estados.

O Estatuto confirma o princípio da responsabilidade penal de indivíduos pela prática de delitos contra o Direito Internacional, situando-o como sujeito de direitos e deveres no plano internacional.

No Estatuto de Roma, pela primeira vez um tratado internacional acrescenta às definições dos crimes, também princípios gerais de Direito Penal e claras regras de Processo Criminal. Esse acréscimo supre lacuna das Convenções de Genebra de 1949, sempre criticadas por terem dado muito pouca atenção às normas substantivas e adjetivas da Ciência Jurídica Penal <sup>16</sup>.

Trata-se, de uma Corte supranacional, destinada exclusivamente ao julgamento de casos gravíssimos de violações aos direitos humanos. Além disso, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional não lhe impõe competência absoluta; ao contrário, ela

---

16 . MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz. *O tribunal penal internacional e a constituição brasileira*. <http://www.dhnet.org.br/index.htm>. Acesso em 03/11/2023

é relativa e tão somente complementar às jurisdições dos Estados nacionais que ratificaram o Estatuto. Desse modo, somente exerce sua jurisdição se o Estado membro não se dispuser a processar o transgressor, ou se for incapaz de fazê-lo.

Com efeito, se por injunções políticas um país não se quiser, ou não se puder processar e julgar um ditador que tenha comandado, contra o seu povo, o cometimento de crimes como o genocídio ou contra a humanidade, a solução é entregá-lo a esse Tribunal supranacional para que seja julgado.

Não é objetivo deste artigo realizar profunda análise de todos os princípios e regras penais e processuais penais, nem da estrutura e funcionamento do Tribunal Penal Internacional. Faremos apenas alguns destaques sobre a atuação da corte.

### 9.1. *COMPETÊNCIA MATERIAL DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL*

Está previsto no art. 5º do Estatuto de Roma o rol dos crimes sujeitos à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, quais sejam: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão.

Todas as condutas são imprescritíveis (art. 29) e o Tribunal só tem competência relativamente às cometidas após a entrada em vigor do Estatuto (art. 11, 1).

A jurisdição do tribunal começa a valer a partir do momento da ratificação do Estado para que se torne Parte após o início de vigência do Estatuto de Roma (art. 11, 2).

### 9.2. *SANÇÕES PERMITIDAS*

Reconhecendo a procedência da acusação sustentada em juízo sobre um dos crimes acima elencados, o tribunal, expedindo sentença condenatória, poderá impor as seguintes sanções; a) prisão por um período máximo de trinta anos; ou b) prisão perpétua quando justificada pela extrema gravidade do crime e pelas circunstâncias pessoais do condenado; e/ou c) multa; e/ou d) sequestro do produto resultante do crime (art. 77). Além disso, o tribunal poderá ordenar que a pessoa condenada pague reparações às vítimas, na forma de restituição, compensação e reabilitação (art. 75, 2).

A aplicação das penas previstas no Estatuto fica a critério dos juízes, que têm poder discricionário para escolher, dentre as espécies previstas, a pena a ser aplicada. Nenhum dos delitos previstos no Estatuto traz sanção específica cominada. Tal forma de imposição de penas, pode parecer estranha às tradições dos países de *civil law*, que adotam rígidos princípios de individualização das penas. Todavia, esse tipo de previsão é amplamente reconhecido nos países que adotam o sistema da *common law*.

Nos termos do disposto no art. 103 e seus incisos, as penas privativas de liberdade serão cumpridas em um Estado indicado pelo tribunal a partir de uma lista de Estados que lhe tenham manifestado sua disponibilidade para receber pessoas condenadas. Esses Estados são chamados de *Estados anfitriões*.

### 9.3. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO E SOBERANIA

Até o término da II Guerra Mundial, pouco se fez, no plano internacional, para responsabilizar os governantes por agirem no comando de graves violações aos direitos humanos praticadas, por vezes, em larga escala, sobretudo porque prevalecia o entendimento de que, no exercício da soberania estatal, eram juridicamente irresponsáveis por seus atos.

Com o advento do Estatuto de Roma, houve grande avanço no que toca à revisão do conceito tradicional de soberania, particularmente no que se refere à imunidade de jurisdição.

A imunidade de jurisdição, reconhecida pelo Direito Internacional Público, é aquela voltada à proteção da soberania dos Estados e de seus representantes, sem a qual não há lugar para as relações diplomáticas.

No caso do Estatuto de Roma, não temos um Estado e suas autoridades sendo julgados por outro Estado, à revelia de sua vontade, mas sim possíveis autoridades de um Estado sendo julgadas por um organismo internacional, ao qual se submeteram voluntariamente.

Por isso mesmo, consagrou-se no art. 27 do Estatuto o princípio da irrelevância da qualidade oficial, neutralizador da imunidade de titulares de cargos públicos.

Em relação a eventuais foros privativos por prerrogativa de função, estes valem no direito interno de acordo com a determinação das suas leis internas.

Assim, mesmo que as Constituições dos Estados, como é o caso da brasileira, estabeleçam expressamente o princípio da soberania estatal e criem foros privativos por prerrogativa de função, isso não quer dizer que pessoas em postos de comando, apontadas por ações ou omissões violatórias a direitos humanos não possam ser responsabilizados perante o Tribunal Penal Internacional.

O Estatuto de Roma simbolizou, então, um significativo avanço, ao obstar converta-se a imunidade em escudo, que impeça a responsabilização de pessoas que exerçam cargos de autoridade ou de comando, pela prática dos mais graves crimes internacionais. A sistemática prevista no Estatuto, que afasta a imunidade, visa a assegurar o princípio da responsabilidade dos agentes públicos (*accouta-*

bility), o princípio da igualdade, o princípio do acesso ao Poder Judiciário e o direito das vítimas mediante prestação jurisdicional<sup>17</sup>.

#### 9.4. O DIREITO A UM JULGAMENTO JUSTO

O direito a um julgamento justo é garantido no Estatuto em inúmeras passagens. Assim, o art. 67 estabelece os direitos do acusado a uma audiência justa e pública, a ser realizada em conformidade com as normas emanadas do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e com outros instrumentos internacionais de ampla aceitação.

Além disso, garante-se ao acusado o direito de estar presente durante a solenidade de julgamento (art. 63). Ele tem em seu favor a presunção de inocência, até que declarado pelo tribunal, em conformidade com o direito aplicável (art. 66, 1). É do promotor o ônus de provar e convencer os juízes da culpa do acusado além de uma dúvida razoável (art. 66, 2 e 3), cabendo também ao tribunal decidir quais provas são ou não admissíveis (arts. 68 e 69).

O tribunal poderá processar pessoas que tentarem interferir na administração da justiça, mediante falso testemunho ou suborno ou ameaça a juízes, por exemplo (art. 70).

O art. 74 consagra o princípio da identidade física do juiz, prevendo que os juízes do Juízo de Julgamento de Primeira Instância devem estar presentes em cada estágio do procedimento e ao longo de suas deliberações, devendo, igualmente, procurar alcançar um veredicto unânime. Suas decisões devem ser anunciadas por escrito e conter a fundamentação correspondente (art. 74, 5).

Qualquer sentença imposta deve ser pronunciada em público e, sempre que possível, na presença do acusado (art. 76, 4).

O Estatuto também permite sejam impetrados recursos das várias decisões proferidas pela Câmara de Primeira Instância, tais como da decisão de condenar o réu (arts. 81 a 84).

A proteção dos direitos do arguido é essencial para garantir um julgamento justo e uma justiça eficaz. A Secretaria, responsável pelas questões de defesa, possui uma lista de advogados previamente selecionados, com o objetivo de garantir que, em conformidade com o Regulamento de Processo e de Prova, exerçam a atividade de defesa perante o Tribunal de acordo com o Código de Conduta Profissional do Advogado ao longo de todo o processo. O Tribunal Penal Internacional presta assistência logística e, se necessário, ajuda financeira à equipe de defesa.

---

17 PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2ª. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 181.

### *9.5. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E AUXÍLIO JUDICIÁRIO*

O tribunal pode recorrer aos Estados para que estes cooperem e prestem assistência no decorrer de todo o processo conforme necessário (arts. 86-103).

Os Estados-partes obrigam-se a responder às requisições de assistência feitas pelo tribunal, a menos que isso represente genuína ameaça a seus interesses de segurança nacional (art. 72), e em algumas outras circunstâncias muito restritas.

Também é possível que os Estados-partes tenham de ajudar na aplicação de multas e ordens de sequestro ou de reparação (art. 75, 5 e 109). Além disso, qualquer Estado poderá voluntariamente aceitar e supervisionar pessoas sentenciadas (arts. 103-107). Entretanto, tais Estados não poderão modificar a sentença nem conceder liberdade ao réu condenado antes da ordem de soltura expedida pelo tribunal (art. 105 e 110).

### *9.6. DIREITOS DAS VÍTIMAS*

Pela primeira vez na história da justiça penal internacional vítimas tem o direito de participar dos processos e requerer reparações (art. 75). O Estatuto confere voz às vítimas para testemunharem, participarem de todos os estágios do processo do tribunal e protegerem sua segurança, seus interesses, sua identidade e sua privacidade (art. 68). As vítimas participantes podem se beneficiar de representação legal e, eventualmente, de apoio judiciário.

As vítimas podem ser pessoas individuais, mas também organizações ou instituições que tenham sofrido danos diretos em qualquer dos seus bens dedicados à religião, educação, arte ou ciência ou a fins caritativos, bem como nos seus monumentos históricos, hospitais e outros locais e objetos destinados a fins humanitários.

A Secção de Participação e Reparação das Vítimas é responsável por assistir as vítimas quando estas solicitam a participação no processo auxiliando-as a exercerem os seus direitos, prestar-lhes assistência durante todo o processo judicial e, se necessário, tomar medidas para a sua proteção. O Tribunal pode ordenar vários tipos de reparação para as vítimas, que podem incluir a restituição, a reabilitação e a indenização.

As pessoas designadas para trabalhar com as vítimas tem formação especial para atender às suas necessidades específicas, principalmente crianças, idosos, pessoas com deficiência e vítimas de violência sexual ou de género.

O Tribunal interage diretamente com comunidades, onde existam vítimas de crimes sob investigação, nos seus respectivos países e nas línguas locais. Falam, trocam pontos de vista, respondem a perguntas, abordam preocupações e forne-

cem informações às pessoas para promover a compreensão ao longo das fases dos processos judiciais.

O Estatuto de Roma também estabeleceu o Fundo Fiduciário para as Vítimas para reparar os danos sofridos pelas vítimas dos crimes, por meio de concessões de reparações ordenadas pelo TPI e inclusão em outros programas em seu benefício.

O Fundo Fiduciário para as Vítimas é independente do Tribunal e foi criado em 2004 pela Assembleia dos Estados Partes, em conformidade com o artigo 79 do Estatuto de Roma. O Fundo tem como missão apoiar e implementar programas que tenham por fim: (i) garantir as reparações ordenadas pelo Tribunal e (ii) prestar apoio físico, psicológico e material às vítimas e às suas famílias. Ao ajudar as vítimas a regressarem a uma vida digna e contributiva no seio das suas comunidades, objetiva-se contribuir para a concretização de uma paz sustentável e duradoura, promovendo a justiça reparadora e a reconciliação.

#### *9.7. RELATÓRIO DA ESCRITÓRIO DA PROMOTORIA -2022*

Entre 15 de junho de 2020 e 30 de setembro de 2022, o Escritório da Promotoria recebeu 920 comunicações nos termos do artigo 15 do Estatuto de Roma.

De acordo com a prática padrão, todas essas comunicações recebidas foram analisadas cuidadosamente, a fim de avaliar se as alegações nelas contidas diziam respeito:

- (i) questões manifestamente fora da jurisdição do Tribunal;
- (ii) situação já em exame preliminar;
- (iii) uma situação já sob investigação ou que constitua a base de uma acusação; ou
- (iv) assuntos que não estejam manifestamente fora da jurisdição do Tribunal nem relacionados a um exame preliminar, investigação ou acusação existente e, portanto, justifiquem uma análise factual e jurídica adicional pelo Escritório.

Após esse processo de filtragem, o Escritório determinou que das comunicações recebidas no período coberto pelo relatório, 736 estavam manifestamente fora da jurisdição do Tribunal; 25 estavam ligados a uma situação já em exame preliminar; 132 estavam ligados a uma investigação ou acusação; e apenas 27 justificaram análises adicionais.

Tal balanço demonstra a excepcionalidade da atuação do Tribunal Penal Internacional e incentiva os Estados para que fortaleçam e coloquem em prática seus próprios sistemas de justiça. Reafirma, como se vê, a subsidiariedade dessa Corte.

### 9.8. *ALGUMAS CONDENAÇÕES*<sup>18</sup>

A primeira condenação proferida pelo TPI foi a do acusado Thomas Lubanga da República Democrática do Congo. Ele foi declarado culpado, em 14 de março de 2012, dos crimes de guerra de alistamento e recrutamento de crianças com idade inferior a 15 anos (crianças-soldados) e da sua utilização para participar ativamente nas hostilidades, a um total de 14 anos de prisão. Veredicto e sentença confirmados pela Câmara de Recursos em 1º de dezembro de 2014. Em 19 de dezembro de 2015, o réu condenado foi transferido para um estabelecimento prisional na República Democrática do Congo para cumprir a sua pena de prisão. Em 15 de março de 2020, foi libertado após ter cumprido 14 anos de encarceramento. O processo de indenização das vítimas teve início em 7 de agosto de 2012.

No mesmo processo, Germain Katanga foi considerado culpado, em 7 de março de 2014, como cúmplice de um crime contra a humanidade (homicídio) e de quatro crimes de guerra (homicídio, ataque a uma população civil, destruição de bens e pilhagem) cometidos a 24 de fevereiro de 2003 durante o ataque à aldeia de Bogoro, no distrito de Ituri, na República Democrática do Congo. A sentença é definitiva, uma vez que tanto a Defesa como a Acusação retiraram os seus recursos em 25 de junho de 2014. Condenado a um total de 12 anos de prisão. O tempo passado em detenção no Tribunal Penal Internacional - entre 18 de setembro de 2007 e 23 de maio de 2014 - foi deduzido da pena.

Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu and Narcisse Arido - Considerados culpados de várias infracções contra a administração da justiça relacionadas com os falsos testemunhos das testemunhas de defesa no processo Bemba. Veredictos de culpabilidade proferidos em 19 de outubro de 2016 e sentenças em 22 de março de 2017. Houve Recursos sobre o veredicto e a sentença em 8 de março de 2018. Novas sentenças para os réus Bemba, Mangenda e Kilolo pronunciadas em 17 de setembro de 2018. As condenações e absolvições em relação aos cinco arguidos são agora definitivas. As penas de prisão foram cumpridas.

Ahmad Al Faqi Al Mahdi - Alegado membro do Ansar Eddine, movimento associado à Al-Qaeda no Magrebe Islâmico, chefe da “Hisbah” até setembro de 2012, e associado aos trabalhos do Tribunal Islâmico de Timbuktu no norte do Mali.

Considerado culpado como coautor do crime de guerra que consiste em dirigir intencionalmente ataques contra edifícios religiosos e históricos em Timbuktu em junho e julho de 2012. Condenado a 9 anos de prisão em 27 de setembro de

---

18 <https://www.icc-cpi.int/cases> acesso em 03/11/2023.

2016, sendo o tempo passado pelo suspeito em detenção deduzido da pena. Em 25 de novembro de 2021, a pena de prisão de Al Mahdi foi reduzida em dois anos. A data de cumprimento da sanção foi fixada em 18 de setembro de 2022.

Conclusão- Na efeméride dos 25 anos da aprovação do Estatuto de Roma, sintetizam os esforços já efetivados e as expectativas para o futuro, as mensagens do Juiz Presidente do Tribunal Penal Internacional, Piotr Hofmański e do Procurador Chefe, Karim Khan KC. O primeiro enalteceu o privilégio que tem sido escolhido atuar naquela corte promovendo um mandato independente e imparcial por meio de ações concretas. E ressaltou que para fazê-lo de forma efetiva, mostra-se necessária a plena cooperação dos Estados, especialmente tendo em conta a pesada carga de trabalho do Tribunal, no que diz respeito a conflitos e alegados crimes em quatro continentes<sup>19</sup>.

E o segundo observou que o 25º aniversário, é um momento para refletir sobre o que foi alcançado, mas, talvez mais importante, o que mais se pode fazer juntos. Ressaltou que este marco deve ser usado para acelerar a transformação da tão esperada promessa de justiça numa realidade para as comunidades. A vontade de evoluir, o foco na melhoria do trabalho desenvolvido pela corte e a determinação em apresentar resultados serão fundamentais para aprofundar o impacto da justiça criminal internacional no próximo quarto de século<sup>20</sup>.

Na medida em que esta novel Corte de Justiça se fortalece, a expectativa é também de que os resultados produzidos passem a ter, ao longo do tempo, poder dissuasório em face daqueles que pensem em transgredir valores universais fundamentais ou seja, o *Direito das Gentes*.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*. Barueri: Manole, 2004.
- BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal law: second revised edition*. Martinus Nijhoff Publishers. Leiden-Boston, 2013.
- CRETELLA NETO, José. *Curso de direito internacional penal*. Ijuí:Ed. Unijuí, 2008, p. 94.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 67.
- CUNHA, João Solano Carneiro da. *A questão de Timor-Leste: origens e evolução*. Brasília: FUNAG/IRBr, 2001
- GONÇALVES, Joannisval Brito. *Tribunal de Nuremberg. 1945-1946. A gênese de uma nova ordem no direito internacional*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2004. p. 35-36.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2ª. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003

19 <https://www.icc-cpi.int/news/icc-marks-rome-statutes-25th-anniversary> acesso em 03/11/2023

20 <https://www.icc-cpi.int/news/icc-marks-rome-statutes-25th-anniversary> acesso em 03/11/2023

## CAPÍTULO 10

# TUTELA PENAL DE TERCEIRA GERAÇÃO NA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

CARLOS ALBERTO CORREA DE ALMEIDA

*Juiz de Direito em São Paulo*

*Doutor em Direito, tendo realizado estudos pós-doutorais na*

*Universidade de Lisboa Clássica*

Inicialmente, precisamos consignar a nossa alegria de poder participar de uma data festiva que comemora os 190 anos do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, bem como a honra de poder estar entre Vossas Excelências.

Nós que somos descendentes de Portugal, ainda que tenhamos a nossa casa e a amemos do fundo do nosso coração, não podemos ignorar o quanto nos é caro Portugal.

Isso porque, sabemos a nossa origem portuguesa e nos orgulhamos disso, ainda mais com todo o carinho recebido pelos portugueses nos diversos anos que visitamos este país, a tal ponto que podemos afirmar que não nascemos em Portugal, mas Portugal nasceu no nosso coração.

Obrigado Portugal por existirmos além-mar.

A nós coube a apresentação de uma reflexão sobre a formação de uma nova geração do Direito Penal, em especial, a sua questão prioritária da proteção do meio ambiente.

Após as diversas experiências negativas sofridas nos últimos séculos com existência de guerras, pandemias, poluição crescente do meio ambiente, a escassez de recursos hídricos, o aquecimento global entre outros problemas relacionados com o meio ambiente, até para os mais céticos, tornou-se claro que vivemos em um eco sistema chamado planeta terra que é finito, bem como o tempo da sua existência depende do quanto estamos dispostos a mudar nos nossos hábitos.

Uma questão a ser enfrentada é a de que será possível comemorar mais 190 anos do Egrégio Superior Tribunal de Justiça de Portugal se continuarmos a degradar o meio ambiente?

Acreditamos que não.

A involução da vida no planeta terra ocorre mais rápida do que podemos imaginar dentro do nosso egoísmo de uma existência curta neste planeta.

O nosso hoje é o legado deixado pelos nossos ancestrais, sendo o futuro dos nossos descendentes o que construímos ou destruímos hoje.

A ignorância, o comodismo, o egoísmo e a ganância são alguns dos principais problemas que enfrentamos para compreendermos a importância da nossa responsabilidade com o cuidado do meio ambiente.

Apresentadas essas considerações iniciais, compreendemos o Direito como um sistema formado por subsistemas e que são interdependentes, a partir dos ensinamentos de Niklas Luhmann<sup>1</sup> destacando-se o Direito Criminal como um desses subsistemas, cabendo a ele regular, prevenir e sancionar as condutas mais graves que prejudiquem a sociedade para a qual ele serve.

A ideia de sistema e as suas interligações internas e externas permite a constatação de que o sistema tende a se desenvolver com o objetivo de solucionar os seus problemas internos e externos, mas isso leva a um efeito indesejado que é o aumento da sua complexidade, o que gera mais problemas e com isso a eterna busca do desenvolvimento, como ocorre com o Sistema Direito.

A escolha do Direito Penal como plataforma para a proteção internacional do meio ambiente se deve ao fato da sua melhor adaptação ao trato internacional e a sua força de coerção moral e jurídica.

Apresentadas tais premissas básicas que irão nortear a nossa apresentação, verificamos que o desenvolvimento do Sistema Direito e do seu subsistema Direito Criminal, nos permite traçar uma divisão temporal baseada na noção de Geração, tendo como foco o autor de infrações penais, o que nós concebemos por inspiração à Teoria das Velocidades do Direito Criminal de Jesús-María Silva Sánchez<sup>2</sup>.

A chamada Primeira Geração do Direito Criminal e que nós chamamos de Tutela Penal de Primeira Geração é a mais tradicional e antiga, onde se verifica o homem agindo de forma isolada ou de forma coletiva no cometimento de infrações penais, sendo eficaz quando cuidamos da maior parte das infrações penais.

Porém, com o desenvolvimento da noção de pessoa jurídica, coletiva ou moral, em especial, a partir do Século XIX com as revoluções industriais e a intensificação da interferência das pessoas jurídicas de direito privado na sociedade, bem como diante da constatação de que elas deixaram de ser meros instrumentos

---

1 . LUHMANN, N. O conceito de sociedade. In: NEVES, C. B.; SAMIOS, E. M. B. (Org.). Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997.

2 . SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal, aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3ª ed. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2013.

da prática de infrações penais para serem autoras de infrações penais relacionadas com o meio ambiente e a economia, verificou-se a necessidade da responsabilização criminal da pessoa jurídica de direito privado.

Importante mencionar que tal responsabilização criminal não é pacífica e muitos países relegam a sua ocorrência a apenas alguns assuntos muito específicos, como é o caso do Brasil que responsabiliza a pessoa jurídica de direito privado apenas quando do cometimento das infrações criminais relacionadas com o meio ambiente, através da Lei Federal nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998.

Outros países como Portugal já foram mais além, passando a responsabilizar as pessoas jurídicas de direito privado por outras atividades sociais lesivas, como verificamos no Decreto-lei 630, de 28 de julho de 1976, relacionado às atividades cambiais; no Decreto-lei 187, de 13 de maio de 1983 relacionado ao contrabando e ao descaminho e no Decreto-lei 28/84, de 20 de janeiro de 1984 que cuida das infrações antieconômicas e contra a saúde pública em Portugal.

Acreditamos que o grande obstáculo para a aceitação da responsabilização criminal da pessoa jurídica é o apego à regra tradicional de que somente o homem comete infrações penais, bem como a aceitação tradicional de que são próprias do Direito Criminal apenas as sanções clássicas envolvendo a pena capital e a prisão.

A possibilidade da responsabilização da pessoa jurídica de direito privado no âmbito criminal, a partir de sanções que não são clássicas do Direito Criminal, passamos a chamar de Tutela Penal de Segunda Geração.

Embora tenhamos conseguido um avanço significativo na proteção do meio ambiente no interior dos países que possuem uma política adequada de tal proteção, passamos a notar que ainda existia uma lacuna a ser preenchida, uma vez que não eram apenas as pessoas jurídicas de direito privado que violavam o meio ambiente e outros interesses universais.

Infelizmente, pessoas jurídicas de direito público, mais precisamente, países, violam o meio ambiente com intensidade e com risco crescente, ou seja, existe uma ameaça real para a continuidade da vida do homem no planeta terra por conta do descaso e do abuso praticado por alguns países, os quais causam poluição ambiental, degradação dos recursos hídricos e outros bens de importância para todos os países.

A constatação de tal situação de fato, nos leva a idealizar uma Tutela Penal de Terceira Geração através da qual as pessoas jurídicas de direito público são responsabilizadas criminalmente, obviamente, através de um outro conjunto de sanções que não se confundem com as demais gerações anteriores.

A primeira tentativa de uma Tutela Penal de Terceira Geração, segundo o nosso entendimento, nasceu com a preocupação da proteção dos direitos hu-

manos, através de convenções e da formação de Tribunais Especiais para o julgamento de casos de genocídio, crimes de guerras e de crimes contra a humanidade, destacando-se os Tribunais Internacionais Especiais que julgaram violações verificadas em Huanda, Kosovo, Bósnia Herzegovina, Timor Leste etc., culminando com a criação do chamado Tribunal Penal Internacional, instituído pelo Estatuto de Roma de 17 de julho de 1998.

Não nos descuidamos do fato de que uma tutela penal de terceira geração, com a responsabilização de Países, mesmo que através de embargos econômicos, até porque não podemos extinguir o País, não deixa de ser uma perigosa intervenção na soberania do País e um risco de abuso e de justificativas de invasão.

Também, necessita de um órgão internacional que tenha representatividade e efetividade, bem como a sua ação ocorra apenas de forma supletiva quando não haja interesse real por parte da Justiça do País responsável pela violação.

Obviamente, sempre enfrentaremos a resistência dos países fortes, muitos dos quais sequer assinaram o chamado Estatuto de Roma, além de outros que se retiraram depois de assinarem o mencionado estatuto.

Todavia, o fato é que precisamos de uma Tutela Penal de Terceira Geração voltada para a proteção do meio ambiente, uma vez que não há humanidade a ser protegida quando ela estiver extinta.

Acreditamos que se faz necessária a extensão do chamado Estatuto de Roma para a proteção do meio ambiente após a discussão e a conscientização dos países membros da ONU, em especial, os países com poder de veto no Conselho de Segurança da ONU, mais precisamente, os Estados Unidos; a Inglaterra; a França; a Rússia e a China.

Porém, para não existir o risco de intervenção e de abuso, entendemos que as sanções na Tutela Penal de Terceira Geração devem ser de natureza restritiva de relações comerciais, nunca de intervenção militar ou no governo dos países soberanos.

Necessário consignar que uma geração do Direito Penal não substitui uma outra geração e são aplicadas de forma complementares dentro da evolução da necessidade da proteção da sociedade local e internacional, sendo que a última é suplementar e a sua oportunidade é a ausência de ação interna contra o abuso ambiental por parte do poder público local.

A necessidade de um Direito Penal Preventivo na Tutela Penal de Terceira Geração fez ocorrer a substituição do conceito de bem jurídico tutelado pelo de risco social internacional, fazendo surgir um Direito Penal de natureza preventiva e não apenas reativo como ocorre com as Tutelas Penais de Primeira e de Segunda Gerações.

## 1. ESQUEMA DA ESTRUTURA DA INFRAÇÃO PENAL NA TUTELA PENAL DE TERCEIRA GERAÇÃO

| Fato Típico                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Antijurídico                                                                                                                                                                                                         | Culpável (apenas para a aplicação de medidas)                                        |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>a) <b>Conduta</b> - mera atividade de risco internacional;</p> <p>b) <b>Resultado</b> – coeficiente de perigo internacional relevante – basta o perigo abstrato;</p> <p>c) <b>Nexo de Causalidade</b> relação entre a atividade e o perigo tutelado;</p> <p>d) <b>Tipicidade</b></p> <p>d.1 previsão da atividade como infração penal internacional (necessidade de uma norma penal internacional através de Tratados e Convenções, uma vez que um Código Penal Internacional seria pouco provável em face da soberania dos países);</p> <p>d.2 a existência de perigo internacional ditado pelo risco coletivo de uma conduta ambiental</p> | <p>Interesse internacional pela atividade ser antijurídica (proteção de um bem internacionalmente relevante e de interesse comum como é o caso do meio ambiente) e não existirem excludentes da antijuridicidade</p> | <p>exigibilidade internacional de atividade diversa da desenvolvida por um país.</p> |

## 2. ESQUEMA DA DIFERENÇA DE INCIDÊNCIA DAS TRÊS TUTELAS PENAIS

**A. Tutela Penal de Primeira Geração (Soberania Plena)** - prevenção, controle e persecução de condutas de riscos sociais individuais e coletivos internos aos Estados, baseadas nas ideias de proteção do bem jurídico e de soberania local plena. Poder Judiciário interno e com ação interna. Trata-se da regra da ação do Direito Penal e está ligada ao interesse local de um país, com seus costumes, sua tradição e a sua norma;

**B. Tutela Penal de Segunda Geração (Soberania Plena)** – prevenção, controle e persecução de condutas de risco social de pessoas jurídicas de direito privado de ação interna aos Estados, baseadas nas ideias de perigo social interno e ainda de soberania local plena. Poder Judiciário Interno e com ação interna. Trata-se da regra da ação do Direito Penal e está ligada ao interesse local de um país, com seus costumes, sua tradição e a sua norma;

**C. Tutela Penal de Terceira Geração (Soberania Racionalizada)** – prevenção, controle e persecução de condutas de risco internacional por pessoas jurídicas de direito público de ação internacional (países), baseadas nas ideias de perigo social internacional e de soberania local mitigada. Poder Judiciário Internacional de ação externa. Controle internacional;

### 3. ESQUEMA DAS CARACTERÍSTICAS DA TUTELA PENAL DE TERCEIRA GERAÇÃO

1ª. Oportunidade para a Ocorrência - A ação da Tutela Penal de Terceira Geração é sempre subsidiária para a preservação da soberania dos outros Estados, dentro da ideia de soberania racionalizada. Também é excepcional e guardada para casos especiais ditados pela Organização das Nações Unidas quando entender existente um “perigo internacional”;

2ª. Legitimidade - A ação da Tutela Penal de Terceira Geração necessita de autorização da Organização das Nações Unidas e ocorre diante da existência de um perigo internacional (risco) ou das consequências do perigo transposto;

3ª. Ação da Tutela - Pode envolver ação cautelar através do Conselho de Segurança das Nações Unidas, como jurisdicional através do Tribunal Penal Internacional ou de outros órgãos internacionais da ONU;

4ª. Abrangência – No momento abrange os Estados signatários da Carta das Nações Unidas e do Estatuto de Roma, mas a tendência e a necessidade ditam a extensão a qualquer Estado signatário ou não diante do bem *Humanidade* tutelado.

5ª. Finalidade - A tutela possui a finalidade eminentemente preventiva contra o *perigo internacional*, bem como de responsabilização das condutas violadoras das infrações penais internacionais;

6ª. Natureza das Infrações Penais - As infrações Penais são em regra de perigo, com tipos penais abertos. Até o momento houve a opção pela imprescritibilidade das condutas já definidas como infrações penais no Estatuto de Roma;

7ª. Responsabilização Penal - A responsabilização criminal das pessoas jurídicas de direito público é de natureza objetiva.

8ª. Sanções Aplicáveis – Embargos econômicos.

Diante da exiguidade do tempo restante, deixamos para a reflexão o nosso pensamento e a nossa proposta de uma Tutela Penal de Terceira Geração para a proteção de valores universais, transnacionais e da própria preservação do ser humano e do planeta terra.

O maior inimigo da vida do homem no planeta terra é o próprio homem que não respeita limites.

Muito grato.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional*. Trad. Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2008.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito internacional penal, uma perspectiva dogmático-crítica*. Lisboa – Portugal: ed. Almedina, 2008.

LUHMANN, N. O conceito de sociedade. In: NEVES, C. B.; SAMIOS, E. M. B. (Org.). Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Corrêa de Almeida. O processo histórico de uma tutela penal de terceira geração. 2014. Tese (Pós-doutorado em História do Direito) - Universidade de Lisboa – Clássica, Lisboa, 2015

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal, aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3ª ed. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2013.

## CAPÍTULO 11

# A EFICIÊNCIA E A EFICÁCIA DA JUSTIÇA, EXIGÊNCIAS DO ESTADO DE DIREITO

BENFEITO RAMOS

*Juiz do Supremo Tribunal de Justiça de Cabo Verde*

Respondendo ao amável e muito honroso convite que me foi endereçado pelos promotores deste evento, em especial pelo Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Juiz Conselheiro Henrique Araújo, é-me imensamente grato tomar parte neste Congresso, a decorrer, nesta acolhedora cidade de Lisboa, sob o signo da “*Liberdade, Meio Ambiente e Justiça*”.

Com o sentimento de fraternidade que nos envolve, saúdo o Senhor Presidente e, na sua pessoa, os demais dignitários aqui presentes, com destaque para o Excelentíssimo Doutor Nelson Faria de Oliveira, Secretário Geral da CJLP – Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa, uma das promotoras do evento.

Permitam-me saudar, também, os Senhores Representantes dos países da CPLP aqui presentes, em especial o Senhor Embaixador de Cabo Verde, Dr. Eurico Monteiro, personalidade muito ligada à Justiça, pois que para além de proeminente advogado, chegou de exercer o cargo de Ministro da Justiça de Cabo Verde.

Com este Congresso, e como foi a justo título enfatizado, se assinalam os 190 anos do “*estabelecimento*” do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, veneranda instituição à qual rendo a minha justificada homenagem, pela substancial contribuição que, por estes quase dois séculos de labor, tem vindo a emprestar à sedimentação e ao progresso do Direito no espaço comum que, em sede do Direito Comparado, ousaria chamar de família jurídica lusófona.

E porque este evento traz também, como não podia deixar de ser, o selo da cooperação frutífera que têm marcado a Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP), aprez-me enaltecer as relações que se vão construindo entre os Supremos ou Superiores Tribunais de Justiça dos nossos Estados.

São relações que refletem a partilha de valores, em que sobressai a convergência tendente à edificação e ao aprimoramento no espaço da nossa Comunidade de um Poder Judicial efectivamente independente, garante do respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos e que possa, ao mesmo tempo, na parte que lhe toca, contribuir para conferir significado e conteúdo ao primado do Estado de Direito plasmado nas nossas Constituições.

São relações que saem reforçadas quando puderem também contar com o envolvimento da Academia e de instâncias da Sociedade Civil, como é o caso da Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa e que deixa antever uma gradual assunção e apropriação da CPLP pelos cidadãos e pelos povos que integram essa comunidade.

Neste sentido, e em representação do Supremo Tribunal de Justiça de Cabo Verde, não posso deixar de exprimir o meu regozijo pelo facto de este congresso, que se propõe refletir sobre valores que nos são tão caros, como a *Liberdade* e a *Justiça*, sem se esquecer o direito a um *Meio Ambiente Saudável*, estar a ter lugar já num contexto de celebração de dois dos mais marcantes eventos para a história dos nossos países e para os nossos povos que, a breve trecho, alcançarão números bem redondos sobre o seu advento.

Refiro-me, em primeiro lugar, e reportando-me ao próximo ano de 2024, aos 50 anos da *Revolução do 25 de Abril* em Portugal, uma revolução para reinstaurar precisamente a *Liberdade* e a *Democracia*, para estabelecer o primado do Estado de Direito ou, no dizer dos estudiosos do Direito Constitucional, *uma nova ideia* de Direito. Mas uma revolução também, e nisso se confirma igualmente a sua grandeza, para *descolonizar*.

Assim sendo, o segundo evento marcante cuja celebração se aproxima, reportando-me já ao ano de 2025, são os 50 anos das *Independências das Ex-Colónias Portuguesas* em África, condição primeira para que, já na condição de Estados Soberanos, pudessem também empreender o seu caminho em direcção à Democracia e ao Estado de Direito, aspiração legítima dos respectivos Povos, e uma das razões de ser da própria luta pela independência.

Proponho partilhar com a audiência uma reflexão bem concisa, como exigem as circunstâncias, sobre o tópico “*A eficácia e a eficiência da Administração da Justiça, enquanto exigências do Estado de Direito*”.

Creio que a escolha dispensa justificação.

Como vários exemplos históricos, e mesmo a realidade dos dias de hoje, no-lo confirmam, a *Liberdade* só pode ser vivida e efectivamente garantida num contexto em que houver acesso à Justiça.

Porém, não a qualquer simulacro de Justiça. Mas, a uma Justiça pautada por independência, imparcialidade e eficiência, no seu funcionamento, e eficácia quanto à imposição e execução das suas decisões.

É a aspiração a essa efetiva Justiça que tem sido um dos propulsores da evolução da humanidade ao longo de séculos.

Na verdade, a par do inato anseio do Homem pela liberdade, forma singela de afirmar a sua natural e igual dignidade, perante os seus semelhantes, a reivain-

dicação da Justiça tem sido a outra bandeira que tem emprestado fundamento e legitimidade à luta dos Povos, de grupos sociais e de indivíduos.

Foi o ideal de Justiça que, só para citar alguns exemplos bem próximos de nós, emprestou fundamento, legitimidade e motivação à luta pela abolição da escravatura, pela autodeterminação dos Povos e a concomitante independência dos respectivos territórios e para a remoção de regimes autoritários e sua substituição por democracias respeitadoras das liberdades fundamentais.

Compreende-se, assim, que sempre que se inaugura um novo ciclo na vida dos Povos, um ciclo que faz auspiciar progressos, o mesmo seja acompanhado de promessa de realização da Justiça, em rigor de uma Justiça mais acessível e de melhor qualidade, para todos os cidadãos.

Do mesmo modo, e como infaustas ocorrências o vão confirmando, sempre que em regimes democráticos se despontam tendências autoritárias, tendências para na prática se suprimir a separação de poderes, e colocar em seu lugar o *homem forte*, numa palavra, tendências para o *apagão constitucional*, para se utilizar uma feliz expressão, que tomamos de empréstimo, é, em regra, para as instituições judiciárias e para os seus titulares que se começam a virar as baterias.

A importância da Justiça e do direito de acesso à Justiça, afere-se, ainda, pelo lugar cimeiro que lhe é reservado nos instrumentos internacionais dos direitos do Homem, sejam eles de abrangência universal ou de âmbito regional.

Por exemplo, pode-se ler no artigo 14.º, n.º 1, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP): “*todos são iguais perante os tribunais de justiça. Todas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei, que decidirá quer do bem fundado de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra elas, quer das contestações sobre os seus direitos e obrigações de carácter civil*”.

Já no plano interno, e no que diz respeito à CPLP, vamos encontrar o direito de acesso à Justiça, enquanto direito fundamental, consagrado de forma muito enfática na generalidade das constituições dos nossos países.

Mais do que isso, o que está consagrado, de forma expressa ou implícita, não é apenas o clássico direito de acesso à Justiça. É, sim, o direito de acesso à Justiça e, permitam-me sublinhar este complemento, de obter a tutela jurisdicional efectiva, em prazo razoável.

Na tradição jurídica da *common law* costuma-se falar em *rights*, que, grosso modo, corresponderia ao nosso direito de acção, direito de acesso ao Tribunal, e *remedies*, que corresponderia à prestação efectiva que, aquele que se apresenta como paciente, espera do Tribunal.

O direito de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva, constitui, como é fácil se aperceber, a contrapartida estadual pela proibição da Justiça privada, inerente ao Estado de Direito, e sinteticamente condensada na legislação processual dos nossos países na fórmula “*a ninguém é lícito o recurso à força com o fim de realizar o próprio direito, salvo nos casos e dentro dos limites declarados na lei*”.

Nessa perspectiva, a Administração da Justiça, constitui não apenas monopólio do Estado. Ela erige-se, também, como uma indeclinável obrigação do Estado de Direito, de que o mesmo se deve desincumbir nos exactos termos preconizados pela Constituição.

Daí a proposição que dá título a esta minha breve reflexão de que “*a eficácia e a eficiência da Administração da Justiça constituem uma exigência do Estado de Direito*”, no sentido de que, um Estado que se proclama como de Direito, mas que se deixa constituir reiteradamente em mora quanto à prestação jurisdicional que lhe é exigida, arrisca-se a perder, de forma irreversível, a sua reputação e, por conseguinte, o seu nobre estatuto.

Como facilmente se poderá divisar, a presente reflexão, feita por quem tem responsabilidades na Justiça, é tributária de uma certa inquietação ante à percepção, ou mesmo a avaliação, que amiúde se vai exteriorizando, de que a Administração da Justiça, e falo essencialmente do meu País, não estará a corresponder às legítimas expectativas dos cidadãos e da Comunidade.

Efetivamente, somos amiúde confrontados com diagnósticos e sentenças lapidares que apontam o deficiente funcionamento, leia-se o *mau funcionamento* da Justiça, como a causa de todos os males, reais ou imaginários. Ou que a instauração da Democracia produziu resultados positivos em todos os domínios, menos na Justiça.

É certo que nas percepções ou avaliações que vão sendo exteriorizadas, que em muitos casos deixam perceber uma certa nostalgia de bons velhos tempos, há uma notória tendência para fazer sobressair, à intenção de generalização, somente os aspetos negativos.

Nenhuma palavra de reconhecimento se assiste em relação aos muitos aspetos positivos, de que se poderia destacar, e mais uma vez estou a referir-me essencialmente ao meu País, à efetiva independência do Poder Judicial, num quadro de respeito escrupuloso pelo princípio de separação de poderes, o que só foi possível, graças à instauração da Democracia, assegurada hoje pela Constituição da República de 1992.

E isso já seria suficiente para evidenciar o infundado, se não mesmo o absurdo, de se pretender comparar grandezas absolutamente incomparáveis: a Administração da Justiça num Estado de Direito, com todas as suas insuficiên-

cias, é certo, e a Justiça num regime autoritário ou mesmo numa das chamadas democracias iliberais.

Ainda assim, não podemos perder o senso crítico. Não podemos deixar de reconhecer, com o sentido de responsabilidade que se nos impõe, que persistem disfunções na Justiça, a começar pela sua morosidade e pela sua dificuldade em se mostrar efetiva em tempo útil. Disfunções que, instrumentalizadas com segundas intenções, podem levar a que perca a sua credibilidade aos olhos dos cidadãos.

Credibilidade que pode igualmente ficar seriamente abalada, se persistirem situações, também associadas à morosidade, suscetíveis de legitimar na Comunidade a inferência de que a Justiça marcha a diferentes velocidades, consoante forem os litigantes e os recursos de que os mesmos puderem dispor, ou interpor, para fazer retardar o desfecho do processo e retirar eficácia às decisões judiciais.

Nesse aspeto, e independentemente das responsabilidades que cabem, ou que devem mesmo ser assacadas, aos Tribunais, aos magistrados e aos funcionários, é, antes de mais, ao Estado-legislador e ao Estado-Administrador que incumbe ajustar o quadro normativo, prover os recursos necessários e criar as condições logísticas indispensáveis para que a Administração da Justiça funcione com eficiência e eficácia, para todos.

Aqui, ousaria sustentar que o quadro legal em que têm estado a operar os Tribunais, particularmente em sede da legislação processual, não pode continuar a descurar a premente necessidade de se encontrar um justo equilíbrio entre as garantias inerentes ao processo equitativo, nomeadamente o direito ao recurso, que tem que ser assegurado, pelo menos em processo penal, e a execução das decisões judiciais, afinal o critério principal pelo qual a eficiência e eficácia de qualquer sistema de Administração da Justiça são avaliadas e julgadas.

Salvaguardada a independência do Tribunal e preservado o respeito pelo processo equitativo, o tempo da decisão judicial e a suscetibilidade da sua imediata execução, erigem-se, nos dias de hoje, como elementos inarredáveis de qualquer reforma da Justiça com pretensão a ser bem-sucedida.

Descendo do plano normativo para outros fatores de que dependem a eficiência e a eficácia da Administração da Justiça, pergunta-se: que recursos são alocados à Justiça? Por exemplo, quantos Magistrados e oficiais de justiça o país tem por habitante? Qual é a percentagem do Orçamento do Estado que é destinada ao funcionamento e à modernização dos Tribunais? Qual é o grau de penetração das novas tecnologias na Administração da Justiça?

Numa palavra, qual o efetivo investimento na Justiça?

Ora, todos esses questionamentos têm em vista pôr em evidência um dado de que nem sempre é fácil de se aperceber, até porque no debate em torno da

Justiça, a que por vezes se assiste, ele tem sido omitido ou, no mínimo, secundarizado. Refiro-me à indeclinável responsabilidade que impende sobre o Estado-legislador e o Estado-Administrador de criar as condições para que a Justiça funcione, e funcione com eficiência e eficácia, tal como sucede em países, ou em espaços comunitários, que nos são, amiúde, apontados como referência.

Sem o cumprimento de uma tal obrigação, a realização do programa constitucional para a Justiça, na parte em que promete a todos os cidadãos o direito de acesso à Justiça e de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, estará permanentemente comprometida.

E é com esta conclusão que termino, agradecendo penhoradamente a atenção de todos e renovando os meus sinceros votos de sucessos ao congresso Liberdade, Justiça e Meio Ambiente.

## CAPÍTULO 12

# DIA DA SOBRECARGA DA TERRA E PONTO DE INFLEXÃO DA AMAZÔNIA

ARNALDO DE SOUZA RIBEIRO

*Professor*

*“A diferença entre o remédio e o veneno está na dose”. Philippus Aureolus Theophrastus Bombastus von Hohenheim – Paracelso.*

**Médico suíço.** *Nasceu no dia 17 de dezembro de 1493, em Einsiedeln e faleceu no dia 24 de setembro de 1541, em Salzburg. (GOTO; ROSOLEM, 2015, online)<sup>1</sup>.*

## INTRODUÇÃO

Digo aos senhores que proferir palestra neste Congresso intitulado: *Liberdade, Meio Ambiente e Justiça*, promovido em comemoração ao aniversário de cento e noventa anos de fundação do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, constitui para mim motivo de alegria e honra.

**Não tenho cidadania portuguesa** a exemplo dos colegas que me antecederam, mas tenho, no coração, respeito e admiração por Portugal e pelos portugueses, pois daqui partiram os meus ancestrais na metade do século XVIII.

Início minha fala com um pensamento do médico suíço Paracelso (GOTO; ROSOLEM, 2015, *online*)<sup>2</sup>, que nascera no final do século XV: “A diferença entre o remédio e o veneno está na dose.”

Mais de cinco séculos se passaram da reflexão feita pelo imortal esculápio e hoje, pela temática que me fora confiada, por oportuno, sirvo-me da paráfrase: a forma que a partir de agora tratarmos a natureza será o nosso remédio ou o nosso veneno. E, pesarosamente, posso afirmar que, neste momento, estamos a prescrever veneno, embora ainda possamos transformá-lo em remédio.

Abordarei dois temas, objeto de minhas pesquisas e também de minhas preocupações e o farei com grande entusiasmo, pois estou a falar para juristas, pessoas que diuturnamente levam as leis, as fiscalizam e as aplicam, nas pessoas

1 <https://www2.unesp.br/portal#!/noticia/18962/paracelsus-e-os-venenos/>.

2 <https://www2.unesp.br/portal#!/noticia/18962/paracelsus-e-os-venenos/>.

dos Advogados, Promotores e Juízes, respectivamente. E o judiciário traz consigo equilíbrio e independência, virtudes que se revelam e se materializam em suas decisões pelo mundo.

Abordarei o Ponto de Inflexão da Amazônia e o Dia da Sobrecarga da Terra, na esperança de que possamos contribuir para transformar o veneno de hoje em remédio para o amanhã.

Trata-se de problemas de ordem regional e universal. Na América do Sul, a exploração desordenada, os desmatamentos e as queimadas na região Amazônica produzem o efeito denominado *Ponto de Inflexão da Amazônia*. No universo as pessoas gastam recursos naturais além da capacidade do Planeta recompô-los o que constitui o fenômeno denominado *Dia da Sobrecarga da Terra*.

Estes fenômenos de características micro e macro trouxeram, trazem e trarão consequências danosas para a população regional e mundial, que já se materializam no aquecimento global, na escassez de alimentos, nos acidentes climáticos e no desequilíbrio do período chuvoso e tendem a intensificar.

## 1. PONTO DE INFLEXÃO DA AMAZÔNIA

As queimadas e o desmatamento da região Amazônica, além da contribuir para o aumento de temperatura, reduzem a umidade e as chuvas, o que provoca perdas e redução da qualidade de vida no Brasil e nos países da América do Sul. Com a morte natural de parte das árvores, somada ao desmatamento, a parte sul da região Amazônica, tende a transformar-se em uma região de savana; por esta razão, a floresta deixará de produzir oxigênio e passará a produzir gás carbônico.

Nesse sentido discorrem Lúcia Chayb e René Capriles (2019, *online*)<sup>3</sup>:

Em 1990, o climatologista e Acadêmico, Carlos Nobre, publicou na Science um artigo onde advertia: “se desarmarmos grandes partes da Amazônia, ela se tornará uma savana”. Recentemente reiterou a sua previsão na Yale Environment 360, agora com dados científicos baseados em informações dos satélites climáticos da NASA e da ESA e do Brasil, ele disse: “O clima pós-desmatamento não será mais um clima muito úmido, ficará mais seco, a Amazônia terá uma estação seca muito mais longa, como a das savanas tropicais da África. O que sabemos hoje é que se excedermos 40% da área desmatada a Amazônia terá um ponto de inflexão.

Desse modo, adverte o pesquisador e climatologista Carlos Nobre (2023), um dos principais cientistas brasileiros que se encontra na linha de frente dos

---

3 < <https://eco21.eco.br/temos-30-anos-para-chegar-ao-ponto-de-inflexao-na-amazonia/> >.

estudos sobre a desmatamento da Amazônia e seus impactos no clima, que essa realidade sombria clama por ações imediatas e harmonizadas entre os governantes em todas as suas hierarquias de poder e das pessoas que integram a região, hoje espoliada pelo interesse econômico, com ações praticadas ao arrepio da lei.

Embora nem tudo esteja perdido. Em outra entrevista concedida a Roberta Jansen (2020), o mesmo pesquisador Carlos Nobre afirmou que ainda existem possibilidades de salvar a floresta.

É o que afirma Roberta Jansen (2020, *online*)<sup>4</sup>:

Em artigo assinado com o ambientalista e biólogo americano Thomas E. Lovejoy na revista *Science Advances*, Nobre sustenta que ainda há uma esperança para salvar a floresta, mas a decisão precisa ser tomada o quanto antes. “O ponto de inflexão é aqui e agora”, escreveu o climatologista, um dos maiores especialistas em Amazônia e em mudanças climáticas do Brasil.

O que se percebe nos últimos tempos na região amazônica é um aumento acelerado do desmatamento, de incêndios, muitos deles suspeitos de crimes e exploração de ouro em garimpos clandestinos com práticas que poluem os rios com mercúrio e, conseqüentemente, comprometem todo o ecossistema. O que se comprovou com a operação da Polícia Federal, no final de novembro de 2021, quando foram apreendidas e destruídas 131 balsas, que eram utilizadas para a prática deste crime. E muitas outras apreensões e destruições foram realizadas em especial, em 2023.

Neste sentido Bruna Soldera (2021, *online*)<sup>5</sup> oferece dados:

A pesquisa realizada pela Earth Overshoot Day (2021) concluiu que houve um aumento de 6,6% na Pegada Ecológica Global em relação ao ano de 2020 e uma redução de 0,5% na biocapacidade florestal global – muito influenciado pelo efeito do desmatamento e degradação da Amazônia.

Permeado por este momento sombrio que paira sobre a região amazônica e no Brasil, os representantes do governo brasileiro, que participaram dos trabalhos da Conferência do Clima – COP 26 (ONU, 2021a), realizada na Escócia no início de novembro de 2021, asseveraram que o objetivo do governo é mostrar um novo Brasil real, aquele que cuida de seus recursos naturais e que busca reinserir-se, de forma positiva, na proteção do meio ambiente e trazer de volta os acordos de financiamento do clima e do mercado de carbono. Porém, o que se viu na

4 <<https://www.msn.com/pt-br/noticias/meio-ambiente/%c3%a9-mais-rent%c3%a1-vel-ter-a-amaz%c3%b4nia-em-p%-c3%a9/ar-BBYRVcL>> .

5 <<https://www.aguasustentavel.org.br/conteudo/blog/131-earth-overshoot-day-o-dia-em-que-a-terra-perde-a-capacidade-de-se-regenerar>> .

prática é o contrário do enunciado nas palavras e o desmatamento continuou, para dar espaço a pastagens.

Neste sentido, Bill Gates (2021, p. 151):

O desmatamento seria mais combatido com mais facilidade se ocorresse pelas mesmas razões em todos os lugares, mas, infelizmente, não é o caso. No Brasil, por exemplo, a maior parte da destruição da Floresta Amazônica nas últimas décadas se deveu à criação de pastagens para o gado. (As florestas brasileiras encolheram em 10% desde 1990.) E, como o alimento é uma mercadoria global, o que é consumido em um país pode levar a mudanças da terra em outro. Conforme o mundo ingere mais carne, o desmatamento na América Latina acelera. Mais hambúrgueres em algum lugar correspondem a menos árvores em outro.

Desde a Conferência do Clima (ONU, 2015), realizada em Paris, no ano de 2015, as atenções do mundo se voltaram para o aquecimento global e para a busca de caminhos para mitigá-lo. Àquele tempo a meta proposta fora a de manter o aquecimento global a 2° C em relação à temperatura existente antes da Revolução Industrial. Meta que, na COP 26 (ONU, 2021a), foi reduzida para 1,5°C, o que não será alcançado ainda neste século se não houver profunda redução nas emissões de CO<sup>2</sup> e de outros gases de efeito estufa em todo o Planeta. É consenso que as metas apresentadas em 2015 não foram efetivadas e as que foram apresentadas em 2021, também não o foram.

O mundo acompanhou atento os trabalhos da COP-27 (ONU, 2022), realizada nos dias 6 a 18 de novembro de 2022 em Sharm El Sheikh, no Egito, com a presença marcante de estudiosos, pesquisadores e chefes de Estado. E, pelo que se viu durante os debates e ao longo do ano de 2023, acredita-se, que também ela, não terá destino diferente das anteriores. Destaca-se que na COP-27 (ONU, 2022), deliberaram sobre temas de vital importância para a sobrevivência no Planeta, entre eles a criação do Fundo de Perdas e Danos e a contenção das mudanças climáticas a partir de mecanismos aplicáveis globalmente.

Igual sentimento tem o jornalista ambientalista Dal Marcondes (2021, *online*)<sup>6</sup>:

Não bastassem esses alertas e acordos, a partir da Eco-92 foram realizadas dezenas de COPs (Conferências das Partes) sobre Mudanças Climáticas, Biodiversidade, Camada de Ozônio (Protocolo de Montreal), Oceanos e outros temas relevantes para a segurança e bem-estar da biosfera. Mesmo com todos esses alertas, tratados, protocolos e todo tipo de conferências, o planeta Terra segue sendo vilipendiado por uma espécie incapaz de reconhecer seus limites.

---

6 < <https://abm.org.br/a-terra-nao-precisa-de-nos-por-dal-marcondes/> >.

Desse modo, uma vez mais é oportuno registrar as palavras de Greta Thunberg (2020, *online*)<sup>7</sup>: “A nossa casa continuará a arder” e o disse em razão dos muitos diálogos e pouca ação.

## 2. DIA DA SOBRECARGA DA TERRA

O termo *Sobrecarga da Terra* foi desenvolvido pelo Instituto Independente Britânico de Pesquisas, *New Economics Foundation*, organização parceira da *Global Footprint Network*. (EARTH OVERSHOOT DAY, 2021).

Conforme cálculos apresentados pela *Global Footprint Network* (EARTH OVERSHOOT DAY, 2021), a demanda por recursos ecológicos renováveis e os serviços que eles fornecem atualmente são maiores que a capacidade do planeta para produzi-los. Desse modo, segundo as pesquisas por eles realizadas até o ano de 2021, o planeta apresentou débito em todos os anos pesquisados. Segundo suas previsões, a seguir nesta proporção de gastos e de produção, até à metade deste século, serão necessários dois planetas para atender às necessidades humanas, ou seja, a partir de determinado mês do ano e cada vez mais próximo do início, o Planeta passa a utilizar recursos por empréstimo, assim como um cheque especial. (EARTH OVERSHOOT DAY, 2021). Martin Kuebler (2021, *online*)<sup>8</sup> ensina como calcular o dia da sobrecarga da terra:

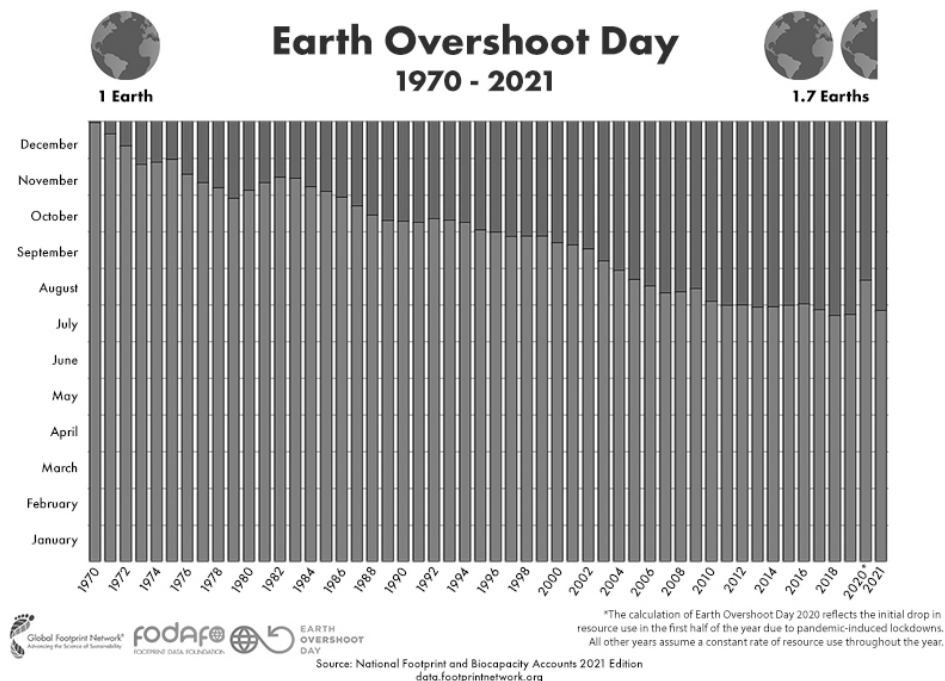
O Dia da Sobrecarga da Terra existe desde 2006. A Global Footprint Network (GFN), organização de pesquisa que apresenta a data a cada ano junto com o grupo ambiental WWF, compara o cálculo a um extrato bancário que rastreia receitas em relação aos gastos. Ele considera milhares de dados da ONU sobre recursos como florestas biologicamente produtivas, pastagens, terras de cultivo, áreas de pesca e áreas urbanas. Esse cálculo é então medido em relação à demanda desses recursos naturais, entre eles alimentos de origem vegetal, madeira, gado, peixe e a capacidade das florestas de absorver emissões de dióxido de carbono.

E para se ter ideia da gravidade e do aumento dos gastos dos recursos naturais tome-se por referência o Dia da Sobrecarga da Terra, em 1971 e 2023. Em 1971, ocorrera no dia 21 de dezembro e em 2023, no dia 2 de agosto.

O gráfico a seguir corrobora as palavras da pesquisadora Martin Kuebler (2021), ou seja, desde 1970 o planeta não conseguiu produzir para repor os recursos naturais extraídos pelos meios de produção e esta retirada é superior a cada ano, com exceção de 2020, em razão da pandemia.

7 <https://visao.pt/visaojunior/noticias/2020-01-21-greta-thunberg-em-davos-na-suica-a-nossa-casa-continua-a-arder/>

8 <https://www.ecodebate.com.br/2021/08/05/dia-da-sobrecarga-da-terra-chega-cada-vez-mais-cedo/> > .



Também corrobora Bruna Soldera (2021, *online*)<sup>9</sup> :

A década de 70 foi o último período com um balanço compatível com a capacidade de nosso planeta. Posteriormente, a data em que atingimos nosso “cheque especial ambiental é cada vez mais cedo, com uma demanda de capacidade de dois planetas terra” (AMBIENTE BRASIL, 2020). Além disso, ao manter essa trajetória, liquida-se cada vez mais os estoques de recursos ecológicos e acumula-se cada vez mais resíduos, em especial dióxido de carbono na atmosfera, contribuindo e muito para redução da biodiversidade e aquecimento global. Pelo que mostram o gráfico e os estudos realizados desde 1970, os meios de produção, o desperdício e o uso imoderado dos recursos naturais superam o que a natureza é capaz de produzir e, consequentemente, com agressões, algumas irreversíveis ao meio ambiente.

## 2.1. DIA DA SOBRECARGA DA TERRA – 2020

O ano de 2020 foi uma exceção, desde o início da aferição do *Dia da Sobrecarga da Terra* em que as pesquisas e registros mostravam a existência de

<sup>9</sup> <<https://www.aguasustentavel.org.br/conteudo/blog/131-earth-overshoot-day-o-dia-em-que-a-terra-perde-a-capacidade-de-se-regenerar>>.

oscilações em relação ao mês e dia; porém, sempre ocorridas, a cada ano, mais próxima de seu início. (RIBEIRO, 2021).

Em razão da pandemia da Covid-19, iniciada em Wuhan no mês de dezembro de 2019, que se disseminou em pouco tempo por todo o planeta, fez retrair o consumo de bens e serviços e, conseqüentemente, de recursos naturais, com reflexo no *Dia da Sobrecarga da Terra*. (RIBEIRO, 2021).

É o que diz Arnaldo de Souza Ribeiro (2021, p. 34):

Em dezembro de 2019, pela primeira vez, a Covid-19 foi identificada na cidade de Wuhan e, com imensa rapidez, disseminou para outras cidades chinesas. Em menos de noventa dias, alcançara a Europa e as Américas, com seus efeitos cruéis e devastadores.

Pela agressividade da pandemia, pelo número de mortes registradas, por medida de segurança, prevenção e também por ser o único remédio àquele tempo pré-vacinas, vários países decretaram o *Lockdown*, o que afetou a movimentação de pessoas e provocou a redução do consumo de bens e serviços. Desse modo, em 2020, o *Dia da Sobrecarga da Terra*, ocorreu no dia 22 de agosto. Se comparado com 2019, que ocorrera no dia 29 de julho, 24 dias depois.

E José Eustáquio Diniz Alves (2020, *online*)<sup>10</sup> esclarece:

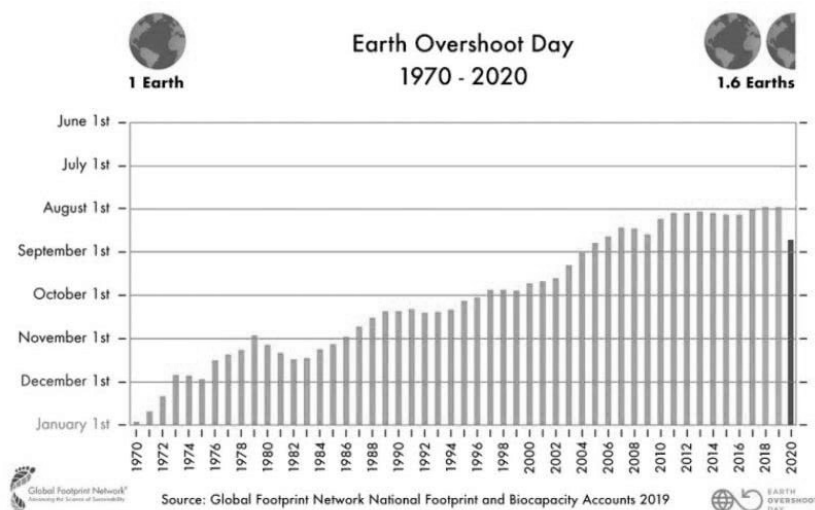
O Dia da Sobrecarga da Terra (*Earth Overshoot Day*), neste ano de pandemia, acontece em 22 de agosto de 2020. Este dia marca o momento em que o sistema de produção e consumo absorveu todos os insumos naturais renováveis oferecidos pelo planeta previstos para os 12 meses do ano. É o dia em que a civilização global sai do verde do superávit ambiental para entrar no vermelho do déficit ambiental.

Além do excerto acima, o sociólogo, mestre em economia e doutor em Demografia pelo Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional (Cedeplar) da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), José Eustáquio Diniz Alves (2020, *online*)<sup>11</sup>, corrobora isso com as suas assertivas, com a inserção do gráfico abaixo.

---

10 < <https://www.ecodebate.com.br/2020/08/21/dia-da-sobrecarga-da-terra-22082020-e-o-impacto-da-covid-19/> >

11 < <https://www.ecodebate.com.br/2020/08/21/dia-da-sobrecarga-da-terra-22082020-e-o-impacto-da-covid-19/> >



Pelas razões impostas pela pandemia em 2020, o *Dia de Sobrecarga da Terra*, pela primeira vez, desde o início de sua aferição em 1970, aproximou-se um pouco do final do ano, o que ocorreu no dia 22 de agosto. Mas não fora por conscientização e, sim, por necessidade, para a preservação da vida. A pandemia exigiu várias mudanças, entre elas a redução da circulação de pessoas e, consequentemente, refletiu na atividade industrial e na redução do consumo. (ALVES, 2020).

Seguem dados, apresentados por José Eustáquio Alves (2020, *online*)<sup>12</sup>:

A humanidade utiliza atualmente mais 60% do que aquilo que pode ser renovado – o equivalente aos recursos de 1,6 planetas. Desde o Dia da Sobrecarga da Terra até ao final do ano, a humanidade aumentará o déficit ecológico, que tem crescido de forma constante desde que se registou um déficit ecológico mundial no início da década de 1970, de acordo com as Contas Nacionais de Pegada e Biocapacidade (NFA) baseadas em conjuntos de dados da ONU (com 15.000 pontos de dados por país e por ano). Uma vez que os dados da ONU apenas se estendem até 2016, os resultados globais para 2020 foram avaliados utilizando dados complementares.

## 2.2. DIA DA SOBRECARGA DA TERRA – 2021

Em 2021, depois de se ter vivido e sobrevivido às atipicidades e perdas de 2020 e também aos ganhos e às vitórias de se criarem, em tempo recorde, vacinas com efeitos imediatos e salvadores, em uma clara demonstração da eficiência e

<sup>12</sup> < <https://www.ecodebate.com.br/2020/08/21/dia-da-sobrecarga-da-terra-22082020-e-o-impacto-da-covid-19/> >

da valoração da ciência na preservação e salvação de vidas, o mesmo não ocorrera com os cuidados com o meio ambiente. Tão logo os efeitos da vacinação mostraram-se eficazes, o mercado e os governos voltaram a exercer suas mercancias e negócios em termos semelhantes ao que se fazia antes da pandemia e, agora, com maior agilidade, para recuperar o tempo, por eles entendido como tempo perdido. Por essas razões, as devastações de florestas, as emissões de gases de efeito estufa voltaram aos níveis pré-pandêmicos, com resultados no *Dia da Sobrecarga da Terra*.

É como nos mostra Martin Kuebler (2021, *online*)<sup>13</sup> :

Após um adiamento temporário devido à pandemia em 2020 – quando o Dia da Sobrecarga da Terra foi em 22 de agosto – em 2021 a data em que a humanidade esgotou todos os recursos biológicos que a Terra regenera ao longo de um ano acontece três semanas antes, neste 29 de julho. No Brasil, a cota foi esgotada dois dias antes, em 27 de julho.

E para corroborar a assertiva acima, Martin Kuebler (2021, *online*)<sup>14</sup> junta, em seu artigo, o gráfico abaixo, em que se encontram discriminados os países que mais se utilizam dos recursos naturais e a data em que ocorrera o *Dia da Sobrecarga da Terra* em cada um deles.



O que também ensina Martin Kuebler (2021, *online*)<sup>15</sup>:

13 < <https://www.ecodebate.com.br/2021/08/05/dia-da-sobrecarga-da-terra-chega-cada-vez-mais-cedo/> >

14 < <https://www.ecodebate.com.br/2021/08/05/dia-da-sobrecarga-da-terra-chega-cada-vez-mais-cedo/> >

15 < <https://www.ecodebate.com.br/2021/08/05/dia-da-sobrecarga-da-terra-chega-cada-vez-mais-cedo/> >.

Hoje, a humanidade consome 74% a mais do que o que os ecossistemas globais podem regenerar. Para continuar vivendo nos padrões atuais, precisaríamos dos recursos de cerca de 1,7 planetas. E isso não parece mudar tão cedo. De acordo com a Agência Internacional de Energia, as emissões de CO2 relacionadas à energia — particularmente combustíveis fósseis como o carvão — deverão crescer 4,8% este ano sobre os níveis de 2020.

O que já se sabia no ano de 1972, com a Primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (ONU, 1972), que os recursos naturais precisavam ser preservados e protegidos para aquela e para as futuras gerações e, pelo que se vê, pelos gráficos e pelas respostas protagonizadas pela natureza em forma de escassez de água, aquecimento global e tragédias ambientais, ainda não ocorreu.

### 2.3. DIA DA SOBRECARGA DA TERRA 2022

O dia da Sobrecarga da Terra, em 2022, ocorreu no dia 28 de julho, nesta data esgotou os recursos naturais da Terra que estavam disponíveis para um ano. Portanto, a partir desta, passa-se a utilizar insumos a mais do que o planeta é capaz de produzir e renovar neste período.

Neste sentido, nos ensina José Eustáquio Diniz Alves (2023, *online*)<sup>16</sup>

Os números de 2019 são semelhantes aos números de 2022, sendo que em 2020 e 2021 houve uma redução da pegada ecológica global em função do impacto da pandemia da covid-19 que provocou uma recessão econômica internacional. Mas, com a retomada das atividades econômicas, a pegada ecológica voltou a aumentar e, conseqüentemente, cresceu o déficit ambiental. Ou seja, em 2022, a humanidade estava consumindo 71% a mais do que o planeta podia fornecer de forma sustentável.

O que se percebe com uma certa preocupação a redução do consumo nos anos de 2020 e 2021, dera-se em razão da Pandemia e não da conscientização da necessidade de equilibrar o consumo.

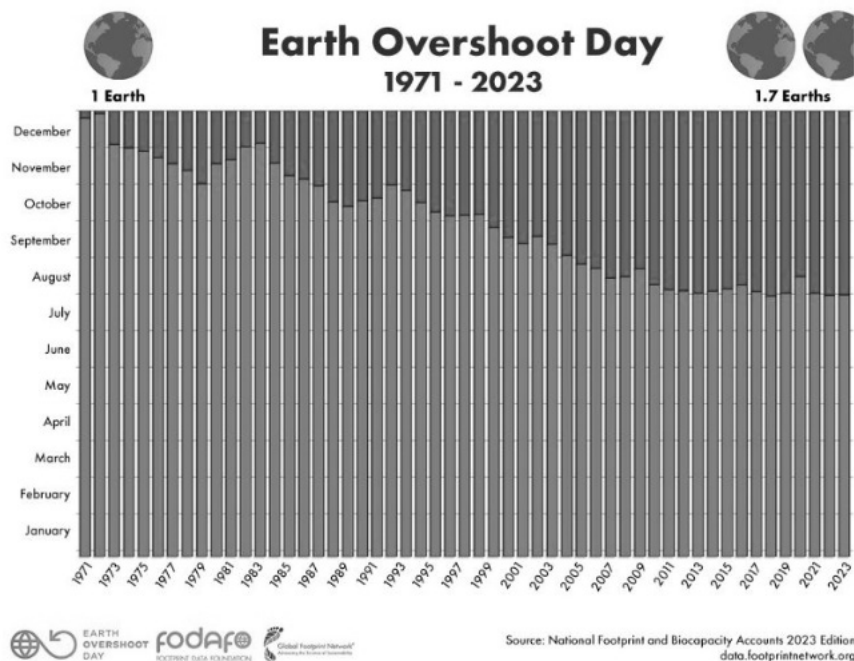
### 2.4. DIA DA SOBRECARGA DA TERRA 2023

O Dia da Sobrecarga da Terra (*Earth Overshoot Day*), em 2023, aconteceu no dia 2 de agosto. Portanto, cento e cinquenta e um dias antes do final do ano. Desse modo, a partir do dia 03 de agosto a população mundial en-

---

16 < <https://www.ihu.unisinos.br/categorias/631050-dia-da-sobrecarga-da-terra-2-de-agosto-de-2023-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves> >.

contra-se em débito com o Planeta e a usar seu o “cheque especial ambiental”. (AKATU, 2022, *online*)<sup>17</sup>.



O gráfico e confirma a evolução da “entrada no cheque especial ambiental” desde dezembro de 1971 e sempre de forma progressiva, sempre mais próximo do início do ano.

## CONCLUSÃO

Prezados Senhores

Para encerrar volto ao pensamento de Paracelso (GOTO; ROSOLEM, 2015): “A diferença entre o remédio e o veneno está na dose” e, pelo exposto, confirma-se, estamos mais próximos do veneno. Mas podemos transformá-lo em remédio, basta que sejamos capazes de mudarmos os nossos hábitos e a forma de tratarmos o Planeta, pois, como bem dissera o pesquisador Dal Marcondes (2021, *online*)<sup>18</sup> : “O planeta não precisa ser salvo, o que precisamos salvar é sua capacidade de seguir resiliente frente aos desastinos e desmandos da humanidade”.

<sup>17</sup> < <https://akatu.org.br/dia-da-sobrecarga-da-terra-essa-conta-nao-fecha/> >.

<sup>18</sup> < <https://abm.org.br/a-terra-nao-precisa-de-nos-por-dal-marcondes/> >.

E para amenizar e retardar o Dia da Sobrecarga da Terra, basta seguirmos as orientações apresentadas pelo Instituto Akatu (2022, *online*)<sup>19</sup>, apresentadas em primoroso artigo, do qual transcrevo alguns excertos para reflexão.

Proteger as florestas tropicais: restaurar e proteger as florestas tropicais, como a Mata Atlântica e a Floresta Amazônica, pode atrasar em 7 dias.

Combater o desperdício de alimentos: reduzir o desperdício de alimentos pela metade em todo o mundo traria um alívio de 13 dias.

Diminuir o consumo de carne: redução de 50% no consumo global de carne, e substituir essas calorias por uma dieta vegetariana, 17 dias.

Economizar e reutilizar a água: As tecnologias comerciais já existentes para edifícios, processos industriais e produção de eletricidade. Verificar vazamentos, fechar a torneira e evitar o desperdício de água nas atividades do dia a dia, como ao lavar a louça, escovar os dentes e tomar banho. Reutilizar a água da máquina de lavar para limpar o chão e a calçada, 21 dias.

Aqui abro um parêntese às orientações do Instituto Akatu (2022), para citar o *Hotel Solar de Maria*, na histórica cidade de Ouro Preto - MG, que desenvolve um trabalho de conscientização de seus hóspedes, com esclarecimentos na recepção e placa em todos os quartos, com os seguintes dizeres:

“Senhores hóspedes. Gostaríamos de sua adesão para o nosso programa de economia de água. Com isso disponibilizamos baldes para que sejam utilizados enquanto a água do chuveiro não esquentar. Essa água será utilizada pelas nossas funcionárias para lavar o box. Lembre-se também de fechar a torneira enquanto escova os dentes, faça uso consciente da água. Economizar água é esbanjar inteligência”.

O impacto que a mim causou e também causara aos hóspedes que me antecederam, comprova-se com os registros que deixaram no livro de visitantes e, para perpetuar aquele impacto e divulgar aquele programa de economia de água, produzi um artigo sob o título: *Economizar água é esbanjar inteligência*, que foi publicado na *Revista da Academia Itaunense de Letras – AILE*. (RIBEIRO, 2022).

Volto às orientações do Instituto Akatu (2022, *online*)<sup>20</sup>:

“Preferir as casas inteligentes e sustentáveis: as casas inteligentes e sustentáveis, que utilizam tecnologias, processos industriais e produção de eletricidade já existentes, pode reduzir 21 dias.”

19 < <https://akatu.org.br/dia-da-sobrecarga-da-terra-essa-conta-nao-fecha/> >.

20 < <https://akatu.org.br/dia-da-sobrecarga-da-terra-essa-conta-nao-fecha/> >.

“Priorizar fontes renováveis de energia: estima-se que a geração de 75% da eletricidade a partir de fontes de baixo carbono, acima dos 39% atuais, atrasaria em 26 dias.”

Se seguirmos as sete orientações do Instituto Akatu (2022), o Planeta poderá atrasar em cento e cinco dias a Sobrecarga da Terra.

Meus caros senhores,

É verdade que todos somos condôminos deste grande condomínio que é o Planeta e pelo que foi exposto e pelos sinais que recebemos diariamente estamos a usá-lo além de sua capacidade, portanto, devemos repensar e reeducar para preservá-lo e a nós também.

Muito obrigado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Eustáquio Diniz. Dia da Sobrecarga da Terra: 2 de agosto de 2023.

Disponível em: < <https://www.ihu.unisinos.br/categorias/631050-dia-da-sobrecarga-da-terra-2-de-agosto-de-2023-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves> > Acesso em 10.09.23.

AKATU. Instituto Akatu. Dia da sobrecarga da terra; essa conta não fecha. Akatu, 13 do 7 de 2022. Disponível em: < <https://akatu.org.br/dia-da-sobrecarga-da-terra-essa-conta-nao-fecha/> > Acesso em 28.08.23.

CHAYB, Lúcia; CAPRILES, René. Temos 30 anos para chegar no ponto de inflexão na Amazônia. ECO21, Agosto 2019. Disponível em: < <https://eco21.eco.br/temos-30-anosparachegar-aoponto-deinflexao-na-amazonia/> > Acesso em: 15 dez. 2019.

EARTH OVERSHOOT DAY, 2021. Dia da Sobrecarga da Terra de 2021. Geneva Environment, 29 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.genevaenvironment-network.org/events/earth-overshoot-day-2021/>. Acesso em: 07 dez. 2021.

GATES, Bill. Como evitar um desastre climático: as soluções que temos e as inovações necessárias. Tradução para o português de Cássio Arantes Leite. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

GOTO, Rummy; ROSOLEM, Ciro A. Paracelsus e os venenos. UNESP. 2015. Disponível em: <https://www2.unesp.br/portal#!/noticia/18962/paracelsus-e-os-venenos/>. Acesso em: 15 dez. 2019.

JANSEN, Roberta. É mais rentável ter a Amazônia em pé. MSN, 2020. Disponível em: < <https://www.msn.com/pt-br/noticias/meio-ambiente/%c3%a9-mais-rentavel-ter-a-amaz%C3%b4nia-em-p%C3%a9-ar-BBYRVcL> > Acesso em: 12 jan. 2020.

KUEBLER, Martin. Dia da sobrecarga da terra chega cada vez mais cedo. Ecodebate, 05/08/2021. Disponível em: < <https://www.ecodebate.com.br/2021/08/05/dia-da-sobrecarga-da-terra-chega-cada-vez-mais-cedo/> > Acesso em: 07 dez. 2021.

MARCONDES, Dal. A terra não precisa de nós. ABM, 6 do 4 de 2021. Disponível em: < <https://abm.org.br/a-terra-nao-precisa-de-nos-por-dal-marcondes/> > Acesso em: 10 set. 2023.

NOBRE, Carlos Afonso. A Amazônia próxima de um ponto de não retorno: por que é necessária uma economia de floresta em pé? SBPC, 2023. Disponível em: <https://eventos.galoa.com.br/sbpc-2023/speaker-area/speakers/308664>. Acesso em: 10 set. 2023.

ONU. Organização das Nações Unidas. Primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano. 05 de Junho de 1972. Estocolmo. 1972. Disponível em: [https://www.google.com/search?q=Primeira+Confer%C3%AAncia+das+Na%C3%A7%C3%B5es+Unidas+sobre+o+Meio+Ambiente+Humano.+1972&rlz=1C1GCEA\\_enBR1053BR1053&oq=Primeira+Confer%C3%AAncia+das+Na%C3%A7%C3%B5es+Unidas+sobre+o+Meio+Ambiente+Humano.+1972&gs\\_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOdIBCDQyNDNqMG03qAIAIA&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com/search?q=Primeira+Confer%C3%AAncia+das+Na%C3%A7%C3%B5es+Unidas+sobre+o+Meio+Ambiente+Humano.+1972&rlz=1C1GCEA_enBR1053BR1053&oq=Primeira+Confer%C3%AAncia+das+Na%C3%A7%C3%B5es+Unidas+sobre+o+Meio+Ambiente+Humano.+1972&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOdIBCDQyNDNqMG03qAIAIA&sourceid=chrome&ie=UTF-8). Acesso em: 10 set. 2023.

ONU. Organização das Nações Unidas. COP-27. O maior encontro do mundo sobre mudanças climáticas. 6 a 18 de novembro de 2022, em Sharm El Sheikh, no Egito. Neo Energia, 2022. Disponível em: <https://www.neoenergia.com/w/cop-27-o-maior-encontro-do-mundo-sobre-mudancas-climaticas>. Acesso em: 07 dez. 2021.

ONU. Organização das Nações Unidas. Conferência de Estocolmo, 5 a 16/06/ 1972. Cetesb, 2016. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/posgraduacao/wp-content/uploads/sites/33/2016/09/Declara%C3%A7%C3%A3o-de-Estocolmo-5-16-de-junho-de-1972-Declara%C3%A7%C3%A3o-da-Confer%C3%A7%C3%A3o-da-ONU-no-Ambiente-Humano.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2020.

ONU. Organização das Nações Unidas. Declaração da Conferência da ONU no Ambiente Humano. Estocolmo, 5-16 de Junho de 1972. CETESB, 1972. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/posgraduacao/wp-content/uploads/sites/33/2016/09/Declara%C3%A7%C3%A3o-de-Estocolmo-5-16-de-junho-de-1972-Declara%C3%A7%C3%A3o-da-Confer%C3%A7%C3%A3o-da-ONU-no-Ambiente-Humano.pdf> > Acesso em: 28 nov. 21.

ONU. Organização das Nações Unidas. Conferência das Nações Unidas - Rio + 20, de 13 a 22 de Junho de 2012. Toda Matéria, 2012. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/rio-mais-20/>. Acesso em: 12 jan. 2020.

ONU. Organização das Nações Unidas. Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento – CNUMAD, de 3 a 14 de junho de 1992. Scielo, 1992. Disponível em: <https://www.scielo.br/ea/a/szzGBPjxPqnTsHsnMSxFWPL/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 12 jan. 2020.

ONU. Organização das Nações Unidas. Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC). Ministério do Meio Ambiente, 2020b. Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas.html>. Acesso em: 28 out. 2020.

ONU. Organização das Nações Unidas. 21ª Conferência das Nações Unidas sobre as mudanças climáticas (COP-21), de 30 de novembro a 11 de dezembro de 2015, em Paris. UN, 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/node/88191>. Acesso em: 12 jan. 2020.

ONU. Organização das Nações Unidas. O que você precisa saber sobre a Conferência das Nações Unidas sobre mudança do clima (COP26). UNEP, 01/11/2021a. Disponível em: <https://www.unep.org/pt-br/noticias-e-reportagens/reportagem/o-que-voce-precisa-saber-sobre-conferencia-das-nacoes-unidas>. Acesso em: 2 nov. 2021.

ONU. Organização das Nações Unidas. Objetivos de desenvolvimento sustentável 12. Nações Unidas Brasil, 2021b. Disponível em: < <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/12> > Acesso em: 28 out. 2021.

ONU. Organização das Nações Unidas. Guterres faz apelo por “ação decisiva” urgente para evitar a catástrofe climática. Nações Unidas Brasil, 21/09/2021c. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/145416-guterres-faz-apelo-por-acao-decisiva-urgente-para-evitar-catastrofe-climatica>. Acesso em: 12 dez. 2021.

ONU. Organização das Nações Unidas. Nações Unidas, 19 de Novembro de 2020a. Mais de 4,2 bilhões de pessoas vivem sem acesso a saneamento básico. Disponível em: < <https://news.un.org/pt/story/2020/11/1733352> >. Acesso em: 08 dez. 2021.

ONU. Organização das Nações Unidas. Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. EAI – Escritório de Assuntos Internacionais, 11/05/2021d. Disponível em: <https://www.internacional.df.gov.br/agenda-2030-objetivos-do-desenvolvimento-sustentavel/>. Acesso em: 8 dez. 2021.

RIBEIRO, Arnaldo de Souza. As lições da Covid-19. In: OLIVEIRA, Paulo José de (org.). Revista da Academia Formiguense de Letras - AFL. V. 12, Ano 2021. Formiga: AG Cluster Assessoria, 2021, p. 34.

RIBEIRO, Arnaldo de Souza. Economizar água é esbanjar inteligência. In. RIBEIRO, Arnaldo de Souza, PHONTEBOA, Geraldo e ARAUJO, Lauer. Revista da Academia Itaunense de Letras – AILE, V. II, Ano 2022. Divinópolis: Adelante, 2022, p. 48.

SINAPERS. Sindicato dos servidores Públicos Aposentados e Pensionistas do Estado do Rio Grande do Sul. A diferença entre o remédio e o veneno está na dose. SINAPERS, 2020. Disponível em: <https://www.sinapers.org.br/imprensa/artigos/item/a-diferenca-entre-o-remedio-e-o-veneno-esta-na-dose.html>. Acesso em: 16 out. 2023.

SOLDERA, Bruna. *Earth Overshoot Day*: o dia em que a Terra perde a capacidade de se regenerar. Água Sustentável, 28/07/2021. Disponível em:< <https://www.aguasustentavel.org.br/conteudo/blog/131-earth-overshoot-day-o-dia-em-que-a-terra-perde-a-capacidade-de-se-regenerar> >. Acesso em: 07 dez. 2021.

THUNBERG, Greta. Em Davos, na Suíça: a nossa casa continua a arder. Visão, 2020. <https://visao.pt/visaojunior/noticias/2020-01-21-greta-thunberg-em-davos-na-suica-a-nossa-casa-continua-a-arder>. Acesso em: 8 dez 2021.

## CAPÍTULO 13

# LIBERDADE E JUSTIÇA, UMA VISÃO JUDICIAL DESDE O TIMOR-LESTE

DEOLINDO DOS SANTOS

*Juiz-Conselheiro*

*Presidente do Tribunal de Recurso e do Conselho Superior de Magistratura Judicial de Timor-Leste*

Gostaria de começar por felicitar, na pessoa o Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal por mais este aniversário.

Tem esta ilustre Casa já uma longa e prestigiada história de 190 anos.

Muitos parabéns.

Foi-me pedido que fizesse uma breve intervenção sobre liberdade e justiça.

Em Timor-Leste só podemos falar de liberdade quando, depois de muitos anos de luta, conseguimos alcançar a nossa independência. E para quem, como eu, viveu esses dias mágicos, mas também trágicos, a liberdade tem um valor acrescido. Sabemos o que significa não a ter e, por isso, compreendemos melhor a sua verdadeira dimensão.

Depois de atingirmos a nossa liberdade enquanto nação, pudemos começar a construir o edifício da nossa justiça. Desde logo, ficou consagrado no artigo 1.º da nossa Constituição que “*a República Democrática de Timor-Leste é um Estado de direito democrático*”.

A expressão “*Estado de direito democrático*” é, por si só, esclarecedora. Ela comporta, para além do mais, a ideia de liberdade e de justiça. A liberdade sem a qual não existe um Estado democrático e a justiça inerente ao Estado de direito.

O Estado de direito surgiu como resposta ao poder absoluto.

Ele visa, em primeiro lugar, fixar limites à atuação do poder, seja ele o legislativo, o executivo ou o judiciário, protegendo desse modo o cidadão do poder arbitrário.

Como já dizia no século dezoito o filósofo francês Montesquieu, “*para que se não possa abusar do poder, é necessário que, pela disposição das coisas, o poder pare o poder.*”

Num Estado de direito todos, sem exceção, estão submetidos à lei, que é geral e abstrata. E para assegurar a nossa proteção, o Estado de direito confere a cada um de nós direitos fundamentais, os chamados “*direitos, liberdades e garantias*”, que na nossa Constituição se encontram consagrados nos artigos 29.º a 49.º.

Entre eles temos o direito à vida, o direito à liberdade, as garantias no processo criminal, o direito de sufrágio, direito de participação política ou a liberdade de expressão.

Hoje temos todos a liberdade de exprimir as nossas ideias e de nos manifestarmos publicamente em defesa delas. Há a liberdade própria das democracias e a possibilidade de, a cada ciclo eleitoral, os timorenses escolherem livremente os seus representantes, nomeadamente na Presidência da República e no Parlamento Nacional.

A nossa experiência constitucional, sendo ainda curta, é certo, tem mostrado que Timor-Leste é, efetivamente, um “*Estado de direito democrático*”.

Nos termos da nossa Constituição “*os tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo*” (artigo 118.º n.º 1), “*a função jurisdicional é exclusiva dos juizes*” e “*os juizes são independentes e apenas devem obediência à Constituição, à lei e à sua consciência*”. (artigo 121.º).

Naturalmente que, aqui e ali, o poder político quer seduzir o poder judicial. É da natureza das coisas. Mas os juizes têm todas as condições legais para resistir a tal sedução.

Foi possível nestes últimos 20 anos criar um corpo de juizes que interiorizaram o que é e o que deve ser a independência do poder judicial. E creio que atuado com a independência que deles se espera e que a eles se exige.

Há em Timor-Leste um efetivo respeito pelos tribunais, pelas suas decisões e pela sua independência.

Os nossos principais problemas prendem-se com a necessidade de melhorar as capacidades técnicas dos nossos juizes, quer através da formação contínua, quer por via da formação inicial. E precisamos de aumentar o número de juizes. Neste momento há 34 juizes em Timor-Leste. Com a instalação para breve do Supremo Tribunal de Justiça e de um tribunal de instância intermédia, temos de reforçar o quadro dos juizes, pelo menos até aos 50.

Convém abrir aqui um parêntesis para dar nota de que o Tribunal de Recurso é um tribunal criado em 2000 pela administração transitória da ONU, que ainda se encontra em funções, e ao qual estão confiadas, temporariamente, as competências atribuídas na Constituição ao Supremo Tribunal de Justiça até à entrada em funcionamento deste. Compreendem agora por que é que quem vos

fala é o Presidente do Tribunal de Recurso, quando a nossa Constituição só se refere ao Supremo Tribunal de Justiça.

Também registamos dificuldades, que têm vindo a diminuir, com o uso da língua portuguesa. Muitos de nós, pela nossa idade, não tivemos oportunidade de aprender o português enquanto estudantes. E a circunstância de bastantes juizes terem feito a sua formação académica na Indonésia também cria algumas dificuldades, pois, como é sabido, o nosso direito timorense inspira-se, em grande medida, no direito português.

A cooperação com Portugal, nomeadamente com a presença de juizes portugueses em Timor-Leste e com a colaboração que o CEJ tem dado em ações de formação a juizes timorenses, tem-se revelado muito positiva.

A justiça não se faz sem juizes competentes. E para se assegurar a liberdade eles também imprescindíveis.

Evidentemente que a existência de um quadro legal é absolutamente indispensável, mas estou convencido de que a independência dos juizes começa verdadeiramente no espírito de cada um deles. E na sua coragem, de que pouco se fala.

Um juiz que não se sinta independente e não tenha a coragem de agir em conformidade com essa independência, acabará, mais cedo ou mais tarde, por comprometer a independência dos tribunais, por melhor que sejam as leis que o rodeiam.

Temos que no nosso dia a dia, com o esforço do nosso trabalho, ser capazes de assegurar que se faz justiça e se vive num espaço de liberdade.

## CAPÍTULO 14

# SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES

JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR

*Desembargador TJSP*

*Diretor da EPM - TJSP*

Sem pretender elaborar um artigo com maior aprofundamento científico sobre o regime de precedentes no Brasil, este ensaio reproduz alguns tópicos que considero relevantes para registrar a minha apresentação no seminário

“Liberdade, meio ambiente e justiça”, em comemoração ao centésimo nonagésimo aniversário do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, expressei meus cumprimentos ao presidente, juiz conselheiro Henrique Araújo, e as moderadoras do painel, desembargadoras Gabriela Cunha Rodrigues e Clarisse Gonçalves. Estendo minha saudação a todos os magistrados do Egrégio Supremo Tribunal de Justiça, aos painelistas convidados e aos participantes do seminário. Nesse espaço de tempo que me foi confiado, pretendo compartilhar um modo de ver e pensar o regime de precedentes no Brasil, considerando-o um verdadeiro desafio para todos aqueles que atuam no sistema de Justiça brasileiro.

A internalização dos precedentes no sistema brasileiro teve origem na iniciativa do Senado Federal, que reuniu juristas em comissões, atribuindo-lhes a tarefa de promover a reflexão, o debate, inclusive com a comunidade, e a elaboração do projeto do novo Código de Processo Civil.

Teresa Arruda Alvim comenta que o Código de Processo Civil de 2015 apresenta normas vocacionadas para tornar o processo mais eficiente, visando a um melhor rendimento na promoção da solução de mérito. Paula Costa e Silva adverte para a estrutura inteligente do Código, que reúne um feixe de regras, considerando-as como “fios de pontas soltas” que se enlaçam, amarrados dentro dos enunciados extraídos de princípios constitucionais.

Dois princípios assumem papel de destaque e servem como pilares essenciais para a construção do regime de precedentes: a isonomia e a segurança jurídica. A razão pela qual mencionei que no Brasil ocorreu a internalização ou a introjeção do regime de precedentes reside no fato de que, no direito brasileiro, como sabemos, sempre fomos filiados ao sistema romano-germânico do “*civil law*”, nunca recepcionamos em nosso ordenamento o regime de precedentes, característico do “*common law*”. O direito brasileiro é da tradição do “*civil law*”, em que a lei é a fonte do direito.

Hoje, questões jurídicas de maior relevância, transcendência e multiplicidade possibilitaram albergar, entre nós, o sistema de precedentes, onde alguns provimentos judiciais assumem a qualidade de fonte formal de direito, revelando carga normativa de efeito vinculante. Isso significa, sem sombras de dúvidas, a aproximação do direito brasileiro com o direito anglo-saxônico ou americano. Alguns chegam a considerar, inclusive, a existência de uma fusão entre os sistemas do “*civil law*” e “*common law*”.

Interpreto que, no Brasil, o regime de precedentes possui peculiaridades próprias, que se amoldam à nossa realidade e, por isso, o diferencia do modelo existente no sistema do direito anglo-saxônico ou anglo-americano. Sempre que reflito sobre o regime de precedentes no Brasil considero adequado denominá-lo como o sistema brasileiro de precedentes. Opto por não afirmar que temos o sistema de precedentes à brasileira.

Considero mais apropriado afirmar que o nosso regime não se assemelha ao do “*common law*”, é diferente, não é melhor ou pior, mas simplesmente estruturado para promover o melhor funcionamento do nosso sistema. Trata-se de um sistema que se ajusta ao nosso direito e com ele contribui para promover decisões estáveis, coerentes, previsíveis, paritárias e homogêneas. E mais. Dentro desse cenário, o regime de precedentes brasileiro considera especialmente a nossa realidade, constituindo mecanismo apto para tratar a multiplicidade de demandas e a diversidade de decisões gravitando sobre o mesmo tema.

É por isso que falar em precedente significa tratar do acesso à justiça. Este é o ponto!

Hoje o Brasil enfrenta o fenômeno do demandismo, caracterizado pela expressiva procura pelo Judiciário, o acentuado crescimento de ações ajuizadas, o que, seguramente, demonstra a relevância do papel desempenhado pela justiça. Há um consenso entre os estudiosos e pensadores do direito sobre os motivos que determinam o congestionamento dos tribunais e a demora do sistema de justiça para dar solução aos conflitos de interesses jurídicos. Por outro lado, a doutrina não registra a mesma harmonia ao discutir sobre as possíveis soluções. Alguns chegam a criticar o novo Código de Processo Civil de 2015, especialmente o regime de precedentes.

Pois bem. Passando ao largo dessa discussão, o que interessa saber é o melhor caminho para promover o acesso à justiça adequada, efetiva e rápida.

Os nossos números são expressivos e, de fato, impressionantes. A estrutura do Poder Judiciário no Brasil inclui as cortes superiores e as cortes de justiça, que reúnem as justiças federais, estaduais e especializadas, como a do trabalho.

O movimento judiciário brasileiro, que abrange os processos existentes na justiça do trabalho, estadual, federal e tribunais superiores, somava 79.422.448 demandas em andamento até 30 de junho de 2023. Não se desconhece a complexidade de todos os vetores que alimentam esse expressivo número de processos, especialmente os traços característicos que compõem os diferentes tribunais, além da aparente disfuncionalidade existente entre todos os atores do sistema de justiça.

Nesse ponto, destaco que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo apresenta um movimento de 21.770.898 processos, correspondendo a 27.41% de todos os processos em tramitação no sistema de justiça brasileiro, incluindo as competências especializadas.

O “Relatório Justiça em Números» do CNJ, de 28 de agosto de 2023, faz o alerta sobre o recorde no número de demandas levadas ao Poder Judiciário. Em 2022, foram registrados 31,5 milhões de processos, representando o aumento expressivo de 10%.

Muito bom. Visualizada a radiografia desses números, é oportuno retomarmos nosso enfoque no regime de precedentes para a melhor reflexão e compreensão sobre o nosso sistema.

Seguramente os dados impressionam e demandam uma abordagem cuidadosa. A chamada litigiosidade de massa, com a marca da multiplicidade de demandas e decisões sobre a mesma questão de direito, deve ser tratada à luz do art. 926 do Código de Processo Civil, que estabelece a estabilidade, isonomia e segurança jurídica da jurisprudência.

Penso que a melhor inteligência sobre esse fenômeno envolve algumas razões, tais como: (i) a pandemia e o aumento da litigiosidade decorrente da crise sanitária causada pela covid-19, (ii) o incremento de novas tecnologias e a implementação do processo eletrônico nos tribunais e (iii) o papel relevante e o aumento da credibilidade do Judiciário.

Os números revelam que o Poder Judiciário é a última instância de salvaguarda da população. É no Judiciário que se busca a efetivação dos direitos. A população do Brasil, segundo o censo 2022, soma 203.062.512 pessoas.

Se, de um lado, a Constituição Federal assegura o acesso à justiça como um direito fundamental, verdadeiro pilar da democracia, por outro lado, a judicialização excessiva, com o fenômeno do demandismo, ocasiona a asfixia do sistema com a demora na prestação jurisdicional. Daí surge um problema grave e complexo, que é o comprometimento do acesso à justiça. Todo esse cenário passa a exigir a melhor resposta, principalmente porque existe uma promessa constitucional que assegura o acesso à justiça. Como tratar esse número expressivo de demandas?

Sem sombra de dúvida, as portas do sistema de justiça estão abertas, e não me refiro aqui às portas da arbitragem, na jurisdição privada, ou à modelagem do consenso, como a mediação ou a conciliação. O sistema multiportas existe e desempenha um papel relevante, mas, o que está verdadeiramente aberto, cada vez mais, é a porta do Judiciário. Nossa preocupação, no âmbito do Judiciário, é como melhor receber, processar e julgar as demandas.

O precedente não representa novidade no Brasil. Superado o aspecto cultural e a natural dificuldade de absorção do instituto, a partir da Emenda Constitucional 45/2004, a súmula vinculante passou a existir e ser aplicada.

Com o Código de 2015, o Brasil aposta em uma estrutura técnica moderna, que apresenta um leque maior de ferramentas para formação de precedentes qualificados.

O instituto do precedente confere nortes seguros de previsibilidade, contribui para a redução do volume de processos, cria atalhos procedimentais e proporciona um ambiente de segurança e igualdade.

No sistema do “*civil law*”, a lei é a principal fonte do direito. A regra escrita, positivada, representa um fenômeno de criação do direito, reservado ao Poder Legislativo. No sistema da “*common law*” a fonte primordial do direito reside nos costumes, que constituem a regra não escrita, utilizada no julgamento e servem de parâmetro para futuras decisões sobre casos assemelhados. Aqui, as decisões assumem o papel de precedentes como fontes do direito e, assim, o julgador assume o papel relevante no processo de criação do direito.

No sistema do “*common law*”, modelo clássico de precedentes existente no Reino Unido, Estados Unidos, Austrália e Canadá, o direito é construído em larga escala pelos juízes através dos precedentes e, por isso, as decisões judiciais possuem a denominação autoexplicativa de “*judge-made law*”, servindo como normas generalizadoras vinculando casos futuros.

Resumindo. No “*common law*”, o Judiciário tem uma atuação ampliada, produzindo decisões que representam a fonte de direito. Já no “*civil law*”, a atuação do Judiciário é limitada à interpretação e aplicação da norma.

Diante do panorama atual, criado a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, com a redação dos artigos 102, § 2º, e 103-A, da Constituição Federal, e o Código de 2015, com os artigos 926, 927 e 988, prefiro interpretar que não ocorreu uma ruptura em nosso sistema, mas sim uma convergência ou aproximação com o regime de precedentes presente no “*common law*”.

Dentro de uma perspectiva histórica, nosso sistema absorveu as “*class actions*”, as “*injuctions*” com as tutelas provisórias, o “*amicus curiae*” e, agora, o regime de precedentes.

Afirmar que nosso código apresenta um leque de regras que evidenciam passagens de convergência e diálogo com o modelo de precedentes, consagrando-o entre nós. Dentre algumas normas, é possível lembrar o art. 332 (julgamento liminar de improcedência do pedido contrário ao precedente), o art. 1.030, I (juízo negativo de admissibilidade de recurso contrário a precedente qualificado), o art. 932, IV (decisão monocrática do relator para negar provimento ao recurso contrário a precedente qualificado), o art. 311, II (tutela provisória de evidência) ou o art. 521, IV (hipótese de dispensa de caução para cumprimento provisório).

Mais uma vez, seguindo o pensamento da professora Paula Costa e Silva, é perfeitamente possível perceber que essas regras encerram verdadeiros “fios de pontas soltas” amarradas pelos princípios da segurança jurídica e igualdade, a partir do art. 926, que orienta e estabelece a homogeneidade, coerência, estabilidade da jurisprudência.

Outro elemento importante para a introjeção do sistema de precedentes no Brasil envolve a análise econômica do direito. Sob esse olhar, é fundamental considerar que a eficiência do direito significa criar um ambiente de segurança e, com isso, conferir maior previsibilidade por meio do melhor gerenciamento dos atos processuais. Não há instrumento melhor para gerar segurança e previsibilidade do que os precedentes judiciais.

Importa assinalar que a introdução dos precedentes entre nós não significa ultrapassar os limites estabelecidos pela separação dos poderes e, por isso, não há falar na usurpação de um poder em detrimento de outro. Sobrevive o papel de intérprete do julgador na identificação daquilo que vincula, ou não, extraindo a “*ratio decidendi*”, se o caso, ou o reconhecimento do “*distinguishing*” em relação à tese jurídica, e também a superação ou a modulação do precedente.

A existência de acertos e desacertos, especialmente neste momento de adaptação aos contornos exigidos para identificar e aplicar o precedente qualificado, coloca nosso maior desafio na reflexão e melhor compreensão das ferramentas processuais criadas para formar o padrão decisório de eficácia vinculante. Esta é a tarefa da doutrina e jurisprudência.

Por tudo isso, como mencionei anteriormente, a observação da realidade nos conduz a duas certezas. A primeira diz respeito à aproximação entre os dois regimes – “*common law*” e “*civil law*”, considerando o crescimento do número de leis e regras escritas nos países de tradição do “*common law*” e, por outro lado, a absorção mais intensa de ferramentas (provimentos judiciais de efeito vinculante) nos países alinhados ao “*civil law*” – intensidade se refere à aplicabilidade e observância do precedente. A outra certeza está na utilização e na estrutura de funcionamento diferenciada dos precedentes, porquanto no regime do “*common law*” ocorre a interpretação dos costumes para extrair a “*ratio decidendi*”, a partir

de fatos da causa que são julgados à luz de decisões anteriores sobre a questão semelhante, enquanto no modelo do “*civil law*” o julgador interpreta a norma.

O art. 927 do Código de Processo Civil indica que o Brasil fez a opção pelo regime de precedentes ao atribuir eficácia vinculante e, com isso, caráter normativo, para alguns tipos de provimentos judiciais.

Agora nos resta evitar possíveis disfuncionalidades para compreender as situações que exigem a construção do precedente qualificado, identificar aquilo que efetivamente vincula nos provimentos judiciais (a definição da “*ratio*” e da tese), o desafio da modulação e as hipóteses de distinção ou de superação do precedente.

A doutrina registra que a tese pode assumir duas formas. Na lição de Fábio Monnerat existe a tese síntese da “*ratio*”, em que o precedente quer encapsular a essência da “*ratio*”, a estrutura nuclear da decisão. Há também a denominada tese solução da controvérsia, que não retrata a “*ratio*”, e não pretende extrair e demonstrar a “*ratio*”. Nesse ponto, é relevante renovar a advertência de que no Brasil temos um sistema próprio, diferenciado de outros modelos, com a convivência entre a “*ratio*” e a tese, que são diferentes na essência, mas uma exclui a outra, até porque cumprem papéis distintos. Elas possuem metodologia diferente quanto à formação e aplicação, porque a tese será sempre identificada pelo julgador formador, enquanto a “*ratio*” será extraída e identificada pelo julgador aplicador.

Finalizo afirmando que as dificuldades, dúvidas e inquietações existem, mas elas nos convidam à reflexão e à melhor interpretação sobre o significado, o conteúdo e a aplicabilidade do precedente. Este é o papel do intérprete. Vamos avançar para entender, cada vez mais, como construir um precedente. Como saber aquilo que, de fato, vincula. Os precedentes que definem a tese jurídica ou que permitem extrair a “*ratio decidendi*”. Ou ambos. As hipóteses de transcendência e relevância que atuam como pressupostos comuns e aquelas que caracterizam a situação de multiplicidade de demandas idênticas que qualificam o sistema de julgamento repetitivo. Enfim, como se vê, o instituto é muito complexo e, seguramente, desperta interesse para todos.

## *PARTE I - ENCERRAMENTO*

# **PALAVRAS DE ENCERRAMENTO DO EVENTO 190 ANOS DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**NELSON FARIA DE OLIVEIRA**

*Secretário-Geral da Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa*

Começo por mencionar que a pauta do presente Congresso, nomeadamente o tema acerca da «*Liberdade, Meio Ambiente e Justiça*» -em sugestão feliz do ilustre amigo e jurista Alfredo Attié, Presidente da Academia Paulista de Direito, - marcou esta importante data comemorativa dos 190 anos do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal.

Atualmente atravessamos uma crise mundial em que os referidos elementos encontram-se comprometidos, implicando um impacto, direto e indireto, na segurança, no bem-estar mas, numa vertente mais ameaçadora, um constrangimento aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

É neste sentido que, cabe a cada um de nós ocupar o lugar de «guardiões», na medida das nossas habilidades e competências, afim de proteger a liberdade, salvaguardar o meio ambiente e, principalmente, administrar a Justiça.

Palavras direcionadas ao Excelentíssimo Senhor Juiz Conselheiro e Presidente do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Henrique Araújo, ilustre Oradores, Senhoras e Senhores.

Foi com enorme honra e alegria que pudemos participar das festividades comemorativas dos 190 anos do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, onde contamos com a presença de ilustres Juristas e personalidades da Sociedade.

Além disso, tivemos a oportunidade de reunir ilustres Juristas e membros da Sociedade dos Países de Língua Portuguesa como Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné Bissau, Portugal, São Tomé e Príncipe, Timor -Leste e Macau, pelas ligações históricas existentes e que muito nos honra. Com efeito, o contributo de todos foi e continua a ser muito importante para os desígnios de gerações futuras.

Gostaria de saudar o Ilustre Presidente, Juiz Conselheiro, Henrique Araújo pelo excelente trabalho durante o seu mandato na qualidade de 39º Presidente do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, distribuindo Justiça e honrando, com

isso, o seu nobre labor. De igual forma, felicitá-lo por esta data e parabenizá-lo por esta caminhada e por toda a sua contribuição, permitindo-nos realizar este Congresso nesta tão elevada corte.

Agradecer, outrossim, a todos os Oradores que tornaram possível a realização desta importante comemoração.

Inevitável é demonstrar os meus sinceros agradecimentos à Senhora Juíz Desembargadora Gabriela Cunha Rodrigues, enquanto Chefe de Gabinete do 39º Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, e à Senhora Juíz Desembargadora Clarisse Gonçalves, Adjunta do Gabinete do 39º Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, que colaboraram muitíssimo para a realização e moderação deste Congresso, resultando no seu sucesso.

Não poderia deixar de agradecer a todos os Membros da Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa, que muito colaboraram para a sua realização e sucesso, como oradores ou mesmo com a sua presença, incentivando e enriquecendo o presente Congresso.

Por fim, os meus sinceros agradecimentos a todos os participantes e oradores presentes, esperando poder reencontrá-los na comemoração dos 200 anos do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal.

A respeito dos três elementos que compõem o nosso Congresso «*Liberdade, Meio Ambiente e Justiça*», que já foram objeto de uma profunda análise, reflexão e discussão pelos nossos Ilustres Oradores, permitam-me que conclua com as seguintes palavras.

A respeito da *Liberdade*, no sentido mais amplo quer dizer, trata-se da faculdade de fazer, falar, pensar, aquilo que melhor aprouver, dentro dos princípios de respeito das normas legais.

Segundo o Dicionário de Filosofia, em sentido geral, o termo liberdade é a condição daquele que é livre; capacidade de agir por si próprio; autodeterminação; independência; autonomia.

Todavia, a *Liberdade* está associada à Democracia, uma vez que na ausência desta não há espaço, nem oportunidade, para sermos livres. É nesse contexto que a Liberdade encontra-se inserida em todas as Constituições dos Países de Língua Portuguesa, assim como nas «Magna Cartas» de outros Estados de Direito Democrático.

Vide, por exemplo, o artigo 2º da Constituição da República Portuguesa,

«A República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de pode-

res, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.»

Sendo este o contexto em que a tripartidação dos poderes, trabalho magistral do filósofo Montesquieu, separando os poderes em poder executivo, poder judicial e poder legislativo, moldou o conceito de Estado Direito Democrático e a redação de diversas constituições, inserido num sistema de «checks and balances» de modo a que cada poder possua um mecanismo de moderação face ao outro, na medida de que nenhum poder se torne absoluto ou demasiado pujante.

É evidente que os desafios que hoje atravessamos, que sequer existiam no século XVIII, como as ameaças ao Meio Ambiente e o impacto das novas tecnologias nos ordenamentos jurídicos atuais, pautados pela Teoria da Separação dos Poderes, consubstanciam-se numa diferente abordagem de Liberdade e de Democracia, sendo necessário aperfeiçoar e, quiçá, desenvolver uma nova fórmula de Governança Global. Um dos defensores desta solução é o filósofo político, John Keane, com a sua proposta «*Democracia Monitorada*», onde este menciona no livro «A Vida e a Morte da Democracia» e mais concretamente no seu *essay* «*Democracia monitorada e sociedades saturadas de meios de comunicação social*»<sup>21</sup> onde entende que:

«É necessária uma revisão fundamental da forma como pensamos a democracia no nosso tempo. Está a ocorrer uma transformação epocal nos contornos e na dinâmica da democracia representativa. A partir de meados do século XX, aproximadamente, a democracia representativa começou a transformar-se numa nova forma histórica de democracia «pós-representativa». As implicações fundamentais desta mudança para a democracia nos próximos anos precisam de ser exploradas.(...)»

«There is a need for a fundamental revision of the way we think about democracy in our times. An epochal transformation has been taking place in the contours and dynamics of representative democracy. From roughly the midtwentieth century representative democracy began to morph into a new historical form of 'post'representative' democracy. The fundamental implications of this change for democracy in the coming years need to be explored.(...)»

A respeito do *Meio Ambiente*, a sua ameaça é de uma clareza solar, para ser um pouco redundante. Acredito que nunca atravessámos tantas adversidades climáticas como hoje em dia. Muito frequentemente, testemunhamos casos de incêndios florestais, secas, terramotos, sismos, cheias, derrocadas, tsunamis, entre outros.

Sendo que, um dos motivos pelos quais estamos a enfrentar tal conjuntura, é o impacto humano, inclusive em razão da superpopulação. No ano de 2023, ultrapassámos os oito bilhões de pessoas. O planeta Terra possui recursos limitados para dar resposta às necessidades, inclusive as mais básicas, agravados por este factor.

---

21 [http://www.johnkeane.net/wp-content/uploads/2009/01/Keane\\_griffith\\_review\\_ed24\\_monitory\\_democracy\\_media\\_saturated.pdf](http://www.johnkeane.net/wp-content/uploads/2009/01/Keane_griffith_review_ed24_monitory_democracy_media_saturated.pdf)

Por fim, e não menos importante, a propósito da *Justiça*, eu entendo que a falta desta é sim a verdadeira injustiça. Aproveito para citar Eduardo Couture «*Teu dever é lutar pelo Direito, mas no dia em que encontrares em conflito o direito e a justiça, luta pela justiça.*», seja numa visão de cooperação internacional, na luta pela Democracia, na proteção da dignidade da pessoa humana, evitando crimes de guerra, crimes contra a humanidade e violações dos direitos humanos, tal como a busca por uma justiça ambiental, na medida que as questões ambientais têm frequentemente um impacto desproporcional junto às comunidades mais vulneráveis.

Da mesma forma que quer a *Liberdade* quer o *Meio Ambiente* enfrentam os seus desafios atuais, a *Justiça* também passa. Nomeadamente, na dificuldade em garantir o acesso à Justiça e manter a confiança nas instituições, testemunhar o aumento dos litígios e a falta de recursos de modo a resolvê-los dentro de um tempo razoável, analisar a complexidade de determinados sistemas jurídicos na medida em que algumas transformações acabam por dificultar ou postergar o término de um conflito, casos de desigualdades aos olhos da lei e o impacto que as tecnologias têm na administração da Justiça.

Finalizo compartilhando que os ditos três elementos, embebidos num sistema da separação dos três poderes e num contexto de Estado de Direito Democrático, atravessam inúmeros desafios aqui hoje discutidos, onde cabe a cada um de nós garantir o acesso e a administração da Justiça, lutar incessantemente pela igualdade, democracia e liberdade - relembrando que nunca os podemos tomar por garantidos. A Justiça faz-se todos os dias em todos os momentos da nossa vida.

Aproveito ainda para reiterar os meus agradecimentos ao Senhor Presidente Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Henrique Araújo, por todo o apoio e confiança na realização conjunta com a Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa.

Que todos possamos celebrar, no seu tempo, os 200 anos do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal!



## **PARTE II**



*PARTE II - APRESENTAÇÃO*

**APRESENTAÇÃO DO EVENTO TRIBUNAL  
DA RELAÇÃO DO PORTO: NOVAS  
FORMAS DE GOVERNAÇÃO GLOBAL:  
TECNOLOGIAS, DIREITO, DEMOCRACIA  
E PAZ**

**JOSÉ IGREJA**

*Juiz-Desembargador*

*Presidente do Tribunal da Relação do Porto*

Sejam muito bem vindos ao Tribunal da Relação do Porto!

Constitui motivo de profunda alegria a organização da presente conferência.

É com júbilo que a todos saudamos, muito em especial aos nossos ilustres participantes provindos do Brasil.

Essa satisfação decorre, antes do mais, de motivos que a todos resultarão evidentes.

A excelência dos oradores deste e do outro lado desse Atlântico que hoje nos une;

- a pertinência das temáticas abordadas que sumariam aquelas que são as nossas preocupações essenciais, como cidadãos e como juristas, do Brasil e de Portugal – os valores da paz, da democracia, dos direitos humanos adquirem, mais do nunca, relevância decisiva;
- a oportunidade de partilha de saberes nacionais incorporados agora por esta comunidade irmã - a Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa e
- a descoberta entusiasmada, mais adiante, do momento musical com a Orquestra Clássica do Centro.

Daqui decorre a concretização prática de um dos pilares do Tribunal, no nosso compromisso ao serviço da cidadania – uma Relação de Cooperação, aberta à pluralidade, à academia, às magistraturas, à advocacia, numa busca de munição, que nos faz melhores.

Partilho, pois, com os presentes a curiosidade de aprender com tão reputados moderadores e oradores.

Partilho com todos, particularmente com o amigo Dr. Nelson Faria de Oliveira, o regozijo de termos concretizado este projeto comum que, estou seguro, não se encerra no dia de hoje mas que prosseguirá, profícuo e simbolicamente emblemático, num futuro de diálogo e paz.

Mas perfilam-se também outras razões de alegria simbolicamente únicas, especiais, muito nossas.

Explico.

Quando o Dr. Nelson Faria de Oliveira, presidente da CJLP, me lançou o desafio de organizarmos aqui no Porto este evento, emulando o ocorrido no nosso Supremo Tribunal em Lisboa, logo percebemos que estava em causa uma parceria que transcende as nossas instituições, que vai muito para além da discussão sobre temas de interesse comum entre dois países.

A irmandade luso-brasileira.

Como explica-la se ela é sobretudo sentida? Como percebe-la se ela se intui? Como falar dela quando as palavras se atrapalham, indecisas?

Resta admirá-la, cultivá-la, torná-la mais forte.

Por isso, reitero aos nossos convidados provindos de terras de Vera Cruz – esta é a vossa casa, o vosso lugar, o vosso aconchego.

Estão iniciados os trabalhos.

Declaro aberto o Congresso

“NOVAS FORMAS DE GOVERNANÇA GLOBAL / AS NOVAS TECNOLOGIAS E O DIREITO / DEMOCRACIA E PAZ”

# PREFÁCIO

RUI MOREIRA

*Presidente da Câmara Municipal do Porto*

Muitas vezes se critica a Justiça portuguesa por ser opaca, inacessível, en-simesmada, inescrutável. Uma espécie de “torre de marfim”, onde magistrados, juristas e outros agentes judiciais supostamente vivem apartados do resto da sociedade e desligados da realidade.

Ora, não é bem assim. Ou já não é bem assim. Os Tribunais têm vindo a percorrer um caminho consistente de abertura à sociedade, de participação no espaço público e de promoção do debate sobre a Justiça e o Direito. Mais: têm-no feito sem se escusarem ao escrutínio dos seus pares internacionais e possibilitando a comparação com outros sistemas judiciais.

É naturalmente de saudar este esforço da Justiça portuguesa para sair da sua “torre de marfim”. Esforço, esse, que nos últimos anos se tornou mais notório e com consequências mais palpáveis. Um exemplo disso é a profusão de fóruns de análise e debate sobre temáticas fundamentais para a evolução do aparelho judicial e das ciências jurídicas.

O congresso “Novas Formas de Governança Global/ As Novas Tecnologias e o Direito/ Democracia e Paz”, virtuosamente organizado pelo Tribunal da Relação do Porto e pela Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa, enquadra-se nesta salutar tendência de refletir sobre os desafios que se colocam à Justiça em Portugal e no mundo. Com a vantagem adicional de ter chamado ao debate juristas portugueses e brasileiros, cujos países de origem estão, como sabemos, irmanados por uma mesma matriz histórica, cultural e linguística.

A colaboração entre especialistas de diferentes nacionalidades e com diferentes competências técnico-científicas, percursos académicos e experiências profissionais afigura-se determinante para o avanço de qualquer área de estudo. É, pois, de saudar a organização de congressos internacionais, como o referido, que promovem o cruzamento interdisciplinar do conhecimento, a cooperação científica e a partilha de saberes, a comparação entre diferentes perspetivas doutrinárias e o confronto entre abordagens jurisprudenciais.

Esta dinâmica de cooperação e partilha esteve bem presente no congresso em apreço, dando origem ao *corpus* teórico plasmado neste livro. Um *corpus* teórico de muito proveito para a indispensável reflexão e discussão sobre a evolução das ciências jurídicas à luz das vertiginosas transformações do mundo. A Justiça

e o Direito devem acompanhar os grandes desafios da Humanidade, que decorrem sobretudo dos avanços científicos e tecnológicos, das alterações climáticas e outras ameaças ambientais, do multiculturalismo e da globalização, da evolução demográfica e dos fluxos migratórios, dos novos valores e comportamentos éticos, dos movimentos políticos e sociais do século XXI (feminismo, ambiente, identidade de género, nacionalismo, populismo, etc.).

Dito isto, resta-me louvar a realização no Porto do congresso “Novas Formas de Governança Global”. A nossa cidade é conhecida pelo seu apreço à liberdade, por prezar o debate de ideias e por ser herdeira de uma longa tradição jurídica. Neste sentido, o Porto está sempre aberto à realização de fóruns intelectualmente estimulantes e frutíferos sobre a Justiça e o Direito.

## CAPÍTULO 1

# A FORMAÇÃO DOS JUÍZES: DESAFIOS NAS SOCIEDADES ATUAIS

LINA CASTRO BAPTISTA

*Juíza-Desembargadora e Coordenadora Regional Norte de  
Estágios do Centro de Estudos Judiciários*

### 1. INTRODUÇÃO

Em Portugal, até 1974, o universo dos juízes era exclusivamente masculino.

Os Juízes de então eram maioritariamente conservadores, adotando uma vida de recato quase monástico e gozando de um prestígio social inatacável.

A bagagem técnica e a destreza na aplicação das leis eram atributos suficientes para o exercício da função jurisdicional e a cultura judicial era estruturalmente positivista e formalista.

Tal como refere Cunha Rodrigues<sup>1</sup> “(...) o modo de ser de ontem era o de um magistrado isolado da sociedade, mas numa fácil relação com a comunidade, na medida em que esta era homogénea, avessa à pluralidade, obediente à ordem e regulada por um sistema de normas calibrado para um mundo essencialmente rural.”

Esta situação alterou-se com o DL n.º 251/74, de 12/06<sup>2</sup>, que alargou o acesso à carreira da judicatura às mulheres, e, depois, com a criação do “Centro de Estudos Judiciários” (doravante apenas designado por CEJ), em 1979.

Entretanto, a Justiça passou a mover-se e a ter de enfrentar o fenómeno da globalização, com uma economia capitalista e com a livre circulação de pessoas e bens; a integração europeia; o aparecimento de novos padrões morais, éticos e sociais, que ainda coexistem e conflituam, muitas vezes, com os padrões tradicionais, uma sociedade pluralista e multicultural; a expansão da Internet e a consolidação de uma sociedade de consumo.

<sup>1</sup> In “O insustentável peso do “ser” e o “mal-estar”, in *Ser Juiz Hoje*, 2008, Almedina, pág. 50.

<sup>2</sup> Que fez constar, no seu art.º 1.º, que “O acesso aos cargos judiciais ou do Ministério Público e aos quadros dos funcionários de justiça é facultado a todos os cidadãos portugueses, independentemente do seu sexo.”

As sociedades desenvolvidas contemporâneas passaram e continuam a passar por mutações profundas, geradoras de perplexidades e incertezas.

Neste contexto foram surgindo, de forma crescente, dúvidas e interrogações sobre as exigências e sobre o papel do juiz na sociedade.

A nível internacional, foram surgindo vários documentos sobre esta temática, designadamente emanados do “Conselho da Europa” e do “Conselho Consultivo dos Juízes Europeus”.

Em 1994, o Comité de Ministros do “Conselho da Europa” aprovou a Recomendação R (94) n.º 12, sobre a independência, a eficácia e o papel dos juízes, a qual foi atualizada em 2010 (Recomendação 2010/12).

Desde a sua criação, o “Conselho Consultivo dos Juízes Europeus” adotou várias opiniões/pareceres abordando assuntos como: independência do poder judicial; ética e responsabilidade dos juízes; formação dos juízes; relações entre a justiça, sociedade e os media; papel dos juízes na proteção do Estado de Direito e direitos humanos no contexto do terrorismo e papel dos juízes nacionais para assegurar uma aplicação efetiva da lei europeia e internacional.

Este mesmo “Conselho Consultivo dos Juízes Europeus”, em 17/11/10, aprovou, em Estrasburgo, a “Magna Carta de Juízes”, na qual sintetiza as principais conclusões das recomendações anteriormente adotadas.

Também em 2000 foi criada a “Rede Europeia de Formação de Magistrados”, com o objetivo assumido de promover, a favor dos membros dos grupos judiciários europeus, um programa de formação com uma dimensão realmente europeia e em desenvolver a cooperação em matéria de análise das necessidades de formação, de intercâmbio de experiências, conceção de programas e de instrumentos comuns.

Entre 2000 e 2003 foram amplamente discutidos e aprovados no âmbito da ONU os “Princípios de Conduta de Bangalore”, os quais se assumem como tendo como objetivo estabelecer padrões para a conduta ética dos juízes.

Recentemente, no passado dia 13 de novembro do presente ano de 2023, foi aprovado no “Supreme Court of the United States” um “Code of Conduct for Justice of the Supreme Court of the United States” que, em síntese, enuncia que a Justiça deve observar elevados standards de integridade e independência; evitar, a todo o custo, influências externas e todo o tipo de discriminações e pautar-se por deveres de imparcialidade e diligência.

Em Portugal, e no seguimento destas recomendações internacionais, a “Associação Sindical dos Juízes Portugueses” elaborou, em 2008, o “Compromisso Ético dos Juízes Portugueses – Princípios para a Qualidade e Responsabilidade”, reportando-se à independência, à imparcialidade, à integridade, ao humanismo, à diligência, à reserva e ao associativismo sindical.

Entretanto, no mesmo âmbito, o “Conselho Superior da Magistratura” aprovou, em sessão do plenário de 23/06/20, o “Projeto do Código de Conduta”.

## 2. PERFIL DOS CANDIDADOS A JUÍZES

Em termos de regras de acesso à judicatura em Portugal, a Constituição da República Portuguesa limita-se a fixar que o processo de recrutamento e formação de juízes seja levada a cabo por uma entidade autónoma do poder político e dos órgãos de gestão do poder judicial (cf. Art.º 215.º).

O Estatuto dos Magistrados Judiciais<sup>3</sup> determina, no seu art.º 40.º serem requisitos para exercer as funções de juiz de direito ser cidadão português; estar no pleno gozo dos direitos políticos e civis; possuir licenciatura em Direito de cinco anos ou ao abrigo do Decreto-Lei n.º 74/2006, de 24 de março, seguida de mestrado ou doutoramento em área do Direito obtida em universidade portuguesa, ou grau académico equivalente reconhecido em Portugal; ter frequentado com aproveitamento os cursos e estágios de formação e satisfazer os demais requisitos gerais estabelecidos na lei para o provimento de lugares em funções públicas.

É ao CEJ que incumbe o processo de admissão dos candidatos a juízes e, sequencialmente, a sua formação e aprovação final.

O funcionamento e a atividade do CEJ regem-se pela Lei n.º 2/2008, de 14 de janeiro, alterada pela Lei n.º 60/2011, de 28 de novembro, Lei n.º 45/2013, de 02 de julho, pela Lei n.º 80/2019, de 02 de setembro e pela Lei n.º 21/2020, de 02 de julho.

A admissão ao CEJ compreende atualmente exames escritos, provas orais e ainda uma “entrevista”, a levar a cabo por psicólogos.

A formação inicial de magistrados para os tribunais judiciais e para os tribunais administrativos e fiscais compreende, em cada caso, um curso de formação teórico-prática, organizado em dois ciclos sucessivos, e um estágio de ingresso.

O 1.º ciclo do curso de formação teórico-prática realiza-se na sede do CEJ e tem a duração de cerca de 10 meses. O 2.º ciclo do curso de formação teórico-prática decorre nos tribunais, no âmbito da magistratura escolhida e tem idêntica duração. Finalmente, o estágio de ingresso decorre igualmente nos tribunais e tem novamente uma duração de cerca de 10 meses.

Analisando os desafios das sociedades atuais sob a perspetiva da realidade portuguesa, verifica-se, desde logo e em sede de ingresso na magistratura, um desafio referente à própria pessoa dos novos candidatos a juízes.

---

3 Lei n.º 21/85, de 30 de julho.

Os candidatos a juízes e os jovens juízes atuais têm uma ligação muito forte às redes sociais.

Por outro lado, são bem mais exigentes no que respeita ao equilíbrio entre a vida profissional e a vida pessoal.

Finalmente entendem que a sua especial função não os deverá forçar a abdicar da sua própria cidadania.

Sendo apodítico que um juiz é um cidadão entre os demais, é igualmente evidente ser essencial que os juízes sejam socialmente reconhecidos como dignos, imparciais e merecedores de confiança.

Assim, o pertinente é aferir em que medida a específica função de julgar deverá limitar as suas atuações e posturas sociais.

Concordamos, neste particular, com a opinião expressa no “Comentário aos Princípios de Bangalore para a Conduta Judicial”<sup>4</sup>, no sentido de que “O juiz deve estar preparado para ser objeto de um escrutínio permanente e de comentários públicos e, portanto, deve aceitar uma restrição às suas atividades que pode ser considerada onerosa para o cidadão comum. O juiz deve fazê-lo voluntariamente e de boa vontade, mesmo quando essas atividades não seriam vistas negativamente se realizadas por outros membros da comunidade ou da profissão. Isso aplica-se tanto à conduta profissional como à conduta pessoal de um juiz.”

A ONU criou um grupo de trabalho tendo por objeto a “Rede Global de Integridade Judicial” e, em sede de primeiras conclusões, aprovadas em 2018, em Viena, fixou que “Os juízes devem adotar uma postura e linguagem discreta, comportar-se de forma profissional e prudente nas interações nas redes sociais, e deve sempre questionar o impacto do seu comportamento na dignidade judicial”.

No Brasil, foi aprovada, em 17/12/19, a Resolução n.º 305 que fixou, de forma bastante circunstanciada, regras para o uso das redes sociais pelos magistrados, por forma a compatibilizar o exercício da liberdade de expressão com os deveres inerentes ao cargo, que subscrevemos.

Cita-se o respetivo art.º 3.º, da Secção I do Capítulo II, pela sua completude:

“A atuação dos magistrados nas redes sociais deve observar as seguintes recomendações:

I – Relativas à presença nas redes sociais: a) adotar postura seletiva e criteriosa para o ingresso em redes sociais, bem como para a identificação em cada uma delas; b) observar que a moderação, o decoro e a conduta respeitosa devem orientar todas as formas de atuação nas redes sociais; c) atentar que a utilização de pseudónimos não isenta a observância dos limites éticos de conduta e não exclui a incidência das normas vigentes; e d) abster-se de utilizar a marca ou a logomarca da instituição como forma de identificação pessoal nas redes sociais.

---

4 Separata do E-book *A vida privada do Magistrado – Contributos para Uma Reflexão*, 2021, CEJ.

II – Relativas ao teor das manifestações, independentemente da utilização do nome real ou de pseudônimo: a) evitar expressar opiniões ou compartilhar informações que possam prejudicar o conceito da sociedade em relação à independência, à imparcialidade, à integridade e à idoneidade do magistrado ou que possam afetar a confiança do público no Poder Judiciário; b) evitar manifestações que busquem autopromoção ou superexposição; c) evitar manifestações cujo conteúdo, por impróprio ou inadequado, possa repercutir negativamente ou atente contra a moralidade administrativa, observada sempre a prudência da linguagem; d) procurar apoio institucional caso seja vítima de ofensas ou abusos (*cyberbullying*, *trolls* e *haters*), em razão do exercício do cargo; e) evitar expressar opiniões ou aconselhamento em temas jurídicos concretos ou abstratos que, mesmo eventualmente, possam ser de sua atribuição ou competência jurisdicional, ressalvadas manifestações em obras técnicas ou no exercício do magistério; e f) abster-se de compartilhar conteúdo ou a ele manifestar apoio sem convicção pessoal sobre a veracidade da informação, evitando a propagação de notícias falsas (*fake news*).

### 3. DIVERSIFICAÇÃO E MASSIFICAÇÃO DAS CAUSAS JUDICIAIS

É indiscutível que as sociedades atuais complexas e problemáticas implicaram um fenómeno de diversificação das causas judiciais, designadamente tendo por objeto uma panóplia de novos contratos, crescentemente mais complexos.

Além disso, a consciência individual dos direitos individuais e coletivos conduziu a uma galopante litigiosidade nas áreas tradicionais do Direito e em novas áreas jurídicas.

Esta modernidade é apressada, exige a criação de instrumentos de operacionalidade e de elevados “standards” de eficiência.

A qualidade e a eficácia na justiça estão crescentemente ligadas à celeridade das decisões judiciais.

Em 2006 referia António Barreto<sup>5</sup>, “A verdade, a meu ver, é que a justiça se desenvolveu menos, mais devagar e com mais imperícia do que outros sectores da vida coletiva. Adaptou-se tosca e lentamente à democracia, à integração europeia, à ascensão aos meios dos meios de comunicação de massa, ao mercado, à empresa capitalista, às novas tecnologias de informação e ao crescimento exponencial da litigância em Portugal.”

Efetivamente, num certo momento, com início nos anos 90, a Justiça portuguesa não teve capacidade de resposta.

Esta capacidade de resposta foi sendo conquistada ao longo dos anos, mas tem sido muito difícil disso convencer a opinião pública.

Tal conquista passou, em grande parte, pela especialização dos Tribunais, inicialmente nos Tribunais de 1.<sup>a</sup> Instância e, mais recentemente e ainda em implementação, nos Tribunais da Relação.

5 In “Justiça e Sociedade em Portugal, 2006 – Algumas reflexões” in *Revista do CEJ*, 2.º Semestre 2006, n.º 5, Dossiê Temático “Tempo e Justiça”, pág. 12.

A formação necessita de se adaptar a esta diversidade e complexidade, quer em termos de formação inicial, quer em termos de formação contínua.

A formação contínua é, nos dias de hoje, indispensável como fator de atualização, aprendizagem de novos conhecimentos técnico-jurídicos e até de reflexão crítica sobre o desempenho da função.

Há, noutra perspetiva que, simultaneamente, encarar e tentar combater as consequências pessoais e funcionais deste excesso de pendência ao longo das últimas décadas.

Em março de 2022, a UNO, através da UNODC (“UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME”) divulgou um estudo subordinado ao tema “EXPLORING LINKAGES BETWEEN JUDICIAL WELL-BEING AND JUDICIAL INTEGRITY.” As conclusões essenciais foram as seguintes: 76 % dos juízes e outros membros do judiciário não têm tempo suficiente para assegurar o seu bem-estar físico e mental; 92 % afirma que o trabalho judicial lhes acarreta stress, frequentemente ou sempre; 89 % referiram casos de outros colegas a vivenciar, da mesma forma, stress ou ansiedade; 69 % sentem que falar da saúde mental ou do stress dos juízes é um tabu; 83 % dizem que não existe apoio suficiente das instâncias competentes para estas situações e 97 % acham que deveria ser dado mais relevância à defesa do bem estar dos juízes e outros intervenientes do mundo judiciário.

Recentemente, o Conselho Superior da Magistratura, em conjunto com outras entidades, encomendou ao “OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA JUSTIÇA” do “CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA” um estudo sobre “CONDIÇÕES DE TRABALHO, DESGASTE PROFISSIONAL, SAÚDE E BEM-ESTAR DOS/AS JUÍZES/AS PORTUGUESES/AS”.

Este estudo foi apresentado no passado dia 27 de outubro de 2023 no “XVII ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA”, realizado na Covilhã e aí se concluiu que os juízes portugueses apresentam sinais de desgaste profissional e registam elevadas percentagens nos níveis de risco de “burnout”.

#### **4. ABERTURA A NOVOS RAMOS DO CONHECIMENTO**

Todos os fenómenos acima referidos obrigam, da mesma forma, ao alargamento do sistema judiciário a novos conhecimentos de outros ramos do conhecimento, num fenómeno interdisciplinar e interinstitucional.

Os Juízes necessitam de aceitar, sem preconceitos, as influências de outros saberes e a interligação com outros ramos da sociedade.

A formação dos juízes tem que ser orientada também para uma componente extrajurídica da formação, com a aquisição de conhecimentos e técnicas de outras áreas do saber.

Estes novos conhecimentos são igualmente muito importantes para os candidatos a juízes terem a perceção de que, em muitas situações, devem recorrer a perícias, a relatórios e depoimentos de psicólogos, psiquiatras, sociólogos, engenheiros, arquitetos ou técnicos da APAV (Associação Portuguesa de Apoio à Vítima), entre outros.

Gomes Canotilho<sup>6</sup> reporta-se a uma “Jurisprudência Multicontextual” nos seguintes termos: “Sob uma perspetiva sociológica, a jurisprudência multicontextual aponta para a indispensabilidade de os profissionais de direito estarem dentro das situações de vida e das respetivas experiências primárias. (...) o código binário do direito justo-injusto carece de informações outras (de cariz sociológico, etnológico-jurídico) que lhe permitam captar a aceitação/não aceitação, adequação/não adequação das decisões jurídico-formais.”

No âmbito da fase teórico-prática ministrada pelo CEJ foram introduzidas novas matérias formativas relevantes a este nível, designadamente ética e deontologia profissional, metodologia e discursos judiciais, psicologia judiciária, medicina legal e ciências forenses e sociologia judiciária.

Da mesma forma, a formação contínua tem feito um esforço gradual de alargamento do leque das matérias.

É, contudo, necessário, investir de forma mais específica nesta interdisciplinaridade.

## 5. MEDIATIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Há, noutra perspetiva, que aceitar o fenómeno da mediatização da Justiça.

A Justiça está hoje na ordem do dia, seja nas conversas de café, seja nos “posts” da internet ou nas páginas da comunicação social. Está também na ordem do dia das preocupações do poder económico e até da vida política (principalmente desde que começaram a ser mais frequentes os processos judiciais tendo por visados políticos).

A sociedade atual está cada vez mais atenta às decisões judiciais, verificando-se um cada vez maior recurso do cidadão comum aos Tribunais.

A avaliação que a opinião pública faz da atividade dos tribunais e das decisões judiciais é, quase sempre, superficial, distorcida e com ideias preconcebidas.

---

6 In “Formação de Magistrados ou Formação de Juristas?”, *Modelos de Formação e Carreiras Judiciais*, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2004, Lisboa, pág. 51.

A tensão entre a Justiça e a sociedade atual tornou-se mais marcada.

Acresce que a sociedade em geral, inebriada com uma visão exacerbada de liberdades e direitos, está cada vez mais desconfortável com a amplitude e com a ingerência do poder judicial, principalmente quando esse poder vem beliscar a sua esfera pessoal.

É necessário enfrentar esta realidade e aprender a viver com ela, devendo estudar-se esta questão em sede de formação dos juízes, tentando responder às expectativas de quem procura a Justiça.

Desde logo, haverá que fazer interiorizar nos Auditores e Juízes Estagiários o sentido central da independência do poder judicial e de respeito pelos tribunais.

Esta realidade social necessita de uma especial qualidade técnica do Juiz na sua atividade de administração da Justiça, através de uma intransigência na condução do processo e de uma ética profissional inatacável.

Além disso, se possível, o juiz deve aproveitar as oportunidades concretas que lhe surjam para tentar transmitir aos intervenientes processuais a importância da independência judicial.

Depois, haverá que educar-se o reforço da transparência da Justiça.

Em termos práticos, terá que se privilegiar a publicidade das audiências de julgamento e das decisões judiciais.

Ao mesmo tempo, a linguagem jurídica técnica, hermética e complexa tem que ser substituída por uma simplificação da linguagem e da mensagem e por um especial cuidado no convencimento das decisões.

Em concreto, o Juiz tem que ser preparado para elaborar fundamentações de facto e de Direito assertivas e convincentes e, independentemente do teor da própria decisão escrita, preparado para explicar as suas decisões aos respetivos intervenientes processuais em linguagem acessível<sup>7</sup>.

## **6. SUPREMACIA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Finalmente, a formação dos juízes deve privilegiar a supremacia dos direitos humanos e dos direitos fundamentais sobre a lei geral.

A Justiça continua a ser uma das bases essenciais do Estado de Direito Democrático. Através desta, resolvem-se litígios e, por esta via, diluem-se e previ-

---

<sup>7</sup> Aliás, neste sentido, o Decreto-Lei n.º 97/2019, de 26 de julho introduziu no Código de Processo Civil um novo dispositivo legal, com o seguinte teor: "O tribunal deve, em todos os seus atos, e em particular nas citações, notificações e outras comunicações dirigidas diretamente às partes e a outras pessoas singulares e coletivas, utilizar preferencialmente linguagem simples e clara."

nem-se tensões sociais, consciencializando as pessoas para o primado do Direito sobre a vida em sociedade.

Tal como refere Mário Mendes Serrano<sup>8</sup>: “(...) uma justiça massificada é uma justiça sem alma, não humanizada, que esquece o cidadão por detrás de um número de processo.”

Constata-se um crescente interesse da sociedade pela reflexão ética, assente na afirmação do primado dos direitos do homem.

Refere-se no “Comentário aos Princípios de Bangalore para a Conduta Judicial”<sup>9</sup>: “No contexto da crescente internacionalização das sociedades e da crescente relevância do direito internacional nas relações entre o indivíduo e o Estado, os poderes conferidos a um juiz devem ser exercidos não apenas de acordo com o direito interno, mas também em toda a extensão permitida pelo direito interno, em linha com os princípios do direito internacional reconhecidos pelas sociedades democráticas modernas. (...) A fim de promover esta faceta essencial das obrigações de um juiz, o estudo dos direitos humanos deve ser incluído nos programas de formação inicial e oferecidos aos novos juizes em serviço, com particular ênfase na aplicação prática desse normativo no trabalho habitual do juiz em toda a extensão permitida pela legislação nacional.”

Perante as recentes teses de qualificação das normas constitucionais que consagram direitos, liberdades e garantias como auto suficientes, isto é, diretamente aplicáveis, o aplicador do Direito deve, independentemente da legislação infraconstitucional, aplicar diretamente quer as Convenções Internacionais, quer a CR Portuguesa, ainda que para lá da lei ou em contrário das estatuições da lei geral<sup>10</sup>.

Deve orientar-se a formação para uma atividade de garantia de direitos, com uma maior sensibilização, e até compaixão no exercício da função de julgar.

Especificamente quanto à formação de juizes, damos como nossas as palavras de António Barbas Homem<sup>11</sup>: “(...) a formação integral de um magistrado exige a conciliação entre a denominada técnica jurídica, produto de uma cultura avançada, e um perfil humanista, fundado numa matriz ética e numa cultura dos direitos fundamentais previstos na Constituição e no direito internacional dos direitos do homem.”

8 In “Formação de Magistrados – Alguns mitos e equívocos” in *O Debate da Justiça*, 2001, Centro de Estudos Judiciários, pág. 125.

9 Ob. Cit..

10 Citando Vieira de Andrade (in *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.ª Edição, Almedina, 2010): “(...) o princípio da aplicabilidade directa valerá como indicador da exequibilidade potencial das normas constitucionais, presumindo-se a sua «perfeição», isto é, a sua auto-suficiência baseada no carácter determinável do respectivo conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juizes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização para com esse fim os concretizarem por via interpretativa.”

11 In “Direitos fundamentais: o ensino no Centro de Estudos Judiciários” in *JULGAR*, n.º 22, 2014, Coimbra Editora, pág. 11.

Aliás, é relevante atentar em que o ordenamento jurídico português tem crescentemente incorporado conceitos éticos e valorativos nas diversas áreas do Direito, tais como “dignidade da pessoa humana”, “igualdade”, “boa fé” ou “diligência de um bom pai de família”.

Simultaneamente existem atualmente várias leis que reclamam uma capacidade marcadamente proativa do juiz.

Exemplificativamente, refere-se que, no âmbito do direito criminal, a Lei n.º 112/2009, de 16/09, relativa ao Regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica e assistência às suas vítimas, aplica-se, quase diariamente, nos nossos tribunais, designadamente o seu art.º 21.º, n.º 1 e 2, em sede de fixação oficiosa de indemnização à vítima por parte do agente do crime (apenas não se procedendo desta forma nos casos em que a vítima a tal expressamente se opuser).

No âmbito do direito civil, o novo regime do maior acompanhado introduzido pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, afastando-se do antigo modelo paternalista da incapacidade e adotando uma nova filosofia, implementa uma mentalidade social integradora das pessoas com capacidade diminuída<sup>12</sup>. Neste regime legal, apesar de ser atribuído poderes centrais e oficiosos na escolha das medidas aplicáveis e/ou da escolha do acompanhante, recorre-se, com frequência, a conceitos indeterminados, tais como “*interesse imperioso do beneficiário*” e “*diligência requerida a um bom pai de família*”.

Até no âmbito do processo civil, o ramo mais conservador do direito, foram ampliados, de forma marcante, os poderes oficiosos do juiz, designadamente quanto à fixação dos factos (art.º 5.º), na gestão inicial do processo (art.º 590.º) e até na agilização dos procedimentos processuais (art.º 6.º).

## CONCLUSÃO

Em síntese, a magnitude destes desafios implica uma nova mentalidade, uma nova forma de ser juiz.

Ser juiz foi sempre muito mais do que uma ocupação profissional: os juízes são titulares de um órgão de soberania e sempre foram e continuam a ser, cada vez com maior enfoque, os guardiões da Direitos, Liberdades e Garantias.

---

12 Recentemente a Comissão Europeia adoptou a “Estratégia sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência 2021-2030”, sob a designação “União da Igualdade”, em que enuncia como estratégia garantir que todas as pessoas com deficiência na Europa, independentemente do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, idade ou orientação sexual, gozem dos direitos que lhes assistem, possam participar na sociedade e na economia em condições de igualdade com as demais pessoas, possam decidir onde, como e com quem vivem, circulem livremente na EU, independentemente das necessidades de apoio que possam ter e deixem de ser alvo de discriminação.

Nos dias de hoje ser juiz é cada vez mais complexo, mas, da mesma forma, cada vez mais desafiante e estimulante.

Não há sistemas de formação de magistrados perfeitos e acabados.

Impõe-se um permanente percurso de adequação e actualização às sociedades pluralistas e multiculturais, em vista a conseguir-se uma cada vez melhor preparação para o exercício da função jurisdicional.

Impõe-se formar os juízes para elevados “standards” de integridade, independência e eficácia, sem nunca esquecer os deveres funcionais de imparcialidade, imediação, cooperação e humanismo.

Termino com as palavras sempre melodiosas e poéticas de Laborinho Lúcio<sup>13</sup> “O caminho ainda a percorrer é longo e exigente, mas a alternativa não deixa dúvidas. Ou se decide pelo maneirismo formal, pela recusa à crítica, pelo repouso dos projetos sem chama, por vezes alcunhados, com evidente sofisma, de prudentes; ou se opta pela responsabilidade de estar no tempo decidindo do seu destino, pelo golpe de asa que distingue o sereno empenhamento, da tranquila mediocridade.”

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.<sup>a</sup> Edição, Almedina, 2010.

ANTUNES, João Lobo, «Ser Juiz Hoje», *Ser Juiz Hoje*, 2008, Almedina.

BARRETO, António, «Justiça e sociedade em Portugal, 2006 – Algumas reflexões», *Revista do CEJ*, 2.<sup>o</sup> Semestre 2006, n.º 5, Dossiê Temático “Tempo e Justiça”.

BATISTA, José Pereira, «Três anos na escola de formação de magistrados», *Revista do CEJ*, 1.<sup>o</sup> Semestre 2005, n.º 2, Dossiê Temático “CEJ – 25 anos”.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, «Formação de Magistrados ou Formação de Juristas?», *Modelos de Formação e Carreiras Judiciárias*, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2004; Lisboa.

CARMO, Rui do, «Breves notas sobre as principais alterações introduzidas no 1.<sup>o</sup> ciclo da fase teórico-prática no ano de 2010/2011», *Revista do CEJ*, 2.<sup>o</sup> semestre 2010, n.º 14, Dossiê Temático “Direito Contra-ordenacional”.

GOMES, Conceição, «A formação de magistrados como instrumento de transformação da justiça», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Número Especial – Edição Comemorativa dos 40 anos, 2018.

GONÇALVES, Jorge Baptista, «Nótulas sobre ética e deontologia: conceito e fundamento», *Revista do CEJ*, 1.<sup>o</sup> Semestre 2007, n.º 6, Dossiê Temático “Ética e Função Judicial”.

HEUSEL, Wolfgang, «The organisation of judicial training in Europe», *Era Forum – Journal of the Academy of European Law*, Volume 22, n.º 4, dezembro 2021.

HOMEM, António Pedro Barbas, «Direitos fundamentais: o Ensino no Centro de Estudos Judiciários», *Julggar*, n.º 22, Janeiro-Abril 2014.

---

13 In “A formação de magistrados em Portugal quando tudo era possível” in *Revista do CEJ*, 1.<sup>o</sup> Semestre 2005, n.º 5, Dossiê Temático “CEJ – 25 anos”, pág. 227.

LOPES, José Mouraz, «Formação de Juízes para o Século XXI. Formar para decidir. Formar para garantir», *Julgar*, n.º 4, 2008.

LOPES, José Mouraz, «Formação de Magistrados em Portugal: mudar por quê e para quê?», *Modelos de Formação e Carreiras Judiciárias*, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2004; Lisboa.

LÚCIO, Álvaro Laborinho, «A formação de magistrados em Portugal quando tudo era possível», *Revista do CEJ*, 1.º Semestre 2005, n.º 2, Dossiê Temático “CEJ – 25 anos”.

PEREIRA, Albertina Aveiro, «Formação de Magistrados – Uma breve perspetiva», *Revista do CEJ*, 1.º semestre de 2013. N.º 1.

REGNARD, Christophe, «O Estatuto socioprofissional do juiz», *Julgar*, n.º 30, 2016.

RODRIGUES, Cunha, «O insustentável peso do “ser” e o “mal-estar”», *Ser Juiz Hoje*, 2008, Almedina.

SERRANO, Mário Mendes, «Formação de Magistrados – Alguns mitos e equívocos», *O Debate da Justiça*, 2001. Centro de Estudos Judiciários.

## CAPÍTULO 2

# O ESTADO DE SÍTIO: CERCO AOS ESTADOS E AMEAÇAS À DEMOCRACIA

ALFREDO ATTÍE<sup>1</sup>

*Pode ser um sinal de guerra; talvez, de coisa nenhuma; calor insuportável de Cádiz, vento forte e ensurdecador. Feitiço que cai sobre a cidade.<sup>2</sup>*

*Falei do céu, seu juiz? Aprovo tudo o que esse céu faz, do seu jeito. Faça-me de juiz, também. Sei que é melhor ser cúmplice do céu do que sua vítima.<sup>3</sup>*

*De onde vieram a justiça, os laços de confiança e a equidade? Com certeza, daquelas pessoas que, informadas pela experiência desses ensinamentos, confirmaram-nos por meio dos costumes e os instituíram pelas leis.<sup>4</sup>*

## 1. INTRODUÇÃO

Tolerado e respeitado, disciplinado pelo liberalismo, o Estado tornou-se, para o regime neoliberal, um mal desnecessário.

No presente artigo, pretendo, brevemente, mostrar de que modo o neoliberalismo desfez a ordem institucional criada pelo liberalismo e buscou implantar estruturas de salvaguarda econômico-sociais no interior da esfera política, vol-

1 Alfredo Attié é jurista, filósofo e escritor, Doutor em Filosofia da Universidade de São Paulo, onde estudou Direito (FD.USP) e História (FFLCH.USP). É Presidente da Academia Paulista de Direito e Titular da Cátedra San Tiago Dantas, na qual sucede a Goffredo da Silva Telles Jr. Conselheiro da Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo. Autor dos livros: *Direito e Economia: Ponto e Contraponto Civilizacionais* (no prelo, São Paulo: Tirant, 2025); *África Constituinte* (no prelo, São Paulo: Tirant, 2025); *Direito Constitucional e Direitos Constitucionais Comparados* (São Paulo: Tirant, 2023); *O Brasil em Tempo Acelerado: Política e Direito* (São Paulo: Tirant, 2021), *Towards International Law of Democracy* (Valência: Tirant Lo Blanch, 2022); *A Reconstrução do Direito: Existência. Liberdade, Diversidade* (Porto Alegre: Fabris, 2003); e *Montesquieu* (Lisboa: Chiado, 2018), também é mestre em Filosofia e Teoria do Direito pela FD.USP e em Direito Comparado pela Cumberland School of Law, foi Procurador do Estado de São Paulo, Advogado e Juiz de Direito e exerce a função de Desembargador do Tribunal de Justiça paulista. Membro de entidades internacionais, participando ativamente de foros para a defesa e construção dos direitos humanos, a paz, a democracia e a proteção do meio ambiente. Site: <http://apd.org.br>; E-mail: [aattiejr@gmail.com](mailto:aattiejr@gmail.com); Mais informações em <http://lattes.cnpq.br/8117126316669740>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7854-7696>.

2 “*C’est signe de guerre! - C’est sûr! - C’est signe de rien. - C’est selon. - Assez. C’est la chaleur ... - Suffit. - Elle siffle trop fort. - Elle assourdit surtout. - C’est un sort sur la cité! - Aïe! Cadix! Un sort sur toi! - Silence! Silence!*” CAMUS, Albert. *L’État de Siège: Spectacle en Trois Parties*. Paris: Gallimard, 1948. Traduzi, livremente.

3 “*Ai-je parlé du ciel, juge? J’approuve ce qu’il fait de toutes façons. Je suis juge à ma manière. J’ai lu dans les livres qu’il vaut mieux être le complice du ciel que sa victime.*” *Id. ibid.* Traduzi, livremente.

4 “*... unde Iustitia, Fides, Aequitas? Nempe ab iis qui haec disciplinis informata alia moribus confirmarunt, sanxerunt autem alia legibus.*” CICERO. *De Re Publica*. I,2. Traduzi, livremente.

tadas a impedir que o Estado pudesse funcionar. Solapar, sobretudo, os liames de representação política e a capacidade de o poder político garantir direitos, fazer cumprir deveres e desempenhar políticas públicas. Além disso, seu alvo principal está em retirar a capacidade institucional desses Estados em garantirem o controle do poder político, econômico e social, atacando, com essa meta, sobretudo as estruturas de fiscalização ou controle representadas pelo poder judicial.

Minha intenção é mostrar como se apresentam e funcionam essas estruturas do regime neoliberal, de que modo desconectam Estado – destruindo sua legitimidade – e sociedade – contestando sua existência e relevância. Legitimidade alcançada e relevância preservada, a duras penas, no curso do processo, de idas e vindas, permeado de obstáculos, de construção republicano-democrático-social. Entender, assim, a razão de a política estar mais uma vez em xeque, com o dismantelamento dos mecanismos e das instituições que os solidificaram, em sua capacidade de ativar valores e práticas, como a igualdade, a solidariedade e a liberdade, abrindo caminho para o recomposição de um regime oligárquico, corporativo e autoritário, que denomino de *anticonstitucionalidade e antipolítica*.

Minha tese principal está em que essa ordem neoliberal, por meio dessas estruturas, fez reviver a ideia e a prática da *guerra de sítio*, reconfigurando o *estado de sítio*, seu sucedâneo jurídico, como instrumento voltado a não apenas impedir o funcionamento das estruturas políticas, cuja institucionalidade busca incessantemente destruir, mas, também, restabelecer a institucionalidade dos *corpos intermediários*. A revivescência, portanto, de instituições próprias ao *Antigo Regime*, no modo como sobreviveram e foram mesmo recuperadas e retrabalhadas no processo pós-revolucionário do constitucionalismo. Constitucionalismo que – cantado em prosa e verso pelas doutrinas tradicional e contemporânea do Direito Constitucional, como se fora uma resultante das revoluções inglesa, norte-americana e francesa, mas –, na forma como o interpreto e critico, efetivou-se num momento consecutivo e de reação a essas revoluções.<sup>5</sup>

## 2. LIBERALISMO, SOBERANIA, TERRITÓRIO, CONSTITUCIONALISMO E FORÇA

O sistema econômico liberal, a partir da contribuição e do impulso decisivo de Adam Smith, viu na estrutura estatal, então em construção – como, de resto, ainda está –, uma aliada, salientando as atribuições do “soberano” de guarda da ordem social e de instrumento para possibilitar o desenvolvimento da(s) li-

5 ATTIÉ, Alfredo. Brasil em Tempo Acelerado: Política e Direito. São Paulo: Tirant, 2022; ATTIÉ, Alfredo. Direito Constitucional e Direitos Constitucionais Comparados. São Paulo: Tirant, 2023; ATTIÉ, Alfredo. “Anticonstitucionalidade e Antipolítica” in Democracia e Direitos Fundamentais, Porto Alegre: Instituto Novos Paradigmas, publicado em 04/08/2021, acessível em <https://direitosfundamentais.org.br/anticonstitucionalidade-e-antipolitica/>.

berdade(s) econômica(s). Esse desenvolvimento estava fundamentado nas ideias e nas práticas:

- a) da acumulação e concentração crescente do capital, mediante a *expropriação e a exploração* do trabalho;
- b) da divisão social do trabalho, mediante a construção de *mecanismos de disciplina e de controle* do trabalho, da cultura e do tempo social;
- c) da imposição do *sistema de fábrica*, basicamente um modo de disciplinar e controlar a transformação de coisas simples em produtos ou mercadorias, em valor para o comércio; modelo que vai se reproduzir em todos os modos de vida social, distribuindo funções, hierarquias e vigilância por todos os espaços e tempos de existência, marcando a saúde e a doença das pessoas a partir de seu processo de constituição de um corpo social que se compreende apenas diante das máquinas que o instrumentalizam, para fazer alguns lucrarem em troca da submissão disciplinar e salarial de todos; e
- d) da *constituição da propriedade privada* – em verdade a negação da ideia de propriedade –, pela desconexão entre o humano e a ordem das coisas, e pela personalização ou *subjetivação da relação real* (isto é, antes determinada pela impossibilidade física e jurídica de apropriação de todas as coisas), que torna a aquisição de domínio um processo de (de) marcação da realidade por poucos, em detrimento da imensa maioria.

Muito bem, para assegurar essas funções, o liberalismo pensou e realizou estruturas e práticas e desenhou uma prática discursiva, voltada a configurar a *ordem “jurídica” do Estado*, como limitação ao poder, ou, mais apropriadamente, disciplina da força do soberano: especificar suas atribuições e ordenar seu modo de agir.

Tomou como ponto de partida a ideia de que o soberano era – no início da caminhada da constituição histórico-teórica da tão propalada “esfera pública” (europeia e resultante de um pacto de elites) – uma personagem criada pelo conjunto das oligarquias, como forma de *alienação da capacidade política* que possuiriam (ou acreditavam poder reafirmar), levada a efeito para possibilitar a concentração da coerção (uso da força, não do poder) para impor o *cumprimento de pactos sociais*. Pactos e não contratos, é importante salientar, isto é, modos de imposição de decisões tomadas em relação hierárquica de capacidades. O soberano é a instituição da *heteronomia*, personalizada para possibilitar que o domínio de alguns sobre a vida ou a ordem privada se transmita à nova ordem pública, que surge concomitantemente à engenhosa invenção ou concepção de sua figura. O Estado, por figurar um modo de alienação de capacidade de decidir, em conjunto, o destino comum, é a *negação da autonomia* (política e jurídica).

Se o *soberano*, ou melhor, a configuração do soberano foi o ponto de partida dessa ordem – que será chamada e tida como moderna –, seu ponto de chegada seria a abstração dessa figura, por meio de uma nova invenção: a *soberania*. A soberania desfigura o soberano e permite que as funções que foram imaginadas para que exercesse, com unidade e universalidade, sejam despedaçadas. Isso em decorrência da própria origem da soberania, que foi o sucedâneo da prática de suseranias, formas de relação e de submissão plural, descentralizada.

A suserania, no Medievo, era uma relação de ordem territorial, assim embasada na noção de *domínio*. Entregava-se a terra, em troca de *defesa e segurança*. Essa transmissão era realizada na forma de um *pacto* entre o suserano e seu vassalo que, jurando fidelidade, passava a exercer os direitos relativos à propriedade, comprometendo-se a prestar defesa a seu suserano. A ideia de segurança é fundamental. Era, claro, uma relação de proteção mútua, mas a vassalagem figurava um dever específico de dar proteção.

A soberania, por sua vez, ao buscar findar com o sistema fragmentário medieval, insere-se como mecanismo igualmente de proteção, também com base no território. Ocorre que, na soberania, os que formulam o pacto abrem mão da capacidade de exercer a guerra, portanto, de prestar segurança, em favor do soberano que criam. A obrigação de prestar a defesa e a segurança passa a ser do *soberano* em relação aos *súditos*, no sentido inverso da relação suserana, em que o território se fragmentava para que o *vassalo* garantisse a segurança do *suserano*. Nos dois casos, aquele que se põe na condição inferior, numa relação heterônoma, hierárquica, posta por um pacto,<sup>6</sup> jura fidelidade. Todavia, na suserania, ele deve a proteção, em troca da gestão territorial como domínio, enquanto, na soberania, ele perde a autonomia dessa gestão territorial, (sujeitando-se a uma disciplina do domínio, cujas regras serão estatuídas pelo soberano) em troca da proteção que passa a lhe dever o soberano. A soberania é a relação de suserania em seu sentido inverso.

A fragmentação, porém, permanece, malgrado a afirmação da soberania de não reconhecer poder superior nem interno nem externo. Ela vai mesmo se acentuar, na medida em que essa nova entidade – que passa a ter o domínio sobre a plenitude de um território, e a exercer o domínio sobre a totalidade de seus habitantes –, permanece ligada aos sujeitos que a criaram e fundaram sua nova ordem, dependente da relação estabelecida pelo pacto soberano.

No processo de institucionalização dessa ordem do Estado, seus constituintes vão tramar uma teia disciplinadora e controladora dos movimentos e da

---

6 Sobre a diferença entre pacto e contrato ver: ATTÍE, Alfredo. Direito Constitucional e Direitos Constitucionais Comparados. São Paulo: Tirant, 2023.

linguagem do soberano. Isso de modo a organizar ou administrar o uso da força que o caracterizaria. Essa disciplina se chamou legitimação ou legitimidade, ponto de partida, agora, para um novo percurso ou processo, que é o de construção específica daquilo que passaríamos a chamar de Estado.

Duas ideias fundamentam o Estado, no sentido de servirem como substrato para a sua composição: território e monopólio do uso da força, que se transmuda, por causa da legitimidade, em poder. Isso significa que o poder passa a ser força e o Estado, a ativar mecanismos cada vez mais frequentes de segurança (interna) e de defesa (externa).

É aqui que entra a grande subversão da ideia de *política*. Se essa estava vinculada, desde a Antiguidade, a um espaço-tempo de ocupação popular – política era sinônimo de *presença do povo* –, a modernidade fará deslocar esse *espaço-tempo de cidadania* ou de *democracia*, para, a partir desse desalojamento (desse paulatino desinteresse por essa atuação e interação pessoal coletiva), domesticar e territorializar o público e seu sentido. O público<sup>7</sup> passa a ser um espaço (concreto) ou órbita (abstrata) de normatização de um conjunto de estruturas e de operação de um feixe de funções, a existir independentemente das pessoas que nele habitam, por ele circulam, ali desempenham seus modos de existência. O povo torna-se mero *sujeito* – derivação de seu caráter inicial de *súdito* – contrapartida do soberano – e objeto da atividade pública (da soberania), que passa a ser chamada de política. Essa palavra é destituída de seu significado (*qualidade da polis*) e se torna um modo de agir de uma entidade abstrata, o Estado, cuja qualidade é a soberania. Os regimes da política passam a se referir ao Estado e não mais à *cidadania*: portanto, não mais importa a vinculação entre poder e presença.

Passa a ser possível exercer o poder em nome de outrem, sendo instituída a *representação*. Torna-se possível pensar (e mesmo intencionalmente formular a ideia, e reiterar a prática e o discurso de) uma *cidade sem cidadania*, assim como uma *polis sem política*. A questão está, para essa ordem, em, de maneira cada vez mais complexa e, sobretudo, oblíqua e dissimulada, exercer a força interna e externamente, acentuando a expropriação ou alienação das capacidades.

O Direito Constitucional, discurso e modo de estabilização (petrificação, estatização) do Constitucionalismo, subverterá a ideia, o discurso e a prática da *Constituição*,<sup>8</sup> vinda desde a Antiguidade, transmudando-a, cada vez mais, muito embora de maneira mais acentuada a partir do regime neoliberal, em Direito Administrativo.<sup>9</sup>

7 *Öffentlichkeit, public sphere, espace public.*

8 ATTÍE, Alfredo. Direito Constitucional e Direitos Constitucionais Comparados. São Paulo: Tirant, 2023.

9 Para a diferença entre o constitucional e o administrativo, ver ATTÍE, Alfredo. Brasil em Tempo Acelerado: Política e Direito. São Paulo: Tirant, 2021.

Assim, o liberalismo de raiz europeia assegurará sua hegemonia discursiva, expandindo suas práticas – muito embora de forma invertida, estabelecendo cada vez mais e maiores desigualdades – para todo o Mundo, por meio sobretudo do processo colonizador. O comércio e suas técnicas, depois, sua ciência – da natureza e das causas da riqueza (e pobreza) das nações, a economia política – sucederão e substituirão outras práticas e discursos, no caminho da dominação da humanidade e da natureza. Talvez pela primeira vez, o percurso desigual de integração mundial, de universalização das consciências e culturas, terá um vetor unificador, justificando, na teoria e na prática, o desenvolvimento de relações comerciais e de instituições pretensamente públicas, mas voltadas à instituição dessas relações, como modelo de relações humanas e do humano com a natureza.

### 3. NEOLIBERALISMO E ESTADO

Apesar do esquecimento, intencional ou não, dos discursos e práticas de resistência a esse processo, é evidente que ele não se fez prevalecer sem que houvesse outros discursos e práticas, no sentido inverso à constituição de sua aparente hegemonia. Um desses modos de contraposição deu-se mesmo na ordem internacional, que a comercialização das relações ajudou a construir.

Na órbita internacional passou-se a constituir uma trama de direitos, deveres e garantias, por meio do direito internacional instituído a partir do fim dos conflitos mundiais do Século XX, por meio das declarações de direitos internacionais e regionais e a criação de instâncias de julgamento e de implementação de obrigações.

Isso não se deu, contudo, apenas e exclusivamente no âmbito internacional. A trama de relações, textos e instituições jurídico-políticas de proteção foi sendo estabelecida em processo de integração constante entre aquele âmbito externo e o interno dos vários Estados, que se puseram como sujeitos do direito internacional, com pretensão de exclusividade – imposta, diga-se com ênfase, pela concepção de dominação europeia em expansão.

Quer dizer que as Constituições dos vários Estados passaram a se comunicar com a ordem internacional, tornando interno o que era declarado como externo ou internacional.

A Constituição brasileira de 1988 é um exemplo típico, vívido e extremamente relevante dessa integração. Ela estatuiu, desde o início, que a ordem internacional dos tratados e convenções sobre direitos humanos faria parte integrante do próprio texto constitucional. Uma Constituição dotada, como considero, de *plasticidade*, em sua capacidade de modificar-se e enriquecer-se a cada declaração de direitos internacional. De tal sorte que a Constituição posta nos sites oficiais de governo ou editada para aquisição em livrarias e bancas não corresponde ao

verdadeiro texto desse documento essencial para a vida cidadã. E os manuais de Direito Constitucional, em sua pobreza doutrinária, não conseguem compreender e transmitir o alcance e a relevância dessa plasticidade.<sup>10</sup>

Entretanto, essa ordem jurídico-política, contraposta aos impulsos determinados pela chamada modernidade, terá como obstáculo a realidade do mundo contemporâneo, que negou, constantemente a eficácia dos direitos, seja na perpetuação do colonialismo, seja na configuração d(e um)a “guerra fria,” isto é, a competição por hegemonia por meio da extensão da competição entre as potências europeias, a um dualismo de potestades. Essa contraposição dual permitiu que os países hegemônicos estimulassem e impulsionassem a instauração de regimes ditatoriais, em suas órbitas de influência ou dominação, pondo em risco democracia e direitos.

O fim aparente desse estado dual abriria espaço para instituição da ordem neoliberal. Nessa ordem estarão presentes as ideias, os discursos e as práticas do *estado de sítio* e dos *corpos intermediários*, que passo a explorar, e que são o objeto primordial deste artigo, porque explicam os atuais riscos à democracia e aos valores que representa, bem como constituem a maneira como os novos autoritarismos se vêm inscrevendo nos vários Países.

#### **4. ECONOMIA, MESTRA DO MUNDO: COMERCIALIZAÇÃO E DOMESTICAÇÃO**

O Neoliberalismo não significa apenas uma mudança fundamental na concepção liberal de existência. A ordem liberal, malgrado as questões que acabo de evidenciar, não deixou se ser permeável a contribuições pensadas, inicialmente, como antiliberais, ou, mais corretamente, iliberais, termo que se torna corrente, na literatura internacional. Quer dizer, o liberalismo soube conjugar-se a ideias de origem e cunho socialista, advindas dos movimentos de trabalhadores e trabalhadoras e do engajamento de intelectuais, que redigiram textos seminais para compreender as deficiências de fundamento e de prática, e os problemas originais da institucionalização da imaginação liberal.

Em sua versão mais afeita à democracia, o liberalismo acabou por fazer inserir nos documentos jurídico-políticos e nas instituições estatais e, em alguma medida, privadas, assim como em sua própria teoria – modificando-a substancialmente – temas, conceitos, sugestões, institutos e mecanismos, transformando-as

---

10 Veja-se, à guisa de exemplo, o artigo ATTÍE, Alfredo. “Revolução Constitucional Ignorada”, em Brasil 247, publicado em 13 de Agosto de 2023, disponível em <https://www.brasil247.com/blog/revolucao-constitucional-ignorada>. Pretendo, em breve, aprofundar essa análise, em livro que fará a crítica do Direito Constitucional, propondo e buscando realizar uma abordagem diferente e plástica das Constituições.

em *New Deals* sociais, econômicos, culturais e políticos, que, ao serem postos em prática, foram decisivos não apenas para a organização da classe trabalhadora, para o acesso a, e a efetivação de direitos e garantias, como para a expressão cultural da diversidade, com a abertura de brechas nos processos de dominação econômica, política, cultural e social.

O Neoliberalismo, ao contrário, será impermeável a qualquer tipo de influência de teorias e práticas diferentes, que considera, por definição, rivais e inimigas. Ele se funda em duas concepções que radicaliza, levando-as às últimas consequências, na medida da agressividade com que trata tudo o que seja diverso de utilidade e interesse individual, tudo o que não seja econômico por definição. Essas duas concepções são o *nominalismo* e o *utilitarismo*.

Ele exacerbará o *processo de comercialização e economização-domesticação* (*oĩkoç-domus*) do Mundo. Tudo passa a ser privado, econômico, doméstico; todas as coisas, mercadorias; toda relação, negócio, no sentido meramente mercantil (*business*), e competição; toda paixão, todo interesse, toda razão são privados e individuais. A razão observa a sociedade e a descaracteriza como social. Há apenas indivíduos em permanente confronto, que competem por interesses sempre legítimos, não importando se mesquinhos ou não.

Não há, nessa perspectiva, classes nem qualquer grupo social, instituição política, agremiação cultural, universidade. Tudo o que foi construído como coletivo é um equívoco que deve ser destruído, em nome da verdadeira realidade que o Neoliberalismo prega, o individualismo. Toda coletividade é um mal e, desnecessário. Em razão de sua nocividade, tem de ser removido. Não há propriamente direitos, apenas interesses. Não há deveres públicos, mas obrigações negociais. Não há trabalho como relação de dependência, que demanda proteção, mas empreendedorismo. A empresa não é senão um processo temporário, um projeto de atuação para a obtenção de lucro, jamais uma instituição econômica. Não há plurilateralidade, sequer contratos plurilaterais, constitutivos de sociedades, mesmo comerciais, apenas relações bilaterais, em que a troca tende a ser sempre desigual, porque cada parte almeja ganhar, à custa de uma perda unilateral.

Nessa ordem, o Estado, nocivo à configuração de uma concepção de mundo nominalista – na qual desaparece qualquer vínculo dos seres humanos entre si e entre eles e o ambiente, seja natural ou cultural, e se nega a existência da sociedade político-jurídica – sua presença ou a simples menção a ele, passam a ser apenas uma barreira ideológica para a consecução das relações econômicas: cada ente tem sua existência, seu lugar perante os outros entes e seu contexto, estabelecidos como algo fugaz, fútil e frágil, tão-somente marcado por um interesse econômico utilitário, ou uma paixão de ordem material. Aqui, a cosmovisão utilitarista joga um papel decisivo.

Em decorrência disso, o Estado deve, antes de tudo, ser isolado do povo. Povo que, segundo a velha teoria liberal, o Estado representaria. Estabelecidas barreiras em torno dele, cordas para sufocá-lo. Todo benefício que esteja associado a um pretensão papel do Estado deve ser extinto, para afastar qualquer conexão, e afeição do povo por ele. O prejuízo que o Estado possa causar, ou se afirme que possa causar, deve ser ressaltado, ao ponto de o Estado ser posto como inimigo do social – com a extinção plena das estruturas postas pelo Estado-Providência (*Welfare State*).

Por outro lado, aparentemente de modo paradoxal, esse Estado – pensado como termo retórico e não como instituição, instrumento de satisfação de formas de expressão mesquinhas – remanesce como amigo de uma parcela da sociedade – que não se reconhece como classe nem como agrupamento estável ou permanente –, que se divide (segundo afinidades de interesses provisórios, que mudam ao sabor da previsão de ganhos econômicos) em *oligarquias*, clubes (espaços privados, de exclusividade) dos ricos e famosos. Para atender a interesses dessas oligarquias e seus clubes de interesses, faz-se ruir qualquer expressão distributiva, diminuindo impostos, desfazendo programas sociais e políticas públicas, extinguindo benefícios e garantias de toda ordem, sobretudo do trabalho, e combatendo símbolos de engajamento e cooperação social, como os vínculos culturais (artísticos, científicos, enfim, po(i)éticos, modos de fazer mundos comuns, compartilhados e passíveis de provocar novos desejos e desenhos).

Assim que dele tomam posse – por meio de eleições pretensamente legítimas, mas maculadas por inúmeros vícios, entre os quais, por definição, o abuso típico do modo de ser oligárquico – as novas oligarquias (que estão sempre em competição, embora façam aparentar consensos), passam a fingir ser Estado, e a adotar um linguajar e um vocabulário forjados para incentivar a iniciativa privada, o empreendedorismo. Põem-se como gerentes, gestoras, administradoras de um espólio. Substituem suas instituições por agências que, entretanto, não atuam, não agem, mas concedem agência às oligarquias, aos agentes econômicos privilegiados.

Dentro do Estado, no processo de corrosão institucional que sofre, os agentes econômicos se instalam. E agem na extensão de comprimento da corda que vai sufoca-lo. Simulando ocupar esse lugar no interior do Estado, em verdade, estabelecem a ocupação do território em torno dele, sitiando-o, para impedir que laços de comunicação verdadeiramente política se façam entre ele e o povo que pretenderia representar.

O povo é mais uma concepção coletiva imaginária e nociva. Figura uma pretensa realidade, uma categoria negada por essa concepção de mundo. Constantemente ameaçado, atacado, observa, passivo, atônito e temeroso, esse proces-

so. Teme, cada vez mais, expor-se e se aproximar das estruturas ou instituições que antes reconhecia. Essas instituições podem preservar nomes antigos, a velha roupagem, mas são outras. Tornam-se agressivas e repudiam qualquer achegamento que não seja dos agentes econômicos e seus serviços.

Ocorre, contudo que esse cerco, figurando o que denomino de *estado de sítio*, e essas oligarquias, que se constituem em novos *corpos intermediários*, por meio de estruturas que criam, em torno do Estado, passam a ativar uma configuração diferente da sociedade, muito embora pretendam desfazer-se dela. É uma configuração econômica e social, de certo, mas é antipolítica, por natureza.

## 5. O REGIME DAS OLIGARQUIAS

Não gostaria, porém, que esses processos que aponto fossem vistos como tendências inafastáveis, destinos de uma história tida como destino. Na verdade, são expressões pretendidas e postas em ação por uma parcela da sociedade: suas oligarquias e os grupos que, dentro e fora do Estado, das instituições públicas e privadas, acreditam poder impor uma nova ordem ao sabor de seus próprios interesses ou daquelas pessoas e dos grupos a que servem.

Há visões de mundo diversas e plurais, assim como propostas de encaminhamento de mudanças em sentido diferente e contrário ao que compõem o conjunto de relações que denominamos de neoliberais.

Talvez seja para fundamentar as críticas que essas concepções possam fazer ao Neoliberalismo, e as propostas que venham a apresentar, a partir de uma perspectiva interna e externa ao funcionamento propriamente dito de Estados, que escrevo a presente contribuição.

Muito bem, é essa realidade que pretendo delinear no presente texto, empregando aquelas duas categorias, a do *estado de sítio* e a dos *corpos intermediários*. São categorias, acredito, que, de meu ponto de vista, explicam esse fenômeno e outros que se delineiam no entorno da transmutação da cosmovisão sobretudo política que vivenciamos.

Como sempre, todavia, não vou me contentar em fazer um diagnóstico, mas tentarei visualizar prognósticos, sim, mas sobretudo meios de resistência a esse avanço do antipolítico, do anti-humano, demonstrando como o povo se metamorfoseia e busca impor sua condição de existência, presença e pensamento, puxando a corda em outras direções e em outros sentidos, num conflito para dar concreção a desejos e constituir sentidos à experiência que se faz, na maior parte da história, de sofrimento. Esse sofrimento constitui um conjunto de paixões que, empregadas a partir de uma reflexão conjunta, que se desencadeia no curso

da observação de expressões culturais originais e dinâmicas, dão margem à criação de novos desenhos de mundo.

Para mim, trata-se, mais do que um embate entre *direita* e *esquerda* (expressões forjadas a partir de uma experiência bem circunscrita no tempo e no espaço), do antigo embate entre *oligarquia* (e os *regimes antijurídico-políticos* que lhe são correlatos) e a *democracia*, o *regime jurídico-político, constituinte e constitucional* por excelência.

Há várias maneiras de dizer esse embate, cuja consciência se inicia na própria Antiguidade de que é oriundo. Vai-se encontrar, contudo, em múltiplas sociedades, que vivem o drama de uma minoria querer dominar a maioria, concentrar bens materiais e imateriais em torno de si e exigir a submissão. Encontra-se, também, nas estruturas e mecanismos criados para preservar o poder das oligarquias, por um lado, e para controlar esse poder ou mesmo evitar que se instaure, por outro.<sup>11</sup>

No regime neoliberal, ele se apresenta nu e dotado de uma crueldade mais aguda, uma vez que o uso da linguagem, que, no regime ideológico criticado na teoria marxiana, por exemplo, ou nos discursos de registro religioso, mesmo jurídico-positivista, no vocabulário das sociologias e das várias doutrinas econômicas, vinha dissimulado, envolvido em vários modos de dizer circunloquiais. Dobras e desdobras, voltas e reviravoltas, cujo objetivo é invisibilizar o encontro dos diferentes e criar empecilho para que se perceba a desigualdade que guardam entre si.

Mas o Neoliberalismo é direto, não deseja mais estruturas de intermediação linguística, das quais, aliás, desdenha. Ele propõe um discurso *verdadeiro*, uma *absoluta veracidade*, que é a sua própria versão do mundo, isto é, a versão que é tida pelas oligarquias como seu abrigo para conhecer, enfrentar e derrotar a massa do povo. As oligarquias moldam formas e fórmulas extremamente simplificadoras da complexidade do mundo, estipulam arbitrariamente dicotomias, tomam partido do que seria a única verdade, a sua versão.

Para salvaguardar tais estruturas de comunicação simplistas é necessário, claro, um mecanismo de criação e difusão de mentiras, que serve para impedir que se analise e questione a versão imposta como verdadeira. Essas mentiras, então, voltam-se para desconstituir outras versões, certamente mais *verossímeis*, porque dotadas de capacidade de dúvida, de autoquestionamento, enfim, de conhecimento dos vários graus de incerteza de qualquer afirmação sobre o mun-

---

11 Ver ATTÍE, Alfredo. Direito Constitucional e Direitos Constitucionais Comparados. São Paulo: Tirant, 2023; ATTÍE, Alfredo. Brasil em Tempo Acelerado: Política e Direito. São Paulo: Tirant, 2021; ATTÍE, Alfredo. Towards International Law of Democracy. Valencia: Tirant, 2022; ATTÍE Jr, Alfredo. A Reconstrução do Direito: Existência, Liberdade, Diversidade. Porto Alegre: Fabris, 2003.

do; com certeza mais *prováveis*, uma vez que conscientes da necessidade de fazer acompanhar toda afirmação sobre o mundo de uma demonstração convincente.

Em torno daquela pretensão de veracidade das versões oligárquicas, da falsidade dessa pretensão e das mentiras que as salvaguardam, formam-se agrupamentos, que se interpõem entre o mundo e o olhar das pessoas e das sociedades. Esses são os grupos que vão assumir o papel que cabia, no Antigo Regime, aos corpos intermediários. Obstáculos, marcas, linhas de demarcação de territórios reais e imaginários que se fixam na realidade do mundo, armadilhas para o percurso do olhar, simulações de realidades, simulacros, lugares proibidos, esotéricos, falsamente acessíveis apenas a iniciados, atribuídos a privilegiados detentores do saber transparente de todos os dados. São salvaguardas que criam ignorância e medo em torno das verdades postuladas, que dizem ocultar.

O Neoliberalismo, enfim, é uma doutrina e uma prática econômica, que pretende tomar conta do discurso social e da sociedade, do discurso jurídico e das instituições e normas, do discurso público e do espaço/tempo da política.

Por isso, fingindo adaptar ou modernizar a doutrina liberal, ele a subverte, ao falar em supressão (ou redução) da intervenção do Estado, retirada de regras das relações econômicas, “fim do Estado”, por meio da privatização dos serviços e dos bens públicos, por meio do “equilíbrio” das contas públicas, isto é, diminuição da capacidade de o Estado realizar políticas públicas e investir na diminuição das desigualdades, cerceamento da capacidade de decisão do Estado, por meio da criação de agências de gestão e “regulação” de mercados. O Estado deixa de ter poder para passar a exercer uma atividade meramente administrativa das decisões e dos recursos que permanecem na esfera privada, concentrados nas mãos de grandes empresas, grandes redes corporativas. O Estado passa a ser apenas o “legitimador” dos investimentos privados, em verdade o *fiador dos vícios privados*, travestidos de *benefícios públicos*.

Essa aliança das oligarquias e a postulação de passarem, por suas empresas, a tomar conta dos espaços, dos serviços e dos bens públicos, mesmo aqueles considerados essenciais pela antiga visão liberal, abandonando a sociedade ao deus-dará, retirando proteções sociais, mesmo aquelas que importavam ao liberalismo, como as regras e garantias dos contratos de trabalho, além daquelas trazidas pelo Estado de Bem-Estar, como as vinculadas a direitos sociais, culturais e ambientais, vão tornando o Estado desnecessário, desfazendo os liames de sua representação política legítima.

## 6. O ORÇAMENTO

Não é à toa que o orçamento público se descaracteriza. Ele deixa de ter seu fundamento universal e integrador, de planejamento, decisão e gestão de receita

e despesa pública, para ser objeto de apropriação por interesses fragmentários, de várias ordens, representados por parlamentares, que estabelecem uma vinculação individual ou social desligada da legitimidade da representação. Desaparece o projeto constitucional para dar lugar a uma barganha ou leilão de prioridades individualizadas, julgadas segundo critérios isolados, afastados do debate público.

Chamou minha atenção, recentemente, um programa implementado por Deputada Federal – não sei se outros parlamentares também empreendem algo semelhante – relativo a obter sugestões, em resposta a edital elaborado por seu gabinete, de emendas para utilização de verbas do orçamento público, mediante a apresentação de projetos de interesse local. Em seguida a sua apresentação, os projetos seriam postos em uma plataforma e submetidos a votação por pessoas interessadas.

Ao que tudo indica, seria um meio – não exclusivo, tudo indica - para apresentação de emendas ao orçamento público, elaborado, segundo determinação constitucional, pelo Poder Executivo, para a distribuição de verbas segundo critério que a parlamentar acredita ser popular, amealhando apoio para o exercício de seu mandato.

Na realidade, porém, trata-se de um artifício, mais um capítulo no processo bastante problemático, do ponto de vista político e jurídico – saliento essas suas perspectivas, para me contrapor ao senso comum das notícias, comentários e análises (de mídia e especialistas), que se propõem a desvendar os aspectos econômicos e pretensamente sociais - do conflito que se estabelece, mais uma vez, em nossa história, em torno da elaboração e da efetivação do orçamento público.

O conflito atual mostra-se um enorme retrocesso na história política brasileira. Principalmente se levarmos em consideração que o Brasil foi responsável pela proposta e implementação de uma das mais significativas contribuições à democratização da configuração da Administração pública, por meio do “*Orçamento Participativo*.”

Quero dizer, com isso, que o Brasil abandonou o processo de constituição de uma forma de participação política, que pensava o orçamento como um bem efetivamente público (quer dizer, pertencente ao povo), e sua elaboração e implementação como um procedimento de construção também pública. Portanto, um modo qualificado e legítimo de participação efetiva no exercício do poder político, e, sobretudo, de compartilhamento democrático da informação a respeito de como seria formada e distribuída a verba pública.

Essa verba, considerada, no discurso usual, como recurso estatal para a realização dos deveres públicos e das políticas públicas, determinados pela Constituição Federal, seria vista como aquilo que efetivamente é ou deveria ser: a contribuição de cidadãos e cidadãs, e a correspondente retribuição a cidadãos e

cidadãos, em esforço comum para constituir e manter o espaço e o tempo públicos, isto é, para formar e aperfeiçoar a sociedade política.

Pensado desse outro modo, o orçamento torna-se inclusivo o integral. É uma peça unitária e universal de construção democrática, que indica a inclusão e a integração da própria sociedade em torno dos objetivos e valores (direitos e deveres) postos por essa mesma sociedade na Constituição.

“Integral,” “inclusivo,” *inclusão* e “integração” são os termos chaves, aqui. Indicam que a política é o resultado da participação íntegra e plena cidadã. O orçamento exclusivo e desintegrado nega a política, porque se torna uma mera peça administrativa, destituída de legitimidade (jurídico-política) e distante de sua compreensão constitucional.

Sem participação, isto é, inclusão e integração, não há verdadeiramente política.

O orçamento público – aliás, como tudo que é público – é, ao mesmo tempo, o processo e o instrumento de exercício do poder público democrático, o poder em atuação, atualização, efetivação, numa palavra, o poder ativo ou a política em ação.

Se é assim, segundo concebo, que devem ser postas as definições e questões, como explicar o conflito que hoje se desenvolve em torno do orçamento? O desaparecimento de seu caráter público (ao ponto de ser considerado “secreto,” em suas emendas)? Sua perda de integridade, na forma de um esfacelamento? Seu aprisionamento por assim chamadas “*emendas parlamentares*,” na verdade remendos que apontam intenções diversas, pretensamente coletivas e locais, mas que negam o caráter inclusivo e integral que caracterizaria o interesse público? Sua utilização como instrumento de troca de apoio ou de sanção de contraposição, em relação ao exercício das atribuições estabelecidas pela Constituição para os chamados Poderes da República, sobretudo do Executivo? E a judicialização desse conflito, a partir de uma demanda de perfeita visibilidade (ou seja, seu caráter de conhecimento público exigido pela mesma Constituição)?

## **7. LIBERALISMO E NAÇÃO. NEOLIBERALISMO COMO REGIME ANTIPOLÍTICO**

Desde o início de sua adoção como (anti-) política de determinados governos, que passaram a atuar para destituir os Estados de sua capacidade, precisamente, de governação, o neoliberalismo teve como resultado o incremento da concentração de riquezas nas mãos de poucos e a difusão ilimitada da pobreza, levando ao colapso dos sistemas de proteção e ao ápice da diferença entre ricos e pobres.

O dinheiro dos poucos privilegiados passou a servir para a reprodução ideológica desse sistema – que exacerba, no âmbito internacional, o *apartheid* social, comprando equipamentos e criando modos de educação, formação e informação cada vez mais acessíveis a uma parcela decrescente e privilegiada da população mundial. O neoliberalismo institucionalizou o racismo como razão de Estado, impondo segregação e impedindo o movimento natural dos povos em busca de melhores condições de vida.

Fez crescer a miserabilidade e a vulnerabilidade, subtraindo, desvirtuando e privatizando mecanismos de educação, de informação, de acesso a, e de expressão da cultura, de justiça, de saúde, de segurança etc.

Quanto à segurança e à justiça, por exemplo, foram postas à disposição da proteção do patrimônio em detrimento da cidadania: proteção dos que têm contra os que não têm. A insegurança da maior parte do povo e a injustiça a que é submetida, no cotidiano, crescentes, geram o campo fértil para vários tipos de discurso antipolítico: o medo, o ódio, a falsa crença, o dogmatismo, o autoritário, o totalitário.

O conjunto dessas miserabilidades e vulnerabilidades levam ao desfazimento dos liames entre as pessoas e os grupos que formam. Desaparecendo os mecanismos de proteção estatal, estabelece-se um embate na sociedade, no limite, uma guerra civil, que somente pode ser mediada e resolvida pela violência. Violência que é objeto de pregação pelos novos donos da riqueza e dos privilégios, através de seus lacaios, travestidos de representantes, ou mesmo postos diretamente no comando dos Estados, como remédio para a solução de todos os problemas. A força substitui, uma vez mais, o poder.

Essas características fazem do Neoliberalismo um *sistema antipolítico*. Seu modo de ser e de agir se dá no sentido de fazer o estado abdicar de seu poder e passar a adotar a força contra os povos, defendendo as minorias que dele vão tomando conta.

Contudo, além disso, o *regime neoliberal* se faz um *antijurídico e anticonstitucional*, porque afronta tanto a *trama internacional dos direitos* quanto o *quebra-cabeça das Constituições*.

Essa ordem integrada de direito internacional e Constituições estipula valores e regras precisos, no sentido de proteger e obrigar à adoção de estruturas de representação legítima, de promover a submissão ao regime das leis (*rule-of-law*) e de preservar e garantir direitos. Está assentada na tríade democracia/império do direito/direitos humanos.

O Neoliberalismo prega a extinção da democracia e dos direitos humanos e a desobediência do direito, personificando o antípoda da trama jurídica internacional e constitucional.

Para enxergar e compreender os mecanismos que emprega nesse enfrentamento, é preciso retomar a análise da construção da soberania, agora, a partir de um ponto de vista mais vinculado ao chamado *liberalismo político*, a outra face da moeda do *liberalismo econômico*.

Pensando exclusivamente no ambiente europeu,<sup>12</sup> pode-se considerar que a *Constituição Francesa de 1791*, dando curso ao estabelecido pela *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789* – dois documentos advindos do mesmo impulso transformador (mas não, propriamente, revolucionário),<sup>13</sup> que fez transmutar a original convocação dos *Estados-Gerais*, figura típica do Antigo Regime, para a experiência de uma *Assemblée*, dotada de poder de representação e constituinte –, teria fundado a ideia da soberania *nacional*, isto é, pertencente à *nação* – não ao *povo*. Foi um artifício engenhoso, forjado a partir de duas fontes principais. A primeira, consistente na concepção da ideia de *nação*, uma abstração, que serviu para afastar qualquer reivindicação de poder efetivamente popular ou democrático. A segunda, correspondente à concepção de *soberania*, tema, como vimos, caro no curso da construção teórico-pragmática do que hoje chamamos de Estado.

A *nação*, afirmou Emmanuel-Joseph Sieyès<sup>14</sup>, seria um conceito fundante da realidade político-jurídica. Na verdade, tratava-se de um dado ficcional, tomado como uma noção preestabelecida, sem história nem concreção física, que reuniria em sua matéria abstrata o conjunto não do povo, mas de características selecionadas ou mesmo inventadas, extraídas de uma composição de expressões consideradas relevantes para a criação de um modelo de organização coletiva e de condutas individuais. Essas características não seriam sensíveis nem visíveis, menos ainda apreensíveis, a não ser como artefato da razão, muito embora impassível de análise. Uma síntese racional formulada para fazer emergir, do conjunto dos *estados* (*états, status*), a figura do *terceiro-estado* (*tiers-état*). Essa figura, seria, em verdade, uma concepção original e integral da *nação*, ou, como dizia o Abade revolucionário, *une nation complète*, a integralidade da *nação*. Mais do que isso, o terceiro-estado é o *todo da nação*. Uma parcela que se confunde com a totalidade, uma vez que seria a única necessária. Ainda além, um todo que restaria *entravé et opprimé*, enquanto existir a outra parte, *l'ordre privilégié*. Suprimida a ordem privilegiada, não haveria perda, mas ganho, que faria o todo *libre et florissant*.

12 A experiência europeia tornou-se relevante em decorrência da imposição de suas doutrinas e práticas administrativas e constitucionais no curso da conversão, exploração e opressão decorrentes de sua colonização de outras partes e outros povos do Mundo, processo evidentemente eficiente, como resultado da violência que lhe era implícita, na busca incessante de destruir a especificidade de outras experiências e doutrinas. Ver ATTÍE Jr, Alfredo. *A Reconstrução do Direito: Existência, Liberdade, Diversidade*. Porto Alegre: Fabris, 2003.

13 Trabalho essa distinção entre pensamento e projeto revolucionários, por um lado, e constitucionalismo, por outro, em ATTÍE, Alfredo. *Direito Constitucional e Direitos Constitucionais Comparados*. São Paulo: Tirant, 2023.

14 No panfleto *Qu'est-ce que le Tiers-État?* que viria se tornar a obra inaugural do constitucionalismo contemporâneo europeu, com larga influência no mundo colonial, responsável pela inserção na teoria do direito constitucional da noção de *poder constituinte*.

Uma matemática estranha e engenhosa, que faz da parte o todo, porque essencial, necessária, e faz o todo crescer pela supressão da parte que se torna um peso morto para a nação, e, com seu perecimento ou extinção, torna mais robusta a parte necessária, fortalece-a ao libertá-la do jugo dos privilégios, permitindo que se desenvolva, em benefício do todo, que é seu verdadeiro significado.

Esse estado não corresponderia a nenhuma *classe*, no sentido econômico-social do termo, sequer poderia ser assimilado às categorias de *burguesia* e *proletariado*, como já se quis fazer, na busca de acomodar a complexidade, a diversidade e a riqueza das práticas e dos discursos expressos no processo revolucionário, ao modelo de uma historiografia refugiada em jargões. Sieyès fala da maioria da sociedade, que estaria presente em todos os estados, não sendo atributo exclusivo de um ou outro. O termo *maioria*, portanto, significa mais do que quantidade, qualidade. O terceiro-estado é a nação toda porque ele guarda aquilo que é mais autêntico à nação, o que ela tem de melhor e que a define. Essa autenticidade estaria entravada e oprimida. Caberia à assembleia constituinte fazer-se efetivamente representativa, permitindo florescer a liberdade do todo. A nação não está em um lugar nem em uma coletividade determinados. É o todo integral. Seus caracteres se difundem em meio ao conjunto concreto dos estados.

A *soberania da nação* é então, a partir dessa contribuição prático-doutrinária fundamental, enxertada na Constituição de 1791, no artigo primeiro do título terceiro, e na Declaração dos Direitos, em seu artigo terceiro. A fórmula da Declaração indica o caráter nacional da soberania, mas por meio de um circunlóquio bastante significativo. Não se afirma que a soberania pertence à nação, mas que seu (isto é, *de toute souveraineté*) princípio “*réside essentiellement dans la nation*”. Dessa nação *emana* toda a *autoridade*, impedindo que quaisquer *corpos* e *indivíduos* a exerçam.

*Corps* e *Individu*, isto é, nada se interpõe entre *nation* e *souveraineté*. Nada pode intermediar a relação (assim, direta) entre a nação e a soberania. Na expressão constitucional, isso fica ainda mais explícito. Diz-se, ao referir o tema dos *poderes públicos*, que a soberania é *una, indivisível e imprescritível, pertence* à nação, não podendo ser exercida por nenhuma *section du peuple*, nem qualquer *individu*.

A Declaração e a Constituição põem-se contra a fragmentação do poder público e contra a interposição de agentes mediadores, intermediários na construção inovadora de uma relação direta entre a nação e a sua soberania, que é *una, indivisível* e não perece, isto é, é eterna (não prescreve jamais) e não pode ser assim contestada nem extinta (mesmo que não seja exercida por essa nação).

O alvo dessa interdição são os chamados *corpos intermediários*, de que eram melhor exemplo os *estados sociais* ou *ordens sociais*. Precipuamente, aqueles dotados de um estatuto próprio, derogatório do estatuto geral ou universal, posto

pela constituição de uma sociedade verdadeiramente político-jurídica. Esses estatutos particulares ou privados, naturais no sistema do Antigo Regime, no qual o príncipe se relaciona com a sociedade por intermédio de, e controlado por determinados grupos coletivos, que possuem um estatuto ou regime próprio, na forma de *privilégios*. Esses privilégios não tinham o sentido que tomarão após a instalação da ordem revolucionária, sobretudo após a Lei Chapelier, de quatorze de junho de 1791, que fez extinguir as corporações. O sistema ou regime *Ancien* era *corporativo* por definição. A sociedade é compreendida como composta de várias ordens hierárquicas, não havendo como conceber indivíduos separados das coletividades a que pertenciam e das quais recebiam seu quinhão de presença social, seu privilégio. Não há direitos, portanto, sequer universais. Há estatutos próprios, que fixam condições de existência. O privilégio é apenas o regime a que coletividades e seus membros se submetem, num sistema de múltiplas hierarquias. Tratava-se de um desenvolvimento medieval das antigas noções romanas de *status*. Noções submetidas a uma interpretação derivada de uma cosmovisão vinculada à *violência dos reinados, soberanias, hierarquias, atribuições, submissões e servidões* - numa palavra, um *sistema complexo de estratificações* -, de uma era de *intensa conflituosidade*, sobretudo *territorial*.

## 8. DOS CORPOS INTERMEDIÁRIOS À NAÇÃO: REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

Os corpos intermediários serão, então, considerados pela Constituição e pela Declaração como nocentes, pois alçam determinados estados e determinados indivíduos acima de todos os outros. A Constituição faz abolir essas cartas particulares de minorias, que as tornam poderosas em detrimento da maioria (o *Tiers-État*), que é a parte que realmente conta e que deve assumir seu papel e receber o lugar que merece na nova ordem constitucional. Essa abolição dos *corpos intermediários* é condição necessária tanto da soberania quanto da igualdade universal perante a lei. Qualquer estrutura social que se deseje representativa de uma categoria da sociedade - como, por exemplo, as corporações de ofício, a igreja, os clubes etc. -, precisa desaparecer, porque a soberania deve atuar sobre a sociedade sem que obstáculos se lhe antepõem. A relação entre a soberania e a sociedade é de transparência. Nenhuma parte da sociedade pode reivindicar o exercício da soberania, não há como dividir a soberania entre grupos e indivíduos. A sociedade é um só corpo, a nação, sua alma, e a soberania, a energia que põe em atuação as relações desse todo, que é um só.

Claro que tudo isso não passa de ficção que, para existir, depende de um aparato jurídico-político posto à disposição desde a Antiguidade, na qual se buscavam os modelos de organização e de exercício do poder para forjar instituições que, em realidade, não são novas, mas assumem a aparência de novidade. O que

lhes confere o caráter da invenção, da criação, da diferença é o mecanismo que lhes dá vida. Esse efetivamente novo mecanismo é a *representação*.

E é um grande e grave paradoxo que essa ordem da soberania nacional uma e indivisível, que abomina corpos de intermediação, venha a ter a garantia de sua existência na instituição da *representação*.<sup>15</sup> Esse paradoxo era explicitado pelos artigos segundo, terceiro, quarto e quinto do mesmo título terceiro constitucional.

Enuncia-se que a nação não pode exercer o poder ou os poderes emanados por ela, exclusivamente. Portanto, a Constituição torna-se representativa, sendo os representantes o Corpo legislativo e o rei, aos quais pertence o Poder legislativo: representantes eleitos livremente pelo povo, temporários, com assento na Assembleia nacional, e o rei, que complementa a atividade de legislar por meio da sanção. O Poder judiciário é delegado a juízes, eleitos no momento oportuno pelo povo. Finalmente, o Poder executivo é delegado ao rei, que o exerce por meio de ministros e outros funcionários responsáveis.

Diferentemente do que postulava Jean-Jacques Rousseau, a soberania, posta como uma e indivisível, impassível de representação, fragmentava-se em determinados Poderes, para que se efetivasse seu papel. Da nação emanavam esses Poderes, mas ela não tinha condições de os exercer, fazendo-os objeto de delegação a três Corpos, portanto, intermediários, negando as proibições da própria Constituição e da declaração. Desses Corpos, dois se caracterizariam, ao menos parcialmente, por um processo de legitimação por eleição do povo: a assembleia nacional e o corpo de juízes. Assim, a totalidade do judiciário seria eleita, enquanto o legislativo resultaria da eleição de representantes conjugado ao do rei, ao qual caberia a titularidade, mas não o exercício do executivo, efetivado por ministros e agentes públicos, também não eleitos.

Aqui, bem assim, inicia-se a história da incompletude do projeto da soberania, que deveria constituir uma relação imediata com o povo, mas que sofre o primeiro desvio por meio da abstração da figura do povo na ideia de nação. Em seguida, um novo desvio, mediante a incapacidade de exercício soberano, que passa a ser fragmentado e delegado a Poderes públicos. Quer dizer que a soberania deixa de ser um poder para se tornar mera capacidade. O termo poder é reservado apenas ao exercício dessa soberania, não pela nação, muito menos pelo povo, mas por representantes. A seguir, o desvio da representação, da delegação do exercício dos próprios Poderes a um conjunto de agentes. Finalmente, o desvio consubstanciado no fato de não haver sequer a necessidade de legitimação da plenitude desses agentes: no legislativo, apenas a Assembleia nacional é composta por pessoas eleitas, nele intervindo, contudo, o rei, agente tradicional, sequer

---

15 AITTIÉ Jr. Alfredo. A Reconstrução do Direito Existência, Liberdade, Diversidade. Porto Alegre: Fabris, 2003.

parte da nação. Esse rei, exterior à ideia nacional posta nos documentos constitucionais, ainda encarnará o Poder executivo, delegando seu exercício, porém - mais um desvio -, a ministros e agentes, que igualmente não passam pelo crivo da representação, pois são escolhidos pelo rei.

A soberania, em conclusão, passa a ser mera capacidade, não chega a se constituir em poder. É uma palavra, uma ideia abstrata, da qual emana o Poder. Não é uma nem indivisível. Esfacela-se e dá margem ao exercício efetivo por corpos intermediários públicos: assembleia nacional, rei, ministros e agentes, juízes.

## **9. SOBREVIVÊNCIA DOS CORPOS INTERMEDIÁRIOS E O SÍTIO EM TORNO DO ESTADO**

Esse é o campo institucional que vai embasar o projeto republicano pós-revolucionário, fixadas as estruturas que permitem que o Estado desenvolva suas funções, visando sua própria grandeza e à da nação que representa, perante as demais. Ele concede um espaço de sobrevivência aos corpos intermediários sim. Mas eles não são mais os corpos intermediários do Antigo Regime. Não são aqueles corpos sociais, dotados de estatuto próprio e derogatório do estatal. Esses novos corpos estão inseridos na ordem constitucional e funcionam como mecanismo de exercício do poder estatal. Não são criados pelo campo social, mas pelo político. Na evolução do constitucionalismo, vão se tornar os poderes afetos a instâncias de representação estatal, como estabeleceu, de modo pioneiro, nessa tradição, a Constituição Americana, em 1787. Esse documento tirou o caráter abstrato ou meramente funcional do embate das potências legislativa, executiva e judiciária, para localiza-las, incumbi-las a órgãos ou corpos determinados. Hoje, quando falamos nessas funções, queremos referir determinados órgãos concretos. O legislativo é um Parlamento ou Congresso; o Executivo, o Presidente ou o Primeiro-Ministro; o Judiciário, um Tribunal ou vários Tribunais.

Muito bem, é essa forma de organização que se encontra em crise. Ela foi descaracterizada pelo advento do novo regime econômico-social, que se fez implantar na organização estatal, assumindo o lugar do político propriamente.

As Constituições, em geral, como faz a nossa, ainda falam da tripartição de poderes, afirmando que todo o poder pertenceria ao povo, que delegaria seu exercício a representantes eleitos. Ainda dizem que a legitimidade seria alcançada por meio da realização de eleições periódicas. A realidade, contudo, do exercício desse poder, desses poderes, é bem diversa.

Essa realidade aponta para uma restauração da intermediação corporativa, cujos agentes prescindem dos mecanismos de legitimação representativa. Prescindem mesmo da ideia de representação.

É fácil perceber, inserida na tradição constitucional, por exemplo, a excepcionalidade das profissões e funções jurídicas públicas, que estão dissociadas da representação. Exercem parcela da capacidade soberana, mas não são, na maioria dos países, eleitas. É algo que não passou despercebido, contudo, e já há, aqui e ali, propostas para a recomposição constitucional dessas profissões.<sup>16</sup> Contudo, não chega a pôr em xeque a ordem do liberalismo político, que já previa ou tolerava essa intervenção de atores não pertencentes à nação, como vimos, no exercício das tarefas de governação e controle. Tomando conta da formação dos profissionais do direito e do modo como ingressam nas funções públicas jurídicas, assegurando-se que não questionem a ordem de dominação estabelecida e sirvam como instrumento de sua efetivação, nos campos civil, administrativo e penal, o liberalismo não apenas tolera e respeita, mas, sobretudo, disciplina a maneira como o direito é interpretado e aplicado. No regime neoliberal, ainda, ele incentivará um desvio de interpretação e aplicação excepcional da lei, uma manobra requisitada quando as garantias se mostrarem obstáculo para alcançar objetivos diferentes do que aqueles planejados pela antiga elite liberal. O neoliberalismo incentivará, também, a constituição informal e formal de uma administração transfronteiriça de determinadas regras, desrespeitando qualquer resquício de soberania ainda pretendida pelo garantismo jurídico. Nessa concepção bastante atípica do direito e da justiça, a formação dos profissionais do direito se perde em uma rede de cursos de especialização elaborados nos países de jurisdição da *common-law*, voltados a habilitar profissionais aptos a defender o interesse de grandes corporações em todos os Países.<sup>17</sup>

## 10. O PODER JUDICIAL

Aqui, cabe breve parêntese para tentar explicar por que o Poder Judiciário tem sido alvo dos regimes autoritários em aliança com o Neoliberalismo.

Em primeiro lugar, evidentemente porque o Judiciário passou a compor a estrutura de poder dos Estados, a partir da leitura que a Constituição Norte-Americana de 1787 empreendeu – abusivamente – da obra de Montesquieu.

Para o Magistrado de Bordeaux, o poder judicial não compunha a estrutura de Estado, mas era uma capacidade remanescente da sociedade. Ele não desejava uma estrutura permanente de julgamento, mas uma constelação de tribunais ou júris, para os quais seriam convocados os cidadãos, para exercerem, de modo temporário, a capacidade de compor conflitos.

16 Veja-se, recentemente, ATTÍE, Alfredo. “*Justiça para as Cidades*” in A Terra é Redonda, publicado em 28.06.2024, disponível em <https://aterraeredonda.com.br/justica-para-as-cidades/>; e ATTÍE, Alfredo “*México – a Reforma do Poder Judiciário*” in A Terra é Redonda, publicado em 28.10.2024, disponível em <https://aterraeredonda.com.br/mexico-a-reforma-do-poder-judiciario/>.

17 Ver ATTÍE, Alfredo. Brasil em Tempo Acelerado: Política e Direito. São Paulo: Tirant, 2021.

Os redatores da Constituição de 1787, porém, impuseram a ideia, bastante simplificadora, malgrado eficiente para o seu tempo, de uma tripartição de funções que se expressasse concretamente em instituições estatais: Presidência, Congresso Nacional e Suprema Corte.

Esse constitucionalismo original foi tomado por modelo para o restante do mundo, sem qualquer reparação crítica.

Na verdade, o problema que desejavam solver os constituintes era: como desenhar o Estado, oncedendo-lhe legitimidade e, sobretudo, estabilidade. Para a legitimidade, acordaram estruturas de representação direta e indireta. Para a estabilidade, trataram de afastar a possibilidade de o povo intervir diretamente no poder.

É interessante e engenhosa essa constituição estatal.

No que diz respeito ao Judiciário, a constelação de júris herdada da metrópole permaneceu, uma vez que os precedentes permaneceram atuais. Entretanto, conceberam um tribunal superior, devotado a dizer o que seria o direito em última instância. Um órgão federal, sem ligação democrática, que guardasse, sim, a validade e eficácia da Constituição, mas que servisse de mediador de poderes entre Presidência e Congresso, por um lado, e entre os Estados constituintes, por outro. A democracia não seria direta, mas mediada por instâncias estatais e federais, controladas ou fiscalizadas pelo Judiciário.

O trabalho do Justice Marshall, nesse sentido, será essencial, muito embora tenha-se exercido como decorrência lógica da armação institucional posta pela Constituição.

A Suprema Corte realizaria a mediação entre Executivo e Legislativo, seus membros sendo escolhidos por decisão desses Poderes. A Suprema Corte realizaria a mediação entre União e Estados, seus membros sendo escolhidos com a participação dos representantes desses Estados, reunidos no Senado.

Ao lado da estrutura herdada da colônia, dos juízes e júris estaduais, apareceria a justiça federal, com capacidade de derrogar o direito dos Estados, antigas colônias, bem como de ir construindo a prevalência de atuação da esfera federal de poder, sem os distúrbios, assim considerados porque indesejados pelos constituintes, da participação popular.

Esse desenho funcionou bem até o advento das grandes corporações, quando adaptações se fizeram necessárias. Esse desenho, hoje, está em xeque, novamente, exatamente pela pressão do regime neoliberal. Recusando o Estado como mediador do exercício do poder, as grandes corporações atacam precisamente o poder judicial, porque remanescente de uma ordem considerada ultrapassada e destinado a exercer uma função mediadora que seria exatamente de controle de

poder. O regime neoliberal tem repulsa pelo poder político, porque cheio de entraves relativos à representação legítima e de estruturas de controle.

O Judiciário passa a ser objeto de um cerco e de campanhas de difamação e destruição de sua capacidade de enfrentar essa hipertrofia do poder econômico.

Os Estados Unidos sofrem isso, mas inúmeros outros Países também. NO Brasil, o Judiciário está na berlinda, por ter buscado, mesmo que tardiamente, impedir a ascensão de fanáticos de extrema-direita, que tinham o projeto de se implantar no poder, por meio de mais um *coup d'État*. Em vários Países, os regimes autoritários visam a reformar o Judiciário, para impedir que tenha acesso a meios de tornar eficazes suas decisões.

Mais do que isso, ocorre que, no regime neoliberal, os corpos intermediários se inserirão de modo essencial nessas tarefas governamentais, de controle e de jurisdição, ao ponto de descaracterizar integralmente a vocação universal e representativa da Constituição.

## 11. AS AGÊNCIAS

A par do exemplo do *esfacelamento orçamentário*, que referi, há a questão fundamental das *agências*,<sup>18</sup> inseridas no âmbito das relações públicas a partir dos *processos de privatização de bens e serviços públicos*, sob a justificativa da *eficiência administrativa*,<sup>19</sup> e dos *Bancos Centrais*,<sup>20</sup> além de outras tantas instâncias de tomada de decisão, formulação de políticas públicas e resolução de conflitos, órgãos dotados de “autonomia”, cujos titulares exercem atividades que deveriam ser públicas, decidem sobre direitos, sobre obrigações e estabelecem e implementam políticas “públicas”, retirando dos Poderes tradicionais boa parte de suas atribuições e, mais grave, impedindo a atuação de governo e de controle por órgãos e pessoas dotadas de representação política.

Constituem um campo de sítio, em torno dos Poderes, interpondo-se em sua comunicação com o povo constituinte ou representado. São corpos intermediários cuja representatividade é setorial, ligados a estruturas de empreendimento e prestação de serviços pertencentes aos âmbitos econômico e social. São espelhos daqueles clubes, privados e exclusivos, cujos porta-vozes aparecem, de quando em quando, na mídia, graças ao trabalho das chamadas “assessorias de imprensa”

18 No Brasil, ver as leis 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.472, de 16 de julho de 1997, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.782, de 26 de janeiro de 1999, 9.961, de 28 de janeiro de 2000, 9.984, de 17 de julho de 2000, 9.986, de 18 de julho de 2000, 233, de 5 de junho de 2001, 11.182, de 27 de setembro de 2005, 10.180, de 6 de fevereiro de 2001; e 13.848, de 25 de junho de 2019, e a Medida Provisória 2.228-1, de 6 de setembro de 2001.

19 No Brasil, o momento de início de inserção das agências data de 1997, após o início precisamente, do processo de privatizações.

20 Lei Complementar nº 179/2021, no Brasil,

e “relações públicas”, para emitir opinião: a versão e a argumentação de interesses corporativos, privados, maquilada de interesse da nação.

As agências estabelecem ou obtêm um estatuto próprio que, à guisa de possibilitar a gestão e fiscalização de atividades por entes privados, acabam por impossibilitar a atuação dos poderes e órgãos de representação legítima universal.

São estratos (*status*), estruturas que visam a impedir o acesso e a comunicação entre representantes e representados legitimados – agora, ficticiamente, ou, no limite, falsamente – por escolhas populares viciadas pela imiscuição de mecanismos de deturpação de campanhas. Mecanismos derivados ou que constituem mesmo um dos modos do estado de sítio.

Entre povo e poder passam a resumir a comunicação no modelo dos “serviços de atendimento ao consumidor” (SAC): o povo consome e o Estado presta serviços terceirizados, por órgãos que os assumem, nas privatizações, ou usufruem de uma relação de parceria público-privada. As agências “reguladoras” passam a ser meros fios de ligação entre os agentes e interesses de mercados e representantes dos terceirizados – empresas ou corporações privadas.

As *estruturas dos corpos intermediários*, historicamente, correspondem a *castas* ou *estados*. Assim como ocorreu com a *relação de suseranias*, sucedida pela *relação de soberania*, igualmente o *Estado* tomou o lugar dos *estados*, *status*, que eram características de distinção conectadas às pessoas, originadas de sua inserção em determinados grupos, concebidos e conceituados jurídica e politicamente. Na Antiguidade, havia uma dinâmica de *status*, que concedia a cada pessoa um lugar na organização da vida privada e pública: *libertatis* (grau de liberdade), *ciuitatis* (pertencimento público, cidadania) e *familiae* (pertencimento doméstico, na estrutura hierárquica familiar, com pleno direito ou com direito dependente de outrem). Eram formas de conceder e compreender as capacidades jurídicas e seus limites. No prosseguimento da cultura romana, misturado a contribuições culturais de outros povos, sob a coordenação do pensamento e da prática religiosa (dos monoteísmos), durante a chamada Idade Média até a derrocada do Antigo regime, *estamentos*, que cercavam ou sitiavam as relações pessoais e o acesso ao domínio das coisas e das pessoas. Praticamente, *castas* ou *raças*, segmentando a sociedade e permitindo ou proibindo, restringindo ou ampliando acessos, mudanças, intercâmbios, mas preservando sempre uma hierarquia, uma aura que impedia (do ponto de vista normativo) as proximidades.

O *estado*, particípio do verno *estar*, indica estabilização, uma espécie de *fait accompli*, mais do que estável, imutável. É o termo que será posto para definir a sociedade (chamada equivocadamente, como vimos, de) política. Ele lhe concede um caráter acabado, completo, corroborando a autoridade que acompanha a alienação da força, que passa a deter com (quasi-) *monopólio*. O Estado, em sua

formação, subtrai e desloca para si as capacidades jurídico-políticas de pessoas e grupos, e as conserva, concebendo-as e concedendo-as como forma de delegação de seu próprio e definitivo *status*.

Quando a ordem neoliberal se instaura, ela faz o resgate dos estados, retirando o espírito do Estado e recompondo os corpos intermediários e seus privilégios, acentua o sistema de castas ou raças, destituindo a pretensão da universalidade. Esse novo sistema se utiliza do Estado, em um primeiro momento, se não de modo constante, para justificar uma nova hierarquia econômico-social: grupos, castas, raças que se põem como superiores, e que passam a deter o privilégio de viver no Estado, próximas ao Estado, usufruir de privilégios na relação com o Estado.

Paulatinamente, esses novos estados vão descartando o próprio Estado, retirando dele sua capacidade de competir com suas capacidades jurídico-políticas, derivadas de sua força econômico-social. Retomando seu aspecto de interposição entre a capacidade estatal e a societal, e a querem desempenhar com monopólio.

O que os impede de monopolizar a capacidade jurídico-política é, por um lado a permanência, mesmo em déficit, da capacidade do Estado, e, por outro, tanto a concorrência entre as várias oligarquias, permitindo, de tempos em tempos, consensos ou oligopolização da política, quanto a resistência de desejos e movimentos democráticos. Para evitar essa resistência e a aproximação entre povo e Estado, o estado de sítio completa a revivescência desses corpos intermediários.

O *estado de sítio* contemporâneo vai se caracterizar, então, por

- a) intenção de restringir ou impedir pautas dos interesses e direitos legítimos democráticos;
- b) cerceamento do fluxo de comunicação e decisão;
- c) fixação de cerco permanente em torno do Estado, por meio de vários assentamentos de perturbação;
- d) violência dos discursos antidemocráticos - os ataques virtuais e reais e as ameaças, além da efetivação de disparos e ataques físicos ao povo e às instituições que resistem mais ou menos a essa porosidade com os grupos intermediários, aos três poderes e a suas praças de acesso;
- e) ruído como forma de manifestação no cotidiano da antipolítica;
- f) sítio das mídias sociais: redes (anti-)sociais versus acesso à informação por mídias verdadeiramente vocacionadas ao trabalho de imprensa; influenciadores versus representantes legítimos; seguidores versus cidadania;
- g) cerco das *fake news*;

- h) esfacelamento das estruturas de comunicação real e de obtenção de informação garantida, além da captura das mídias tradicionais por grupos e interesses corporativos;
- i) usurpação e corrupção do discurso democrático; e assédio e tomada das instituições, que, paradoxalmente, atacam;
- j) distúrbios que disseminam o medo e visam a disciplinar e encaminhar as reivindicações para o uso da força, das forças de segurança contra si, isto é, o próprio povo – com o agravamento, no Brasil, em decorrência da militarização e das estruturas tradicionais e permanentes de segurança, destinadas a defender o patrimônio dos que tudo têm contra os que nada possuem: um Estado que sempre se põs contra o povo, que é constantemente lançado à periferia e discriminado;
- k) imposição de temas que praticamente exigem conhecimento esotérico, de iniciados, técnico: a mistificação e mitificação da ciência correspondente à desvalorização da verdade do método da ciência e do processo de educação e de constituição científica;
- l) orçamento demarcado e inacessível às políticas públicas sociais e constitucionais;
- m) usurpação das agências do povo por mecanismos de delimitação de temas e setorialização de reivindicações, impedindo a visão da complementariedade advinda da transversalidade;
- n) império do virtual: *sites* (*sítios*) como negação e substituição do espaço público: redes antissociais, privadas e o comércio dos corpos e dos dados;
- o) digital como meio;
- p) jurídico como agência;
- q) economia como único discurso competente, subvertendo mesmo as próprias tentativas (de correntes) da ciência econômica de imporem limites e *caveat* a suas afirmações;
- r) constantes disparos contra o saber, sua difusão e debate e os modos de informação, formação e comunicação;
- s) desafio permanente de meios técnicos à concretização da presença;
- t) a prevalência dos modos de (anti-)comunicação virtual, inclusive em atividades, mesmo públicas - como a justiça -, que solapa a capacidade de desenhar e constituir empatia e compaixão com os dramas e o sofrimento, de se indignar contra os atentados à dignidade humana e da natureza: o desdém e a apatia com a dor alheia e a violência;

- u) a revivescência das ordens: religião e riqueza;
- v) a ameaça, a guerra, o extermínio como maneiras de ser de um *performance governamental estataliforme*, que corresponde à falsificação do Estado, que fala por, e se serve de, e visa a enriquecer as mídias privadas e a indústria bélica. como modo de atuação e discurso pretensamente remetendo a formas tradicionais de atuação do Estado e das sociedades políticas, em geral;
- w) a governação como administração desintegradora e interessada;
- x) a constituição de vários campos e grupos em estado de ilicitude, em cumplicidade com, ou com porosidade em relação aos aparatos estatais: corporações de força econômica, social, militar;
- y) o cerco às instituições judiciais e judicialiformes.

São algumas das várias facetas desse fenômeno que conjuga estado de sítio e corporativismo. O que se pode observar é que o cerco se faz por meio de estruturas e processos de ordem material e imaterial, que visam não apenas a dificultar as conexões e a comunicação, mas igualmente a visão e a percepção das próprias relações.

Estabelecem o contorno da atuação das oligarquias e de implementação e exercício do autoritarismo contemporâneo, que se difunde no espaço/tempo que configura o Estado e a sociedade. Ameaçam e se põem frontalmente contra o regime democrático e põem em risco o processo que vivemos de sua ampliação e enriquecimento. Um fenômeno que, particularmente no Brasil, está logrando minar a relação de representatividade e legitimidade do exercício do poder democrático por seu governo.

## **12. O ESTADO DE SÍTIO. TEOCRACIA/TEOECONOMIA; AGRONEJO/ COLONIALISMO**

A estrutura e o sistema jurídico-políticos contemporâneos experimentam mais essa crise, em conclusão.

Essa crise pode ser compreendida de vários modos, assim como explicada de várias maneiras. De modo geral, há um debate acerca do que se tem denominado de esfera pública, entendida como essencial para a existência da democracia contemporânea. Essa esfera seria constituída não apenas de um espaço (real ou virtual) comum, no qual o debate sobre as questões públicas (ou as questões individuais e coletivas de interesse público) se desenvolve, mas igualmente como ambiente de exercício autônomo ou heterônomo de uma moralidade pública. Essa moralidade teria, em decorrência ou como resultado do processo do

constitucionalismo contemporâneo, ao se desprender da esfera meramente das convicções privadas, passado a ser compreendida como direito constitucional, tornando-se, portanto, uma instituição. O comportamento humano na esfera pública passou a ser constrangido por uma série de direitos e deveres, enunciados explicitamente nos documentos constitucionais. Esses documentos enunciariam por meio de uma linguagem pretensamente neutra, ou, pelo menos, imparcial, quer dizer, pronunciada ou proposta pelo todo, aspectos considerados indiscutíveis ou fundamentais da concepção de humanidade ou de condição humana, tendo, portanto, eficácia potencialmente universal. Essa visão de esfera pública corresponderia à reivindicação europeia de herdeira da civilização helênica, em processo contínuo de conversão dos demais povos, afetados pela cosmovisão considerada adequada ou superior da convivência humana, individual e plural.

Já fiz criticar essa cosmovisão e seu empreendimento histórico de dominação, opressão e exploração dos espaços, dos seres e dos povos do mundo, no processo de colonização.<sup>21</sup> Igualmente, critiquei as pretensões desse constitucionalismo e do direito constitucional que teria gerado.<sup>22</sup>

O que pretendi realizar até aqui, no presente artigo, foi apontar o aspecto bastante ficcional, pretensioso e ilusório dessa concepção de esfera pública, mediante uma crítica ao mesmo tempo histórica e teórico-pragmática. Mostrar como essa concepção é mesmo falaciosa, por virar os olhos para as dificuldades havidas no curso do estabelecimento do constitucionalismo a que recorre, como se se tratasse de um artefato perfeito, elaborado com as melhores intenções. Ainda, que essa esfera pública não passa da atualização dos processos constitucionais dos quais se considera herdeira, escondendo essa herança por meio de uma pretensa visão exterior do legado que assume. Legado do qual não se envergonha, muito embora ciente de suas raízes viciadas, e que procura apresentar de modo virtuoso e ideal. Em uma palavra, desejaria ter feito demonstrar como as reivindicações e os resultados desse constitucionalismo são responsáveis pela própria crise, que procuram definir sem abandonar os vícios que escondem.

Para tanto, salientei um aspecto que considero crucial dessa crise, em contexto de ataque à democracia, à equidade e de busca de refazer e impor o autoritarismo.

Acreditei ter podido explicar esse conflito e dado a resposta, ao menos parcial, às questões que abordei, assim como, de modo mais amplo e analítico, à compreensão desse fenômeno crítico contemporâneo, que envolve outras questões, numa análise do que chamei de estado de sítio, basicamente o cerco que

---

21 ATTÍE Jr, Alfredo. *A Reconstrução do Direito: Existência, Liberdade, Diversidade*. Porto Alegre: Fabris, 2003.

22 ATTÍE, Alfredo. *Direito Constitucional e Direitos Constitucionais Comparados*. São Paulo: Tirant, 2023.

se empreende ao espaço e ao tempo da política e de seu poder, por estruturas antipolíticas de força, que pretendem, não apenas no Brasil, mas globalmente, desvincular a experiência coletiva da democracia e da justiça, ou mesmo desfazer a constituição histórica do espaço e do tempo da política, por meio da *reprivatização dos modos e dos meios de relacionamento humano e natural*.

É essa análise que quis levar a cabo, brevemente, no presente artigo. Esse cerco em torno do espaço/tempo da política marca a cena de. nossa experiência comum contemporânea.

Tradicionalmente, o termo *estado de sítio* é empregado em situações de conflito e guerra. Ele instrumentalizou, juridicamente, em seguida à Revolução Francesa, o estado ou modo de fazer o combate denominado de *guerra de sítio*. Na transfiguração de uma situação de fato belicosa para uma regulação normativa, o movimento passou a ter contornos de legitimidade, mas não mais voltado para o a situação embate de defesa (externo). Não mais para um inimigo externo. O estado de sítio é uma *configuração jurídico-política de segurança*, voltado a proteger a organização estatal de um inimigo interno, que ameaça a existência do regime (republicano) e seu desenvolvimento. A questão está em saber quem é esse inimigo interno.

Foi nessa definição do inimigo interno que o constitucionalismo e o direito constitucional expuseram sua capacidade de subversão e perversidade, negadoras do impulso revolucionário que, propositalmente, apresentavam como inspirador e justificador dos institutos que criaram – após o aplacamento da energia revolucionária e, acredito ter conseguido demonstrar, contra as finalidades e desejos da revolução.

A *lei militar francesa de 10 de julho de 1791* estabelecia que haveria *três tipos de praça de guerra e postos militares*: os concernentes a *l'état de paix*, *l'état de guerre* e *l'état de siège*. Três estados de conflito diversos: *a paz, a guerra e o estado de sítio*. Isso significa que a *sociedade* passava a ser compreendida como um *processo permanente de conflito*, concebido como três modalidades de estado de guerra, para os quais se armam postos militares e praças de guerra, isto é, um constante *miliciamento*, um ânimo militante. Nessa militância pervasiva, mesmo o estado de paz era considerado como um modo de praça de guerra e de atuação militar. A par de seu estatuto civil, envolvia-o uma postura tipicamente guerreira (*anti-civil*, portanto, mas posta sob a justificativa de sua manutenção). Há uma tutela militar constante sobre o modo como a sociedade se comporta e dá ensejo a graus diversos de conflito. A paz é um período de guerra presente, latente: encoberto, subentendido. Essa guerra pode eclodir e dar ensejo a dois outros modos de conflito manifesto: a guerra, propriamente, pela disposição externa, portanto, defesa, e o sítio, que migra para o âmbito interno, no conflito relativo à segurança.

O inimigo externo é a força estrangeira. O interno, a própria cidadania, quer dizer, o povo, considerado em sua condição de permanente *aptidão para a ocupação definidora da política: democracia*. Essa aptidão é chamada de perturbação da ordem e objeto da atuação mais repressora das forças militares, que suprimem todo poder civil e assumem suas funções.

No estado de paz, é a polícia e todos os atos de poder civil emanados das autoridades e de outros funcionários civis, postos pela Constituição, que velarão pela manutenção das leis, a autoridade dos agentes militares podendo se estender sobre as perturbações e sobre outros assuntos, dependendo do serviço que prestem.

No estado de guerra, os funcionários civis não deixarão de cumprir suas funções de cuidar da ordem e da polícia interior, mas poderão ser requisitados pelo comando militar para desempenhar as funções que importem para a manutenção da segurança. Há uma combinação entre assembleia e rei, na decretação de quais praças estarão em estado de guerra.

Finalmente, no estado de sítio, toda autoridade dos funcionários civis para a manutenção da ordem e para a polícia interior passarão ao comendo militar, que as exercerá exclusivamente, sob sua responsabilidade pessoal.

O Estado de Sítio, voltado a combater as perturbações de ordem interna permaneceu “regulado” dessa forma vaga e ampla até 1849, quando, após muitas decisões da Corte de Cassação francesa, foi determinada uma melhor determinação de seu conteúdo e limitação mais precisa do âmbito de atuação militar.

Não é por outro motivo, em face da amplitude e indeterminação originais do estado de sítio, que os golpes buscam abrigo institucional em sua decretação, tentando dar moldura legal a um ato grave de violação jurídico-política.

Mas é sobretudo da concepção de que o estado de sítio (estado manifesto de guerra interna) é permanente, e que abarca de modo mais radical o estado de paz (seu estado latente), que a situação de risco à democracia e incremento autoritário tira sua energia.

Essa concepção está ligada à do renascimento dos corpos intermediários e instrumentaliza a persistente intenção, a ameaça e a tentativa constante que fazem de invadir o espaço/tempo jurídico-políticos.

A perigosa ideia de que a sociedade civil é pacífica e passiva seria uma ficção, posta pelo Neoliberalismo, não existe sem antecedentes, então. O estado de guerra permanente subverte a ideia de que a sociedade (anti-)política moderna, ou o Estado, teria sido fundada por um pacto de cessação da violência. A violência continua a circular no interior dessa sociedade, mas se concentra em alguns campos e nas mãos de alguns grupos. Contra o poder do Estado – que deteria,

na concepção consagrada por Max Weber, ou, mais precisamente, postularia o monopólio do exercício legítimo da violência - exercem uma força que permite a alguns ocuparem posições privilegiadas, impedindo o acesso da maioria a espaços materiais e imateriais, privando a sociedade de convivência. Esses exercem a força seja em razão de fatores econômicos ou sociais, seja em razão puramente de fazerem atuar a força que possuem, em geral determinada pela posse de armas e de outros mecanismos dinâmicos de infligir medo, empreender coerção.

O interessante é observar que essa ideia de que o conjunto das pessoas seria uma massa que não compõe coletividade nem sociedade, destituída de laços de identificação comum, precisou ser formulada por figuras que se utilizaram do Estado, e exerceram funções de comando no Estado, para que fossem introduzidas e difundidas de modo incisivo na prática e no pensamento contemporâneos. Margareth Thatcher, no Reino Unido e Ronald Reagan, nos Estados Unidos, utilizaram-se de seus papéis de líderes de Governo para dizer que o Estado era desnecessário, ineficiente e responsável pelos problemas da humanidade. Ao mesmo tempo, afirmaram que a sociedade civil não existia, só havendo indivíduos, que disputariam bens e valores materiais em busca da própria felicidade, em uma competição absoluta, que comporiam uma massa indiferenciada, jamais um povo habilitado a uma capacidade, oriunda de sua composição ou organização.

O Neoliberalismo, portanto, faz extinguir as ideias de uma sociedade unificada culturalmente, advinda da ficção liberal. Não há mais povo nem nação. O povo (por exemplo, nos Estados Unidos e na concepção de Rousseau) ou a nação (na visão, por exemplo, de Sieyès) encarnariam, segundo o desenho e o contexto retrospectivos que fundamentaram os desejos e os projetos revolucionários, assim como o traçado prospectivo do constitucionalismo e do processo constitucional pós- (e anti-) revolucionários, o ideal de uma sociedade unida por características imateriais, pretensamente tradicionais. Já para a concepção neoliberal essa ficção da tradição assume aspectos de fragmentação e diferença, com a existência e a justificação de grupos privilegiados, em detrimento de povos discriminados. Aqueles guardariam os valores do bem, enquanto esses, a ameaça de um mal inventado ao sabor das circunstâncias. Essa concepção neoliberal faz um pacto definitivo com o racismo e a escravização do trabalho, que a ordem liberal, por conveniência, afirmava combater.

Nessa sedimentação de uma tradição conveniente, o Neoliberalismo retoma a aliança com o discurso teo-crático e teo-econômico. Uma narrativa religiosa bastante inventiva e deturpadora dos próprios textos em que afirma se basear, vai justificar desigualdades sociais, pregar a subserviência a padrões hierárquicos de (anti-) socialidade, a atomização social e o exercício do poder como modo de perpetuação de uma organização doméstica opressora. Para isso, ele faz um novo pacto com as religiões monoteístas, concebidas de maneira às vezes fundamen-

talista, outras, hipócrita. Duas faces da mesma moeda, em que a religiosidade é desrespeitada e preconizada como forma de dominar ou de aceitar a dominação. Seu corolário é, como sempre, o moralismo falso por definição.

A par dessa falsa e manipulada religiosidade, a cultura é também desvirtuada, nesse processo de invasão virtual dos fundamentos de uma sociabilidade já fragilizada. Note-se, por exemplo, no Brasil, a difusão de uma maneira *agroneja* de expressão. O setor hegemônico agropecuário de produção e comércio exportador, chamado pretensiosamente de agroindustrial ou de agronegócio (preferencialmente pelo uso do termo *agrobusiness*) cria e financia uma cultura monótona e monocórdica de entretenimento, que reflete e copia fórmulas estereotipadas de comportamento de comunidades rurais norte-americanas: a cultura do *cowboy* estilizada, que descaracteriza vestuário, música e vocabulário, empobrecidos pela estandardização e reprodução exaustiva de temas de sentimentalismo, evidentemente falso, e de autoafirmação perante uma realidade inexistente. O *agrochic*, forma de *neo-nouveaurichisme*, complica a cópia da vida e da indumentária rancheiras, pelo acréscimo de símbolos de riqueza, na transformação do corpo pelos exagerados recursos estético e fisicultural.

A monocultura diz respeito à dizimação do espaço agrícola e pecuário, pelo avassalador predomínio do latifúndio e das extensas áreas de arrendamento, voltados à exploração e exaustão da terra, por limitadíssimo número e qualidade de grãos e animais, muitos mesmo exóticos – que se reproduzem na paisagem quase-urbana dos condomínios horizontais, em que o desenho arquitetônico também tem como tônica o “visto lá fora” e o desprezo pelas plantas e paisagens nativas. Essa monocultura que destrói a natureza e esgota a terra, que cria horizontes desconsolados, enfadonhos e desoladores, reproduz-se na cultura rural ressentida, que impõe a repetição insuportável dos mesmos sons, mesmos instrumentos, mesmos ritmos, mesmos passos, mesmas danças, mesmas imagens, mesmos ornamentos, mesmas palavras, mesmos gestos, enebriados por um psitacismo que quer convencer a si e a seus consumidores e consumidoras, embriagados pela imposição de uma felicidade fátua, da veracidade do que todos sabem ser pasteurizado, *kitsch*.

Esse setor agronejo, que repete, reproduz e aprofunda o movimento colonizador, domina a economia e a cultura do espaço do espetáculo e do tempo da performance. A cultura, nesse sentido ambíguo, empobrece-se e aliena-se. E se alia ao grande capital das empresas internacionais produtoras de insumos e de maquinário de grande porte, que torna agressivo os próprios atos ancestrais de arar, plantar e colher, ao lhes dar uma aparência de empreendimento industrial, na transformação simples – ornada de grande engenho – das usinas e dos grandes postos de armazenamento, empórios e portos. Ocupam o imaginário social, seu tempo e emperram sua mobilidade e sua capacidade de inovação verdadeira, a

partir da recriação, que seria desejável, dos aspectos mais autênticos dos modos de ser, de conviver e de fazer plurais. Essa classe dominante agroneja também invade o espaço do que se diz, notícia, importa e exporta. Ocupa a pauta do social, do político e do econômico. Onera orçamento e desequilibra a balança comercial, de ambos os lados, impedindo o curso de um processo desejado de desenvolvimento e de sustentabilidade. Fixa, na complementariedade da ideia de desenvolvimento, que se desenrola nos Países que importam o produto de menor valor agregado, o ciclo de subdesenvolvimento, de cujas consequências pretende se afastar, por seu padrão de consumo. Dois ciclos que se explicam, em sua oposição, e se complementam, em sua dependência.

A aliança desse setor dá-se, igualmente, com o financeiro. Num processo cada vez mais desigual de acumulação de riqueza e, na outra ponta, empobrecimento da imensa maioria. A colonização, agora, é perversiva. O desapossamento e a destruição natural adquirem uma lógica perversa de fábrica, em que setores formais e empresariais, ou informais e ilegais, de exploração individual ou coletiva – como na mineração, por exemplo – empreendem uma lógica de parceria. Continuam a se utilizar de financiamento e subsídios, ao mesmo tempo em que reclamam do Estado e de sua capacidade cada vez mais restrita de controle e fiscalização.

### **13. FRAGMENTAÇÃO DA SOBERANIA. O POVO PARA DENTRO E PARA FORA**

Estado e sociedade, no Brasil, estão separados por um grande fosso, cavado por um aparato anticonstitucional preparado a mil mãos.

É a essa ordem estratificada e de intensa disputa territorial, na qual a noção de *administração* prevalece sobre a de *constituição*,<sup>23</sup> que pertence a noção de *guerra de sítio*, da qual vai derivar o conceito e a instituição do *estado de sítio*. Como pretendi demonstrar, essa noção, que vai permear a experiência contemporânea política e jurídica, e que permanece viva nos chamados direito constitucional e constitucionalismo contemporâneos, está vinculada à também sobrevivência – e ressurgência com intensa força – dos corpos intermediários. Há uma relação instrumental recíproca e fundamental entre corpos intermediários e estado de sítio, que explica, de minha perspectiva, o drama constitucional e democrático que ora vivenciamos. Explica o fosso existente entre Estado e sociedade, a presença de inúmeros agentes ou agências intermediárias entre o Estado e o conjunto da cidadania, num cerco que impede a realização da constituição e restaura o

---

23 AITTIÉ, Alfredo. Brasil em Tempo Acelerado: Política e Direito. São Paulo: Tirant, 2021.

império do administrativo (e do econômico), em detrimento do jurídico (e do constitucional).

O autoritarismo ou a tirania contemporâneos decorrem da imposição cultural da ideia de que, para a massa, a coesão somente se impõe pela força, exercida por um líder carismático, que usurpa o espaço público e passa a agir em pretenso nome do povo, mas em representação direta de interesses de grupos econômicos, sociais e militares.

O esforço comum dos povos que ainda vivem e sonham a democracia e a capacidade que a existência política e jurídica possui de proporcionar o bem viver, a felicidade de que falavam os Antigos e reivindicava o espírito revolucionário dos Modernos é essencial, porque é o único caminho para desfazer as rodas do parafuso que tentam impor a supressão das liberdades pela implementação de novos autoritarismos.

Assim, a pergunta está em saber que (des)caminhos e ritmos estão postos a enfrentar esse movimento aparentemente avassalador da nova lógica oligárquica. Como sempre, esses espaços e tempos da discórdia cidadã, do levante ou sublevação, da ocupação ou dissensão e da liberdade,<sup>24</sup> estão postos na forma de agir e fazer dos povos, considerados em seu conjunto, portanto, não apenas na contraposição nacional, mas, sobretudo, internacional, aos regimes de dominação, opressão e exploração.

Não apenas resistência, mas, sobretudo, ação democrática.

Diante do sítio ou cerco que impede a relação povo-política, que formas podem observar para restabelecer e continuar a construção democrática, é o que passo a procurar estabelecer.

Cercado em seu próprio território, que não consegue mais administrar, o Estado se volta para fora. É como que empurrado para fora.

Cercado territorial e funcionalmente, o Estado busca brechas para reencontrar o seu povo.

Mas são o povo, internamente, e o conjunto dos povos, na sociedade internacional que, em primeiro lugar, serão os agentes virtuosos dessa tentativa de reconexão.

Nos dois casos, externo e interno, essa reconexão se dá pela ideia de povos ou nações, recuperando, de modo diverso e original, as abstrações que fundaram

---

24 ATTÍE, Alfredo. Direito Constitucional e Direitos Constitucionais Comparados. São Paulo: Tirant, 2023; ATTÍE, Alfredo. *“Liberdade, Dissensão, Sublevação: movimentos, sentimentos e versões da política e do direito”* in Solon, Ari et al. (coord.) *Múltiplos Olhares sobre o Direito: Homenagem aos 80 anos do Professor Emérito Celso Lafer*, volume I, São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 547-575.

a soberania moderna e o Neoliberalismo refutou, como complemento de sua negação da soberania.

O que é esse povo e o que significa essa nação na atualidade é preciso perquirir e resolver, para dar ao poder (*κρατία*) o real e atual contorno de sua atualidade e titularidade (*δῆμος*).

À análise que fiz anteriormente, a que remeto leitora e leitor, das características desse *povo para dentro* ou *para si*,<sup>25</sup> gostaria de acrescentar algumas observações breves, tendo em vista a contraposição do povo aos modos do estado de sítio e dos corpos intermediários.

Embora a fragmentação que define a concepção dos corpos intermediários encontre correlato na intensidade da diversidade – e reivindicações de identidade – do povo contemporâneo, parece-me evidente que forças centrípetas de coletividade de ação e de solidariedade, de busca de enraizamento ou de laços com ancestralidade, a par de união e mesmo de fusão cultural, contrapõem-se à forma como atua e postula a realidade o regime neoliberal.

Não há muito espaço para que me detenha no destrinchar dessas características, pelo que peço, uma vez mais, licença a quem acompanha minha reflexão, para referir outro trabalho em que esses temas encontram melhor explicitação.<sup>26</sup>

Mas há o movimento do *povo para fora*, a que corresponde a fuga dos modos de atuar dos governos, sitiados pelas estruturas neoliberais, no sentido das relações complementares internacionais, procurando uma aliança entre novos atores estatais e de empatia planetária das gentes.

Trata-se, antes de tudo, da possibilidade de restauração da antiga concepção do *ius gentium*, que comporia, com o *ius ciuile* e o *ius naturale*, a tríade definidora da situação cidadã no mundo da *ciuitas*. O *ius naturale* seria aquele que a natureza teria ensinado a todos os animais, que transcenderia, pois, o humano, numa composição universal da natureza. O *ius civile*, o direito relativo a normas escritas e costumes específicos a cada sociedade político-jurídica. O *ius gentium*, afinal, o direito comum a todos os povos.

Não se trata, bem assim, do direito internacional, na concepção moderna, mas, propriamente, aquele que é composto, em conjunto, pela contribuição das múltiplas nações e de seu impulso de cooperação civilizador. Não imposto, portanto, pelas tantas hegemonias mundiais, mas trabalhado em colaboração horizontal entre os vários povos.

25 ATTIÉ, Alfredo. Brasil em Tempo Acelerado: Política e Direito. São Paulo: Tirant, 2021.

26 ATTIÉ, Alfredo. África Constituinte. São Paulo: Tirant, 2025, no prelo.

Não corresponde aos esforços de construção da ordem internacional d(a chamada era d)os direitos, mas, como vislumbre, de uma nova *Era das Deveres e Obrigações*,<sup>27</sup> iniciada, a partir da década de 1970, pelos documentos internacionais de preocupação e de índole ambiental, bem como pelos documentos de preocupação coletiva e afirmativa da solidariedade, como a Declaração Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

Assim, é na aproximação entre os povos e entre os Países que preservam coalizões democráticas, como resultado dos jogos eleitorais, muito embora os riscos e problemas que falseiam e fragilizam o mecanismo da representação legítima. Países como o México, a Colômbia, o Uruguai, o Chile e o Brasil, nas Américas.

Esse abrigo externo, hospitalidade que fundamenta o jurídico.<sup>28</sup>

A democracia é na verdade, o regime da igualdade da presença no espaço/tempo pública e da palavra. Quem está presente? E quem busca impedir essa presença, fazendo do governo uma abstração distante?

Vimos como, na contemporaneidade da oligarquia neoliberal, se estabelece o distanciamento, a partir da recomposição original do estado de sítio e dos corpos intermediários.

Será que os povos espelham essa configuração, por meio de corpos intermediários que emanam de si e de estruturas de ocupação que minam o estado de guerra permanente?

Essa é a indagação fundamental, para atendermos qual é o par dialógico dessas práticas atuais e discursivas do sítio e da intermediação fragmentária.

A fragmentação ocorre, portanto, também, do lado do povo. Isso não apenas porque há uma dispersão de pautas, por um povo, que se vê, identifica-se, expressa-se e apresenta-se como muitos povos, com múltiplas raízes – que busca conhecer e recuperar, para moldar um discurso mais coerente e ativo, para construir reivindicações mais precisas, para além das estruturas do universalismo das declarações internacionais.

Fundamentalmente, há a procura por meio desses novos discursos de disputa do domínio da linguagem, que constitui novos espaços/tempos públicos, e essas novas práticas consagram novas formas de conceber e exercer o poder, ao dar concretude a seu elemento precisamente democrático: o *δημος* adquire contornos mais definidos, uma face mais realista.

27 ATTÍE, Alfredo. *Direito Constitucional e Direitos Constitucionais Comparados*. São Paulo: Tirant, 2023.

28 ATTÍE Jr, Alfredo. *A Reconstrução do Direito: Existência, Libertade, Diversidade*. Porto Alegre: Fabris, 2003.

Um dos aspectos decisivos é que os vários povos encontram no âmbito internacional novos fóruns de comunicação e deliberação, portanto, constituem novos espaços públicos de composição de direito, compondo novos deveres que serão aplicados, a partir de fora, do espaço internacional ou transnacional, aos Estados. São as normas *standards*, de origem na escritura do direito do comércio internacional, que serviam a impor um direito trasladado dos protagonistas dessa visão mercantil do mundo, mas que, agora, passam a ser formuladas por grupos sociais, como as organizações não-estatais (*non-government organizations*, NGO, ONG), ou por movimentos ou coletivos sociais, ainda por agentes individuais que se inserem, como observadores ou colaboradores nos organismos internacionais capazes de propor e mesmo impor novas normas para serem adotadas por países, membros ou não desses organismos. Aparecem sob o nome de novas e melhores práticas e se tornam normas jurídicas ou quase-jurídicas.

Por meio desses grupos, estabelecem-se, igualmente, espaços de formação, moldada pelo interesse em criar capacidades de formulação de práticas, normas e políticas, por meio da construção de projetos, apresentados a agentes nacionais ou internacionais de financiamento.

São novos paradigmas de participação e de legitimidade, sem a interferência da representação. E permitem que esse novo espaço/tempo da política e do direito forje uma concepção de paz diferente daquela preconizada pelos organismos internacionais criados após os conflitos internacionais do Século XX.

Por exemplo, a Organização das Nações Unidas punha como objetivo fundamental da ordem internacional o fim das guerras internacionais, as guerras entre Estados. Essa ordem nova pretendia, sobretudo, encerrar o modo de solução de conflitos por meio do uso de armas. Estava voltada, precipuamente, a findar o ciclo de embates entre as potências europeias.

Até recentemente, esse projeto foi eficaz, ao empreender dois movimentos: o primeiro de domesticar os conflitos, nos dois sentidos do termo “domesticar”, isto é, tornar disciplinadas e internalizar as guerras. O segundo, o de retirar as guerras do ambiente europeu, em particular, e do Norte Global, em geral, restringindo-as a conflitos internos dos Países fora dessa área. Retirar, portanto, o caráter político das guerras e torna-las particularizadas, na forma de embates religiosos, étnicos, etc. Nesse sentido, as guerras passaram a ser assunto doméstico e privado a regiões e Países. A ordem internacional não mais agia como agente da guerra, mas na forma da intervenção humanitária: intervenção como mecanismo do direito de guerra).

É importante observar que a Era dos Direitos não suprimiu o mecanismo da guerra, mas apenas o domesticou, estabelecendo regras para a sua consideração jurídica, no embate entre as partes envolvidas, e para a juridicidade da intervenção.

Muito bem, na *Era dos Deveres e Responsabilidades*, a paz passa a ter um sentido mais ativo. Não se trata mais e apenas da situação de supressão da violência explícita. Propõe-se uma paz que suprima todos os modos de violência, materiais e imateriais. Além disso, que haja uma postura ativa dos Estados e da sociedade internacional, no sentido de difusão cultural de uma *cultura da paz* que deixe de ser somente um estado de latência de conflitos (guerra e sítio, como acentuei).

A paz passa a ser uma forma de supressão absoluta da possibilidade de recurso à violência interna e internacional para solucionar conflitos, compreendidos como modos de expressão de divergências na convivência, e que determinam maneiras de atuação preventiva e restaurativa, de impedimento não propriamente de contraposições, consideradas naturais ao convívio social, mas de essas se tornarem sistêmicas ou estruturais. Uma cultura de constante escuta de reclamos e de abertura de canais de livre expressão e de responsividade ou responsabilidade no fornecimento de respostas e de meios de resolução dos problemas. Ou seja, fazer justiça e impedir a perpetuação e a multiplicação de injustiças em todos os ambientes.

Mais do que uma *paz positiva*, trata-se de uma *paz presente*, modo difuso de compreender a própria *sociedade política autêntica*, que dizer, a *democracia*.

À dissensão, a criação, construção e a ocupação do espaço/tempo da política correspondem a expressão da dissensão que passa a ter na própria política que define a maneira de sua solução, em eterno empreendimento de difusão e concentração da liberdade.

Em síntese, contra o estado de sítio, a ocupação democrática e a paz; contra os corpos intermediários, a expressão dos povos que compõem deveres e responsabilidades. A diversidade desses povos substitui a falsa universalidade, que era e ainda é uma imposição de modos de ser e fazer dos Estados e das oligarquias que se consideram hegemônicas - disfarçando o serem minorias sob o nome de povo ou nação ou de vanguardas elitistas. “Elitistas” não no sentido de serem escolhidas, mas no sentido de se auto escolherem.; “vanguardas” não no sentido de dotadas de capacidade de avanço e protagonismo, mas apenas como se pretendem denominar.

Dessa forma, a participação passa a paulatinamente ser recomposta e se tornar o modo de fazer política, com o reapossamento da legitimidade, antes pretendida apenas pela forma da representação.

É preciso, pois, recuperar também a ideia de legitimidade, que foi abandonada quando a ordem da dominação oligárquica quis dar a imagem de um mundo totalmente submetido a normas jurídicas, em que a solução das questões sociais se resumiria a um universo meramente garantista da *rule of law*, o império da lei. O direito, porém, vai além da ideia de lei e se perfaz não pela obediência

ou submissão, mas pelo fazer em conjunto, construir modos de convivência cada vez melhores e não se submeter a modelos preestabelecidos, impostos. O direito é autonomia e não heteronomia.

Como autonomia, o direito precisa da legitimidade. Não se diz só como lei. O direito, portanto, deriva da democracia.

São essas as anotações que apresento para a compreensão daquilo que, contrapondo-se ao movimento da dominação das novas oligarquias, constitui não uma nova democracia, mas o movimento constante de aperfeiçoamento do regime do povo.

## INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

ATTIÉ, Alfredo. “México – a Reforma do Poder Judiciário” in A Terra é Redonda, publicado em 28.10.2024, disponível em <https://aterraeredonda.com.br/mexico-a-reforma-do-poder-judiciario/>.

ATTIÉ, Alfredo: “Autoritarismos Neoliberais: o Estado de Sítio” in ACADEMIA PAULISTA DE DIREITO. Breves Artigos (org.), publicado em 22.03.2025., acesso em <https://apd.org.br/estado-de-sitio-e-autoritarismos-neoliberais-por-alfredo-attie/>

ATTIÉ, Alfredo. “Justiça para as Cidades” in A Terra é Redonda, publicado em 28.06.2024, disponível em <https://aterraeredonda.com.br/justica-para-as-cidades/>.

ATTIÉ, Alfredo. “Revolução Constitucional Ignorada”, em Brasil 247, publicado em 13 de Agosto de 2023, disponível em <https://www.brasil247.com/blog/revolucao-constitucional-ignorada>.

ATTIÉ, Alfredo. *A Reconstrução do Direito: Existência. Liberdade, Diversidade* Porto Alegre: Fabris, 2003.

ATTIÉ, Alfredo. *África Constituinte* no prelo, São Paulo: Tirant, 2025.

ATTIÉ, Alfredo. *Brasil em Tempo Acelerado: Política e Direito*. São Paulo: Tirant, 2021.

ATTIÉ, Alfredo. *Direito Constitucional e Direitos Constitucionais Comparados*. São Paulo: Tirant, 2023.

ATTIÉ, Alfredo. *Direito Constitucional e Direitos Constitucionais Comparados*. São Paulo: Tirant, 2023; ATTIÉ, Alfredo. “*Liberdade, Dissensão, Sublevação: movimentos, sentimentos e versões da política e do direito*” in Solon, Ari et al. (coord.) *Múltiplos Olhares sobre o Direito: Homenagem aos 80 anos do Professor Emérito Celso Lafer*, volume I, São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 547-575.

ATTIÉ, Alfredo. *Direito e Economia: Ponto e Contraponto Civilizacionais* (no prelo, São Paulo: Tirant, 2025);

ATTIÉ, Alfredo. *Montesquieu*. (Lisboa: Chiado, 2018).

ATTIÉ, Alfredo. *Towards International Law of Democracy* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022.

BODIN, Jean. *Les Six Livres de la République*. Paris : Jacques du Puy, 1577.

CARAVALE, Mario. *Storia del Diritto nell'Europa moderna e contemporanea*. Bari: Editori Laterza, 2013.

FRIEDMAN, Jonathan (ed.) *Globalization, the State, and Violence*. Lanham/Common Hill: AltaMira Press, 2003.

FURTADO, Celso. *O Mito do Desenvolvimento Econômico*. São Paulo: Ubu Editora, 2024.

GROSSI, Paolo. *L'Ordine Giuridico Medievale*. Bari: Editoru Laterza, 2017.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Brooke, Christopher (ed.) London: Penguin Classics, 2017.

INNERARITY, Daniel. *Governance in the New Global Disorder*. Kingery, Sandra (trad.) New York: Columbia University Press, 2016.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Rios, Fernando de los (trad.) México: Fondo de Cultura Económica, 3ª ed. 2014.

- LOCKE, John. *"The Second Treatise: An Essay Concerning the True Original Extent, and End of Civil Government" in Two Treatises of Government and A Letter on Toleration*. Shapiro, Ian (ed.), New Haven/London: Yale University Press, 2003.
- LUHMANN, Niklas. *Il Diritto della Società*. Avitabile, Luisa (trad.) Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.
- MACHIAVELLI, Niccolò. *Tutte le Opere*. Martelli, Mario (a cura di), Firenze: Sansoni, 1992.
- MARX, Karl. *Grundrisse der Kritik der Politischen Ökonomie*. Berlin: Dietz Verlag, 1974.
- ROMANO, Bruno. *Filosofia e Filosofia del Diritto* Triglia, Nicola LA; Mesiti, Rosamaria; Petrocco, Giovana; Siniscalchi, Antonio & Straito, Luca (ed.) Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du Contract Social ; ou, Principes du Droit Politique*. Amsterdam : Marc Michel Rey, 1762.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Qu'est-ce que le Tiers État ?* Paris : Éditions du Boucher, 2002.
- SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Hampshire: Harriman House, 2007,
- SOLON, Ari *et al.* (coord.) *Múltiplos Olhares sobre o Direito: Homenagem aos 80 anos do Professor Emérito Celso Lafer*, volume I, São Paulo: Quartier Latin, 2022
- WEBER, Max. *Economy and Society*. Tribe, Keith (trad.) Cambridge: Harvard University Press, 2019.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Coutinho, Karin P-A. (trad.) Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997

## CAPÍTULO 3

# DA REVISIBILIDADE [HUMANA] DAS DECISÕES AUTOMATIZADAS DEPOIS DO ACÓRDÃO *LIGUE DES DROITS HUMAINS* DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA<sup>1</sup>

MANUEL DAVID MASSENO<sup>2</sup>

### 1. UM PONTO FIRME: A NÃO COISIFICAÇÃO DA PESSOA PERANTE OS SISTEMAS DOTADOS DE IA – INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, NA LUSOFONIA

A “Dignidade Humana”, entendida como um macroprincípio civilizacional já presente no *Preâmbulo* da *Carta das Nações Unidas*, ao enunciar “Nós, os povos das Nações Unidas, decididos: [...] A reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana [...]”, logo depois reiterado no *Preâmbulo* da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, igualmente no *Preâmbulo*, também no articulado, “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos” (§ 1.º do *Preâmbulo* e Art.º 1.º)<sup>3</sup>,

1 Este texto corresponde simplesmente à versão escrita da intervenção do autor no Congresso “Novas Formas de Governação Global / As Novas Tecnologias e o Direito / Democracia e Paz”, organizado pela Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa no Tribunal da Relação do Porto, no dia 13 de dezembro de 2023, à qual foram acrescentadas referências às Fontes e uma base bibliográfica exclusivamente de Autores portugueses e em Acesso Aberto, por opção metodológica. Consequentemente, não é passível de ser qualificável como um ensaio sobre a respetiva matéria. Do mesmo modo, não foram analisados os desenvolvimentos posteriores à respetiva data.

2 É Professor-Adjunto e Encarregado da Proteção de Dados do Instituto Politécnico de Beja (IPBeja), em Portugal, assim como Investigador colaborador do Centro de Estudo Globais da Universidade Aberta (CEG-UAb) e Investigador convidado do Centro de estudos e análise da privacidade e proteção de dados (PDPC) da Universidade Europeia, ambos também em Portugal; na demais Lusofonia e designadamente, depois de integrar durante vários anos o Grupo de Estudos Temático em Direito Digital e *Compliance* da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) e à Comissão de Direito Digital da Seção de Santa Catarina da da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), pertence a Comissão Especial de Direito Digital da Seção de São Paulo, à Comissão de Direito e Inteligência Artificial da Seção de Minas Gerais e à Seção de Proteção de Dados e Privacidade da Seção do Rio de Janeiro, todas da OAB, é Académico Honorário da Academia Paulista de Direito (APD), Membro Honorário do Instituto IDEIA – Direito e Inteligência Artificial, Assessor “pro bono” para as questões jurídicas digitais do Instituto para a Comunicação Social da África Austral – Moçambique (MISA- Moçambique); mdmasseno@gmail.com.

3 O texto da *Carta das Nações Unidas*, de 26 de junho de 1945, está disponível aqui [https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/carta\\_das\\_nacoes\\_unidas.pdf](https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/carta_das_nacoes_unidas.pdf), enquanto a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 217A (III) de 10 de dezembro de 1948, o está aqui [https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/declaracao\\_universal\\_dos\\_direitos\\_do\\_homem.pdf](https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf).

assume uma especial relevância na generalidade das Leis fundamentais da Luso-fonia vigentes na atualidade, inclusivamente enquanto valor supraconstitucional.

Assim, na atual redação da *Constituição* portuguesa<sup>4</sup>:

“Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.” (Art.º 1.º)

Depois replicada na angolana de 2010<sup>5</sup>, enquanto a brasileira de 1988, a timorense de 2002 e a Cabo-verdiana de 2010 tendem a reforçar o *status activae civitatis*, embora com algumas variações menores<sup>6</sup>.

Porém, pelo menos em termos simbólicos, a sua relevância é menor na são-tomense, onde surge no *Preâmbulo* no contexto da luta pela independência nacional “Povo São-tomense”, embora apenas com referências pontuais na guineense, a propósito da salvaguarda do “património cultural do povo” (Art.º 17.º n.º 1) e na moçambicana, para reforçar a “liberdade de expressão e de informação” e o “livre consentimento” no casamento (Art.ºs 48.º n.º 6 e 119.º n.º 3), ainda que perpassasse os correspondentes regimes de garantia dos Direitos Fundamentais<sup>7</sup>.

Em termos regionais, na União Europeia (EU), o *Tratado da União Europeia* (TFUE), coloca o “respeito pela dignidade humana” como o primeiro dos “valores” (Art.º 2.º) e a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* (CDFUE), além de igualmente afirmar no *Preâmbulo* “dignidade do ser humano” como o primeiro de entre os “valores indivisíveis e universais”, começa por

4 Na versão original, de 2 de abril de 1976, embora contasse que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na sua transformação numa sociedade sem classes”, o essencial já ficara determinado, remontando a presente à Revisão Constitucional de 1989; todas as Fontes estão compiladas e acessíveis, no seguinte endereço: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

5 Assim, “Angola é uma República soberana e independente, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade do povo angolano, que tem como objectivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa, democrática, solidária, de paz, igualdade e progresso social”, Art.º 1.º da *Constituição da República de Angola*, de 27 de janeiro de 2010 [https://www.asg-plp.org/upload/legislacao/doc\\_99.pdf](https://www.asg-plp.org/upload/legislacao/doc_99.pdf).

6 Respetivamente, “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, Art.º 1.º da *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988 <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/legislacao/constituicao-federal>; “A República Democrática de Timor-Leste é um Estado de direito democrático, soberano, independente e unitário, baseado na vontade popular e no respeito pela dignidade da pessoa humana.” (Art.º 1.º n.º 1) <https://www.parlamento.tl/sites/default/files/parlamento.tl/docs/Legislacao%20Relevante/constituicaun%20RDTL/C-RDTL.pdf>; enquanto, “Cabo Verde é uma República soberana, unitária e democrática, que garante o respeito pela dignidade da pessoa humana e reconhece a inviolabilidade e inalienabilidade dos Direitos do Homem como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça”, Art.º 1.º n.º 1 da *Constituição Política da República de Cabo Verde*, de 3 de maio de 2010 [https://www.asg-plp.org/upload/legislacao/doc\\_24.pdf](https://www.asg-plp.org/upload/legislacao/doc_24.pdf).

7 Nos termos das vigentes *Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe*, de 25 de Janeiro de 2003 <https://impostos.financas.gov.st/index.php/legislacao/leg-outras?download=168:lei-n1-2003-aprova-a-constitui-ao-da-rep-blica>, da *Constituição da República da Guiné-Bissau*, de 16 de maio de 1984 <https://www.parlamento.gw/leis/constituicao/constituicao-guine.pdf>, e ainda da *Constituição da República de Moçambique*, de 16 de novembro de 2004 <https://www.portaldogoverno.gov.mz/por/content/download/194/1138/version/2/file/constituicao.pdf>.

determinar que “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida.” (Art.º 1.º)<sup>8</sup>.

Ao passo que está pressuposta, ainda que implicitamente, na *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, do Conselho da Europa, na *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, da Organização dos Estados Americanos, e da *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*, da Organização de Unidade Africana / União Africana<sup>9</sup>.

## 2. AS CONCRETIZAÇÕES NORMATIVAS GERAIS, RELATIVAMENTE À IA

Do mesmo modo, as menções da “Dignidade Humana” são uma constante também nas iniciativas orientadas a uma regulação da IA, embora todas revistam uma natureza política, não sendo vinculativas para os Estados, as Organizações Internacionais ou as outras entidades que as elaboraram e ou subscreveram.

Apenas em termos panorâmicos, pois nesta sede seria inviável ir mais além, são de assinalar a *Recomendação do Conselho da OCDE* [Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Económico] *sobre Inteligência Artificial* (C/MIN(2019)3/FINAL), de 22 de maio de 2019, incluindo os *Princípios da OCDE sobre Inteligência Artificial*<sup>10</sup>, especialmente:

“2. Os sistemas de IA devem ser concebidos de forma a respeitar o estado de direito, os direitos humanos, os valores democráticos e a diversidade. Devem igualmente incluir salvaguardas adequadas – por exemplo, permitir a intervenção humana, quando necessário para garantir uma sociedade justa e equitativa.”

Logo depois, somou-se a *Declaração Ministerial sobre Comércio e Economia Digital*, aprovada no âmbito da Cimeira [Cúpula] de Osaca do “Grupo dos 20” (G20), de 9 de junho de 2019, cujo Anexo recebe os *Princípios da OCDE*<sup>11</sup>. É de assinalar que ambos instrumentos foram assinados pelo Brasil, mesmo não integrando a OCDE, além de serem uma preocupação presente em todas as Cimeiras [Cúpulas] seguintes<sup>12</sup>.

8 Estas Fontes estão disponíveis, no seguinte endereço <https://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties/treaties-force.html?locale=pt>.

9 A *Convenção de Roma*, de 4 de novembro de 1950, está acessível [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_por](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por), tal como o estão o *Pacto de San José de Costa Rica*, de 22 de novembro de 1969 [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm), e a *Carta de Banjul*, de 1 de junho de 1981 <http://www.servicos.minjusdh.gov.ao/files/publicacoes/brochuras/cartaaficana.pdf>, todas também em língua portuguesa.

10 A OCDE criou e mantém um *Observatório sobre Políticas de IA*, no qual pode ser obtida múltipla documentação sobre estas questões, <https://oecd.ai/en/>.

11 As versões originais da *Declaração* e do *Princípios* podem ser consultadas, aqui [https://www.mofa.go.jp/policy/economy/g20\\_summit/osaka19/en/documents/final\\_g20\\_osaka\\_leaders\\_declaration.html](https://www.mofa.go.jp/policy/economy/g20_summit/osaka19/en/documents/final_g20_osaka_leaders_declaration.html) e aqui [https://www.mofa.go.jp/policy/economy/g20\\_summit/osaka19/pdf/documents/en/annex\\_08.pdf](https://www.mofa.go.jp/policy/economy/g20_summit/osaka19/pdf/documents/en/annex_08.pdf).

12 Sobre as mesmas, inclusive com acesso à respetiva documentação temos a Página da de 2024, a ocorrer no Brasil <https://www.g20.org/pt-br/sobre-o-g20/cupulas-antiores>.

A estas, embora com um peso político menor, juntaram-se a *Recomendação sobre a Ética da Inteligência Artificial* (SHS/IGM-AIETHICS/2021/APR/4), aprovada pela 41.<sup>a</sup> Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), em 23 de novembro de 2021<sup>13</sup>, e o *Apelo de Roma por uma ética da inteligência artificial / Rome Call*, uma iniciativa da Pontifícia Academia para a Vida, subscrito, a 28 de fevereiro de 2020, pelo Estado do Vaticano, pela Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO), sediada em Roma, pela República Italiana, ainda por grandes empresas tecnológicas, como a IBM e a Microsoft<sup>14</sup>.

Ainda que de um modo muito genérico e ténue, podemos identificar neste documentos a tendência para um *consensus omnium gentium*, inclusive de âmbito multicivilizacional e incluindo governações autocráticas ou até teocráticas, no sentido da não subordinação a decisões finais tomadas por “máquinas inteligentes”. Dito de outro modo, o respeito pela “Dignidade Humana” impões que IA deverá estar sempre ao serviço dos desígnios de seres humanos, nunca o inverso<sup>15</sup>.

No que se refere propriamente à regulação da IA, temos que a “Dignidade Humana” e a inerente revisibilidade decisional tem enformados as posições institucionais na UE, as quais assuma relevância central para o nosso objeto. Embora também as tenhamos já em Portugal, como Lei<sup>16</sup>, e no Brasil, ainda *in fieri*<sup>17</sup>

13 Para as versões da Recomendação correspondentes às línguas oficiais da Organização das Nações Unidas (ONU), vide <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455>, tendo também muito interesse a Página da UNESCO sobre a matéria, <https://www.unesco.org/en/artificial-intelligence>.

14 A *Rome Call* e informação sobre os respetivos desenvolvimentos, incluindo a subscrição por representantes das Religiões Abrahâmicas, podem ser obtidos na correspondente Página, <https://www.romecall.org>.

15 Embora muito posterior à nossa intervenção, é este o sentido da Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas (A/78/L.49), adotada por consenso em 11 de março de 2024, *Aproveitar as oportunidades de sistemas seguros, protegidos e confiáveis de inteligência artificial para o desenvolvimento sustentável*, proposta pelos Estados Unidos da América e subscrita por outros 122 Estados, a qual está disponível aqui, também em todas as línguas oficiais das Nações Unidas, entre as quais ainda não está a portuguesa, <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2F78%2FL.49>.

16 Precisamente, na *Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital*, aprovada pela Lei n.º 27/2021, de 17 de maio, já prevê que “1 - A utilização da inteligência artificial deve ser orientada pelo respeito dos direitos fundamentais, garantindo um justo equilíbrio entre os princípios da explicabilidade, da segurança, da transparência e da responsabilidade, que atenda às circunstâncias de cada caso concreto e estabeleça processos destinados a evitar quaisquer preconceitos e formas de discriminação. [e, sobretudo] 2 - As decisões com impacto significativo na esfera dos destinatários que sejam tomadas mediante o uso de algoritmos devem ser comunicadas aos interessados, sendo suscetíveis de recurso e auditáveis, nos termos previstos na lei. [...]” (Art.º 9.º) <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/27-2021-163442504>.

17 Presentemente, está em andamento o Projeto de Lei n.º 2338, de 3 de maio de 2023, por iniciativa do Senador Rodrigo Pacheco, no qual no importam, em especial, as previsões de “O desenvolvimento, a implementação e o uso de sistemas de inteligência artificial no Brasil têm como fundamentos: I – a centralidade da pessoa humana; II – o respeito aos direitos humanos e aos valores democráticos; [e] III – o livre desenvolvimento da personalidade; [...]” (Art.º 2.º) e, mais ainda, a “Quando a decisão, previsão ou recomendação de sistema de inteligência artificial produzir efeitos jurídicos relevantes ou que impactem de maneira significativa os interesses da pessoa, inclusive por meio da geração de perfis e da realização de inferências, esta poderá solicitar a intervenção ou revisão humana.” (Art.º 10.º) <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>, dando continuidade a um Processo iniciado em 2020 na Câmara dos Deputados <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340> e tendo por referência os trabalhos da *Comissão de Juristas responsável por subsidiar elaboração de substitutivo sobre inteligência artificial no Brasil*, nomeada pelo próprio Senado <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2504>.

Neste sentido, temos as sucessivas Comunicações da Comissão Europeia<sup>18</sup>, as quais culminaram na *Proposta de Regulamento que estabelece regras harmonizadas em matéria de Inteligência Artificial (Regulamento Inteligência Artificial)*<sup>19</sup>, em cuja *Exposição de Motivos* consta que:

“Dadas as suas características específicas (por exemplo, a opacidade, a complexidade, a dependência dos dados, o comportamento autónomo), a utilização da inteligência artificial pode afetar negativamente um conjunto de direitos fundamentais consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da UE (a seguir designada por «Carta»). A presente proposta procura assegurar um nível elevado de proteção desses direitos fundamentais e visa fazer face aos vários riscos mediante uma abordagem baseada no risco claramente definida. Graças a um conjunto de requisitos relativos a uma IA de confiança e obrigações proporcionadas para todos os participantes da cadeia de valor, a proposta melhorará e promoverá a proteção dos direitos consagrados na Carta: o direito à dignidade do ser humano (artigo 1.º), o respeito pela vida privada e familiar e a proteção de dados pessoais (artigos 7.º e 8.º), a não discriminação (artigo 21.º) e a igualdade entre homens e mulheres (artigo 23.º).”

Assim como do Parlamento Europeu (PE), o qual inclusivamente antecipa-se, por iniciativa da deputada luxemburguesa Mady Delvaux-Stehres, em 2015, com a adoção da *Resolução que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica*, em 2017, retomada com a *relativa a um Regime relativo aos aspetos éticos da inteligência artificial, da robótica e das tecnologias conexas*, em 2020, e *pela sobre a inteligência artificial no direito penal e a sua utilização pelas autoridades policiais e judiciais em casos penais*, de 2021, confirmadas e reforçadas na *Posição comum em Primeira Leitura sobre a Proposta da Comissão*, de meados de junho de 2023<sup>20</sup>.

Por sua vez, as *Conclusões da Presidência [alemã] do Conselho A Carta dos Direitos Fundamentais no contexto da inteligência artificial e da mudança digital*,

18 Especificamente, *Inteligência artificial para a Europa* (COM(2018) 237 final), de 25 de abril <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=COM%3A2018%3A237%3AFIN>, *Aumentar a confiança numa inteligência artificial centrada no ser humano* (COM(2019) 168 final), de 8 de abril <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=COM:2019:0168:FIN>, esta recebendo as *Orientações para uma IA de confiança* elaboradas pelo Grupo de peritos de alto nível sobre a IA, nomeado meses antes pela própria Comissão <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-pt/format-PDF>, igualmente de 8 de abril de 2019, e ainda o *Livro Branco sobre a inteligência artificial - Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança* (COM(2020) 65 final), de 19 de fevereiro <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0065>.

19 Como resulta da correspondente Comunicação (COM(2021) 206 final), de 21 de abril <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>, a qual foi acompanhada da *Fomentar uma abordagem europeia da inteligência artificial* (COM(2021) 205 final) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=COM%3A2021%3A205%3AFIN>.

20 Estas tomadas de posição estão acessíveis nos seguintes endereços, as Resoluções (2015/2103(INL)), de 16 de fevereiro de 2017 [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051\\_PT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_PT.html) e 2020/2012(INL), de 20 de outubro de 2020 <[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275\\_PT.htm](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_PT.htm)>, a (2020/2016(INI)), de 6 de outubro de 2021 [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0405\\_PT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0405_PT.html), assim como a *Posição Comum* (P9\_TA(2023)0236), de 14 de junho de 2023 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=OJ:C\\_202400506](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=OJ:C_202400506), todas em língua portuguesa.

de outubro de 2020, entretanto retomadas na *Orientação geral*, de novembro de 2022, relativa à *Proposta* da Comissão<sup>21-22</sup>.

Mais recente e com uma relevância política reforçada é a *Declaração Europeia* [interinstitucional] *sobre os direitos e princípios digitais para a década digital*, assinada pelos Presidentes do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, em 15 de dezembro de 2022<sup>23</sup>. Logo no ponto (1) do respetivo *Preâmbulo*, é acentuado que:

“A União Europeia (UE) é uma «união de valores», consagrada no artigo 2.º do Tratado da União Europeia, fundada nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos humanos, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Além disso, nos termos da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a UE baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade.”

No que mais nos importa, a propósito das “Interações com algoritmos e sistemas de inteligência artificial”, no contexto do “Cap. III – Liberdade de escolha”, resulta que:

“9. Todas as pessoas devem poder beneficiar das vantagens dos sistemas algorítmicos e dos sistemas de inteligência artificial, nomeadamente fazendo escolhas próprias e informadas no ambiente digital, estando simultaneamente protegidas contra os riscos e os danos para a saúde, a segurança e os direitos fundamentais. Comprometemo-nos a: a) Promover sistemas de inteligência artificial centrados no ser humano, fiáveis e éticos ao longo do seu desenvolvimento, implantação e utilização, em consonância com os valores da UE; [e, em especial, a] c) Garantir que os sistemas algorítmicos se baseiam em conjuntos de dados adequados para evitar a discriminação e permitir a supervisão humana de todos os resultados que afetam a segurança e os direitos fundamentais das pessoas”.

### 3. AS CONCRETIZAÇÕES LEGISLATIVAS ESPECÍFICAS

Sempre na Lusofonia, a consideração da IA no referente às decisões afetando os direitos e as liberdades dos cidadãos colocou-se essencialmente no âmbito da proteção de dados pessoais. Começando por Portugal, em consequência da constitucionalização da matéria, inclusive ao ficar “proibida a atribuição de um número

21 As *Conclusões* (11481/20), de 21 de outubro, apenas ficaram disponíveis em inglês <https://www.consilium.europa.eu/media/46496/st11481-en20.pdf>, mas a *Orientação geral* (14954/22), adotada em 25 de novembro, também o está em português <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15323-2022-INIT/pt/pdf>.

22 Neste domínio, além do Relatório da FRA – Agência Europeia para os Direitos Fundamentais *Preparar o futuro. Inteligência artificial e direitos fundamentais – Síntese*, de 29 de janeiro de 2021, consolidando documentos anteriores, <https://fra.europa.eu/pt/publication/2021/preparar-o-futuro-inteligencia-artificial-e-direitos-fundamentais-sintese>, assim como os *Pareceres* sobre a *Proposta* da Comissão do Comité Económico e Social Europeu (COM(2021) 206 final), de 22 de setembro <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52021AE2482>, do Comité das Regiões (2022/C 97/12), de 2 de dezembro de 2021 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52021AR2682>, do Banco Central Europeu (CON/2021/40), de 29 de dezembro <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52021AB0040> e ainda do Parecer Conjunto 5/2021 do Comité Europeu para a Proteção de Dados (CEPD) e da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados, de 18 de junho [https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/edpb-edps-joint-opinion/edpb-edps-joint-opinion-52021-proposal\\_pt](https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/edpb-edps-joint-opinion/edpb-edps-joint-opinion-52021-proposal_pt), todos disponíveis em língua portuguesa.

23 Esta *Declaração* foi depois publicada, no *Jornal Oficial da União Europeia*, em 23 de janeiro de 2023 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:JOC\\_2023\\_023\\_R\\_0001](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:JOC_2023_023_R_0001).

nacional único aos cidadãos.” (Art.º 35.º n.º 3)<sup>24</sup>, um dos pressupostos materiais para tais decisões. Assim, na primeira das Leis ordinárias sobre a matéria:

“Nenhuma decisão jurisdicional, administrativa ou disciplinar que implique apreciação sobre um comportamento humano pode ter por único fundamento o resultado do tratamento automatizado da informação atinente ao perfil ou à personalidade do titular do registo.” (Art.º 16.º - *Limites da apreciação judicial*), e, adicionalmente, “1 - É proibida a interconexão de ficheiros automatizados, de bases e bancos de dados pessoais, ressalvadas as exceções previstas na presente lei. [assim como] 2 - Não é permitida a atribuição de um mesmo número de cidadão para efeitos de interconexão de ficheiros automatizados de dados pessoais que contenham informações de carácter policial, criminal ou médico.” (Art.º 24.º - *Interconexão de dados pessoais*)<sup>25</sup>

Em seguida e por força do previsto na Diretiva 95/46/CE<sup>26</sup>, a *Lei da Protecção de Dados Pessoais* de 1998<sup>27</sup> disciplinou as “Decisões individuais automatizadas”, nos seguintes termos:

“1 - Qualquer pessoa tem o direito de não ficar sujeita a uma decisão que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que a afecte de modo significativo, tomada exclusivamente com base num tratamento automatizado de dados destinado a avaliar determinados aspectos da sua personalidade, designadamente a sua capacidade profissional, o seu crédito, a confiança de que é merecedora ou o seu comportamento.” (Art.º 13.º)<sup>28</sup>

24 A qual resultou de uma tal previsão, também com objetivos de possibilitar uma vigilância generalizada dos cidadãos, constante da Lei n.º 2/73, de 10 de fevereiro, *institui o registo nacional de identificação*, “baseado na atribuição de um número de identificação” <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/2-1973-685003>, cujo regulamentação, operada através do Decreto-Lei n.º 555/73, de 26 de outubro <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/555-1973-412470>, fora aprovada poucos meses antes do 25 de Abril e logo sustida pelo Ministro da Justiça do I Governo Provisório, permanece no Art.º 35.º n.º 5 da *Lei fundamental* em vigor e deve ser interpretada como limitando a utilização de tecnologias que permitam aos Poderes Público um controle equivalente, com base no Princípio da Neutralidade Tecnológica.

25 A Lei n.º 10/91, de 29 de abril, *Lei da Protecção de Dados Pessoais face à Informática* <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/10-1991-599769>, adicionalmente, dispõe que “A lei que, em casos excepcionais, permitir a interconexão de ficheiros automatizados, de bancos e bases de dados deve definir expressamente os tipos de interconexão autorizados e a sua finalidade.” (Art.º 26.º - *Casos excepcionais*), embora admita “A interconexão de ficheiros automatizados, de bases e bancos de dados que contenham exclusivamente dados públicos pode processar-se entre entidades que prossigam os mesmos fins específicos, na dependência do mesmo responsável a que se refere a alínea h) do artigo 2.º.” (Art.º 25.º - *Interconexão de dados públicos*).

26 A Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, *relativa à protecção das pessoas singulares [naturais] no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>, em cujos termos, “1. Os Estados-membros reconhecerão a qualquer pessoa o direito de não ficar sujeita a uma decisão que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que a afecte de modo significativo, tomada exclusivamente com base num tratamento automatizado de dados destinado a avaliar determinados aspectos da sua personalidade, como por exemplo a sua capacidade profissional, o seu crédito, confiança de que é merecedora, comportamento. 2. Os Estados-membros estabelecerão, sob reserva das restantes disposições da presente directiva, que uma pessoa pode ficar sujeita a uma decisão do tipo referido no n.º 1 se a mesma: a) For tomada no âmbito da celebração ou da execução de um contrato, na condição de o pedido de celebração ou execução do contrato apresentado pela pessoa em causa ter sido satisfeito, ou de existirem medidas adequadas, tais como a possibilidade de apresentar o seu ponto de vista, que garantam a defesa dos seus interesses legítimos; ou b) For autorizada por uma lei que estabeleça medidas que garantam a defesa dos interesses legítimos da pessoa em causa.” (Art.º 15.º), e também que “Os Estados-membros garantirão às pessoas em causa o direito de obterem do responsável pelo tratamento: a) Livremente e sem restrições, com periodicidade razoável e sem demora ou custos excessivos: [...] - o conhecimento da lógica subjacente ao tratamento automatizado dos dados que lhe digam respeito, pelo menos no que se refere às decisões automatizadas referidas no n.º 1 do artigo 15.º”.

27 Concretamente, a Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, *Lei da Protecção de Dados Pessoais (transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Directiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares [naturais] no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados)* <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/67-1998-239857>, que continuou a limitar a interconexão de dados (Art.º 9.º) e conferiu aos titulares um direito específico ao “conhecimento da lógica subjacente ao tratamento automatizado dos dados que lhe digam respeito” (Art.º 11.º n.º 1 c)).

28 Porém, continua a ressaltar que “2 - Sem prejuízo do cumprimento das restantes disposições da presente lei, uma pessoa pode ficar sujeita a uma decisão tomada nos termos do n.º 1, desde que tal ocorra no âmbito da celebração ou da execução de um contrato, e sob condição de o seu pedido de celebração ou execução do contrato ter sido satisfeito, ou de existirem medidas adequadas que garantam a defesa dos seus interesses legítimos, designadamente o seu direito de representação e expressão. [e, ainda] 3 - Pode ainda ser permitida a tomada de uma decisão nos termos do n.º 1 quando a CNPD [Comissão Nacional de Protecção de Dados] o autorize, definindo medidas de garantia da defesa dos interesses legítimos do titular dos dados”.

Por seu turno, em Cabo Verde, além de a *Constituição* determinar também que “Em nenhum caso pode ser atribuído um número nacional único aos cidadãos.” (Art.º 44.º n.º 5), a *Lei de proteção de dados pessoais*, aliás recém atualizada, disciplina igualmente a matéria em termos análogos<sup>29</sup>.

Em Angola, ainda que a sua *Lei fundamental* enuncie o “Direito à identidade, à privacidade e à intimidade” (Art.º 32.º) e o “*Habeas data*” (Art.º 69.º), apenas a Lei n.º 22/11, de 17 de junho, a *Lei de Proteção de Dados Pessoais*, enfrenta as questões relativas às “Decisões individuais automatizadas” (Art.º 29.º)<sup>30</sup>.

Ao passo que em São Tomé e Príncipe, ultrapassando a omissão constitucional relativa à proteção dados pessoais, respetiva Lei prevê também o “Direito de não sujeição a decisões individuais” (Art.º 13.º n.º 1)<sup>31</sup>.

No que se refere a Moçambique, embora o preceito da *Constituição* relativo à “Utilização da informática” (Art.º 71.º) não inclua qualquer indicação nesse sentido, é surpreendente que o mesmo ocorra na *Lei das transações eletrónicas* de 2017<sup>32</sup>, ao ter a mesma sido aprovada em sequência da *Convenção da União Africana sobre Cibersegurança e Proteção de Dados Pessoais*<sup>33</sup>.

No Brasil, a situação atual das Fontes afigura-se radicalmente distinta das anteriores. Assim, antes de mais, na *Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)*<sup>34</sup>, o

29 A Lei nº 133/V/2001, de 22 de janeiro, *estabelece o regime jurídico geral de protecção de dados pessoais das pessoas singulares*, como alterada pela Lei nº 41/VIII/2013, de 17 de setembro, e pela Lei nº 121 /IX/2021, de 17 de março, <https://kiosk.inec.cv/V/2021/3/17/1.1.28.3672/p883>. Assim, “1. Qualquer pessoa tem o direito de não ficar sujeita a uma decisão que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que a afecte de modo significativo, tomada exclusivamente com base num tratamento automatizado de dados destinado a avaliar determinados aspectos da sua personalidade, designadamente a sua capacidade profissional, o seu crédito, a confiança de que é merecedora ou o seu comportamento. 2. Sem prejuízo do cumprimento das restantes disposições da presente lei, uma pessoa pode consentir em ser sujeita a uma decisão tomada nos termos do número 1, desde que tal ocorra no âmbito da celebração ou da execução de um contrato, e sob condição de o seu pedido de celebração ou execução do contrato ter sido satisfeito, ou de existirem medidas adequadas que garantam a defesa dos seus interesses legítimos e de expor o seu ponto de vista, designadamente o seu direito de representação e expressão. 3. Pode ainda ser permitida a tomada de uma decisão nos termos do número 1, quando autorizadas pela CNPD e desde que sejam tomadas medidas de garantia da defesa dos interesses legítimos do titular dos dados.” (Art.º 14.º - *Não sujeição a decisões individuais automatizadas*), o mesmo podendo afirmar-se quanto à “Interconexão de dados pessoais” (Art.º 10.º), definidos nas alíneas j) e i) do Art.º 5; ainda a este propósito, são muito interessantes os pontos 7 e 16 do *Preâmbulo*.

30 A Lei n.º 03/2016, de 10 de maio, que *visa Garantir e Proteger os dados pessoais*, <https://minttcs.gov.ao/ao/documentos/lei-n-22-11/>, em termos, quase literalmente, idênticos aos da Lei cabo-verdiana, o mesmo podendo afirmar-se a propósito da “Interconexão de dados pessoais” (Art.º 24.º)

31 Também com uma redação muito próxima das Leis de Cabo Verde e de Angola, inclusivamente no que respeita à “Interconexão de dados pessoais” (Art.º 9.º) [https://www.anpdp.st/docs\\_comprimidos/legislacao\\_nacional/dr39\\_lei3\\_2016\\_protecao\\_de\\_dados\\_pessoais.pdf](https://www.anpdp.st/docs_comprimidos/legislacao_nacional/dr39_lei3_2016_protecao_de_dados_pessoais.pdf).

32 Por extenso, a Lei n.º 3/2017, de 9 de janeiro, que *estabelece o regime jurídico das transações eletrónicas, do comércio eletrónico e do governo eletrónico* <https://archive.gazettes.africa/archive/mz/2019/mz-government-gazette-series-i-dated-2019-07-03-no-127.pdf>.

33 Adotada na Cimeira [Cúpula] de Malabo, de 27 de junho de 2014, a mesma está disponível, também em língua portuguesa, [https://au.int/sites/default/files/treaties/29560-treaty-0048\\_-\\_african\\_union\\_convention\\_on\\_cyber\\_security\\_and\\_personal\\_data\\_protection\\_p.pdf](https://au.int/sites/default/files/treaties/29560-treaty-0048_-_african_union_convention_on_cyber_security_and_personal_data_protection_p.pdf), e na mesma consta que “A interconexão de ficheiros fixada no Artigo 10º (4) [i.e., “depois da autorização da autoridade nacional de proteção”] da presente Convenção deve ajudar para o alcance dos objectivos legais ou estatutários que são de legítimo interesse dos controladores de dados. A referida interconexão não deve levar à discriminação ou à limitação dos direitos, liberdades e garantias dos sujeitos titulares dos dados, mas deve estar sujeita a medidas de segurança apropriadas bem como tomar em conta o princípio de relevância dos dados que estão a ser interconectados.” (Art.º 15.º).

34 A Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018, na redação resultante da Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019 [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/13709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/13709.htm).

“uso compartilhado de dados”<sup>35</sup> é a regra no Setor Público Administrativo<sup>36</sup>, ao passo que no Setor Privado o controlador “deverá obter consentimento específico do titular para esse fim, ressalvadas as hipóteses de dispensa do consentimento previstas nesta Lei” (Art. 7º § 5º), depois de facultar ao titular informações específicas (Art. 9º V)<sup>37</sup>. Ainda assim, ficou ressalvado o direito do titular a obter “informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade” (Art. 9º V), enquanto “A autoridade nacional poderá estabelecer normas complementares para as atividades de comunicação e de uso compartilhado de dados pessoais” (Art. 30).

Por outro lado, se “O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.” e “O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial” (Art. 20, *caput* e § 1º), a mesma pode ser feita também automatizadamente, sem intervenção humana<sup>38</sup>. Apesar de o mesmo Governo ter subscrito a *Recomendação* do

35 Ou seja, a “comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados” (Art.º 5º XVI).

36 Em embora deva “atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no art. 6º desta Lei.” (Art.º 26), entanto, “para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de [tais] políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres”, nem é necessário o consentimento dos titulares dos dados (Art. 7º III), mesmo para o tratamento de “dados sensíveis” (Art. 11 II b), apenas sendo “vedado ao Poder Público transferir entidades privadas dados pessoais constantes de bases de dados a que tenha acesso”, mas com uma multiplicidade de exceções (Art. 26 § 1º), ainda que deva ser “informado à autoridade nacional e dependerá de consentimento do titular”, também com várias exceções dispensando o consentimento (Art. 27), além de determinar que “Os dados deverão ser mantidos em formato interoperável e estruturado para o uso compartilhado, com vistas à execução de políticas públicas, à prestação de serviços públicos, à descentralização da atividade pública e à disseminação e ao acesso das informações pelo público em geral” (Art. 25). A este propósito, é bom recordar que a partilha de dados na Administração Pública, com vista a uma maior eficiência no planeamento e execução de Políticas Públicas, não é uma questão nova, já constando do Decreto nº 8.789, de 29 de junho de 2016, no que se refere à Administração Pública Federal, tendo a *LGPD* vindo legitimar este estado de coisas e permitiu a sua regulamentação pelo Decreto nº 10.046, de 9 de outubro de 2019, *dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados* [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10046.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10046.htm), que revogou e incorporou o Decreto anterior, tornando viável a criação de perfis detalhados de cada cidadão, inclusive para fins preditivos, como resulta da própria *LGPD*, pois “Poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins desta Lei, aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada” (Art. 12 § 2º).

37 Embora disponha que “A comunicação ou o uso compartilhado [inclusive] de dados pessoais sensíveis entre controladores com objetivo de obter vantagem econômica poderá ser objeto de vedação ou de regulamentação por parte da autoridade nacional”, pelo que, *a contrario sensu*, será permitida até essa intervenção administrativa ocorrer (Art. 11 § 3º).

38 A eliminação da exigência de essa revisão ser feita “por pessoa natural” em resultou da Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019, por conversão da Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018, em sequência do Veto Presidencial constante da Mensagem nº 288, de 8 de julho 2019. Porém, se esse quesito chegar ao Supremo Tribunal Federal (STF), atendendo à sua Jurisprudência, designadamente à fundamentação do Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387 DF, de 7 de maio de 2020 <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629> na “dignidade da pessoa humana”, assim como pela constitucionalização do “direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais” (Art. 5º LXXIX), através da Emenda Constitucional 115, de 10 de fevereiro de 2022 [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm), é razoável prever que o STF siga uma interpretação sistêmica e não histórica do enunciado de *quo*.

Conselho da OCDE e a *Declaração Ministerial sobre Comércio e Economia Digital* do G20, acima referidas, além de a ter inserido na *EBIA – Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial*<sup>39</sup>.

Na União Europeia, e consequentemente em Portugal, o *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD)*<sup>40</sup>, dispõe que:

“1.O titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis<sup>41</sup> que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar.” (Art.º 22.º - *Decisões individuais automatizadas, incluindo definição de perfis*)<sup>42-43</sup>.

A este direito do titular dos dados, ao qual corresponde um dever do responsável pelo tratamento [controlador], acresce o de lhe facultar informações sobre “A existência de decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis [...] e, pelo menos nesses casos, informações úteis relativas à lógica subjacente, bem como a importância e as consequências previstas de tal tratamento para o titular dos dados” (Art.ºs 13.º n.º 2 f) e 14.º n.º 2 g), assim como o direito do titular obter acesso a tais informações (Art.º 15.º n.º 1 h), sempre “de forma concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso, utilizando uma linguagem clara e simples” (Art.º 12.º n.º 1).

Encontramos preceitos análogos, embora com a ênfase colocada na responsabilidade das autoridades competentes, para fins de prevenção e combate

39 Aprovada pela Portaria do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações nº 4.617, de 6 de abril de 2021 <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/inteligencia-artificial-estrategia-repositorio>.

40 Por extenso, Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, *relativo à proteção das pessoas singulares [naturais] no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=cele-x%3A32016R0679>.

41 Entendida como “qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa singular [natural], nomeadamente para analisar ou prever aspetos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações”, Art.º 4.º 4).

42 Acrescentando que “O n.º 1 não se aplica se a decisão: a) For necessária para a celebração ou a execução de um contrato entre o titular dos dados e um responsável pelo tratamento; b) For autorizada pelo direito da União ou do Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento estiver sujeito, e na qual estejam igualmente previstas medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular dos dados; ou c) For baseada no consentimento explícito do titular dos dados. 3. Nos casos a que se referem o n.º 2, alíneas a) e c), o responsável pelo tratamento aplica medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e legítimos interesses do titular dos dados, designadamente o direito de, pelo menos, obter intervenção humana por parte do responsável, manifestar o seu ponto de vista e contestar a decisão. [e] 4. As decisões a que se refere o n.º 2 não se baseiam nas categorias especiais de dados pessoais a que se refere o artigo 9.º, n.º 1, a não ser que o n.º 2, alínea a) ou g), do mesmo artigo sejam aplicáveis e sejam aplicadas medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular.”

43 Aliás, há poucos dias, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) veio esclarecer o alcance deste preceito, no setor do crédito, através do seu Acórdão *SCHUFA Holding (Scoring)* (Processo C-634/21), de 7 de dezembro de 2023 <https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-634/21>. Sobre o sentido deste enunciado, têm também o maior interesse a *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679*, de 3 de outubro de 2017, revistas e atualizadas a 6 de fevereiro de 2018, do Grupo de Trabalho do Art.º 29.º (GT 29) [atual CEPD], igualmente disponíveis em língua portuguesa <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053>.

ao crime e ao terrorismo, *Diretiva LE* [Law Enforcement]<sup>44</sup> e *Diretiva PNR*)<sup>45</sup>, ambas adotadas e publicadas em conjunto com o *RGPD*.

#### 4. O ACÓRDÃO *LIGUE DES DROITS HUMAINS* E O FUTURO IMEDIATO

Uma das questões nucleares neste âmbito prende-se com os sistemas de IA licitamente utilizáveis para decidir, a título definitivo, sobre os direitos e as liberdades dos seres humanos, sobre a qual o Tribunal de Justiça da UE pronunciou-se no Acórdão *Ligue des droits humains c. Conseil des ministres* (Processo C-817/19), de 21 de junho de 2022<sup>46</sup>.

O mesmo resultou de um reenvio prejudicial da *Cour constitutionnelle* da Bélgica a propósito da conformidade da *Diretiva PNR* com a *CDFUE* (Art.ºs 7.º, 8.º e 52.º n.º 1) desencadeado por um processo promovido por uma ONG belga, a centenária *Ligue des droits humains*, tendo por objeto a legalidade da *loi du 25 décembre 2016, relative au traitement des données des passagers*, que a transpôs.

44 A Diretiva (UE) 2016/680, *relativa à proteção das pessoas singulares [naturais] no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016L0680>. Especificamente, a *Diretiva LE* procura limitar a licitude de tais tratamentos no seu Art.º 11.º, “1. [com] a proibição de decisões tomadas exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produzam efeitos adversos na esfera jurídica do titular dos dados ou que o afetem de forma significativa, a menos que sejam autorizadas pelo direito da União ou do Estado-Membro ao qual o responsável pelo tratamento está sujeito, e que o direito da União ou desse Estado-Membro preveja garantias adequadas dos direitos e liberdades do titular dos dados, pelo menos o direito de obter a intervenção humana do responsável pelo tratamento. [adicionalmente] 2. [essas decisões] não se baseiam nas categorias especiais de dados pessoais a que se refere o artigo 8.º [dados sensíveis, e é o 10.º...], a não ser que sejam aplicadas medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular. [e, sobretudo] 3. Em conformidade com o direito da União, são proibidas as definições de perfis que conduzam à discriminação de pessoas singulares [naturais] com base nas categorias especiais de dados pessoais a que se refere o artigo 10.º [dados sensíveis].”, além de um tal tratamento ficar restrito às “Pessoas relativamente às quais existem motivos fundados [em evidências materiais] para crer que cometeram ou estão prestes a cometer uma infração penal” (Art.º 6.º a)), o que exclui tratamentos indiscriminados, e sempre com uma prévia “avaliação do [relatório de] impacto das operações de tratamento”, ao pressupor a utilização de “novas tecnologias”, como ocorre com os sistemas de IA, e ao estar em causa “um elevado risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares [naturais]” (Art.º 27.º n.º 1); do mesmo modo, “o direito de obter a intervenção humana do responsável pelo tratamento” (Art.º 11.º n.º 1 in fine), não é compatível com a utilização de quaisquer técnicas de aprendizagem de máquina, com caixas-negras, exigindo sempre uma verificabilidade humana de todos os processos. Esta Diretiva foi transposta para o Ordenamento português através da Lei n.º 59/2019, de 8 de agosto <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/59-2019-123815983>.

45 A Diretiva (UE) 2016/681 *relativa à utilização dos dados dos registos de identificação dos passageiros (PNR) para efeitos de prevenção, deteção, investigação e repressão das infrações terroristas e da criminalidade grave (Diretiva PNR)* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0681>, de cujo Art.º 6.º resulta que “4. Qualquer avaliação dos passageiros antes da sua chegada prevista ao Estado-Membro ou da sua partida prevista do Estado-Membro, feita nos termos do n.º 3, alínea b), de acordo com os critérios pré-estabelecidos, é realizada de forma não discriminatória. Os referidos critérios pré-estabelecidos devem ser orientados em função dos objetivos, proporcionados e específicos. Os Estados-Membros asseguram que esses critérios sejam fixados e revistos regularmente pelas UIP, em cooperação com as autoridades competentes a que se refere o artigo 7.º. Esses critérios não podem, em caso algum, basear-se na raça ou na origem étnica de uma pessoa, nas suas opiniões políticas, religião ou convicções filosóficas, na sua filiação sindical, na sua saúde, vida ou orientação sexual. [e, especialmente] 5. Os Estados-Membros asseguram que qualquer resultado positivo obtido através do tratamento automatizado dos dados PNR efetuado ao abrigo n.º 2, alínea a), seja verificado individualmente por meios não automatizados, para aferir se é ou não necessário que a autoridade competente referida no artigo 7.º intervenha, de acordo com o direito nacional.”. Neste caso, a transposição foi realizada pela Lei n.º 21/2019, de 25 de fevereiro, <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/21-2019-120108010>.

46 O Acórdão e as demais peças do Processo *de quo* estão acessíveis, na íntegra e em língua portuguesa, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&td=ALL&num=C-817/19>.

Em extrema síntese, embora não anulando a *Diretiva*, o TJUE procedeu a uma interpretação extremamente estrita da mesma, obrigando a uma efetiva revisão das leis nacionais de transposição<sup>47</sup>.

No que em especial nos importa, seguindo expressamente as Conclusões do Advogado-Geral Giovanni Pitruzzella, a Grande Secção do TJUE considerou:

“194. No que respeita aos critérios que a UIP pode utilizar para esse efeito, importa salientar, antes de mais, que [...] esses critérios devem ser «preestabelecidos». Como o advogado-geral salientou no n.º 228 das suas conclusões, este requisito opõe-se à utilização de tecnologias de inteligência artificial no âmbito de sistemas de autoaprendizagem (*machine learning*) [e, por maioria de razão, de *deep learning*], suscetíveis de alterar, sem intervenção e controlo humanos, o processo de avaliação e, em especial, os critérios de avaliação em que se baseia o resultado da aplicação desse processo bem como a ponderação desses critérios. [pelo que] 195. Importa acrescentar que o recurso a tais tecnologias poderia privar de efeito útil a verificação individual dos resultados positivos bem como a fiscalização da legalidade exigidas pelas disposições da Diretiva PNR. Com efeito [...] tendo em conta a opacidade que caracteriza o funcionamento das tecnologias de inteligência artificial [as denominadas “caixas-pretas”], pode revelar-se impossível compreender a razão pela qual um dado programa chegou a um resultado positivo. Nestas condições, a utilização de tais tecnologias seria suscetível de privar também as pessoas em causa do seu direito à ação, consagrado no artigo 47.º da Carta [*dos Direitos Fundamentais da União Europeia*], que a Diretiva PNR visa, segundo o seu considerando 28, garantir a um nível elevado, em particular para contestar o caráter não discriminatório dos resultados obtidos.”<sup>48</sup>

Entretanto, na última sexta-feira, dia 8 de dezembro, ficou fechado o acordo político entre o Conselho e o Parlamento Europeu sobre o conteúdo do futuro *Regulamento IA*. Dos Comunicados das Instituições constam diversas referências à “transparência” e à “supervisão humana” dos sistemas de “risco elevado”, in-

47 No que se refere a Portugal, a Lei n.º 21/2019 ainda não foi modificada, apesar da Declaração 5/2022, de 13 de dezembro, do CEPD, dirigida aos Estados-Membros, o qual apenas disponível em língua inglesa [https://www.edpb.europa.eu/system/files/2022-12/edpb\\_statement\\_20221213\\_on\\_the\\_pnr\\_judgement\\_en.pdf](https://www.edpb.europa.eu/system/files/2022-12/edpb_statement_20221213_on_the_pnr_judgement_en.pdf) e do subsequente Parecer/2022/114, de 21 de dezembro, da CNPD – Comissão Nacional de Proteção de Dados, também enviado para a Assembleia da República e no qual detalha, em 18 páginas, os preceitos legais a deverem ser objeto de alteração <https://www.cnpd.pt/umbraco/surface/cnpdDecision/download/122046>.

48 A este propósito, é ainda de assinalar que as referidas *Conclusões* do Advogado-Geral, “aproveitando” a “abertura” presente no *Tratado da União Europeia* (Art.º 6.º), e não os trabalhos preparatórios relativos ao *Regulamento IA*, ou o Parecer de 25 de março de 2011, da AEPD, sobre a *Proposta de Diretiva PNR*, ou as *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679, de 3 de outubro de 2017*, do GT 29, remetem expressamente para os conceitos e os parâmetros presentes na *Recomendação CM/Rec(2021)8 sobre a proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados pessoais no âmbito da definição de perfis*, de 3 de novembro, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, apenas disponível em inglês <https://edoc.coe.int/en/international-law/10670-protection-of-individuals-with-regard-to-automatic-processing-of-personal-data-in-the-context-of-profiling-recommendation-cmrec20218.html>, subsequente à *Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente* (CEPEJ(2018)14, de 4 de dezembro) <https://rm.coe.int/carta-etica-traduzida-para-portugues-revista/168093b7e0>, da CEPEJ – Comissão Europeia para a Eficácia da Justiça, também do Conselho da Europa; é ainda de assinalar que, neste âmbito, questões como estas têm vindo a ser enfrentadas desde as *Orientações sobre a proteção das pessoas relativamente ao tratamento de dados no mundo dos megadados [Big Data]* (IT-PD(2017)01), de 23 de janeiro <https://rm.coe.int/16806e7a>, adotadas pelo Comité Consultivo da Convenção para a proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados pessoais, às quais se seguiram a *Recomendação* da Assembleia Parlamentar sobre *Convergência tecnológica, inteligência artificial e direitos humanos* (R 2012/2017), de 28 de abril <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=23726>, a *Declaração* sobre as *Capacidades manipulativas dos processos algorítmicos*, de 13 de fevereiro [https://search.coe.int/cm/pages/result\\_details.aspx?objectid=090000168092dd4b](https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=090000168092dd4b), e a *Recomendação aos Estados-Membros* relativa aos *Impactos dos sistemas algorítmicos sobre os direitos humanos*, de 8 de abril [https://search.coe.int/cm/pages/result\\_details.aspx?objectid=09000016809e1154](https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=09000016809e1154), ambas do Comité de Ministros; atualmente, no seguimento da *Resolução 2341* (2020), de 22 de outubro, sobre *A necessidade de uma governação democrática da inteligência artificial*, da Assembleia Parlamentar, desde 2022 estão em curso os trabalhos tendentes à consecução de uma *Convenção-Quadro sobre Inteligência Artificial, Direitos Humanos, Democracia e Estado de Direito*, cujos trabalhos estão em curso <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/cai>, embora estas fontes apenas tenham versões em inglês e francês.

cluindo os “modelos fundacionais” criados a partir de “aprendizagem profunda”<sup>49</sup>, mas cumprirá aferir se o texto final cumpre os critérios enunciados pelo TJUE no Acórdão *de quo*<sup>50</sup>.

Se assim não for, o *Regulamento IA* poderá ser também objeto de uma interpretação restritiva ou até anulado, como ocorreu com a *Diretiva sobre a conservação de dados do tráfego* [*id est*, dos “registros de conexão”<sup>51</sup>], de 2006, por força do Acórdão *Digital Rights Ireland*, em abril de 2014, igualmente do TJUE<sup>52</sup>.

Porém, os sistemas de IA baseados em “caixas-pretas” são suscetíveis de facultar pré-conceitos / pré-juízos considerados como adequados pelo aplicador / decisor humano, desencadeando o círculo / espiral hermenêuticos, com especial utilidade nos casos especialmente difíceis (*Hard cases*).

Adicionalmente, com o apoio da IA Generativa, podem ser enunciados os argumentos passíveis de virem a fundamentar a decisão, propiciando a fusão de horizontes do decisor com a comunidade jurídica no seu conjunto, promovendo a respetiva robustez perante as seguintes revisões, necessariamente humanas, ainda que também assistidas por IA.

Mas, estas reflexões já ultrapassam em muito o nosso objeto, necessariamente humilde.

49 Como o da Comissão Europeia [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip\\_23\\_6473](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_23_6473).

50 Entretanto, no dia 13 de março de 2024, o Parlamento Europeu aprovou uma versão ainda provisória do Regulamento, tal como resultou do acordo alcançado com o Conselho em dezembro e em consonância com o aprovado pelo Comité dos Representantes Permanentes dos Estados-Membros no dia 2 de fevereiro, ainda faltando uma revisão de todas as versões oficiais, a conformação pelo Parlamento e a votação final pelos Governos no Conselho, o que deverá ocorrer entre finais de abril e o início de maio, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138\\_PT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_PT.pdf). Embora o mais prudente seja aguardar pelos resultados, desde já, podemos apontar que, no que se refere às “Práticas de IA proibidas”, temos “A colocação no mercado, a colocação em serviço para esta finalidade específica ou a utilização de um sistema de IA para a realização de avaliações de risco de pessoas singulares a fim de avaliar ou prever a probabilidade de uma pessoa singular cometer uma infração penal, com base exclusivamente na definição de perfis de uma pessoa singular ou na avaliação dos seus traços e características de personalidade. Esta proibição não se aplica aos sistemas de IA utilizados para apoiar a avaliação humana do envolvimento de uma pessoa numa atividade criminosa, que já se baseia em factos objetivos e verificáveis diretamente ligados a uma atividade criminosa” (Art.º 5.º n.º 1 d) e *Considerando* (42)), além de terem sido introduzidas diversas salvaguardas adicionais para os “sistemas de inteligência artificial de risco elevado”, quando estes forem admissíveis, designadamente, sobre os regimes aplicáveis aos “Dados e governação de dados” (Art.º 10.º n.º 5) e às “Obrigações dos utilizadores de sistemas de inteligência artificial de risco elevado” (Art.º 6.º n.º 3), sempre com a “Supervisão humana” (Art.º 14.º), embora com um direito limitado à explicabilidade (Art.º 86.º), inclusive no respeitante aos “Sistemas de IA concebidos para serem utilizados por uma autoridade judiciária, ou em seu nome, para auxiliar uma autoridade judiciária na investigação e na interpretação de factos e do direito, bem como na aplicação da lei a um conjunto específico de factos, ou para serem utilizados de forma similar na resolução alternativa de litígios.” (Anexo III 8. e *Considerando* (61)), isto é, sempre e apenas enquanto sistemas de apoio à decisão. Sem esquecer a disciplina disposta para os “modelos de finalidade geral”, com o “Procedimento” de notificação, à Comissão Europeia, subseqüente à sua classificação (Art.ºs 51.º e 52.º) e a previsão de “Obrigações dos fornecedores” (Art.º 53.º), reforçadas para os “dos modelos com risco sistémico” (Art.º 55.º).

51 Na aceção do definido no Art. 5.º VI da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, *Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil* (o “Marco Civil da Internet”).

52 A Diretiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de 2006, *relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, e que altera a Directiva 2002/58/CE*, está acessível, aqui <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2006/24/oj/por>, enquanto o Acórdão relativo aos Processos Apensos C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources* e outros & *Kärntner Landesregierung* e outros c., o está aqui <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-293/12>.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDRINO, José de Melo (2010). “Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: Um esboço traçado a partir da variedade de concepções”. In *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, 4(11), pp. 13–38 <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/445>;
- ALEXANDRINO, José de Melo. “Hermenêutica dos Direitos Humanos” (2011). In *O discurso dos direitos*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 203–231 <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Alexandrino-Jose-de-Melo-Hermeneutica-dos-Direitos-Humanos.pdf>;
- ANALIDE, César & REBELO, Diogo Morgado (2019). “Inteligência artificial na era *data-driven*, a lógica *fuzzy* das aproximações *soft computing* e a proibição de sujeição a decisões tomadas exclusivamente com base na exploração e prospeção de dados pessoais”. *Fórum de Proteção de Dados* – Comissão Nacional de Proteção de Dados, 6, pp. 60–91 [https://www.cnpd.pt/media/y1nosvyp/forum6\\_af\\_web\\_low.pdf](https://www.cnpd.pt/media/y1nosvyp/forum6_af_web_low.pdf);
- BARBOSA, Mafalda Miranda (2017). “Inteligência artificial, *e-persons* e direito: desafios e perspectivas”. In *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, 3(6), pp. 1475–1503 [http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/6/2017\\_06\\_1475\\_1503.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/6/2017_06_1475_1503.pdf);
- BOTELHO, Catarina Santos (2017). “A dignidade da pessoa humana – Direito subjetivo ou princípio axial?”. In *Revista Jurídica Portuguesa*, 21, pp. 256–282 <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/9764>;
- BORGES, Patrícia Sousa. “A utilização de inteligência artificial na justiça aos olhos da proposta de regulação da União Europeia” (2022). In MOREIRA, Eva Sónia & FREITAS, Pedro Miguel (dir.). *Inteligência Artificial e Robótica. Desafios para o Direito do Século XXI*. Coimbra: Gestlegal, pp. 287–304 <https://hdl.handle.net/1822/80752>;
- COSTA, Inês da Siva (2021). “A proteção da pessoa na era dos *big data*: a opacidade do algoritmo e as decisões automatizadas”. In *RED – Revista Eletrônica de Direito*, 1 <https://cij.up.pt/pt/red/edicoes-antiores/2021-nordm-1/a-protecao-da-pessoa-na-era-dos-big-data-a-opacidade-do-algoritmo-e-as-decisoes-automatizadas/>;
- JERÓNIMO, Patrícia (dir.) (2015). *Os direitos humanos no mundo lusófono: o estado da arte*. Braga: Universidade do Minho – Observatório Lusófono dos Direitos Humanos <https://hdl.handle.net/1822/35271>;
- MARTINS, João Marques (2022). “Inteligência Artificial e Direito: Uma Brevíssima Introdução”. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Número Temático: Tecnologia e Direito*, LXVIII(1-2), pp. 487–506 <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2022/12/Joa%CC%83o-Marques-Martins.pdf>;
- MARTINS, José Joaquim de Oliveira (2022). “Proteção de Dados e o Sistema Judicial Português – Uma síntese”. In BARZOTTO, Luciane Cardoso & COSTA, Ricardo Hofmeister de Almeida Martins (dir.). *Estudos sobre LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados – lei nº 13.709/2018: doutrina e aplicabilidade no âmbito laboral*. Porto Alegre: Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região / Diadorim Editora, pp. 112–128 <https://cdea.tche.br/site/wp-content/uploads/2022/05/Estudos-sobre-LGPD.pdf>;
- MASSENO, Manuel David (2018). “A Proteção de Dados Pessoais em Portugal e nos Outros Países de Língua Portuguesa, uma Cartografia das Fontes Legislativas”. In *Revista Eletrônica Direito & TI*, 1(9), 7 <https://www.direitoeti.com.br/direitoeti/article/view/106>;
- MASSENO, Manuel David (2020). “Das consequências jurídicas da adesão do Brasil aos princípios da OCDE para a inteligência artificial, especialmente em matéria de proteção de dados”. In *Journal of Law and Sustainable Development*, 8(2), pp. 113–122 <https://doi.org/10.37497/sdgs.v8i2.34>;
- MASSENO, Manuel David (2022). “Consideraciones breves sobre los Fundamentos de la Propuesta de Ley de Inteligencia Artificial de la Comisión Europea”. In *Journal of Law and Sustainable Development*, 10(1) <https://doi.org/10.37497/sdgs.v10i1.238>;
- MASSENO, Manuel David (2022). “La Inteligencia Artificial y la Protección de Datos: la “elaboración de perfiles” para la prevención de delitos graves y del terrorismo en las Fuentes de la Unión Europea”. In *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, 17(2) <https://doi.org/10.5902/1981369483679>;
- MASSENO, Manuel David. (2023). “Entre dados e algoritmos: como a União Europeia procura proteger os cidadãos-consumidores em tempos de Inteligência Artificial assente em ‘Big Data’”. In *Revista do Direito* – Universidade de Santa Cruz do Sul, 71, pp. 47–78 <https://doi.org/10.17058/rdunisc.vi71.18962>;

MIRANDA, Jorge (2014). “A Dignidade Humana e a Unidade Valorativa do Sistema de Valores Fundamentais”. In *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, 52, pp. 71-91 [https://www.mprj.mp.br/documentos/20184/2550135/Jorge\\_Miranda.pdf](https://www.mprj.mp.br/documentos/20184/2550135/Jorge_Miranda.pdf);

NEIVA, Laura & MACHADO, Helena (2021). “*Big data* na investigação criminal: ‘Imaginário Europeu’ e orientações para o futuro”. In ARAÚJO, Emília Rodrigues; MACHADO, Helena & COSTA, António J. B. F. Jardim (dir.). *Ciência & política: fronteiras e interseções. II Jornadas Doutonais em Sociologia*. Braga: Universidade do Minho, pp. 28-41 <https://hdl.handle.net/1822/74887>;

NOVAIS, Paulo. “Como está a inteligência artificial a revolucionar o Direito: um caminho sem retorno”. In MIGUEL, João da Silva & LUÍS, Sandra dos Reis (dir.). *Tribunais e inteligência artificial: uma odisseia no século XXI - Colóquios do Supremo Tribunal de Justiça*. Lisboa : Supremo Tribunal de Justiça, 2023, pp. 38-47 <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2024/05/Livrodigital-Inteligencia-Artificial-2023.pdf>;

NOVAIS, Paulo & FREITAS, Pedro Miguel (2018). *Inteligência Artificial e Regulação de Algoritmos. Relatório | Maio de 2018*. Diálogos União Europeia / Brasil. Brasília: Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, Brasil [https://eubrdialogues.com/documentos/noticias/adjuntos/ef9c1b\\_Intelig%C3%AAncia%20Artificial%20e%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20de%20Algoritmos.pdf](https://eubrdialogues.com/documentos/noticias/adjuntos/ef9c1b_Intelig%C3%AAncia%20Artificial%20e%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20de%20Algoritmos.pdf);

PORTOCARRERO, Maria Luísa (2016). “Hermenêutica filosófica e mobilidade cultural: H.- G. Gadamer e a relevância das categorias de preconceito e fusão de horizontes e formação”. In CORNELLI, Gabriele & FIALHO, Maria do Céu; LEÃO, Delfim (dir.). *Cosmópolis: mobilidades culturais às origens do pensamento antigo*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, pp. 251-260 <http://hdl.handle.net/10316.2/40836>;

RAPOSO, Vera Lúcia (2023). “Juiz IA: Futuro, Utopia ou Distopia?”. In MIGUEL, João da Silva & LUÍS, Sandra dos Reis (dir.). *Tribunais e inteligência artificial: uma odisseia no século XXI*, cit., pp. 54-66 <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2024/05/Livrodigital-Inteligencia-Artificial-2023.pdf>;

VEIGA, José Francisco Bigotte da (2022). “O princípio da legalidade financeira e o problema da justiciabilidade em contexto de Inteligência Artificial”. In *Revista do Tribunal de Contas*, 4, pp. 51-69 [https://revista.tcontas.pt/edicoes/rtc\\_2022\\_04/estudo-03.html](https://revista.tcontas.pt/edicoes/rtc_2022_04/estudo-03.html).

Todas as hiperligações foram verificadas no dia 10 de abril de 2024.

## APÊNDICE

em modo de atualização

Comunicação apresentada no VI Colóquio da revista *Justiça com A* – “IA – Algoritmo e Direitos Humanos: Reflexões de quem forma e de quem julga”, realizado na Universidade Autónoma de Lisboa, com o respetivo Departamento de Direito, no dia 27 de novembro de 2024. A formatação e a ausência de notas ou de referências bibliográficas decorrem de o texto ter sido primariamente destinado a publicação na *Justiça com A*.

### DE IVRE CONDITO

a decisão judicial no Regulamento da IA, alguns apontamentos para o debate

#### 1. um ponto firme: a Dignidade [da pessoa] Humana

No Regulamento (UE) 2024/1689, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024, que cria regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial e que altera os Regulamentos CE n.º 300/2008, (UE) N.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e as Diretivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (Re-

gulamento da Inteligência Artificial [correntemente referido como o Regulamento da IA]), mesmo depois de todos os compromissos resultantes das negociações no seio do Parlamento e do Conselho, assim como e sobretudo no trílogo final, é assumido, logo no Artigo 1.º n.º 1, que:

“A finalidade do presente regulamento é melhorar o funcionamento do mercado interno e promover a adoção de uma inteligência artificial centrada no ser humano e de confiança, assegurando simultaneamente um elevado nível de proteção da saúde, da segurança e dos direitos fundamentais consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais, incluindo a democracia, o Estado de direito e a proteção do ambiente, contra os efeitos nocivos dos sistemas de inteligência artificial (“sistemas de IA”) na União, bem como apoiar a inovação.”

Objetivos estes reiterados e explanados, com algum detalhe e referências ao *iter* legislativo, incluindo a fase anterior à Proposta da Comissão (COM(2021) 206 final, de 21 de abril), nos *Considerandos* (1) a (8).

Consequentemente e de especial interesse para a presente temática, o n.º 2 do Artigo 7.º garante que:

“O direito da União em matéria de proteção de dados pessoais, privacidade e confidencialidade das comunicações aplica-se aos dados pessoais tratados em virtude dos direitos e obrigações estabelecidos no presente regulamento. [Por isso mesmo e em especial,] O presente regulamento não afeta o disposto nos Regulamentos (UE) 2016/679 [o Regulamento Geral sobre Proteção de Dados – RGPD, entre nós ainda complementado pela Lei n.º 34/2009, de 14 de julho, que estabelece o regime jurídico aplicável ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial] ou (UE) 2018/1725 [o “relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos e organismos da União”] nem nas Diretivas 2002/58/CE [a “relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas”, a Diretiva *ePrivacy*, transposta pela Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto] ou (UE) 2016/680 [a “relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais”, a Diretiva *Law Enforcement* ou Diretiva LE, transposta pela Lei n.º 59/2019]”

O que está em consonância com o alicerce valorativo último do Ordenamento da União Europeia, no qual a Dignidade Humana tem uma relevância de natureza constitucional. Como resulta, em termos explícitos, dos textos do *Preâmbulo* e do Artigo 2.º do *Tratado da União Europeia*, segundo o qual,

“A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem [os quais] são comuns aos Estados-Membros [...]”

O mesmo vale para a *CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, como é patente no *Preâmbulo* e nos Artigos 1.º, 6.º a 8.º e 47.º a 50.º, para não ir além da “Dignidade” (Título I) e pela “Justiça” (Título VI). Embora a “dignidade humana” esteja subjacente também às “Liberdades” (Título II) e aos direitos previstos em sede, “Igualdade” (Título III), “Solidariedade” (Título IV) e “Cidadania” (Título V), com projeções no Regulamento da IA que extravasam amplamente o objeto desta intervenção.

Aliás, confirmando-o, quando as negociações relativas ao Regulamento estavam adiantadas, a *Declaração Europeia* [interinstitucional] *sobre os direitos e princípios digitais para a década digital* foi assinada pelos Presidentes do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, sendo publicada oficialmente no *Jornal Oficial* a 23 de janeiro de 2023, a qual pode ter um alcance interpretativo suscetível de ir além da sua natureza apenas política. Na mesma, logo no ponto (1) do respetivo *Preâmbulo*, é explicitado que

“A União Europeia (UE) é uma «união de valores», consagrada no artigo 2.º do Tratado da União Europeia, fundada nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos humanos, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Além disso, nos termos da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a UE baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade.”

Depois, no que mais nos importa, precisamente a propósito das “Interações com algoritmos e sistemas de inteligência artificial”, no contexto do “Capítulo III – Liberdade de escolha”, temos que:

“8. A inteligência artificial deve ser uma ferramenta ao serviço das pessoas e ter o objetivo último de aumentar o bem-estar dos seres humanos” e “9. Todas as pessoas devem poder beneficiar das vantagens dos sistemas algorítmicos e dos sistemas de inteligência artificial, nomeadamente fazendo escolhas próprias e informadas no ambiente digital, estando simultaneamente protegidas contra os riscos e os danos para a saúde, a segurança e os direitos fundamentais.

[Consequentemente, com uma particular relevância para o nosso *quid*,]  
Comprometemo-nos a:

a) Promover sistemas de inteligência artificial centrados no ser humano, fiáveis e éticos ao longo do seu desenvolvimento, implantação e utilização, em consonância com os valores da UE;

b) Assegurar um nível adequado de transparência sobre a utilização de algoritmos e inteligência artificial e a garantir que as pessoas sejam capacitadas para a sua utilização e informadas quando interagem com eles;

c) Garantir que os sistemas algorítmicos se baseiam em conjuntos de dados adequados para evitar a discriminação e permitir a supervisão humana de todos os resultados que afetam a segurança e os direitos fundamentais das pessoas; [e]

e) “Prever salvaguardas e tomar medidas adequadas, nomeadamente através da promoção de normas fiáveis, para assegurar que a inteligência artificial e os sistemas digitais são sempre seguros e utilizados no pleno respeito dos direitos fundamentais.”

Ainda a este propósito, no referente a Portugal, além da ênfase colocada pela *Constituição da República* na “dignidade da pessoa humana”, logo no Artigo 1.º, com projeções diretas em sede de “tarefas fundamentais do Estado” (Artigo 9.º), e, bem assim, nas regras relativas à “integridade pessoais” e aos “outros direitos pessoais”, ao “direito à liberdade e à segurança”, às “garantias de processo criminal”, sem esquecer as atinentes à “utilização da informática” (Artigos 24.º a 27.º, 32.º e 35.º) e o dever de fundamentação das “decisões dos tribunais”, o qual é inerente à “tutela jurisdicional efetiva” e ao “direito de recurso”, este em processo penal (Artigos 20.º, 202.º n.º 2, 205.º n.º 1 e 32.º n.º 1, respetivamente).

Do mesmo modo, é ainda necessário sublinhar que a *Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital*, aprovada pela Lei n.º 27/2021, de 17 de maio, enunciava já no seu Artigo 9.º (“Uso da inteligência artificial e de robôs”), que:

“1. A utilização da inteligência artificial deve ser orientada pelo respeito dos direitos fundamentais, garantindo um justo equilíbrio entre os princípios da explicabilidade, da segurança, da transparência e da responsabilidade, que atenda às circunstâncias de cada caso concreto e estabeleça processos destinados a evitar quaisquer preconceitos e formas de discriminação.

2. As decisões com impacto significativo na esfera dos destinatários que sejam tomadas mediante o uso de algoritmos devem ser comunicadas aos interessados, sendo suscetíveis de recurso e auditáveis, nos termos previstos na lei.

3. São aplicáveis à criação e ao uso de robôs os princípios da beneficência, da não-maleficência, do respeito pela autonomia humana e pela justiça, bem como os princípios e valores consagrados no artigo 2.º do Tratado da União Europeia [e na Constituição da República, acrescento], designadamente a não discriminação e tolerância.”

Embora não devesse ser necessário repeti-lo, diferentemente da antes referida *Declaração Europeia* ou da *Declaración de Derechos Digitales* aprovada em 14 de julho de 2021 pelo Governo de Espanha, a nossa *Carta* é uma lei em sentido

formal. Do que advêm a todas as implicações próprias ao nosso sistema de Fontes, designadamente no respeitante à interpretação e à integração dos demais atos normativos relevantes para cada situação da vida.

## **2. As concretizações no Regulamento da IA, reflexões preliminares**

Antes de mais e em extrema síntese, ao estar explicitamente centrado nos riscos para os Direitos Fundamentais, o Regulamento da IA enuncia práticas de inteligência artificial proibidas” (Artigo 5.º) e disciplina em detalhe os “sistemas de inteligência artificial de risco elevado” (Artigos 6.º a 49.º e 72.º a 87.º) e os “modelos de IA de finalidade geral” (Artigos 51.º a 56.º e 88.º a 94.º), além de estabelecer “obrigações de transparência aplicáveis a determinados sistemas de inteligência artificial” (Artigo 50.º). Apenas ficam fora do seu âmbito de aplicação os sistemas de risco mínimo (Artigo 2.º, *a contrario*).

Quanto ao objeto específico desta intervenção, resulta que, entre os “sistemas de inteligência artificial de risco elevado” estão os relativos à “aplicação da lei [*i.e.*, “as atividades realizadas por autoridades responsáveis pela aplicação da lei ou em nome destas para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, incluindo a proteção contra ameaças à segurança pública e a prevenção das mesmas”, na definição constante do Artigo 3º 46)], na medida em que a sua utilização seja permitida nos termos do direito da União ou do direito nacional aplicável”, com desdobramentos, embora sempre “em apoio das autoridades responsáveis pela aplicação da lei” (Anexo III 6., alíneas de a) a e), como também decorre do enunciado no *Considerando* (59)).

Ao passo que, ficou proibida:

“A colocação no mercado, a colocação em serviço para esta finalidade específica ou a utilização de um sistema de IA para a realização de avaliações de risco de pessoas singulares a fim de avaliar ou prever a probabilidade de uma pessoa singular cometer uma infração penal, com base exclusivamente na definição de perfis de uma pessoa singular ou na avaliação dos seus traços e características de personalidade. [Porém...] Esta proibição não se aplica aos sistemas de IA utilizados para apoiar a avaliação humana [sublinhado meu] do envolvimento de uma pessoa numa atividade criminosa, que já se baseia em factos objetivos e verificáveis diretamente ligados a uma atividade criminosa.” (Artigo 5.º n.º 1 alínea d), cujo conteúdo ficou explicitado nos *Considerandos* (27) e (42) [Entretanto, a 4 de fevereiro, a Comissão Europeia aprovou um *Projeto de Orientações sobre práticas proibidas de inteligência artificial (IA), tal como definidas no Regulamento Inteligência Artificial* (C(2025) 884 final), o qual enuncia também o seu entendimento neste particular])

Por outro lado, já não limitadamente ao âmbito penal, vigora um dever transversal de transparência, conforme ao qual,

“Os responsáveis pela implantação de um sistema de IA que gere ou manipule texto publicado com o objetivo de informar o público sobre questões de interesse público devem revelar que o texto foi artificialmente gerado ou manipulado [Não relevando a delimitação negativa, “se os conteúdos gerados por IA tiverem sido objeto de um processo de análise humana”, por a utilização em análise implicar sempre o tratamento de dados pessoais].” (Artigo 50.º n.º 4 e *Considerando* (134)).

O que tem também uma relevância para o nosso objeto, em atenção ao *Princípio da Publicidade* das decisões judiciais, como resulta explicitamente do *CPC – Código de Processo Civil* (Artigos 163.º e 893.º), do *CPP – Código de Processo Penal* (Artigos 86.º e 87.º) e do *CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos* (Artigo 30.º).

O que nem será mais que uma projeção da transparência e da explicabilidade de algorítmicas já presentes no RGPD para as “decisões automatizadas [incluindo as] informações úteis relativas à lógica subjacente” (Artigos 13.º n.º 2 alínea a) e 14.º n.º 2 alínea g), assim como, substancialmente, no Art.º 11.º n.º 1 da Lei n.º 59/2019), a ser feito “de forma concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso, utilizando uma linguagem clara e simples” (Artigo 12.º n.º 1 e também Artigo 13.º n.º 2 da Lei n.º 59/2019, embora nesta com as limitações previstas nos preceitos seguintes), a qual está estreitamente ligada ao “Direito a explicações sobre as decisões individuais” nos “sistemas [...] de risco elevado” (Artigos 86.º e 6.º no 3, aclarados nos *Considerandos* (27), (59), (91) e (93) do Regulamento da IA).

### **3. E alguns pontos firmes da disciplina**

Em primeiro lugar, é necessário evidenciar estes regimes têm sempre por referência o «Responsável pelo tratamento» (Artigos 4.º 7) do RGPD e 3.º n.º 1 j) da Lei n.º 59/2019), o qual é também o “«Responsável pela implantação», ou seja, *in casu*, a “[...], autoridade pública [...] que utilize um sistema de IA sob a sua própria autoridade” (Artigo 3.º 4) do Regulamento da IA). O que exclui a licitude da utilização de tais sistemas por iniciativa pessoal de qualquer funcionário judicial ou, mais ainda, pela de quem exerce a judicatura, mormente tratando-se de “grandes modelos generativos de IA”, como o *ChatGPT*, o *Gemini*, o *Claude*, o *Llama* ou o *Mistral*, os quais estão abrangidos pelas regras aplicáveis aos “modelos de IA de finalidade geral” (*Supra*, assim como os *Considerando* (84), (85) e (99) do Regulamento da IA).

No entanto, salvo no que se refere à “aplicação da lei” [penal] e se não passar pela utilização de “modelos de IA de finalidade geral”, a adoção de sistemas de IA pela Justiça de sistema de IA não depende de procedimentos prévios de certificação, nem ficará proibida a partir do início de fevereiro de 2025. Porém, sempre que estiverem em conexão com uma qualquer rede, tais sistemas ficarão

sujeitos às certificações de segurança previstas no Regulamento (UE) 2024/2847, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2024, relativo aos requisitos horizontais de cibersegurança dos produtos com elementos digitais (Regulamento de Ciber-Resiliência), cuja articulação com o Regulamento da IA é explícita (Artigo 12.º e *Considerando* (51)).

Em qualquer caso, a utilização de tais sistemas estará sempre sujeita às referidas regras de explicabilidade e de revisibilidade humanas constantes do RGPD, além de a sua utilização pressupor a efetivação de uma “avaliação de impacto em proteção de dados”, de iniciativa e responsabilidade institucionais, podendo os seus resultados conduzirem a uma “consulta prévia à autoridade de controlo”, a Comissão Nacional de Proteção de Dados (Artigos 35.º e 36.º do RGPD, substancialmente replicados nos Artigos 29.º e 30.º da Lei n.º 59/2019).

Mas, a questão essencial prende-se com a utilização para estes fins de sistemas que funcionam com base em “caixas pretas”, como ocorre com as redes neuronais, como ocorre com os “modelos de IA de finalidade geral”. Em tais casos, faltarão a explicitação dos processos mentais cognitivos e volitivos subjacentes à fundamentação da decisão judicial, a qual é necessária para a sua legitimação e para o exercício do direito de recurso. Aliás, quando muito, esses sistemas podem facultar aos utilizadores simulacros de tais processos para fazerem as vezes da fundamentação requerida, desde logo pela *Constituição da República* (No, já mencionado, Artigo 205.º n.º 1, cuja densificação é, *v.g.*, operada pelos Artigos 154.º do *CPC*, 97.º n.º 5 do *CPP* e 94.º n.º 3 do *CPTA*).

Ora, a propósito da Diretiva (UE) 2016/681 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à utilização dos dados dos registos de identificação dos passageiros (PNR) para efeitos de prevenção, deteção, investigação e repressão das infrações terroristas e da criminalidade grave [Diretiva PNR] [transposta, pela Lei n.º 21/2019, de 25 de fevereiro], o Acórdão *Ligue des droits humains c. Conseil des ministres* (Processo C-817/19), de 21 de junho de 2022, mas com uma relevância transversal no tocante ao tratamento de dados por autoridades públicas e estando em causa os Direitos e as Liberdades Fundamentais, seguindo as Conclusões do advogado-geral Giovanni Pitruzzella, o TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia clarificou que estão excluídos, para esses tratamentos, os “sistemas de autoaprendizagem (*machine learning*) suscetíveis de alterar, sem intervenção e controlo humanos, o processo de avaliação [pois] o recurso a tais tecnologias poderia privar de efeito útil a verificação individual dos resultados positivos (194)”, pelo que, sempre segundo o TJUE,

“Importa acrescentar que o recurso a tais tecnologias poderia privar de efeito útil a verificação individual dos resultados positivos a fiscalização da legalidade [...]. Com efeito, como o advogado-geral salientou, em substância, [...] tendo em

conta a opacidade que caracteriza o funcionamento das tecnologias de inteligência artificial, pode revelar-se impossível compreender a razão pela qual um dado programa chegou a um resultado positivo.” (195)

Em conclusão, conforme ao Regulamento da IA, será lícita a utilização de sistemas de IA de apoio à decisão judicial, após certificação no que se refere ao Processo Penal e não se trate de uma “prática de IA proibida”, sempre e quando sejam sistemas lógico-simbólicos estruturados exclusiva e robustamente por programadores humanos.

Porém, no limite, será pensável a utilização pelos juízes de sistemas de IA generativa com a função de propiciarem pré-entendimentos hermenêuticos. O que exige sistemas informáticos criados e mantidos pelas próprias instituições, além de fechados ao exterior por razões de segurança. Sendo até de admitir incitações (*Prompts*) no sentido de tais sistemas simularem os referidos processos mentais subjacentes à fundamentação da decisão judicial, para além das próprias conclusões, nomeadamente a partir de processos anteriormente julgados pelos próprios juízes.

Mas, em qualquer caso, é fundamental que os magistrados estejam cientes dos enviesamentos resultantes da interação humana com máquinas (os denominados *automation bias*), em particular com sistemas de IA generativa. O que exige uma consistente “Literacia no domínio da IA” (Artigo 4.º e *Considerando* (20)), a ser efetivada sob responsabilidade institucional e sempre antes da implementação de quaisquer sistemas.

**Em suma, inclusivamente com fundamentos de natureza constitucional, o exercício da judicatura pressupõe decisões humanas esclarecidas e sempre suscetíveis de uma efetiva revisão também humana, mesmo se auxiliadas por sistemas de Inteligência Artificial.**

## CAPÍTULO 4

# SUSTENTABILIDADE NO MUNDO EMPRESARIAL

ALBERTO CARVALHO NETO

*Jeune: Organização de Jovens Empresários da União Europeia*

A JEUNE , organização de jovens empresários da União Europeia , nasceu em 1994 em Bruxelas , sendo uma organização que dá voz aos jovens empresários, trabalhando com uma relação de proximidade com as instituições de liderança Europeia, nomeadamente European Commission, European Parliament, European Economic and Social Committee , Organization for Economic Co-Operation and Development sendo que além do dialogo integra grupos de trabalho nos projectos relacionados com a European Youth Forum , European Young Innovators Forum, YEPA e OECD no grupo das pequenas e médias empresas.

É de extrema importância que haja bases para se criar negócios que sejam geradores de riqueza para a comunidade, da mesma forma, que quanto mais um empresário cresce , maior é a sua responsabilidade para com a sociedade em si, equilibrando a noção de deveres e responsabilidade com o seu percurso profissional.

A sustentabilidade tem portanto de ter um pilar económico financeiro de responsabilidade social , ambiental associado à sua gestão.

O maior ativo das empresas , são sem duvida as suas equipas, seus colaboradores, pelo que temos de saber proteger as pequenas e médias empresas , realçando os deveres e responsabilidades, nomeadamente a nível de ESG , Environmental Social and Governance. Dentro deste âmbito devemos ter em especial atenção a biodiversidade , recursos naturais e mudanças climáticas , bem como , a revisão e entendimento de toda a logística e manutenção laboral e desenvolvimento do capital humano e para isso devemos ter em consideração a governança corporativa, ética e o equilíbrio da mesma num mundo cada vez mais agressivo e onde os valores básicos por vezes são facilmente corrompidos!

É no entanto necessário refletir e entender que determinados parâmetros são demasiados teóricos , obrigando a criar mais postos de trabalho em controlo interno, e contratar especialista para acompanhar , quer internamente quer consultares, sendo que caso não estejamos atentos , além de ainda não estarmos preparados , estaremos a incorrer em custos extra e nalguns casos a desvirtuar a

essência da própria empresa quando estamos a falar no domínio das pequenas e médias empresas e como tal, alerta para o bom senso na aplicação das regras ESG protegendo a base da sociedade empresarial que na sua maioria é composta pelas pequenas e médias empresas, que precisarão de mais tempo, tolerância e proteção para se poderem adaptar e competir neste mundo cada vez mais desigual entre as grandes potências empresariais e os “nano/ micro empresários”.

Estando nesta casa tão importante e de grande prestígio, não posso deixar de solicitar equidade na punição empresarial quer na municipal, pois infelizmente tanto a nível europeu , como especialmente em Portugal, infelizmente, cada vez mais , assistimos a um desfasamento da lei aplicada ao tecido empresarial face as empresas e organizações estatais, tendo se banalizado em casos de crimes ambientais onde as empresas municipais são automaticamente perdoadas e só quando o ato é comprovado que venha do tecido empresarial é que os processos dão seguimento, ora isto, além de injusto, demonstra um desfasamento grave na sustentabilidade e na aplicação do equilíbrio da lei, tendo sido agravada neste momento em Portugal, devido ao casos excessivos de resgates de concessões de serviços essenciais como no caso do sector da água sem que haja razão para tal, sendo que tais ações impactam quer a nível económico, social e acima de sustentabilidade, pois deixa de haver um serviço de qualidade e de maior eficiência para substituir por um serviço meramente político, pontual e sem estratégia, onde o serviço passa a ser secundário e não prioritário.

Existem logicamente boas empresas municipais a prestar serviços nos sectores da água, energia e ambiente , mas o tecido empresarial tem se mostrado mais eficiente na maioria dos casos, sendo que, apenas solicitamos que sejamos tratados com o respeito e consideração devida e que se promova a sustentabilidade e as melhoras práticas independentemente da raiz corporativa!

Muito obrigado,

*Alberto Carvalho Neto*

## *PARTE II - ENCERRAMENTO*

# DISCURSO DE ENCERRAMENTO

JOSÉ IGREJA

*Juiz-Desembargador*

*Presidente do Tribunal da Relação do Porto*

Na cerimónia de abertura, hoje pela manhã, partilhava a alegria de receber nesta casa, em fratria que ultrapassa gerações, a Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa, em particular a plêiade de profissionais do Direito provindos do país irmão, o Brasil.

Glosando Chico Buarque, afinal esse “tanto mar, tanto mar” que nos separava transformou-se num Oceano que nos une, quase 50 anos depois de Abril; esteve bonita a festa, pá, fiquei contente, com o cheirinho a alecrim.

Por isso, agora que encerramos este dia intenso, é tempo de gratos agradecimentos.

Ao Dr. Nelson Faria de Oliveira, alma-mater deste Congresso que em hora feliz sugeriu a sua realização, emulando um anterior ocorrido no Supremo Tribunal da Justiça; aos distintos palestrantes e moderadores cujas palavras e ensinamentos foram a razão de ser do evento, aos participantes sempre atentos e envolvidos e aos nossos ilustres convidados que tanto nos honra receber no Palácio de Justiça do Porto.

Patriota? Não, só português – amenizava Fernando Pessoa pela voz de Alberto Caeiro. Com Torga, com Alegre, respira-se um Portugal maior: “sou a liberdade dum perfil desenhado no mar. Ondulo e permaneço”; “o teu destino é outra índia e outro mar. E a nova nau lusíada apontada a um país que só há no verbo achar.”

O achamento maior, todos o sabemos, esteve connosco.

“Verde mar, céu de anil. Nunca se viu tanta beleza. Ai, meu Deus. Que lindo o meu Brasil”, ecoava Vinícius de Moraes.

Foi um dia de afirmação da lusofonia num binómio de afetos: Brasil e Portugal.

Com a música magnífica da Orquestra Clássica do Centro – obrigado, Dra. Emília Martins – celebramos, com arte, uma conquista: a proximidade entre dois povos, Portugal e Brasil, que vivem hoje momentos únicos de uma longa história comum.

Exmos. Convidados

Porque o final de ano se aproxima, permitam-me, em esquisso breve, dar a conhecer as principais atividades do Tribunal da Relação do Porto, assentes na concretização dos nossos 4 pilares de intervenção cidadã: Uma Relação de Cooperação, Uma Relação Solidária, Uma Relação com as Artes e Uma Relação com a Cidade, o Porto, claro.

Este Salão Nobre foi palco, ao longo destes doze meses, de cerca de duas dezenas de eventos; as imagens de alguns, poucos, deles, organizados pelo Tribunal, estão agora patentes no monitor para que os recordem.

Representam gratas memórias de uma missão: servir a cidadania.

Desde um histórico encontro luso-espanhol em Vigo em parceria com o Tribunal de Justiça da Corunha e o Tribunal da Relação de Guimarães, reunindo mais de três dezenas de juizes de toda a Espanha e da região norte de Portugal, à nossa exposição coletiva Just'Arte com a mostra de pintura e fotografia de dezanove magistrados e funcionários, doze deles que já passaram por esta casa e que pode ainda ser visitada no nosso Piso Cultural, o 3º, ao reunir de nomes conhecidos como Pedro Mexia ou a poeta Inês Lourenço, a mãe, com a filha, a pianista Sofia Lourenço, à apresentação de obras de literatura ou jurídicas; imperou, aliás, uma preocupação de debater aqui temas atuais da ciência jurídica, em áreas como a arbitragem ou a execução de penas criminais.

Assistimos, com júbilo, a um Salão Nobre várias vezes lotado, numa demonstração de entusiasmo e participação cívicas.

Há exatamente uma semana atrás recebemos dezenas de jovens dos 6 aos 12 de idade ligadas a um projeto de ajuda – bela palavra – a crianças carenciadas. A Ajudaris.

Participamos ativamente no livro “Histórias da Ajudaris” e no seu prefácio tive oportunidade de citar um pequeno diálogo retirado do filme “A vida é bela”, de Roberto Benigni: Repara nos girassóis: curvam-se perante o sol, mas se vires algum demasiado inclinado significa que está morto. Tu estás a servir, mas não és um servo. Porque servir, servir o outro, essa é a arte suprema.

Um ideal, nobre, sempre renovado, de serviço; de serviço público.

Essa a razão de ser do nosso trabalho!

Caros Colegas

Além de vários projetos que incluem um acordo de geminação com o Tribunal de Apelação de Reims, em França, iniciativa conjunta com a Procuradoria Regional do Porto e o Conselho Distrital da Ordem dos Advogados, ou a cooperação que queremos aprofundar com a Academia, aqui tão bem representadas pelos

professores Paulo Tarso e Manuel Fontaine, amigos desta casa, destaco duas iniciativas verdadeiramente emblemáticas, a concretizar no primeiro trimestre de 2024.

A primeira envolve o nosso Palácio da Justiça e decorre de uma tripla intervenção na área ambiental, tendo o Tribunal da Relação do Porto subscrito o Pacto do Porto para o Clima num esforço de certificação ambiental, de reconhecimento na área da sustentabilidade e ação climática.

Implementamos a separação de resíduos, eliminamos o plástico e ao que creio, pela primeira vez, no edifício do judiciário português, numa obra de grande dimensão, contratualizamos a instalação de painéis fotovoltaicos. A obra, ambiciosa, inicia-se nas primeiras semanas tem um prazo de execução acordado e contamos tê-la concluída em Março do próximo ano.

Assumimos, com a indispensável ajuda da Câmara Municipal do Porto, a cujo Presidente muito agradecemos todo o apoio, um compromisso efetivo com a sustentabilidade neste pacto coletivo para o clima.

É tempo de os tribunais, o sistema judicial, dar um sinal concreto nesta temática decisiva para o nosso futuro, para o futuro da humanidade. O desenvolvimento sustentável interpela-nos a todos.

Não há Planeta B!

A segunda iniciativa materializa-se na abertura que se anuncia para breve do nosso Museu. O Museu do Conflito.

Nele, procuramos, com audácia e modernidade, expor o nosso espólio àqueles que nos visitam. Um museu interativo, que convida à participação do visitante, que explica a temática do conflito na história, em especial da cidade do Porto, das suas gentes, sempre na primeira linha na defesa dos ideais liberais, da liberdade.

Um museu que ambiciona congregar num propósito comum – a afirmação de um não rotundo à guerra e à violência. Afirma-se a perspetiva cidadã da essencialidade do tribunal, enquanto fator pacífico de resolução de conflitos, enquanto último reduto que afasta a lei do mais forte e a todos trata por igual. Um tribunal que existe como tal porque nele trabalham juizes independentes e imparciais.

A deusa Themis que guarda a porta do Palácio ilumina o caminho do conhecimento pela pedagogia da partilha da nossa história e património cultural, pela rejeição quotidiana, tenaz, das injustiças. Como se explica no poema de Borges que pontifica numa das paredes do museu, homenageamos os justos, aqueles desconhecidos, por muitos ignorados, que, sem o saber, estão a salvar o mundo.

Contamos com cada um de vós e com as instituições que representam, para a melhor promoção do nosso novo Museu, desafiante e arrojado; só convosco podemos almejar ao seu sucesso.

Exmo. Sr. Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

Vossa Excelência tem-no denunciado com coragem e invulgar abnegação. Admiro a sua frontalidade, própria das gentes do Norte. Partilho a sua preocupação, cimentada numa carreira de décadas de dedicação desinteressada à causa pública; um exemplo de juiz, íntegro, ímpoluto, incansável no seu mester, que muito admiramos nesta Casa que será sempre sua.

Os tribunais da Relação, os filhos do meio como tão bem V. Exia. identificou, continuam a ser ignorados, de forma grosseira, por aqueles a quem cabe definir as políticas públicas.

Aguardamos há 23 anos a regulamentação de uma autonomia para as Relações aprovada por decreto no já evanescente ano 2000 e que, nos termos da lei, definia um prazo fulminante de 120 dias para a criação de serviços de apoio autónomos e dos nossos conselhos administrativos.

Pois é: já lá vão 8.518 dias, o atraso contabiliza-se, contas feitas, em 8.358 dias.

Mas como diria o grande poeta e escritor do Porto, Manuel António Pina, calma, ainda não é o fim do mundo, é apenas um pouco tarde...

Em recentes intervenções públicas, ou conversando informalmente com académicos, juristas ou profissionais de outros ofícios, costumo perguntar, por graça (ou desgraça), quantos assessores trabalham aqui na Relação chamada a decidir em matérias cada dia mais complexas e exigentes, com consecutivas impugnações da matéria de facto.

Sim, quantos funcionários auxiliam os órgãos de gestão na condução de um tribunal que, como nenhum outro, se multiplica em atividades de cidadania, em projetos estruturais que marcam a vida do Palácio de Justiça? Quantos assessores, afinal, trabalham, auxiliando os nossos desembargadores no dia-a-dia, tornando menos penosa as tarefas, muitas de pendor meramente burocrático ou rotineiro?

Trinta assessores, aventam uns; não menos, vinte, dizem outros, depende da jurisdição afirmam mais uns quantos – certamente haverá, no mínimo, uma ou duas dezenas e depois alguns mais, recrutados ocasionalmente para processos mais complexos; deveriam ser mais do que os que existem - avançam, timoratos, ainda alguns, sem arriscar num número, receando errar por defeito.

Pois é, remato eu, após teatral silêncio: a resposta não é um número, é um não número – um rotundo, inequívoco, absoluto, zero.

Encolhem os ombros e seguimos todos, conformados, adiante.

Esta constitui, cruamente, a nossa quotidiana realidade.

Mas, *et pour si muove*, diria Galileu, ainda assim, o sistema funciona. Graças ao esforço abnegado, discreto, sissifiano dos meus colegas, mantemos índices de produtividade notáveis, conseguimos resistir à resignada apatia a que fomos votados.

Porém, não nos iludamos, o cansaço, a desilusão, bem presente, ao longo dos anos que se somam, também muito sentida pelos funcionários judiciais, cresce, espalha-se, teimosa erva daninha.

Caros Colegas

Ilustres convidados

Sinalizado o nosso desencanto, termino, porém, com uma nota luminosa de alegria, ambição e esperança.

Alegria pelo sucesso desta iniciativa que une Portugal e Brasil e pela excelência dos nossos palestrantes que intervieram ao longo do dia.

Ambição de continuarmos juntos, solidários no propósito comum de servir a causa pública, de servir os nossos concidadãos. Porque servir radica no divino.

Esperança renascida nesta quadra de Natal. Melhores dias virão.

“Quando estimo alguém, perdoo; quando não estimo, esqueço” - ensinava Machado de Assis, o pai do realismo brasileiro.

Saibamos, pois, praticar a arte do perdão.

O desânimo, esse, fica lá fora.

Esperança sempre porque o Natal é sonho, vontade, compromisso.

Onde a guerra persiste, malvada, que triunfe finalmente a Paz.

Feliz Natal para todos e cada um de vós!



**tirant**  
lo blanch

[editorial.tirant.com/br](http://editorial.tirant.com/br)