

Metodologias de Investigação no Direito (Público)

(Re)making the public law research

III Encontro Ibérico de Doutorandos em Direito

Universidade do Minho / Universidade de Salamanca

Coordenação Científica

Isabel Celeste M. Fonseca
Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell

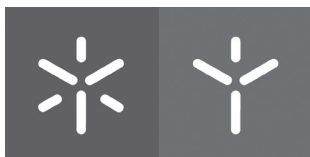
Coordenação Executiva

João Vilas Boas Pinto
Walter Reifarth Muñoz



UMinho Editora





Universidade do Minho

Escola de Direito

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Isabel Celeste M. Fonseca

Lorenzo M. Bujosa Vadell

COORDENAÇÃO EXECUTIVA

João Vilas Boas Pinto

Walter Reifarth Muñoz

AUTORES

Fabiano Garcia Teixeira

Itziar Sobrino García

Yuri Rodrigues Ladeia

Fernanda Karoline Calixto

Carolina Trigueiro de Sousa

Carlos Rodrigues Carneiro

Murilo Strätz

Benilde Pereira Moreira

Juan Vicente Guaño Costales

Ignacio M. Soba Bracesco

Ana Teresa Intriago Ceballos

Christian Silva Lemus

Paulo Linhares Dias

Clara de Sousa Alves

Pedro Ferreirinha Alves

Jaime Criado Enguix

COORDENAÇÃO EDITORIAL

????????????????????

DESIGN

Pedro Rito

PAGINAÇÃO

Carlos Sousa | Bookpaper

IMPRESSÃO e ACABAMENTOS XXX

EDIÇÃO Escola de Direito da Universidade do Minho / JusLab (JusGov)

LOCAL DE EDIÇÃO Braga, novembro de 2022

DEPÓSITO LEGAL N° XXX

ISBN impresso 978-989-53342-8-5

ISBN digital ???-???-????-??-?

DOI <https://doi.org/?.????/uminho.ed.??>

Os conteúdos apresentados (textos e imagens) são da exclusiva responsabilidade dos respetivos autores.

© Autores / Universidade do Minho – Proibida a reprodução, no todo ou em parte, por qualquer meio, sem autorização expressa dos autores.

Metodologias de Investigação no Direito (Público)

(Re)making the public
law research

III Encontro Ibérico de Doutorandos
em Direito

Universidade do Minho/Universidade
de Salamanca

2022



Sumário	5
Nota prévia	7
Prefácio	9
Secção 1 – Direito Administrativo e (Nova) Governação Pública	13
<i>Administración Pública, tempo e historia. A (nova) governação pública,</i> Fabiano Garcia Teixeira	15
<i>Los nuevos retos en el Derecho Público en época de pandemia: la intensificación de la digitalización y el uso de tecnologías disruptivas en la Administración Pública. Reflexiones desde el caso español,</i> Itziar Sobrino García	31
<i>A Administração Pública aberta conjugada com o regime jurídico da proteção de dados pessoais na era da economia de dados: breves comentários sobre a necessidade e os caminhos para a harmonização,</i> Yuri Rodrigues Ladeia	43
<i>Direito Administrativo do espetáculo e espetacularização do consenso administrativo,</i> Fernanda Calixto	57
<i>A proteção ao meio ambiente nas atuais Constituições da Espanha e do Brasil,</i> Carolina Trigueiro de Sousa	71
Secção 2 – Direito Económico-Financeiro	85
<i>O papel das instituições financeiras e o impacto económico do Direito de retenção,</i> Carlos Rodrigues Carneiro	87
Secção 3 – Direito Processual e Direito Penal	101
<i>Argumentos extrajurídicos são factos ou normas em Direito Processual? Uma breve defesa do princípio de Hume,</i> Murilo Strätz	103
<i>O género como enunciado argumentativo da decisão judicial,</i> Benilde Pereira Moreira	119
<i>La Justicia apoyada por la tecnología: una guía para el respecto al debido proceso en tiempos de COVID,</i> Juan Vicente Guaño Costales	139
<i>Las fuentes del Derecho procesal y el desafío de regular realidades disruptivas en el siglo veintiuno,</i> Ignacio M. Soba Bracesco	155
<i>Los cambios en el sistema procesal ecuatoriano: una promesa pendiente,</i> Ana Teresa Intriago Ceballos	171
<i>Sistema financiero digital y su rol antagónico de la criminalidad tecnológica actual,</i> Christian Silva Lemus	183

Secção 4 – Direito Transnacional: Global, Internacional e Europeu	197
<i>O Direito Público Global e a sua influência na metodologia da investigação jus publicista,</i>	199
Paulo Linhares Dias	221
<i>A violação de direitos de personalidade na internet: o foro competente,</i>	
Clara de Sousa Alves	239
<i>União Aduaneira Digital. Motivações e desafios contemporâneos,</i>	
Pedro Ferreirinha Alves	255
<i>La red de investigación como instrumento innovador para la investigación y la docencia en ciencias jurídicas,</i>	
Jaime Criado Enguix	

Nota prévia

É com muito gosto que escrevo umas notas prévias às Atas que retratam para memória futura o III Encontro Ibérico de Doutorandos em Direito da Universidade do Minho e da Universidade de Salamanca. O Encontro académico aconteceu nos dias 24 e 25 de março de 2022, em modelo híbrido (presencial, na Escola de Direito da Universidade do Minho, e online) e teve como tema de trabalho *As metodologias de investigação no direito (público) / (re)making the public law research*.

Começo naturalmente por agradecer a todos os que responderam ao desafio dos promotores desta 3.^a edição de intercâmbio científico de doutorandos internacionais e, neste fórum, vieram repensar as *Metodologias de Investigação no Direito (público)*. E agradeço penhoradamente a todos aqueles que agora vêm juntar neste livro os textos que serviram de base, naquela altura, à respetiva intervenção oral.

Nestes 2 dias ficaram espelhadas as dificuldades e as inquietações metodológicas pela quais passam os investigadores da área do direito público, tendo em conta os diversos fenómenos disruptivos atualmente vivenciados, como são os que dizem respeito à Pandemia Covid-19 e à intensificação da digitalização, bem como os que são atinentes a novas formas de normatividade leve, frágil ou aberta, multiplicada avulsamente, sem códigos, resultante de novas e algumas desconcertantes fontes de direito público, que o vão enriquecendo, é certo, mas que também o vão ironicamente desassossegando. Paradoxalmente, some-se a intensificação da europeização jurídica, a deslegalização e a tecnicidade crescente e os mil e um inglesismos acolhidos em regulamentos que ocupam, no cenário da vinculação pública à lei, o lugar da lei, bem como a erosão das instituições e de institutos clássicos, caros ao Estado de Direito e à reserva da função jurisdicional.

Sempre com muito otimismo, o Encontro incluiu 4 principais painéis temáticos, e neles os investigadores partilharam as suas reflexões, as suas ideias e investigações já feitas. Muitas questões e muitas incertezas foram evidenciadas no congresso em torno do Direito Administrativo e da Governação Pública, do Direito Económico-Financeiro, do Direito Processual e do Direito Penal e, como não poderia deixar de ser, do Direito Transnacional (direito global, internacional e europeu). Todas elas são agora aqui apresentadas.

Mais uma vez, a todos agradeço genuinamente o trabalho e empenho postos na preparação das comunicações e dos textos finais. As comunicações escritas vão permitir-nos desfrutar hoje das reflexões que na altura foram partilhadas com muito entusiasmo nos dois dias de intensa discussão e divulgação de conhecimento.

Aos conferencistas cujas verdadeiras lições nestas áreas temáticas foram intercalando o evento, deixo a minha absoluta gratidão. Todos nos lembraram que o Direito é Ciência. As suas palestras permitiram resgatar o Direito Público, que é resiliente, reconquistar a normatividade vinculativa, e revisitar as metodologias de investigação através da interdisciplinaridade, uma vez que o diálogo entre ciências é necessário, sendo necessário também o diálogo transnacional e o trabalho em rede, o estudo de direito comparado e a investigação teórica acompanhada da pesquisa empírica.

Sou gratíssima à Doutora Maria Clara Calheiros, à Doutora Maria Tereza Fonseca Dias, ao Doutor Ricardo Cunha, à Doutora Raquel Castillejo, ao Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente, à Doutora Marta del Pozo Pérez e ao Doutor Joaquim Freitas da Rocha.

Por último, sou obrigada aos colegas, Walter Reifarth Muñoz (USAL) e João Vilas Boas Pinto (EDUM), a quem as Atas e a realização do III Encontro Ibérico de Doutorandos deve a sua existência e excelência. Eles conduzem os processos burocráticos e trataram de todos os pormenores de operacionalização deste evento e desta coletânea de textos escritos.

Ao Doutor Lorenzo M. Bujosa Vadell, sou grata pela amizade que nos dispensa (a mim, pessoalmente, e à Escola de Direito da Universidade do Minho) e pela insubstituível parceria na coordenação científica desta iniciativa.

Estamos certos ambos de que devemos dar continuidade a estes Encontros. Eles são de muita valia e são de valia para quem, sobretudo em tempos tão incertos, como são os nossos, se sente afastado e impedido de viajar e fazer deslocações para investigar, ir a bibliotecas, conversar com os colegas e dialogar com os respetivos orientadores. Este é o nosso pequeno contributo para que nada disso afaste da investigação aqueles que o gostam de fazer.

Votos de muito boas leituras a Todos – sejam doutorandos da Escola de Direito da Universidade do Minho ou da Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca. Seja quem seja, desejamos a Todos que nestas Atas encontrem razões para continuar a investigar com seriedade, honestidade intelectual e sobretudo com a alegria e a esperança de que o seu trabalho é também um contributo válido para salvar o conhecimento jurídico, o Direito, os direitos, os direitos das pessoas, as Pessoas e a Humanidade.

Gualtar, setembro de 2022

Isabel Celeste Fonseca

Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho

Prefácio

Contribuir con unas palabras iniciales a la presentación de los trabajos que se presentan en este *Livro de Atas del III Encontro Ibérico de Doutorandos em Direito* es para mí un acontecimiento muy gratificante. Es una nueva expresión de una fructífera cooperación entre la Universidade do Minho y la Universidad de Salamanca, que va dando muestras periódicas de la capacidad de ambos centros docentes de atracción de jóvenes investigadores, capaces de mostrarnos continuamente facetas originales a los variados objetos de estudio que acogemos dentro de esa amplia denominación de “Derecho público”.

Es de justicia reconocer la paciente mano de la Prof.^a Fonseca, que de una manera exquisita y con gran inteligencia ha sabido aunar las voluntades necesarias para que de nuevo se produjera un encuentro científico de alto nivel como muestra de varios diálogos concertados de manera brillante. Es un tópico decir que Portugal y España han estado mucho tiempo de espaldas, pero tanto la Prof.^a Fonseca como yo mismo tenemos la convicción de empeñarnos en demostrar lo contrario, y si me permiten la inmodestia, diría que con un éxito evidente.

Gran responsabilidad en la obtención de tales resultados positivos recae en unos incansables juristas cuyo apoyo, en este y en muchos otros proyectos, ha sido fundamental. La diligencia y la sensatez de João Vilas Boas Pinto, por el lado portugués, y de Walter Reifarth Muñoz, por el lado español, han asegurado la brillantez del evento, primero, y la excelente obra colectiva que sigue a estas primeras líneas después.

La convocatoria se hizo desde la perspectiva metodológica, que es la que preocupa primariamente a quien se dedica a la que va a ser probablemente la mayor investigación de su vida, tanto por las dimensiones de la tarea acometida, como también por la profundidad y dedicación que exige, por mucho que la experiencia ulterior enseñe nuevas habilidades y aporte nuevos conocimientos. Pero el punto de vista de la convocatoria tuvo la flexibilidad suficiente para permitir a nuestros doctorandos, de ambas instituciones universitarias, acudir a la llamada bien dispuestos a mostrar sus abundantes capacidades y dar pie a nuevas reflexiones, en un evidente avance de la ciencia iuspublicista.

Antes aludía al cruce de diálogos que tuvo lugar en estas jornadas, y aludía al más obvio, al que aportan las dos universidades amigas, con la gozosa personificación en Isabel y yo mismo, y en João y Walter; pero esta es solo la base inicial que tuvo la virtud de propiciar la construcción de conocimiento cuya evidencia puede comprobarse en las páginas que siguen.

Fueron cuatro las secciones en las que se distribuyó la aportación dialógica, como no podría ser de otra manera en la investigación científica, y aún más si es universitaria. Profundizamos en temas nuevos para exponerlos a la comunidad en la que nos encontramos y así enfocamos aspectos menos estudiados con el fin de llevar a nuevas reflexiones colectivas, que puedan coadyuvar, en mayor o menor medida, a ofrecer soluciones a complejos problemas sociales.

Por un lado, la conformación intrincada de nuestros imperfectos Estados sociales de Derecho merece análisis cuidadosos que impliquen nuevas perspectivas del Derecho Administrativo, hasta el punto de anunciar nuevos modelos de gobernanza pública, que precisan de revestimientos jurídicos lógicos y coherentes. Desde la mirada en la historia se afrontaron los nuevos retos que la exuberante realidad plantea, con indiscutibles entronques constitucionales.

En segundo lugar, tenemos una aportación singular en el ámbito del Derecho económico-financiero, que tiene un ineludible protagonismo en nuestros días, y que facilita enfoques novedosos en el examen de figuras más tradicionales.

La tercera sección se dedica a un ámbito más próximo a mi campo, el Derecho Procesal, en el que se reunieron diversos estudios de gran interés, al que se añade uno más en el ámbito jurídico-penal material sobre la problemática de la delincuencia económica, que se ha beneficiado de circunstancias particulares en los aciagos tiempos de pandemia por los que nos tocó pasar.

La Covid-19 también ha servido de excusa para algunas de las exposiciones procesalistas, en las que, sin embargo, el fondo de los planteamientos poco tiene de coyuntural, en especial la utilización de nuevos medios tecnológicos para tareas jurisdiccionales tradicionales. Pero también contamos en la aplicación de metodologías que conocemos ahora como “disruptivas”, porque suponen cambios radicales en la administración de la justicia. Todo ello acompañado de juiciosos estudios sobre argumentación judicial o sobre reformas pendientes.

Finalmente, en el último bloque, se destaca la transnacionalidad, en sus diversas dimensiones, desde una perspectiva de globalidad, propiamente internacional, o particularmente referida a esa peculiar organización de integración que conocemos como Unión Europea, y que nos exige adaptaciones de los conceptos inveterados. En realidad, cualquiera de los trabajos expuestos en esta cuarta sección implica la necesidad metodológica de adaptar los instrumentos conceptuales tradicionales a realidades más nebulosas y laberínticas, pero reales en el tráfico jurídico transnacional.

Si no fuera suficiente con la acumulación de diálogos a los que me he referido hasta ahora, conviene resaltar otro más que, en mi opinión, constituye otro factor singular para congratularnos de los resultados de esta loable iniciativa. Me refiero a la heterogeneidad de procedencias de los distintos expositores y, por tanto, de los autores de los diversos estudios que se reúnen en esta obra. Por supuesto, contamos con autores portugueses y españoles, pero en una jubilosa minoría, pues les acompañan

uruguayos, ecuatorianos, brasileños, entre otros, lo cual supone otro mérito objetivo, pues el encuentro de investigadores se ve enriquecido de manera exponencial.

Con estas sencillas apreciaciones, queda corroborada fácilmente la idea de que el Derecho dista de ser un objeto de estudio meramente nacional, si es que aún cupiera alguna duda. La yuxtaposición de diálogos a los que me he referido ilustra de manera ordenada esta constatación. El lector podrá beneficiarse de esta multiplicidad de dimensiones, guiadas por el *leit motiv* que aparece en el título mismo de la obra, en cuanto se adentre en ellas, no necesariamente de manera ordenada, pues cada pieza de la composición global tiene sentido en relación con las demás, como contribución significativa al estudio Derecho público.

Salamanca, septiembre de 2022

Lorenzo M. Bujosa Vadell

Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca

SECÇÃO 1

Direito Administrativo e (Nova) Governação Pública

Administração Pública, Tempo e História: A (nova) governação pública

Fabiano Bastos Garcia Teixeira¹

Sumário: 1. Notas introdutórias. 2. Administração Pública, Tempo e História: uma relação fluida. 3. Relação entre Governação e Governo: uma passagem pelo tempo. 3.1. Neoliberalismo – o Estado Mínimo. 3.2. Intervencionismo – o Estado Gordo. 3.3 Globalização – *New Public Governance*. 4. Considerações Finais. 5. Bibliografia.

Resumo: O presente estudo inicia uma reflexão sobre as categorias tempo, história e Administração Pública, partindo de uma breve análise dos paradigmas de cada época no processo evolutivo da Administração Pública. A complexidade que envolve a relação entre tempo e história é elementar ao estudo do Direito Administrativo, sem dispensar a abordagem sob o aspecto interdisciplinar. O ponto de partida são algumas características dos modelos clássicos de Administração Pública, designados *Old Public Governance*, assim como o modelo contemporâneo em desenvolvimento, o *New Public Governance*, especialmente quanto ao aspecto da ingerência na vida dos administrados. Por fim fim, pretende-se, com a brevidade necessária, uma melhor compreensão a respeito da comunicação das características entre os modelos distintos da Administração Pública, a relação entre as diferenças e as semelhanças, e uma possível perspetivação sobre os novos tempos.

Palavras-chave: Tempo. História. Administração Pública.

Summary: 1. Introductory Notes. 2. Public Administration, Time and History: a fluid relationship 3. Relationship between Governance and Government: a passage through time. 3.1. Neoliberalism – the Minimal State. 3.2. Interventionism – the Fat State. 3.3 Globalization – *New Public Governance*. 4. Final Considerations. 5. Bibliography.

Abstract: The present study begins a reflection on the categories of time, history and Public Administration, starting from a brief analysis of the paradigms of each era in the evolutionary process of Public Administration. The complexity that involves the relationship between time and history is elementary to the study of Administrative Law, without dispensing with the approach from an interdisciplinary aspect. The starting point is some characteristics of the classic models of Public Administration, which is called Old Public Governance, as well as the contemporary model under development, the New Public Governance, especially regarding

¹ Advogado, Especialista em Ciências Penais (Unisul), Mestre em Direito Administrativo (Uminho) e Ciências Jurídicas (Univali), Doutorando em Ciências Jurídicas Gerais (Uminho).

the aspect of interference in the lives of those administered. In the end, it is intended, with the necessary brevity, a better understanding about the communication of the characteristics between the different models of Public Administration, the relationship between the differences and the similarities, and a possible perspective on the new times.

Keywords: Time. Story. Public Administration.

1. Notas introdutórias

No assentamento temporal da Pós-Modernidade torna-se possível uma nova leitura da noção de Administração Pública. Com o supedâneo das correntes doutrinárias defensoras da existência de uma Nova Administração Pública, partimos da necessidade de averiguar possíveis respostas ao problema: há uma relação de oposição entre “velha” e “nova” Administração Pública?

O breve estudo sobre aspectos do tempo e da história abordará a matéria administrativa no que concerne aos modelos clássicos de Administração Pública representativos de fases históricas, procurando aferir uma certa fluidez sistemática, partindo-se da hipótese de que representa incoerência tratar o tema sob a rigidez de uma concepção unificada e exclusivista, ainda que para fins meramente didáticos ou de categorização.

Mais a mais, a passagem do tempo confere significativas mudanças para a humanidade, logo, também, para a Administração Pública, que num ritmo mais desacelerado (supostamente), encarou as transformações alheias e transformou-se² na medida dos valores que a ela se agregam, matizados pela ordem cultural³ e jurídica dos Estados a que pertencem.

A importância da história em registrar essa passagem do tempo é possibilitar o estudo crítico, sendo por tal razão unificada de uma forma linear, abandonando suas cosmovisões específicas, ou seja, insere-se numa “simetria culturalmente elaborada”⁴. Defende-se a exigência de contextualização, portanto de uma suficiente autenticidade que sustente a capacidade de antecipar os factos por previsão racional.

Ainda nessa mirada histórica, a investigação sobre características da *Old Public Governance* busca revelar os padrões de relacionamento da Administração Pública com os administrados, seja na esteira da tutela por intermédio do providencialismo, seja pelo provincianismo da burocracia. Busca-se, sobretudo, verificar se tais padrões atendem (isoladamente) às demandas atuais mais complexas da Pós-Modernidade.

Já por outro lado, perspectiva-se a *New Public Governance* não como uma contrária versão da Administração Pública clássica, mas, sobretudo, na mobilização de uma

2 As transformações da Administração Pública atribuem-lhe a qualidade de «metamorfoseada», especialmente sobre a realidade de uma “administração em fuga para o sector privado”; Vd.. Fonseca, Isabel Celeste M., *Processo temporalmente justo e urgência: contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa*. Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 38.

3 Sobre o tema e a respeito das interculturalidades, trata-se de “um conjunto de atitudes, ideias, experiências, padrões de valores, de expectativas de acções e comportamentos objetivos dos cidadãos e dos grupos plurais. Nesta cultura, inclui-se o comportamento dos órgãos do Estado referentes à Constituição, entendida como processo público”; Vd. Canotilho, J. J. Gomes. *“Brançosos” e Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos Sobre a Historicidade Constitucional*. 2ª ed. Almedina, Coimbra, 2008, p. 273.

4 Vd. Gauer, Ruth Maria Chittó, “Falar o tempo, viver o tempo!” in: *Tempo e Historicidades (Série Monumenta)*, (coord. Ruth Maria Chittó Gauer), EDIPUCRS, Porto Alegre, 2016, p. 33.

«reflexão integrada» sobre Administração Pública, baseada em princípios e soluções “para os estrangulamentos e para as várias disfunções do sistema”⁵.

Logo, o ponto de partida é a ideia de que a *New Public Governance* não representa um conceito revolucionário ou um novo paradigma no processo evolutivo da Administração Pública, em especial, pelas intercorrências sistêmicas. Outrossim, a vista de certa fluidez da matéria administrativa, a revelação gira em torno de uma nova compreensão de Administração Pública, o que se conjectura pela análise qualitativa das suas características na passagem do tempo.

2. Administração Pública, tempo e história: uma relação fluida

*A torrente da história argamassa sucessivas camadas de aluviões jurídico-administrativos, cujo parentesco se desenha em relações flutuantes, porque, em matéria administrativa, as coisas são historicamente fluidas*⁶.

Para se falar em velha e nova Administração Pública é preciso refletir sobre duas categorias essenciais: tempo e história. Leia-se: aquele, em sua complexidade de mensuração⁷, esta, em sua tentativa de estabelecer um vínculo pragmático entre os paradigmas. A propósito, “o novo corresponde apenas à substituição do que já existe”? “Mudança” corresponde a “superação do outro”, num panorama de “reconfiguração paradigmática”⁸? Facto é que a Administração Pública “insere-se sempre num certo contexto histórico constituinte e reconstituinte”⁹.

No século XVIII o tempo foi organizado como narrativa histórica para se controlar dados. Nos séculos XIX e XX houve a tentativa de emancipação daquela lógica para se ordenar a grande quantidade de acontecimentos. Já o tempo moderno é percebido como produto de uma atividade cultural sistematizada, a partir da qual “a sociedade moderna criou um tipo geral e abstrato de civilização unificada por suas técnicas e pelo

5 Vd. Gonçalves, Pedro Costa. “Ensaio sobre a Boa Governação da Administração Pública a partir do mote da «New Public Governance»”, in *O Governo da Administração Pública* (coord. Pedro Costa Gonçalves), Almedina, Coimbra 2013, pp. 10-11.

6 Vd. Marcos, Rui Manuel de Figueiredo, *História da Administração Pública*. Almedina, Coimbra, 2016, p. 12.

7 Sobre a complexidade do tempo: “Não sei o que é o tempo. Não sei qual a verdadeira medida que ele tem, se tem alguma. A do relógio sei que é falsa: divide o tempo espacialmente, por fora. A das emoções sei também que é falsa: divide, não o tempo, mas a sensação dele. A dos sonhos é errada; neles roçamos o tempo, uma vez prolongadamente, outra vez depressa, e o que vivemos é apressado ou lento conforme qualquer coisa do decorrer cuja natureza ignoro. Julgo, às vezes, que tudo é falso, e que o tempo não é mais do que uma moldura para enquadrar o que lhe é estranho [...]”; Vd. Pessoa, Fernando, *Livro do desassossego*. Disponível em <https://agrcnelas.edu.pt/blogs/biblioteca/files/2012/11/Livro-do-Desassossego-.pdf>, Consultado em 21 de janeiro de 2022.

8 Vd. Martins, Rui Cunha. “Interconstitucionalidade e Historicidade” in: *Tempo e Historicidades (Série Monumenta)*, (coord. Ruth Maria Chittó Gauer), EDIPUCRS, Porto Alegre, 2016, pp. 11-12.

9 Vd. Marcos, Rui Manuel de Figueiredo, *História... cit*, p. 11.

tempo”, numa unidade contínua, mas desenvolvida a partir do tempo linear, que tenta unificar o tempo histórico, inobstante ser este relativizado e descontextualizado¹⁰.

A partir de tal distinção entre tempo e história, é preciso refletir a respeito de certos comportamentos, que podem ser deduzidos pela forma como a sociedade estatui fundamentos de racionalidade, a partir de um (multifacetado) sistema de crenças, pelo qual as estruturas consolidadas podem ser justificadas.

Afinal, o presente é resultado do passado, como propõe o historiador? A temporalidade não é tão simétrica quanto parece, a não ser que seja induzida como forma de manipulação de poder, então, neste caso, o presente ou futuro podem ser deduzidos do passado, o que é racionalmente injustificável, em especial no que concerne à matéria administrativa, pois centrada no interesse público.

Ademais, como abrilhanta Isabel Fonseca, “o tempo tenta exercer uma hegemonia diversa sobre os sujeitos que exercem os poderes estaduais”. A harmonia e interdependência da separação de poderes é postulada sob essa lógica de tempo, vivendo o administrativo no presente, o legislativo no futuro e o judiciário predominantemente no passado¹¹.

Entretanto, nessa senda da historicidade da Administração Pública, o passado não deve ser sufocante, pois “também o presente se faz passado para o futuro, instituindo novas reponderações e sentidos que virão a ser a sua herança espiritual”¹². A atividade administrativa deve transcender às dimensões de tempo na perspectiva mais plural que lhe inspire a finalidade.

Em certa medida, o decurso do tempo revela certa superação do paradigma mecanicista, postulado cartesiano “descontextualizado do tempo e da cultura”, em que a Administração Pública parte de uma ótica singularizada no conhecimento e solução das demandas. E a retomada do pensamento sistêmico pode habilitar a Administração Pública a uma melhor compreensão sobre a complexidade dos problemas. Afinal, o papel assumido pela história, como “um vasto laboratório de experiências passadas” encerra uma “observação sistemática das mutações de estruturas e da estratégia”, acompanhando a gênese e o evoluir do fenômeno administrativo numa “abordagem pluriforme que extravasava uma visão puramente normativista da administração”, aplainando o caminho para a compreensão da plêiade dos problemas enfrentados à época atual¹³.

Uma ciência administrativa plural prestigiadora da interdisciplinaridade ultrapassa “clausuras metodológicas e conceituais” e prestigia “a historicidade do fenômeno administrativo no que encerra de continuidade e de ruptura”, o que torna imprescindível a

10 Vd. Gauer, Ruth Maria Chittó. “Falar em tempo, viver o tempo!”, *cit.*, pp. 33 ss.

11 Vd. Fonseca, Isabel Celeste M., *Processo ... cit.*, p. 99.

12 Vd. Marcos, Rui Manuel de Figueiredo, *História... cit.*, p. 12.

13 *Ibidem*, p. 19. No mesmo sentido, vd. Otero, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Almedina, Coimbra, 2003.

comunicação entre historiadores do Direito e administrativistas, eliminando o “fosso” inspirado pelo mecanicismo e que desconsidera que a complexidade dos modernos problemas exige o estudo de soluções sob um olhar sistêmico¹⁴.

É nesse cenário colorido pelo tempo e pela história que a Administração Pública assume um protagonismo de instrumentação de meios e fins – e neste labor a história não deixa esquecer a trilha do escarpado percurso empreendido rumo ao cume das incertezas, permitindo, ainda, lembrar que a Administração Pública está constrangida pelas prioridades de cada tempo.

3. Relação entre governação e governo: uma passagem pelo tempo

O processo histórico é marcado por transformações sociais, algumas delas impactantes sobre o modo de produção ou sobre a conjectura política a nível global, sendo certo que a Administração Pública acompanha tais processos, de uma forma mais ou menos lenta, ou mais ou menos próxima do cidadão, seja no sentido de tutelar necessidades dos administrados, seja no sentido de fomentar o desenvolvimento do indivíduo na sociedade.

Enquanto a tecnologia encontra o desenvolvimento em velocidade extraordinária em cada contexto social, a relação entre governo e governação envolve outros fatores que, para além de buscar o acompanhamento do fenômeno tecnológico, intenta preservar os institutos jurídico-políticos ordenados nos Estados, gerando um antagonismo muitas vezes conflituoso. Afinal, no ecossistema do Estado os bens jurídicos conformam-se numa vasta esteira dependente de uma constante ponderação do operador do Direito e da atividade administrativa, dependente da análise crítica entre tempo e história, especialmente pela distância que envolve as realidades social e dogmática.

À vista disto, trabalhar a história com a ideia de tempo absoluto (sem considerar o tempo fragmentado), induz ao mesmo equívoco de contar o tempo a partir do ponto inicial, por induzir à ilusão do fim e do início¹⁵. No sentido dessa análise da relação de tempo e história, a Administração Pública segue numa perspectiva diacrônica e inflexível, eliminando os vasos comunicantes entre os modelos distintos, incorrendo no mesmo equívoco ao resistir à realidade fluida em que está inserta.

Na passagem do tempo, do liberalismo à globalização, as maiores transformações são de modo eficiente registados pela história. Mas em cada contexto paradigmático, qual a relação entre governo e governação, Estado e atividade administrativa? A investigação das características marcantes em cada época histórica poderá responder a esta questão.

14 *Ibidem*, pp. 15-16.

15 Vd. Gauer, Ruth M. Chittó. “Falar...*cit.*”, p. 40.

Discorreremos adiante, com a brevidade necessária, sobre os conjuntos de características mais ou menos uniformes que foram delimitando os modelos de Administração Pública, em especial pelo relacionamento entre Administração Pública e administrados, ao fim e ao cabo buscando a compreensão do produto desta relação.

3.1. Neoliberalismo – o Estado Mínimo

A Administração Pública no Estado liberal era, sobretudo, “ablativa”, *id est*, “concentrava a sua actividade na imposição de sacrifícios aos cidadãos: expropriava, tributava, sancionava, mobilizava, etc.”. Alinhada à proposta de paradigma da época, a filosofia neoliberal outorgava um quadro ideológico de pouca interferência do Estado na vida das pessoas, apenas o estritamente indispensável¹⁶.

Nesse contexto, o Neoliberalismo representava “uma filosofia de progresso – económico, social e técnico – ao propor, essencialmente, uma liberação total das potencialidades dos indivíduos, com suas premissas básicas assentadas na liberdade”¹⁷.

A Administração Pública, não alheia a essa ideologia, exercia o poder no contexto de “incertezas e ambiguidades”, imposta por uma nova velocidade e tempo e que também impunha um novo pensar sob o aspecto da plasticidade¹⁸. Assim, assumiu um corpo unitário e hierarquizado, em que as competências orgânicas assumiram estrutura de pirâmide.

A busca da eficiência administrativa neste modelo era racionalizada precipuamente no organicismo, em que o poder do Estado se legitimava no consenso da primazia, sendo a manifestação da vontade geral centrada na lei e a intervenção mínima na relação entre os administrados. A lei como única fonte do Direito justificava toda a ação administrativa, o que ainda perdura, ainda que de modo diverso.

Outrossim, a crise de 1929 mitigou o modelo de intervenção mínima, por ser incompatível com a necessidade de ingerência económica do Estado no desiderato de recuperação, quando, assim, a doutrina político-económica do (Neo) Liberalismo foi dissolvida.

3.2. Intervencionismo – o Estado Gordo

Até meados do século XX a Administração Pública possuía características impensáveis para os tempos atuais, como a abismal separação entre Estado e sociedade civil, interesses públicos e privados, separação no desempenho das funções e atividades, de escassa ou nenhuma concorrência. Nesta quadra do tempo, desenvolveu-se uma “administração estadual prestadora, passando o Estado a responder às mais variadas solicitações dos cidadãos, prestando-lhes múltiplas utilidades: cuidados de saúde,

16 Vd. Caupers, João, *Introdução ao direito administrativo*. 5.ª ed., Âncora, Lisboa, 2000, p. 37.

17 Vd. Cruz, Paulo Márcio. *Política, poder, ideologia e estado contemporâneo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Juruá, Curitiba, 2002, p. 92.

18 Vd. Gauer, Ruth Maria Chittó. *Falar...cit*, p. 30.

ensino, prestações de segurança social, informação, etc.”¹⁹. É o denominado Estado providencial.

A título de exemplo desse modelo em causa, em 1978 os documentos em papel eram arquivados atrás do balcão em lugares altos para marcar uma distância, pois “era uma administração que não precisava de ser resiliente, porque não estavam previstos embates ou choques disruptivos que atacassem os seus fundamentos essenciais”²⁰.

Ademais, a “crescente insaciabilidade dos cidadãos”, com suas “ilimitadas exigências”, pensando na inesgotabilidade dos recursos públicos, causavam o “gigantismo do Estado”, que “foi engordando como rã de fábula, e engordando, cada vez mais ineficiente e cada vez mais caro”. Nesta perspectiva, era quase impossível dimensionar o crescimento exponencial das despesas públicas. Havia uma relação esquizofrênica entre a demanda oriunda das relações sociais, os altos custos para o Estado e a transferência dos recursos pela via da carga fiscal²¹.

David Ferraz discorre sobre a concepção clássica de Administração Pública, como aquela em que se verifica uma separação entre política e administração, tendo reforçado a identidade e desenvolvimento institucional de Administração Pública até à Segunda Guerra Mundial, e mesmo após, em algumas realidades estaduais, que se valem da justificativa da utilidade teórica, força normativa e a necessidade de se “assegurar a responsabilização democrática e técnica”²². Na verdade, por razões políticas, culturais e até mesmo da perspectiva do sistema jurídico em que inseridos certos Estados, há preferências pela persistência em padrões obsoletos de governança²³.

Outro fator marcante do modelo de administração pública tradicional é a tendência de atribuir respostas tradicionais a todo tipo de problemas, sem se atentar para a mutação destes. Isabel Corte Real idêntica no padrão de organizações burocráticas uma estrutura “em «silos», com rígidas fronteiras verticais, e por um modelo onde há hegemonia da hierarquia e de departamentalizações por produtos, técnicas ou áreas geográficas”. Ao identificar no modelo burocrático uma “«desgovernação» na prestação pública”, a autora identifica uma debilidade “na coordenação horizontal, para obtenção do resultado que é o serviço ao cidadão”, enumerando vários motivos, desde os conflitos entre instituições públicas à ausência de boas lideranças, à má

19 Vd. Caupers, João, *Introdução... cit.*, pp. 37-38.

20 Vd. Campos, Diogo Duarte, et. al.. *Uma administração pública moderna e mais próxima do cidadão?*. Almedina, Coimbra, 2018, pp. 7-8.

21 Vd. Caupers, João, *O Estado gordo*. 1.ª ed., Âncora, Lisboa, 2011, pp. 10ss.

22 Vd. Ferraz, David. “Perfil do dirigente da Administração Pública no âmbito da Governação Integrada” in: *Governação Integrada e Administração Pública*. (David Ferraz/Rui Marques). Ina, Lisboa, 2015, p. 185.

23 É o que Ricardo Sousa da Cunha chama de “posições «iconoclastas», redutoras da complexidade”, ao que nos filiamos para analogicamente qualificar os redutos de obsolescência na Administração Pública. Vd. Cunha, Ricardo Sousa da. *Constituição e legalidade administrativa cosmopolita: o direito administrativo global entre a constitucionalização e a fragmentação*. Almedina, Coimbra, 2016, p. 33.

gestão dos recursos e o descompromisso da política obstaculizando o funcionamento das estruturas²⁴.

Os estudos específicos do comportamento burocrático que envolve os processos decisórios foi inspirado na Europa a partir das teorias de H.Simon nos Estados Unidos, na sua obra *Administrative Behavior* de 1945. Fundando uma teoria administrativa de alicerces sólidos sobre a “observação de comportamentos dos agentes das organizações que serviria para aperfeiçoar o processo de funcionamento no interior de tais instituições”, empregando o *case method*, destinado a analisar a “natureza pluralista dos processos decisórios públicos através do exame cirúrgico de episódios administrativos específicos”. Com a inspiração da doutrina americana, “o paradigma clássico da *Public Administration* sofreu profundo repensamento na sequência do *New Deal rooseveltiano*”²⁵.

Ao fim e ao cabo, o Estado providencial compromissou-se com exigências de tutela imprevisíveis, na perspectiva de parecer “impulsionador do desenvolvimento”, cabendo à Administração Pública conceber e realizar, “sendo chamada a desempenhar tarefas cada vez mais extensas, variadas e melindrosas”²⁶. Ao mesmo tempo, estruturou-se na forma de organização burocrática como instrumento do poder²⁷, seguido dos seguintes sintomas: interpretação irracional da lei, ausência de transparência das ações, nepotismo, improdutividade, desmotivação, favorecimentos espúrios no contexto da hierarquia funcional, insindicabilidade, dentre outros.

Partindo da fluidez da matéria administrativa, Júlio Dá Mesquita Gonçalves reconhece que desburocratizar não consiste “na destruição ou simples alteração da burocracia”, tampouco buscar-se um modelo oposto (funcionamento sem regras; personalização das ações; eliminar hierarquia, autoridade e disciplina; abolir os registros escritos; desprofissionalizar os agentes; descartar as vantagens do trabalho racionalizado)²⁸, pois, tal saída não se mostra racional, dada a linearidade, que só conduz a Administração Pública ao meio predatório.

3.3. Globalização – *New Public Governance*

Não há como transpor a tipologia sobre a nova Administração Pública sem perfilar o fenômeno da globalização e a emergência de novos atores políticos, a diluição de fronteiras, disseminação de modelos de produção, padrões de consumo e idiossincrasias locais, a partilha de uma cultura global, a universalização dos direitos humanos, assim como tantas outras perspectivas que se planificaram de modo contemporâneo ao fenômeno citado.

24 Vd. Corte-Real, Isabel. “Governação Integrada: uma mudança de paradigma?” in: *Governação... cit.*, pp. 42-43.

25 Vd. Marcos, Rui Manuel de Figueiredo, *História... cit.*, pp. 18-19.

26 *Ibidem*, pp. 38-39.

27 Vd. Gonçalves, Júlio Sá Mesquita, *Desburocratização: uma administração para o século XXI*. Secretaria do para a Modernização Administrativa, Lisboa, 1997, p. 3.

28 *Ibidem*. p. 6.

E a questão temporal mais uma vez surge como delimitadora, não se sustentando que tais fatores são características da globalização, mas contemporâneos, pese a razoabilidade das teses que sustentam características a este modelo. O tempo e a história são os inofismáveis referentes de comparação dos elementares sistêmicos citados.

A temática do *New Public Government* é abordada ainda de forma polivalente, podendo-se nomear algumas intercorrências que a expressão inspira: “*government; holistic; governance; integrated Governance*”²⁹. Algo comum é a proposta de “adoção de estruturas horizontais e menos hierarquizadas, que incorporem a participação e contributos das redes de diferentes *stakeholders*”. E como tal, parece negar a estrutura predominante na velha (mais ainda presente) Administração Pública, que, como visto, enaltece o meio hierárquico acima do próprio fim (interesse público).

Nesta mirada, governança é “típica do Estado cooperativo e da Administração em rede – coloca em primeiro plano a organização, a estrutura – e não, como tradicionalmente, a intervenção e a atuação de direção – surgida da regulação e dos seus efeitos sobre a atuação das autoridades”. Ao invés de relação hierárquica, temos coordenação da ação, “nova forma de encarar a organização e o funcionamento do Estado e da administração pública”³⁰.

Por outro lado, é relevante considerar-se que está em construção um Direito Administrativo Global à margem dos Estados, impulsionado pelos complexos desafios que move as Administrações Públicas estaduais a prescindirem dos limites da agenda das políticas nacionais para “coabitar com esferas sobrepostas de normatividade superestadual, disciplinadora das relações jurídicas no espaço nacional, criando um espaço administrativo multifacetado”³¹. Pode-se deduzir que tal intento depende da consensualidade dos atores envolvidos, que é alcançada pelo interesse (visionário) em consertar uma realidade de insuficiência causada pelas abordagens meramente locais, ou seja, trata-se mesmo de uma orquestração fenomênica.

Nesta toada, em Portugal há um “intenso movimento de desmaterialização de processos e de procedimentos administrativos” caminhando no sentido da registo documental em suporte eletrónico, em detrimento do registo em suporte físico de papel. “A tramitação procedimental eletrónica tem vindo a ser privilegiada em relação ao contacto presencial, durante o horário de expediente previamente fixado pelos serviços”³².

Para além disso, já se encontram em grande desenvolvimento as cidades inteligentes (*Smart Cities*), trazendo enormes ganhos sociais em “usar a tecnologia para planejar,

29 Vd. Ferraz, David; Marques, Rui. “Introdução” in: *Governança... cit.*, pp. 42-43.

30 Vd., Sousa, António Francisco de. *Administração pública e direito administrativo: novos paradigmas*. Vida Económica, Porto, 2016, p. 81.

31 Vd. Silva, Suzana Tavares da. *Um novo direito administrativo?*. Coimbra: Imprensa da Universidade, Coimbra, 2010, p. 19.

32 Vd. Campos, Diogo Duarte, et. al.. *Uma administração ...cit.*, pp. 7-8.

gerir e servir”, mas alertando para a «divinização» do conceito pela absolutização que se faz, além do riscos da diminuição da “participação proativa dos cidadãos” nos assuntos locais. Novamente se ressalta a relevância da interdisciplinaridade, com a inafastável convocação do Direito para balizar a relação temporal contemporânea da Administração Pública³³.

A tendência dessa nova forma de *governance* é o Estado se fazer cada vez menos presente na vida das pessoas? Com efeito, pode-se falar da eliminação dos espaços físicos no cerne da Administração Pública, em prestígio aos espaços/serviços virtuais. O contato permanece, mas agora, “telepresencial”. Com efeito, as “novas tecnologias, da inteligência artificial ao blockchain, desafiam os velhos procedimentos, e os cidadãos esperam respostas cada vez mais rápidas e mais próximas, de preferência no seu telemóvel”³⁴. A internet “fornece uma ferramenta poderosa para reinventar a maneira de estar dos governos locais”³⁵.

Necessário prestigiar a realidade portuguesa, nomeadamente no campo da normatividade, em que se prestigiou “medidas de desmaterialização” instituídas em leis e regulamentos descritivos “com o propósito de simplificação e de modernização da Administração Pública enquanto os objectivos constantes dos Programas dos Governos”³⁶, com o ideário de se inserir numa realidade cada vez mais competitiva, eficaz, eficiente na realidade global.

Suzana Tavares da Silva constata, ainda, a passagem do sistema estadual para o “sistema multinível e em rede – a sociedade na arena global. Não se trata de um sistema que prescinde do poder público estadual, mas sim de um sistema que trata o Estado como um agente entre outros na construção da solução e não como o poder de ordenação soberana e inarredável”. Diferentemente dos outros paradigmas estudados, o Estado não é introspectivo e tampouco perdulário, como verificado na forma providencial, mas acaba muitas vezes se igualando ao privado, quando busca o máximo esforço para alcançar os melhores resultados que este colima por fins diversos. “No essencial, as preocupações da justiça não são substituídas por dinâmicas de mercado, mas sim ajustadas a um esquema dialógico, dinâmico e reflexivo – a *governance* substitui o *governement*”³⁷.

A governação em rede identifica-se como um instrumento essencial. Também no que concerne à transposição de diretivas da União Europeia (atos jurídicos) para o ordenamento interno, depende desta “articulação de entidades administrativas”, ou seja, é uma questão de enquadramento sistémico de Administração, que deve ser

33 Vd. Fonseca, Isabel Celeste M. da/ Prata, Ana Rita. “*Smart cities vs. Smart(er) governance: cidades inteligentes, melhor governação (ou não)*” in: *Direito das Autonomias (Locais)*. (Isabel Celeste M. Fonseca) NEDIP, Braga, 2019, pp. 261 ss.

34 Vd. Campos, Diogo Duarte, et. al. *Uma administração... cit.*, p. 8.

35 Vd. Rocha, Álvaro/SÁ, Filipe. *Qualidade do governo eletrónico: modelo MoQGEL*. 1ª ed. Sílabo, Lisboa, 2017, p. 21.

36 Vd. Campos, Diogo Duarte, et. al. *Uma administração... cit.*, p. 69.

37 Vd. Silva, Suzana Tavares da. *Um novo... cit.*, p. 126.

vista como um todo. “A visão individual de cada setor só contribuirá para a perda de eficácia e de objetividade neste processo, que cada vez mais deve ser encarado como um objetivo em si mesmo”³⁸.

Nesta trilha, Sabino Cassesse suscita a realidade em que os problemas são colocados: “além das tradicionais fronteiras dos Estados e as medidas adoptadas para a sua solução, apesar de serem cada vez mais globais, não deixam, por isso, de ser também nacionais ou locais”³⁹. Todo o contexto favorece crucialmente a concertação de uma “administração em rede” e, no mesmo passo, faz-se referência às “redes de regulação administrativa”.

Plural como nunca antes, a *New Public Governance*, na versão *E- government*, representa mais do que um simples meio, mas a “utilização adequada e vantajosa de tecnologias de informação e comunicação (TIC) por organismos governamentais – sejam eles centrais, regionais ou locais – nos seus relacionamentos internos, nos seus relacionamentos externos e, particularmente, nos seus relacionamentos com os cidadãos”⁴⁰.

Mais a mais, considerando-se que “o contexto atual da administração pública portuguesa é caracterizado pela incerteza e pela escassez”, o que dificulta a elaboração de um plano estratégico seguro, além de ser utilizado pelos gestores como subterfúgio para não ter um plano de estratégia ou operacional, tem-se que levar em conta que o grande desafio consiste no cumprimento das atribuições com poucos recursos financeiros e humanos, “muito aquém das necessidades mínimas essenciais para o cumprimento das suas atribuições”, o que demonstra a essencialidade de “inovar”⁴¹.

Postas estas breves notas, e evidenciando-se que a orquestração é infinitamente mais defensável que o isolacionismo das hierarquias soberanas estaduais, a euforia do “novo” deve ser vivenciada, em relação à atividade administrativa com a maior responsabilidade e zelo, e em relação aos particulares, com o olhar atento e perceptivo para agir de modo colaborativo e, assim, encarando o papel de protagonista neste concerto que envolve uma famigerada Administração Pública Global.

4. Considerações finais

Como indivíduos habituados a viver “uma fantástica autodisciplina do tempo, com uma excepcional precisão”, desde o início de nossas vidas somos habituados a reproduzir

38 Vd. Ettner, Diana. “A transposição de diretivas da União Europeia – uma questão de governação pública” in *O Governo da Administração Pública*. (Coord. Pedro Costa Gonçalves), Almedina, Coimbra, 2013, p. 387.

39 Vd. Cassesse, Sabino apud Cunha, Ricardo Sousa da. *Constituição... cit.*, p. 32. Nos filiamos integralmente à ideia defendida pelo autor, e, ainda, no sentido analógico de qualificar os redutos de obsolescência na Administração Pública.

40 Vd. Rocha, Álvaro/Sá, Filipe. *Qualidade... cit.*, p. 21.

41 Vd. Caldeira, Jorge. *Guidelines para a elaboração do plano estratégico: boas práticas no setor público*. 1.ª ed., Jorge Caldeira, Pentaedro [Póvoa de Santo Adrião], 2015, p. 22.

uma “certeza” confeccionada pela história⁴². Como administrados, replicamos a ideia das estruturas demarcadas nas composições que a história igualmente se esforça em prognosticar.

Compreender os alicerces mais ou menos próximos da Administração Pública, impõe o perfilhar de uma abordagem crítica e relativista. Não é possível defender um modelo isoladamente concebido, e quiçá nunca haverá, a não ser que se possa falar que algum dia não haverá desigualdade social ou que não haverá divergência de ideias entre os seres humanos.

A separação entre o velho e o novo é um olhar reducionista e nega as conquistas que a própria experiência aquilata. “A administração pública não interrompe, de súbito, por actos solitários de génio, nem desaparece, fugidamente, na noite do acaso”⁴³.

As características de algo novo que envolve Administração Pública e Direito Administrativo no contexto macro e micro são marcantes e impactantes, assim causando um efeito de perplexidade. Deve-se levar em conta, entretanto, que algumas ferramentas ainda se encontram em implementação e aperfeiçoamento, dando a impressão de insegurança e transitoriedade. Mas os tempos são alvissareiros.

Mais Governança e menos Governo é uma proposta promissora e os experimentos com as ferramentas de orquestração em *governance* têm apresentado bons resultados, sendo ainda as alternativas mais viáveis ao nível de complexidade dos problemas contemporâneos da Administração Pública.

Doravante, no panorama em que se sustenta o globalismo⁴⁴, resta saber como os diversos atores dessa orquestra poderão alcançar resultados em pé de igualdade, se é que isto é possível na “arena global”. De todo modo, esperaremos no futuro os registos do presente pela história, ávidos de não repisar contos do passado, a não ser pelos devaneios das tentativas humanas de controlar o tempo, pois como a esperança, não haverá de retroceder, não parará.

5. Bibliografia

a) Citada

Beck, Ulrich. *O que é globalização? equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Paz e Terra, São Paulo, 1999.

42 Vd. Fonseca, Isabel Celeste M., *Processo... cit.*, p. 106.

43 Vd. Marcos, Rui Manuel de Figueiredo, *História... cit.*, p. 11.

44 Relevante alvitrar a diferença entre globalismo e globalização, em que aquele reduz o aspecto multidimensional deste, ao aspecto singularmente económico, enaltecendo a ideologia do neoliberalismo, o império do mercado mundial (imperialismo da economia). Vd. Beck, Ulrich. *O que é globalização? equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Paz e Terra, São Paulo, 1999, p. 33.

Caldeira, Jorge. *Guidelines para a elaboração do plano estratégico: boas práticas no setor público*. 1.^a ed., [S.l.]: Jorge Caldeira, Pentaedro [Póvoa de Santo Adrião], 2015.

Campos, Diogo Duarte et. al., *Uma administração pública moderna e mais próxima do cidadão?* Almedina, Coimbra, 2018.

Canotilho, J. J. Gomes. “Brançosos” e *Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos Sobre a Historicidade Constitucional*. 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2008.

Caupers, João. *Introdução ao direito administrativo*. 5.^a ed., Âncora, Lisboa, 2000.
—, *O Estado gordo*. 1.^a ed., Âncora, Lisboa, 2011.

Cruz, Paulo Márcio. *Política, poder, ideologia e estado contemporâneo*. 3.^a ed. rev., ampl. e atual. Juruá, Curitiba, 2002.

Cunha, Ricardo Sousa da. *Constituição e legalidade administrativa cosmopolita: o direito administrativo global entre a constitucionalização e a fragmentação*. Almedina, Coimbra, 2016.

Fonseca, Isabel Celeste M. *Processo temporalmente justo e urgência: contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa*. Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

—, *Direito das Autonomias (Locais)*. NEDIP, Braga, 2019.

Gauer, Ruth Maria Chittó, “Falar o tempo, viver o tempo!” in: *Tempo e Historicidades (Série Monumenta)*, (coord. Ruth Maria Chittó Gauer), EDIPUCRS, Porto Alegre, 2016, pp. 33-52.

Gonçalves, Júlio Sá Mesquita, *Desburocratização: uma administração para o século XXI*. Secretariado para a Modernização Administrativa, Lisboa, 1997.

Gonçalves, Pedro Costa. “Ensaio sobre a Boa Governação da Administração Pública a partir do mote da «New Public Governance»”, in *O Governo da Administração Pública*. (coord. Pedro Costa Gonçalves), Almedina, Coimbra 2013, pp. 09-30.

Ferraz, David/Marques, Rui. *Governança Integrada e Administração Pública*. Ina, Lisboa, 2015.

Marcos, Rui Manuel de Figueiredo, *História da Administração Pública*. Almedina, Coimbra, 2016.

Martins, Rui Cunha. “Interconstitucionalidade e Historicidade” in: *Tempo e Historicidades (Série Monumenta)*, (coord. Ruth Maria Chittó Gauer), EDIPUCRS, Porto Alegre, 2016, pp. 11-32.

Pessoa, Fernando, *Livro do desassossego*. Disponível online em <https://agrcanelas.edu.pt/blogs/biblioteca/files/2012/11/Livro-do-Desassossego.pdf> consultado em 22 de janeiro de 2022.

Rocha, Álvaro/Sá, Filipe. *Qualidade do governo eletrónico: modelo MoQGEL*. 1.^a ed. Sílabo, Lisboa, 2017.

Silva, Suzana Tavares da. *Um novo direito administrativo?*. Imprensa da Universidade, Coimbra, 2010.

Sousa, António Francisco de. *Administração pública e direito administrativo: novos paradigmas*. Porto, Vida Económica, 2016.

b) Outra

Costa, Tiago Branco da, et. al. *Sociedade, Direito(S) e Transição Digital – II Encontro Ibérico de Doutorandos em Direito da Universidade do Minho e da Universidade de Salamanca*. (Isabel Celeste M. Fonseca/Lorenzo M. Bujosa Vadell). Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2021.

cunha, Ricardo Alexandre Sousa da, et. al., *Direito Comparado Plural*. (Ricardo Alexandre Sousa da Cunha), Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2021.

Fonseca, Isabel Celeste M. “Governança Pública Digital e a Proteção de Dados Pessoais: Notas Breves sobre as Dificuldades de Harmonização” in: *Estudos de E. Governança, Transparência e Proteção de Dados* (coord. Isabel Celeste M. Fonseca), Almedina, Coimbra, 2021, pp.9-33.

Gauer, Ruth Maria Chittó. *A fundação da norma: para além da racionalidade histórica*. EDIPUCRS, Porto Alegre, 2009.

Hespanha, António Manuel. *O caleidoscópio do direito, o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2.^a ed. reelaborada. Almedina, Coimbra, 2009.

Otero, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Almedina, Coimbra, 2003.

Silva, Suzana Tavares da. *Direitos fundamentais na arena global*. Coimbra: Imprensa da Universidade, Coimbra, 2011.

Los nuevos retos en el Derecho Público en época de pandemia: la intensificación de la digitalización y el uso de tecnologías disruptivas en la administración pública. Reflexiones desde el caso español

Itziar Sobrino García¹

Sumario: 1. Introducción. 2. La digitalización del sector público español. 3. La privacidad en la administración pública. Seguridad y medidas. 4. Incidencias y efectos de las nuevas tecnologías en la protección de datos. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen: La crisis provocada por el Covid-19 durante estos últimos dos años ha ocasionado un enorme reto a nivel mundial, desestabilizando sectores básicos de la sociedad e inclusive ocasionando restricciones de derechos. Ha ocurrido que cuando esta enfermedad se ha convertido en una clara amenaza para la seguridad, el equilibrio entre la lucha contra el virus y la obligación de proteger los derechos de los ciudadanos ha sufrido cambios, sobre todo en lo relativo a la privacidad de las personas. El caso excepcional provocado por la enfermedad pandémica ha acelerado la digitalización en España. En este sentido, la presente propuesta pretende presentar una serie reflexiones sobre cómo la creciente digitalización ha afectado a la proporcionalidad y a la primacía de los derechos, concretamente al derecho a la protección de datos de los ciudadanos.

Palabras-clave: Administración pública; Inteligencia Artificial; Blockchain; privacidad; protección de datos.

Summary: 1. Introduction. 2. The digitization of the Spanish public sector. 3. Privacy in public administration. Security and measures. 4. Incidents and effects of new technologies on data protection. Conclusions. Bibliography.

Abstract: The crisis caused by Covid-19 in the last two years has generated an enormous challenge worldwide, destabilizing basic sectors of society and even causing restrictions on rights. It has happened that when this disease has become a clear threat to security, the balance between the fight against the virus and the obligation to protect the rights of citizens has changed, especially with regard to the privacy of people. The exceptional case caused by the pandemic disease has accelerated digitization in Spain. In this sense, this proposal aims to present a series of reflections on how the growing digitization has affected proportionality and the primacy of rights, specifically the right to data protection of citizens.

Keywords: Public Administration; Artificial Intelligence; Blockchain; privacy; data protection.

1 Contratada investigadora predoctoral por la Xunta de Galicia en la Universidad de Vigo, Galicia, España.

1. Introducción

La digitalización de la administración de los servicios públicos se ha convertido en uno de los principales objetivos de la Unión Europea (UE) en los últimos años. Y así esta revolución tecnológica cobró su primer impulso con la llamada Estrategia de Lisboa, el acuerdo del Consejo de Europa de 2000 para promover el crecimiento económico, el empleo y la cohesión social dentro de la Unión Europea. Si bien está integrado con la Estrategia Europa 2020, aprobada por el Consejo en 2010, una de las principales acciones se identificó en el Plan de Acción de E-Governance para Europa, con el deseo de orientar y acordar una serie de principios rectores asociados con los miembros estados Por la prestación digital de todos los servicios públicos, accesibilidad e inclusión de servicios digitales, transparencia y cautela en materia de protección de datos personales, entre otros servicios.

A los efectos de cumplir con los objetivos marcados por la UE, es necesario equiparar los instrumentos nacionales de los diferentes Estados miembros. En España, por ejemplo, se ha realizado una importante inversión en la digitalización de la administración pública durante los últimos 20 años. Además, es necesario complementar las reformas normativas, en concreto la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Proceso General de la Administración Pública (LPAC) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). La Ley de 2015 promueve la aplicación de procesos y medios digitales en la administración pública. Permiten la digitalización y reducen el coste de la gestión de los servicios públicos. Sin embargo, este sistema implica el uso innovador de las tecnologías de la información y la comunicación, así como la reorganización de los servicios públicos y diversas normas que deben regir las actividades y actividades administrativas, aumentando así la transparencia².

Sin embargo, la crisis provocada por el Covid-19 estos últimos años ha ocasionado un gran desafío a nivel global, desestabilizando sectores básicos de la sociedad e incluso provocando limitaciones de derechos. Ante esta situación, la tecnología se ha convertido en la aliada para las Administraciones Públicas. Los cambios ocasionados por esta situación en el ámbito del Derecho Público han dado lugar a una nueva normatividad y nuevas preocupaciones para la ciencia jurídica, entre los que destacan precisamente la intensificación de la digitalización.

Ha ocurrido que cuando esta enfermedad se ha convertido en una clara amenaza para la seguridad, el equilibrio entre la lucha contra el virus y la obligación de proteger los derechos de los ciudadanos ha sufrido cambios. Estas herramientas han generado dudas entre los ciudadanos sobre su privacidad, lo que ha ocasionado la respuesta desde diferentes entidades europeas y la propia Agencia Española de Protección de Datos. La situación excepcional provocada por la pandemia ha acelerado la digitalización en España. De hecho, las nuevas tecnologías como la Inteligencia

2 Martín Delgado, Ignacio, "Una panorámica general del impacto de la nueva ley de procedimiento administrativo común en las relaciones de los ciudadanos con la Administración Pública", in: *La reforma de la Administración Electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*, Martín Delgado, Ignacio (ed.), Instituto Nacional de la Administración Pública, 2017, pp. 159-196.

Artificial, el *blockchain*, la ciberseguridad o la explotación de la información a través del *big data*, abren paso a un nuevo paradigma hacia una Administración del siglo XXI, en la que la mejora de su eficacia y eficiencia son claves para mejorar la calidad de las políticas públicas y el despliegue ágil de servicios públicos digitales eficientes, seguros y fáciles de utilizar para la ciudadanía y las empresas, al tiempo que abordar las grandes transformaciones del país en la nueva era digital.

Entre las diferentes formas de tratamiento de datos que llevan a cabo las Administraciones Públicas, una de las más destacadas y con un impacto potencial es la transferencia internacional de datos. Estas implican un flujo de datos desde el territorio español a destinatarios fuera del Espacio Económico Europeo. Ocurre que para que estas puedan llevarse a cabo requiere el cumplimiento de alguno de los supuestos del RGPD, siendo el más seguro la declaración del nivel adecuado por la Comisión, y que supone que dicho estado tiene una normativa o cultura jurídica parecida o adecuada a la europea y permite una protección de los datos personales. A falta de la decisión sería necesario el cumplimiento de alguna de las garantías adecuadas, como las cláusulas contractuales tipo, que imponen una serie de condiciones a cumplir por las entidades o las normas corporativas vinculantes, entre otros. Sobre esta cuestión, uno de los casos más paradigmáticos ha sido el estadounidense, que contó con dos decisiones de adecuación, los fallidos *Safe Harbor* y *Privacy Shield*, invalidados por las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea conocidas como los casos *Shrems I y II*, debido a la intrusiva normativa en materia de seguridad nacional.

En este sentido, la presente propuesta pretende presentar una serie reflexiones sobre cómo la creciente digitalización ha afectado a la proporcionalidad y a la primacía de los derechos, concretamente a la privacidad de los ciudadanos.

2. La digitalización del sector público español

La Unión Europea, los parlamentos y gobiernos de los distintos Estados miembros, han sumado a los órganos de administración en los últimos avances tecnológicos, intentando mantenerlos a la vanguardia en los últimos años. En este contexto, para España, como sociedad altamente administrativa, parece haberse presentado como un logro el establecimiento de un conjunto de políticas encaminadas a promover la implantación de la administración electrónica para mejorar la competitividad y la eficiencia. Se requieren actualizaciones legislativas que faciliten un nuevo panorama porque el gobierno debe promover y acompañar los intereses de los ciudadanos, obligados a transformarse en una administración electrónica regida por el principio de vigencia del artículo 103 de la Constitución Española. En ese contexto, se publicó la Ley 11/2007, que establecía la relación de los órganos administrativos del Estado de forma telemática como un derecho de los ciudadanos y como una obligación frente a los órganos administrativos principales. Posteriormente, esta ley fue derogada por las modificaciones de la Ley 39/2015 (LPAC) y la Ley 40/2015 (LRJSP). La LPAC ha determinado que "una administración sin papel basada en operaciones completamente electrónicas no solo sirve a los principios de eficiencia y eficacia, reduciendo

costos para los ciudadanos y las empresas, sino que también mejora la seguridad para las partes interesadas al tiempo que facilita una mayor transparencia", implica la afirmación de una mayor una administración pública transparente y receptiva, que está obligada a interactuar más fuertemente con los ciudadanos. Estas leyes recogen un amplio abanico de principios y derechos heredados de la Ley 11/2007, entre los que destacan los principios de confidencialidad, igualdad de tecnologías, en cuanto a accesibilidad y neutralidad, principio de transparencia y buena gestión.

El proceso de implantación de nuevas tecnologías en el desarrollo de las actividades administrativas ha contado con el apoyo efectivo de diversos organismos de consultoría específicos, actualmente se encuentra estructurada una organización según el Decreto 806/2014 Real de 19 de septiembre sobre la organización y herramientas ejecutivas de las tecnologías de la información y las comunicaciones en administración General. Gestión estatal y organismos públicos del Estado. Sin embargo, la adaptación de la e-gestión en España no se concreta fácilmente³. Esta interpretación implica que la Administración debe utilizar todos los medios electrónicos necesarios, no sólo para las actividades que realiza con sus ciudadanos, sino también para las relacionadas con la colaboración de sus miembros y empleados. Esta acción está limitada por el poder de buen gobierno, es decir, el cumplimiento de todos los requisitos legales en muchos ámbitos de las relaciones entre las partes interesadas, los ciudadanos y las autoridades.

Esta regla esencial debe aplicarse en el gobierno electrónico, generando una verdadera transformación al aumentar la eficiencia y calidad de los servicios y al facilitar la participación ciudadana. Este sistema supone, por un lado, el uso de tecnologías avanzadas de información y comunicación, por otro lado, la reestructuración del servicio público y muchos principios que rigen las actividades y acciones administrativas, generando resultados, cuyo resultado es un mayor control social y transparencia⁴.

El impulso y desarrollo de la digitalización administrativa deriva en parte de su inclusión en la estrategia 2020 de la UE, a través de la iniciativa Agenda Digital para Europa, que se centra en el crecimiento inteligente, integrado y sostenible. Con el objetivo de implementar ciudad inteligente o ciudad inteligente, estos modelos de ciudad tienen como objetivo priorizar los avances tecnológicos, el crecimiento sostenible, la eficiencia y otros factores para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos. En consecuencia, la necesidad de optimizar las herramientas y tecnologías de *big data*, como proporcionar plataformas en la nube, ayuda a proporcionar una gran capacidad de almacenamiento con conectividad y procesamiento continuos, o el desarrollo de Inteligencia Artificial.

3 Gamero Casado, Eduardo, "Novedades de la Ley 9/2017 en materia de contratación electrónica: razones de una decepción", *Revista Galega de Administración pública*, 55, 2018, pp. 447-469.

4 Criado Grande, J. Ignacio, "Las Administraciones Públicas en la era del gobierno abierto. Gobernanza inteligente para un cambio de paradigma en la gestión pública", *Revista de estudios políticos*, 173, 2016, pp. 245-275.

No obstante, la gestión del sector público bajo las nuevas tecnologías y el desarrollo hacia las ciudades inteligentes implica el análisis y procesamiento de grandes cantidades de información y datos personales. Estos se convierten en las materias primas básicas para el desarrollo de la actividad y su potencial aprovechamiento desde una perspectiva holística. Esta situación implica que un modo de protección de datos estará presente en la vida cotidiana del sector público, factor que será de especial importancia cuando el tratamiento automatizado se realice de forma externalizada y pueda implicar transferencias de datos a nivel internacional. Para mantener las garantías necesarias, se han desarrollado diversos proyectos o servicios de carácter horizontal, que han sido utilizados por los reguladores y organismos para realizar sus servicios electrónicos, entre ellos, la creación de la “Plataforma SARA”, una plataforma privada red, debe marcarse entre ellos, permitiendo transferencias seguras entre diferentes organismos reguladores. O el portal de administración electrónica, entre otros. En este sentido, cabe añadir que el principio de transparencia y acceso a los documentos, propio de los estados democráticos, puede en muchas ocasiones menoscabar los intereses legítimos de los ciudadanos en cuanto al derecho a la protección de sus datos.

Los distintos encargados públicos que realicen tratamientos de datos personales están obligados a cumplir la normativa de protección de datos aplicable a su jurisdicción, a adoptar las medidas organizativas y técnicas necesarias en cada caso para garantizar, entre otros, los derechos de los ciudadanos, transparencia y aplicación de los principios de responsabilidad proactiva, así como el resto de los principios exigidos por el Reglamento General de Protección de Datos. Y es que cualquier tratamiento que se lleve en el sector público tiene una serie de riesgos que deben ser gestionados, como cualquier otro proceso que se desarrolle dentro de una organización. Esta gestión no es diferente a la que debe realizar una organización privada cuando se trata de tratar datos personales. Además, cabe señalar que el tratamiento de este tipo de datos entre administraciones públicas implica un entramado de riesgos diferente al que pudiera derivarse de otra autoridad de control y derivar de un gran número de sujetos implicados, de la extensa información recogida y en muchos casos el trato no es objetable.

3. La privacidad en la administración pública. Seguridad y medidas

El marco normativo español tuvo que ajustarse a la novedad del Reglamento General de Protección de Datos, dando como resultado la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y protección de los derechos digitales (LOPDGDD), que consta de 97 cláusulas estructuradas en diez cláusulas, veintidós cláusulas complementarias, seis cláusulas provisionales, una cláusula de negación y dieciséis cláusulas de cierre. El hecho de que la entidad administrativa pública actúe tanto como administrador como responsable del tratamiento de datos personales en el desarrollo de sus actividades. Por ello, el Reglamento y la Ley Orgánica les son de aplicación en muchos casos, pero el sector público tiene algunas peculiaridades en

diferentes sectores. Sin embargo, su aplicación se puede compilar en varios componentes como se resume a continuación.

Establecer una base legal clara y precisa para el tratamiento, como la información que también debe ponerse a disposición de los interesados. Además, el tratamiento de datos sensibles, como los relacionados con la salud, la ideología, la religión o el origen étnico, está generalmente prohibido, salvo que una de las excepciones sea por los arts. fines de salud pública. Por lo general, la base legal para el manejo es el interés público para realizar tareas y poderes, pero esto debe especificarse en las normas legales. Sin embargo, en el caso del consentimiento, debe ser una declaración consciente, específica, clara, afirmativa, sin lugar para el consentimiento.

Las autoridades competentes también deben regular la información proporcionada a las partes interesadas. De acuerdo con la normativa vigente, la información debe ser concisa, transparente, de fácil comprensión y accesible. Al mismo tiempo, deben establecer una serie de mecanismos y procedimientos tangibles, así como ejercicios sencillos sobre los derechos de los interesados (derecho de acceso, rectificación, supresión, oposición, limitación de datos, portabilidad de la cuenta y libertad de decisiones personales). Otro factor importante es la valoración que haga el sector público de si los gestores que contrata o contrata aportan las garantías necesarias de acuerdo con las leyes de protección de datos y además regulan las comisiones, se ocupan de la legalidad esperada del contrato.

Una de las principales actualizaciones introducidas por el Reglamento General de Protección de Datos son los principios de *accountability* y el *privacy by design*, lo que significa que la privacidad debe ser considerada desde el inicio del tratamiento para poder tomar medidas proactivas y de prevención. Por tanto, una de las actividades que lleva a cabo la Ley es analizar los riesgos de los derechos y libertades civiles relacionados con el tratamiento que se lleva a cabo. La posterior aplicación de las medidas apropiadas dependerá del alcance y la naturaleza del riesgo que cada recurso suponga para esos derechos y libertades. Además, las autoridades deben contar con algún mecanismo para identificar rápidamente las violaciones de la seguridad de los datos y poder responder. Para implementar esta iniciativa, los líderes y administradores del tratamiento han establecido obligaciones de registro interno para las actividades relacionadas con el tratamiento.

Cambiar significa mantener un documento detallado que cubra todos los aspectos de los diferentes tratamientos realizados. Establecer una base legal clara y precisa para el tratamiento, como la información que también debe ponerse a disposición de los interesados. Además, el tratamiento de datos sensibles, como los relacionados con la salud, la ideología, la religión o el origen étnico, está generalmente prohibido. Por lo general, la base legal para el manejo es el interés público para realizar tareas y poderes, pero esto debe especificarse en las normas legales. Sin embargo, en el caso del consentimiento, debe ser una declaración consciente, específica, clara, afirmativa, sin lugar para el consentimiento.

Otra novedad relacionada con la seguridad es la imagen de los representantes de protección de datos. Se asume que es el garante o custodio de la protección de datos, ya que necesita diseñar una arquitectura de cumplimiento, capacitar e involucrar a los empleados e incorporar aspectos fundamentales de la protección de datos en sus procesos desde el inicio y por defecto, supervisores y asociados necesarios⁵. Y que será obligatoria cuando el tratamiento lo realice una autoridad u organismo público.

Respecto a las transferencias internacionales de datos, se requerirá una decisión de adecuación con el tercer país ubicado fuera de la UE para poder llevarlas a cabo, aunque la normativa actual ha ampliado los instrumentos para ofrecer garantías suficientes y sin necesidad de autorización previa por parte de las autoridades de protección de datos. Entre estos instrumentos se incluyen los jurídicamente vinculantes y exigibles entre autoridades y organismos públicos, como las cláusulas contractuales tipo. También prevé expresamente que requerirán autorización las transferencias basadas en acuerdos no jurídicamente vinculantes. Concretamente, se ha establecido que los responsables de tratamiento deben informar a la Agencia Española de Protección de Datos, o a las autoridades autonómicas de protección de datos, de cualquier transferencia internacional de datos que pretendan llevar a cabo sobre la base de su necesidad para fines relacionados con intereses legítimos imperiosos perseguidos por aquellos y la concurrencia del resto de los requisitos del artículo 49.1 del Reglamento. No obstante, esto no se aplicará a las actividades que hayan sido llevadas a cabo por las autoridades públicas en el ejercicio de sus poderes públicos, todo ello conforme al artículo 49.3 del Reglamento.

Por lo cual, la Administración tiene que poder disponer de los medios necesarios para lograr gestionar y entablar la estabilidad de sus recursos, y en esta situación el proceso involucra la aprobación del Esquema Nacional de Seguridad regulado por medio del Real Decreto 3/2010 de 8 de enero, por el cual se regula el Esquema Nacional de Seguridad dentro de la Gestión Electrónica, modificado por el Real Decreto 951/2015, y cuyo objetivo es el establecimiento de la política de estabilidad en la implementación de medios electrónicos. Está construido por una secuencia de principios básicos y requisitos mínimos para permitir una defensa idónea, estableciendo unos estándares usuales para las Administraciones públicas en temas de estabilidad, así como un procedimiento homogéneo y un lenguaje común. En el Esquema se contemplan, además, determinadas magnitudes de estabilidad, categorías de sistemas, medidas de estabilidad correctas y la ejecución de auditorías periódicas, así como la preparación de informes para conocer el estado de estabilidad de los sistemas de información a los que hace referencia el Esquema de manera regular. Las medidas de estabilidad que vayan a ser aplicadas van a tener que ser proporcionales a la naturaleza de los servicios, a la información tratada y el sistema que vayan a defender, acorde a las modificaciones en la normativa de defensa de datos. Existe, además, una secuencia de reglas técnicas y guías de estabilidad de los sistemas de información

5 Jiménez Asensio, Rafael, *La aplicación del Reglamento (UE) de protección de datos en la Administración Pública: especial referencia a los entes locales*, IVAP, 2018, p. 130.

y comunicaciones. El cumplimiento del esquema debe hacerse como complemento a lo dispuesto en el Reglamento y la legislación general sobre protección de datos.

4. Incidencias y efectos de las nuevas tecnologías en la protección de datos

El uso de nuevas tecnologías como el *big data*, la inteligencia artificial o el *cloud computing* en el proceso de digitalización de la gobernanza se ha convertido en la opción más completa para conseguirlo y cumplir con los requisitos de transparencia y disponibilidad de la información. Sin embargo, a medida que aumenta la fuente de acceso a la información, también aumenta el riesgo en la protección de los datos de los ciudadanos, así como la posibilidad de transferencia internacional de datos a terceros países fuera de la UE, donde simplemente no existe tal ley comparable. La Autoridad Española de Protección de Datos clasifica varias tecnologías utilizadas por el sector público que tienen un gran impacto en el derecho a la protección de datos de los ciudadanos: las conocidas cookies o tecnología de seguimiento, las redes sociales, la electricidad, la computación en la nube y las nuevas tecnologías relacionadas con el Big Data, la Inteligencia Artificial y cadena de bloques. En el primer caso, su uso para conocer las preferencias de los ciudadanos a la hora de utilizar sitios web oficiales puede dar lugar a la recogida de datos personales más allá de su finalidad original, lo que es aún peor cuando se utilizan herramientas como Google. Utilice la analítica, como parte de la analítica web, para comprender las interacciones de los usuarios en el sitio. Y las direcciones IP de los usuarios se almacenan en servidores ubicados en EE. UU., un país que no tiene el mismo nivel de protección que la Unión Europea.

Para las plataformas sociales el gobierno no tiene control absoluto, ni se adapta al ámbito administrativo, ni se adapta al ámbito administrativo. La mayoría de las redes sociales suelen provenir de terceros países no pertenecientes a la UE, como Facebook o YouTube en América del Norte. Tampoco se benefician de las garantías de confidencialidad de la transmisión de información a las redes sociales, ya que en algunos casos se puede acceder a los contenidos a través de la configuración de privacidad en la propia red social o en los perfiles. Los perfiles de usuario permiten el acceso indiscriminado.

En lo que a *cloud computing* o computación en la nube se refiere, la gestión y almacenamiento de datos a través de dispositivos virtuales o servicios de red específicos genera una serie de ventajas en el sector público, especialmente en la gestión interna de este ámbito. Sin embargo, cuando un tercero proporciona un servicio administrado, en caso de una brecha de seguridad, el administrador no tiene control directo sobre el servicio. Además, otro problema que puede existir es la injerencia de terceros, subcontratistas cuando prestan servicios en la nube, si el servidor que almacena estos datos se encuentra en un tercer país, la situación se complica aún más si no realizan la verificación adecuada. Si el país tiene leyes de protección de

datos adecuadas o es "compatible" con la ley europea, siempre que se respeten las opciones descritas en la normativa sobre transferencias internacionales de datos.

Finalmente, frente al empleo del *big data*, la inteligencia artificial y el *blockchain*, el primero supone el primero implica el tratamiento masivo de datos, a un gran conjunto caracterizado por su volumen, velocidad, variedad o variabilidad; sus posibilidades son empleadas en la inteligencia artificial implica que, a partir de un análisis algorítmico de una ingente cantidad de datos, para lograr objetivos concretos; mientras que, la tecnología del *blockchain* implica el uso de una serie de bloques enlazados y cifrados para proteger la seguridad de las transacciones, funcionando como un gran registro, en el que los miembros comparten la información, hay una clave pública y otra privada para poder comprobar la transacción. Pues bien, su uso por parte de la Administración española no ha pasado desapercibido, sobre todo por las posibilidades que ofrecen para la mejora de eficiencia y gestión, así como transparencia en los procedimientos. Sin embargo, la falta de una regulación sobre estos presenta diversos desafíos legales, ya que, por ejemplo, en el caso de los algoritmos existe cierta problemática en torno a la transparencia y la fiabilidad⁶. Al ser tecnologías en pleno crecimiento y evolución, presentan una falta de madurez en su aplicación⁷.

Y es que, a pesar de la existencia de una regulación sobre protección de datos y sobre la adopción de medidas de seguridad en el ámbito del sector público, como demuestra el estudio llevado a cabo por la FEMP (2017) las diferentes Administraciones públicas, y concretamente las del entorno local, no están exentas de incumplimientos resultando muy proclives al incumplimiento de esta normativa con situaciones que van desde el envío de comunicaciones electrónicas sin consentimiento para ello, hasta la publicación de datos personales en una red social del ayuntamiento. Situaciones que pueden llevar aparejadas transferencias internacionales de datos, pues el encargado de tratamiento podría estar ubicado en un tercer país, como es el caso de la red social Facebook, de Estados Unidos, una plataforma empleada por las Administraciones para el contacto con los ciudadanos.

Por este motivo, resulta especialmente relevante establecer una serie de mecanismos para permitir que las subcontrataciones que se realicen en este contexto se gestionen de forma fluida. En este sentido, tanto la Agencia Española de Protección de Datos como las agencias autonómicas han tratado diferentes problemáticas sobre las transferencias internacionales de datos en el sector público. Concretamente, la agencia catalana, en su resolución de 2018, mencionó el caso de EE. UU, indicando, sobre los servicios de *cloud computing*, que sería posible la realización de transferencias en caso de no existir decisiones de adecuación, sin embargo, deberían contemplarse otras garantías como un instrumento jurídicamente vinculante, normas

6 Valero Torrijos, Julián, "The legal guarantees of Artificial Intelligence in Administrative Activity: Reflections and Contributions from the Viewpoint of Spanish Administrative Law and Good Administration Requirements", *European Review of Digital Administration & Law*, 50, 2020.

7 Cotino Hueso, Lorenzo, "Riesgos e impactos del big data, la inteligencia artificial y la robótica. Enfoques, modelos y principios de la respuesta del derecho", *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, 2019.

corporativas vinculantes, cláusulas contractuales tipo entre otras. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las Administraciones públicas tienen obligaciones adicionales sobre la seguridad de sus datos, por ejemplo, el requerimiento de que el servidor se encuentre ubicado en la UE, según lo establecido en las últimas modificaciones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Además, las redes sociales se han convertido en otro medio de comunicación entre las Administraciones y los ciudadanos, sobre ello, la agencia de protección de datos del País Vasco subrayó que el sector público no podía alejarse del contexto digital de los ciudadanos, pero debían tener un control del perfil social y los servicios que se presentasen para evitar los incumplimientos en la protección de datos. Sin embargo, las cláusulas de privacidad de las redes sociales normalmente no permiten una exclusión completa de la cesión de datos, pudiendo conllevar transferencias internacionales.

Las tecnologías de seguimiento, también se presentan como otra problemática vinculada a las transferencias de datos, sobre todo por el empleo de herramientas como *Google Analytics*, pues las IP que recoge se almacenan en sus servidores de EE. UU. Por este motivo, cuando las Administraciones requieran de estas herramientas para poder estudiar los intereses o necesidades de los ciudadanos conforme al tráfico del portal web, es totalmente imprescindible seguir el principio de minimización y recoger los datos de forma anónima o seudonimizada.

Conclusiones

Estos desafíos implican la necesidad de un gobierno de datos adecuado que garantice los derechos y libertades de los sujetos cuyos datos son tratados, y al mismo tiempo, cubra la integridad y calidad de los datos y la capacidad de los algoritmos de procesar los datos de forma que se proteja la privacidad. En este tipo de tecnologías las Administraciones deben velar por el correcto uso de los datos en las etapas de desarrollo y aplicar todos los principios y seguridades requeridas por la normativa de protección de datos. A pesar de, pesar de la existencia de una normativa sólida sobre la materia, un esquema nacional de seguridad, y elementos a mayores que deben salvaguardar las Administraciones públicas, estas suelen emplear los servicios ofertados por empresas situadas en terceros países, muchos de ellos provenientes de Norteamérica. Y es que, a falta de una decisión de adecuación, el responsable o el encargado del tratamiento, en su caso, solamente podrán transmitir datos personales a un tercer país si hubiera ofrecido garantías adecuadas y a condición de que los interesados cuenten con derechos exigibles y acciones legales que fueran efectivas.

En suma, el empleo de tecnologías provenientes de empresas ubicadas en terceros países fuera de la UE puede generar una serie de riesgos para las Administraciones públicas, pues a pesar de la existencia de mecanismos alternativos para permitir la transferencia, la normativa de dicho país puede no ser compatible con la europea, no otorgando una tutela judicial efectiva a los ciudadanos europeos sobre el uso de sus datos. Como ha ocurrido con el caso norteamericano, cuya normativa de seguridad

pública, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resulta intrusiva con los derechos de los ciudadanos europeos.

Bibliografía

Asensio, Rafael, *La aplicación del Reglamento (UE) de protección de datos en la Administración Pública: especial referencia a los entes locales*. IVAP, 2018, p.130.

Casado, Eduardo, "Novedades de la Ley 9/2017 en materia de contratación electrónica: razones de una decepción", *Revista Galega de Administración pública*, 55, 2018, pp. 447-469.

Delgado, Ignacio, "Una panorámica general del impacto de la nueva ley de procedimiento administrativo común en las relaciones de los ciudadanos con la Administración Pública", in: *La reforma de la Administración Electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*, MARTÍN DELGADO, Ignacio (Ed.), Instituto Nacional de la Administración Pública, 2017, pp. 159-196.

Grande, J. Ignacio, "Las Administraciones Públicas en la era del gobierno abierto. Gobernanza inteligente para un cambio de paradigma en la gestión pública", *Revista de estudios políticos*, 173, 2016, pp. 245-275.

Hueso, Lorenzo, "Riesgos e impactos del big data, la inteligencia artificial y la robótica. Enfoques, modelos y principios de la respuesta del derecho", *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, 2019.

Torrijos, Julián, "The legal guarantees of Artificial Intelligence in Administrative Activity: Reflections and Contributions from the Viewpoint of Spanish Administrative Law and Good Administration Requirements", *European Review of Digital Administration & Law*, 50, 2020.

A Administração Pública Aberta conjugada com o regime jurídico da proteção de dados pessoais na era da economia de dados: breves comentários sobre a necessidade e os caminhos para a harmonização

Yuri Rodrigues Ladeia¹

Sumário: Considerações introdutórias. 1. A necessidade de harmonização a proteção de dados pessoais e a administração pública aberta. 2. Os caminhos da harmonização sob uma perspetiva interpretativa e principiológica: 2.1. Da rejeição da sobreposição e da preferência à compatibilidade das tutelas. 3. O combate à opacidade e a ineficiência do estado e a autorregulação como regra na era da Hiper conexão: 3.1. Breves provocações sobre o digital, a burocracia e a eficiência no serviço público. 3.2. A autorregulação para a conformidade com a proteção de dados como regra. Conclusão.

Resumo: Com vistas à contemporânea sociedade da informação e a relevância que os dados têm tido enquanto combustível para a transformação digital na União Europeia, que focada na economia de dados, tem buscado um serviço público mais eficaz, através dos métodos em linha, remete para controvérsias relativas ao ponto de equilíbrio entre uma administração pública aberta e a proteção dos dados pessoais dos administrados. Nesta ordem, este trabalho pretende demonstrar a necessidade de harmonizar estes direitos importantes para os valores nacionais e europeus, que influenciam diretamente a decisão pública. Além disso, pretende-se sugerir algumas linhas orientadoras para a harmonização, considerando o atual quadro jurídico multinível e cosmopolita sobre os temas em apreço. A construção do raciocínio é amparada na revisão doutrinal e de fontes institucionais de relevo a nível nacional e internacional, concluindo que os dados para o interesse público devem ser tão abertos quanto possível, e tão fechados quanto necessário, com vistas a combater a opacidade do Estado, sem desconsiderar os direitos de personalidade, devendo os agentes públicos zelar pela conformidade no âmbito da respetiva autorregulação.

Palavras-chave: E. Governação; Estratégia europeia de dados; Harmonização da proteção de dados; administração pública aberta

Summary: Introductory considerations. 1. The need for harmonization of personal data protection and open public administration. 2. The paths to harmonization from

¹ Advogado e Consultor Jurídico. Mestre em Direito e Informática e Doutorando em Ciências Jurídicas Privativas pela Universidade do Minho.

an interpretative and principled perspective: 2.1. From the rejection of overlapping and preference to compatibility of safeguards. 3. Combating opacity and state inefficiency and self-regulation as a rule in the hyper-connected era: 3.1. Brief provocations on digital, bureaucracy and efficiency in public service. 3.2. Self-regulation for data protection compliance as the rule. Conclusion.

Abstract: In view of the contemporary information society and the relevance that data has had as fuel for the digital transformation in the European Union, which focused on data economy, has sought a more effective public service, through online methods, which refers to controversies regarding the balance point between an open public administration and the protection of personal data of the administrators. In this order, this work intends to demonstrate the need to harmonize these important rights for national and European values, which directly influence public decision making. In addition, it intends to suggest some guidelines for harmonization, considering the current multilevel and cosmopolitan legal framework on the topics at hand. The construction of the reasoning is supported by doctrinal review and relevant national and international institutional sources, concluding that data for the public interest should be as open as possible, and as closed as necessary, to combat the opacity of the state, without disregarding the rights of personality, and the public processing agents should ensure compliance within the scope of their self-regulation.

Keywords: E. Governance; European data strategy; Harmonization of data protection; open public administration.

Considerações introdutórias

A sociedade e a economia têm estado em constante transformação devido à influência das tecnologias digitais², de modo que o termo *sociedade da informação* passou a ser utilizado para referir o momento contemporâneo civilizacional³, num contexto de acelerado processo de transição digital, que considera as pessoas, as empresas e a administração pública⁴, numa realidade jurídica cosmopolita e multinível que afeta o domínio da governação.

Nesta era da hiper conexão, os dados estão no centro da transformação, sendo o combustível da inovação no setor privado e no público⁵. Esta inovação pode traduzir-se em maior produtividade e mercados mais competitivos, melhorias na saúde, no bem-estar e no ambiente, bem como em governação pública transparente e serviços públicos mais eficientes e acessíveis, a exemplo do que já se faz nos serviços públicos em linha, tal como os disponíveis em Portugal, no Portal das Finanças – Autoridade Tributária e Aduaneira e no Portal do Serviço Nacional de Saúde – SNS, com o exemplo do registo de Saúde Eletrónico. Outro exemplo em prol da transparência é a disponibilidade da informação sobre os contratos públicos celebrados em Portugal através do portal “Base.gov”.

Esses benefícios devem-se ao universo de possibilidades que se abre com a utilização do elevado volume de dados que são produzidos no âmbito do mercado único digital da União Europeia, que segundo Dana Reizniece-Ozola, Ministra da Economia da Letónia, tem um potencial de alto desempenho que pode contribuir, anualmente, com mais de 400 mil milhões de euros para a economia europeia⁶, fomentando a utilização e a procura por produtos e serviços baseados em dados, em todo o mercado único, o que inclui os serviços públicos.

À vista disto, a União Europeia tem delineado uma estratégia com medidas políticas e investimentos para o desenvolvimento da economia dos dados, orientada a construir o futuro digital da Europa⁷. Pretende-se, no âmbito da administração pública, que os dados produzidos neste setor, estejam ao dispor para o bem-público, o que inclui como destinatários os cidadãos enquanto pessoas coletivas ou pessoas singulares.

2 Comissão Europeia, "COM(2018) 22 final: Uma estratégia europeia para os dados", https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52020DC0066_04/01/2022.

3 Silva, Bento Duarte da, "A tecnologia é uma estratégia", disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/17940/1/A%20tecnologia%20%C3%A9%20uma%20estrat%C3%A9gia.pdf>, 26/01/2022.

4 Fonseca, Isabel Celeste M., "Governação Pública Digital e a Proteção de Dados Pessoais: Notas breves sobre as dificuldades de harmonização", in Estudos de E.Governação, Transparência e Proteção de Dados, Isabel Celeste Fonseca (coord.), Almedina, 2021.

5 Comissão Europeia, "COM(2018) 22 final: Uma estratégia europeia para os dados", https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52020DC0066_04/01/2022.

6 Reizniece-Ozola, Dana, "Conselho (Competitividade), 28-29 de maio de 2015", <https://www.consilium.europa.eu/pt/meetings/compet/2015/05/28-29/,30/12/2021>.

7 Comissão Europeia, "COM(2018) 22 final: Uma estratégia europeia para os dados", https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52020DC0066_04/01/2022.

Neste esteio, importa considerar a superação portuguesa do regime totalitário, após o qual, no âmbito da administração pública, passou a apegar-se ao combate e à manutenção do *status* do princípio de *arcana praxis* ou do segredo⁸, através de uma abordagem constitucional preocupada com os direitos e liberdades individuais, desde 1976. Esta abordagem incluiu a tutela da proteção de dados pessoais face ao tratamento por parte do Estado, na fórmula do artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa, bem como os direitos da coletividade, consagrando o princípio da publicidade dos atos públicos, no artigo 119.º da mesma.

Estas constatações legislativas nacionais demonstram a intenção do legislador português da coexistência do princípio da administração pública aberta com o respeito ao direito da proteção de dados pessoais, consolidando a ultrapassagem de uma administração autoritária para dar lugar a outra administração, de matriz participada, que considera os direitos individuais de personalidade⁹. Esta abordagem nacional foi reforçada pela declaração sobre direitos e princípios orientadores da transformação digital na União Europeia, que endossa os valores europeus consagrados no quadro jurídico da união político-económica, que na atual transição digital afeta a economia de dados, no sentido de continuarem a ser respeitados, tanto em linha como fora de linha¹⁰, inclusivamente pela administração pública.

Neste cenário, o regime jurídico da proteção de dados segue a lógica de proteção desde a conceção e por defeito, nos termos do artigo 25.º e 89.º do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 – Regulamento Geral da Proteção de Dados, o principal ato normativo harmonizador transversal a nível da União Europeia sobre o tema na atualidade. Isto significa que impera a consideração de alguns princípios gerais quando se pensa em tratamento de dados pessoais, nomeadamente a finalidade, a limitação da conservação dos dados, a transparência com o titular e a minimização, o que no contexto público carece de harmonização com as prerrogativas da administração pública aberta, à vista dos objetivos da economia de dados nacional e europeia, atentando ao interesse coletivo e ao interesse individual.

Diante desta contextualização, facto é que a harmonização destes temas é o que definirá o sucesso ou o insucesso da economia de dados para o setor público, de modo que este estudo tem como objetivo contribuir para demonstrar a necessidade de harmonizar o princípio da administração pública aberta com o regime jurídico da proteção de dados pessoais, uma vez que sob esta questão recai um cenário de incerteza, porque por vezes parecem contradizer-se, apesar de servirem o mesmo fim, que é a defesa os cidadãos, sob vieses interdependentes, o que é um desafio para o decisor público.

8 Canotilho, José Joaquim Gomes/Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa – Anotada – Volume I*, Coimbra Editora, 2014, p. 666.

9 Ibid.

10 Comissão Europeia, "COM(2022) 27 final: Establishing a European Declaration on Digital rights and principles for the Digital Decades", <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/declaration-european-digital-rights-and-principles>, 27/01/2022.

Além do objetivo acima referido, pretende-se apontar os principais pontos a ter-se em consideração para o efeito da harmonização, desenvolvendo o raciocínio ao longo do texto amparado numa revisão doutrinal e das principais fontes de relevo afetas ao tema, a nível nacional e internacional, especialmente europeu.

1. A necessidade de harmonização a proteção de dados pessoais e a administração pública aberta

O conceito administração refere-se a uma lógica de gestão, o que remete a uma ideia de organização, de utilização racional de recursos em função de uma determinada finalidade, de conciliação de divergências, de governo¹¹, que, de entre as formas de manifestação, emerge como uma ação de fazer cumprir, o que inclui as tarefas de regulação e de fiscalização. Estes conceitos genéricos são características presentes quando se pensa em administração pública, que tem como motivo de existir a prossecução de finalidades para a satisfação de necessidades da coletividade, que é o chamado interesse público.

O interesse público é a aglutinação do entendimento, em cada época, do que é indispensável ou adequado à realização das finalidades perseguidas pela comunidade política contemporânea¹², que manifesta a vontade e acautela os anseios da coletividade do seu domínio. Neste sentido é que se manifesta o artigo 266.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, à vista de que a administração pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, o que inclui os direitos coletivos e de personalidade, onde se encontra o princípio da administração aberta e ao direito da proteção de dados pessoais.

Com base nos n.ºs 1 e 2 deste mesmo artigo, entende-se que o exercício das funções e a condução das atividades de administração pública devem reger-se com respeito aos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé. Seguindo este raciocínio e conjugando com o n.º 1 e o n.º 5 do artigo 267.º da Constituição da República Portuguesa, a estrutura da administração pública deve ser orientada à desburocratização, à proximidade dos serviços dos interessados na gestão efetiva, de modo que os instrumentos normativos assegurem a racionalização dos meios para a participação dos cidadãos, na formação das decisões ou deliberações que lhes dizem respeito.

Isto posto, a administração pública e a relação desta com o particular constitui uma relevante medida do objeto do direito administrativo, que se encontra no âmbito da via de execução e da orientação da atividade pública, vertendo-se nas normas que regulam a atividade materialmente administrativa, os interesses públicos ou finalidades

11 Infopédia – Dicionários Porto Editora, "Gestão", Infopédia Editora, Serviço de Documentação e Bibliotecas da Universidade do Minho, 2022,

12 Andrade, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, pp. 13-14.

públicas, bem como no regime jurídico da atividade e dos meios de controlo e de fiscalização¹³.

Nesta ordem de aproximação, transparência e boa-fé da administração com os administrados relacionam-se com o direito de acesso à informação pública, afeto ao princípio da administração aberta, enunciado no artigo 2.º da Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto, a Lei de Acesso aos Documentos Administrativos – LADA. Este direito está alinhado com os supracitados preceitos constitucionais, que elevam a sua natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias enunciados no Título II da Parte I, relativos aos direitos e deveres fundamentais, no se refere às liberdades e garantias, conforme o artigo 17.º da Constituição da República Portuguesa.

Deste modo, ao conjugar estas definições de ordem nacional com o artigo 42.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, resta clara a orientação transversal que aponta que o acesso aos documentos administrativos é um valor europeu harmonizado dos estados-membros que compõem a comunidade da União Europeia, pelo condão de assegurar os direitos e interesses juridicamente tutelados dos cidadãos face à administração pública, na forma de controlo da atividade administrativa, evitando eventuais abusos a liberdades individuais sob a alegação do interesse público.

É em ordem a proteger os direitos e as liberdades fundamentais das pessoas singulares que se encontra o regime jurídico da proteção de dados, que inclui principalmente o Regulamento Geral da Proteção de Dados e a Lei n.º 58/2019 de 8 de agosto, que assegura a respetiva execução, na ordem jurídica nacional. Neste domínio, alguns princípios gerais que orientam à proteção de dados interessam, nomeadamente os relativos à finalidade, limitação da conservação dos dados, transparência com o titular, e minimização, no âmbito e com o fundamento jurídico para o tratamento baseado no interesse público, na forma do n.º 1 do artigo 31.º da Lei n.º 58/2019, bem como nos termos das alíneas A, B e C do n.º 1 do artigo 5.º do RGPD.

Portanto, assim como o direito de acesso à informação pública e o princípio da administração pública aberta servem a tutela de bens jurídicos fundamentais dos cidadãos face ao Estado, também serve o direito da proteção de dados pessoais, igualmente fundamental. Isto porque a nível da União Europeia este está previsto no artigo 8.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no artigo 16.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, bem como no considerando n.º 1 do atual RGPD, ao passo que nacionalmente encontra-se desde 1970 no artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa e nas demais normas setoriais esparsas que compõem o regime jurídico da proteção de dados pessoais.

Neste período, o direito da proteção de dados surgiu como um valor nacional de resposta às violações de direitos de personalidade que se pretendeu fazer cessar, com o intuito de acautelar as relações dos cidadãos com o Estado no âmbito do tratamento de dados pessoais, limitando a intervenção das entidades governativas na vida

13 Vd. Andrade, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, cit.

dos cidadãos¹⁴ e elevando a intervenção destes na atividade daquelas, na lógica de tornar o Estado menos opaco e cada vez mais transparente face aos administrados, assim como assegurar um maior controlo sobre a atividade administrativa relativa aos dados pessoais administrados.

Entretanto, ainda que o princípio da administração pública aberta busque minimizar a opacidade do Estado, elevando a transparência em benefício dos cidadãos, a exemplo do direito de acesso à informação administrativa, este não é absoluto quando em conflito com outros bens jurídicos tutelados constitucionalmente e ao nível do direito da União Europeia, nomeadamente a segurança interna e externa, a investigação criminal e especialmente a intimidade da vida privada¹⁵.

Isto porque quem pratica os atos da administração pública através e em nome de seus órgãos, em última instância, são igualmente pessoas individuais, titulares de dados¹⁶, que podem ser os trabalhadores da Administração Pública e os demais agentes do Estado e de outras entidades, ainda que privadas, que se dedicam ao serviço de interesse público, direta ou indiretamente. Tendo isto em conta, por um lado estão os cidadãos administrados e titulares de dados não afetos ao serviço público, mas que têm os seus dados sob a guarda do Estado. De outro lado encontram-se aqueles titulares que ocupam funções de interesse público e que, por conseguinte, em última instância praticam os atos públicos.

É um exemplo que ilustra esta situação o regime jurídico da contratação pública, para o qual importa a divulgação de informações pessoais de modo suficiente para verificar a identidade do contraente público e do cocontratante, em benefício do escrutínio público, o pressupõe o acesso, em certa medida, aos dados dos representantes das entidades, conforme aduz o artigo 27.º da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, neste caso orientado à lógica de transparência dos atos públicos, mas com a ressalva que observa o princípio da minimização, da finalidade e da proporcionalidade do tratamento de dados pessoais. Este exemplo de divulgação é uma medida de controlo que advém do princípio da administração aberta, com vista a permitir aos interessados apurarem se a atividade administrativa respeita os princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da colaboração com os particulares, conforme infere o artigo 2.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto¹⁷.

Logo, do mesmo modo que todos os titulares de dados devem beneficiar da tutela do regime jurídico da proteção de dados, bem assim a todos os cidadãos deve assistir o direito de acesso à informação administrativa, sem a necessidade de enunciar

14 Cordeiro, António Barreto Menezes, "Da Responsabilidade Civil pelo Tratamento de Dados Pessoais", in *Novos Desafios da Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2019, pp. 39 - 54.

15 Moreira, Vital/Canotilho, José Joaquim Gomes, *Constituição República Portuguesa Anotada - Volume II - Artigos 108.º a 296.º*, Coimbra Editora, 2014, p. 842.

16 Entende-se por titular de dados todo aquele que se enquadra no conceito vertido no n.º 1 do artigo 4.º do RGPD.

17 Vd. Fonseca, Isabel Celeste M., "Governação Pública Digital e a Proteção de Dados Pessoais: Notas breves sobre as dificuldades de harmonização", cit.

qualquer interesse, salvo nos casos excepcionais, o que compreende os direitos de consulta, de reprodução e de informação sobre a sua existência e conteúdo, na forma do n.º 1, do artigo 5.º da Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto. Diante deste cenário, impõe-se o desafio de conjugar um direito individual à autodeterminação informativa, pelo lado da proteção de dados pessoais, com um direito coletivo que se verte no princípio geral da publicidade e da transparência, que busca evitar a arbitrariedade pública, do lado do princípio da administração pública aberta.

Esta conjugação que considera os dois direitos já mencionados, de natureza análoga aos direitos liberdades e garantias, leva à necessidade de aplicar os contrapesos legais, que podem por um lado implicar restrições ao direito de acesso aos documentos administrativos e por outro implicar a relativização da restrição de publicação de dados pessoais que estejam afetos aos documentos públicos e que sejam essenciais para a transparência dos atos administrativos, sob pena de um conflito de regimes jurídicos, que ao fim e ao cabo servem a mesma finalidade, que é tutelar os direitos e os interesses dos cidadãos.

2. Os caminhos da harmonização sob uma perspetiva interpretativa e principiológica

As restrições e limitações ao acesso a documentos administrativos só podem ocorrer quando expressamente previstas na ordem jurídica, segundo as disposições do n.º 7 do artigo 6.º da LADA. Estas limitações implicam a possibilidade de interdição de acesso aos documentos administrativos, para a salvaguarda de outros interesses juridicamente relevantes, quando suscetível de causar danos graves e dificilmente reversíveis a terceiros, que sejam superiores aos bens e interesses protegidos pelo direito de acesso à informação administrativa. Neste sentido, seria o direito à proteção de dados pessoais um interesse jurídico relevante para este efeito? Se sim, em que medida?

Conforme demonstrado ao longo do desenvolvimento do trabalho, a proteção de dados é um valor caro ao direito nacional e da União Europeia, motivo pelo que a resposta à questão é positiva, na estrita medida da proporcionalidade para atingir a finalidade pública. Logo, está delineado o primeiro ponto para orientar o limite da transparência pública em conjugação com o direito individual transversal da proteção de dados e o princípio da intimidade da vida privada.

Nesta ótica, releva pensar nos direitos de personalidade, com especial atenção ao princípio da intimidade da vida privada, ao qual o direito da proteção de dados é afeto, fazendo uma reflexão sobre o espírito do mesmo, no sentido de verificar qual é a extensão do bem jurídico tutelado, sendo um exercício importante para avançar no raciocínio sobre os principais pontos norteadores da conjugação dos regimes jurídicos referidos. Desta maneira, o bem jurídico tutelado refere-se a uma proteção

com a finalidade de evitar violações da paz, garantindo o resguardo e a tranquilidade na esfera jurídica particular de alguém¹⁸, o que pode ser referido como intimidade.

O espírito do princípio, segundo Paulo Mota, remete a proteção do que é o mundo particular do ser humano, no sentido de que deve ser um domínio fora do alcance do escrutínio público, por desejo do próprio indivíduo, em respeito à sua individualidade¹⁹. Somado a isto, na construção dos caminhos para a identificação do espírito do princípio, importa o silogismo de Menezes Cordeiro, que aduz que a intimidade da vida privada é um direito contra o Estado, que só pode interferir neste âmbito quando tenha a legitimidade para o efeito²⁰, o que retorna à ideia de proporcionalidade.

Por esse ângulo, é encontrada a medida da proporcionalidade a partir da análise do espírito do princípio da intimidade da vida privada, que é vertido na ponderação de quais são as informações pessoais úteis para o estrito escrutínio da administração pública, de modo que os dados pessoais que estejam publicamente disponíveis sejam aqueles afetos aos atos da vida pública do titular de dados que legalmente tenham que ser de conhecimento coletivo, nos contextos que seja indispensável a coletividade questionar, como são os exemplos dos concursos de emprego público e da contratação pública.

Assim, não há lugar para o pretexto do interesse público dos dados pessoais quando digam apenas respeito à vida privada, sendo a anonimização o caminho, como é o caso de dados estatísticos agrupados, que têm uma eventual chave de descodificação eliminada. Nesta ordem, entende-se que extrapolar esta subjetiva e tênue linha implica a violação da dignidade da pessoa humana.

2.1. Da rejeição da sobreposição e da preferência à compatibilidade das tutelas

Este trabalho descarta uma lógica de sobreposição e prefere o raciocínio da compatibilidade do direito da proteção de dados com o direito de acesso à informação administrativa, no âmbito da administração pública aberta, considerando que ambos são direitos fundamentais.

Neste ângulo, atentando para a formulação do n.º 3 do artigo 1.º, do artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do artigo 10.º, n.º 1, alínea a) da LADA, bem como do artigo 268.º, n.ºs 2 e 5 da Constituição da República Portuguesa, entende-se que o acesso à informação e a documentos nominativos detidos pela administração pública orienta-se sem prejuízo do regime legal de proteção de dados pessoais, podendo os titulares cidadãos impugnarem as normas administrativas com eficácia externa lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, o que demonstra que a relativização é uma possibilidade a favor da harmonização.

18 Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição, 2012, p. 212.

19 Pinto, Paulo Mota, "O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada", in *BFDUC*, 1993,

20 Cordeiro, António Menezes, *Tratado de Direito Civil I*, 4.ª Edição – Reimpressão 2021, Almedina, 2012, p. 234.

Do lado da proteção de dados, o Considerando 154 do Regulamento Geral da Proteção de Dados refere que o direito de acesso aos documentos oficiais de interesse público pode implicar a divulgação pública dos dados pessoais nestes constantes se a divulgação estiver prevista no direito da União ou do Estado-Membro. No caso de Portugal, há a ressalva no regime jurídico nacional da proteção de dados, através do artigo 27.º da lei de execução do Regulamento Geral da Proteção de Dados na ordem jurídica nacional (Lei 58/2019), que permite a divulgação, na medida do necessário, para identificação do contratante e cocontratante público, por exemplo, o que reforça o entendimento que se busca aqui colocar relativamente à conciliação do acesso aos documentos públicos com o direito à proteção dos dados pessoais e à rejeição de uma sobreposição.

Diante destas reflexões, a intenção do legislador nacional e europeu em conjugar e conciliar o direito da proteção de dados com a administração pública aberta, nomeadamente no que respeita ao acesso aos documentos públicos, perseguindo o melhor aproveitamento dos recursos legislativos, é a mesma do entendimento deste autor. No limite, o desafio jurídico é permitir a transparência dos atos públicos, incluindo aqueles que implicam a identificação individual do agente público, possibilitando o controlo e a transparência administrativa, embora sem que o titular de dados em causa se transforme em simples objeto de informações²¹.

3. O combate à opacidade e a ineficiência do estado e a autorregulação como regra na era da hiper conexão

3.1. Breves provocações sobre o digital, a burocracia e a eficiência no serviço público

Para além dos tópicos em destaque acima referidos, importa colocar uma pergunta que não foi objeto direto de resposta durante o desenvolvimento, considerando o potencial provocativo da mesma, no sentido de fomentar a discussão à volta do tema da eficácia do serviço público. Isto porque este tema está na ordem do dia, uma vez que o cerne deste trabalho permeia questões qualitativas sobre o objeto da administração pública, no sentido do respeito aos direitos dos administrados, que motivou a necessidade de harmonia entre o regime jurídico da proteção de dados e os temas afetos à administração pública aberta.

Disto isto, parece que há um sentimento coletivo de que nunca esteve tão próximo o alcance dos objetivos de uma estrutura pública que evita a burocratização e a promoção da aproximação dos serviços das populações, através das descentralização e desconcentração administrativas, na formulação do artigo 267.º, n.º 1 e 2 da Constituição da República Portuguesa, ou pelo menos nunca esteve tão desenvolvido este tema quanto na contemporaneidade.

21 Moreira, Vital/Canotilho, José Joaquim Gomes, *Constituição da República Portuguesa – Anotada – Volume I – Artigos 1.º a 107.º*, Coimbra, Editora, 2014, p. 550.

Entretanto, a dúvida que fica é: a digitalização, que imprime eficácia ao serviço público em comparação com as dinâmicas analógicas, embora contribua para o controlo do Estado, soluciona a burocratização? Tenha-se como exemplo as dificuldades de alterar os atos praticados no âmbito da administração tributária digital, por um contribuinte com baixa literacia. Na sequência, a segunda pergunta: A digitalização dos serviços contribuiu de modo eficaz para a mitigação do formalismo público?

3.2. A autorregulação para a conformidade com a proteção de dados como regra

Em Portugal pretende-se alargar o acesso do cidadão a dados do setor público para alcançar benefícios socioeconómicos, o que inclui gerar efeitos no organismo público no sentido de promover a transparência e a responsabilização, fomentando a participação civil. Um exemplo destas medidas e estratégia é a criação do catálogo central de dados abertos de reutilização de informação do setor público, juridicamente reconhecido pelo artigo 5.º da Lei n.º 68/2021, de 26 de agosto, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva (UE) 2019/1024, relativa aos dados abertos e à reutilização de informações do setor público.

O referido catálogo, designado “dados.gov”, serve a finalidade de agregar, referir, publicar e alojar dados abertos de diferentes organismos e setores da administração pública nacional, demonstrando o alinhamento da estratégia europeia com a nacional. Estas operações orientam-se pelos princípios da administração aberta ou do arquivo aberto, pelos princípios da publicidade e da transparência da ação administrativa, acautelados pelo n.º 1 do artigo 268.º da Constituição da República Portuguesa, bem como pelas previsões dos artigos 82.º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo, relativamente ao acesso a informações de carácter procedimental, que inclui os atos e diligências praticadas, orientando no sentido de que o direito de acesso aos registos e arquivos administrativos é a regra.

Isto porque existem ressalvas legais que incluem a proteção de dados, conforme dito ao longo deste texto, o que deve ser considerado e harmonizado, cuidando para que os registos e arquivos sejam um património aberto à coletividade²², sem que se desampare os direitos de personalidade à luz do interesse público, rejeitando o referido princípio de *arcana praxis* ou do segredo²³.

Na prossecução desta harmonização, importa referir que há dados que, não obstante serem adstritos à esfera jurídica privada de um titular, também não deixam estar afetos ao domínio público, uma vez que são gerados no âmbito de uma relação pública administrativa²⁴. Este é o caso das assinaturas digitais dos representantes das entidades públicas e privadas na contratação pública, que incluem as informações

22 Moncada, Luiz Cabral de, *Código do Procedimento Administrativo (Anotado)*, Quid Iuris, 2016, p. 127.

23 Canotilho, José Joaquim Gomes/ Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa – Anotada – Volume I*, Coimbra, Editora, 2014, p. 666.

24 Santos, Sara Margarida Pacheco dos, *O Impacto do Regulamento Geral de Proteção de Dados na Administração Pública*, Universidade de Coimbra, 2019.

disponíveis no cartão de cidadão, a exemplo do número de identificação, o que poderia ser útil para garantir a identificação do contraente público e do cocontratante, nos termos do artigo 27.º da lei n.º 58/2019, de 8 de agosto.

Isto leva a considerar como balizador o princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 2.º, n.º 1 da LADA, bem como no Considerando 156 do RGPD, acrescido do princípio da necessidade, de modo a garantir que o regime jurídico da proteção de dados não sirva como instrumento de legitimação para o favorecimento da corrupção, a exemplo dos âmbitos da contratação, do emprego e das subversões públicas, onde a publicidade é essencial para o escrutínio²⁵.

Neste contexto, releva considerar a inovação no atual regime jurídico da proteção de dados, promovido pelo RGPD que, segundo Joel A. Alves, consistiu na transição de um regime de ordem heterorregulatória, centrada no controlo, fiscalização e orientação por parte de uma autoridade, para um regime em que são os próprios agentes de tratamento²⁶ quem têm o ónus de assegurar e orientar-se numa lógica de conformidade publicamente autorregulada, que igualmente considera os direitos e as liberdades fundamentais dos titulares de dados pessoais, orientando à utilização responsável da informação²⁷. Este novo quadro normativo multinível incluiu o direito nacional, o direito europeu e a *softlaw* – a título de exemplo, as orientações e comunicados do Comitê Europeu Para a Proteção de Dados.

Essa dinâmica parece bastante acertada, considerando a limitada capilaridade das autoridades de controlo para acompanhar os temas de proteção de dados nos fluxos e tratamentos de dados cada vez mais elevados, rápidos e dinâmicos, no quadro da atual era da informação. É um exemplo da conformidade publicamente autorregulada o dever dos agentes de tratamento de designar um Encarregado da Proteção de Dados – EPD, na forma do artigo 37.º n.º 1, do RGPD, considerando as respetivas funções e posição de aconselhamento, controlo da conformidade, cooperação com a autoridade e sensibilização face aos agentes, considerando os riscos associados às operações de tratamento, segundo a conjugação com os artigos 38.º e 39.º do RGPD.

Diante disto, é da competência dos agentes de tratamento a conjugação dos princípios que orientam o regime jurídica da proteção de dados e os princípios afetos à administração pública aberta, com especial atenção aos dados de categorias especiais, considerando expor apenas o mínimo para permitir o escrutínio da administração pelo cidadão, com respeito aos direitos de personalidade do mesmo, dando preferência, apenas quando for suficiente para o alcance desta finalidade, à publicidade dos dados considerados de natureza pública aberta, os quais resultam da anonimização, ou seja, quando se tornou impossível retroceder à respetiva titularidade, os quais não estão afetos ao regime jurídico da proteção de dados pessoais.

25 Fonseca, Isabel Celeste M., "Governação Pública Digital e a Proteção de Dados Pessoais: Notas breves sobre as dificuldades de harmonização", cit.

26 Alves, Joel A., *O Novo Modelo de Proteção de Dados Pessoais Europeu – Da Heterorregulação à Autorregulação Publicamente Regulada*, Almedina, 2021, p. 20.

27 Ibid.

Conclusão

Ao fim destas reflexões, entende-se que, na abertura da administração pública, importa considerar o que é o estritamente necessário para o escrutínio dos atos públicos, limitando-se a exposição exclusivamente se refere à vida pública.

Portanto, tudo aquilo que não é minimamente essencial para esta finalidade, quando em causa estejam dados pessoais, diz respeito a um domínio que deve estar fora do alcance do escrutínio público, conjugando para esta análise, que deve ser casuística, os princípios da minimização da recolha de dados, da limitação das finalidades do tratamento, da responsabilidade e da proporcionalidade, vertidos no regime jurídico da proteção de dados e no direito público. Logo, aquilo que são ações referentes à coletividade são do domínio público, ao passo que aquelas que dizem respeito à individualidade são de domínio privado.

Conclui-se que para a construção da harmonia importa conjugar a ideia de que os dados para a causa e o interesse público devem ser tão abertos quanto possível, e tão fechados quanto necessário, devendo cada entidade orientar-se neste sentido, através da própria autorregulação.

Finalmente, facto é que face a estes temas de conjugação e harmonia recai um certo grau de subjetividade, pelo que cabe primeiro ao legislador colmatar, bem como aos interessados e expoentes do direito público a missão de pensar a interpretação das normas nos casos concretos, contribuindo para a construção de entendimentos doutrinários cada vez mais sólidos que ajudem na orientação por este caminho.

Bibliografia

Alves, Joel A., *O Novo Modelo de Proteção de Dados Pessoais Europeu – Da Heterorregulação à Autorregulação Publicamente Regulada*, Almedina, 2021, p. 20.

Andrade, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, pp. 13-14.

Canotilho, José Joaquim Gomes/Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa – Anotada – Volume I*, Coimbra Editora, 2014, p. 666.

Constituição República Portuguesa Anotada – Volume II – Artigos 108.º a 296.º, Coimbra Editora, 2014, p. 842.

Comissão Europeia, "COM(2018) 22 final: Uma estratégia europeia para os dados", https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52020DC0066_04/01/2022.

Comissão Europeia, "COM(2022) 27 final: Establishing a European Declaration on Digital rights and principles for the Digital Decades", https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/declaration-european-digital-rights-and-principles_27/01/2022.

Cordeiro, António Barreto Menezes, "Da Responsabilidade Civil pelo Tratamento de Dados Pessoais", in *Novos Desafios da Responsabilidade Civil*, Almedina, 2019, pp. 39-54.

Cordeiro, António Menezes, *Tratado de Direito Civil I*, 4.ª Edição, Almedina, 2012, p. 234.

Fonseca, Isabel Celeste M., "Governação Pública Digital e a Proteção de Dados Pessoais: Notas breves sobre as dificuldades de harmonização", in *Estudos de E.Governação, Transparência e Proteção de Dados*, Coord. Isabel Fonseca, Almedina, 2021.

Gonçalves, José Renato, *Acesso à Informação das Entidades Públicas*, Almedina, 2002, p. 12.

Moncada, Luiz Cabral de, *Código do Procedimento Administrativo (Anotado)*, Quid Iuris, 2016, p. 127.

Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição, 2012 (reimpresão), p. 212.

Pinto, Paulo Mota, "O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada", in *BFDUC*, 1993, pp. 479-586.

Reizniece-Ozola, Dana, "Conselho (Competitividade), 28-29 de maio de 2015", <https://www.consilium.europa.eu/pt/meetings/compet/2015/05/28-29/, 30/12/2021>.

Santos, Sara Margarida Pacheco dos, *O Impacto do Regulamento Geral de Proteção de Dados na Administração Pública*, Universidade de Coimbra, 2019.

Silva, Bento Duarte da, "A tecnologia é uma estratégia", pp. 839-859, disponível em www.researchgate.net/publication/277117656_A_tecnologia_e_uma_estrategia

Direito administrativo do espetáculo e espetacularização do consenso administrativo

Fernanda Karoline Oliveira Calixto¹

Sumário: Introdução. 1. A sociedade do espetáculo. 2. O Direito administrativo do espetáculo. 3. O consenso na Administração Pública como espetáculo. Conclusões. Bibliografia.

Resumo: O artigo analisa o consenso no Direito Administrativo na sociedade do espetáculo, em conformidade com a construção teórica de Guy Debord, que pressupõe idealizações coletivas sobre o indivíduo e o mundo, potencializadas pela “sociedade em rede”. Um dos fenômenos que impacta com particular importância o direito administrativo é a ascensão do uso de técnicas consensuais de prevenção e solução de conflitos também na esfera administrativa, antes fortemente permeada pela unilateralidade e imperatividade da atuação estatal. Reconhece-se o valor e a relevância do consenso para a pacificação das relações sociais, ainda mais em Estados nos quais a judicialização tem assumido patamares insustentáveis. Neste contexto reflete-se sobre a assunção de mecanismos consensuais, especialmente quando em pauta interesses e valores públicos, e sua conversão em simples simulacro de consenso e/ou burla ao dever estatal de concretização do direito. O trabalho utiliza metodologia dedutiva e crítica, fazendo uso de referencial teórico nas áreas do direito administrativo e constitucional e ainda na sociologia jurídica.

Palavras-chave: Espetacularização; consensualidade administrativa; dissenso; constitucionalização das relações jurídicas; controle social.

Summary: Introduction. 1. The society of the spectacle. 2. The administrative rights of the spectacle. 3. The consensus in public administration as a spectacle. Conclusions. Bibliography.

Abstract: The article analyzes the consensus on law in the society of the spectacle, in accordance with the theoretical construction of Guy Debord, who defends collective idealizations about the individual and the world, enhanced by the “network society”. One of the phenomena that impact administrative law with particular importance is the rise of the use of consensual techniques and the solution of conflicts also in the administrative sphere, previously permeated by the unilaterality and imperative of state action. The awareness of social relationships is recognized and recognized, even more recognized in states and values recognized in unsustainable values. However, it is concerned with the adoption of consensual mechanisms, especially when in public interests and values, it becomes simple guidelines of consensus and/or defrauding the state’s duty to promote good public administration. The work uses

1 Professora, Servidora Pública, Doutoranda em Ciências Jurídicas Públicas na Universidade do Minho.

deductive and critical methodology, making use of theoretical references and in the areas of constitutional administrative law in legal sociology

Keywords: Spectacularization; administrative consensus; dissension; constitutionalization of legal relations; social control.

Introdução

Muito antes da era da hiperconectividade digital, sob uma perspectiva notadamente econômica e marxista, Guy Debord refletia sobre o que nomeou de sociedade do espetáculo, em que “ser” perde espaço para a aparência e a propriedade de bens de consumo. Ao ampliar a análise para aspectos notadamente culturais, Mário Vargas Llosa suscita o conceito de civilização do espetáculo, na qual as ideias são deixadas em segundo plano para dar lugar às imagens e ao entretenimento como fuga de questões que sejam relevantes e capazes de causar desconforto ou angústia. O diálogo e o dissenso não são bem vindos neste contexto. A constatação da existência de uma sociedade baseada neste modelo sociológico leva à identificação de práticas do Poder Público que convertem o Estado em Estado do Espetáculo. Como resultado, o direito produzido e executado por este Estado, na acepção de Marçal Justen Filho, é um direito administrativo do espetáculo.

Diante destas premissas teóricas, este trabalho analisa na sua primeira parte em que consiste a sociedade do espetáculo e como as simulações de realidade que produz embotam e impedem o diálogo, na medida em que os membros da sociedade são colocados na posição de meros espectadores. Seguidamente, são abordadas as premissas epistemológicas do direito administrativo do espetáculo e possíveis meios de enfrentar os efeitos da espetacularização da ação administrativa, destacando a promoção da participação popular e a formulação de consensos entre tais medidas. Na última parte deste trabalho examina-se como o consenso, entretanto, pode ser usado também como parte do espetáculo em vez de ser, de facto, solução para problemas reais.

O trabalho utiliza metodologia dedutiva e crítica, fazendo uso de referencial teórico das áreas do direito administrativo e constitucional e ainda na sociologia jurídica.

1. A sociedade do espetáculo

Na obra “A sociedade do espetáculo”, Guy Debord² enuncia as sociedades modernas como acumulações de espetáculos, compreendidos estes como relações sociais que são mediatizadas por imagens, numa visão cristalizada do mundo, que é o projeto e o resultado do modo de produção na sociedade. Nestas sociedades, o ser é subvertido pelo “ter” e pelo “parecer”³, convertendo o mundo real em simples imagens, exigindo, por princípio, aceitação passiva que, por monopolizar a aparência, já efetivamente alcançou. Neste sentido, o espetáculo é o contrário do diálogo ainda quando queira parecer que houve tal diálogo. Isto porque o espetáculo se volta para a “conservação da inconsciência na modificação prática das condições de existência”⁴ (p. 23). Neste sentido, o que se apresenta à sociedade é o que se quer apresentar – imagens que não correspondem à realidade – e, embora se compreenda o papel das mídias e

2 Debord, Guy, *A sociedade do espetáculo*, Rio de Janeiro, Contraponto, 1997.

3 Debord, Guy, *A sociedade... cit.*

4 Debord, Guy, *A sociedade... cit.*, p. 23.

meios de comunicação de massa neste processo, esta compreensão é inseparável do Estado moderno, enquanto produto da divisão social do trabalho e órgão de dominação de classe.

Nesta lógica, o espetáculo coisifica o indivíduo, desagrega as coletividades, separa e individualiza os sujeitos, enquanto os objetos materiais – mercadorias de consumo – assumem o centro da atenção e cuidado humanos. Tudo isso como resultado do triunfo do capitalismo, pois significa que o capitalismo está a criar artificialmente, pelo espetáculo, necessidades e interesses que permitirão a expansão do mercado para os produtos que produz. Os consumidores, entretanto, são consumidores de ilusões⁵ (proposição 47), posto que não possuem efetiva liberdade de escolha. As trocas somente ocorrem a partir das demandas criadas pelo capitalismo. Um dos produtos principais desta sociedade, segundo assume Mário Vargas Llosa⁶, é o entretenimento, com a primazia das imagens sobre as ideias.

Embora a *Civilização do Espetáculo*, de Mario Vargas Llosa⁷, voltada a aspectos culturais, éticos e artísticos, pretenda uma abordagem mais ampla do que a obra de Guy Debord, fortemente impregnada de conceitos marxistas e econômicos, é ponto comum entre os autores o reconhecimento da futilização do consumo e da promoção da transformação de cada área da vida em sociedade em entretenimento, em espetáculo, que se volta à superficialidade. Conforme Mário Vargas Llosa⁸, a civilização do espetáculo “é a civilização de um mundo onde o primeiro lugar na tabela de valores vigente é ocupado pelo entretenimento, onde divertir-se, escapar do tédio, é a paixão universal”. Como consequência deste modo de vida ocorre a “banalização da cultura, generalização da frivolidade e, no campo da informação, a proliferação do jornalismo irresponsável da bisbilhotice e do escândalo”⁹. Embora haja valor na promoção do relaxamento e da descontração, na civilização do espetáculo busca-se por meio deste evitar tudo quanto entedia, perturba, preocupa e angustia.

No campo político, tal banalização se apresenta pela primazia do gesto e da forma sobre valores, convicções e princípios, daí que a publicidade, slogans e frivolidades¹⁰

5 Debord, Guy, *A sociedade... cit.*

6 Vargas Llosa, Mario, *A Civilização do Espetáculo. Uma Radiografia do nosso Tempo e da Nossa Cultura*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2012.

7 Vargas Llosa, Mario, *A Civilização do Espetáculo... cit.*

8 Vargas Llosa, Mario, *A Civilização do Espetáculo... cit.*, p. 19.

9 Vargas Llosa, Mario, *A Civilização do Espetáculo... cit.*, p. 29.

10 Importa esclarecer o que VARGAS LLOSA, Mario, *A Civilização do Espetáculo... cit.*, p. 27, considera ser frivolidade: “(Entre parênteses, talvez convenha explicar com mais precisão o que entendo por frivolidade. Os dicionários chamam de frívolo o leviano, volúvel e superficial, mas nossa época atribuiu uma conotação mais complexa a essa maneira de ser. Frivolidade consiste em ter uma tabela de valores invertida ou desequilibrada, em que a forma importa mais que o conteúdo, e a aparência, mais que a essência, em que o gesto e o descaramento – a representação – ocupam o lugar de sentimentos e ideias. Num romance medieval que admiro, Tirante o branco [Tirant lo Blanc, em catalão], a esposa de Warwick [Guillem de Vâroic, em catalão] dá uma bofetada no filho, um menino recém-nascido, para fazê-lo chorar pela partida do pai para Jerusalém. Nós, leitores, rimos, achando engraçado esse disparate, como se as lágrimas arrancadas à pobre criatura pela bofetada pudessem ser confundidas com o sentimento

dominam as campanhas, quase sempre em detrimento das razões, doutrinas e programas de governo. Dada a ínsita relação entre política e direito, também este se vê afetado pelo espetáculo, na medida que se legisla e se administra com a intenção de dissimular a promoção de direitos constitucionalmente¹¹ previstos em políticas públicas que mediaticamente propalam a maximização de resultados, os quais, na realidade, são de pouca efetividade e/ou importância. Assim, embora não se alcance as finalidades das normas, os discursos afirmam veementemente o seu cumprimento. Tais discursos fazem o papel de seduzir, em substituição do antigo uso da coerção.

Esta mesma sociedade, centrada no consumo como requisito para o progresso social, usa a publicidade e o marketing, que passam a ser culturalmente essenciais¹², para convencer e substitui “o dever pelo hedonismo, a poupança pelo dispêndio, a solenidade pelo humor, o recalque pela liberação, as promessas do futuro pelo presente”¹³. Por conseguinte, os discursos vendem mercadorias-signo, ao incorporarem associações imaginárias e simbólicas aos bens de consumo que apresentam, desde uma mercadoria até um candidato a cargo eletivo¹⁴. A hipocrisia e a volatilidade são as principais características destes discursos que não se restringiram às práticas privadas, migrando também para o Estado, que passa a bom fornecedor de serviços, face às promessas jurídicas do Estado Social de Direito¹⁵.

Logo, este Estado, ao não conseguir cumprir plenamente tais promessas, passa a se dedicar à edição das realidades, transmutando para o campo político-jurídico a lógica da sociedade de consumo. A propaganda assume aí grande papel porque permite que casos isolados com bons resultados sejam supervalorizados e usados para criar uma imagem de bom prestador de serviços para o Estado e para o gestor da ocasião. O mesmo ocorre com o uso acrítico de estatísticas. E tudo se dirige à criação de consensos sociais, a partir da manipulação discursiva da vontade dos atores sociais, artificialmente erigida a vontade coletiva. O espetáculo é, assim, frequentemente utilizado para formar a opinião dita “pública”¹⁶ e conferir aparência de legitimidade

de tristeza. Mas nem a dama nem os personagens que contemplam a cena riem, porque para eles pranto – forma pura – é tristeza. E não há outra maneira de estar triste senão chorando – “derramando vivas lágrimas”, diz o romance –, pois neste mundo é a forma que conta, e a serviço dela estão os conteúdos dos atos. Isso é frivolidade, maneira de entender o mundo, a vida, segundo a qual tudo é aparência, ou seja, teatro, ou seja, brincadeira e diversão”.

11 Coelho, Saulo Pinto Coelho/ASSIS, Alline N. “Um constitucionalismo do espetáculo? Espetacularização das políticas públicas e ineficiência do controle jurídico-constitucional”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 115, pp. 541-584, 2017, nomeiam este fenômeno de constitucionalismo do espetáculo.

12 Ibidem.

13 Lipovetsky, Gilles, *A felicidade Paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*, São Paulo, Companhia das Letras, 2007, p. 35.

14 Baudrillard, Jean, *A sociedade de consumo*, Rio de Janeiro, Elfos, 1995.

15 Coelho, Saulo Pinto Coelho/Assis, Alline N. “Um constitucionalismo do espetáculo?... *cit.*”

16 Sundfeld, Carlos Ari, *Direito administrativo para céticos*, São Paulo, Malheiros Editores, 2014.

democrática às posturas estatais e decisões de governo, nem sempre afinadas com os valores constitucionalmente protegidos¹⁷.

2. O direito administrativo do espetáculo

Inspirado pelas noções anteriormente expendidas, Marçal Justen Filho¹⁸ usa a expressão Direito Administrativo do Espetáculo para qualificar um estado de coisas no qual se proliferam institutos e interpretações neste ramo jurídico que não aderem à realidade e visam apenas produzir um cenário imaginário que se destina a produzir entretenimento para os indivíduos, causando distrações da falta de efetividade das ações do poder público. Assim, embora os sujeitos atuantes no Direito Administrativo se relacionem com o mundo real, sua comunicação se faz a partir de formulações que são apenas imaginárias ou discursivas.

Marçal Justen Filho¹⁹ advoga que o espetáculo não deve ser concebido como instrumento de conquista e manipulação de poder por certos grupos. Outrossim, seria o espetáculo um fenômeno típico da sociedade atual que se desenvolve de modo autônomo e sem centro de controle. Uma sociedade deste tipo somente poderia levar ao desenvolvimento de um Estado com as mesmas características: O Estado do Espetáculo. Marçal Justen Filho²⁰ atrela esta tese à concepção do Estado do Espetáculo como aquele cujas ações visam somente gerar imagens e entreter a audiência, sem que isto altere verdadeiramente a realidade. Neste cenário, os indivíduos são convertidos em observadores, plateia, deixando de assumir qualquer protagonismo nas relações que mantêm com o Estado.

Destarte, os administradores passam a se comportar como artistas, em busca de ampla repercussão mediática que lhes permita alcançar a imagem do bom administrador, do bom governante, o que lhes propiciará a reeleição ou recondução a cargos políticos e administrativos. Não interessa ser bom governante/administrador, mas apenas parecer, aos olhos dos cidadãos não-protagonistas. Não ocorre por acaso, portanto, a divulgação de certas imagens, ações e notícias da Administração Pública, nem por simples respeito ao princípio da publicidade dos atos administrativos. Ocorre a divulgação especial daquilo que pode vir a conferir legitimidade à ação dos administradores.

Com isso, num processo de retroalimentação constante, o Estado do Espetáculo produz um Direito Administrativo do Espetáculo fundado em quatro pressupostos

17 Analisando a questão da manipulação discursiva em questões sanitárias recentemente levantadas pela pandemia de Covid-19 ver as contribuições de: JUNIOR, Antonio Nicio Vieira Peres; OHLWEILER, Leonel Pires, "A informação pública sanitária como elemento de dominação simbólica da opinião pública oficial", *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, v. 7, n. 2, pp. 37-55, 2022.

18 Justen Filho, Marçal. "O direito administrativo de espetáculo", *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, Belo Horizonte, Fórum, pp. 65-85, 2008.

19 Justen Filho, Marçal. "O direito administrativo de espetáculo",... *cit.*

20 Justen Filho, Marçal. "O direito administrativo de espetáculo",... *cit.*

epistemológicos elencados por Marçal Justen Filho²¹: a falta de protagonismo dos seres humanos, a preferência pelos princípios em detrimento das regras jurídicas, a ausência de conteúdo material dos princípios e a existência de uma organização administrativa rígida.

O primeiro pressuposto diz respeito à conversão do ser humano em simples “particular” ou “administrado” quando se relaciona com Estado²². Neste papel, o ser humano não é diferenciado conforme suas características específicas e, por não ter rosto ou identidade, é uma simples sombra cujos interesses serão tratados como secundários em relação a conceitos como “interesse público” e “bem comum”, pois se trata de sujeito que é mero destinatário das competências administrativas. Neste sentido, o uso de noções como impessoalidade e isonomia almeja conferir legitimidade à ação governamental.

A preferência pelos princípios em detrimento das regras surge da ausência de determinação apriorística de soluções, que caracteriza o funcionamento dos princípios, bem assim do uso destas construções normativas como meio de abrigar toda e qualquer decisão pública da crítica e da reprovação jurídica, eis que, é muito mais simples identificar o descumprimento de uma regra, dada a determinação e precisão de seu conteúdo. Deste modo, o uso de princípios passa a assumir a feição de mecanismo que busca evitar formas de controlo mais rígidas da ação administrativa, à semelhança do que ocorre com a atribuição de caráter discricionário a atos e poderes da Administração Pública como forma de evitar o controlo de mérito pelos demais poderes.

A característica acima só é possível diante da consagração de princípios que não ostentam um conteúdo material mínimo, permitindo que, a cada caso, a sua materialidade seja preenchida pela criatividade do administrador. Assim, é possível criar imagens segundo as quais o controlo existe e funciona, e, com isso, legitimar a ação administrativa.

O quarto pressuposto mencionado por Marçal Justen Filho²³ direciona o olhar para a criação de uma organização administrativa rígida, assecuratória da concentração de poderes e da mitigação de divergências internas. Neste caso só há, verdadeiramente, um núcleo decisor e os demais agentes públicos, longe de contribuir para a decisão ou sua execução, também compõem, junto com o administrado, a plateia. Em todo caso, a utilização de fórmulas rígidas e hierarquizadas busca conferir a aparência de regularidade na atuação pública.

Diante destes pilares, refletir sobre o modo de superação, visando a conversão dos discursos em ações dotadas de efetividade, é um esforço de reconstrução deste ramo jurídico. Marçal Justen Filho²⁴ propõe, então, que as estruturas administrativas se

21 Justen Filho, Marçal. “O direito administrativo de espetáculo”,... *cit.*

22 Justen Filho, Marçal. “O direito administrativo de espetáculo”,... *cit.*

23 Justen Filho, Marçal. “O direito administrativo de espetáculo”,... *cit.*

24 Justen Filho, Marçal. “O direito administrativo de espetáculo”,... *cit.*

voltem para a desconcentração dos poderes políticos e colocação do ser humano no centro da ação administrativa. A consequência destas duas propostas seria a eliminação de privilégios dos entes públicos²⁵ e a abertura para a participação popular, respeitando sempre as minorias, com o reconhecimento de que o Estado não é o titular do interesse público²⁶.

A abordagem do autor²⁷ implica numa releitura do princípio da supremacia do interesse público²⁸, ou até mesmo da sua superação, na medida em que prevê a necessidade de abolir quaisquer instrumentos administrativos que sejam puramente retóricos e formais. Isto seria possível, segundo Marçal Justen Filho²⁹, a partir da adoção de mecanismos de procedimentalização da atividade administrativa³⁰, que permitam a efetiva participação dos sujeitos privados, representantes das minorias e entidades da sociedade civil, capazes de exercer o dissenso democrático que leve a soluções mais satisfatórias para a sociedade. Observe-se, portanto, que não se trata de simplesmente refletir os interesses e desejos, manipuláveis na sociedade do espetáculo, de uma maioria, pois “adotar a concordância popular como o critério de validade das decisões governamentais é um passo fundamental em direção à instauração de uma ordem política fascista”³¹.

É certo que, mais recentemente, Marçal Justen Filho suscitou uma possível crise do Direito Administrativo do Espetáculo³² frente ao que nomeou de sobreposição das circunstâncias fáticas ao discurso do administrador, na medida em que o Espetáculo oficial passa a ser marginalizado diante de formas privadas mais eficientes na produção e generalização do entretenimento, notadamente a virtualização do acesso a informações e dados de incontáveis fontes por meio da internet, as quais propiciam hiperconexão jamais conhecida pelo teórico Debord³³. Conforme Justen Filho³⁴, “O acesso permanente e ilimitado à informação dificulta a produção de versões estatais conflitantes com os fatos disponíveis na rede de informações” e “Torna-se

25 Amaral, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, v. II, Coimbra, Almedina, 2001.

26 Ávila, Humberto, “Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Daniel Sarmiento (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

27 Justen Filho, Marçal. “O direito administrativo de espetáculo”,... *cit.*

28 D’Argenio, Inés, “La ideología estatal del interés general en el Derecho Administrativo”, *Derecho Administrativo: Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, n.º 59, Buenos Aires, LexisNexis, pp. 67-111, ene./mar. 2007.

29 Justen Filho, Marçal. “O direito administrativo de espetáculo”,... *cit.*

30 Schirato, Vitor Rhein, “O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia”, In: *Atuais Rumos do Processo Administrativo*, Odete Medauar Vitor Rhein Schirato (org.) São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

31 Justen Filho, Marçal. “O direito administrativo de espetáculo”,... *cit.*, pp. 12-13.

32 Justen Filho, Marçal, *A crise do “Direito Administrativo do Espetáculo”*, 2015, disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/marcal-justen-filho/a-crise-do-direito-administrativo-do-espetaculo-awculyrtgnx8v52wmygs152ac/>

33 Debord, Guy, *A sociedade... cit.*

34 Justen Filho, Marçal, *A crise do “Direito Administrativo do Espetáculo”... cit.*

cada vez menos possível ao Estado levar a população a acreditar numa versão absolutamente desconectada da realidade”. Além disso, não se pode negar uma crise nas fórmulas tradicionais de representação política, cristalizadas em partidos políticos e órgãos estatais.

Embora não se discorde de Justen Filho³⁵ quanto à existência de muitos impactos da hiperconexão³⁶ na forma como o espetáculo se produz e se manifesta, não se deve descuidar do facto de que estes mecanismos, antes de promoverem um melhor discernimento entre o que é a realidade e o que é apenas imagem, também podem ser usados, instrumentos que são, para promover exatamente o contrário, embotando as análises e criando cenários e conceitos como “pós-verdade” que facilitam a disseminação de *fake news*, o direcionamento de mensagens a determinados públicos em campanhas políticas e ascensão de *outsiders*, vindos diretamente do campo do entretenimento (atores, cantores, *influencers* de mídias digitais, por exemplo) para a política.

Não é coincidência que administrações e governos passem a divulgar com cada vez maior frequência a construção de infraestruturas produtoras do chamado governo digital³⁷ e passem a tratar como prioridade a sua atuação nas redes sociais, na criação de aplicativos para variados fins e ainda passem a fazer uso de instrumentos de promoção da participação social como mera intenção retórica³⁸. Dadas estas constatações, o uso de métodos de solução consensual de disputas na Administração Pública tem ganhado também muito espaço e vem sendo vendido como a panaceia para muitos dos males da litigância administrativa e da sobrecarga do Poder Judiciário.

3. O consenso na administração pública como espetáculo

Como fruto da consolidação das democracias, foi intensificada a busca por mecanismos legitimadores e construtores de decisões consensualizadas nas sociedades contemporâneas³⁹. No ferramental do direito administrativo, o recurso aos atos unilaterais, em que a coercibilidade e a autoridade são o ponto mais relevante do discurso, passa a conviver com o discurso da promoção de uma Administração Pública dialógica, cujas decisões são precedidas de consultas públicas, audiências públicas, termos de ajustamento de conduta, termos de ajustamento de gestão e ainda se

35 Justen Filho, Marçal, *A crise do “Direito Administrativo do Espetáculo”* cit.

36 Castells, Manuel, *A Era da Informação: economia, sociedade e cultura*, vol. 3, São Paulo, Paz e Terra, 1999.

37 Criado Grande, J. Ignacio, “e-Administración: ¿ un reto o una nueva moda? problemas y perspectivas de futuro en torno a internet y las tecnologías de la información en las administraciones públicas del siglo XXI”, *Revista Vasca de Administración Pública*, num. 61, 1, 2001.

38 Anjos, G. M. A. A. dos; EZEQUIEL, V. de C., “Cidadania virtual: o espetáculo do governo eletrônico”, *Estudos de Sociologia*, 16(30), 2011. <https://www.migalhas.com.br/depeso/357712/governo-digital-e-participacao-cidada-o-novo-espetaculo>

39 Correia, J. M. Sérvulo, “Procedimento Equitativo e Direito de Participação Procedimental”, In *Estudos de Homenagem ao Prof. Dr Jorge Miranda*, vol. IV, Coimbra Editores, 2012.

adota, na solução dos conflitos, mecanismos mais usados pelas pessoas privadas, tais como a arbitragem, a mediação e a conciliação.

O novo *modus operandi*, frequentemente cultuado como a solução para o excesso de processos em tramitação no Poder Judiciário⁴⁰ e como meio de promover a desjudicialização de políticas públicas, encontra lastro no princípio democrático e no reconhecimento de que as sociedades, sendo pluriclasses, não encontram na decisão estatal unilateral o único interesse público a merecer a atenção e os recursos públicos.

De outro lado, diversas preocupações são levantadas aquando da adoção pela Administração Pública de tais institutos, notadamente a preocupação com o respeito aos princípios da impessoalidade⁴¹, da isonomia e da indisponibilidade do interesse público⁴². Supõe-se que a adoção de tais mecanismos colocaria em risco os interesses da coletividade, prejudicados em face de interesses exclusivamente privados, possivelmente escusos, degenerando a gestão, que poderia ser cooptada por interesses apenas individuais. Sem dúvidas, a desconfiança dos entes de controlo e da sociedade estão relacionadas às deficiências do controlo da Administração Pública, seja por meio de Tribunais de Contas, pelo Judiciário, ou mesmo o controlo social, dada a reduzida participação política dos cidadãos em muitos países.

Refletir sobre o tema é, portanto, relevante, na medida em que o diálogo e o controlo social, aventados por Marçal Justen Filho⁴³ como soluções ou alternativas para o paradigma do direito administrativo do espetáculo, podem também ser manipulados para parecerem a solução dos problemas da Administração Pública, sem que haja efetividade dos instrumentos, o que converte tais mecanismos em burla aos instrumentos adequados de fazer justiça. Araújo e Neves⁴⁴ exemplificam este problema, refletindo sobre o uso de estruturas como Conselhos Participativos na área da saúde pública. Ao passo que tais instituições podem gerar um consenso ético, também

40 Corso, Ardalá Marta, "A mediação como instrumento de resolução dos conflitos jusconsumeristas na sociedade do espetáculo: análise dos conflitos de consumo mediados do Centro de Conciliação e Mediação do Foro Central de Porto Alegre", *Redes – Revista eletrônica Direito e Sociedade*, v. 6, n. 1, 2018.

41 Ávila, Ana Paula Oliveira, *O Princípio da Impessoalidade da Administração Pública*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

42 Nohara, Irene Patrícia. "A crise de identidade do ato administrativo: benefícios e riscos da" terapêutica dialógica";" *Revista Direito em Discurso*, v. 4, n. 1, pp. 15-24, Afirma: "Em suma, o Estado não está autorizado à livre disposição de interesses públicos primários, relacionados, por exemplo, com a saúde pública, ainda mais porque geralmente existem parâmetros, previstos em leis, que já foram discutidos sobre o quê a coletividade tolera correr de risco com as atividades particulares em nome do progresso social, considerando-se os valores protegidos. É, portanto, um verdadeiro simulacro de consensualidade, isto é, uma falsa consensualidade, do ponto de vista público/coletivo, procurar submeter interesses públicos a avenças que se dão entre a Administração Pública, que não tem a sua livre disposição, em função do princípio da indisponibilidade do interesse público, e particulares, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas." (p. 21)

43 Justen Filho, Marçal, *A crise do "Direito Administrativo do Espetáculo"...* cit.

44 Araújo, E. P.; Neves, C. B.," Solução consensual de conflitos de saúde pública: espetacularização do consenso ou alternativa viável à judicialização?". In: *Direito Administrativo e Inovação: Crise e Solução – Caderno dos Resumos das Comunicações Científicas do XXXV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*, SAIKALI, Lucas Bossoni; ANDRADE, Giulia De Rossi; DOTTA, Alexandre Godoy. (Orgs.). ISBN 9786599527821, Curitiba: GRD Editora, 2021., pp. 27-28, 2021.

podem servir de maquiagem democrática para decisões de governo previamente adotadas e apenas transferidas aos conselhos participativos. Nestas circunstâncias, o *locus* de participação popular serve apenas como álibi para o administrador público que, apesar de ser o agente decisor, transfere mediaticamente a responsabilidade para toda a sociedade, manifestada no conselho participativo. Noutros casos, são criados espaços de debate que, de facto, não tem o condão de influenciar as decisões públicas.

Rodrigo Pagani de Souza⁴⁵, refletindo sobre a participação pública nos processos decisórios das agências reguladoras brasileiras e norte-americanas, destaca, por exemplo, as dificuldades de levar em conta o que se dialoga numa audiência pública, dadas as dificuldades de apresentar resposta para cada uma das intervenções escritas e orais, seja no sentido de acolhê-las, seja com o fim de contra-arrazoá-las. Sugere o autor que o “levar em conta” é uma obrigação de resultado, pela qual a Administração Pública demonstra que considerou as possibilidades antes de decidir. Cuida-se de “demonstrar, em suma, que exerceu sua competência discricionária com prudência, seriedade e responsabilidade”⁴⁶.

É por esta razão que Irene Patrícia Nohara⁴⁷ sugere que a busca da consensualidade requer a construção de espaços públicos imparciais de discussão, uma vez que os segmentos econômicos têm potencial para produzir conhecimento, cooptar agentes públicos e disseminar nos meios de comunicação as versões e as imagens que lhes interessem, eventualmente em prejuízo dos interesses coletivos. Entretanto, como se registou acima, na sociedade do espetáculo, a construção destes espaços torna-se cada vez mais difícil. Daí que se identifica na promoção do *accountability*⁴⁸ e do fortalecimento de mecanismos de controle⁴⁹ e responsividade administrativa as práticas mais simples e efetivas hoje disponíveis às Administrações Públicas, que são capazes de, senão impedir os efeitos de um Estado do Espetáculo, ao menos mitigar alguns de seus resultados.

A efetiva transparência, ativa e passiva, de toda a atuação pública, dentro de padrões que não visem ganhos de propaganda e de marketing mostra-se essencial neste processo. Pela publicidade adequada às finalidades públicas não deve haver a simples exaltação de casos isolados ou falseamento estatístico, mas uma adequada apresentação de resultados aptos a fazer refletir sobre o grau de concretização das normas jurídicas administrativas. Haverá que ressaltar que o *adequado* variará conforme as realidades locais e que não basta a adoção de ferramentas de perfor-

45 Souza, Rodrigo Pagani de, “Participação pública nos processos decisórios das agências reguladoras: reflexões sobre o Direito brasileiro a partir da experiência norte americana”, *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 16, 2002.

46 Souza, Rodrigo Pagani de, “Participação pública nos processos... *cit.*”, p. 9.

47 Nohara, Irene Patrícia. “A crise de identidade do ato administrativo... *cit.*”

48 Conforme, Pinho, José Antonio Gomes de e Sacramento, Ana Rita Silva, “Accountability: já podemos traduzi-la para o português?”. *Revista de Administração Pública*, 2009, v. 43, n. 6.

49 Ver: Santin, Janáina Rigo; Frizon, Leone, “Administração consensual, accountability e transparência na administração pública brasileira”, *Revista de Direito da Cidade*, v. 12, n. 2, pp. 1435-1458, 2020.

mance ou adoção de conceitos digitais ou tecnológicos para que seja concretizada esta pretensão.

Conclusões

Depreende-se da análise realizada que a sociedade do espetáculo espraia-se para além das relações entre sujeitos privados e para além do cenário cultural, permeando também as relações de que participa o poder público e ditando a forma como se posicionam os seus agentes frente à sociedade. Ao assumir o papel de Estado do Espetáculo, o direito e as instituições que produz refletem as suas características dissimuladoras da realidade e convertem a ação administrativa em entretenimento, distração das questões que angustiam, causam dissenso ou incomodam. A inefetividade de direitos e não cumprimento de deveres impostos pelas Constituições aos Estados certamente são algumas destas questões.

No campo do direito administrativo os pressupostos da espetacularização são a falta de protagonismo dos seres humanos, com a conversão do ser humano em mero administrado; a preferência pelos princípios em detrimento das regras jurídicas, pela estrutura que permite graus de aplicação; a ausência de conteúdo material dos princípios, frequentemente usados como amparo para a defesa de toda e qualquer situação; e a existência de uma organização administrativa rígida em que as decisões são centralizadas, e que visa conferir uma aparência de regularidade à ação administrativa.

Uma das soluções para a superação do direito administrativo do espetáculo reside na ampliação da participação popular na ação administrativa, que viria, por meio da procedimentalização da ação administrativa, a produzir espaços de diálogo e dissenso saudáveis para o espírito das democracias, retirando os cidadãos do papel de mera plateia. Ferramentas tecnológicas e uso de ambientes virtuais podem contribuir para o processo. Entretanto, na civilização do espetáculo, em que tudo vira entretenimento, o uso de mecanismos consensuais de produção das decisões públicas e de solução de conflitos que envolvem o poder público também podem ser usados como simples espetáculo e simulacro de adequada participação.

Por isso, imaginar espaços imparciais em que o diálogo seja realizado e leve a um consenso não manipulado por imagens que não correspondem à realidade é um grande desafio para a gestão pública. Por mais que o consenso seja desejável nas sociedades democráticas, a efetivação dos deveres públicos neste processo precisa, de facto, levar em consideração a participação popular e o respeito pelas minorias. Isto implica não transferir ou ocultar responsabilidades dos agentes públicos com alegações de que decisões foram resultado do consenso. O accountability e o fortalecimento dos sistemas de controlo mostram-se instrumentos relevantes para evitar que o consenso seja apenas espetáculo e mecanismo ineficaz de solução dos problemas da sociedade.

Bibliografia

- Amaral, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, v. II, Coimbra, Almedina, 2001.
- Anjos, G. M. A. A. dos; Ezequiel, V. de C, “Cidadania virtual: o espetáculo do governo eletrônico”, *Estudos De Sociologia*, 16(30), 2011.
- Araujo, E. P.; Neves, C. B,” Solução consensual de conflitos de saúde pública: espetacularização do consenso ou alternativa viável à judicialização?”. In: *Direito Administrativo e Inovação: Crise e Solução – Caderno dos Resumos das Comunicações Científicas do XXXV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*, Saikali, Lucas Bossoni; Andrade, Giulia de Rossi; Dotta, Alexandre Godoy. (Orgs.). ISBN 9786599527821, Curitiba: GRD Editora, 2021., pp. 27-28, 2021.
- Ávila, Ana Paula Oliveira, *O Princípio da Impessoalidade da Administração Pública*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004.
- Ávila, Humberto, “Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Daniel Sarmiento (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- Baudrillard, Jean, *A sociedade de consumo*, Rio de Janeiro, Elfos, 1995.
- Castells, Manuel, *A Era da Informação: economia, sociedade e cultura*, vol. 3, São Paulo, Paz e Terra, 1999.
- Coelho, Saulo Pinto Coelho/Assis, Alline N. “Um constitucionalismo do espetáculo? Espectacularização das políticas públicas e ineficiência do controle jurídico-constitucional”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 115, pp. 541-584, 2017.
- Correia, J. M. Sérvulo, “Procedimento Equitativo e Direito de Participação Procedimental”, In *Estudos de Homenagem ao Prof. Dr Jorge Miranda*, vol. IV, Coimbra Editores, 2012.
- Corso, Ardala Marta, “A mediação como instrumento de resolução dos conflitos jusconsumeristas na sociedade do espetáculo: análise dos conflitos de consumo mediados do Centro de Conciliação e Mediação do Foro Central de Porto Alegre”, *Redes – Revista eletrônica Direito e Sociedade*, v. 6, n. 1, 2018.
- Criado Grande, J. Ignacio, “e-Administracion:¿ un reto o una nueva moda? problemas y perspectivas de futuro en torno a internet y las tecnologías de la información en las administraciones públicas del siglo XXI”, *Revista Vasca de Administración Pública*, num. 61, 1, 2001.
- D’Argenio, Inés, “La ideología estatal del interés general en el Derecho Administrativo”, *Derecho Administrativo: Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, n.º 59, Buenos Aires, LexisNexis, pp. 67-111, ene./mar. 2007.
- Debord, Guy, *A sociedade do espetáculo*, Rio de Janeiro, Contraponto, 1997.

Junior, Antonio Nicio Vieira Peres; Ohlweiler, Leonel Pires, "A informação pública sanitária como elemento de dominação simbólica da opinião pública oficial", *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, v. 7, n. 2, pp. 37-55, 2022.

Justen Filho, Marçal, *A crise do "Direito Administrativo do Espetáculo"*, 2015, disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/marcal-justen-filho/a-crise-do-direito-administrativo-do-espetaculo-awculyrtgnx8v52wmyg-s152ac/>

Justen Filho, Marçal, "O direito administrativo de espetáculo", *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, Belo Horizonte, Fórum, pp. 65-85, 2008.

Nohara, Irene Patrícia. "A crise de identidade do ato administrativo: benefícios e riscos da" terapêutica dialógica," *Revista Direito em Discurso*, v. 4, n. 1, pp. 15-24

Lipovetsky, Gilles, *A felicidade Paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*, São Paulo, Companhia das Letras, 2007.

Pinho, José Antonio Gomes de e Sacramento, Ana Rita Silva, "Accountability: já podemos traduzi-la para o português?". *Revista de Administração Pública*, 2009, v. 43, n. 6.

Santin, Janaína Rigo; Frizon, Leone, "Administração consensual, accountability e transparência na administração pública brasileira", *Revista de Direito da Cidade*, v. 12, n. 2, pp. 1435-1458, 2020.

Schirato, Vitor Rhein, "O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia", In: *Atuais Rumos do Processo Administrativo*, Odete Medauar Vitor Rhein Schirato (org.) São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

Souza, Rodrigo Pagani de, "Participação pública nos processos decisórios das agências reguladoras: reflexões sobre o Direito brasileiro a partir da experiência norte americana", *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 16, 2002.

Sundfeld, Carlos Ari, *Direito administrativo para céticos*, São Paulo, Malheiros Editores, 2014.

Vargas Llosa, Mario, *A Civilização do Espetáculo. Uma Radiografia do nosso Tempo e da Nossa Cultura*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2012.

A proteção ao meio ambiente nas atuais Constituições da Espanha e do Brasil

Carolina Ferro Trigueiro de Sousa¹

Sumário: 1. Considerações iniciais: 1.1. Introdução e contextualização histórica. 1.2. Tese, hipóteses e estruturação metodológica. 1.3. Conceitos importantes utilizados. 2. Meio ambiente na Constituição Espanhola de 1978. 3. Meio ambiente na Constituição Brasileira de 1988. 4. Conclusões sobre convergências e divergências no direito constitucional comparado. Bibliografia.

Resumo: A crescente demanda por recursos naturais teve como efeito a degradação do meio ambiente, tendo efeitos também no âmbito jurídico e em discussões internacionais sobre políticas públicas. Assim, os danos ambientais inspiraram preceitos legais, tendo depois ganho status constitucional, especialmente no Brasil e em Espanha. Diante disso, a proposta deste artigo é estudar semelhanças e diferenças entre as Constituições brasileira e espanhola sobre a proteção do meio ambiente, tendo em vista não a escolha do melhor método mas a análise do que realmente pode ser observado na prática para que haja uma compatibilidade entre a promoção do meio ambiente e do desenvolvimento econômico, desde uma perspectiva do poder público e da população, de maneira individual e coletiva, sobre uma realidade presente e futura. Apesar das diferenças normativas, é comum a preocupação com o uso racional de bens ambientais, uma vez que tanto a busca pelo crescimento econômico quanto a proteção ambiental são necessários para a garantia da vida, da subsistência e da qualidade de vida.

Palavras-chave: Direito constitucional ambiental; Desenvolvimento sustentável; Direito comparado.

Summary: 1. Opening remarks. 1.1. Introduction and historical contextualization. 1.2. Thesis, hypotheses, and methodological structuring. 1.3. Important concepts used. 2. Environment in the Spanish Constitution of 1978. 3. Environment in the Brazilian Constitution of 1988. 4. Conclusions on convergences and divergences in comparative constitutional law. Bibliography.

Abstract: The growing demand for natural resources had the effect of degrading the environment, which also had effects on the legal sphere and on international discussions about public policies. Thus, environmental damage inspired articles of law, which later gained constitutional status, especially in Brazil and in Spain. Facing that, the proposal of this article is to study similarities and differences between the Brazilian and Spanish Constitutions on the environmental protection, aiming not to choose the best method but to analyze what can be

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil. Mestranda em Estudos Latinoamericanos pelo Instituto de Iberoamérica, Universidade de Salamanca, Espanha. Doutoranda em Direito pela Universidade de Salamanca, Espanha.

observed in practice so that there is compatibility between the promotion of the environment and the economic development, from a perspective of the public authorities and the population, individually and collectively, about a present and future reality. Despite the normative differences, the rational use of environmental goods is a common concern, since both the search for economic growth and environmental protection are necessary to guarantee life, subsistence, and quality of life.

Keywords Constitutional environmental law; Sustainable development; Comparative law.

1. Considerações iniciais

1.1. Introdução e contextualização histórica

As mudanças sociais, políticas e econômicas que ocorrem ao longo da história exigem que sejam acompanhadas de transformações no conjunto de regramentos que conferem estabilidade às relações existentes nessa sociedade. Assim, com o passar do tempo, algumas normas podem tornar-se obsoletas, enquanto surge a necessidade de criação de novas normas frente a novos problemas que demandam novas repostas. Disso percebe-se que o Direito nunca está pronto e acabado, ainda que seja necessário atribuir-lhe certa estabilidade na sua vigência para que seja previsível, e, assim, possa conferir segurança jurídica ao seu destinatário. A dinâmica em questão é tanta quanto a sua produção e aplicação, para que se adapte à realidade de modo a conseguir efetivar os seus princípios orientadores. É com esse espírito que o meio ambiente tem sido introduzido nas Constituições pelo mundo, com especial atenção nesse ensaio nas Cartas Magnas do Brasil e da Espanha, na tentativa de verificar se a sua proteção é comparável entre esses dois ordenamentos jurídicos.

Menções a restrições à propriedade privada para proteger determinados bens naturais remontam a inumeráveis dispositivos jurídicos em vários países e em diversos momentos históricos. Contudo, é com a revolução industrial que essa visão privada ganha maior preocupação pública. A produção cada vez mais em larga escala, com maior demanda de matéria prima e expedição de poluentes na natureza, a incentivar o uso de tecnologia no campo e o êxodo rural, com o crescente aumento da população e urbanização, num período de transição da idade média para o século da iluminação das ideias, foi o cenário perfeito para uma visão mais global acerca do meio ambiente. Outros eventos, como a poluição gerada pela Segunda Guerra Mundial, alertada por Rachel Carson no seu livro “A primavera silenciosa” de 1962, e a primeira imagem da Terra desde a Lua em 1969, são tidos como marcos para a sensibilização do homem quanto ao imperativo de cuidar de seu habitat natural (ONU, 2021).

Se houve intensa degradação da natureza, a necessidade da sua proteção também cresceu na mesma proporção, de tal modo que era evidente que novas posturas tinham que ser pensadas, organizadas e introduzidas nas regras de conduta social para uma defesa mais abrangente que meros aspectos privados. A partir de então, foram surgindo cada vez mais normas meioambientalistas com uma visão pública, inicialmente mais voltada a questões sanitárias e de ordenamento do solo relacionadas ao tema, mas sempre sob a pressão de demandas econômicas contrárias a restrições à sua atividade (Tormo, 2016).

Pese embora os diferentes momentos em que se deu a expansão industrial no Brasil e em Espanha, o itinerário da legislação protetiva do meio ambiente foi semelhante nos dois casos. Primeiro, ocorreu uma série de desrespeitos à natureza, depois, foram surgindo diversas disposições legais para evitar maiores desastres, atividade legislativa que foi crescendo em importância e intensidade de tal modo que ganhou relevância constitucional. Ou seja, foi necessário que o problema crescesse em

magnitude para se tornar latente a conscientização de defensores e sua mobilização para modernizar o estatuto normativo pró-ambientalista. Foi assim que o conceito de meio ambiente apareceu pela primeira vez no ordenamento espanhol na Lei n.º 38/1972, de 22 de dezembro, conquistando mais autonomia somente com a Constituição de 1978 (Tormo, 2016). A seu turno, a integralidade de sua proteção ganha status jurídico pela primeira vez no Brasil com a Lei 6938/1981, de 31 de agosto, cujo status constitucional chegou em 1988 (Morais, 2004).

No âmbito internacional, destaca-se a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada em 1972 em Estocolmo, considerada a maior reunião até então da referida organização depois da queda do muro de Berlim, quando foram estabelecidos princípios ambientais norteadores para o sistema das Nações Unidas, depois revisitados noutras reuniões da Organização das Nações Unidas que discutiam a sua implementação em diversos países, inclusive Brasil e Espanha (Morais, 2004; ONU, 2021). A partir de então, esses princípios também serviram de inspiração para as posteriores Constituições nacionais (Vernet & Jaria, 2007). Essa visão multilateral leva em consideração que os problemas a enfrentar não respeitam fronteiras geográficas, exigindo esforços conjuntos para se alcançar melhores resultados nos empreendimentos em favor do meio ambiente. Em razão disso, foram firmados e internalizados diversos acordos e tratados internacionais como meio de assumir a responsabilidade por desenvolver políticas públicas que considerem a proteção meioambiental em âmbito público e privado (Morais, 2004).

1.2. Tese, hipóteses e estruturação metodológica

Este ensaio foi estruturado de modo a aprofundar o estudo sobre a proteção do meio ambiente na Constituição de Espanha e depois, da mesma maneira, na Constituição do Brasil. Em seguida, será traçado um comparativo entre os dois textos sobre o tema. Desse modo, será possível responder quais são as semelhanças e diferenças no direito constitucional ambiental espanhol e brasileiro. Faz-se necessário observar que o foco está em questões estritamente constitucionais, ainda que sejam feitas algumas referências pontuais extraconstitucionais. Também se entende a importância da normativa da União Europeia sobre o território espanhol, assunto que extrapola as limitações do presente trabalho mas que será objeto de futuras investigações.

A partir de considerações iniciais sobre o contexto histórico da proteção meioambiental e de conceitos chave para o entendimento do que será tratado mais adiante, o conteúdo meioambiental dessas Constituições será esmiuçado por meio da sua leitura literal, refinada com a ajuda de artigos acadêmicos, teses doutorais e livro especializado em Direito Ambiental. Assim, será usado o método de investigação descritiva por meio da coleta de dados secundários, os quais serão analisados de maneira qualitativa e crítica. Por meio desse plano, espera-se chegar à conclusão que não existe o melhor método para a proteção do meio ambiente, importando que seja, da melhor forma possível e de acordo com a realidade de cada país, observada de facto na prática.

1.3. Conceitos importantes utilizados

Faz-se necessário delinear o que se entende como meio ambiente, Direito Ambiental e Direito Constitucional Ambiental para uma maior definição da sua tutela e dos seus objetivos de atuação. Diante de uma diversidade de conceituações que existem entre os teóricos do assunto (Usera, 2006), em razão de seu caráter multidisciplinar e da sua variação conforme os avanços científicos e técnicos, merecem destaque as duas apontadas a seguir que, ainda que não resolvam por completo o problema de conceitualização, apresentam elementos centrais que facilitarão o estudo nos capítulos mais adiante.

Nas palavras de Morais (2004), meio ambiente “*é bem jurídico autónomo, social e unitário de todas as pessoas, cuja natureza é duplamente de direito objetivo e de direito subjetivo fundamental, do âmbito individual e coletivo*”. Antunes é mais específico ao afirmar que é a integração ecológica dos elementos que o compõem, e não somente a soma da fauna, flora, minerais e água. Contudo, a pessoa faz parte de um conjunto de relações econômicas, sociais e políticas que ocorrem a partir da apropriação de bens naturais, os quais são transformados em recursos essenciais para a existência humana em todas as suas características. Assim, a natureza é um recurso de propriedade comum de todos, é a base material das relações em sociedade (Antunes, 2010), a garantir a qualidade de vida da presente e futuras gerações (Tormo, 2016).

Antunes continua sua explicação aduzindo que a proteção do meio ambiente é uma evolução e aprofundamento dos direitos humanos. O ramo do Direito especializado no assunto é o Direito Ambiental, conceituado como o conjunto de regras que disciplinam as ações humanas, empresariais e do governo em relação com o meio ambiente. Seu conteúdo abrange o direito ao meio ambiente, o direito sobre o meio ambiente e o direito do meio ambiente (Antunes, 2010). Conforme o conceito trabalhado acima, percebe-se a essencialidade desse direito especializado, preocupado com elementos sem os quais não há a sobrevivência humana (Morais, 2014). Por sua vez, o Direito Constitucional Ambiental enuncia postulados genéricos sobre o tema, como guias às ações do governo e da sociedade, considerando que o conteúdo de “meio ambiente” é aberto a avanços técnicos sobre a sua teorização, mas a Constituição não tem tamanha fluidez (Tormo, 2016).

2. Meio ambiente na Constituição Espanhola de 1978

O meio ambiente foi inserido na Constituição Espanhola de 1978, de 29 de agosto, dentro do Título I (dos direitos e deveres fundamentais), sob o Capítulo Terceiro (dos princípios reitores da política social e econômica), especificamente nos três parágrafos de seu artigo 45. Essa situação topográfica no texto constitucional já sinaliza pontos importantes sobre como esse direito é visto. Primeiro, por ser um direito fundamental, é elemento essencial a uma vida digna dentro de uma sociedade administrada pelo Estado. Segundo, esse Estado deve levar em consideração questões meioambientais na formulação de políticas que equilibrem necessidades relacionadas ao bem-estar social e ao desenvolvimento econômico dessa sociedade.

Essa localização do artigo 45 também mostra a sua importância mais adiante, no artigo 53, parágrafo 3.º, o qual informa que os conteúdos sob o Capítulo III do mesmo Título são princípios que devem orientar a prática legislativa, judicial e administrativa dos poderes públicos. Assim sendo, as leis e as ações públicas e privadas devem respeito ao meio ambiente, caso contrário estarão infringindo um princípio constitucional. O facto de ser considerado como princípio carrega em si algumas implicações. Primeiro, o seu conteúdo pode servir de norte na ação de controlo da constitucionalidade de uma norma (Manzano, 2017; Vernet & Jaria, 2007). Segundo, o seu conteúdo é mais abstrato, genérico, amplo, cuja particularização dá-se aquando da sua aplicação no caso concreto. Terceiro, nenhum juiz pode deixar de resolver um processo nem pode usar a sua discricionariedade em razão de omissão legislativa, devendo valer-se dos princípios informativos do Direito, tal como o meio ambiente, como inspiração para chegar à melhor resposta possível ao caso em questão. Quarto, isso tem relevância também diante de situações em que é preciso fazer ponderações para definir o direito aplicável numa situação fática, quando se deve ter em conta que princípios constitucionais têm prevalência sobre demais regras do ordenamento jurídico, sem perder de vista a sua interpretação sistémica do conjunto normativo, segundo a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy (Amorim, 2005).

O artigo 45 é estruturado em três parágrafos, cada um com finalidade própria mas todos em coesão. Assim, o direito ao meio ambiente é tratado quanto ao âmbito individual no primeiro parágrafo, depois ganha dimensão pública e coletiva no parágrafo seguinte, chegando no último parágrafo a previsão de sanção em caso de incumprimento dos deveres associados aos direitos anteriormente expostos. Disso se depreende que a Constituição espanhola tem a preocupação de proteger o direito em estudo de maneira holística, ampla e impositiva, dado que o respeito ao meio ambiente deve ser promovido por todos, individual e coletivamente, não sendo mera sugestão mas motivo de penalidades se não forem observados os seus preceitos.

O primeiro parágrafo apresenta um conteúdo antropocêntrico do direito ao meio ambiente, o qual tem a sua proteção baseada no desenvolvimento de fatores considerados como essenciais à personalidade do ser humano. O ponto de partida é o que se tem como elementar à realização da individualidade da pessoa, ou seja, à sua qualidade de vida. Daí ver-se o meio ambiente como direito fundamental, pois conexo ao direito fundamental por excelência que é o direito à vida (Usera, 2006). O entorno do sujeito é visto como instrumental, oferecendo subsídios materiais para que ele possa implementar seus projetos de bem viver. Dentro do que foi proposto como conceito de Direito Ambiental, aqui se encaixaria o direito “ao meio ambiente”.

O segundo parágrafo tem três núcleos importantes. O meio ambiente ganha uma perspectiva mais generalista e menos instrumental, em que “todos” os “recursos naturais” passam a ser objeto de proteção, independentemente de servir ou não como meio para a prosperidade humana, o que não significa que recursos artificiais protetores do ambiente não serão tutelados mas que o cerne da proteção são os bens naturais. Essa tutela deve dar-se por meio de ações dos poderes públicos, estes sim

preocupados com a perpetuação de elementos essenciais para a promoção da qualidade de vida das pessoas, ao verificarem o uso racional dos recursos naturais.

Como é do interesse de todos que essa proteção ocorra, ela não foi relegada apenas para as ações estatais, também havendo menção constitucional à “indispensável solidariedade coletiva”. Essa solidariedade deve ser entendida não somente em termos interterritoriais, já que a natureza não respeita mapas geográficos e afeta ecossistemas em termos regional e mundial, mas também em termos intergeracionais, pois deve ser garantido que as pessoas do porvir também possam desenvolver os seus projetos de vida por meio de seu direito a usufruir de um entorno sano (Tormo, 2016). No processo político de tomada de decisões sobre a promoção simultânea da proteção ambiental e do desenvolvimento econômico, deve haver uma atuação interativa entre os representantes do povo e os próprios interessados bem-informados. Essa democracia consensual leva a um efeito cascata: a visão mais positiva acerca do governo é transposta à aceitação popular das leis, o que induz a uma maior observância das mesmas, e resulta numa postura mais favorável ao meio ambiente (Sánchez, 2021). Em resumo, esse parágrafo refere-se a ações coletivas “sobre o meio ambiente” visto na sua totalidade e em continuidade.

A todo o direito está relacionado uma obrigação, e isso está claro em todo o artigo em comento. No primeiro parágrafo está presente o dever individual de conservação ambiental, enquanto o parágrafo seguinte prevê a sua proteção e restauração por atores coletivos, deveres a cuja inobservância deve-se aplicar a responsabilidade constante na parte final do dispositivo normativo. Assim, o último parágrafo estabelece sanções penais e administrativas para coibir e reprimir eventual incumprimento da norma, além da obrigatoriedade de reparar o dano que daí surgir. Essa penalidade não é aplicada para qualquer ação que afete esse direito, mas àquela que não o usufruir de maneira racional. Além disso, ressalta-se que a existência da possibilidade de sanção administrativa demonstra a importância que o regramento constitucional dá à matéria, uma vez que a presença mais forte do Estado em certos aspectos da vida em sociedade se justifica em casos elegidos para ter prioridade em suas ações (Tormo, 2016). Dessa maneira, o terceiro parágrafo traz o direito “do meio ambiente” que faltava para a completude do Direito Ambiental no contexto constitucional espanhol.

Ainda que seja um direito destinado a cada indivíduo, classifica-se como direito social, de caráter coletivo e difuso, dentro de um Estado social e democrático de Direito. Ademais, o facto de ser uma norma programática não lhe retira o seu caráter vinculante e de imediato cumprimento (Tormo, 2016). Assim sendo, há a exigência de uma postura proativa estatal, que materialize a igualdade e liberdade formais por meio da garantia de outros direitos, tais como o direito ao meio ambiente, cuja titularidade é atribuída à coletividade. O seu conteúdo é de programação final, pois objetiva alcançar um fim, não somente uma reação estatal diante de um facto, mas um dever de efetivar a proteção ao meio ambiente (Usera, 2006). Contudo, o Estado deve cumprir certas condições para poder empreender o impulso oficial diante de uma violação ao meio ambiente no caso concreto – por exemplo, deve ser motivado pelo interesse público e deve respeitar as demais normas jurídicas (Tormo, 2016).

Vale trazer à discussão a visão crítica de Manzano sobre a efetiva aplicação do dispositivo em comento aquando da interpretação da constitucionalidade de normas econômicas. O Estado social deve buscar um equilíbrio entre a proteção a esse direito ao meio ambiente e a promoção econômica do país, necessária para a obtenção de recursos para financiar a implementação de programas orientados à efetivação dos direitos sociais. Entretanto, diante da necessidade de repensar maneiras de captar recursos financeiros ao Estado em momentos de crise econômica, são aprovadas leis de caráter mais desenvolvimentista do que ambientalista. A seu turno, o Tribunal Constitucional Espanhol, diante dessas leis, não tem mantido a posição constitucional garantista do meio ambiente, sob a desculpa de seu conceito indeterminado (Manzano, 2017). É diante dessa dificuldade que Vernet & Jaria (2007) apontam uma corrente doutrinária que não reconhece a exigibilidade jurídica do artigo 45. Isso mostra que não basta ter a referida previsão normativa formal, ela principalmente deve ser materializada para que tenha razão de existir, o que se dá pela atuação coerente entre legisladores e juízes e pela maior participação cidadã na tomada de decisões (Vernet & Jaria, 2007).

3. Meio ambiente na Constituição Brasileira de 1988

A Constituição do Brasil de 1988, de 5 de outubro, inovou ao tratar do meio ambiente de maneira mais abrangente, pois os regramentos constitucionais anteriores apenas faziam menção de forma esparsa sobre recursos naturais. É assim que o tema ganha capítulo próprio (Capítulo VI) sob o Título VIII: da ordem social. Também é mencionado no Título VII: da ordem econômica e financeira, como princípio geral da atividade econômica (Capítulo I). Ainda, a sua presença no Capítulo I (dos direitos e deveres individuais e coletivos) do Título II (dos direitos e garantias fundamentais) permite o ajuizamento de ação popular, remédio constitucional colocado à disposição da participação popular para a defesa de certos valores sociais, como o meio ambiente. Estando presente em tantos dispositivos, é nítida a atenção do constituinte na sua proteção.

A preocupação com o uso racional dos recursos naturais dá-se por duas maneiras, a exigirem uma leitura sistemática do texto constitucional: uma, relacionada com o seu usufruto para promover a qualidade de vida, outra, que isso seja equilibrado com o desenvolvimento das atividades econômicas que necessitam de recursos materiais (Coelho, 2014). Quanto à sua perspectiva principiológica, remeto às considerações traçadas no 2.º parágrafo do capítulo precedente sobre a Constituição Espanhola.

O artigo 5.º, §3.º da Constituição do Brasil traz uma particularidade com implicações ao tema em comento. Naquele parágrafo se aduz que tratados e convenções internacionais, desde que sobre direitos humanos, se internalizados no Congresso Nacional por meio do mesmo processo previsto para a aprovação de emendas constitucionais, recebem o status de norma constitucional. Nesse sentido, como Antunes (2010) e Coelho (2014) são defensores de que temas ambientais são de interesse comum da humanidade, acordos internacionais sobre o tema são candidatos a adquirir *status*

constitucional depois de cumprir o requisito processual do artigo 5.º, §3.º Assim sendo, a proteção constitucional meioambiental seria ainda mais abrangente que uma simples leitura do texto da Constituição nacional, com influências da política do Estado brasileiro nas suas relações internacionais.

O artigo 225.º é a peça central desse sistema protetivo, nele especializado. Inicialmente, em seu caput, apresenta generalidades sobre o seu conteúdo, o destinatário do direito e obrigações correlatas. É seguido de sete parágrafos, onde são especificadas as ações de competência do poder público (§1.º), a obrigação de reparação do dano causado (§2.º), as sanções pelo seu desrespeito (§3.º), os ecossistemas que estão contidos no patrimônio nacional protegido (§4.º), as terras destinadas para a proteção de ecossistemas (§5.º), a reserva de lei para a instauração de usinas nucleares (§6.º) e para permitir a prática cultural de esporte que utilize animais (§7.º). Ou seja, existe um rol de ações permitidas ou proibidas, de observação imediata, mas também normas de eficácia contida, cuja aplicação depende de lei específica superveniente. É preciso ter cuidado, pois o direito ao meio ambiente é de eficácia plena, segundo a leitura do artigo 5.º, parágrafo 1.º (Morais, 2004). A eficácia contida é de apenas uma parte do seu conteúdo, o que eleva a complexidade aquando da aplicação desse direito na prática (Antunes, 2010). Ainda, deve-se analisar também a eficácia sociológica da norma constitucional, ou seja, o seu efetivo cumprimento pelos seus destinatários (Morais, 2004).

Os termos genéricos do caput do artigo 225.º determinam que todas as pessoas que estiverem em território nacional, sejam públicas ou privadas, individuais ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, têm o dever de velar pelos recursos naturais para que estes possam continuar servindo a melhor qualidade de vida, hoje e no futuro (Antunes, 2010). O artigo 5.º, inciso LXXIII garante a democracia popular com a possibilidade de qualquer cidadão em ajuizar ação popular contra ação estatal lesiva ao meio ambiente, ou seja, trata-se de um direito subjetivo público oponível ao Estado, principalmente quando não cumpre com as obrigações elencadas no artigo 225.º, parágrafo 1.º (Morais, 2004). É interessante notar que os indivíduos são beneficiados pelo direito mas também são agentes garantidores desse mesmo direito, numa espécie de guarda compartilhada entre sociedade e Estado. Contudo, apesar de todos poderem atuar em favor do meio ambiente, somente os que se enquadram no conceito de “cidadão” são legitimados para propor a ação popular (Coelho, 2014).

O bem jurídico tutelado é “de uso comum do povo”, nas palavras do artigo 225.º, caput, não estando situado nem como bem privado, nem como bem público. Se um particular ou o Estado tiver uma terra onde há floresta sobre a qual recaia a proteção constitucional ambiental, essa tutela prevalece sobre o livre exercício do direito de propriedade. Surge daí a categoria de interesse difuso, cujos titulares são diversos e indeterminados, motivo pelo qual o objeto, de natureza indivisível, gera intensos conflitos de interesse e tem valoração que cambia ao longo do tempo conforme ideias predominantes da sociedade. Esses bens de uso comum, que sejam essenciais à qualidade de vida dos indivíduos, são considerados como bens ambientais. Assim como é de difícil definição conceitual, também é de difícil mensuração económica a

sua degradação, imperativa para que se dê a sua reparação em termos de penalidade preventiva e educativa, além da tentativa de retorno ao seu *status quo* anterior. Esse valor deve ser, ao menos, maior do que a vantagem obtida com a lesão ambiental e o custo para sua recuperação. Contudo, outros fatores deveriam entrar na equação, a exemplo do bem-estar de nadar num rio limpo e o custo de hospitalização por doenças causadas pela poluição atmosférica (Morais, 2004).

A ação estatal deve ter como objetivo o equilíbrio de ecossistemas, conforme o artigo 225.º, caput, mas esse esforço deve ser concentrado nos processos fundamentais para a reprodução natural, demais processos encaixariam na regra de conservação e não de preservação, pois não se pode impedir a utilização de todo o recurso natural. O equilíbrio a ser buscado também tem relação com o padrão de consumo verificado na sociedade, a demandar mais ou menos recursos naturais para o mercado interno ou externo, considerando a ordem econômica internacional (Antunes, 2010). A hermenêutica constitucional é ferramenta essencial na busca pela resolução do desavio de satisfazer tanto a conservação quanto o uso racional do meio ambiente, de tal maneira que possam ser alcançados tanto a qualidade de vida quanto o desenvolvimento econômico sustentável, ambos a requerer recursos naturais (Coelho, 2014; Moraes, 2004).

Apesar do inicial senso comum de acreditar que proteção ambiental e prosperidade econômica são incompatíveis, um olhar mais apurado percebe que o oposto pode ser verificado. Ou seja, tanto do ponto de vista ambiental quanto do econômico, espera-se obter melhor qualidade de vida, prolongada no tempo e espaço, numa relação de interdependência entre meio ambiente e atividade econômica. Enquanto um fornece recursos naturais que permitem o abastecimento das pessoas e dos empreendimentos econômicos, o outro capta recursos financeiros e tributários para o investimento na proteção ambiental e na infraestrutura (educação, saúde, segurança, etc.), sem a qual não há vida digna. Além disso, costuma fazer parte dos planos de vida a melhora econômica do indivíduo e sua família, geralmente promovida pelo emprego gerado por essa indústria consumidora de recursos naturais (Morais, 2004).

O desequilíbrio entre direitos ambientais e econômicos dá-se quando há o intento de maior aceleração do crescimento econômico e conseqüente acumulação de capital, o que gera uma demanda desenfreada por matéria-prima (Morais, 2004). Por sua vez, o equilíbrio dá-se por meio do desenvolvimento sustentável, o qual deve ser promovido dentro das atividades do poder público e mediante a participação popular, sob uma perspectiva que respeite questões da realidade, mas sem perder de vista a necessidade de serem evitados danos ambientais futuros. Assim, de uma postura historicamente observada como reativa, a administração pública passaria a atuar preventivamente (Sánchez, 2021).

4. Conclusões sobre convergências e divergências no direito constitucional comparado

Ambas as constituições em estudo são resultado do processo de transição de um regime autoritário para um regime democrático, o que se refletiu na preocupação de maior regramento para a nova situação e de expansão dos direitos sociais, onde se encontra o direito ao meio ambiente (Usera, 2006; Vernet & Jaria, 2007). Disso resultam algumas características em comum, como a perspectiva principiológica do meio ambiente, categorizado como direito fundamental, e o uso racional dos recursos naturais no intento de equilibrar os seus âmbitos social e econômico para promover maior qualidade de vida no presente e no futuro. Também atribuem esse direito a todas as pessoas que estiverem nos respectivos territórios nacionais, com o dever individual e coletivo, inclusive estatal, pela sua preservação, com integração interterritorial e intergeracional. Em caso de incumprimento da norma, há a previsão de sanções administrativas, penais e civis para que o dano seja evitado ou, se assim não ocorrer, que seja reparado e que não seja reiterado.

Em qualquer caso, a efetividade da letra constitucional não depende somente da sua observância pelos civis, mas também do legislador e da interiorização de acordos internacionais, que regulam esse direito, dos juízes, que verificam o enquadramento do facto à norma, e da administração, que fiscaliza as atividades sobre a natureza. Num Estado Democrático de Direito, é essencial a participação popular, a qual pode dar-se nos dois países em referência, mas somente no Brasil há menção constitucional expressa sobre a possibilidade de ajuizamento de peça específica para tanto, denominada ação popular, por meio da qual se exerce o poder dos cidadãos de fiscalização. Percebe-se que, ademais da ação popular, o meio ambiente está mais presente ao longo do texto da Constituição brasileira se comparada com a espanhola, o que pode ser interpretado de maneira positiva ou negativa. Se, por um lado, existe maior complexidade no Brasil na proteção ao meio ambiente, a sua presença mais simplista no artigo 45.º da Constituição espanhola pode significar menor preocupação ou maior facilidade no seu entendimento e aplicação. Nas palavras de Antunes (2010, p. 78): *“no Brasil, as obviedades precisam ser repetidas à exaustão para que tenham alguma chance de serem observadas”*.

Cada país tem especificidades próprias e não há um certo ou errado sobre como uma matéria deve ser disciplinada no seu ordenamento jurídico. Dito isso, ressalta-se que o objetivo deste ensaio não é apontar qual a melhor Constituição no tratamento sobre o meio ambiente, mas apresentar duas possibilidades distintas que contêm pontos em comum, ambas válidas de acordo com o momento da sua produção e aplicação e conforme as necessidades de seu destinatário. No Brasil existe a tendência de exaurir mais os temas nas normas jurídicas, por isso a sua repetição pela sua “Constituição Verde”. A proposta em Espanha é distinta, de cunho mais sucinto mas complementado pelo ordenamento nacional e pela normativa da União Europeia. A efetividade da proteção ao meio ambiente não está contida apenas na presença de mais ou menos artigos legais ou como foi feita a sua redação, mas principalmente no

rigor da sua observância pela sociedade e pelas instituições, cuja atuação em sinergia é condição *sine qua non* para a real proteção meioambiental, na busca de melhor qualidade de vida no contexto de concretude do Estado Democrático de Direito.

Bibliografia

a) Citada

Amorim, Leticia Balsamão, “A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy”, *Revista Brasília*, 195, 2005, pp. 123-134.

Antunes, Paulo de Bessa, *Direito Ambiental*, 12.^a edição, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.

Brasil, *Constituição da República Federativa do Brasil*, Diário Oficial da União, Brasília, 1988.

Coelho, Helena Carvalho, “Do direito constitucional ao meio ambiente e desdobramentos principiológicos à hermenêutica (ambiental?)”, *Revista Veredas do Direito*, 21, 2004, pp. 53-73.

Manzano, Jordi Jaria, “Constitución, desarrollo y medio ambiente en un contexto de crisis”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 1, 2017, pp. 1-46.

Morais, Dulce Teresinha Barros Mendes de, *A (in) efetividade das normas constitucionais de Direito Ambiental: o caso do Distrito Federal*, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004.

Organização das Nações Unidas, A ONU e o meio ambiente, disponível in <https://brasil.un.org/pt-br/91223-onu-e-o-meio-ambiente>, consultado em 10 de março de 2022.

Sánchez, Zulima Sánchez, “Democracia anticipatoria y medio ambiente: modelos next generation en tiempos de reconstrucción”, in: *A proteção do meio ambiente e o direito ao desenvolvimento sustentável ibero-americano em tempos de Covid-19* (Avzaradel, Pedro Curvello Saavedra, et. al.), 1, Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, Porto, 2021, pp. 154-167.

Tormo, Juan Ignacio Soler, *La configuración constitucional del medio ambiente como derecho*, Universitat de València, Valencia, 2016.

Usera, Raúl Canosa, “¿Existe un verdadero derecho constitucional a disfrutar del medio ambiente?”, *Anuario de Derechos Humanos*, 1, 2006, pp. 151-215.

Vernet, Jaume/JARIA, Jordi, “El derecho a un medio ambiente sano: su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el derecho internacional”, *Teoría y realidad constitucional*, 20, 2007, pp. 513-533.

b) **Outra**

Bujosa Vadell, Lorenzo Mateo, “Daños ambientales: problemas procesales”, in: *Daños ambientales y tecnologías digitales* (Bujosa Vadell, Lorenzo Mateo/Mata, Federico Bueno), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 29-49.

Canotilho, José Joaquim Gomes/Leite, José Rubens Morato, *Direito ambiental constitucional brasileiro*, 1.ª edição, Saraiva, São Paulo, 2007.

Cruz, Paulo Márcio/Bodnar, Zenildo, “Pensar globalmente e agir localmente: o Estado Transnacional Ambiental em Ulrich Beck”, *Revista de Doutrina da 4.ª Região*, 27, 2008.

Cutanda, Blanca Lozano, *Derecho Ambiental Administrativo*, 10.ª edição, Dykinson S.L., Madrid, 2009.

Hernando, José Antonio Alcoceba, “La contribución de la comunicación pública al desarrollo social de la conciencia medioambiental”, *Ecosistemas – revista científica y técnica de ecología y medioambiente*, 3, 2004, pp. 109-115.

Manzano, Jordi Jaria, “Los principios del derecho ambiental: concreciones, insuficiencias y reconstrucción”, *Ius et Praxis*, 2, 2019, pp. 403-432.

Moreno, Fe Sanchis, *Convenio de Aarhus: Guía sobre el acceso a la Justicia Ambiental*, 1.ª edición, Consejo General de la Abogacía Española, Asociación para la Justicia Ambiental, Madrid, 2007.

Núñez, Román/Moreno, Cuesta, “Comunicación y conservación ambiental: avances y retos en Hispanoamérica”, *Revista Latina de Comunicación Social*, 71, 2016, pp. 15-39.

Reifarth Muñoz, Walter, “La protección supraindividual del medio ambiente a través del Ministerio Fiscal”, in: *Daños ambientales y tecnologías digitales* (Bujosa Vadell, Lorenzo Mateo/Mata, Federico Bueno), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 51-88.

SECÇÃO 2

Direito Económico-Financeiro

O papel das instituições financeiras e o impacto económico do direito de retenção

Carlos Manuel Rodrigues Carneiro¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Razão de ser da prevalência do direito de retenção em relação à hipoteca; 3. Evolução histórica; 4. Desequilíbrio do credor hipotecário face ao retentor beneficiário do direito de retenção; 5. A injustiça do direito de retenção face à relevância das Instituições Bancárias no contexto económico; 6. Preponderância das Instituições Bancárias nos momentos críticos, como o de pandemia (COVID 19) vivido nos últimos dois anos; 7. Desafio ou oportunidade?; 8. Considerações finais; Bibliografia.

Resumo: O presente artigo pretende colocar em discussão o papel das instituições Bancárias no contexto económico do mercado imobiliário em confronto com as prerrogativas concedidas ao promitente-adquirente por via do direito de retenção, previsto na alínea f) do n.º1 do artigo 755.º do Código Civil e do n.º2 do artigo 759.º do mesmo diploma, equacionando os desequilíbrios que a aplicação de tais normativos veio provocar ao credor hipotecário, enquanto principal garante do financiamento das construções destinadas à habitação, o impacto económico da sua aplicação e a expectativa do credor hipotecário, habitualmente as Instituições Bancárias, bem como alertar para as injustiças que o regime aporta e o papel que as Instituições Bancárias assumem no financiamento à economia em momentos como os que atravessamos nos últimos dois anos em resultado da pandemia da COVID 19 e os desafios que se apresentam ao legislador no sentido de corrigir o regime.

Palavras-chave: Direito de retenção; Instituições Bancárias; Garantias hipotecárias

Summary: 1. Introduction; 2. Rationale of the prevalence of the right of retention in relation to the mortgage; 3. Historical evolution; 4. Imbalance of the mortgage creditor vis-à-vis the retainer benefiting from the right of retention; 5. The injustice of the right of retention in light of the relevance of Banking Institutions in the economic context; 6. Relevance of the Banking Institutions, in critical moments, such as the pandemic (COVID 19) experienced in the last two years; 7. Challenge or opportunity?; 8. Final considerations; Bibliography.

Abstract: The purpose of this article is to discuss the role of the banks in the economic context of the real estate market in comparison with the prerogatives granted to the promissory buyer by way of the right of retention, foreseen in article 755.º n.º 1 f) of the Civil Code and in article 759.º n.º 2 of the same diploma. Question the unbalances that the application of such framework came to cause to the mortgage creditor, as the main guarantor of the financing

1 Administrador Bancário – Caixa de Crédito Agrícola Mútuo do Alto Douro, CRL; Advogado; Doutorando da Universidade de Salamanca.

of the constructions destined to habitation, the economic impact of its application and the expectations of the mortgage creditor, usually the Banking Institutions. Alert for the injustices that this legal institute brings and the role that Banking Institutions assume in the financing of the economy in moments like the ones we are going through in the past two years because of the COVID 19 pandemic and the challenges that are presented to the legislator to correct this legal institute.

Keywords: Right of Retention; Banking Institutions; Mortgage Guarantees.

1. Introdução

O tema a que nos dedicaremos neste artigo visa equacionar a aplicação do regime do direito de retenção, questionar a razão de ser da sua prevalência face à garantia hipotecária, que se assume como uma supergarantia², na maioria das vezes oculta e que acaba por surpreender o credor hipotecário, arrastando-o para litígios que acabam por lhe aportar avultadas perdas. Ainda, analisar o caminho percorrido pelo regime, de modo a compreender de onde resulta a exacerbação da posição do promitente-comprador (retentor) de imóveis, em relação ao credor hipotecário da coisa retida; contestar a forma como o regime foi evoluindo e o desequilíbrio que o mesmo provocou a favor do promitente-adquirente em relação à posição em que se encontra o credor hipotecário. Tal desiderato passa por compreender que os princípios subjacentes à evolução do regime e que passava pela proteção das situações mais vulneráveis acabou por resultar ao longo dos tempos em situações de tremenda injustiça para o credor hipotecário. Neste sentido, cuidaremos de analisar a posição assumida pela Doutrina e pela Jurisprudência.

Cuidaremos igualmente de aquilatar as injustiças do direito de retenção face à relevância que as Instituições Bancárias assumem no contexto económico. Para melhor compreensão, procederemos a uma análise dos imponderáveis de que se reveste a atividade das Instituições Bancárias, para depois demonstrar a incongruência gerada pelo Direito de retenção, nos termos em que aparece configurado na alínea f) do n.º 1 do artigo 755.º do Código Civil, conjugado com os artigos 442.º e 759.º, n.º 2 do mesmo Código. Na medida em que contraria a lógica de financiamento do mercado habitacional por parte das Instituições Bancárias e com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei 236/80, de 18 de julho e 379/86, de 11 de novembro, o legislador não cuidou de acautelar a posição dos vários intervenientes, preocupando-se em absoluto, como veremos, com o promitente-adquirente em detrimento das Instituições Bancárias, conduzindo a situações de injustiça, que têm desembocado em litígio ao longo dos anos e que se vão perpetuando nas instâncias judiciais.

Trataremos também de evidenciar a preponderância assumida pelas Instituições Bancárias nos momentos críticos, como o de pandemia da COVID 19, vivido nos últimos dois anos, bem como a relevância que as mesmas têm na articulação de execução de políticas sociais em estreita colaboração com as entidades governamentais, de que foram exemplo as moratórias de crédito, que constituíram um importante mecanismo de apoio à economia e ao emprego, com impacto significativo na vida das famílias e na manutenção das suas habitações, reduzindo de forma decisiva os efeitos da pandemia e dos danos sociais.

Por último, não deixaremos de alertar para o imobilismo do regime do direito de retenção, num momento em que o excesso de regulamentação se faz sentir de forma transversal no sistema jurídico português, com particular incidência para a

2 Gomes, Júlio Manuel Vieira, "Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...)", in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 11, Braga, 2005, p. 12.

regulamentação bancária, nomeadamente a lançada constantemente pelas entidades de supervisão e regulação, deixando a inquietação se não será o momento de aproveitar a oportunidade da “avalanche” legislativa e regulatória para, de uma vez por todas, aceitar o desafio de alterar o regime a contento de todos os intervenientes.

2. Razão de ser da prevalência do direito de retenção em relação à hipoteca

Se é certo que em circunstâncias específicas a prevalência do direito de retenção se justificava e ainda hoje encontra fundamento, não são, como adiante veremos, os casos que nos merecem maior crítica.

Da análise ao n.º 2 do artigo 759.º do Código Civil de 1966 resultava já a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca, ainda que registada anteriormente, o que constitui uma exceção ao princípio *priori in tempore priori in iuri*, que encontra acolhimento no artigo 686.º do Código Civil, que prevê que o Credor hipotecário goza do direito de ser pago com preferência sobre os demais credores, desde que estes não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo. Tal posição assumida pelo legislador encontra fundamento na necessidade de evitar o locupletamento injustificado do credor hipotecário face ao retentor da coisa. Na verdade as situações de exceção ao princípio da prioridade de registo eram essencialmente as previstas no artigo 754.º do Código Civil, o que acabava por ser acolhido pela doutrina e jurisprudência, tal como dá conta Cláudia Madaleno³: “a atribuição de um direito de retenção sobre coisa imóvel e a sua prevalência sobre garantias hipotecárias anteriormente registadas compreendem-se apenas naqueles casos em que o direito de retenção é conferido para assegurar o reembolso de despesas feitas com o imóvel, que contribuíram para o conservar ou aumentar o respetivo valor” (...). Também Pires de Lima e Antunes Varela registam que “são precisamente situações desta índole as que o legislador do Código Civil teve em vista no artigo 754.º e, de um modo geral, nas alíneas do artigo 755.º suscetíveis de aplicação a coisas imóveis. O direito de retenção não só não é injusto, como evita que o credor hipotecário se locuplete à custa do terceiro que realizou despesas (de gestão, de conservação ou de melhoramentos) com a coisa hipotecada”⁴.

3. Evolução histórica

O regime, tal e qual o conhecemos hoje, resulta de uma evolução legislativa que veio exacerbar a posição do promitente-comprador de imóveis, em relação aos demais credores e em particular ao credor hipotecário, que obteve a transmissão da coisa.

3 Madaleno, Cláudia, *A Vulnerabilidade das Garantias Reais – A hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 92

4 Lima, Fernando Pires/Varela, João Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1987.

Se atentarmos ao regime que vigorou até às reformas do regime ocorridas em 1980 e 1986, verificamos que o Código de Seabra contemplava a preocupação clara de não retirar a função da garantia hipotecária, porquanto previa o artigo 1014.º do Código de 1867 que “quando concorrerem diversos credores por despesas feitas para a conservação da coisa, na conformidade do n.º 2 do artigo 887.º, se a importância total dos créditos de todos exceder o valor da quinta parte, a que se refere o mencionado número, a quantia, que se deve pagar por essas despesas, será rateada por todos, na devida proporção, e pelo resto que deixar de lhe ser pago serão credores comuns”.

De que resulta que o direito do retentor era meramente obrigacional, uma vez que, como se afere deste preceito, a satisfação do seu crédito estava limitada quantitativamente e qualitativamente, na medida em que sempre que excedesse a quinta parte do total da importância devida o rateio entre os credores era feito na devida proporção, cuja limitação do montante ocorria quando o crédito resultasse de despesas tidas com a coisa.

Ao contrário do que sucedia no Código Civil de 1867, que não regulava de forma unitária o direito de retenção, no atual Código Civil a retenção ocupa uma secção própria, nas garantias especiais das obrigações, dos artigos 754.º a 761.º

No que diz respeito ao direito de retenção do beneficiário da promessa de transmissão de coisa imóvel que obteve a sua tradição, nos termos da alínea f) do n.º1 do artigo 755.º do Código Civil, que é aquele que nos merece particular atenção, sofreu alterações pelo citado Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de julho, que veio produzir alterações, entre outros, ao artigo 442.º do Código Civil, consagrando-se o direito de retenção do promitente-comprador sobre a coisa objeto do contrato-promessa, tendo-se verificado a tradição da coisa, pelo crédito resultante do incumprimento pelo promitente-vendedor. Necessidade de que o legislador entendeu de proteção ao promitente-comprador em resultado da inflação galopante e das construções clandestinas. Este fenómeno levava a que o grau de desvalorização monetária conduzisse o promitente-vendedor a alienar o imóvel a terceiro distinto do promitente-comprador, mesmo que para tal tivesse que assumir as obrigações resultantes do incumprimento definitivo do contrato-promessa em relação ao promitente-comprador, nomeadamente o pagamento do dobro do sinal recebido, razão pela qual foram introduzidas alterações aquando da tradição do imóvel: a primeira, no que diz respeito ao sinal, não bastando ao promitente-vendedor incumpridor o pagamento do sinal em dobro, consagrando-se a obrigação de pagamento do valor da coisa ao tempo do incumprimento; a segunda, a do referido direito de retenção.

Mais tarde, o legislador veio introduzir um conjunto de alterações, através do Decreto-Lei n.º 378/86, de 11 de novembro. Introduziu a alínea f) ao n.º 1 do artigo 755.º do Código Civil com a seguinte redação: “O beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 442.º”.

Se é certo que o preâmbulo do diploma de 1980 deixou algumas dúvidas, desde logo se o legislador terá equacionado a colisão de direitos do retentor e do credor-hipotecário, ou seja, se o legislador terá na altura dado a devida atenção à redação do articulado do direito que criou com a regra, excecional, estabelecida no artigo 759.º, n.º 2, do Código Civil. Segundo Maldonado⁵, “o legislador de 1986, de forma categórica (...) estando ciente do conflito de interesses que se pode estabelecer entre o direito de retenção do beneficiário da promessa de transmissão que obteve a tradição da coisa e os credores hipotecários do promitente-transmitente (por via de regra, instituições de crédito) atribui prioridade à tutela dos particulares, na lógica da defesa dos consumidores (ponto 4., parágrafos 4.º e 5.º do preâmbulo)”.

4. Desequilíbrio do credor hipotecário face ao retentor beneficiário do direito de retenção

As virtudes que se pretenderam alcançar com o instituto do direito de retenção, e que o mesmo trazia para as situações vulneráveis, acabaram por resultar, ao longo do tempo, em inúmeras posições injustas para o credor hipotecário. A doutrina (Calvão⁶; Leitão⁷; Madaleno⁸) tem feito notar as fragilidades deste regime.

João Calvão da Silva aponta que o regime alegadamente protetor do promitente-adquirente, na prática, acaba por o prejudicar, uma vez que as Instituições de Crédito impõem aos construtores a rarefação da *traditio rei* hipotecada. Já Luís Menezes Leitão alerta que a prevalência do direito de retenção em causa sobre a hipoteca consubstancia uma proteção mais forte que a do próprio comprador que adquirisse o seu imóvel onerado com uma hipoteca, caso em que lhe seria oponível. Na mesma senda, Cláudia Madaleno reafirma que o adquirente de um imóvel onerado tem menos meios de recurso que o beneficiário da promessa de transmissão com tradição da coisa objeto do contrato prometido, acrescentando que o beneficiário de transmissão de um imóvel com eficácia real convencional não tem meios de defesa em face do beneficiário da promessa de transmissão com tradição da mesma coisa, objeto do contrato prometido, continuando por referir que o credor hipotecário não controla a existência e validade dos contratos-promessa celebrados pelo seu devedor o que facilita a propensão à fraude, preocupação igualmente evidenciada por Salvador da Costa⁹ em relação à simulação contratual dos devedores das Instituições Bancárias com terceiros, visando a criação artificiosa de situações de incumprimento para prejudicar aquelas.

5 Maldonado, João Pedro Nunes, “O direito de retenção do beneficiário da promessa de transmissão de coisa imóvel”, in *Julgar*, n.º 13, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

6 Silva, Calvão, *Sinal e contrato-promessa*, 13.ª edição, Coimbra, Almedina, 2010.

7 Leitão, Luís Menezes, *Direito das obrigações*, Volume I, 9.ª edição, Coimbra, Almedina, 2010.

8 Madaleno, Cláudia, *A vulnerabilidade das garantias reais. A hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

9 Costa, Salvador, *O concurso de Credores*, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2015, p. 220.

No entender de António Menezes Cordeiro¹⁰ verifica-se o esvaziamento económico do conteúdo da hipoteca decorrente de promessas ulteriores de alienação com tradição da coisa hipotecada.

Já a jurisprudência confere uma proteção mais ampla ao promitente-comprador assente no pressuposto que as instituições de crédito têm uma posição económica privilegiada que lhe confere meios de salvaguarda mais robustos, sendo certo que nem sempre se verifica. Na senda de Castanheira¹¹, normalmente encontram-se “(...) em jogo avultadas quantias monetárias (...)” que podem ser postas em causa por “uma garantia oculta” e que acabam por ir contra “a lógica do mercado de circulação dos imóveis, como também a segurança jurídica e proteção de expectativas de terceiros.”. A necessidade de equacionar um equilíbrio da posição do credor hipotecário também é reconhecida pela jurisprudência. Veja-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de abril de 2018, processo n.º 622/08.1TBPFR-A.P1.S1¹², que decidiu em relação ao credor hipotecário que “(...) a garantia resultante do direito de retenção, limitou, de forma significativa, a consistência da posição jurídica daquela, que viu o verdadeiro potencial do direito real de garantia de que é titular ser seriamente atingido.” Na sequência determina que “(...) não se pode considerar que aquela, enquanto credora hipotecária, é um terceiro juridicamente indiferente, mas antes um terceiro juridicamente interessado que é titular de uma relação jurídica de garantia (...)”. No mesmo sentido havia julgado o Tribunal da Relação de Guimarães, no acórdão de 16 de março de 2017, processo n.º 192/11.3TBPRG-A.G1¹³, declarando que o credor hipotecário “(...) não é um ‘terceiro juridicamente indiferente’ ao qual nenhum ‘prejuízo jurídico’ relevante advenha, uma vez que, apesar de o seu direito permanecer o mesmo, ele é amputado, ante o promitente-comprador beneficiário de *traditio*, da possibilidade de fazer valer a funcionalidade potencialmente conferida pela garantia acessória do seu crédito, nesta medida sendo afetado não só economicamente mas também na consistência do seu direito.”

5. A injustiça do direito de retenção face à relevância das Instituições Bancárias no contexto económico

Para melhor enquadramento, começamos por abordar os imponderáveis (de natureza geral, interna e específica) de que se reveste a atividade das Instituições Bancárias.

Os de natureza geral, que resultam de crises internacionais com impacto na economia, como foi o caso do “*subprime*” que se iniciou em 24 de julho de 2007 com a queda do índice *Dow Jones* nos Estados Unidos da América e que mergulhou a economia mundial numa profunda recessão económica, de pandemias, como a que se iniciou na China nos finais de 2019 (COVID 19) e, por sua vez, os resultantes de Guerras,

10 Cordeiro, António Menezes, *O novíssimo regime do contrato promessa*, CJ, Ano XII, Tomo II, 1987, p. 16.

11 Castanheira, Sérgio Nuno, *Direito de retenção do promitente adquirente. Garantia das obrigações*, Coimbra, Publicação dos trabalhos de mestrado, 2007, p. 504.

12 Disponível em www.dgsi.pt. Consultado no dia 10 de março de 2022.

13 Disponível em www.dgsi.pt. Consultado no dia 10 de março de 2022.

como aquela que se iniciou em 24 de fevereiro de 2021 com a invasão da Rússia à Ucrânia, com consequências imprevisíveis. Os de natureza interna, que emergem de crises internas, de índole política, económica e social, bem como de estados de emergência, de calamidade e de catástrofes naturais. Por sua vez, os de natureza específica decorrem de processos de Insolvência, processos Especiais de Revitalização, processos executivos de terceiros (outros exequentes, estado, etc.) e com especial enfoque de direitos de retenção, particularmente o previsto na alínea f) do n.º 1 do artigo 755.º do Código Civil.

Assim, o direito de retenção tal como aparece configurado na alínea f) do n.º 1 do artigo 755.º do Código Civil, conjugado com os artigos 442.º e 759.º, n.º 2, do mesmo Código, contraria ostensivamente a lógica do mercado de financiamento das construções para habitação por parte das Instituições Bancárias. Como se afere de tudo o que vimos apresentando, o legislador não cuidou de acautelar as posições de todos os intervenientes e, ao proteger o retentor consumidor, desprotegeu as Instituições Bancárias, que como se sabe são o motor de qualquer economia moderna. O regime com as alterações introduzidas em 1980 e 1986, pelos Decretos-Lei n.º 236/80, de 18 de julho e n.º 379/86, de 11 de novembro, criou situações de injustiça, que conduzem a litígios que em muitos dos casos desembocam nos tribunais e que não raras vezes têm origem em fraudes e simulações, resultantes do conluio entre promitente-vendedor e promitente-comprador, que aproveitam as fragilidades do regime para daí retirar vantagens indevidas.

A forma como o regime se encontra desenhado não tem em consideração que a aquisição das habitações se dá, maioritariamente, à custa do financiamento à construção das Instituições Bancárias, pois, se assim não fosse, a maioria das habitações nem sequer se teriam iniciado.

Antunes Varela e Pires de Lima¹⁴ chamam à atenção que “a solução legal consagrada, por afetar a segurança do crédito hipotecário bancário, vai dificultar a obtenção do mesmo pelos construtores e originar, reflexamente, o aumento do custo de aquisição em relação às pessoas que os diplomas em causa quiseram alegadamente proteger”.

Sendo certo que sem a dinâmica do mercado creditício muitos negócios de transmissão de imóveis nem sequer teriam lugar, é pertinente equacionar o impacto económico e a avaliação de riscos sobre os negócios com soluções mais eficazes de proteção da expectativa do credor hipotecário.

Nesta dimensão jaz a relevância do impacto económico. De facto, a aplicação do regime conduz, potencialmente, a decisões injustas e desequilibradas para a triangulação que analisamos: (i) promitente-comprador que pode ver em risco os montantes entregues a título de sinal, caso saia vencido no litígio; (ii) credor hipotecário que tem, potencialmente, em risco a expectativa de recuperação do seu crédito; (iii) promitente-vendedor pode considerar simulações de negócio em conluio com o promitente comprador, frustrando-se, assim, a eficácia da garantia hipotecária.

14 Varela, Antunes/Lima, Pires, Código Civil Anotado, *cit.*

Vejamos, o legislador quis proteger o consumidor e evitar o locupletamento da Instituição Bancária à custa do promitente-comprador. Aqui, reside, em nossa opinião, o primeiro erro de fundo, porquanto que, se é certo que é exigível a entrega de sinal além da tradição da coisa, não se exige que seja evidenciado que o montante entregue a título de sinal foi utilizado no imóvel retido. A este propósito, Antunes Varela¹⁵ ¹⁶ adverte que “em confronto com o direito de retenção, desvirtuando tal figura, pode o retentor não ter prestado sinal algum e pode o sinal ter sido empregue em fins distintos da construção em causa”.

Ora, sem a comprovação do destino do sinal entregue verifica-se precisamente o contrário da pretensão e fundamentação apresentada pelo legislador que, em vez de evitar o locupletamento sem causa da Instituição Bancária, passa a permitir o locupletamento injustificado do promitente-comprador à custa da Instituição Bancária, o que tem conduzido a avultadas perdas das Instituições Bancárias.

Tal posição poder-se-á justificar, se bem que não concordamos de forma incondicional, nos casos resultantes de contratos de empreitada em que o empreiteiro utilizou o seu capital na obra, da qual agora reclama o seu crédito.

Posição que vem sendo assumida pela esmagadora maioria da doutrina e da jurisprudência, como fica bem patente no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16 de maio de 2019, processo n.º 61/11.7TBAVV-B.G1.S1¹⁷, ao referir que “estamos no âmbito de um contrato de empreitada e porque, tal como nos dá conta o Acórdão do STJ, de 29.01.2014 (processo n.º 1407/09.3TBAMT.E1.S1) “têm surgido, na doutrina, discussões sobre se o empreiteiro, sendo credor do preço da obra, goza do direito de retenção relativamente a esta, importa, desde logo, deixar claro que, na senda da esmagadora maioria da doutrina e da jurisprudência, perfilhamos o entendimento de que o empreiteiro, mercê da sua específica posição perante o resultado da obra e a atitude possessória que exerce sobre ela, assume, perante a mesma, uma posição de privilégio garantístico de modo a poder reter a coisa em seu poder, perante terceiros, e adquire o direito de ser pago, preferencialmente, a outros credores que gozem de hipoteca mesmo que esta tenha sido registada anteriormente”. E continua: “É que se é certo, como refere Galvão Telles, não ter o empreiteiro a posse correspondente ao direito de propriedade, a verdade é que o mesmo não deixa de ter a posse « correspondente a esse direito real menor ou sobre coisa alheia em que se cifra o *ius retentionis*». Estamos na presença de alguém que até determinado momento era simples detentor porque tinha sobre a coisa um poder de facto que exercia um interesse de outrem, mas uma vez, reunidos os pressupostos do direito de retenção, surge este direito e, «a partir desse momento, o sujeito passa a exercer o poder de facto no seu próprio interesse, porque é no seu interesse que retém a coisa. De mero detentor eleva-se a possuidor»”.

15 Varela, Antunes, *Sobre o Contrato-promessa*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, pp. 113-157.

16 Varela, Antunes. *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10.ª edição, Coimbra, Almedina, 2000, p. 341.

17 Disponível em www.dgsi.pt. Consultado no dia 12 de março de 2022.

Acresce que, tendo o empreiteiro por causa da relação contratual – obrigação de *facere* –, que estabeleceu com o dono da obra, que realizar despesas para a obtenção do resultado que tem que entregar ou restituir, mal se compreenderia, conforme afirmou o citado Acórdão do STJ, de 29.01.2014, que o mesmo não tivesse o direito de reter a coisa de que resultaram as despesas efetuadas quando é certo assistir um tal direito àquele que levou a cabo benfeitorias na coisa.

Podemos, assim, concluir, na esteira do Acórdão do STJ, de 10.05.2011 (processo n.º 661/07.0TBVCT-A.G1.S1)[13], que o empreiteiro, mercê da sua específica posição perante o resultado da obra e a atitude possessória que exerce sobre ela, assume, perante a mesma, uma posição de privilégio garantístico de modo a poder reter a coisa em seu poder, perante terceiros, e adquire o direito de ser pago, preferencialmente, a outros credores que gozem de hipoteca mesmo que esta tenha sido registada anteriormente.

Daí ter-se como certo que o art. 754.º do Código Civil concede ao empreiteiro o direito de retenção do objeto da empreitada enquanto o dono da obra não pagar o preço da obra, quer esta tenha sido acabada ou não e, conseqüentemente, que o art. 759.º, n.º 2 do mesmo Código atribui a este direito real de garantia prevalência sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente, introduzindo, deste modo, uma exceção quer à hierarquia dos credores, quer ao princípio da prioridade de registo.

Como se alcança da posição dominante da doutrina e da jurisprudência, ainda que de forma menos “escandalosa”, o que é certo é que, pese embora o registo da hipoteca tenha sido efetuado em momento anterior, o direito de retenção do empreiteiro prevalece sobre a garantia hipotecária. Sendo ambos credores, nada justifica que o crédito reclamado pela Instituição Bancária ceda perante o direito de retenção.

O nosso entendimento é que em primeiro lugar deveria ser respeitada a prioridade de registo prevista no artigo 6.º do Código de Registo Predial e artigo 686.º do Código Civil, senão seria de todo sensato que estas duas classes de credores se classificassem numa posição paralela e pagos em simultâneo de forma rateada.

6. Preponderância das Instituições Bancárias nos momentos críticos, como o de pandemia (COVID 19) vivido nos últimos dois anos

No contexto atual de pandemia ganhou particular relevância o papel das Instituições Bancárias, que tiveram a virtude de ser chamadas e, em alguns momentos, tomando mesmo a dianteira em relação aos respetivos governos, adotando medidas sociais que permitiram a manutenção das habitações por parte das famílias. No início da pandemia as Instituições Bancárias Portuguesas, em coordenação com a Associação Portuguesa de Bancos, lançaram as designadas “moratórias privadas”, antecipando-se deste modo ao próprio Estado, disponibilizando uma solução para os seus clientes. “Ao nível das medidas mais diretamente dirigidas às famílias, o Banco flexibilizou

o acesso a crédito pessoal, (...) podendo beneficiar de um período de carência para o pagamento de capital e juros. No conjunto de medidas adotadas pelo Governo português, com impacto mais direto no sistema bancário, destacam-se a criação de um regime de moratória pública (...) e as linhas de crédito a empresas com garantia pessoal do Estado”¹⁸.

Numa ação sem precedentes, as Instituições Bancárias uniram-se num esforço gigantesco e em articulação com os Bancos Centrais e governos dos respetivos países foi possível legislar e criar condições para, de forma regulada, garantir a solvabilidade das famílias. “Nesta fase, as famílias e empresas têm necessidades de financiamento acrescidas, pelo que, ao ser capaz de conceder o volume de crédito correspondente a essas necessidades, o sistema bancário permitirá reduzir, no presente, os custos económicos e financeiros inerentes ao impacto da pandemia”¹⁹.

Bem evidente do esforço das Instituições Bancárias Portuguesas foi o número de moratórias concedidas no período pandémico.

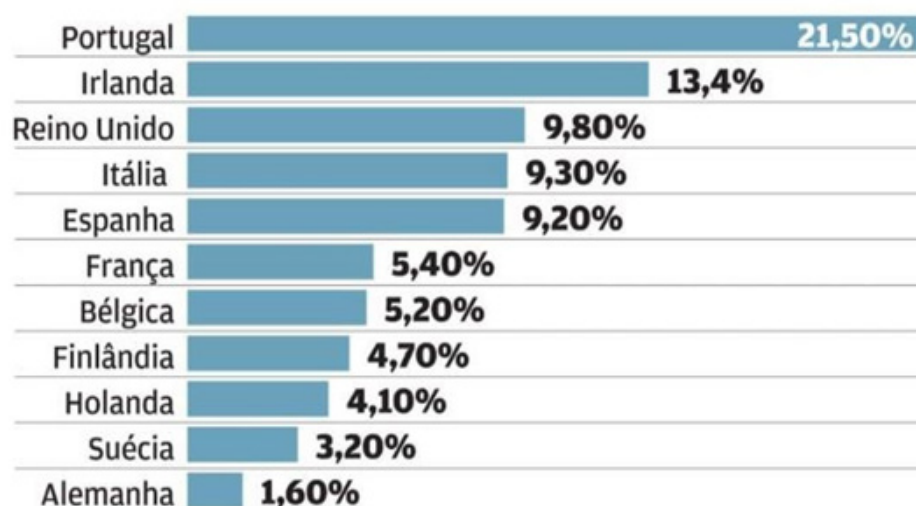


Fonte: Banco de Portugal

Sendo que, em comparação com o contexto europeu, de entre os países que utilizaram idêntico mecanismo de proteção aos devedores de crédito, as Instituições Bancárias Portuguesas foram aquelas que, de longe, mais moratórias concederam, ao passo que em países como a Alemanha o Estado teve uma intervenção mais direta, tendo reduzido significativamente o papel dos Bancos.

18 Newsletter Biblioteca, Publicação trimestral, n.º 3, ano XIII, julho 2020, Banco de Portugal. Disponível em https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/newsletter_jul-set20_ext.pdf. Consultado no dia 02 de fevereiro de 2022.

19 Newsletter Biblioteca, Publicação trimestral, n.º 3, ano XIII, julho 2020, Banco de Portugal, *cit.*



Fonte: Relatório da DBRS

Foi assim no entender de Vítor Bento²⁰ (Presidente da Associação Portuguesa de Bancos): “Graças ao enorme esforço de reparação e fortificação dos seus balanços, e sobretudo da sua base de capital, desde a grande crise financeira, os bancos portugueses desempenharam, nesta crise pandémica, um papel essencial no amortecimento dos danos sociais. Pode mesmo dizer-se que os bancos desempenharam, nesta situação, uma relevante função social, complementando a ação do Estado nesse amortecimento”.

7. Desafio ou oportunidade?

Do que atrás ficou dito e perante um regime profundamente desatualizado, que tem quase quarenta anos, desde a sua mais recente alteração, que ocorreu no longínquo ano de 1986, cujos princípios que conduziram aos desequilíbrios que agora denunciámos são praticamente inexistentes ou substancialmente alterados, depois de vasta doutrina se ter insurgido, de dividir opiniões e de conduzir a divergências jurisprudências ao longo dos tempos, a discussão não pode continuar a pautar-se pelo campo teórico, mas, outrossim, o legislador tem que assumir a responsabilidade de introduzir no regime as alterações que têm merecido a crítica da doutrina e da própria jurisprudência, sem embargo da interpretação jurídico-normativa que a lei vigente deve merecer por parte da jurisprudência, alterando o paradigma subjacente às decisões judiciais, tema ao qual não nos dedicaremos no presente artigo.

Encontramo-nos num ponto em que é necessário colocar a questão sem rodeios: será o momento de encarar o desafio ou a oportunidade face ao aumento exponencial e à sobreposição de regulamentação a que vamos assistindo, considerando que existe um ambiente regulatório cada vez mais complexo e exigente que se tem acentuado nos últimos anos, cuja realidade é transversal aos diversos setores de atividade,

²⁰ Bento, Vítor, *Jornal de Negócios*. Disponível em <https://www.jornaldenegocios.pt/opiniaao/colunistas/detalhe/a-importancia-fundamental-do-sistema-bancario>, Consultado no dia 08 de março de 2022.

especialmente no setor financeiro, bem como o elevado número e complexidade das sanções associadas ao seu não cumprimento.

Adicionalmente, em muitas áreas, existe jurisdição sobreposta e/ou paralela, tornando ainda mais desafiante a garantia de conformidade e cumprimento de todo o quadro regulatório aplicável, que pode ir desde a proteção dos investidores e do consumidor ao meio ambiente, ao emprego e ao direito do trabalho.

Face a este aumento exponencial da regulamentação que, não raras vezes, tem conduzido à sobreposição de regulamentação, não será uma excelente oportunidade para de uma vez por todas procurar equilibrar um regime a contento das principais partes envolvidas, promitente-vendedor, promitente-comprador e credor hipotecário. Fica o desafio!

8. Considerações finais

O estudo realizado possibilitou-nos alcançar os objetivos a que nos propusemos, ao permitir demonstrar que as razões subjacentes à evolução do instituto do Direito de retenção criaram desequilíbrios que o legislador não soube acautelar, na trilogia promitente-vendedor, promitente-comprador e credor hipotecário.

Desequilíbrios confirmados pela doutrina, que ao longo dos anos vem alertando para a posição injusta em que foi colocado o credor hipotecário, vulgarmente as Instituições Bancárias, em relação ao promitente-comprador de imóveis que obteve a sua *traditio*, conduzindo como alerta António Menezes Cordeiro²¹ ao “esvaziamento económico do conteúdo da hipoteca decorrente de promessas ulteriores de alienação com tradição da coisa hipotecada (...)”.

Bem como ficou demonstrada a injustiça do direito de retenção face à relevância das Instituições Bancárias no contexto económico e os imponderáveis a que as mesmas ficam sujeitas, de que o direito de retenção nos termos estudados é exemplo. Na configuração assumida pelo legislador, o regime nos termos em que foi desenhado criou profundas injustiças para o credor hipotecário que, como ficou patente, assume tal relevância que sem a sua intervenção creditícia muitos dos negócios de transmissão de imóveis tão pouco teriam lugar.

Ficou de igual modo evidenciado que o legislador, ao pretender evitar o locupletamento da Instituição Bancária, à custa do promitente-comprador, pelos sinais entregues, desenhou um regime imperfeito, que não cuidou de acautelar se as quantias entregues a título de sinal são efetivamente utilizadas no imóvel objeto de direito de retenção, permitindo assim o locupletamento do promitente-comprador à custa da Instituição Bancária.

Outro dos objetivos traçados no início deste estudo foi amplamente conseguido, ao comprovar a preponderância assumida pelas Instituições Bancárias nos momentos

21 Cordeiro, António Menezes, *O novíssimo regime do contrato promessa*, cit., p. 16.

mais críticos resultantes de situações inesperadas, de que são exemplo as pandemias e as guerras. Vimos de forma clara a relevância das Instituições Bancárias na colaboração e gestão da pandemia da COVID 19, vivida nos últimos dois anos, que, em articulação com os respetivos governos, permitiu evitar uma verdadeira catástrofe económica e social com consequências incalculáveis, essencialmente para as empresas e famílias.

Por último, entendemos que os alertas deixados poderão contribuir para traçar um caminho, no sentido de aceitar o desafio que a oportunidade de alterar injustiças nos aconselha e que pode conduzir à alteração do regime objeto do nosso estudo.

Bibliografia

Bento, Vítor, *A importância fundamental do sistema bancário*, disponível em <https://www.jornaldenegocios.pt/opiniao/colunistas/detalhe/a-importancia-fundamental-do-sistema-bancario>, Consultado no dia 08 de março de 2022.

Castanheira, Sérgio Nuno, *Direito de retenção do promitente adquirente. Garantia das obrigações*, Publicação dos trabalhos de mestrado, Coimbra, 2007.

Cordeiro, António Menezes, *O novíssimo regime do contrato promessa*, CJ, Ano XII, Tomo II, 1987.

Costa, Salvador, *O novíssimo regime do contrato-promessa*, CJ, Ano XII, Tomo II, 1987.

Gomes, Júlio Manuel Vieira, *Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...)*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 11, Braga, 2005.

Leitão, Luís Menezes, *Direito das obrigações*, Volume I, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010.

Madaleno, Cláudia, *A vulnerabilidade das garantias reais. A hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

Maldonado, João Pedro Nunes, “O direito de retenção do beneficiário da promessa de transmissão de coisa imóvel”, in *Julgar*, n.º 13, Coimbra Editora, 2011.

Silva, Calvão, *Sinal e contrato-promessa*, 13.ª edição, Coimbra, 2010.

Varela, Antunes/Lima, Pires, *Código Civil Anotado*, Volume I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987.

Varela, Antunes, *Sobre o Contrato-promessa*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1989.

Varela, Antunes, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2000.

SECÇÃO 3

Direito Processual e Direito Penal

Argumentos extrajurídicos são factos ou normas em direito processual? Uma breve defesa do princípio de Hume

Murilo Strätz¹

Sumário: 1. Introdução; 2. O princípio de Hume; 3. O Supremo Tribunal brasileiro e a utilização de argumentos de Direito Comparado *in pejus* na instância penal; 4. Fundamentos de facto *versus* fundamentos de direito; 5. A adesão ao princípio de Hume torna Dworkin um não-cognitivista moral?; Conclusão; Referências bibliográficas.

Resumo: O artigo resulta de pesquisa acadêmica elaborada sobre as fontes da argumentação jurídica e da fundamentação das decisões judiciais, a fim de investigar a possibilidade de que os argumentos orientados pela razão prática sejam discernidos entre factos e normas, tendo em vista a tese da separação entre “ser” e “dever-ser”. Defende-se, no presente estudo, a autonomia entre as esferas ontológica e deontológica, vale dizer, entre os contextos fáctico e normativo, bem como a impossibilidade de que do modo indicativo se extraia o modo imperativo, o que Dworkin denominou de “princípio de Hume”. O trabalho aborda, também, ainda que de modo lateral, a discussão travada entre cognitivistas e não-cognitivistas morais a respeito do modo pelo qual as proposições de cunho ético são tratadas no campo do Direito, especulando-se, para tanto, se é possível falar de verdades morais enquanto juízos integrantes de uma realidade metafísica e, por conseguinte, passíveis de apropriação cognitiva pelos operadores jurídicos em seus discursos argumentativos.

Palavras-chave: argumentos normativos; fontes jurídicas; razão prática; cognitivismo.

Summary: 1. Introduction; 2. Hume’s principle; 3. The Brazilian Supreme Court and the use of comparative law arguments *in pejus* in the criminal instance; 4. Grounds of fact versus grounds of law; 5. Does adherence to Hume’s principle make Dworkin a moral non-cognitivist?; Conclusion; Bibliographical references.

Abstract: The article is the result of academic research on the sources of legal argumentation and the reasoning of judicial decisions, to investigate the possibility that arguments guided by practical reason are discerned between facts and norms, in view of the thesis of separation between “being” and “should-be”. This study defends the autonomy between the ontological and deontological spheres, that is, between the factual and normative contexts, as well as the impossibility of extracting the imperative mode from the indicative mode, what Dworkin called “Hume’s principle”. The paper also addresses, although in a lateral way, the discussion

1 Advogado da União. Doutorando em Ciências Jurídicas Gerais pela Universidade do Minho.

between moral cognitivists and non-cognitivists regarding the way in which propositions of an ethical nature are dealt with in the field of Law, speculating, for this purpose, whether it is possible to speak of moral truths as part of a metaphysical reality and, therefore, capable of cognitive appropriation by legal operators in their argumentative discourses.

Keywords: normative arguments; legal sources; practical reason; cognitivism.

1. Introdução

Propomo-nos a defender, no presente artigo, a tese segundo a qual de um “ser” não decorre, necessariamente, um “dever-ser”, isto é, do modo *indicativo* não se extrai o modo *imperativo*. O Direito possui natureza prescritiva, e não meramente descritiva; ele ordena, veda, autoriza e condiciona pautas de conduta, em vez de simplesmente reproduzi-las.

Embora normalmente atribuída ao positivismo jurídico, tal impossibilidade de que um *ser* se decomponha num *dever-ser* é imputada por Dworkin ao que designa de “princípio de Hume”, segundo o qual a moralidade não decorre do conhecimento pautado em factos, mas constitui um ramo separado do conhecimento humano, dotado de fundamentos especulativos e de justificação próprios.

Defende-se a tese, assim, de que *factos* não dão origem a *normas*.

Estende-se tal raciocínio, no presente trabalho, para outros argumentos pautados em *factos*, e não em *normas*, os quais vêm sendo utilizados, não obstante, por tribunais brasileiros como fundamentos normativos das suas decisões, postura judicial esta que ora se critica.

O trabalho partirá desse pressuposto teórico da separação entre “ser” e “dever-ser” para analisar o julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2016, do Agravo em Recurso Extraordinário n.º 964.246, com repercussão geral reconhecida (Tema n.º 925). Na decisão que julgou esse processo, a Corte Constitucional brasileira, com amparo em *normas* extraídas de ordenamentos jurídicos estrangeiros, reputou válida a possibilidade de decretação de prisão penal em segunda instância judiciária, isto é, de privação de liberdade para *cumprimento* de pena (e não apenas para finalidades processuais), ainda que sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

2. O Princípio de Hume

Sendo considerado um emotivista, David Hume defendia a tese segundo a qual juízos morais não eram como objetos ou factos cuja existência poderia ser captada pela razão, mas sim um *sentimento*, que jamais poderia ser confundido com uma *ideia*. Não passando a moralidade de uma sensação, ela é melhor sentida ou experimentada do que propriamente captada ou desenvolvida pela cognição. Daí Hume ser considerado, também, um não-cognitivist moral, conforme se verá mais adiante.

Tendo carácter experimentalmente sensorial, e não transcendentemente cognitivo, a moralidade em Hume é trabalhada num campo completamente estranho à razão, o que torna a concepção humeana, por óbvio, frontalmente contrária à metafísica kantiana. Um dos seus mais recentes seguidores, Richard Rorty, afirmava a propósito de Kant, num texto sobre os direitos humanos, que o *pragmatismo emotivista* teria atualmente muito mais a oferecer à proteção destes que o *fundacionalismo racionalista* e

metafísico de matriz kantiana, já que por ora importa muito mais efetivar os direitos humanos que justificá-los racionalmente².

Na obra *Justice for Hedgehogs*, Dworkin esclarece, porém, que o princípio de Hume não pode ser confundido com as abordagens céticas do realismo jurídico e nem com o convencionalismo da proposta epistemológica do Iluminismo e seus códigos para o campo moral³.

Ao compulsar-se o *Tratado da Natureza Humana*, constata-se que David Hume de facto afirmou, em síntese, que não se podem deduzir proposições sobre o *dever* de proposições sobre o *ser*, na medida em que a distinção entre vício e virtude não decorre da relação entre factos, e tampouco é captada pela razão, já que deriva de um sentimento moral⁴ e exprime uma nova relação, completamente diferente daquela que a teria supostamente inspirado⁵.

Trata-se, como se vê, de uma abordagem emotivista a deflagrada por Hume, embora Dworkin, que o segue nesse ponto específico, não possa ser associado ao dito emotivismo filosófico nos demais campos do conhecimento que investiga.

Quer-se com essa ressalva deixar claro que a tese da separação entre *ser* e *dever-ser* não é necessariamente de cariz positivista, já que comungada, inclusive, por Dworkin, um autor fundacionalista e reconhecidamente antipositivista, bem como por autores antifundacionalistas, como Hume e Rorty, por exemplo.

2 “*Si Rabossi y yo tenemos la razón al pensar que el fundacionalismo de los derechos humanos está caduco, entonces Hume es un mejor consejero que Kant en lo que concierne a cómo nosotros, los intelectuales, podemos acelerar el advenimiento de la utopía de la Ilustración que ambos pensadores anhelaron por igual*” (RORTY, Richard. “*Derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo*”. In Richard Rorty et al (org.), *Batallas éticas*, Buenos Aires: Nueva Visión, 1996, pp. 65-89, p. 83).

3 Reproduz-se aqui, por fidelidade autoral, a expressa ressalva feita por Dworkin, *verbis*: “*Hume’s principle, properly understood, supports not skepticism about moral truth but rather the independence of morality as a separate department of knowledge with its own standards of inquiry and justification. It requires us to reject the Enlightenment’s epistemological code for the moral domain*” (DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 17).

4 “A moralidade, portanto, é mais propriamente sentida que julgada, embora essa sensação ou sentimento seja em geral tão brando e suave que tendemos a confundi-lo com uma idéia, de acordo com nosso costume corrente de considerar tudo que é muito semelhante como se fosse uma só coisa” (HUME, David. *Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*. Livro 3. 2.ª ed. Trad. Débora Danowski. São Paulo: Editora UNESP, 2009, p. 510).

5 Ao criticar a mudança do predicado “é” para o predicado “deve”, Hume anota que normalmente não se dá a devida atenção a tal transformação, como se fosse natural ou imperceptível, sendo que, porém, ela não o é em termos filosóficos, *verbis*: “Essa mudança é imperceptível, porém da maior importância. Pois, como esse deve ou não deve expressa uma nova relação ou afirmação, esta precisaria ser notada e explicada; ao mesmo tempo, seria preciso que se desse uma razão para algo que parece inteiramente inconcebível, ou seja, como essa nova relação pode ser deduzida de outras inteiramente diferentes. Mas já que os autores não costumam usar essa precaução, tomarei a liberdade de recomendá-la aos leitores; estou persuadido de que essa pequena atenção seria suficiente para subverter todos os sistemas correntes de moralidade, e nos faria ver que a distinção entre vício e virtude não está fundada meramente nas relações dos objetos, nem é percebida pela razão” (HUME, David. *Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*. Livro 3. 2.ª ed. Trad. Débora Danowski. São Paulo: Editora UNESP, 2009, p. 509).

Defendemos, com isso, a ilegitimidade normativa do recurso a argumentos meramente ontológicos (derivados do *ser*) para afastar determinações de caráter deontológico (derivadas do *dever-ser*) e, mais especificamente, disposições prescritivas de natureza legal.

É usual que magistrados em geral, e os membros dos tribunais brasileiros em especial, recorram a elementos extrajurídicos para mitigar o caráter normativo da lei, prática esta com a qual o presente trabalho não compactua, dada a corrosão da normatividade legal que ela promove, com nefastos efeitos sobre a legalidade, a isonomia, a previsibilidade, a irretroatividade do Direito (salvo em Direito Penal, para beneficiar o réu) e a segurança e certeza jurídicas.

No próximo tópico dar-se-á um exemplo de recurso a argumentos extrajurídicos pelo Supremo Tribunal Federal, na jurisdição constitucional que exerce no Brasil, argumentos estes que foram capazes de afastar expressas normas constitucionais e legais brasileiras sobre o tema prisional.

3. O Supremo Tribunal Brasileiro e a utilização de argumentos de Direito Comparado *in pejus* na instância penal

O Pleno do Supremo Tribunal Federal brasileiro havia entendido em 2016, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário n.º 964.246, com repercussão geral reconhecida (Tema n.º 925), que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal”⁶.

Nesta decisão, o Supremo valeu-se de argumentos oriundos do direito estrangeiro, para fundamentar a necessidade de prisão penal, mesmo antes de plenamente formado o respectivo título condenatório, com fulcro na constatação de que as nações mais desenvolvidas do mundo, como os Estados Unidos da América e países europeus, admitem a execução provisória da pena.

Olvidou-se o Supremo, porém, de verificar, na ocasião, que a legislação constitucional daqueles países não continha a mesma previsão que a brasileira quanto ao tema. Decidiu-se contra o direito fundamental de liberdade e contra dispositivos cogentes da Constituição e do Código de Processo Penal, amparando-se, para tanto, em principiologia desprovida de qualquer traço de normatividade e em fundamentos de direito estrangeiro inaplicáveis em território brasileiro. E, pior, valeu-se de normas estrangeiras – as quais no Brasil são *factos*, e não *normas* – para agravar a situação das pessoas privadas de liberdade em território brasileiro, vale dizer, a Corte Constitucional

⁶ Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4966379>. Acesso em 14.03.2022.

usou factos estrangeiros *in pejus*, e não para melhorar (*in mellius*) o *status libertatis* dos presos condenados em segunda instância.

Três anos depois, em final de 2019, coube ao Supremo retratar-se e reparar o erro cometido, mesmo sem que tenha havido mudança na composição subjetiva da Corte, senão apenas mudança do próprio entendimento jurídico de alguns Ministros.

Ao sopesar os *prós* (aquilo que o Supremo gostaria que fosse a legislação brasileira) e os *contras* (aquilo que consta da Constituição e do Código de Processo Penal brasileiros), o Supremo decidiu em favor do que estabelece o Direito dos países desenvolvidos, o qual, porém, não é *norma* no Brasil, senão mero *facto*. Ao assim proceder, o Supremo extraiu, como se denota, um *dever-ser* (norma) de um *ser* (facto).

Contudo, normas devem ser extraídas de normas, e não de factos, já que estes não são fontes normativas, ao menos em países de tradição civilística, como Brasil e Portugal.

A impossibilidade de que um *ser* se decomponha num *dever-ser* é imputada por Dworkin ao que ele chama de “princípio de Hume”, segundo o qual a noção de *dever* não decorre do conhecimento pautado em factos, mas constitui um ramo separado do psiquismo humano e dotado de fundamentos especulativos e de justificação próprios, os quais pertencem à moralidade. Para Hume, conforme se viu, a distinção entre vício e virtude não decorre da relação entre factos, e tampouco é captada pela razão, já que deriva de um sentimento moral e exprime uma nova relação, completamente diferente daquele liame fático que a teria supostamente inspirado.

Entendemos que fundamentos normativos só podem ser excepcionados por outros fundamentos igualmente normativos, e não por alegações de facto ou exceções que não possam ser universalizadas.

Transplantam-se, para o campo jurídico, as conclusões às quais se chegou acima no tange ao campo da moralidade, no sentido de que não se deduz um fundamento jurídico de um fundamento de facto, assim como não se deduz de um facto um juízo moral, ao menos sem violar o retrocitado princípio de Hume⁷. Em suma, juízos normativos só podem ser demonstrados verdadeiros mediante argumentos normativos.

Como corolário da tese de que não se podem deduzir fundamentos normativos a partir de argumentos fácticos, ora sustentada, tem-se por ilegítima a derrogação de deveres legais amparada por fundamentos extrajurídicos, quais sejam, oriundos de fatores externos ao Direito posto. Incluem-se nessa ilegitimidade até mesmo os

7 Cláudio Ari Mello e Francisco José Borges Motta sintetizam bem essa constatação filosófica tão reverberada por Dworkin: “Procurar argumentos metafísicos para demonstrar ou refutar juízos morais é violar o princípio de Hume, porque de proposições descritivas ou juízos factuais não podemos deduzir juízos de valor. Juízos morais só podem ser demonstrados verdadeiros por meio de argumentos morais” (MELLO, Cláudio Ari; MOTTA, Francisco José Borges. A ambição do ouriço: um ensaio sobre a versão final da filosofia do direito de Ronald Dworkin. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 22, n. 2, pp. 723-753, dez. 2017. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10993>>. Acesso em: 23.03.2021, p. 733).

valores morais que ainda não foram juridicizados, já que os juízes não possuem qualquer tipo de ascendência ou autoridade superior em relação aos demais atores sociais em matéria de moralidade⁸, de modo que não estão autorizados a impor a sua moralidade como critério de resolução de disputas e, muito menos, derrogar disposições legais expressas por meio de argumentos morais.

Na prática, porém, os argumentos “jurídicos” que costumam ser utilizados por advogados, promotores e juízes nas suas manifestações oficiais sempre contêm algum grau de facticidade, de modo que a carga de “dever-ser” (*ought*, em inglês; *sollen*, em alemão) contida naqueles argumentos acaba por ser constituída, em grande medida, por dimensões do “ser” (*is*, em inglês; *sein*, em alemão).

No próximo tópico se abordará a delicada questão de saber se os mandamentos normativos são mesmo assim tão puros do ponto de vista deontológico, isto é, se não carregam consigo nenhuma carga de facticidade.

4. Fundamentos de facto *versus* fundamentos de direito

Elementos normativos são deontologicamente puros, de modo que não contêm algum teor de facticidade? Poucos são os puristas a sustentar a radical tese da separação absoluta ente facto e norma, e, menos ainda, entre elementos fácticos e elementos normativos.

O comparatista Thomas Coendet afirma que, na utilização de argumentos de Direito Comparado, não há como deter essa impregnação do *dever-ser* pelo *ser*, por mais que o discurso positivista tente esconder, na dimensão deontológica da linguagem, esse iniludível grau de facticidade⁹.

É que as práticas do direito estrangeiro não deveriam ser, em rigor, vinculantes noutros ordenamentos, pois, em âmbito formal, revestem-se de caráter meramente persuasivo, e não prescritivo em sentido estrito. Em suma, o direito estrangeiro deveria, no máximo, fornecer-nos um reforço argumentativo, vale dizer, um mero acréscimo

8 É lapidar a observação que o jusfilósofo canadense Wilfrid J. Waluchow, reconhecido defensor de um *positivismo jurídico inclusivo*, faz a respeito dessa constatação ao afirmar, *verbis*: “Juízes não são melhores do que ninguém na determinação do conteúdo dos pontos de compromisso moral prévio que uma carta supostamente representa. Embora sejam versados em direito, juízes não são, em nenhum sentido, autoridades morais. Também não são especialistas nos vários campos de política social com que lida tipicamente o governo. Eles certamente não exibem um grau de perspicácia superior àquele das autoridades governamentais cujas ações eles são chamados a julgar. Então por que devemos solicitar que os juízes decidam as questões difíceis e profundas de moralidade política que as cartas de direitos suscitam?” (WALUCHOW, Wilfrid J. “O encontro da filosofia analítica com a metáfora: a ‘Árvore Viva’ da interpretação judicial”. In *Novas fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental* / Noel Struchiner; Rodrigo de Souza Tavares (orgs.) – 1.ª ed. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2014, p. 25).

9 “Because this *pure* ‘ought’ will also undertake a detour to the ‘is’, and so, even the ostensibly purest ‘ought’ of a legal system will contain traces of facticity. The positivist divide can therefore no longer be upheld.” (...) “In short – and in contrast to the idea of a *pure* ‘ought’ – legal norms also involve the court’s *impure* reasoning” (COENDET, Thomas. “*Legal Reasoning: Arguments from Comparison*”. In *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n.º 102, 2016, pp. 476-507, p. 482).

em termos de convencimento decisório, às conclusões já obtidas com base no direito positivo pátrio, e jamais fornecer-nos fundamentos jurídicos autônomos e suficientes para lastrear a dicção do nosso direito nacional.

O que se observa nos tribunais brasileiros, entretanto, conforme demonstram certas práticas corriqueiras¹⁰, é a postura contrária ao que se disse acima, na medida em que magistrados costumam utilizar argumentos oriundos de jurisdições estrangeiras para fundamentar decisões que produzirão efeitos no território nacional, cuja jurisdição, porém, não deveria estar sujeita a influxos vinculantes de práticas forenses alienígenas, ao menos no plano jurídico-formal.

Atribuída sobretudo a Kant, a dicotomia entre *sollen* (dever-ser) e *sein* (ser) foi retomada pelo positivismo normativista de Kelsen, para quem os eventos da natureza, inatos a esta enquanto *ontologia*, dar-se-iam por uma relação de “causalidade”, ao passo que o Direito e a moral, por operarem no âmbito da *deontologia*, seriam regidos por relações de “imputação”, de tal modo que fenômenos naturais e fenômenos jurídicos/morais pertenceriam a ordens distintas e, portanto, inconfundíveis¹¹.

Todavia, na década de sessenta do século passado, Castanheira Neves já defendia, em visão contrária à de Kelsen, que, embora a lei fosse um instrumento privilegiado para o Direito, haveria nela uma indeterminação intencional que só poderia ser suprida diante da facticidade do caso concreto, sendo falaciosa, portanto, a tese da separação rígida entre questões de facto e questões de direito¹². Com efeito, se dos factos emergiria um direito cuja indeterminação seria intencionalmente legal, não seria a própria lei, mas sim as peculiaridades do caso concreto, a fonte jurídica imediata da solução a ser encontrada.

10 É comum juízes e tribunais brasileiros recorrerem, por exemplo, à teoria alexyana da ponderação como pretexto para afastar dispositivos legais e até constitucionais expressos, no lugar dos quais costumam colocar princípios ou postulados genéricos que servem de súper trunfos argumentativos para toda e qualquer situação, tais como os da “dignidade humana” e da “supremacia do interesse público sobre o particular”, ou até mesmo “máximas” inventadas a partir de uma retórica judicial populista e demagógica sob a denominação, por exemplo, de “princípio do afeto”, “princípio do combate à criminalidade”, “princípio da ordem natural das coisas” e assim sucessivamente, até os limites da criatividade humana. Assim, com base na ponderação, magistrados arvoram-se no direito de desconsiderar regras constitucionais limitadoras do poder estatal, tais como as regras que proíbem a prova ilícita, a manutenção de prisão ilegal e o sequestro de verbas públicas fora da hipótese prevista pela Constituição (preterição na ordem de prioridade dos precatórios).

11 Nas palavras do normativista de Viena: “A distinção entre causalidade e a imputação reside em que – como já notamos – a relação entre o pressuposto, como causa, e a consequência, como efeito, que é expressa na lei natural, não é produzida, tal como a relação entre pressuposto e consequência que se estabelece numa lei moral ou jurídica, através de uma norma posta pelos homens, mas é independente de toda a intervenção desta espécie. Visto que o sentido específico do ato através do qual é produzida a relação entre pressuposto e consequência numa lei moral ou jurídica é uma norma, pode falar-se de uma relação normativa – para a distinguir de uma relação causal. ‘Imputação’ designa uma relação normativa. É esta relação – e não qualquer outra – que é expressa na palavra ‘dever-ser’, sempre que esta é usada numa lei moral ou jurídica” (KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 64).

12 Neves, A. Castanheira. Questão-de-facto - questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967, pp. 212 e ss.

Ousamos discordar, não obstante, dessa respeitável posição do catedrático de Coimbra, pois ela sufraga, mais uma vez, a possibilidade de que dos factos (*rectius*, do “ser”) se deduza o direito (*rectius*, o “dever-ser”), entendimento ao qual o presente trabalho oferece objeções metodológicas.

Uma das primeiras objeções a tal entendimento reside na constatação de que os factos não falam por si sós. Por serem mera representação de um recorte da realidade, de acordo com a ótica específica de alguém que os analisa – o que se dá a partir de uma perspectiva sempre personalíssima, para não dizer idiossincrática –, os *factos* são nada mais do que aquilo que é narrado ou observado por alguém que está situado em determinado prisma de observação, o qual nunca é objetivamente neutro.

Verifica-se, assim, que não são os factos que dizem o direito nessa hipótese, mas sim alguém que deles se vale para fazê-lo. O direito advindo dos factos é, na verdade, o direito advindo da pessoa que os observa e interpreta. Por isso, num sistema jurídico governado pela lei, e não pelos homens, discordamos de que os factos criem o direito, já que discordamos de que os homens o criem.

Posição semelhante à de Castanheira Neves nesse ponto específico é comungada pelo civilista brasileiro Pontes de Miranda. Defensor de uma concepção meramente descritiva¹³ de ciência jurídica, o jurista alagoano entendia que quanto maior fosse a aproximação entre essas duas categorias (*ser* e *dever-ser*) menos despótico seria o Direito.

Dissentimos também desse douto entendimento, pois não é a naturalização de determinada prática o que a legitima perante o Direito, mas sim a sua conformidade com os ditames deste. Por exemplo: uma lei que reprima severamente a prática da pedofilia jamais pode ser tida por autoritária ou despótica pelo simples facto de interditar o abuso sexual de crianças por adultos, por mais disseminada culturalmente que tal nefasta prática seja em determinada sociedade. O único despotismo de que se poderia falar nesse esdrúxulo – porém ilustrativo – exemplo, seria o que denota a abjeta ação dos pedófilos, cuja concupiscência doentia e desviada é justamente reprimida pela ação do legislador. Nesse caso, por maior que seja a distância entre o que de facto ocorre na sociedade (“ser”) e o que prevê a legislação (“dever-ser”), não há que se falar em despotismo legal.

Ademais, quais seriam os “factos sociais” juridicamente relevantes para a criação indutiva do Direito? Quem poderia determiná-los de modo assim isento ou científico? Que tipo de ciência seria capaz de garantir tal suposta objetividade e tal determinismo

13 Sempre defendeu que, por mais que o Direito se revista de um caráter inegavelmente *normativo* (prescritivo), a ciência só poderá ser sempre *descritiva*, não se podendo confundir a ciência jurídica (epistemologia do Direito) com o seu próprio objeto (o Direito que emerge das relações sociais). Verifica-se, aqui, ser positivista a metodologia que subjaz ao pensamento pontesiano, embora seu positivismo seja de matriz sociológica e empírica, o que o afasta do positivismo normativista e abstrato do Círculo de Viena, até porque é cronologicamente anterior a este em mais de uma década. Com efeito, o *Sistema de ciência positiva do Direito*, de Pontes de Miranda, foi publicado pela primeira vez em 1922, ao passo que a *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, ganhou somente no ano de 1934 a sua edição original.

jurídico-factual na disciplina das relações humanas, das quais o próprio intérprete faz parte? São perguntas que obviamente não podem ser respondidas em termos juridicamente categóricos, até porque as respectivas respostas não se encontram no restrito universo do Direito¹⁴, mas sim no âmbito de outros ramos das ciências sociais e humanas aplicadas. Deveria o Direito, assim, perder totalmente a sua autonomia e ficar, dessa forma, refém do que pregam, por exemplo, a economia, a religião, a moral, a sociologia, a psicologia, etc? Pensamos que não. Entendemos que não deveria ser o mercado, nem a igreja e muito menos os moralismos de ocasião, quem dá a última palavra sobre o que é legítimo juridicamente.

Refutamos a aristocrática e, portanto, antidemocrática, anti-isonômica e antirrepublicana visão supostamente “científica”¹⁵ do Direito, a qual só consegue ver no infalível raciocínio do cientista forense a fonte exclusiva das técnicas de resolução dos problemas jurídicos. Tal visão, como se vê, substitui o totalitarismo da lei pelo totalitarismo da doutrina (ainda que sob o emprego dos eufemismos “ciência positiva”, “sociologia jurídica” ou “política jurídica”)¹⁶, como se os doutrinadores dispusessem

14 Pontes de Miranda reconhece a insuficiência do dogmatismo jurídico puro, de natureza puramente racional, abstrata e, por conseguinte, metafísica, que vê o Direito como obra apenas do intelecto, independentemente dos fatos sociais que busca disciplinar. Ele ensina que o fenômeno jurídico passou historicamente por três períodos ou fases epistemológicas, quais sejam: 1) a empiria (caracterizada por um conhecimento meramente *intuitivo* e divorciado de qualquer tentativa de sistematização lógico-racional); 2) o racionalismo (caracterizado por um conhecimento exclusivamente *dedutivo* e por um excesso de confiança em critérios puramente abstratos); e, por fim, 3) a ciência (caracterizada pelo conhecimento *indutivo*, único capaz de retratar com fidelidade e converter em linguagem científica cada um dos factos sociais e eventos da natureza relevantes para cada campo do saber, sem que se corra o risco de estabelecer de modo apriorístico leis universais que, depois, na prática, acabem sendo desmentidas pela infinidade de exceções que a complexidade da vida não cessa de oferecer. Em suma, o Direito passou por dois momentos antes de chegar à fase científica atual (primeiro quarto do século XX, quando Pontes de Miranda publicou a primeira edição de seu “Sistema de ciência positiva do Direito”, em 1922), que foram o sentimento puro e a razão pura. O mestre brasileiro afirma que só a ciência pode conjurar a completa ausência de metodologia do empirismo puro e, ao mesmo tempo, o excesso de abstração do racionalismo transcendental, pois a ciência, diferentemente do dedutivismo racionalista, só cria abstrações a partir dos fatos que ela efetivamente observa, e não a partir de elucubrações metafísicas (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. T. II, 2.ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, pp. 155-161).

15 Para os cultores dessa visão científica do Direito, a democracia e a lei desempenham papéis coadjuvantes, cabendo apenas ao cientista o protagonismo da cena jurídica. A crença na ciência como panaceia para todos os males do Direito era tamanha em Pontes, que nela o jurista alagoano depositava todas as suas fichas, *verbis*: “O método científico realiza, na Política e no Direito, tudo quanto nos é preciso para que deflua sistematicamente, sem contradições, a atividade dos juristas (legislador, juiz, intérprete, executor, etc.). E só ele pode consegui-lo” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 18).

16 Não se restringindo à esfera judicial, Pontes de Miranda estendia também para as funções legislativas e executivas o poder de criar o Direito a partir de um raciocínio indutivo dos casos concretos, sempre que a lei fosse lacunosa. E ele entendia que tal processo de colmatação tinha natureza *científica*, de modo que a criação do direito para o caso concreto não seria arbitrária e nem teria caráter subjetivo ou solipsista, já que decorreria *cientificamente* dos fatos, *verbis*: “A convicção fundamental, de ordem prática, que resulta deste livro, é a de que a verdadeira diretriz da política jurídica não é sentimental, nem tampouco racionalista, mas positiva e científica” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. T. I, 2.ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 34). Não se explica, porém, nessa passagem *científica* dos fatos ao direito, como os juízes conseguiriam despir-se de sua natureza humana, enquanto seres no mundo, para atuarem como se fossem a representação objetiva da própria ciência.

de poderes absolutos e pudessem, com base nestes supostos poderes, impor a sua vontade contra a vontade democraticamente expressada em lei pelo próprio povo ou por seus representantes para tanto eleitos. Pontes de Miranda atribui esse poder de criar o Direito “aos factos”, e não aos juristas, à medida que, para ele, estes apenas “revelam” o que a natureza pulsante da realidade exprime espontaneamente mediante o suceder de factos da vida.¹⁷

O problema disso está, para nós, justamente na forma pela qual se dá tal “revelação”, cuja metodologia supostamente científica não nos parece ser assim tão asséptica, nem objetiva ou neutra axiologicamente, como pretendem as ciências ditas naturais.¹⁸

Ao revés da proposta pontesiana, concluímos que os valores de que tal *revelação objetiva* se impregna são-lhe atribuídos por uma pessoa de carne e osso, dotada de emoções e imbuída de ideologias e de uma cosmovisão idiossincrática, que por isso a torna única, e não por uma entidade científica independente, infalível, onisciente e dotada de capacidades sobre-humanas que a colocam acima de mundanas disputas valorativas sobre o que é o bem e o mal, isto é, acima de desacordos morais razoáveis.

Tampouco se explica como se daria o processo de verificabilidade do acerto ou desacerto científico dessa operação indutiva. Na prática, os juízes ficam livres para atuar de modo voluntarista, por mais que façam parecer científicos, na sentença, os argumentos por si utilizados para preencher aquela suposta lacuna legal. Cada juiz o fará à sua maneira e provavelmente chegará a resultados diferentes, por mais que todos afirmem enfaticamente se valer do pontesiano método científico da indução.

17 Diferenciando as regras jurídicas do Direito propriamente dito, Antônio Iserhard explica em sua tese doutoral que, para o mestre alagoano, aquelas são artificiais: “o *direito* surge espontaneamente das relações sociais, devendo ser descoberto e revelado pelo jurista, enquanto que a *regra jurídica* é criação abstrata do homem” (ISERHARD, Antônio Maria Rodrigues de Freitas. *O conceito de Direito em Pontes de Miranda*. Florianópolis: UFSC, 1994, p. 294). Verifica-se, nessa passagem, um esboço de Direito Natural, porém, de matriz *sociológica*, em nítida contraposição ao jusracionalismo próprio do período iluminista, cujos princípios eram concebidos de modo especulativo-transcendental e tinham, por isso, pretensões metafísicas, universais, a-históricas e supraestatais.

18 A teoria pontesiana propugnava a unidade das ciências, sendo, por isso, considerada naturalista, na medida em que só as *ciências naturais* enquadrar-se-iam no seu verdadeiro conceito de ciência, daqui excluídas as ditas “ciências do espírito”, dada a peculiar amplitude ontológica que o termo “fato” assume em Pontes de Miranda, conforme atesta o seguinte trecho, fielmente transcrito por Antônio Iserhard em sua brilhante tese de doutoramento, *verbis*: “Até pouco, procuravam-se distinguir das ciências da natureza as do espírito, por serem de ordem diferente os fatos que constituem o objeto delas. Mas havia nisto o erro de se definir erradamente o que se entende por fato: tudo que experimento, faço ou suscito é fato; e se excluíssemos o que se opera dentro de nós procederíamos mal, pois que iguais fenômenos em outrem não são internos para nós, e eles, como o próprio sujeito, em que se dão, podem ser estudados objetivamente. Tudo que pode ser conteúdo de consciência é fato” (In “Princípio da Relatividade Gnosiológica e Objetiva. Revista do Brasil, (XVII): abr-ago. 1921, pp. 387-394, p. 388”, *apud* Iserhard, Antônio Maria Rodrigues de Freitas. *Ibidem*, p. 97). Os professores Horácio Rodrigues e Luana Heinen observam, a propósito, ser essa unidade científica “um dos princípios epistemológicos essenciais de Pontes de Miranda, que indica que todas as ciências possuem o mesmo método (indutivo), por meio do qual se constrói o conhecimento” (Rodrigues, Horácio Wanderlei; Heinen, Luana Renostro. “A Ânsia por tudo conhecer: a epistemologia de Pontes de Miranda”. In: Farias, José Fernando de Castro; Sobreira Filho, Enoque Feitosa; Oliveira JR., José Alcebiades. *Filosofia do Direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 6. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?idevento=39>=92>. Acesso em 08.01.2022).

5. A adesão ao Princípio de Hume torna Dworkin um não-cognitivista moral?

Tanto Kelsen, com seu normativismo avalorativo, quanto Dworkin, com sua proposta axiológica de leitura moral do Direito, compartilham da abordagem filosófica em que situado o princípio de Hume, como já visto acima.

Pergunta-se, então: como dois autores considerados antípodas na Teoria do Direito podem compartilhar de uma tese tão radical como a que defende a separação entre facto e norma? Isso aproximaria Dworkin e Kelsen a ponto de ambos poderem ser tidos como não-cognitivistas morais?

A resposta à segunda pergunta é negativa, já que, para Dworkin, a empreitada jurídica é apenas um ramo da moralidade, de modo que ambas estão intimamente conectadas, já que sustentadas pela tese da *unidade de valor*, adiante explicitada.

Os pós-positivistas em geral costumam compartilhar importantes aspectos do cognitivismo moral, ao passo que a concepção de Kelsen insiste, contra tudo e contra todos, em adotar uma postura anti-cognitivista na sua *teoria pura*.

Dworkin é, sem dúvida, um dos maiores opositores do não-cognitivismo kelseniano e sustenta, no seu *Justice for Hedgehogs*, que o Direito seria um ramo do galho “moralidade política”, galho este que, por sua vez, pertenceria à árvore “valor”. Daí a leitura moral que faz da Constituição. Dworkin defende, assim, a tese da “unidade do valor”, em contraposição à tese da “pluralidade de valores”, *verbis*: “A verdade de cada juízo moral verdadeiro consiste na verdade de um número indefinido de outros juízos morais”¹⁹. Entre estes não haveria contradição, senão coesão e integridade. Por isso Dworkin é um crítico da teoria alexyana da ponderação de valores.

A reflexão dworkiniana reconduz-se retrospectivamente sempre à “unidade do valor”, e procura no *Direito como integridade* a única resposta correta para cada problema jurídico que surja, em especial os desprovidos de solução aparente no ordenamento positivo e precedentes, devido às lacunas do sistema. Estas, inclusive, são negadas por Dworkin na sua tese da integridade do Direito, pois jamais haveria um vácuo legislativo que não pudesse ser preenchido por um princípio extraído da tradição que cada sistema jurídico carrega. As respostas estariam sempre no sistema, cabendo ao intérprete apenas *buscá-las* e reconstruí-las para o caso concreto, e não simplesmente *criá-las* a seu bel-prazer.

Daí a crítica de Dworkin à discricionariedade judicial da proposta positivista, por esta se conformar acriticamente com o facto, tido por Kelsen e Hart²⁰ como inexorável, de

19 Dworkin, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 117.

20 Para Hart, o juiz pode legislar na insuficiência de uma disposição legal, para integrá-la com as suas próprias noções individuais sobre o que entende por “dever-ser” no caso concreto. Mas, nas hipóteses de lei clara, deveria haver uma separação nítida entre Direito e moralidade, a fim de que moralidades

juízes poderem suprir intersticialmente as lacunas legais com o conteúdo decisório que bem entenderem, cujo teor, por mais injusto que seja, não interessará à *ciência jurídica*, senão, quando muito, à *filosofia moral*.

Enquanto Dworkin sustenta haver só uma única resposta correta para cada caso, Kelsen afirma que, desde que respeitado o quadro da “moldura legal”, várias soluções seriam possíveis, de sorte que não haveria mais que se falar em aplicação do Direito positivo, senão, quando muito, de outras normas, como as normas morais e os juízos de valor sociais costumadamente traduzidos por expressões como “bem comum”, “interesse do Estado”, “progresso”, etc. Mas é o próprio Kelsen que faz uma importante ressalva, ao afirmar que assim não seria se o próprio Direito positivo assim delegasse a certas normas metajurídicas, como a Moral e a Justiça, pois, neste caso, “estas transformar-se-iam em normas de Direito positivo”²¹.

Dworkin contesta a distinção feita por Kelsen entre a interpretação realizada pelo teórico do direito, considerada *pura* do ponto de vista cognoscitivo pelo normativismo vienense, da interpretação feita pelos órgãos jurídicos responsáveis pela aplicação do direito positivo, cujo caráter cognoscitivo os positivistas consideram insuficiente para colmatar as lacunas legais²². Daí essa última modalidade interpretativa demandar uma função criativa, a dar-se ao lado daquela função cognoscitiva. Por isso que para Kelsen a decisão judicial é também um *ato de vontade*, e não apenas um *ato de cognição*. Kelsen afirma que a crença numa interpretação judicial puramente cognoscitiva é o fundamento da Escola da Jurisprudência dos Conceitos, tão repudiada pela Teoria Pura. Segundo esta, cabe ao cientista apontar todas as interpretações possíveis sobre um texto legal, e não escolher entre uma delas; tal tarefa, por ter uma função jurídico-política (e não jurídico-científica), caberá apenas ao órgão competente para aplicar o Direito, que escolherá a interpretação que mais lhe aprouver, dentre as várias possíveis, para o caso concreto, a fim de “criar” a solução jurídica individual para a espécie. O juízo que se faz sobre a justiça dessa decisão não será, assim, um juízo *científico*, senão apenas um juízo *político*.²³

eventualmente imorais (“*immoral morality*”), ou de ocasião, não substituam as regras jurídicas, nem criem imprevisibilidade judicial (HART, Herbert L.A. “Positivism and the Separation of Law and Morals”. *In Harvard Law Review* 593, 71, Cambridge, 1958, p. 624).

21 Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 6.^a edição. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 249.

22 Interessante observar que o Direito português, diferentemente do brasileiro, reproduz a lógica kelseniana ao prever a possibilidade de criação de norma *ad hoc* pelo juiz no caso de lacuna legal que não possa ser colmatada por recurso à analogia, conforme estabelece o artigo 10.º, item 3, do Código Civil de Portugal, *verbis*: “Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema” (Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis. Consulta em 21.03.2022).

23 Para a concepção kelseniana, não há Direito bom nem Direito mau, pois o paradigma metodológico excludente adotado pela Teoria Pura não se propõe a tratar do que é *justo, bom* ou *virtuoso*, nem de seus antípodas (“injusto”, “mau” ou “vicioso”), mas sim do que é jurídico ou extrajurídico, e apenas disso. Mas isso não significa que não possa haver uma ciência jurídica anticientífica, que para Kelsen é justamente aquela que não consegue discernir os temas do Direito estritamente considerado enquanto tal daqueles que constituem objeto de estudo de outros ramos das ciências sociais ou do conhecimento em geral, como a filosofia moral, a sociologia, a política, a psicologia, a economia e assim por diante.

Portanto, por mais que Dworkin encampe a tese humeana segundo a qual normas não adviriam de factos, por constituírem categorias filosoficamente independentes, ele não abona a tese positivista da separação radical entre Direito e Moral.

E por mais não-cognitivista moral que Hume seja, Dworkin não deixa de ser um cognitivista pelo facto de aderir a uma tese humeana.

Entendendo que o Direito pressupõe a Moral e que esta se encontra na base daquele, Dworkin nega a possibilidade de que proposições jurídicas possam formar-se independentemente de juízos ético-morais. O problema de tal concepção, em nossa visão, é que ela pode ser instrumentalizada para legitimar discursos moralistas – tais como os de “combate à criminalidade” – que se constroem em detrimento do Direito posto, passando a corroer a normatividade legal e gerando insegurança jurídica. Exemplos disso são as “relativizações” ou “flexibilizações” de direitos e garantias individuais em nome de princípios éticos ou valores abstratos não positivados, que passam a ser usados de modo retórico na tentativa de legitimar agendas punitivistas, mascaradas por *slogans* que pregam o “fim da impunidade”, a “redução de regalias legais” (entre as quais regras que densificam o direito de defesa), a “busca da verdade real” (com a violação de normas que vedam o aproveitamento de provas ilícitas e ilegítimas), a “moralização do direito” e assim por diante.

Outro problema do cognitivismo moral defendido por Dworkin é o de saber qual a Moral ou quais as morais estariam a ser utilizadas pelo intérprete para fundamentar o seu posicionamento ético-jurídico em um caso difícil.

Enfim, há bons argumentos tanto a favor quanto contra o cognitivismo moral aplicado ao Direito. Preferimos, de toda sorte, filiar-nos a uma postura teórica que tenha por escopo mitigar o âmbito de subjetivismo judicial, a fim de que normas jurídicas não sejam derogadas por argumentos extrajurídicos, sobretudo aqueles de procedência moral duvidosa. Nesse sentido, a proposta cognitivista sustentada por Dworkin inspira-nos certas ressalvas.

Conclusão

A conclusão de presente trabalho caminha no sentido de se opor à derrogação de normas jurídicas por argumentos de natureza extrajurídica, já que aderimos à tese da separação entre o “ser” e o “dever-ser”, por mais que às vezes seja difícil discernir facticidade e normatividade no caso concreto.

Com efeito, certos argumentos e fundamentos aparentemente amparados apenas em normas jurídicas acabam contendo, inexoravelmente, importantes traços de facticidade, cujo peso não pode ser assim tão facilmente desconsiderado pelo intérprete ou aplicador do Direito.

Ainda mais difícil se revela a tentativa de excluir do Direito os elementos morais que, na origem de sua positivação, concorreram para formar-lhe a base principiológica.

A maior parte, senão a quase totalidade, dos princípios éticos sustentados pelo jusracionalismo oitocentista foi positivada pelas Constituições e Declarações de Direitos contemporâneas, de modo que a discussão sobre a sua subsistência em termos metafísicos, na atualidade, acaba perdendo grande parte de seu objeto.

Não há mais tanto interesse prático em recorrer-se, por exemplo, ao princípio kantiano de que o homem é um fim em si mesmo, quando hoje já se tem o princípio da dignidade da pessoa humana positivado nos textos constitucionais e legais.

Por isso, em situações claramente disciplinadas pela lei, vemos com reservas a banalização judicial do recurso retórico a argumentos extrajurídicos, quer de origem moral, quer de qualquer outra procedência que não seja o Direito que regule o tema, tais como argumentos de natureza económica, sociológica, psicológica, política, etc.

Diante do exposto, e considerando que normas não se deduzem de factos, entendemos que, salvo em casos de comprovada excepcionalidade – que obviamente não são a maioria –, argumentos extrajurídicos são meros *factos* em Direito Processual, e não *normas*. Nessa qualidade, eles devem receber o tratamento jurídico que o ordenamento lhes reserva, em vez de constituírem, por si próprios, fundamento decisório para a resolução de litígios.

Referências bibliográficas

Coendet, Thomas. “*Legal Reasoning: Arguments from Comparison*”. In *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n.º 102, 2016, pp. 476-507.

Dworkin, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

Hart, Herbert L. A. “Positivism and the Separation of Law and Morals”. In *Harvard Law Review* 593, 71, Cambridge, 1958.

Hume, David. *Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*. Livro 3. 2.ª ed. Trad. Débora Danowski. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

Iserhard, Antônio Maria Rodrigues de Freitas. *O conceito de Direito em Pontes de Miranda*. Florianópolis: UFSC, 1994.

Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 6.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Mello, Cláudio Ari; Motta, Francisco José Borges. “A ambição do ouriço: um ensaio sobre a versão final da filosofia do direito de Ronald Dworkin”. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 22, n. 2, pp. 723-753, dez. 2017. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10993>>. Acesso em: 23.03.2021.

Neves, A. Castanheira. *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica*. Coimbra: Almedina, 1967.

Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do Direito*. T. II, 2.^a ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

—. *Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

Rodrigues, Horácio Wanderlei; Heinen, Luana Renostro. “A Ânsia por tudo conhecer: a epistemologia de Pontes de Miranda”. In: Farias, José Fernando de Castro; Sobreira Filho, Enoque Feitosa; Oliveira JR., José Alcebiades. *Filosofia do Direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 6. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?idevento=39>=92>. Acesso em 08.01.2022.

Rorty, Richard. “*Derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo*”. In Richard Rorty et al (org.), *Batallas éticas*, Buenos Aires: Nueva Visión, 1996, pp. 65-89.

Waluchow, Wilfrid J. “O encontro da filosofia analítica com a metáfora: a ‘Árvore Viva’ da interpretação judicial”. In Noel Struchiner; Rodrigo de Souza Tavares (orgs.), *Novas fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental*, 1.^a ed., Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2014.

O género como enunciado argumentativo da decisão judicial

Benilde Joaquina Pereira Moreira¹

Sumário: Introdução; 1. Género e feminismo jurídico; 2. Argumentação jurídica e género; 3. Complexidades do processo decisório; 4. O género como enunciado da decisão judicial; Conclusão; Bibliografia.

Resumo: O artigo pretende debater a visão da perspectiva de género nas decisões judiciais propondo a sua construção enquanto verdadeiro enunciado justificativo da sentença. A estrutura de análise e debate situa-se a dois níveis. No primeiro nível, demonstra-se a relevância dos estudos legais feministas na construção da categoria de género relacionando-o com o direito. Na argumentação jurídica discute-se o campo da justificação da sentença evidenciando a necessidade de aí incluir a perspectiva de género e aborda-se as complexidades do processo decisório. No segundo nível, será debatida a visão do enunciado de género como um instrumento metodológico no campo da justificação da decisão judicial. A metodologia centrou-se na análise de decisões judiciais referentes a casos de violência doméstica, no âmbito das relações de intimidade, a partir das quais se identificam enunciados favoráveis ao género e se debate a revisão de literatura.

Palavras-chave: perspectiva de género; argumentação jurídica; feminismo jurídico

Summary: Introduction; 1. Gender and legal feminism; 2. Legal reasoning and gender; 3. Complexities of the decision-making process in judicial decisions; 4. Gender as an argument of the judicial decision; Conclusion; Bibliography.

Abstract: The article aims to discuss the view of the gender perspective in judicial decisions by proposing its construction as a true justificatory enunciation of the sentence. The structure of analysis and debate is situated at two levels. The first level demonstrates the relevance of feminist legal studies in the construction of the category of gender relating it to law. It is also discussed the field legal reasoning within the justification of the sentence highlighting the need to address the gender perspective and the several complexities of the decision-making process throughout the judicial decision. At the second level, it is argued the vision of the gender enunciation as a methodological instrument in the field of the justification of the judicial decision. The methodology of analysis is focused on the analysis of judicial

1 Professora do Ensino Superior – Investigadora – Formadora em Igualdade de Género. Instituto Politécnico de Bragança, Centro de Investigação em Ensino Básico.

decisions regarding cases of domestic violence in the scope of intimate relationships, from which gender-friendly enunciations are identified and the literature review is discussed.

Keywords: gender perspective; legal reasoning; legal feminist studies.

Introdução

Num artigo publicado em 1897, Oliver Wendell Holmes Jr. revela a sua visão do direito ao declarar que “Quando estudamos direito não estamos a estudar um mistério mas uma muito bem conhecida profissão”². Esta simplicidade de desmistificar a complexidade do direito contribuiu para o ânimo de investigar e analisar os termos da argumentação desta profissão. Termos esses que serão abordados de forma modesta, mas que almejam lançar alguma reflexão sobre a prática do direito, no campo da argumentação jurídica, quanto a casos de violência doméstica nas relações de intimidade.

Falar, discutir, analisar a perspectiva de género coloca a exigência de ir um pouco mais além daquilo que se consignou como um discurso *mainstream* e tentar perceber que práticas reais derivam desse discurso. É com esta (talvez excessiva) ambição que se propõe analisar o género enquanto enunciado do processo argumentativo na decisão judicial. Dada a racionalidade exigida durante este processo, os principais referenciais teóricos são suportados pelas teorias feministas e pelas teorias da argumentação jurídica, em particular, as preconizadas por Atienza³ no campo da justificação da sentença e por MacCormick quanto ao modelo linguístico, sistémico e teleológico. Por outro lado, o objeto de estudo do referencial prático são as decisões judiciais, de tribunais superiores, referentes a casos de violência doméstica nas relações de intimidade.

O caminho para a construção do enunciado de género, enquanto elemento integrante da argumentação jurídica, faz-se em dois momentos: primeiro, determina-se a importância do feminismo jurídico na construção do conceito de género e as implicações que o discurso legal tem na vida das mulheres; demonstra-se a relação entre o processo argumentativo e o género dando conta do impacto que o sistema judicial tem na construção e manutenção de linguagens discursivas genderizadas; e discute-se o âmbito de complexidades emergentes do processo decisório evidenciando as suas problemáticas e sugerindo correções com a lente do género; segundo, propõe-se uma conceção de enunciado de género enquanto elemento do processo argumentativo, para o que é fundamental invocá-lo no discurso judicial enquanto instrumento metodológico de interpretação de premissas fácticas e premissas normativas.

O tema é concluído pela ênfase que o enunciado de género subtrai de uma abordagem interpretativa e valorativa baseada nos princípios constitucionais de todo o sistema de justiça.

2 Holmes, Oliver Wendell, “The path of law”, *Harvard Law Review*, 1987, 1-20.

3 Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2013.

1. Género e feminismo jurídico

No início do século XX teve lugar o movimento sufragista de mulheres que veio reivindicar o exercício igual de direitos nos termos que eram conferidos ao homem⁴. Nesta etapa da luta pelos direitos das mulheres estávamos na primeira vaga da onda feminista. Sob um ponto de vista argumentativo, podemos defender uma perspetiva formal – os direitos dos homens são, também, direitos das mulheres e tal deve ser reconhecido pela lei. E argumentamos que se trata, nesta fase embrionária, de uma visão formal porque o reconhecimento desses direitos não foi suficiente para erradicar o problema da subordinação da mulher pelo homem.

É, sobretudo, a partir da década de 80, do século XX, que começámos a assistir à discussão sobre a igualdade substantiva entre mulheres e homens que traz para o debate a questão do género. A autora Carol Smart, uma das mais emblemáticas feministas jurídicas, identificou a relação entre género e direito. Declara a autora que “ao aceitar os termos da lei para desafiar o direito, o feminismo concede sempre demasiado”⁵. Uma posição que contesta a visão do direito sob a perspetiva de género através da formulação de que (i) o direito é sexista, (ii) o direito é masculino e (iii) o direito tem género. Neste último campo interessa-nos evidenciar que no domínio argumentativo – o da aplicação do direito – é um meio que reproduz identidades fixas (por exemplo, os tradicionais conceitos de papéis de género) ao invés de analisar a aplicação do direito aos sujeitos, previamente, definidos pelo seu género.

Em 1990, Bartlett vem chamar a atenção para a forma como “a substância da lei pode submergir silenciosamente e sem justificação as perspetivas das mulheres e outros grupos excluídos”⁶. Com esta assunção, a autora formula a proposta da “pergunta da mulher”, para isso considerando fundamental que se verifique o impacto que o género pode ter nas práticas judiciais que, de outro modo, aparentam ser neutras e objetivas.

No campo da violência contra as mulheres, MacKinnon⁷ introduziu no debate a identidade masculina e feminina através do processo de dominação e erotização. A desigualdade de género assenta na assimetria construída a partir deste processo de domínio assumindo-se que cada sexo tem o seu papel, mas o poder é desigual. A argumentação jurídica de género não é alheia a esta perspetiva quando salienta as relações de domínio no âmbito das relações de intimidade.

4 Lousada, Isabel Cruz, “Vozes e ecos de sufragistas britânicas em Portugal”, *Gaudim Sciendi*, 8, 2015, pp. 122-143.

5 Smart, Carol, *Feminism and the power of law*, Routledge, London, 1989, p. 5.

6 Bartlett, Katharine, “Feminist legal methods”, *Harvard Law Review*, 103 (4), 1990, pp. 836-837.

7 Mackinnon, Catharine, “Feminism, marxismo, method and the State: towards a feminist jurisprudence”, *Signs*, 8 (4), pp. 635-658.

Há quem defenda o *feminist judgement*⁸, esclarecendo que esta visão (alternativa à do modelo patriarcal) traz a linguagem feminista para o campo do direito e a sua aplicação. Se o debate feminista contribuiu (e muito) para reformas significativas no campo do direito, já na área da argumentação jurídica as resistências de considerar um raciocínio justificativo da decisão judicial sob a perspectiva de género parecem levantar problemas de ordem diversa. Neste âmbito, Duarte⁹ defende que o direito deve ser reinventado “no encaço de uma justiça de alta intensidade”. A mesma autora argui que o campo dos *critical legal studies* influenciaram, profundamente, a teoria feminista do direito onde se apontam “(...) a manipulação, indeterminismo e legitimação pelo Direito de determinadas relações sociais opressoras e hierarquias ilegítimas, entre elas, a de género”¹⁰. Já Ventura¹¹ defende que o poder judicial revela “desconfiança e medo da palavra das mulheres”, evidenciando dificuldades com a demonstração da prova no campo dos crimes de natureza sexual. Estas complexidades são, igualmente, trazidas para o seio do crime de violência doméstica, onde o grupo desproporcionalmente afetado continua a ser o das mulheres.

As teorias da argumentação jurídica, que se têm preocupado com o racional da decisão jurídica e procuram formular um modelo que sirva de guia ao julgador na aplicação do direito, não se têm debruçado longamente sobre a influência do género no processo decisório. Atienza¹², por exemplo, numa extensa obra sobre a argumentação jurídica, refere a necessidade de adotar uma coerência lógica da narrativa quando está em causa a violência de género. No entanto, não existem pistas de como utilizar esse critério.

A fundamentação de uma sentença deve ser sensível às diferenças entre mulheres e homens, permitindo pensar no sistema de justiça como um campo onde a aplicação prática do direito é, inequivocamente, afetada pelos usos do género. Tais práticas permitem perceber o próprio direito e as novas matrizes conceptuais que se atribuem ao termo género.

2. Argumentação jurídica e género

As alterações legislativas na regulação e combate à violência doméstica têm sido significativas. Contudo, o foco colocado na mudança do corpo normativo tem negligenciado o funcionamento do sistema de justiça, o que será (talvez) o maior obstáculo

8 Crawford, Bridget, et.al., “Feminist judging matters: Feminist theory and methods”, *University of Baltimore Law Review*, 2018, pp. 167-197.

9 Duarte, Madalena, “O lugar do direito na violência contra as mulheres nas relações de intimidade”, *Revista Género e Direito*, 2013, p. 26.

10 Duarte, Madalena, “O lugar...”, *cit.*, p. 29.

11 Ventura, Isabel, *Medusa no palácio da justiça ou uma história da violação*, Tinta da China, Lisboa, 2018, p. 76.

12 Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación jurídica... cit.*, pp. 599-600.

na produção da linguagem jurídica neste domínio. Diz-nos Beleza¹³ que “A forma jurídica de pensar não comporta, tradicionalmente, a questão das mulheres (ou a questão de género) como um problema autónomo...”. A aplicação da lei pode mesmo ser perversa na medida em que a fundamentação da sentença pode revelar interpretações e qualificações desajustadas. Há quem questione a eficácia do sistema penal para lidar com os maus-tratos contra as mulheres, por não dispor de recursos e poder¹⁴. A questão do género tem subjacente a hierarquização das relações sociais entre mulheres e homens e derivadas de narrativas sociais, circunstância que Dahl já havia identificado na sua obra *O Direito das Mulheres*¹⁵.

O sistema judicial tem de ser capaz de fazer o enquadramento destas situações avaliando de que forma a dependência assimétrica entre vítima e agressor constitui um dos objetivos da tipificação das condutas de maus-tratos nas relações de intimidade. Albuquerque¹⁶ refere que a “dependência hierárquica” é um conceito onde cabem “todas as relações de supraordenação do agente sobre a vítima decorrentes do exercício de uma função em que o agente atua com poderes de ordenação da conduta da vítima”. A linguagem jurídica proveniente da motivação das sentenças não pode ser alheia a estes efeitos. O género é uma categoria de criação social e cultural a que o mundo do direito não é alheio. Beleza¹⁷ esclarece que estas construções constituem “... um sistema de relacionamento social que vai buscar chão definitivo ao “pretexto” sexual (biológico) ou ainda acentuando o seu traço de representação simbólica de dominação (desigualdade)...”.

Féria¹⁸ designa a perspetiva de género como um instrumento metodológico referindo que “julgar com uma perspetiva de género é... aplicar o direito... repudiando a utilização de quaisquer ideias feitas, estereótipos ou preconceitos sobre qual seja ou deva ser o papel social de mulheres e homens”. Também Sciammarella & Filho¹⁹, num trabalho sobre os discursos dos operadores judiciais, notam como “a lei padece de algumas imprecisões que dificultam o trabalho do magistrado”. A maior dificuldade parece ser a de precisar o que, na prática, significa decidir sob a perspetiva de género.

As decisões analisadas apontam para duas situações: primeiro, a importação do conceito de género das ciências sociais revela um discurso *mainstream* traduzido pelo

13 Beleza, Teresa, “Antígona no reino de creonte. O impacto dos estudos feministas no direito”, *Exaequo*, 6, 2002, p. 83.

14 Lurrari, Elena, *Criminologia crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007.

15 Dahl, Tove Stang, *O direito das mulheres. Uma introdução à teoria do direito feminista*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

16 Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 648.

17 Beleza, Teresa. *Direito das mulheres e igualdade social: A constituição jurídica das relações de género*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 63.

18 Feria, Teresa, “Julgar com perspetiva de género?”, *Julgar Online*, 2017, p. 12.

19 Sciammarella, Ana Paula de Oliveira/Filho, Roberto Fragale, “(Des) Constituindo género no poder judiciário”, *Exaequo*, 2015, p. 53.

tipo de argumentos utilizados²⁰; segundo, o mesmo discurso judiciário debate o conceito de género sem que este seja assistido pela sua bagagem conceptual, o que deriva para a desconstrução da matriz de género e desemboca em ideologias e valores dominantes na própria sociedade²¹. Por outro lado, é certo que as várias alterações legislativas à norma prevista do artigo 152.º do Código Penal, permitiram facilitar o trabalho à jurisprudência, mas, nem por isso, se registou a coragem de utilizar o termo *género* na disposição normativa²². Esta indiferença linguística, quer na redação da lei, quer no processo justificativo da decisão judicial, “ignora os profundos desequilíbrios de poder discursivo... em termos de hierarquias sociais...”²³.

Duarte²⁴ evidenciou a forma como o discurso dos operadores judiciais reflete a construção social diferenciada entre homens e mulheres, demonstrando como o preconceito e estereótipo pesam na valorização de factos. Também Amâncio²⁵ havia defendido que o discurso do género naturaliza questões atinentes ao sexo e à identidade sexual evidenciadas entre os sexos. Ora, refere a autora que “o género não constrói o sexo, mas é, ele próprio, um efeito de relações de poder, de acção das instituições, das práticas e dos discursos que regulam as suas formas e significados”²⁶. Neste sentido, o discurso contribui para (i) a construção de identidades, (ii) a construção de relações entre os sujeitos e (iii) a construção do conhecimento e dos sistemas de crenças²⁷.

Os comportamentos e valores dos sujeitos são atravessados pela questão do género, em particular no contexto familiar ou de intimidade onde os vínculos afetivos são especialmente fortes. Na argumentação jurídica das decisões judiciais analisadas verifica-se um alheamento da perspectiva de género e a prevalência de uma visão individualista dos sujeitos – o/a agressor/a e a vítima. Num estudo avaliativo sobre decisões judiciais de violência doméstica²⁸, refere-se a vítima como elemento central do processo decisório, à qual se atribui o padrão “ideal” de vítima indefesa, frágil e hesitante. Já o/a agressor/a é visto, também, como um sujeito de autoridade e

20 O decisor usa no seu discurso argumentativo os enunciados normativos previstos na Convenção de Istambul referindo-se, frequentemente, à violência doméstica como uma violação de valores fundamentais como é o caso da dignidade humana. Ver os seguintes casos do Supremo Tribunal de Justiça: processo n.º 88/16.2PASTS.S2, de 20 de maio de 2021, processo n.º 32/16.7TRLSB, de 28 de janeiro de 2021, processo n.º 574/16.4PBAGH.S1, de 21 de novembro de 2018 e processo n.º 172/17.5S, de 12 de julho de 2018.

21 BELEZA, Teresa, “A violência doméstica e as desigualdades de género no direito penal português”, in: *Dossier Temático sobre Violência Doméstica*, Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 2013, pp. 8-10.

22 DUARTE, Madalena, *O lugar...*, cit.

23 BELEZA, Teresa, *Mulheres, direito e crime ou a perplexidade de Cassandra*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1990, p. 379.

24 DUARTE, Madalena, *O lugar...*, cit.

25 AMÂNCIO, Lúcia, “O género no discurso das ciências sociais”, *Análise Social*, 38, 168, 2003, pp. 687-714.

26 AMÂNCIO, Lúcia, “O género...”, cit., p. 706.

27 ALBERTÍN, Pilar et. al., “Algunas propuestas psicosociales para abordar el tratamiento de la violencia hacia las mujeres en los contextos penales”, *Anuario de Psicología Jurídica*, 2009, pp. 111-123.

28 DUARTE, Madalena, et. al., “Violência Doméstica. Estudo avaliativo das decisões judiciais in: *Coleção Estudos de Género*, Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 12, 2016, p. 212.

opressor. Esta “feminilidade vitimável e masculinidade violenta” conduz, depois, à construção de uma argumentação jurídica orientada pela “sensibilidade moral” que reflete uma prática judiciária desprovida da sensibilidade de género. Neste sentido, resulta um desencontro entre o sistema decisório e as mulheres²⁹. Já Ventura³⁰ chamou a atenção da ideia do papel de “Eva tentadora” subjacente à mulher que ou provoca e manipula ou se apresenta como figura vulnerável que apela à proteção dos valores da autoridade patriarcal. Olhar para a disposição do artigo 152.º implica entender a violência doméstica como um crime de género, por afetar desproporcionalmente as mulheres. Não pode ser encarado como um delito conflitual entre dois sujeitos equiparados na mesma posição³¹. De facto, o sistema penal mostra a tendência de ocupar-se dos maus-tratos da violência doméstica como um problema de delito, distante da situação de desigualdade social entre mulheres e homens³².

A perspetiva de género, enquanto enunciado da argumentação jurídica, deve entender-se como uma proposição justificativa com o objetivo de enumerar causas desigualitárias na raiz das condutas violentas entre vítima e agressor, contribuindo para a concretização de uma maior justiça social. Sciammarella & Filho³³ referem que “A inserção do género com a pretensão de se criar uma nova categoria normativa norteadora da operacionalização do direito nos casos de violência doméstica contra a mulher ... tem o seu valor determinado. O direito passa, portanto, a operar com a categoria de género na construção das decisões”. Argumentar com perspetiva de género implica que o processo decisório considere dar visibilidade à situação de desigualdade das mulheres e esclarecer sobre a influência que as construções sociais de género têm nas relações onde se verificam maus-tratos.

3. Complexidades do processo decisório

No âmbito das decisões judiciais de violência doméstica, o processo decisório não é desprovido de complexidades argumentativas. Neste ponto, as dificuldades levantadas situam-se no campo da argumentação material. A perspetiva de género é hábil para colocar algumas problemáticas, suscitando indagações interpretativas e valorativas. Optámos por analisar os enunciados mais debatidos e controversos que evidenciam diferentes tomadas de posição, o que não significa que outras dimensões justificativas da sentença não caibam na análise da ótica do género. Pensamos ser pertinente problematizar três níveis de debate: os estereótipos de género no processo decisório; as questões de concurso entre violência doméstica e outras infrações; e a apreciação da prova. O método de análise destas complexidades baseia-se no

29 Cubells, Jenny, et. al., “El ejercicio profesional en el abordaje de la violencia de género en el ámbito jurídico-penal: un análisis psicossocial”, *Anales de psicología*, 26, 1, pp. 367-377.

30 Ventura, Isabel, “Um corpo que seja seu – podem as mulheres (não) consentir?”, *Exaequo*, 2015, pp. 75-89.

31 Sottomayor, Maria Clara, “Direitos humanos, género e igualdade”, *Seminário Julgar com perspetiva de género – entre a constitucionalidade e a igualdade*, Centro de Estudos Judiciários, 2020, pp. 25-47.

32 Schneider, Elizabeth, *Battered women and feminist lawmaking*, Yale University Press, New York, 2000.

33 Sciammarella, Ana Paula de Oliveira/FILHO, Roberto Fragale, “(Des) Constituindo...”, *cit.*, p. 55.

estudo de decisões judiciais, de tribunais superiores, de onde se retiram os enunciados de carácter material, podendo estes referir-se a enunciados empíricos, doutrinários, jurisprudenciais, interpretativos e valorativos.

3.1. Estereótipos de género no processo decisório

A utilização de estereótipos pode ser identificada no campo dos enunciados empíricos. O decisor parte de uma interpretação dos factos provados e daí retira ilações justificativas, conducentes à decisão final. Trata-se de enunciados problemáticos por implicarem processos de revitimização das mulheres, no quadro da autoridade judicial, ou o esvaziamento das condutas típicas da violência doméstica.

Num Acórdão do Tribunal da Relação do Porto³⁴, declara-se “o adultério da mulher é um gravíssimo atentado à honra e dignidade do homem” ou “foi a deslealdade e a imoralidade sexual da assistente que fez o arguido A praticar o ato de agressão”. Numa outra decisão³⁵, existe uma perceção sobre provocação que afirma o desvalor da conduta, que não é acentuado pois, “pese embora a qualidade da vítima, ocorreu provocação”, o que conduz à conclusão de que “O dolo direto não se afigura particularmente intenso também por força da provocação”. O juízo a incidir na conduta da vítima. De resto, esta apreciação também é feita no que concerne o papel da vítima e conduta do agressor. O decisor³⁶ construiu o argumento em torno da “conflitualidade” mútua entre vítima e agressor onde este proferiu expressões como “levas um murro ou um pontapé que ficas aqui estendida” ou “Podes ir embora daqui a (...) metros ainda te apanho” e onde se verificou que o arguido havia desferido “(...) um pontapé na zona baixa lombar, várias palmadas na cabeça e face e vários puxões de cabelo (...)”. As ações não foram consideradas como violência doméstica por causa da conflitualidade mútua. Surge daqui a ideia estereotipada de que um verdadeiro perfil de vítima é o que resulta de uma demonstração intensa, cruel e de domínio³⁷. Da conflitualidade mútua decorre, igualmente, a ideia de reciprocidade, a perceção de que se uma mulher retruca a violência de que é vítima, deixa de o ser. Numa decisão do Supremo Tribunal de Justiça³⁸ não se considerou como maus-tratos psíquicos expressões como “Tu és minha. Vai ser assim toda a vida e ninguém se vai arrepender. És minha”; “Vai-te foder, sua filha da puta”; “O teu dever é estares na cama sempre que eu me deitar e sempre que eu acordar. Não estás a cumprir com as tuas obrigações”.

34 Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11 de outubro de 2017, processo n.º 355/15.2GAFL.P1, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 02 de fevereiro de 2022.

35 Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 2 de outubro de 2013, processo n.º 32/13.9GBLSA.C1, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 02 de fevereiro de 2022.

36 Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 22 de novembro de 2017, processo n.º 1176/16.0PB-CBR.C1, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 03 de fevereiro de 2022.

37 Beleza, Teresa, “Anjos e monstros – a construção das relações de género no direito penal, Exaequo, 2004, pp. 29-40.

38 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de outubro de 2019, processo n.º 39/16.4TRGMR.S2, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 03 de fevereiro de 2022.

3.2. Questões de concurso entre violência doméstica e outras infrações penais

Um dos debates que tem gerado mais dificuldades é o que se refere ao entendimento do artigo 152.º do Código Penal, numa relação de especialidade e numa relação de subsidiariedade com outro tipo de infrações penais. Daqui emerge o problema de concurso real e concurso aparente, com a problematização de argumentos que se apresenta a seguir.

Os enunciados que debatem o concurso são do tipo doutrinário, normativo e interpretativo. Um enunciado doutrinário numa decisão do Tribunal da Relação do Porto³⁹ declara que “O crime de violência doméstica é uma forma especial do crime de maus tratos... está também numa relação de especialidade...” com crimes “menores” que têm uma pena inferior à moldura penal da violência doméstica. O tribunal cita Paulo Pinto de Albuquerque, referindo que “o crime de violência doméstica está numa relação de concurso aparente (subsidiariedade expressa) com os crimes de ofensas corporais graves, contra a liberdade pessoal e contra a liberdade e autodeterminação sexual que sejam puníveis com pena mais grave do que a prisão até 5 anos. Isto é, a punição por estes crimes afasta a da violência doméstica. Na mesma decisão outra visão doutrinária baseada na perspectiva de Taipa de Carvalho sustenta que a disposição normativa criou um paradoxo na medida em que na relação de subsidiariedade expressa se deve aplicar a sanção do crime mais grave tendo a lei criado uma situação “sem relevância legal-penal”, uma vez que a partir da absorção do crime de violência doméstica tudo se passará como se o crime tivesse sido cometido por um qualquer estranho. Sobre este paradoxo decide o Tribunal que “Não cabendo ao Juiz, resolver o paradoxo que o legislador assim criou de deixar “sem pena” uma série de actos, resta apenas aplicar a lei.” Já uma decisão do Tribunal da Relação de Évora⁴⁰ vê-se possível a autonomização do crime de violência doméstica de outras condutas típicas mais graves, sustentando o concurso real. O decisor construiu o argumento a partir da separação das condutas mais graves e autonomizando ações típicas da violência doméstica, defendendo aqui o concurso real. Já noutra instância⁴¹ declarou-se uma posição diferente: “Há uma tendência perigosa para integrar todas estas condutas no crime de violência doméstica quando o código penal serve tipos legais de crime muito mais apropriados para qualificar aqueles atos”.

Este tipo de enunciados interpretativos e doutrinários tornam invisíveis potenciais argumentos relativamente ao crime da violência doméstica. Sobre esta questão o Relatório do GREVIO⁴² escreve que “Isto levanta a questão de saber se a abordagem

39 Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27 de setembro de 2017, processo n.º 1342/16.9JAPRT, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 05 de fevereiro de 2022.

40 Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 1 de outubro de 2013, processo n.º 258/11.0GAOLH.E1, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 5 de fevereiro de 2022.

41 Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16 de junho de 2017, processo n.º 16/16.5GAAGD.P1, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 5 de fevereiro de 2022.

42 Grevio, *Baseline Evaluation Report*, Portugal, Council of Europe, Strasbourg, 2019, p. 11.

dos Tribunais à violência doméstica está suficientemente ligada à compreensão de tal violência em termos de género”.

Acolhemos a posição de Beleza⁴³ quando defende que o texto do artigo 152.º “está claramente pensado e foi obviamente redigido (incluindo as sucessivas alterações) tendo como alvo privilegiado as mulheres vítimas de violência por parte dos seus maridos ou companheiros, atuais ou passados”. Trata-se de uma visão suportada na técnica da “interpretação teleológica extensiva”⁴⁴ que, numa dimensão axiológica, apela ao aspeto valorativo da disposição normativa.

3.3. A apreciação da prova

O campo da apreciação da prova adota um método a partir do qual é crucial perceber a forma como o enunciado de género pode constituir mais uma ferramenta para a descoberta da verdade material. Não esquecer que a exigência com a “verdade” decorre da matriz constitucional incontornável sobre a motivação das decisões judiciais por forma a afastar formas discricionárias de decisão.

Nesta ótica é fundamental o papel do julgador que, nos termos de Taruffo⁴⁵, os agentes que “decide a matéria de facto” atuam como “narradores de histórias”. Já Carvalho⁴⁶ acrescenta que “o bom juiz é aquele que decide bem a matéria de facto e que consegue demonstrar a razão da sua decisão”. Na apreciação da prova, o enunciado de género cumpre uma função epistémica⁴⁷. Esta dimensão funcional permite identificar e dar visibilidade a vários aspetos de processo probatório sensível ao género: a valoração dos factos e a construção daqueles que são juridicamente relevantes, as regras de experiência comum, a credibilidade dos agentes, a admissão ou exclusão de provas, o peso das provas e a prova testemunhal. Estes aspetos são construídos a partir da lógica, da racionalidade e da probabilidade. Gama⁴⁸ defende que as percepções conceptuais e de regras de experiência comum são influenciadas pelas construções de género e de algum modo determinam as informações que recebemos.

Os enunciados argumentativos mostram que se encontram subjacentes as construções de género. O uso de generalizações usadas no processo racional decisório, como é o caso de aferir credibilidade testemunhal, apreciar o silêncio da vítima e do/a agressor/a quando estes optam por não prestar declarações ou o uso de regras de

43 Beleza, Teresa, Violência doméstica in: Violência doméstica e violência na intimidade, Cardoso, Rui, et. al., Centro de Estudos Judiciários, 2021, p. 12.

44 Carvalho, Taipa de, Comentário Conimbricense do código penal – parte especial, tomo I, Coimbra editora, Coimbra, 2012, §29.

45 Taruffo, Michel, “Narrativas processuais”, *Julgar*, 13, 2011, p. 122.

46 Carvalho, José Tomé de, “Breves palavras sobre a fundamentação da matéria de facto da decisão final penal no ordenamento jurídico português”, *Julgar*, 21, 2013, p. 83.

47 Ortiz, José Luiz Ramirez, “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”, *Quaestio facti*, Revista Internacional sobre razonamiento probatório, 1, 2020, pp. 201-246.

48 Gama, Raymundo, “Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico. *Quaestio facti*, Revista Internacional sobre razonamiento probatório, 1, 2020, pp. 285-298.

experiência comum, lógica e razoabilidade não tem em linha de conta que se pode deixar de fora as experiências das mulheres.

A valoração da prova ocorre muito em torno da credibilidade das declarações prestadas pelos vários intervenientes processuais, mas esperando da vítima um comportamento concreto. Numa decisão⁴⁹ fundamenta-se que a vítima prestou declarações que se “mostraram sinceras, espontâneas, sendo pautadas por coerência, clareza e assertividade”. Acrescenta-se à técnica o critério de corroboração através das declarações de outras testemunhas. Também é possível destringir que a apreciação considera conveniente determinar o contexto de “tensão, conflitualidade e violência através de meios técnicos (perícias) que sirvam de sustentação ao apuramento cabal da verdade material”⁵⁰.

Um outro aspeto a considerar são as regras de experiência comum. Num Acórdão da Relação de Évora, de 1 de outubro de 2013, processo n.º 258/11.0GAOLH.E1, declara-se que “o juízo valorativo do tribunal tanto pode assentar em prova directa do facto, como em prova indiciária da qual se infere o facto provando... face à credibilidade que a prova lhe mereça e as circunstâncias do caso...”. Acrescenta que a prova indiciária pode ser suficiente para a formação da convicção e que a prova testemunhal pode ser objeto de deduções e induções mediante as regras de experiência comum. O fundamento deste raciocínio vem a ser suportado pelo argumento das presunções que a lei permite formular através de “um facto conhecido para firmar um facto desconhecido (artigo 351.º do Código Civil).

Em que medida podem estas questões ser analisadas através de um enunciado de género? Desde logo, em situações em que a vítima não pretende falar ou sente a “pressão para a colaboração das vítimas e a sua possível instrumentalização pelo sistema de justiça”⁵¹. Para aferir a credibilidade dos factos deve ampliar-se a apreciação a todas as circunstâncias descritivas do caso. Neste particular ganha relevância todo o mecanismo investigatório. Também pode acontecer que a vítima seja a única a prestar declarações. Na já mencionada decisão do Tribunal da Relação de Évora determinou-se que nada obsta a que os factos da acusação fiquem demonstrados exclusivamente das declarações da vítima.

Na formação da convicção sobre os factos ocorridos a perspetiva de género exige que se estabeleça uma conexão entre as condutas praticadas. Esta lógica de conexão é exigível por duas razões: em primeiro lugar, os atos praticados no âmbito do crime de violência doméstica acontecem, frequentemente, ao longo de um período de tempo, numa escalada crescente de violência que nem sempre tem testemunhas; em segundo lugar, as vítimas, quando confrontadas com o sistema de justiça sentem

49 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21 de fevereiro de 2018, processo n.º 16/1PTLSB-L1-3, disponível em www.dsi.pt, consultado em 7 de fevereiro de 2022.

50 Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 29 de fevereiro de 2012, processo n.º 368/09.3PQPRT.P1, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 7 de fevereiro de 2022.

51 Gomes, Conceição, et. al., *Violência doméstica. Estudo avaliativo das decisões judiciais*, Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 2016, p. 165.

medo, vergonha, desconfiança, desconhecimento sobre atos judiciais e procedimentos, o que as pode levar à desistência do processo ou a revelar resistências ou imprecisões nas suas narrativas. É preciso perceber, na prática judicial, que a visão excessivamente formalista encerra o risco “de uma exaltação de tecnicismos jurídicos para emboscar juízos de valor”⁵². Não quer dizer que se ignorem os aspetos formais, quer dizer que deve ter peso o aspeto valorativo das circunstâncias apuradas em que é possível aferir “conhecimento do mundo num outro”⁵³.

Assim, na ótica de um enunciado de género deve estar subjacente a conexão de condutas praticadas, retirando a pressão sobre a vítima quanto ao comportamento que se espera que venha a desempenhar no quadro desta complexidade. Neste sentido, o acórdão da Relação de Lisboa, de 6 de junho de 2001, processo n.º 34263, declara que “a criminalização das condutas inseridas na chamada “violência doméstica” (...) resulta da progressiva consciencialização da sua gravidade individual e social, sendo imperioso prevenir as condutas de quem, a coberto de uma pretensa impunidade resultante da ausência de testemunhas presenciais”. O sistema de prova deve admitir toda a prova materialmente relevante e nestes termos o enunciado de género serve de ferramenta metodológica que usa a técnica do juízo valorativo para o apuramento da verdade.

4. O género como enunciado argumentativo da decisão judicial

A adoção da perspetiva de género, na decisão judicial implica que o argumento seja construído em torno das premissas factuais e premissas normativas. Também significa que o facto de o direito utilizar uma linguagem neutra, com recurso a termos como “aquele”, “quem”, “agente”, “indivíduo”, “cônjuge”, não torna a própria realidade neutra. Para alcançar o presente objetivo segue-se a metodologia do argumento interpretativo.

Quanto às premissas fácticas, a perspetiva de género, atribui significados às condutas praticadas e aos efeitos que daí derivam. No que respeita às premissas normativas considera-se que, da sua aparente neutralidade, é possível determinar, através do seu elemento teleológico, argumentos interpretativos com perspetiva de género. Considerá-la na decisão judicial implica entender as dinâmicas de discurso entre tais categorias. Neste aspeto, Dworkin⁵⁴ esclarece que “Os juristas utilizam proposições jurídicas para descrever ou declarar certas relações, em especial de direitos e deveres, dentro da instituição do direito e quando discordam sobre estas relações discutem a sua validade”.

52 Abellán, Marina Gascón, “Estandáres de prueba y motivación”, In: *Argumentación jurídica*, ABELLÁN, Marina Gascón, Tirant lo Blanch, Madrid, 2014, p. 452.

53 Abellán, Marina Gascón, “Estandáres...”, *cit.*, p. 373.

54 Dworkin, Ronald, *La filosofía del derecho*, 2ª edição, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 14-15.

Julgar com perspectiva de género conduz à construção sequencial de um argumento sustentado por enunciados empíricos, normativos, jurisprudenciais, doutrinários, interpretativos e valorativos. O ato de argumentar não pode ser dissociado do ato de interpretar. De acordo com MacCormick⁵⁵, a aplicação do direito exige a interpretação numa perspectiva *latu sensu* e *strictu sensu*. Na primeira verifica-se o imediato sentido e apreensão do significado das coisas. Na segunda ocorre a formação de uma convicção no sentido de perceber/esclarecer alguma dúvida por forma a encontrar o sentido que é mais adequado e razoável ao contexto onde são aduzidas razões favoráveis ou contra uma situação. A partir da fundamentação da sentença é possível identificar enunciados favoráveis e contra a perspectiva de género.

Naquelas que são a favor, encontramos sobretudo argumentos do tipo linguístico e sistémico. São descritas razões baseadas na desproporcionalidade da violência praticada contra a mulher, o que invoca o respeito pelos princípios da dignidade humana, integridade pessoal, o livre desenvolvimento da personalidade e a autodeterminação sexual. Por outro lado, também é possível evidenciar razões que sublinham a posição de desigualdade da mulher na sociedade esclarecendo que na raiz da violência perpetrada contra a mulher estão relações hierarquizadas de poder.

O ato de uma interpretação sensível ao género é fundamental. Veja-se a decisão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de julho de 2018, processo n.º 172/17.557LSB. L1.S1, que declara ser imprescindível “efetuar uma interpretação da conceptualização de maus-tratos físicos e psíquicos (...) à luz dos normativos da Convenção do Conselho da Europa, de Istambul” realçando nessa conceptualização de maus tratos físicos e psíquicos um fio condutor de “afirmação de um poder sobre a vida.”. Numa outra decisão, da mesma instância⁵⁶, afirma-se “a violência doméstica, sobretudo quanto a mulheres, é um crime que teima em persistir na nossa sociedade, afetando a dignidade e a integridade das vítimas, constituindo uma clara manifestação da desigualdade histórica das relações de poder entre sexos, que conduziram à dominação sobre as mulheres, e à discriminação contra as mulheres, por parte dos homens...”. Ainda noutro aresto⁵⁷, argumenta-se que “(...) o crime de violência doméstica revelou a preocupação do legislador erradicar um tipo de violência que resulta “de uma mentalidade patriarcal... e que até há pouco tempo não merecia uma censura social correspondente à sua danosidade e à sua reprovabilidade”. Se estas são visões favoráveis ao género, também, existem as que se enunciam contra (ou pelo menos céticas) essa categoria. No Tribunal da Relação de Lisboa⁵⁸ a categoria de género é vista deste modo: “O crime de violência doméstica deve ser encarado como violação dos direitos humanos e sobre o “estado” dos direitos das vítimas, independentemente do género” sustentando que os homens também são vítimas de violência doméstica,

55 MacCormick, Neil, *A theory of legal reasoning*, Oxford, 2005.

56 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de março de 2021, processo n.º 140/19.2GCPBL. C1S1, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 8 de fevereiro de 2022.

57 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de novembro de 2018, processo n.º 574/16.4PBAGH. S1, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 8 de fevereiro de 2022.

58 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21 de março de 2019, processo n.º 974/16.0PEOER. L1-9, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 8 de fevereiro de 2022.

mas não o denunciam por vergonha. A categoria de género não pode ser ignorada no sentido de atribuir um desvalor que a violência tem na vida das mulheres, reclamando-se que o homem também é vítima do mesmo tipo de violência.

Pelo exposto, entendemos que o enunciado de género consiste no ato de interpretar, qualificar e determinar o âmbito de aplicação de disposições normativas de modo a considerar as situações estruturais em que as mulheres se encontram, tendo em conta no processo justificativo as construções sociais e culturais que as mantêm em posição de desigualdade. O ato de argumentar terá de considerar os contextos desfavoráveis, de vulnerabilidade, de relações de poder desequilibradas, de desigualdades sistémicas, tendentes à discriminação das mulheres.

No ato de interpretação das premissas fácticas o enunciado de género considera a multiplicidade de comportamentos que configuram maus-tratos físicos e psíquicos, podendo estar subjacentes condutas de domínio e poder, mas também subtilezas conducentes à discriminação e opressão da vítima. Nas manifestações subtis das alegadas “agressões menores”, os termos insultuosos “puta, vaca e porca”⁵⁹ não encontram, no contexto social, paralelo em epítetos dirigidos ao homem e, ainda que existam na linguística do calão, tais expressões têm uma repercussão social mais impactante na mulher uma vez que a colocam numa posição humilhante, pretendendo aviltar a sua qualidade específica de mulher. É neste aspeto específico que ganha visibilidade o aspeto valorativo oferecido pela perspetiva de género.

Das premissas normativas resulta a interpretação do elemento teleológico. Os enunciados normativos sublinham a importância da dimensão sistémica e axiológica da norma do artigo 152.º do Código Penal, ao fixar uma extensão da proteção do bem jurídico aos princípios constitucionais dignidade humana, do livre desenvolvimento da personalidade, da liberdade e autodeterminação sexual, do respeito pela integridade física e psíquica e da igualdade e não discriminação. Outras questões emergem no que concerne ao conceito de intensidade, frequentemente aludido para a qualificação das chamadas condutas “menores” derivadas da prática de uma única ação. Resta saber se a lógica racional se compadece com a ideia de maus-tratos/agressões “leves” no âmbito de uma especial relação. É que a aplicação da norma deve considerar se houve uma violação direta ou indireta aos princípios consignados na norma constitucional. O enunciado de género exige a interpretação do elemento teleológico da norma respeitando os parâmetros de construção da racionalidade lógica onde se observa a justificação interna com o silogismo subsuntivo, mas também a justificação externa que, de acordo com a técnica interpretativa, esclarece sobre as circunstâncias fácticas e normativas.

59 No caso 33234/07 (2013), Valiuliéne vs Lithuania, TEDH, o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque fundamenta as razões pelas quais não se podem deixar de considerar como elementos típicos do crime as condutas de violência menores. Desconsiderar factos “leves” ou injúrias “menores” é desvirtuar a inerente humilhação que subjaz ao crime de violência doméstica.

Conclusão

Concluimos como iniciámos, com palavras de Holmes⁶⁰: “não podemos todos ser Descartes ou Kant mas todos queremos felicidade...os aspetos mais remotos e gerais do direito são aqueles que lhe conferem interesse universal”. Na análise feita aos enunciados das decisões judiciais foi possível constatar que, ainda, se verificam demasiadas resistências à consideração da perspetiva de género, enquanto ferramenta metodológica da justificação da sentença, estando distante dessa ideia de universalidade, que lhe subjaz de forma inerente.

Foi possível demonstrar que, apesar das reivindicações do feminismo jurídico e da necessidade de uma fundamentação isenta de pré conceções sobre os papéis entre mulheres e homens, na sociedade o sistema judicial continua a reproduzir discursos genderizados através da aplicação da lei. O contexto da violência doméstica nas relações de intimidade é campo onde têm eco ideias estereotipadas e preconceituosas que impactam desde a qualificação de condutas típicas, passando pelo concurso de infrações até à apreciação da prova. Verifica-se uma técnica excessivamente formalista e presa a conceitos de grande tecnicidade mas com uma lacuna significativa na consideração de aspetos valorativos da argumentação material que não podem deixar de ser ponderados quando estamos perante o crime de violência doméstica, um verdadeiro crime de violência de género.

Os aspetos favoráveis ao enunciado de género que subtraímos das decisões judiciais mostram que o caminho é possível. Por isso, parece fundamental defender o género como um enunciado argumentativo da decisão judicial, construído a partir da ideia *gender sensitive interpretation* e considerando as desigualdades factuais entre mulheres e homens. A perspetiva sobre o enunciado de género é uma ferramenta indispensável para um movimento de cultura jurídica que tem de ser capaz de olhar para as circunstâncias que afetam as mulheres de forma desproporcional. Não se trata de uma estratégia ideológica, aplicada à decisão judicial, mas de uma técnica movida por parâmetros de racionalidade. Não se trata de um discurso *mainstream* com boas intenções, mas de um caminho de mais e melhor justiça para todos/todas.

Bibliografia

Abellán, Marina Gascón, “Estandáres de prueba y motivación”, In: *Argumentación jurídica*, Abellán, Marina Gascón, Tirant lo Blanch, Madrid, 2014, pp. 427-455.

Albertin, Pilar et. al., “Algunas propuestas psicosociales para abordar el tratamiento de la violencia hacia las mujeres en los contextos penales”, *Anuario de Psicología Jurídica*, 2009, pp. 111-123.

60 Holmes, Oliver Wendell, *The path...* cit.

Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.^a edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 648.

Amâncio, Lígia, “O género no discurso das ciências sociais”, *Análise Social*, 38, 168, 2003, pp. 687-714.

Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2013, pp. 599-600.

Bartlett, Katharine, “Feminist legal methods”, *Harvard Law Review*, 103, 4, 1990, pp. 829-888.

Beleza, Teresa, *Mulheres, direito e crime ou a perplexidade de Cassandra*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1990, p. 379.

Beleza, Teresa, “Antígona no reino de creonte. O impacto dos estudos feministas no direito”, *Exaequo*, 6, 2002, pp. 77-89.

Beleza, Teresa, “Anjos e monstros – a construção das relações de género no direito penal”, *Exaequo*, 2004, pp. 29-40.

Beleza, Teresa. *Direito das mulheres e igualdade social: A constituição jurídica das relações de género*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 63.

Beleza, Teresa, “A violência doméstica e as desigualdades de género no direito penal português”, in: *Dossier Temático sobre Violência Doméstica*, Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 2013, pp. 8-10.

Beleza, Teresa, Violência doméstica in: *Violência doméstica e violência na intimidade*, Cardoso, Rui, et. al., Centro de Estudos Judiciários, 2021, pp. 11-18.

Carvalho, José Tomé de, “Breves palavras sobre a fundamentação da matéria de facto da decisão final penal no ordenamento jurídico português”, *Julgar*, 21, 2013, pp. 75-87.

Carvalho, Taipa de, *Comentário Conimbricense do código penal – parte especial*, tomo I, Coimbra editora, Coimbra, 2012, §29.

Crawford, Bridget, et.al., “Feminist judging matters: Feminist theory and methods”, *University of Baltimore Law Review*, 2018, pp. 167-197.

Cubells, Jenny, et. al., “El ejercicio profesional en el abordaje de la violencia de género en el ámbito jurídico-penal: un análisis psicossocial”, *Anales de psicología*, 26, 1, pp. 367-377.

Dahl, Tove Stang, *O direito das mulheres. Uma introdução à teoria do direito feminista*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

Duarte, Madalena, “O lugar do direito na violência contra as mulheres nas relações de intimidade”, *Revista Género e Direito*, 2013, pp. 25-45.

Duarte, Madalena, et. al., “Violência Doméstica. Estudo avaliativo das decisões judiciais in: *Coleção Estudos de Género*, Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 12, 2016, p. 212.

Dworkin, Ronald, *La filosofía del derecho*, 2.^a edição, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 14-15.

Feria, Teresa, “Julgar com perspectiva de género?”, *Julgar Online*, 2017, pp. 1-13.

Gama, Raymundo, “Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico. *Quaestio facti*, Revista Internacional sobre razonamiento probatório, 1, 2020, pp. 285-298.

Gomes, Conceição, et. al., Violência doméstica. Estudo avaliativo das decisões judiciais, Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 2016, p. 165.

Grevis, *Baseline Evaluation Report, Portugal*, Council of Europe, Strasbourg, 2019, p. 11.

Holmes, Oliver Wendell, “The path of law”, *Harvard Law Review*, 1987, pp. 1-20.

Laurrari, Elena, *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007.

Lousada, Isabel Cruz, “Vozes e ecos de sufragistas britânicas em Portugal”, *Gaudim Sciendi*, 8, 2015, pp. 122-143.

Maccormick, Neil, *A theory of legal reasoning*, Oxford, 2005.

Mackinnon, Catharine, “Feminism, marxism, method and the State: towards a feminist jurisprudence”, *Signs*, 8 (4), pp. 635-658.

Ortiz, José Luiz Ramirez, “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”, *Quaestio facti*, Revista Internacional sobre razonamiento probatório, 1, 2020, pp. 201-246.

Schneider, Elizabeth, *Battered women and feminist lawmaking*, Yale University Press, New York, 2000.

Sciammarella, Ana Paula de Oliveira/FILHO, Roberto Fragale, “(Des) Constituindo género no poder judiciário”, *Exaequo*, 2015, pp. 45-60.

Smart, Carol, *Feminism and the power of law*, Routledge, London, 1989, p. 5.

Sottomayor, Maria Clara, “Direitos humanos, género e igualdade”, *Seminário Julgar com perspectiva de género – entre a constitucionalidade e a igualdade*, Centro de Estudos Judiciários, 2020, pp. 25-47.

Taruffo, Michel, “Narrativas processuais”, *Julgar*, 13, 2011, pp. 111-153.

Ventura, Isabel, “Um corpo que seja seu – podem as mulheres (não) consentir?”, *Exaequo*, 2015, pp. 75-89.

Ventura, Isabel, *Medusa no palácio da justiça ou uma história da violação*, Tinta da China, Lisboa, 2018, p. 76.

La justicia apoyada por la tecnología: una guía para el respecto al debido proceso en tiempos de COVID

Juan Vicente Guaño Costales¹

Sumario: 1. Introducción. 2. El filamento entre el Derecho y la tecnología 3. Una circunstancia inesperada: el apareamiento de la pandemia. 4. El derecho al debido proceso como elemento trascendental en la administración de justicia. 5. La digitalización de los procesos. 6. La tecnología y la justicia: el engranaje esperado. Bibliografía.

Resumen: Este trabajo ofrece una visión amplia referente al apoyo que ha proporcionado la tecnología al área del derecho, se hace un especial énfasis en los medios tecnológicos como herramientas para el desarrollo de la actividad judicial. Con la pandemia provocada por el COVID 19, se presentaron nuevos retos para la justicia, que son abordados y descritos tomando en consideración el contexto internacional, apreciándose la versatilidad de las personas para acoplarse y superar tecnológicamente aquellos desafíos. Se aborda la importancia que tiene el debido proceso en la tramitación de las causas, como un elemento trascendental para que se sustancien de forma adecuada los procesos judiciales, por lo que, también se analizan las condenas impuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Ecuador, al considerar que se ha vulnerado este derecho. Propongo dos aspectos innovadores dirigidos a transformar la justicia, que contemplan alcanzar una mayor sintonía entre el derecho y la tecnología, de modo que se eliminen ciertos errores judiciales o arbitrariedades cometidas por el juzgador y de esta forma la vulneración del derecho al debido proceso.

Palabras clave: Inteligencia artificial; debido proceso; acceso a la justicia.

Summary: 1. Introduction. 2. The filament between Law and technology 3. An unexpected circumstance: the emergence of the pandemic. 4. The right to due process as a transcendental element in the administration of justice. 5. The digitalization of the processes. 6. Technology and justice: the expected interplay. Bibliography.

Abstract: This work offers a broad vision of the support that technology has provided to the area of law, with special emphasis on technology as a tool for the development of judicial activity. With the pandemic caused by COVID-19, new challenges for justice were presented, which are addressed and described taking into consideration the international context, ap-

¹ Docente, investigador, doctorando por la Universidad de Salamanca y Fiscal en Ecuador. Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales, Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, Diplomado Superior en Derecho Constitucional por la Universidad Central del Ecuador, Magister en Derecho con mención en Derecho Internacional Económico por la Universidad Andina Simón Bolívar (Sede Ecuador) y Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador.

preciating the versatility of people to adapt and overcome those challenges technologically. The importance of due process in the processing of cases is addressed, as a transcendental element for the proper substantiation of judicial processes, and therefore, the sentences imposed by the Inter-American Court of Human Rights against Ecuador, considering that this right has been violated, are also analyzed. I propose two innovative aspects aimed at transforming justice, which contemplate achieving greater harmony between law and technology, so as to eliminate certain judicial errors or arbitrariness committed by the judge and thus the violation of the right to due process.

Keywords: Artificial Intelligence; Due Process of Law; Access to Justice.

1. Introducción

La tecnología se ha convertido en un elemento determinante para el desarrollo de la mayoría de las actividades que realiza el ser humano. En este estudio, me centro en el análisis del uso de la tecnología, como herramienta para el desarrollo de la actividad de los operadores de justicia, aunque dejo por el momento de lado –hasta desarrollar una nueva investigación académica–, un tema muy apasionante como es la automatización de la labor judicial entendida como herramienta que permita el raciocinio jurídico algorítmico en las decisiones judiciales.

Cuando aparece la pandemia provocada por el COVID 19, se paralizaron la mayoría de las actividades que realizábamos, sin ser la excepción las actividades inherentes a la justicia, por lo que se analiza lo ocurrido alrededor del mundo, principalmente con la suspensión de los términos y plazos en la sustanciación de los procesos judiciales con sus conocidas consecuencias.

El siguiente eje en la investigación, aborda la importancia del derecho al debido proceso en la tramitación de las causas, como un elemento indispensable para que se sustancien de forma adecuada los procesos judiciales, por lo que, en caso de la vulneración de este derecho, se analiza a la luz de las demandas internacionales interpuestas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Ecuador, las condenas impuestas al estado y su consecuente obligación de reparar a las víctimas, de esta forma, se resalta la importancia de que las autoridades desplieguen esfuerzos palpables, para combatir esas vulneraciones, buscando que prevalezcan los derechos de los seres humanos y evitar que el estado incurra en responsabilidades.

En el ámbito de la cooperación internacional, se han generado varios encuentros internacionales entre autoridades que manejan la justicia en sus respectivos países dentro del ámbito Iberoamericano, en los que el Ecuador ha participado, donde ya se aprecia la importancia del uso de las tecnologías en la labor judicial, exponiéndose los avances en ese sentido y el camino que se han tomado para la mejora de la justicia en la región.

La tecnología creada desde la empresa privada, jugó un papel importante en tiempos de pandemia, aplicaciones como WhatsApp, Zoom o Twitter, fueron un apoyo importante en el desarrollo de las actividades judiciales, destacándose de las experiencias en Latinoamérica, el ingenio de los funcionarios en el empleo de aquellas aplicaciones para suplir las necesidades y cumplir con su trabajo, incluso a su costo, quedando en nuestra mente la idea de que la tecnología desarrollada privadamente con otros fines, logró imponerse por encima de la arcaica tecnología generada por las entidades públicas.

Finalmente, en este modesto aporte académico, se proponen varias ideas mediante las cuales se puede transformar la justicia, alcanzando una sintonía armónica con una misma vibración, entre el derecho y la tecnología, pensando siempre en la innovación,

con el objetivo específico de eliminar los errores judiciales o arbitrariedades, que han vulnerado el derecho al debido proceso y le han costado al Estado.

2. El filamento que vincula el derecho y la tecnología

para iniciar esta ponencia voy a poner sobre el tapete algo en lo que debemos tomar conciencia. No podemos pasar por alto que la tecnología se está involucrando profundamente en todas las áreas y saberes del ser humano, tomemos en consideración, por ejemplo, que la tecnología ha facilitado muchas de las actividades realizadas por las personas, ahora contamos con ordenadores que facilitan las tareas tanto de ingenieros, como de arquitectos, incluso de médicos, quienes pueden realizar intervenciones quirúrgicas con mayor precisión y mejores resultados, por mencionar un ejemplo palpable. Bajo esta perspectiva, no podemos pasar por alto que en las actividades entorno al derecho, también contamos con la ayuda de la tecnología, observando así, que a cada momento se están convirtiendo estas herramientas tecnológicas en indispensables para desarrollar distintas actividades. Ahora como abogados, ya no nos vemos sin un ordenador para realizar nuestros requerimientos para la justicia y mucho menos la administración de justicia funcionar sin un ordenador.

De esta forma podemos encontrar Incluso ramas del derecho que hacen referencia y regulan las relaciones entre personas en las que se ve involucrada la tecnología, fruto de ello es el surgimiento del derecho informático como una rama. Pero en este análisis pretendo ir más allá, por lo que, en primera instancia, hago una separación de dos circunstancias entorno a un tema muy amplio que va ganando rápidamente terreno en el debate jurídico contemporáneo², tema al que se le ha denominado la “*automatización del derecho*” en este sentido puedo diferenciar, al menos temporalmente, dos áreas del mismo:

La primera que es la automatización del derecho como herramienta para la labor judicial que permite organizar y prestar las condiciones a los operadores de justicia en su labor equiparable a los instrumentos que emplea cualquier otro profesional.

La segunda, como una automatización profunda mediante herramientas que permitirán el raciocinio jurídico algorítmico en la adopción de las decisiones judiciales.

En torno a la segunda área enunciada, no me referiré profundamente en este artículo, ya que conlleva muchos parámetros que son muy interesantes para analizar y que son muy amplios, los mismos que me llevaría mucho tiempo abordarlos y que no cabe ya que no es el tema central de esta ponencia, pero solo quisiera mencionar entorno a aquello, la existencia de criterios que promueven fuertemente la irremplazabilidad del ser humano en muchas actividades, mientras que, por otra parte, la antítesis en la que se muestran principalmente muchos tecnólogos, que promulgan que en muchísimas actividades, -más de las que nos imaginemos- se puede suplir a

2 Es importante revisar la visión sobre la inteligencia artificial aplicada al derecho. Cotino Hueso, Lorenzo, "Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales", *Dilemata*, núm. 24, 2017, pp. 132-133.

la persona únicamente utilizando ordenadores potentes con un software que hayan sido diseñados con algoritmos muy complejos, que den la solución a los problemas que se le planteen, algo similar a lo que ocurre cuando realizamos una operación matemática en una calculadora de bolsillo; de tal forma que, se disminuirían los errores tal como han ocurrido en muchas actividades que antes las realizaba el ser humano.

En lo que sí nos centraremos en este estudio, es en la automatización del derecho correspondiente a las herramientas destinadas como apoyo para el profesional del derecho, sea este funcionario público o abogado litigante, por lo que, dentro de esta categoría identificaré en particular las herramientas que sirven para la administración de justicia, al proporcionar un orden el desarrollo del proceso en general y que partiendo de aquello, lo que busca es eliminar cualquier tipo de vulneración al debido proceso en la tramitación de las causas, circunstancia esta que ha sido identificada como un problema grave ya que muchos estados han sido demandados internacionalmente por este irrespeto al debido proceso.

Es por todo esto que el hilo conductual que vincula al derecho con la tecnología, se vuelve -como veremos más adelante- en un aspecto fascinante de abordar por cuanto aporta al respeto a los derechos fundamentales del ser humano.

3. Una circunstancia inesperada: el aparecimiento de la pandemia

haré una breve referencia a las circunstancias en la que nos encontrábamos, antes de la pandemia provocada por el COVID19, desde la realidad del Ecuador, que es el país en el que me encuentro. A pesar de los esfuerzos por tecnificar a la justicia, es decir adoptar las herramientas tecnológicas necesarias para el desarrollo de las actividades inherentes a la administración de justicia, considero en lo personal que lamentablemente no estuvimos totalmente preparados para este desafío que nos puso la vida en el pasado año 2020. Pongo esto de manifiesto ya que de un momento al otro se produjo el confinamiento a finales del primer trimestre del tristemente recordado 2020, en algunos países antes como fue el caso de: China³, Italia⁴ y España⁵ iniciaron con esta medida, y en otros países como Colombia⁶, Perú⁷ y Ecuador⁸,

3 Sitio Web: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-53042545> (fecha de consulta: 24 de marzo de 2021).

4 Sitio Web: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52229326> (fecha de consulta: 24 de marzo de 2021).

5 Sitio Web: <https://elpais.com/espana/2020-03-13/que-es-y-que-permite-el-estado-de-alarma.html> (fecha de consulta: 24 de marzo de 2021).

6 Sitio Web: <https://www.elespectador.com/coronavirus/cuarentena-total-en-colombia-por-coronavirus-declara-el-presidente-duque-articulo-910489/> (fecha de consulta :24 de marzo de 2021)

7 Sitio Web: <https://www.dw.com/es/per%C3%BA-decreta-estado-de-emergencia/a-52788395> (fecha de consulta: 24 de marzo de 2021).

8 <https://www.france24.com/es/20200317-ecuador-declara-estado-de-excepci%C3%B3n-y-toque-de-queda-por-coronavirus> (fecha de consulta: 24 de marzo de 2021).

etc., que la hicieron luego de poco tiempo, cuando a todos de un momento a otro, nos dispusieron permanecer en casa, es decir, no salir más que a realizar actividades estrictamente indispensables, por lo que las autoridades se vieron en la obligación de buscar alternativas con la finalidad de que algunas actividades, al menos las necesarias, se mantengan aun operando en la medida de lo posible, procurando algo de regularidad en ese momento tan particular y distinto a lo que nuestra memoria podría recordar haber vivido.

En ese contexto, todos los ciudadanos en el mundo nos vimos volcados a poner especial atención a todas las noticias que se transmitían a cada instante, gracias a los medios de comunicación, principalmente por la televisión de señal abierta, en cada una de las localidades y también, por los medios informáticos como es el internet respecto de las noticias globales. Fuimos testigos como cada uno de los países iban adoptando decisiones entorno a la seguridad de sus ciudadanos y de esta forma no colapsar los servicios públicos como salud, educación, justicia, etc., de tal manera que, muchas acciones que se ejecutaban en determinados países, vista su efectividad, eran replicadas en otros países incluso al otro lado del mundo.

Es así que las autoridades del Poder Judicial en muchos países frente a esta circunstancia, lo que primero dispusieron fue suspender los plazos de los juicios⁹, al menos en una buena parte de los procesos judiciales, lo que dio un respiro tanto a los administradores de justicia como a las personas que se encontraban en litigios judiciales, ya que estaba de por medio el tiempo dentro del cual debería cumplirse y que bajo las circunstancias de ese momento, era imposible realizar las acciones necesarias, como por ejemplo presentar pruebas o simplemente conseguirlas.

Por otra parte, también se generaron problemas e inconvenientes principalmente en materia penal, ya que las personas continuaban delinquirando y era muy difícil procesarlas. Recordemos que cuando una persona es procesada penalmente en delito flagrante, es necesario disponer la ejecución de ciertas diligencias que son necesarias para obtener los medios probatorios que posteriormente sirvan como fundamento para una eventual sentencia condenatoria. Pero qué ocurre si las instituciones auxiliares del sistema de justicia no están operativas, es decir sus funcionarios no están trabajando normalmente o lo hacen con grandes restricciones, pues nos encontramos ante una situación muy seria, que provocaría que el sistema de Justicia no pueda seguir avanzando y colapsaría.

Por un lado, tenemos juicios que inician y se detienen por la pandemia; y, por otro lado, tenemos normas que establecen los plazos dentro de los cuales deben desarrollarse dichos procesos, e incluso normas mucho más rígidas, como aquellas que contemplan el tiempo máximo para que una persona puede encontrarse privada de

9 En Ecuador, la Corte Nacional de Justicia emite la resolución No. 04-2020 de 16 de marzo de 2020, en la que en el artículo 1 establece que "En las judicaturas en las que se encuentra suspendida la atención al público en virtud de la Resolución No. 028-2020 del Pleno del Consejo de la Judicatura, a partir del lunes 16 de marzo del 2020 y mientras dure el estado de emergencia sanitaria, quedan suspendidos los plazos o términos previstos en la Ley para los procesos judiciales. Dicha suspensión no aplicará a los casos de infracciones flagrantes".

libertad, bajo pena de destitución del servidor judicial que tramita su causa, hasta llegar incluso a habilitar la posibilidad de plantear demandas en contra del estado y requerir fuertes indemnizaciones. Es así que, en el debate jurídico, se reflexionaba, evidentemente, sobre lo que ocurriría con aquellos procesos judiciales. Se generó, de esta forma, un atolladero en cuanto a la tramitación de los procesos, mientras duraba el confinamiento y se abre la posibilidad de gestionar las causas por medio de los sistemas informáticos, que es lo que posteriormente ocurrió.

4. El derecho al debido proceso como elemento trascendental en la administración de justicia

Por ser este tema conocido, estimo tratar brevemente el derecho al debido proceso abordándolo desde su transcendencia en la administración de justicia, con la finalidad de avanzar al centro mismo de la temática planteada. El derecho al debido proceso en una visión amplia, podemos ubicarlo dentro de una perspectiva en la que se desprende de un derecho mucho más vasto, como es el derecho a la tutela judicial efectiva, que como lo refiere Carrasco Durán es “la actividad de los órganos judiciales encaminada a la salvaguardia de los derechos e intereses subjetivos amparados por el ordenamiento jurídico”¹⁰. Al concebir el derecho a la tutela judicial efectiva como un macro derecho, entendemos que abarca dentro de sí muchos otros, de tal forma que, resulta muy necesario mencionar algunos de estos derechos que la conforman, como son: el derecho de las personas a acceder a los órganos judiciales, el derecho a que se resuelva su conflicto, el derecho a que estos órganos judiciales conozcan sus argumentos, analicen sus pruebas y resuelvan de forma congruente de acuerdo a los argumentos planteados en el conflicto, así también, es necesario mencionar el derecho a recurrir del fallo; y además que, todo esto se desarrolle conforme a leyes y reglas previamente establecidas, que fijan el entorno dentro del cual se desarrollan los procesos judiciales y que deben ser respetados por las partes que se someten a la justicia. Aspectos estos que han sido establecidos no solo en la mayoría de las constituciones, sino también en documentos internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica de 1969.

Refiriéndonos a lo que es el derecho al debido proceso, es necesario destacar un elemento muy importante, el cual es entender que un proceso judicial se debe tramitar de forma coherente, tanto es así que, existen normas previamente establecidas por el legislador dentro de cada país, las mismas que regulan el procedimiento a seguirse.

En las leyes procesales se regulan varios aspectos, como de manera ejemplificativa puedo mencionar: el tiempo y la forma para el ingreso de una demanda o denuncia, el tiempo y la forma que tiene el demandado o denunciado para contestar la denuncia o demanda, el tiempo y la forma que tiene el juzgador para notificar, el tiempo y la forma que tienen las partes procesales para presentar pruebas, y como último ejemplo, el tiempo y la forma que el juzgador dispone para resolver.

10 Carrasco Durán, Manuel, “La definición constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva”, *Revista de Derecho Político*, núm. 207, 2020.

Todos estos aspectos son netamente procesales, pero debemos estar claros qué justamente son las reglas o los parámetros dentro de los cuales, se va a desenvolver el conflicto judicial, dicho de otra forma con el objetivo de ser mucho más didáctico, me atrevo a compararlo con lo que ocurre con juegos de competencia que se rigen por reglas, las mismas que justamente son las que los jugadores deben comprender y deben aplicarlas en su actuar, de tal manera que, dan su mejor esfuerzo pegados a dichas reglas con la finalidad de prevalecer ante su oponente y alcanzar el objetivo final que es ganar el juego, en las mismas condiciones que su contendiente.

Esta analogía trasladada a la situación práctica de un esquema judicial, tendríamos que las reglas de los juegos son justamente las normas procesales, los jugadores son las partes procesales, y finalmente, el árbitro es el juez que hace respetar las leyes las aplica y es quien al final, en base de todo lo aportado por las partes puede determinar quién es el ganador de la contienda.

Pero pensemos por un momento, que es lo que ocurriría si tenemos las reglas del juego y que alguno de los jugadores irrespete, y que, de igual forma, el árbitro tampoco las hace respetar, estaríamos frente a un desorden, un caos que va a conllevar que se pierda también la confianza en las decisiones del árbitro, las que vayan perdiendo fuerza, tomando en cuenta que esa omisión pudo favorecer a una de las partes. En un proceso judicial puede ocurrir exactamente lo mismo, por ello se considera sumamente importante que existan aquellas normas que establezcan formalidades esenciales en el procedimiento.

Dada la importancia del debido proceso por cuanto constituye las reglas básicas para un proceso judicial claro transparente e imparcial, dirigidas a evitar que se pueda cometer cualquier tipo de arbitrariedades, éstas constituyen la base misma en los sistemas procesales como los concebimos en la actualidad. En cada país se ha previsto en sus legislaciones, normativa que regula claramente los tipos de procesos de acuerdo con la materia y el trámite a seguirse, identificando tiempos y etapas dentro de las cuales deben desarrollarse necesariamente los juicios.

El irrespeto de las normas del debido proceso ha ocasionado que muchos juzgadores tengan que declarar nulidades procesales, al verificar que se han extralimitado en lo que la ley les permitía hacer o el momento para poder hacerlo, de tal manera que, las nulidades buscan enderezar el proceso y evitar que se deje en la indefensión a alguna de las partes procesales dentro de la tramitación de los procesos judiciales.

Tal es la trascendencia de estas normas procesales que la legislación de cada país, dentro de sus sistemas judiciales han destinado procesos, instancias y órganos, encaminados a verificar el respeto irrestricto del proceso judicial. En el caso del Ecuador se puede observar que el mismo juzgador que conoce la causa en primera instancia, el juzgador del nivel superior o incluso la Corte Constitucional (máximo órgano de justicia) son los encargados de verificar y de ser el caso declarar violaciones al debido proceso.

Por otra parte, las cortes internacionales también conocen sobre la vulneración de las normas del debido proceso, lo que ha conllevado que, en sentencias, se realicen recomendaciones al estado demandado e incluso sancionan con indemnizaciones para resarcir el daño causado a las víctimas con motivo de dichas violaciones al debido proceso en los juicios tramitados internamente.

Dentro de este contexto brevemente demostrado, en la experiencia que tengo al trabajar en los órganos de justicia, me he podido percatar que las vulneraciones al debido proceso provienen en su mayoría del juzgador y suelen ocurrir principalmente por que los jueces suelen confundirse, desconocer las normas o incluso por actuar arbitrariamente.

No son escasas las evidencias en las que se puede constatar, la forma en la que han actuado los funcionarios judiciales en la tramitación de los procesos. En ese sentido existen casos que fueron condenados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹¹, así tenemos por ejemplo, el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*¹² que en sentencia se le condena a Ecuador al haberse determinado que existieron detenciones ilegítimas e ilegales, graves violaciones a los derechos humanos, sentencia en la que se expone que la documentación que reposa en los procesos judiciales, es contraria con los hechos suscitados, por otra parte, se deja también remarcado que, los procesados fueron privados de su libertad, más allá de un tiempo razonable conforme lo usual y reglado para esa clase de procedimiento judicial. Todo esto que se indica en la sentencia, provocó un daño grave, por lo que fue condenado el estado ecuatoriano, obligándosele a reparar a los perjudicados, llegando ese resarcimiento a cuantificarse monetariamente en el valor de 394.115 dólares de Estados Unidos de América.

Otro hecho que también se llegó a sentenciar es el conocido en el caso *Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador*¹³ en cuya decisión judicial se señaló que el proceso judicial sustanciado que llevó a la detención uno de los ciudadanos, fue anómalo, por decirlo menos, ya que se aprecia que las autoridades van más allá de las potestades que les otorgaba en su momento la normativa, además que, las declaraciones receptadas a los procesados, las habrían realizado sin haber sido asesorados ni asistidos por un abogado defensor de su confianza, vulnerando una garantía básica de todos los seres humanos como es contar con un abogado; sumado a esto, se señaló que proceso judicial, exageradamente se extendió más allá de cualquier límite creíble dentro de la razón; todo esto ha llevado a que nuevamente se le obligue a reparar al estado ecuatoriano con una suma similar a la referida en el ejemplo mencionado en líneas anteriores.

11 Sitio Web: <https://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/ecuador-sido-condenado-13-ocasiones.html> (Fecha de consulta: 27 de marzo de 2021).

12 Corte IDH, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párrs. 62-68 y 80-88.

13 Corte IDH, caso *Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 1 de septiembre de 2016, párrs. 131-156 y 203-206.

5. La digitalización de los procesos

Es necesario notar que en el Ecuador se han producido cambios e innovaciones en la justicia desde hace más de 20 años en los que se han estado implementando sistemas informáticos que permitan automatizar ciertos aspectos y que generen alertas en el sistema que permitan controlar la labor de los jueces. Estos sistemas informáticos, desde mi perspectiva, han sido arcaicos puesto que son sistemas poco amigables con el usuario con nula o escasa mejora continua, cosa distinta ocurre, por poner un ejemplo, con los paquetes informáticos empleados en empresas privadas en otros campos, en los que podemos apreciar que la tecnología realmente facilita las cosas y soluciona los problemas en la producción de las empresas. En la actualidad podemos verificar que casi a diario observamos nuevas versiones de aplicaciones que usamos frecuentemente, como por ejemplo tenemos las aplicaciones de WhatsApp, Facebook, Twitter, etc. que continuamente nos entregan novedades y mejores usos de sus plataformas, que nos permiten avizorar que se acoplan constantemente a las necesidades de los usuarios, situación que no se ve en lo absoluto con los sistemas judiciales en los que se aprecia esa visión miope en la que se escucha “es lo que hay así que acomódate al sistema” cuando lo ideal sería tener en mente otra frase: “en que falla o que le falta al sistema para que sea más armónico con su trabajo”.

Han sido frecuentes las reuniones internacionales en las que las autoridades judiciales se han aglutinado para fortalecer y crear lasos que permitan contribuir en la mejora de la justicia, principalmente en el académica, así podemos apreciar en el contexto Iberoamericano las siguientes: la Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia que resultó posterior al proceso de las reuniones de Madrid en 1990, 1993 y 1997, luego en 1998 y 1999 en Caracas, luego en el 2000 en Canarias, más tarde en el 2002 en Cancún, luego en el 2004 en El Salvador. Más tarde se dio el Encuentro Iberoamericano de Consejos de la Judicatura en el 2004, siendo las reuniones importantes la de Santo Domingo en el 2006, la de Brasilia en el 2008, la de Montevideo en el 2010, la de Buenos Aires en el 2012, la de Santiago de Chile en el 2014 y la de Asunción 2016. Como digo estas reuniones han servido principalmente para el ámbito académico, pero últimamente hemos visto como ya se vuelve uno de los temas centrales que se abordan, el acceso a la justicia, principalmente enfocado a la oralidad (Declaración de Cancún 2002, Declaración de Brasilia 2008, Declaración de Montevideo 2010 y Buenos Aires en el 2012) y también al empleo de nuevas tecnologías en el desarrollo de los procesos judiciales. En este ámbito, se han tratado de centrar esfuerzos en: el manejo electrónico de archivos, la grabación de audiencias, el manejo de expedientes judiciales electrónicos, las notificaciones y casilleros judiciales electrónicos. Pero así mismo en este punto no podemos encontrar información clara para identificar cual ha sido el avance preciso en estas áreas y ni siquiera como se las monitorea.

De estas reuniones generadas ya hace varios años, ha quedado justificada la relevancia del uso de las tecnologías principalmente en el ámbito del acceso a la justicia, pero se ha relegado el tema inherente al uso de las tecnologías como herramientas para que se faciliten las labores de los funcionarios judiciales, sobre todo aquellas

herramientas encaminadas a disminuir los errores judiciales que provocan lesiones al debido proceso por el irrespeto de las normas procesales, aspecto que constituye el tema central de este trabajo académico.

Ahora con motivo de la pandemia, en todo el mundo, se ha puesto a prueba la “modernidad” de estos sistemas judiciales, realizando por ejemplo: audiencias por video en vivo, también ingresando pedidos por vía de correo electrónico, aspectos estos que, al menos desde la realidad ecuatoriana, fueron difícil de compaginarlos, partiendo desde el hecho en el cual, ni siquiera se tenía claro siquiera como identificar de forma irrefutable y precisa la identidad de una persona o un profesional, cuando pretendía realizar estos actos jurídicos, de forma telemática.

Recuerdo que cuando la pandemia provocada por el COVID-19 se encontraba en su etapa más crítica, esto es a inicios del año 2020, tuve la oportunidad de participar en encuentros virtuales internacionales e intercambiar experiencias con profesionales del derecho que laboran en la función judicial de la repúblicas de Colombia y de Perú, anécdotas que daban cuenta que frente a la situación que vivíamos en ese instante, se encontraban con una realidad muy difícil, que fue no contar con las herramientas necesarias para desarrollar las actividades judiciales, ya que al igual que en Ecuador, las herramientas proporcionadas por las autoridades eran muy limitadas en muchos sentidos, por ejemplo no permitían realizar audiencias o las licencias de los sistemas informáticos que se disponían eran muy restringidas para mantener varias audiencias a la vez, no permitían gravar las audiencias para tener respaldos o en caso de poderlo no se podía agregar aquella grabación al proceso electrónico ya que no había forma de hacerlo, las conexiones a internet no eran lo suficientemente aptas para soportar la cantidad de datos que se transmitían, el nivel de conectividad era escaso. Todos estos aspectos y muchos otros provocaron que la labor judicial se vea truncada y daban evidencia que realmente la añorada automatización de los procesos judiciales no habría sido lo que se quería hacer ver hace años atrás con la modernización judicial.

En aquellas reuniones virtuales con los colegas colombianos y peruanos, se puso de manifiesto que cada uno de ellos desde su escritorio, buscó emplear en sus labores diarias aplicaciones que no fueron proporcionadas por las autoridades, sino que fueron adquiridas particularmente o eran de uso libre, esto con la finalidad de adecuarse a las condiciones generadas y no paralizar sus actividades. Las aplicaciones que fueron más comúnmente empleadas fueron WhatsApp, Zoom, Messenger y Telegram, las que permitieron realizar reuniones entre integrantes de equipos de trabajo, trabajadores e incluso realizar audiencias. Destacando de esta forma la adaptabilidad de los funcionarios judiciales a las nuevas exigencias que se les presentaban, con herramientas que no fueron proporcionadas por las autoridades, pero que dadas las circunstancias fue necesario emplearlas. Finalmente, el problema más importante que se presentó fue que la mayoría estas actividades que realizaba el funcionario las ejecutaba desde su casa, lugar en el que también tenían necesidades de uso del computador del hogar: los hijos, cónyuges y hermanos, generándose un déficit en cuanto al acceso al uso de dispositivos, sumado al empleo del internet que primero

debía contar el hogar y posteriormente obtener mejores características tomando en cuenta el incremento de usuarios del mismo. Un estudio recientemente publicado en el 2020 por la CAF muestra que en América Latina la penetración de Internet en los hogares es apenas del 68,66%¹⁴ y la tendencia de computadoras alcanza el 44,89%, lo que obviamente se ha visto reflejado también en la conectividad con los usuarios del sistema judicial que, en estos tiempos requieren de un dispositivo electrónico y acceso a internet.

La versatilidad con la que la persona se acopla a las circunstancias que se le presentan, va dirigiendo el rumbo por el que transita la sociedad, hoy estamos viviendo una época que, sin lugar a dudas, va a marcar un giro en las relaciones sociales y laborales, lo que se muestra también en la creciente necesidad de tecnología, uso de internet, paquetes informáticos y aplicaciones, que van a seguir marcando nuestro presente y delineando la ruta por la que transitaremos en un futuro.

6. La tecnología y la justicia: el engranaje esperado

Ahora en este apartado, es necesario hilar varios temas enunciados y abordados a lo largo de este artículo académico: la importancia del respeto al debido proceso, las vulneraciones a este derecho que generan responsabilidad al estado y finalmente los avances tecnológicos encargados de facilitar la labor judicial, pero con el objetivo central de disminuir o eliminar los errores judiciales por violaciones a las normas procesales.

Dentro de este contexto, se plantea en este ensayo la manera por medio de la cual se acoplen eficazmente, el derecho al debido proceso con el uso de las tecnologías, para evitar arbitrariedades y de esta forma, alcanzar la tan anhelada celeridad procesal.

En la actualidad la arcaica plataforma de procesos digitales de la función judicial, peca de ser extremadamente incompleta, basta con observar su interfaz para luego percatarse desafortunadamente, que no se puede acceder a todo el proceso digitalizado, sino únicamente a ciertas partes del proceso que en el mejor de los casos son algunas providencias y varias decisiones judiciales, pero que ocurre con: los escritos, requerimientos, informes periciales, contestaciones a requerimientos judiciales, audiencias gravadas y un largo etcétera, pues simplemente no se tiene acceso, para poder revisar dichos documentos uno tiene que trasladarse a la dependencia judicial, solicitar el expediente en papel y observarlo en el lugar, de acuerdo a horarios y disponibilidad del funcionario judicial.

El primer punto en el que deberían enfocarse las autoridades judiciales es obligadamente potencializar este sistema informático, realizar una reingeniería del mismo, de tal forma que se aumente su capacidad. Este trabajo va de la mano con la ayuda del funcionario judicial, pero no de cualquier funcionario, sino que se requiere la

14 CAF, *El estado de la digitalización de América Latina frente a la pandemia del COVID-19*, de 3 de abril de 2020. CAF, Caracas. Extraído de <https://scioteca.caf.com/handle/123456789/1540>, p. 17 (fecha de última consulta: 24 de marzo de 2021).

ayuda de aquel que ha buscado actualizarse y que entienda del funcionamiento y avances de la tecnología para acoplarlos a las labores judiciales. Lo que si hay que tener claro es que no es solo una labor exclusiva de ingenieros informáticos.

Considero que, si de un momento al otro nos vimos obligados a usar más los sistemas informáticos por la pandemia, es decir, ponernos a la vanguardia en el uso de la tecnología y ver como esta sigue evolucionando rápidamente, es momento aprovechar esta situación para acoplar definitivamente la informática a la labor jurídica de la siguiente forma:

- Inicialmente realizar una reingeniería del sistema informático en el que se contemple la posibilidad de que todo el expediente judicial conste en el sistema informático, realizando paralelamente un fichero electrónico que sirva de respaldo en circunstancias en las que suceda algo con el sistema principal y tener las bases de datos suficientes para no perder esa información.
- Posteriormente y de suma importancia, regular eficazmente los procesos judiciales, esto quiere decir, que se deberían trasladar términos, plazos y etapas que constan en la ley al sistema informático, de tal manera que le impidan al juzgador cometer errores o arbitrariedades que conlleven a la violación al debido proceso, es generar sistemas enmarcados en opciones procesales previamente cargadas, que no le permitan al juez vencer los plazos o apartarse del proceso, ya que este tipo de acciones son las que generan incertidumbre en los usuarios del sistema procesal y posteriormente que se produzcan las injusticias, es un sistema que lo llamo a prueba de errores, incluso no dejo de pensar que este es un primer paso y que estamos cada vez más cerca a que en un futuro se llegue a concebir a la administración de justicia con una lógica matemática y algorítmica, en la que se pueda suministrar a un ordenador los datos y obtener un resultado satisfactorio para las partes, tal como ocurre con una calculadora de bolsillo.

En la realidad ecuatoriana, es penoso admitir que el derecho ha ido siempre avanzando muy por detrás de la tecnología, pero creo que en las adversidades que la vida impone como es la actual pandemia que estamos atravesando, deben ser las circunstancias que nos empujen y motiven a adoptar los cambios que nos permitan ser mejores para el respeto de los derechos de los seres humanos con sistemas de inteligencia artificial como los ha llamado Hernández un “Sistema Experto Jurídico Neutrosófico”¹⁵.

Estos adelantos tecnológicos que estamos presenciando, vinieron para quedarse, debemos seguir avanzando como en su momento fue el cambio de los escribanos a la máquina de escribir o posteriormente de las máquinas de escribir al uso de ordenadores. Al igual que nosotros, todos los profesionales del derecho nos vamos adaptando a las nuevas circunstancias, primero a la oralidad y ahora posteriormente vamos hacia la digitalización de la justicia.

15 Hernández, Noel Batista, et al., "La toma de decisiones en la informática jurídica basado en el uso de los sistemas expertos", *Investigación Operacional*, 40, 2019, p. 138.

Con la implementación vanguardista de la tecnología en la justicia, se escucha ya mencionar a las cibercortes o cibertribunales¹⁶, que en los Estados Unidos de América se las denominó ODR (*online dispute resolution*)¹⁷ por G. Kaufmann-Kohler y T. Schultz, quienes rescatan las bondades que se generan con el manejo tecnificado de la justicia, identificando como las mayores ventajas: la transparencia, accesibilidad, independencia, puntualidad e imparcialidad¹⁸ con las que se desarrolla este sistema de justicia, al haber sido automatizado gracias al uso de las tecnologías.

Si bien es cierto que el tema como lo planteé desde un inicio fue enfocado con la implementación de un sistema que permita evitar la vulneración de los derechos de las partes a un debido proceso, o como en palabras de Londoño Sepúlveda, gestionar de manera automatizada las etapas del proceso¹⁹, las potencialidades que las TICs ofrecen para la justicia son inmensas, para que en un futuro se pueda prestar en una interconexión a otros sistemas informáticos como por ejemplo el sistema del Registro Mercantil o al Registro de la Propiedad, con lo cual se inscriban, por mencionar algo, las medidas cautelares dispuestas dentro de los procesos judiciales y, de esta manera, evitarse el engorroso oficio que debe ser enviado en papel, entregado en la institución para que los funcionarios lo recepen y posteriormente registren su contenido.

Me atrevo a avizorar que estamos viviendo la época en la cual inicia ese giro que marcará un quiebre entre los sistemas procesales con prevalencia del papel y pasaremos a sistemas mucho más digitalizados que marquen la justicia de aquí en adelante, pero esto solo dependerá de la predisposición que tengan las autoridades de justicia en América Latina ya que como he mencionado en países desarrollados como es el ejemplo de Estados Unidos de América, prácticamente se va convirtiendo en una realidad.

16 <https://www.cibertribunalperuano.pe/>

17 Kaufmann-Kohler, G.; Schultz, T., *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*, Kluwer, 2004.

18 Kaufmann-Kohler, Gabrielle, "Online Dispute Resolution and its Significance for International Commercial Arbitration", in: *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, AKSEN, Gerald (ed.), ICC Publishing, Publication 693, 2005, pp. 450-451.

19 Londoño Sepúlveda, Néstor Raúl, "El uso de las TIC en el proceso judicial: una propuesta de justicia en línea", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 40(112), 2020, pp. 123-142. Disponible en: <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/3775> (Accedido: 28 de marzo de 2021).

7. Bibliografía

a) Bibliografía citada

Carrasco Durán, Manuel, "La definición constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva", *Revista de Derecho Político*, 2017, 2020.

Hernández, Noel Batista, et al., "La toma de decisiones en la informática jurídica basado en el uso de los sistemas expertos", *Investigación Operacional*, 40(1), 2019, pp. 131-139.

Cotino Hueso, Lorenzo, "Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales", *Dilemata*, 24, 2017, pp. 131-150.

Kaufmann-Kohler, Gabrielle, "Online Dispute Resolution and its Significance for International Commercial Arbitration", in: *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, Aksen, Gerald (ed.), ICC Publishing, Publication 693, 2005.

Londoño Sepúlveda, Néstor Raúl, "El uso de las TIC en el proceso judicial: una propuesta de justicia en línea", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 40(112), 2020, pp. 123-142.

Sitio Web: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-53042545> (fecha de consulta: 24 de marzo de 2021).

Sitio Web: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52229326> (fecha de consulta: 24 de marzo de 2021).

Sitio Web: <https://elpais.com/espana/2020-03-13/que-es-y-que-permite-el-estado-de-alarma.html> (fecha de consulta: 24 de marzo de 2021).

Sitio Web: <https://www.elespectador.com/coronavirus/cuarentena-total-en-colombia-por-coronavirus-declara-el-presidente-duque-articulo-910489/> (fecha de consulta: 24 de marzo de 2021).

Sitio Web: <https://www.dw.com/es/per%C3%BA-decreta-estado-de-emergencia/a-52788395> (fecha de consulta: 24 de marzo de 2021).

Sitio Web: <https://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/ecuador-sido-condenado-13-ocasiones.html> (Fecha de consulta: 27 de marzo de 2021).

Sitio Web: <https://www.france24.com/es/20200317-ecuador-declara-estado-de-excepci%C3%B3n-y-toque-de-queda-por-coronavirus> (fecha de consulta: 24 de marzo de 2021).

Sitio Web: <https://www.cibertribunalperuano.pe/> (fecha de consulta: 24 de marzo de 2021).

Sitio Web <https://scioteca.caf.com/handle/123456789/1540> (fecha de consulta: 24 de marzo de 2021).

b) Otra bibliografía

Abregú, Martín, "La tutela judicial del derecho a la verdad en la Argentina", *Revista IIDH*, vol. 24(1), 1996, pp. 11-49.

Araújo-Oñate, Rocío Mercedes, "Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13(1), 2011, pp. 247-291.

Corvalán, Juan Gustavo, "Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades-Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia", *Revista de Investigações Constitucionais*, 5(1), 2018, pp. 295-316.

Martín Diz, Fernando, "Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 23, 2014, pp. 161-176.

Martínez Bahena, Goretty Carolina, "La inteligencia artificial y su aplicación al campo del Derecho", *Alegatos-Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana*, 82, 2012.

Milione, Ciro, *El derecho a la tutela judicial efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2015.

Solar Cayón, José Ignacio, "La inteligencia artificial jurídica: nuevas herramientas y perspectivas metodológicas para el jurista", *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law/Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava*, 41, 2020.

Las fuentes del Derecho procesal y el desafío de regular realidades disruptivas en el siglo veintiuno

Ignacio M. Soba Bracesco¹

“La redacción de un Código no es una obra académica sino una obra política. No tiene por finalidad consagrar principios de cátedra, sino solucionar los problemas que la realidad social, económica, cultural y ética presenta al legislador.”

Couture, Eduardo J., *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*,
Montevideo, 1945, p. 31.

Sumario: 1. Introducción. La pluralidad de fuentes del Derecho procesal y el avance del Derecho. 2. La codificación del Derecho procesal: ¿sigue siendo la respuesta? 3. La flexibilización del Derecho procesal a través de los acuerdos o pactos procesales. 4. La simplicidad del Derecho procesal como una vía para mejorar la regulación (*Declaración a favor de la simplicidad procesal* - cinco reglas). 5. A modo de cierre

Resumen: Sobre el presente artículo subyace la «nueva» realidad que le toca afrontar al Derecho procesal en el siglo veintiuno. Se analizará el tema de las fuentes, de la codificación procesal, para ver las herramientas de Derecho positivo con que cuenta el procesalismo para atender los desafíos de la actualidad. Se complementa el trabajo con una referencia a los acuerdos o pactos procesales y su capacidad de adaptar las soluciones procesales generales a las necesidades del caso concreto. Finalmente, se concluye con aportes vinculados a la idea de simplicidad como característica esencial del Derecho procesal contemporáneo. Simplicidad que se debería poder apreciar en sus reglas, en las estructuras procesales, en sus funciones, etc., buscando fortalecer su rol de instrumento de garantías.

Palabras clave: fuentes del Derecho procesal; códigos procesales; acuerdos procesales; simplicidad.

Summary: 1. Introduction. The plurality of sources of procedural law. Evolution of procedural law. 2. The codification of procedural law: is it still the answer? 3. The flexibility of procedural law through agreements or procedural pacts. 4. The simplicity of procedural law as a way to improve regulation (*Declaration in favor of procedural simplicity – five rules*). 5. Conclusions

¹ Profesor adjunto y Profesor adscripto de Derecho Procesal por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay). Profesor de Derecho procesal en diplomados, especializaciones y maestrías en Argentina, Bolivia, Colombia, México y Uruguay. Doctorando en Derecho en la Universidad de Salamanca (España). Magíster en Derecho, orientación en Derecho de Daños, por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay). Presidente del Foro Uruguayo de Derecho Probatorio. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Abstract: Underlying this paper is the 'new' reality that procedural law must face in the twenty-first century. The issue of sources, of procedural codification, will be analyzed to see the positive law tools available to address today's procedural challenges. The work is complemented with a reference to procedural agreements and their ability to adapt general procedural solutions to the needs of the specific case. Finally, it concludes with contributions linked to the idea of simplicity as an essential characteristic of contemporary procedural law. Simplicity that should be appreciated in its rules, in the procedural structures, in its functions, etc., seeking to strengthen its role as a guarantee.

Keywords: sources of procedural law; procedural codes; procedural agreements; simplicity.

1. Introducción. La pluralidad de fuentes del Derecho procesal y el avance del Derecho

El Derecho procesal -pluralidad de fuentes mediante- se compone de un conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto regular, básicamente, distintos aspectos que de alguna u otra manera se encuentran vinculados al proceso jurisdiccional.

Según Barrios de Ángelis², cuando referimos al Derecho procesal, estamos aludiendo al conjunto de normas que disciplina el proceso, o más concretamente: los presupuestos, el desarrollo y los efectos del proceso. En la manualística iberoamericana contemporánea también se aprecia la amplitud del Derecho Procesal³.

Por su parte, el tema de las denominadas “fuentes” pretende sistematizar y analizar ese conjunto de normas procesales. Un tema elemental o fundamental, pero en cualquier caso ineludible, que refiere, más precisamente, a la clasificación del origen de las normas jurídicas o al origen de su juridicidad⁴.

Aquí me focalizaré en mostrar la relevancia y características de esta pluralidad de fuentes, pues considero que es necesario entenderlas para poder determinar si siguen siendo aptas a la hora de hacer frente a los desafíos que significan las realidades disruptivas y las necesidades de los litigantes en el siglo veintiuno. El tema se vincula con el más general del avance del Derecho, al mismo tiempo que nos exige recordar la importancia de las garantías fundamentales del proceso.

El estudio de las fuentes tiene una faceta evolutiva que se relaciona con la historia y el futuro mismo del Derecho procesal como disciplina. Precisamente, en el capítulo siguiente se analizará si los Código procesales continúan siendo, o no, una herramienta de técnica legislativa idónea para la regulación del Derecho procesal contemporáneo.

2. La codificación del Derecho procesal: ¿sigue siendo la respuesta?

La idea de codificar reglas no es nueva, y al menos por el momento, no ha desaparecido. Sea en los tiempos de Hammurabi -aunque no se lo llamara Código-, como en los de Napoleón, los del siglo diecinueve o en la actualidad, los Códigos -dentro de la legislación- son un producto en cierta medida excepcional (si se los compara con la vasta producción legislativa). Quizás cada vez más pueden llegar a parecer una

2 Barrios de Ángelis, Dante, *Teoría del proceso* (2.ª ed.), BdeF, Buenos Aires, 2005, p. 76.

3 Entre otros, y a modo ilustrativo, Nieva Fenoll, Jordi, *Derecho procesal I (Introducción)*. Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 13-14.

4 Aguiló Regla, Josep, “Fuentes del Derecho y normas de origen judicial”, en *Justicia y Sufragio*, pp. 148-149. Recuperado del acervo de la biblioteca jurídica de la UNAM: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/sufragio/article/view/22146/19740> (consultado el 3 de abril de 2022).

rara avis, dada la celeridad en el avance que se le exige al Derecho (esto, en sí mismo, un tema aparte⁵) y lo que se espera de la producción legislativa de los Parlamentos.

Fruto de esa vorágine, los Códigos que cada tanto se logran aprobar presentan múltiples problemas al ser promulgados y entrar en vigencia.

Por cierto, los Códigos procesales con vocación de generalidad contribuyen a evitar la dispersión de las normas de interés procesal. Sin embargo, esa finalidad hoy en día difícilmente se cumpla por la forma en que los legisladores dan respuesta a los problemas de la vida, aprobando una multiplicidad de leyes en gran medida carentes de racionalidad.

Esto no quiere decir que se trate necesariamente de leyes inconstitucionales. En ese sentido, vale recordar la línea jurisprudencial que ha mantenido la Suprema Corte de Justicia en Uruguay (sent. n.º 847/2017, de 18 de octubre de 2017; sent. n.º 1441/2019, de 12 de diciembre de 2019, entre otras), de la cual se puede extraer que existe cierta discrecionalidad de los y las legisladoras (con límites, por ejemplo, en el respeto al debido proceso) y que no toda “mala praxis” desde el punto de vista de la técnica legislativa genera una inconstitucionalidad en las normas procesales.

En un sentido algo diferente, pero también ilustrativo, hablando metafóricamente acerca de la (supuesta) armonía o perfección en la composición de los Códigos al día de su sanción, indicaba Couture⁶: “Más que una arquitectura, un Código es la ilusión de una arquitectura. Su armoniosa composición resulta sistemáticamente perfecta el día de la sanción. Pero basta un leve sacudimiento en los fenómenos de la vida social o económica para que la arquitectura se resquebraje. Cuando aparece la ley de excepción, desaparece la arquitectura”.

En defensa de Couture, autor también de un proyecto de Código de Procedimiento Civil (1943-1945), quizás se pueda decir que lo que él pensaba que se debía esperar de la redacción de un Código, no es, quizás, el estándar técnico que se maneja hoy en día para su aprobación. Sin embargo, y he aquí lo interesante, la cita al Maestro ilustra acerca de lo efímero de la arquitectura procesal, del sistema que -si no se cuida- desaparece. En puridad, se podría decir que la idea de sistema procesal se construye y se cuida de modo permanente.

Las razones que agobian a los Códigos se pueden encontrar tanto en problemas atinentes a su preparación o elaboración; como en el tejido legislativo circundante (en el cual se insertan los Códigos del siglo veintiuno), que es mucho más denso que el del siglo diecinueve.

5 El problema de las respuestas que ofrece el Derecho se va incrementando con algunos fenómenos o cambios disruptivos, siendo vital el tiempo que lleva elaborar y aprobar esa «respuesta» legislativa. Todo un desafío parlamentario ante fenómenos atípicos y complejos, sobre los cuales es difícil legislar (y más sin los apoyos técnicos interdisciplinarios, los diagnósticos e investigaciones pertinentes, la base empírica adecuada).

6 Couture, Eduardo J., “Medio siglo de Derecho”, en separata de la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, 1944, pp. 15-16.

Ahora bien, mientras siga habiendo Códigos resulta pertinente preguntarse por la relación que éstos tienen con los paradigmas, los sistemas y la teoría.

El Código se inserta en un paradigma, pero no es un paradigma. Los Códigos se pueden reformar -total o parcialmente- sin cambiar el paradigma. Más allá de qué se entienda por paradigma (si con ello pensamos en un paradigma que excede lo jurídico o en un paradigma que se reduce al ámbito del Derecho), su sustitución no es frecuente. Varios Códigos pueden llegar a aprobarse, incluso, unos en sustitución de otros, sin que se altere el paradigma.

El Código, pretende sistematizar reglas (algunos lo hacen mejor que otros), pero no es un sistema⁷. Aclaro, además, que un sistema procesal, allí donde se encuentre, no es sino una parte de un sistema de justicia. Los sistemas de justicia son más que sistemas procesales, ya que se conforman también por cuestiones que hacen al acceso al sistema, a variables administrativo-burocráticas del servicio de justicia, a cuestiones orgánicas, de diseño de la oficina jurisdiccional, de gestión de tribunales, a la resolución alternativa de conflictos, etc.

Continuando con la idea de Código y sistema, según Moreso y Vilajosana⁸, Raz introdujo la idea de sistemas jurídicos momentáneos y sistemas jurídicos no momentáneos. A su vez, tomando la sugerencia de Alchourrón y Bulygin, entienden que es posible distinguir entre un sistema de normas en un momento determinado (*i.e.*, un sistema estático) y una secuencia de sistemas de normas a través de un período de tiempo (*i.e.*, los órdenes jurídicos). Incluso, a nivel de Derecho de los Estados, podrían detectarse secuencia de órdenes jurídicos, debidas a determinadas fracturas de la legalidad constitucional a través de la historia.

7 “La creación, gradual y sucesiva en el tiempo, de subsistemas y microsistemas legales en coexistencia con los Códigos a cuyos costados se instalaron, ha provocado una innecesaria conmoción de principios y de reglas que se dan de bruces por la incompatibilidad a la cual condujo la impericia técnica de los legisladores y mentores prescindentes, tanto de elementales conceptos sustantivos de Derecho, cuanto de elementales pautas de técnica legislativa de las que no se munieron al llevar adelante una desorganizada faena de multiplicación de preceptos en estado de contradicción directa o indirecta, que, por cierto, no constituye desiderátum ninguno en el sensible territorio del diseño ordenador de conductas y de asignación de existencia, validez y eficacia a los comportamientos que se consideran relevantes en el plano jurídico” (Caumont, Arturo, “Codificación y racionalidad: el derecho inteligente”, in: *Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Comentado, anotado y concordado*, Mariño López, A., et al., La Ley Uruguay, Montevideo, 2009, pp. 9-14). En su momento, Cestau -haciendo una referencia biográfica a Tristán Narvaja- señaló entre los méritos del Código Civil que el mismo “... es flexible, elástico en sus reglas, lo que ha permitido irlo adecuando a las circunstancias y formar, en base a su aplicación, una jurisprudencia evolutiva” (Cestau, Saúl, “El proceso de codificación civil en el sur de América Latina”, en separata de *Revista de Derecho Notarial*, LXXVI. Montevideo, 1972). También en su tiempo Couture, analizando la legislación aprobada entre 1894 y 1944, señaló que la reforma general de la legislación ha permitido la irrupción de numerosos y novedosos principios “...en el mundo simétrico y armonioso del Código Civil”. Allí se reconstruyen las principales ideas expuestas en el Instituto Histórico y Geográfico del Uruguay, al agradecer Couture, en nombre de la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración* el homenaje tributado por el cincuentenario de su fundación (COUTURE, Eduardo J., “Medio siglo de derecho”, cit., p. 16).

8 Moreso, José Juan, Vilajosana, Josep María, *Introducción a la Teoría del Derecho*. Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 115-117.

El Código es un conjunto de normas (como también lo son otras leyes, textos ordenados, recopilaciones), pero no permite decir que en ellos se ubica, por ejemplo, el sistema procesal civil o el sistema procesal penal de un determinado país.

De ello se deriva: primero, que los Códigos sí sirven para darle racionalidad formal y sustancial (de contenido) a un sistema o a una parte significativa de un sistema (creando, además, reglas conocidas por los juristas como de interpretación o integración); segundo, que cuando sea conveniente o necesario, se los puede modificar legislativamente para (volver a) darle racionalidad, consistencia, coherencia. Una de las finalidades del Código sería encontrar aglutinado un conjunto de normas relativas a una materia o cuestión. Sin embargo, ese agrupamiento debería tener cierta racionalidad y, porque no, cierta simplicidad (como se dirá *infra* en el capítulo correspondiente).

Los Códigos no son pétreos, pero quizás en algún caso actúen como un ancla. En ocasiones ello es bueno (pues contribuye a evitar vaivenes coyunturales, y a darle -por tanto- estabilidad al entramado institucional), en otras ocasiones no (cuando obstaculiza procesos de reforma legislativa que son necesarios).

La arquitectura armoniosa del sistema procesal resulta difícil de alcanzar en el contexto de la técnica legislativa de los siglos veinte y veintiuno. Más que de utopía, aquí estaríamos ante casos de “asíntotas procesales”, en tanto expresiones de deseo a las que nos podríamos acercar, incluso de manera constante, pero que nunca llegarían a cumplirse⁹.

Claro que sin olvidar que no estamos ante meras obras académicas. La evolución de las instituciones jurídicas se encuentra asociada a todos los fenómenos y problemas que constantemente le exigen respuestas al Derecho (y el Derecho procesal no escapa a ello).

No obstante, el Código necesita de la teoría. Claro, no es teoría, pero -reitero- la necesita. La reforma de los Códigos no es tabú, pero tampoco se debe hacer con ligereza. La mala praxis legislativa, sea en Códigos u otras leyes, puede generar problemas sistémicos, una especie de efecto dominó, o efectos colaterales varios.

Desde la teoría se puede llegar a conocer el paradigma (así como también, sus matices, sus intentos de ruptura y hasta las imposturas) y, por cierto, se puede tener una idea más cabal que la del legislador de turno acerca de la relevancia de ciertos temas jurídicos para el sistema normativo. El conocimiento teórico sirve tanto por lo que puede llegar a evitar como por lo que puede llegar a hacer.

Por otra parte, entiendo que la teoría procesal debería incluir dentro de sus pilares o características fundamentales a la simplicidad procesal; de lo contrario, se estaría

⁹ Según el *Diccionario de la lengua española*, de la Real Academia Española, se entiende por asíntota lo siguiente: “Del lat. cient. [*linea*] *asymptota*, y este del gr. [γραμμή] ἀσύμπτωτος [*grammé*] *asýmptōtos* ‘[línea] que no coincide: 1. f. Geom. Línea recta que, prolongada indefinidamente, se acerca de continuo a una curva, sin llegar nunca a encontrarla”.

actuando en desmedro de lo que es o debería ser – hoy en día (no siempre fue así o se pretendió que fuera así)– el Derecho procesal.

Es válido seguir utilizando la teoría general del Derecho procesal como ámbito en el cual se construyen categorías conceptuales fundamentales (se podrá discutir cuáles son), y se encuentran los elementos teóricos que permiten identificar, conformar o proyectar garantías fundamentales para las personas¹⁰.

Todo el Derecho es en sí mismo, como apuntan Moreso y Vilajosana¹¹, “un instrumento del que se dotan los seres humanos para perseguir ciertas finalidades o cumplir determinados objetivos”. El Derecho procesal ya incluye entre sus características la instrumentalidad, cuando pone el foco en la efectividad de los derechos sustanciales de las personas como uno de los objetivos o finalidades del juzgamiento de los conflictos a través del proceso civil (reconociendo esa finalidad, véase, por ejemplo, el art. 11 del CGP colombiano; así como los arts. 11 y 14 del CGP uruguayo).

La receta no es sencilla, pero debe tender paradójicamente a la simplicidad, la consistencia, la coherencia, aceptando la necesidad de diagnóstico, de evaluación e investigación permanente. Señala Taruffo: “El concepto de racionalidad puede relacionarse con la ley procesal en, al menos, dos sentidos principales: racionalidad como coherencia de la ley procesal y racionalidad como funcionalidad (o racionalidad instrumental) de la misma ley. La coherencia de la ley procesal es una característica que se puede apreciar si imaginamos que se ponen todas las normas procesales de un ordenamiento en un mismo plano, como para componer un mosaico, y se verifica si las distintas partes de éste – sea a nivel de macroanálisis, sea a nivel de cada una de las particulares partes del mosaico– son recíprocamente coherentes. Desde esta perspectiva se pueden apreciar algunas propiedades que puede presentar la ley procesal, y se puede –hipotéticamente– establecer también en qué grado estas propiedades están presentes en un sistema procesal dado. Estas propiedades son el orden, o sea, la secuencia en la cual vienen reguladas las actividades procesales (pero también las relaciones entre normas generales y disposiciones específicas); la unidad, que deriva de tratarse de normas que forman un contexto único con un núcleo de normas fundamentales y, posiblemente, pocas normas especiales (p. ej.: un código procesal con pocas leyes o normas procedimentales situadas fuera de él); la plenitud, que se produce cuando la ley procesal regula todos los aspectos relevantes de los mecanismos procedimentales de un modo suficientemente analítico, dejando

10 Vale recordar aquí la relevancia de las garantías, así como de la legislación que las consagra. Como indica Andrés Ibáñez (en el prólogo a la obra de Ferrajoli que se cita a continuación) el concepto de garantía hace que el legislador deba dar los instrumentos “adecuados para procurar la satisfacción de las expectativas generadas por los derechos”. Podría hasta decirse, pues, que sin las garantías los derechos no son tales, sino una mera expectativa no jurídica. Por eso expresa con gran claridad Ferrajoli que “las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”. Cfr., Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil* (4.ª ed.), Trotta, Madrid, 2004, pp. 12 y 25, respectivamente.

11 Moreso, José Juan, Vilajosana, Josep Maria, *Introducción a la Teoría del Derecho*. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 25.

lo menos posible a la fantasía de los intérpretes; y la simplicidad, que existe cuando la ley regula de modo claro un procedimiento que se resuelve en un mecanismo relativamente no complejo. Quizás estas propiedades no agotan el concepto de racionalidad como coherencia de la ley procesal, pero tal vez puede decirse que una ley procesal que sea ordenada, unitaria, completa y simple en un nivel apreciable, es racional en una sensata acepción del término”¹².

Un poco de ductilidad, de proporcionalidad, y en ocasiones, un poco de precipitación, no le viene mal al Derecho procesal, recordando, siempre, que lo que se debe permitir es reivindicar, defender, hacer efectivos los derechos de las personas, más allá de las formas o ritos, aunque siempre en un marco de garantías.

3. La flexibilización del Derecho procesal a través de los acuerdos o pactos procesales

Una de las vías que se han encontrado en el Derecho procesal comparado de la actualidad (en el ámbito iberoamericano el caso del CPC brasileño resulta paradigmático) para adaptar la regulación procesal a las necesidades del caso concreto es reconocer, cada vez más, la existencia de un poder normativo negocial a las partes, que les permita diseñar un proceso adecuado a sus intereses.

Con relación a los acuerdos de parte (también denominados convenciones o pactos procesales) no es de extrañar, por la relevancia que tiene para el Derecho la seguridad jurídica, y por ser el proceso, en sí mismo, un ámbito imbuido de predictibilidad, predeterminación de las formas, etc., que el terreno en el cual aquí se ingresa sea muy fértil para el debate, en tanto se afectan principios o reglas técnicas del proceso a los cuales los juristas ya se han habituado.

Precisamente, respecto de la flexibilización de las formas en la actividad procesal se aprecian diferentes posiciones dogmáticas, jurisprudenciales, así como diferentes opciones normativas.

Desde el punto de vista de las formas procesales, se pueden encontrar opciones regulatorias que van desde:

- a) sistemas estrictos que le imponen a los sujetos del proceso el seguimiento preceptivo de formas procesales siempre predeterminadas;
- b) sistemas que atenúan los rigores del formalismo excesivo mediante la consagración del principio de finalismo e indican varias formas procesales posibles respecto de las cuales los sujetos del proceso tienen la facultad residual de elegir u optar por alguna de ellas;

12 Taruffo, Michele, Racionalidad y crisis de la ley procesal. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 22, 1999, pp. 311 y ss. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/racionalidad-y-tesis-de-la-ley-procesal/> (consultado el 3 de abril de 2022).

- c) sistemas que libran la forma a la iniciativa y disposición de los sujetos del proceso (pudiendo, en particular estos últimos, combinarse).

A su vez, en los sistemas que otorgan cierta discrecionalidad o autonomía a los sujetos del proceso, se pueden encontrar variantes:

- a) sistemas que admiten genéricamente la «potestad normativa» de las partes para celebrar acuerdos procesales atípicos;
- b) sistemas en las que los acuerdos sólo se admiten para ciertos casos puntuales (*i.e.*, tipicidad de los acuerdos procesales), que han sido predeterminados por el legislador.
- c) sistemas que reconocen la atipicidad de los acuerdos procesales en cierto subsistema o microsistema procesal, y la tipicidad en otros¹³.

En aquellos sistemas que no tienen habilitaciones genéricas para celebrar acuerdos procesales, cabe plantear si la celebración de acuerdos atípicos tiene fuerza como para llegar a configurar una crisis del principio de legalidad, con los riesgos que ello genera en materia de seguridad jurídica, falta de previsibilidad, eventual vulneración de la igualdad y de otras garantías básicas.

Justamente, el principio de legalidad tiene una explicación histórica, ya que se buscó evitar la arbitrariedad judicial que se podía llegar a producir si los jueces variaban a su antojo la regulación procesal.¹⁴ Se exige la ley como fuente normativa para asegurar la uniformidad y la certeza en el ámbito del Derecho procesal.

En relación a estos extremos, apuntaba con severidad Gallinal a comienzos del siglo veinte: “Los jueces, sin leyes de procedimiento, se convertirían por la arbitrariedad, en opresores, llegando a constituir una verdadera oligarquía despótica”¹⁵.

Un excesivo apartamiento al orden y formalidades establecidas en la ley puede llevar a la arbitrariedad y la incertidumbre, en desmedro de la seguridad jurídica. De ahí la importancia de vincular el punto con el principio de finalismo y/o trascendencia en sede de nulidades, en donde el límite es la indefensión, como inexistencia del debido proceso.

Tampoco se puede dejar de mencionar la indisponibilidad de las normas procesales por las partes, o la calidad de orden público de las mismas.

13 O variando en función de la regulación del proceso penal y la regulación del proceso civil (en sentido amplio, abarcador de todo lo no penal) si se entiende que configuran sistemas independientes.

14 La preocupación no radicaba tanto en lo que hicieran las partes. Los peligros de abusos de ciertas partes sobre otras aparecen más adelante en la evolución histórica y tienen que ver con situaciones de desigualdad procesal, partes particularmente débiles o vulnerables frente a partes organizadas, institucionales, más sofisticadas.

15 Gallinal, Rafael, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Vol. I, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1929, p. 4.

Algunos principios procesales y sustanciales, en cambio, propician los acuerdos procesales, sirviéndole de marco o de justificación, permitiendo contrarrestar la rigidez que emana de los principios o reglas técnicas antes mencionadas.

La doctrina procesalista ha expresado que el principio dispositivo trata de una manifestación de la autonomía de la voluntad, del señorío de las partes sobre el proceso (al menos en el proceso civil), que no implica desconocer la existencia de potestades de dirección y ordenación del proceso por parte del propio tribunal.

Es a través de la autonomía de la voluntad por donde, entiendo, se puede vincular a los acuerdos de parte con la teoría de los negocios jurídicos. No por considerar que el negocio sea el objeto del proceso (*v.gr.*, como el conflicto, el problema de la vida, la insatisfacción jurídica, etc.), sino porque puede tener lugar en el ámbito del proceso, produciendo cambios en algunas situaciones jurídicas procesales.

El acuerdo, pacto o negocio procesal, es, pues, el acuerdo de voluntades de los sujetos del proceso –distintos del órgano jurisdiccional (aunque en ocasiones se requiera su control u homologación)– susceptible de producir efectos jurídicos secundados por el Derecho procesal. Esos efectos llevan a la modificación de situaciones jurídicas procesales de las cuales son titulares los sujetos que celebran los acuerdos, aunque puede impactar en el proceso todo, y en situaciones jurídicas procesales de otros sujetos (como la jurisdicción)¹⁶.

El principio dispositivo reconoce protagonismo, autonomía, discrecionalidad a las partes en una serie de tareas o actividades procesales relevantes¹⁷. Claro que para algunos autores es la propia ley la que refiere a la posibilidad de arribar a los multicitados acuerdos procesales (con mayor o menor amplitud). Por ello, a la anterior justificación se agrega el principio de legalidad. La interrogante, que queda latente, pasa a ser en qué medida -cuando no existe un texto legal expreso que le sirva de marco habilitante a los acuerdos procesales- la jurisprudencia igualmente puede, en un caso concreto, llegar aceptar u otorgarles validez procesal a dichos acuerdos.

4. La simplicidad del Derecho procesal como una vía para mejorar la regulación (*Declaración a favor de la simplicidad procesal* – cinco reglas)

16 Los acuerdos que afectan de algún modo la situación jurídica procesal en la que se encuentra el tribunal (la jurisdicción) son rechazados por algunos dogmáticos, ubicando allí un límite fuerte para la admisibilidad de los mismos. Se dice que los acuerdos procesales no pueden afectar la jurisdicción porque en su cabal ejercicio se encuentra interesada la sociedad toda, el Estado, hace al interés público. Con esa argumentación se vuelve a asignar relevancia al debate sobre la «naturaleza» y objetivos del proceso jurisdiccional. Por mi parte, considero que esa loable inquietud por el rol del proceso y el ejercicio de la jurisdicción es atendible desde un punto de vista macro (se intuye y parece sensato que la sociedad se encuentre interesada en la legitimidad, calidad y efectividad de la tutela jurisdiccional, en la independencia e imparcialidad del Poder Judicial, en los proceso jurisdiccional respetuosos de las garantías fundamentales), pero resulta más dudoso que ello llegue a lo micro, a las discusiones concretas en las que se involucran cuestiones disponibles e intereses particulares.

17 Barrios de Ángelis, Dante, *El proceso civil*, Idea, Montevideo, 1989, p. 22.

Invito al lector a que haga el ejercicio de pensar en su ordenamiento jurídico y en la cantidad de disposiciones procesales que puede –incluso rápidamente, sin mayor esfuerzo (para quien tiene un conocimiento panorámico del ordenamiento jurídico procesal)– catalogar de reiterativas, innecesarias, contradictorias, incoherentes, etc. Esto es una constante de la regulación positiva en el Derecho procesal comparado, por lo menos en el ámbito iberoamericano.

La técnica legislativa que se emplea es -por momentos- desordenada, fragmentaria, carente de visión o de racionalidad sistémica y/o desprovista de respaldo teórico. En ocasiones, se aprecian fenómenos de proliferación o (hiper)inflación normativa (verdaderos “tsunamis” de reglas procesales).

Lo que se puede acordar fácilmente es que los cambios, las modificaciones, las sustituciones, las derogaciones y las reformas, abundan. Todo es cada vez más complejo, apartándose de la simplicidad que se le debe exigir al sistema procesal (vital en pos de la tutela jurisdiccional efectiva).

Por mi parte, como cierre del presente opúsculo, quisiera aportar a la búsqueda de esa simplicidad en la regulación, proporcionando una declaración transversal de cinco puntos, que espero sirva para hacer frente a los desafíos del futuro en el Derecho procesal.

Regla N.º 1. La simplicidad en las disposiciones procesales facilita la identificación y aplicación de las garantías del proceso jurisdiccional.

La complejidad de las reglas procesales no ayuda a que se puedan identificar las garantías, hace difícil su individualización y puede obstaculizar su operatividad.

Las reglas simples, en cambio, pueden contribuir a la mejora de la calidad del Estado de Derecho, con beneficios concretos para la sociedad en su conjunto (en términos de resolución efectiva de los conflictos y de paz social).

Regla N.º 2. El Derecho procesal, cuando ofrece simplicidad, favorece la tutela de los derechos sustanciales.

El Derecho procesal simple contribuye a visualizar a las reglas procesales como garantías instrumentales, secundarias y/o de justiciabilidad de los derechos, dándole prioridad a la discusión del tema sustancial o de fondo. Todo esto sin quedar atrapados en un procesalismo que he dado en llamar ingenuo, el cual puede llevarnos a desconocer que existen otras garantías o que el Derecho procesal forman parte de un ecosistema garantista mayor.

Un proceso simple minimiza errores de los abogados, jueces o magistrados y favorece, en definitiva, a todas las personas. En particular, favorece a los litigantes ocasionales, no habituados a la cultura del litigio o del pleito.

Regla N.º 3. Las reglas procesales, cuando son simples, ayudan a la duración razonable del proceso.

En todas las regulaciones procesales existen «laberintos» (proliferan diferentes tipos de tutelas, algunas complejas, otras complejísimas). Sin embargo, la simplicidad evita que los operadores jurídicos, las personas, se pierdan en sus itinerarios procesales a través de esos laberintos estructurales-regulatorios, que muchas veces carecen de sentido y que lo único que hacen es dilatar la solución de la controversia o la eliminación de la insatisfacción jurídica. El proceso simple permite a las personas atravesar dichos laberintos de un modo más amigable, más humano (en términos de tiempo y esfuerzos). Un proceso simple es aquel que ve despejado su camino al evitarse o sanearse las cuestiones formales. Cuenta, además, con menos etapas. Esquemáticamente, en el caso del conocimiento, bastaría una etapa de alegación o proposición inicial, una de prueba y otra para la decisión jurisdiccional (sin perjuicio de otras estructuras relativamente simples, como el monitorio bien diseñado).

A modo ilustrativo, los principios para la justicia civil transnacional del American Law Institute–UNIDROIT (2006), prevén en su n.º 9 lo siguiente: “*Structure of the Proceedings.*– 9.1 *A proceeding ordinarily should consist of three phases: the pleading phase, the interim phase, and the final phase.* 9.2 *In the pleading phase the parties must present their claims, defences, and other contentions in writing, and identify their principal evidence.* 9.3 *In the interim phase the court should if necessary:* 9.3.1 *Hold conferences to organize the proceeding;* 9.3.2 *Establish the schedule outlining the progress of the proceeding;* 9.3.3 *Address the matters appropriate for early attention, such as questions of jurisdiction, provisional measures, and statute of limitations (prescription);* 9.3.4 *Address availability, admission, disclosure, and exchange of evidence;* 9.3.5 *Identify potentially dispositive issues for early determination of all or part of the dispute; and* 9.3.6 *Order the taking of evidence.* 9.4 *In the final phase evidence not already received by the court according to Principle 9.3.6 ordinarily should be presented in a concentrated final hearing at which the parties should also make their concluding arguments”.*

Esto quiere decir que el procedimiento normalmente debe constar de tres fases: la fase de alegación, la fase intermedia y la fase final. En la primera, las partes deben presentar sus reclamos, defensas y otros argumentos por escrito e identificar sus principales pruebas. En la fase intermedia, el tribunal debería, si es necesario, celebrar reuniones (audiencias) de modo de organizar el procedimiento; establecer el cronograma que describa el progreso del procedimiento; abordar los asuntos que admitan una atención temprana, tales como cuestiones de jurisdicción, medidas provisionales y plazo de prescripción (prescripción); abordar la disponibilidad, admisión, divulgación e intercambio de evidencia; identificar problemas potencialmente determinantes para la determinación temprana de la totalidad o parte de la disputa; ordenar la práctica de pruebas. Por su parte, en la fase final, sin perjuicio de que se diligencie prueba pendiente, se deben presentar los argumentos o alegatos finales.

Además, la simplicidad también es muy necesaria en la etapa o proceso(s) de ejecución (en donde es válido discutir acerca del rol de la jurisdicción).

En el futuro, la aplicación de la tecnología al proceso podría llevar a eliminar, incluso, la propia categoría o idea de estructura procesal¹⁸.

Las incertidumbres en materia de plazos (por ejemplo, con la consagración de plazos procesales distintos para la realización de actos procesales similares, sistemas de cómputo diferentes, etc.); las entreveradas reglas en materia de asignación de la competencia a los órganos jurisdiccionales; la burocratización de las notificaciones; la proliferación de las estructuras procesales sin sentido, tampoco ayudan¹⁹.

Hay varios principios o reglas técnicas que permiten profundizar el camino de la simplicidad procesal. Algunos de esos principios o reglas técnicas son: la inmediatez, el impulso procesal de oficio, la perentoriedad de los plazos, la concentración, el finalismo-informalismo, la proporcionalidad, etc.

Respecto de la proporcionalidad, las *European Rules of Civil Procedure* (del European Law Institute–UNIDROIT, 2020), establecen lo siguiente en su regla n.º 5: “*Proportionality. Rule 5. Role of the Court. (1) The court must ensure that the dispute resolution process is proportionate. (2) In determining whether a process is proportionate the court must take account of the nature, importance and complexity of the particular case and of the need to give effect to its general management duty in all proceedings with due regard for the proper administration of justice*”. En una traducción no oficial: “Proporcionalidad. Regla 5. Papel de la Corte. (1) El tribunal debe asegurarse de que el proceso de resolución de disputas sea proporcional. (2) Al determinar si un proceso es proporcional, el tribunal debe tener en cuenta la naturaleza, la importancia y la complejidad del caso particular y la necesidad de dar efecto a su deber general de gestión [*case management*] en todos los procedimientos con el debido respeto por la adecuada administración de justicia”.

No se puede descartar, finalmente, darle mayor protagonismo a los acuerdos de parte, a la hora de menguar ciertas rigideces normativas, generando la flexibilidad que en ocasiones exigen las peculiaridades del caso concreto.

Regla N.º 4. Los procesos basados en reglas simples pueden servir para resolver cuestiones complejas.

Un proceso regulado con simplicidad en lo que refiere a sus distintas categorías, conceptos, institutos y/o estructuras también puede ser la herramienta idónea para resolver situaciones complejas o cualquier tipo de objeto procesal (o casi cualquier

18 Soba Bracesco, Ignacio, *Estudios de Derecho procesal*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2021, pp. 258 y ss.

19 Gimeno Sendra ha señalado, en ese sentido, que se hace necesario posibilitar con toda su amplitud el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, basándose en un libre acceso a los tribunales o a equivalentes jurisdiccionales, una organización que evite la indebida creación de órganos jurisdiccionales, pleno reconocimiento del derecho de defensa, escaso número de procesos especiales (que eviten la proliferación de la excepción del procedimiento inadecuado) y “uno o a lo sumo dos” procesos ordinarios, oralidad en la fase probatoria (incluso ante tribunales de alzada), etc. GIMENO SENDRA, Vicente, *La simplificación de la justicia penal y civil*, Agencia estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, pp. 13-14.

tipo, si se piensa en procesos colectivos, aunque tampoco en esos casos se podría excluir *a priori* la simplicidad).

Todos los institutos o categorías procesales pueden ser más simples -lo que no es igual a más flexibles- de lo que son hoy en día. Algunos, directamente, podrían desaparecer.

Regla N.º 5. En casos difíciles o de duda, la simplicidad puede servir como pauta interpretativa de las reglas procesales.

Muchas veces el intérprete se encuentra frente a reglas complejas, con posibilidad de múltiples interpretaciones. En esas situaciones, el criterio de la simplicidad puede ser útil al momento de la elección o decisión del intérprete respecto de su aplicación al caso concreto. Lo aquí planteado puede presentar puntos de contacto con los desarrollos realizados en torno al finalismo procesal y el evitar formalismos excesivos.

5. A modo de cierre

Recordando que todo puede llegar a cambiar en el siglo veintiuno, dentro y fuera del Derecho procesal, he pretendido revisitar algunos temas clásicos del Derecho procesal (como el de las fuentes), para mostrar la tensión a la que se ven sometidos hoy en día, por ejemplo, para hacer frente a realidades muy disruptivas.

Entiendo que debemos celebrar el estudio de temas estimulantes y acuciantes como se hace en la presente obra colectiva, buscando avanzar en el pensamiento del Derecho procesal que tenemos en la actualidad y el de aquel que queremos tener por delante (en la medida de lo posible, desde perspectivas diferentes e interdisciplinarias).

Procesalistas y no procesalistas, si es que utilizamos esas etiquetas, podemos asumir la posición de defender la garantía procesal; pero también procesalistas (algunos dirán: no verdaderos procesalistas) y no procesalistas pueden asumir la posición de desdeñarla.

Los sistemas de justicia desafiarán la labor de todos nosotros como juristas, que seguiremos debatiendo, en gran medida, acerca de cómo ofrecer mejores garantías a todas las personas, intentando encontrar soluciones reales para los problemas concretos.

Al decir de Schauer, el mundo sigue arrojándonos lo inesperado: “Podemos, como máximo, predecir el futuro de manera imperfecta, y carecemos de certeza para saber qué haremos una vez que llegue”²⁰. Mientras tanto, resulta ineludible reflexionar y debatir, procurando hallar ideas fecundas, sobre la base de la libertad, la tolerancia y el respeto.

20 Schauer, Frederick, *Pensar como un abogado*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 21.

Bibliografía

- Aguiló Regla, Josep, “Fuentes del Derecho y normas de origen judicial”, en *Justicia y Sufragio*, 147-165. Recuperado del acervo de la biblioteca jurídica de la UNAM: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/sufragio/article/view/22146/19740> (consultado el 3 de abril de 2022).
- Barrios De Ángelis, Dante, *Teoría del proceso* (segunda edición), BdeF, Buenos Aires, 2005.
- , *El proceso civil*, Idea, Montevideo, 1989.
- Caumont, Arturo, “Codificación y racionalidad: el derecho inteligente”, in: *Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Comentado, anotado y concordado*, Mariño López, A., et al., La Ley Uruguay, Montevideo, 2009.
- Cestau, Saúl, “El proceso de codificación civil en el sur de América Latina”, en separata de *Revista de Derecho Notarial*, LXXVI. Montevideo, 1972.
- Couture, Eduardo J., *El arte del derecho y otras meditaciones*, FCU, Montevideo, 2004.
- , *Estudios de Derecho Procesal Civil* (tomo I, cuarta edición), Lexis Nexis-Depalma, Buenos Aires, 2003.
- , *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Montevideo, 1945.
- , “Medio siglo de derecho”, en separata de la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, 1944.
- Do Passo Cabral, Antonio, *Convenções processuais* (segunda edición revisada, actualizada y ampliada), Ed. JusPodivm, Salvador, 2018.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil* (cuarta edición), Trotta, Madrid, 2004.
- Gallinal, Rafael, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1929.
- Gimeno Sendra, Vicente, *La simplificación de la justicia penal y civil*, Agencia estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.
- Moreso, José Juan, Vilajosana, Josep Maria, *Introducción a la teoría del derecho*. Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Nieva Fenoll, Jordi, *Derecho procesal I (Introducción)*. Marcial Pons, Madrid, 2014.
- Schauer, Frederick, *Pensar como un abogado*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

Soba Bracesco, Ignacio M., *Estudios de Derecho procesal*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2021.

Taruffo, Michele, Racionalidad y crisis de la ley procesal. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 22, 1999, pp. 311-320. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/razionalidad-y-crisis-de-la-ley-procesal/> (consultado el 3 de abril de 2022).

Otros recursos/fuentes de internet

American Law Institute–UNIDROIT (2006), *Principles of Transnational Civil Procedure*. <https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/ali-unidroit-principles> (consultado el 3 de abril de 2022).

European Law Institute–UNIDROIT (2020), *European Rules of Civil Procedure*. <https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/eli-unidroit-rules> (consultado el 3 de abril de 2022).

Los cambios en el sistema procesal ecuatoriano: una promesa pendiente

Ana Teresa Intriago Ceballos¹

Sumario: 1. El guardián de las promesas; 2. El proceso no penal por audiencias en el Ecuador; 3. La *audiencitis*; 4. La tutela judicial efectiva; Conclusiones.

Resumen: ¿El proceso oral por audiencias del Código Orgánico General de Procesos ha cumplido su cometido? ¿Tenemos una mejor administración de justicia gracias al cambio de sistema? El cambio de sistema procesal que nos llevó del procedimiento inquisitorial al adversarial en lo no penal prometía muchas cosas: celeridad, certeza y transparencia, en fin, todo un cúmulo de bendiciones gracias a la inmediación en audiencia. La pandemia cambió nuestros estándares sobre algunos principios procesales como la inmediación, hoy encontramos judicaturas de primer y segundo nivel atosigados de expedientes, abogados desesperados por la ralentización de la sustanciación de procesos, ¿es atribuible todo este caos a la pandemia? Una de las peticiones más recurrentes de los abogados litigantes y de los jueces es la falta del expediente electrónico, el que permitiría revisar un proceso sin acudir a las judicaturas, en cambio la queja más frecuente del usuario de la administración de justicia es la mora judicial, por lo tanto, el tema que quiero presentar es: ¿resulta absolutamente necesario resolver todas las causas por audiencias?

Palabras clave: audiencia; celeridad; tutela judicial.

Summary: 1. The keeper of promises; 2. The non-criminal process by hearings in Ecuador; 3. *Hearingitis*; 4. Effective judicial protection; Conclusions.

Abstract: Has the oral process by hearings of the General Organic Code of Processes fulfilled its mission? Do we have a better administration of justice thanks to the change in the system? The change in the procedural system that took us from the inquisitorial procedure to the non-criminal adversarial procedure promised many things: speed, certainty and transparency, in short, a whole host of blessings thanks to the immediacy of the hearing. The pandemic changed our standards on some procedural principles such as immediacy, today we find first and second level judiciaries overwhelmed with files, lawyers desperate for the slowdown in the substantiation of processes, is all this chaos attributable to the pandemic? One of the most recurrent requests of litigation lawyers and judges is the lack of an electronic file, which would allow reviewing a process without going to the judiciary, instead the most frequent

¹ Jueza de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Ecuador. Doctoranda del Programa de Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social de la Universidad de Salamanca

complaint of the user of the administration of justice is judicial delay Therefore, the issue I want to present is: Is it absolutely necessary to resolve all cases by hearings?

Keywords: hearing; speed; judicial protection.

1. El guardián de las promesas

Antoine Garapon hace notar que la sociedad acude al juez como el “último guardián de las promesas que se hizo a sí misma”² refiriéndose a los valores fundantes de la Constitución que deberá desarrollar el legislador al expedir la ley y aplicar el juez. En efecto, reinventar el país mediante asambleas constitucionales no es raro en el Ecuador, en cada una de ellas los ciudadanos se han hecho promesas tendientes a lograr una mejor sociedad, entre las que no podía faltar las relacionadas con la administración de justicia.

La oralidad, la inmediación y la contradicción como principios integrantes de todos los expedientes judiciales a pesar de que estuvieron presentes en el antiguo Código de Procedimiento Civil, el diseño procesal lo complicaba y la sustanciación en judicaturas se realizaba de ordinario ante un empleado del juzgado, pocas diligencias se realizaban ante el juez.

Las objeciones más frecuentes estaban dirigidas a la proliferación de trámites y a la falta de control probatorio, nula contradicción y ausencia del juez en la producción, defectos atribuidos a la antigüedad de la ley.

Ante ello, la posibilidad de contar con un cuerpo legal procesal actualizado que hiciera realidad los principios constitucionales respecto de los procesos judiciales que además acortaría los tiempos de espera entre la proposición y la decisión, resultaba una promesa atractiva e interesante.

Dicen que a la hora de implementar tecnología quien llega al último le va mejor, pues ya se han superado los primeros errores y se cuenta con versiones mejoradas, algo parecido sucede con las leyes, a medida que van aplicando se puede advertir la presencia de nudos críticos, cuellos de botella y vacíos normativos que hacen ruido procesal y perjudican un buen desempeño del cuerpo legal, datos que un buen investigador legal puede advertir y así mismo proponer soluciones antes de la promulgación de la norma.

En el caso del Ecuador, si bien se tomó el modelo de Código Procesal para Iberoamérica que se aprobó en las XI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal que tuvieron lugar en Río de Janeiro en 1988, se introdujeron algunos cambios más adecuados a la realidad social ecuatoriana, a la tutela de los derechos y las acciones afirmativas en favor de las personas en situación de vulnerabilidad y a las necesidades que la tecnología puede remediar.

Es así que nuestro Código Orgánico General de Procesos, COGEP, contiene toda una sección que trata del expediente electrónico, la validez probatoria de los documentos digitales, la posibilidad de celebrar audiencias telemáticas y recibir testimonios por esa vía, entre las adecuaciones que responden al estado actual de los requerimientos procesales.

2 GARAPON, Antoine, *Juez y Democracia: una reflexión muy actual*, Flor del Viento, Barcelona, 1997.

Estas fueron las promesas de las que se nos hizo guardianes a los jueces: celeridad, intermediación, que garantizaría una decisión justa y legal, y contradicción garantista del debido proceso.

De inicio, los procesos tramitados con el COGEP fueron sustanciados rápidamente en comparación con la ley derogada, la inicial desconfianza sobre la nueva ley fue superada y, con ello, el aumento de demandas volvió a congestionar el despacho judicial. A pesar que el número de jueces ha ido en aumento hasta doblar el número de antes de la puesta en vigencia del COGEP tanto en la primera como en la segunda instancia, no se ha logrado la meta de reducir sustancialmente el tiempo de espera entre la demanda y la decisión judicial, así mismo el de los recursos tanto el ordinario de alzada como el extraordinario de casación, pese a que parte de los jueces de primera instancia se dedicaron exclusivamente a despachar los procesos orales por audiencia, el número de litigios pronto fue en aumento, frustrando una de las más caras promesas.

2. El proceso no penal por audiencias en el Ecuador

El 22 de mayo de 2015 la Asamblea Nacional del Ecuador aprobó el Código Orgánico General de Procesos COGEP, pero es a partir del 23 de mayo de 2016, cuando concluida la *vacatio legis*, entra a regir en el territorio nacional.

Con la entrada en vigor del COGEP, se percibía un gran entusiasmo entre los jueces; muchos pensábamos que, gracias a la determinación de procedimientos tipo y de concreción de fases procesales, por fin iba a mejorar el servicio judicial, pues las grandes reformas efectuadas a la sustanciación de procesos civiles, que se habían realizado en 1869 y en 1938.

Los abogados litigantes, por su parte, superada la desconfianza inicial³, empezaron a introducir demandas en el nuevo procedimiento, es verdad que los tiempos de sustanciación y resolución disminuyeron en relación a la ley derogada, pero aún no se llegaba a la meta deseada, es decir a los tiempos que la norma ordenaba.

La pandemia empeoró el panorama procesal, la inaccesibilidad a los expedientes físicos, la dificultad para obtener prueba documental, para practicar pericias y recibir testimonios ciertamente fueron ralentizando los tiempos, con lo que finalmente nos encontramos con una mora judicial, ya no incipiente, sino clamorosa a decir de los litigantes, la promesa incumplida.

Las audiencias fueron postergándose o se suspendían ante la ausencia de los litigantes o de sus abogados, aún los asuntos urgentes, como son los alimentos para niños, no se atendieron con la celeridad necesaria, por varias razones de orden no solo tecnológico, por el agendamiento de audiencias telemáticas, sino también por la dificultad de recabar los medios probatorios.

³ <https://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/juicio-civil-justicia-oralidad-tramites.html> Consultado el 28 de abril de 2022.

Ese escenario agravó la celeridad que ya venía decreciendo conforme aumentaba el número de demandas judiciales, es decir, la pandemia no fue la causa principal pero sí una agravante de la situación de la administración de justicia, que se vio desbordada después del primer año de vigencia del Cogep⁴.

El tema no es exclusivo ni es nuevo, en el libro *Tribunales On Line*⁵, Suskind menciona la mora judicial de Brasil y de la India, que llegan a cifras realmente elevadas, y se pregunta si este es un asunto netamente económico, por lo que se debería destinar más recursos a las administraciones de justicia, en desmedro de otros sectores como la salud, la educación o la seguridad, o más bien tiene que ver con el asunto del diseño de los procesos. Se pregunta si las Cortes de Justicia son un servicio o un lugar, sobre si la sustanciación por audiencias en forma síncrona es absolutamente necesaria para todos los casos independientemente de la cuantía y si los productos de inteligencia artificial podrían proveer una solución adecuada a la mora judicial.

Suskind hace una propuesta interesante en su libro “Los Tribunales On Line” en referencia a las llamadas “pequeñas causas”. La propuesta es que las personas eligieran (en principio, hasta que se entienda totalmente el sistema) ser atendidos por un juez virtual (que no quiere decir presente), enviar sus documentos virtualmente, citar a la otra parte por vía telemática y esperar la respuesta en un tiempo corto (digamos que en una semana laborable) o elegir la forma tradicional de sustanciación. Igualmente, en los recursos que llegan a la segunda instancia, en la que conforme la ley en todos los casos se hará audiencia, los casos que la expresión de agravios del recurrente impute exclusivamente error en valoración probatoria o en la aplicación de la norma, ¿podrían resolverse sin ella? La proliferación de audiencias no nos ha traído todas las bendiciones que prometieron de inicio.

Si bien Susskind propone todo un sistema de fases preprocesales para llegar a la vía judicial, que incluye el uso de medios alternativos de solución de conflictos, concretamente la mediación prejudicial, lo que ciertamente ayudaría a descongestionar el aparato judicial, es también cierto que esto no es una cura para evitar que el conflicto escale a la instancia judicial, pues hay algunos factores para que las Actas de Mediación terminen con el conflicto; entre ellas, que las convenciones de los mediados se recojan fiel y cuidadosamente a fin de evitar futuras judicializaciones por incumplimiento de lo estipulado en el Acta de Mediación.

Las llamadas ODR están aún en desarrollo, no solo por lo que la mayoría de la gente entiende sobre la mejor forma de solucionar conflictos, sino también por la formación de los abogados, pues en el pregrado de la carrera de Derecho difícilmente se instruirá al estudiante sobre estas alternativas, y menos sobre las destrezas y habilidades para evitar el litigio, pues se espera que los abogados inicien procesos

4 Desde el 1 de junio de 2016 a 31 de marzo de 2022 han ingresado 1'626.142 causas judiciales con el procedimiento oral COGEP (no incluye casos de fuero de Corte Nacional de Justicia ni incidentes en materia de niñez). Fuente: Datos del Departamento de Estudios Jurimétricos del Consejo de la Judicatura del Ecuador.

5 SUSSKIND, Richard, *Tribunales On Line*, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

judiciales y los concluyan exitosamente. Para ello se hacen simulaciones de audiencias, se instruye en técnicas de litigación oral y escrita, es decir, la idea de confrontación en tribunales sigue siendo el faro de la enseñanza en las facultades de Derecho.

Susskind concluye que el proceso judicial está en jaque en esta era digital y que, una vez superada la pandemia, el número represado de procesos hará aún más difícil y lejana la aspiración de las personas a obtener justicia.

En una conferencia para la Escuela Judicial de República Dominicana⁶, recordó que, antes de la pandemia, tanto jueces como abogados opinaban que no era posible administrar justicia en forma telemática, lo que se ha comprobado que no es cierto, sino que esta ha sido una solución para mucha gente en las condiciones de emergencia sanitaria. Su propuesta es que, superada la fase de los medios alternativos de solución de conflictos, las partes procesales no concurren a las audiencias físicas y que sean atendidos únicamente por correo electrónico. Está claro que, para que esta propuesta funcione, debemos tener en cuenta el nivel de desarrollo y acceso a la tecnología de los ciudadanos, lo que no es igual en todo el mundo. Me atrevo a decir que, en Latinoamérica, muy pocos países podrían implementar ese sistema aún para las que Susskind denomina “pequeñas causas”; en mi país, Ecuador, es seguro que aún no.

En el ámbito del Derecho procesal, existen paradigmas que muchos defienden como verdades absolutas, tales como que la intermediación implica proximidad física, o como que las audiencias orales y contradictorias son la única forma adecuada constitucional y legal de administrar justicia, etc. Estas formas procesales han llegado a convertirse en fetiches jurídicos a los que se atribuye una especie de poder mágico y sacramental sin los que la justicia, anhelo de la sociedad que acude ante los tribunales, no podrá lograrse.

La proliferación de audiencias, en casi todos los casos, requiere espacios de tiempos que no están sujetos a regulación, más que la del juez por ser el director del proceso, como pomposamente le llama el COGEP. Esos espacios de tiempo significan dedicación absoluta del juez a ese conflicto, con prescindencia de la cuantía o de la naturaleza del conflicto. Es materialmente imposible atenderlas todas al mismo tiempo con la celeridad que el usuario requiere, el resultado es la acumulación de causas y, finalmente, volver al punto de partida: la mora judicial, el descontento general no solo del abogado litigante sino de quienes acuden a la administración de justicia buscando una solución al conflicto, confiando en que la ley como soberana absoluta va a decidir sobre él; como corolario, la derrota del rol asumido por el juez como “guardián de las promesas” y la vuelta al del “juez atosigado”.

6 <https://www.youtube.com/watch?v=KVkdCfvoN1k&t=784s>. Consultado el 28 de abril de 2022.

3. La Audiencitis

Jerome Frank, abogado y juez estadounidense, citado en la obra de Susskind, se refiere a la obsesión de los abogados con los tribunales de alzada, lo que el llama “tribunalitis de apelación”. Ciertamente, no es lo medular de la administración de justicia, pues según afirma, la tasa de apelación no es significativa. En *Tribunales online*, sobre la base de la afirmación de Frank acerca de la importancia de los tribunales de primera instancia, se defiende la idea que, para los procesos de menor, cuantía debería cambiarse el diseño procesal, de modo que las herramientas de IA puedan ayudar a la descongestión del despacho judicial.

Frank escribió *Courts and Trial, Myth and Reality* en 1949⁷, y allí puede constarse que los problemas que a la época enfrentaban los jueces no han desaparecido. La administración de justicia es una entidad de cambios lentos, a pesar que paradójicamente tiene la competencia de resolver conflictos de una sociedad que cambia cada vez más aceleradamente. Sigue siendo cierto que el mayor número de expedientes se acumulan en la primera instancia y que no todas las decisiones son apeladas.

Si bien el apelativo de *tribunalitis* refiere a la segunda instancia, me ha parecido interesante tomar el argumento de Susskind respecto que las herramientas de IA pueden aplicarse en primera instancia para aliviar el trabajo judicial, y con los argumentos de la falta de intermediación de los jueces de la segunda instancia con la prueba producida en primera instancia, pueda aplicarse también para resolver el recurso de apelación.

Es importante entender que no se trata de automatización de procesos, que ya existe y que simplifica la labor de búsqueda de contenidos. En la primera instancia podría utilizarse herramientas de IA para las primeras fases de sustanciación como la calificación y sobre todo para determinar si en razón del anuncio probatorio es imprescindible convocar a audiencia o no. Soy consciente que la crítica principal a esta propuesta es la contradicción probatoria, otro puntal del debido proceso que se encuentra estrechamente relacionado al derecho de defensa y que podrá resultar herética la afirmación que se puede realizar por escrito, idealmente en el ambiente virtual del expediente electrónico.

No resulta descabellado si, por ejemplo, la totalidad del anuncio probatorio consiste en documentos, ya sean de acceso o disponibles según nuestro COGEP, una vez que por el filtro de selección se ha anunciado prueba de esta naturaleza, puestos en conocimiento de los sujetos procesales, estos puedan realizar en un tiempo perentorio, las objeciones de licitud y legalidad del anuncio (pertinencia, conducencia, utilidad), con lo que el interlocutorio judicial de admisibilidad se expedirá y pasará la causa para resolver. Pensemos en una demanda de reivindicación en que el demandante no ha sido reconvenido con la prescripción y la prueba de actor y demandado es únicamente documental, o un proceso ejecutivo en el cual no se ha alegado falsificación

7 FRANK, Jerome, “Cardozo and the Upper-Court Myth”, *Law and Contemporary Problems*, 13 (2), 1948, pp. 369-390 (<https://doi.org/10.2307/1190005>).

o alteración (que serían objeto de pericia, y que deberían sustentarse en audiencia) y muchos otros de esa naturaleza que no implican prueba testimonial ni pericial. ¿No sería mejor que estas causas en las que las partes pueden hasta comparecer sin abogados (en Ecuador en alimentos y cobro de deudas que no superen los 1275 dólares) se atendieran sin audiencias?

En relación con “todas las causas son de mayor cuantía”, entiendo que el término “pequeñas” puede sonar peyorativo, porque se les considera poco importantes. Pero la realidad es que algunas de las solicitudes, sobre todo aquellas que son de jurisdicción voluntaria o bien aquellas que tratan de peticiones que deben atenderse con urgencia, a menudo esperan mucho para ser finalmente oídas en audiencia ante un juez atosigado de trabajo. En los procesos de alimentos que congestionan la competencia de familia, cuando no se discute sobre la paternidad, sino únicamente sobre la cuantía de la pensión alimenticia, teniendo en cuenta que en el Ecuador, el monto se calcula con una Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas atadas a la remuneración básica unificada del trabajador. Lo mismo para asuntos como la autorización de salida del país de un menor de edad, la autorización para la venta de bienes de personas sujetas a guarda, y muchas otras que requieren celeridad en el trato y que generalmente se realizan en procedimiento sin contradicción.

Por supuesto que es una propuesta seguramente poco popular, pero es realista. ¿Cuántas de estas personas han sido atendidas en forma prioritaria? ¿Estamos cumpliendo con el mandato constitucional por el cual el más alto deber del Estado Ecuatoriano es la garantía de derechos? No nos olvidemos que, en su esencia, la administración de justicia es un servicio. Dejo de lado en este momento las discusiones sobre la potestad delegada del Estado y otras cosas de tipo más elevado para centrarme en el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos.

Los sistemas procesales nacen, se desarrollan y posteriormente son derrotados por otros, en fundamentos y formas; sin embargo, lo que siempre permanece y subyace es el deber de los jueces de resolver conflictos, conforme a lo que se define en esos momentos como justo, en ocasiones aplicar lo que corresponde a la justicia universal y no a la ley; es el devenir de aquello que consideramos correcto como administradores de justicia.

Las herramientas de IA, tanto para valoración probatoria como para la redacción de memoriales, permitirían que jueces, instruidos en su utilización, trabajen en mejor forma, la utilización del lenguaje sencillo y la concreción de fallos podría ser un plus de este sistema.

Podría alegarse que se ha omitido el despacho saneador (excepciones de resolución previa y validez procesal), pero, en su mayoría, las excepciones de resolución previa tanto las subsanables como las que no lo son, la acreditación es documental (cosa juzgada, litis pendencia, compromiso arbitral o de mediación, transacción), pues el resto (competencia del juez, error en la forma de presentar la demanda, litisconsorcio, ilegitimidad de personería, prescripción, caducidad) se pueden concluir de la misma demanda.

Pasemos ahora a la segunda instancia. No solo Jerome ha hecho la observación de la ausencia de contacto del tribunal de apelación con las pruebas producidas ante el juez de la primera decisión; según el art. 258 COGEP, en Ecuador, el recurrente puede anunciar hechos nuevos o prueba nueva, la contraparte (no apelante) puede anunciar prueba nueva también. Por lo tanto, o estamos ante un recurso que pretende un reexamen de mérito o ante un nuevo juicio, si es que el anuncio probatorio reúne los requisitos de temporalidad establecidos en la norma.

Si la revisión que pretende el apelante se contrae a un reexamen de la prueba, cuya evacuación en caso de haber testigos o pericias consta del audio de la audiencia, o la revisión de la prueba documental, la obligación de realizar audiencias resulta poco fructífera, pues el COGEP obliga a fundamentar el recurso de alzada, y con él se corre traslado a la contraparte quien podrá contestar, es decir, la posibilidad de introducir elementos nuevos al recurso, sería una vulneración al derecho de defensa de la contraparte quien al conocer la fundamentación se ha pronunciado y, a su vez, ha propuesto sus argumentos.

4. La tutela judicial efectiva

La Corte Constitucional del Ecuador en sus fallos acerca del derecho a la tutela judicial efectiva ha dicho que “la tutela judicial implica una serie de actuaciones por parte del Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, que permiten asegurar el efectivo goce y cumplimiento de los derechos consagrados en la Constitución de la República para la obtención de una resolución judicial motivada”⁸. Con respecto a su contenido, ha dictaminado que “se puede afirmar que su contenido es amplio y se diferencian tres momentos: el primero relacionado con el acceso a la justicia; el segundo, con el desarrollo del proceso en estricto cumplimiento de la Constitución y la Ley en un tiempo razonable, y el tercero, en relación con la ejecución de la sentencia. Por lo tanto, bajo esta premisa, se encuentra que el derecho a la tutela judicial efectiva mantiene una estrecha vinculación y dependencia con el derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso”⁹.

La Corte Constitucional también ha dictaminado que no se vulnera ese derecho cuando se ha garantizado el derecho de defensa de las partes¹⁰, cuando se dicta

8 Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador: Sentencia No. 108-15-SEP-CC, disponible en <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=108-15-SEP-CC#:~:text=Derecho%20a%20la%20tutela%20judicial%20efectiva%3A%20De%20esta%20forma%2C%20la,que%20tiene%20el%20operador%20de>. Consultado 29 de abril de 2022.

9 Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador: Sentencia No. 121-13-SEP-CC, disponible en <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=121-13-SEP-CC>. Consultado el 29 de abril de 2022.

10 Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador: Sentencia: No. 381-11-EP/20, disponible en <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=381-11-EP/20>. Consultado el 29 de abril de 2022.

una sentencia en mérito de la prueba aportada¹¹, que la tutela judicial efectiva es la facultad de acudir a los órganos jurisdiccionales con el objeto de obtener una resolución respecto a un conflicto jurídico, la que deberá encontrarse fundamentada en derecho y haber sido dictada luego de sustanciado el proceso, observando y respetando las garantías procesales establecidas en la Constitución¹².

En suma, el proceso judicial debe asegurar que se cumplan con las garantías del debido proceso: la defensa, contradicción, sentencia motivada y ejecución en plazos razonables, exigencias que perfectamente pueden cumplirse sin necesidad de convocar en todos los casos a audiencia.

La Corte Constitucional ecuatoriana en muchos de sus fallos hace especial énfasis en el deber de motivación de los jueces al emitir sus decisiones. El COGEP, en su art. 89, dispone que una resolución no motivada adolece de nulidad; sin embargo, el art. 94, que determina el contenido de la decisión oral, no menciona la motivación, pues esta se reserva para la decisión escrita conforme consta en el art. 95. Con lo que uno se pregunta otra vez si en un proceso no se va a evacuar prueba testimonial ni se sustentará un informe pericial, ni es de aquellas especiales como la Junta de los Acreedores en el proceso concursal o la audiencia de ejecución, ¿es realmente necesario reunir en una sala física o virtual a las partes procesales con el juez o con el tribunal?

La realidad es que la celebración de audiencias orales consume tiempo, y si en ese espacio se va a leer “partes pertinentes” de uno o varios documentos, o se va a repetir el motivo de inconformidad con la valoración probatoria del juez de primera instancia, ¿estamos siendo eficaces o desperdiciando recursos y energía? La pregunta se contesta sola, la “audiencitis” es el nuevo fetiche jurídico del proceso oral por audiencias.

¿Y los jueces virtuales? La propuesta de Susskind es de largo aliento: de inicio serían jueces reales en intervenciones no síncronas, asegurando a las partes su derecho a presentar sus argumentos, pruebas y a contradecirlas.

La administración de justicia en esencia existe para solucionar los conflictos entre las personas, o entre estas y el Estado, siendo que la tutela judicial efectiva, como ha repetido la Corte Constitucional, no se agota únicamente en el acceso a la justicia, sino que se cumple cuando el ciudadano obtiene decisiones motivadas en tiempo razonable. Está claro entonces que el diseño por audiencias en todos los casos no está cumpliendo con la garantía de los derechos que debe el Estado a los habitantes de la República.

11 Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador: Sentencia: No. 357-16-EP/20, disponible en <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=357-16-EP/20>. Consultado el 29 de abril de 2022.

12 Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 254-18-SEP-CC, disponible en <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=254-18-SEP-CC>. Consultado el 29 de abril de 2022.

¿Qué desean los usuarios de la administración de justicia? Cuando son entrevistados al pie de las oficinas judiciales, la gran mayoría pide celeridad. Por ello, es necesario plantearse soluciones creativas sin descuidar la garantía de derechos que permitan ajustar a la sustanciación de los procesos judiciales de una sociedad desbordada de conflictos.

Conclusiones

La pandemia tuvo el efecto de lanzarnos a una nueva realidad en la que se han roto tabúes y se han descolgado fetiches del proceso judicial. Hay que llenar esos vacíos, pero de mejor forma, adecuados a la cuarta revolución industrial que ya llegó y cuyos elementos (internet de las cosas, *big data* e Inteligencia Artificial) nos brindan productos con los que podemos obtener lo que los administradores llaman “valor diferencial”, que finalmente nos hará posible cumplir con el papel de guardianes de las promesas.

No significa que las audiencias sean perjudiciales o que deba sacrificarse el derecho de las partes a ser oídas por un juez, sino que la proliferación de estas, para todos los casos, trae inevitablemente la congestión en el despacho, amén que la desmejora de la economía global incide en los recursos que los Estados entregan para la administración de justicia.

El punto es encontrar soluciones a la proverbial acumulación de procesos. Por supuesto, la elección correspondería en todos los casos al dueño del interés jurídico, ni al juez, ni al abogado. Es importante resaltar este punto: son las personas, y no los funcionarios ni los profesionales del derecho, para los que se hacen los procesos judiciales, lo cual debe ser el norte tanto del legislador como del juzgador.

Es evidente que tales propuestas requieren compromiso político de los legisladores, de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador para expedir Resoluciones Generalmente Obligatorias que permitan llenar vacíos e inexactitudes de ley, de jueces y de abogados. Lo que creíamos como futuro, la revolución de las revoluciones, como se la denomina, ya pasó, de modo que cerrar los ojos y pretender que no existe es desperdiciar las oportunidades que el acelerado desarrollo tecnológico nos brinda. Al utilizar sus herramientas en forma adecuada es más probable que podamos cumplir con la tutela de derechos que si nos dejamos ganar por el temor a ser sustituidos por un abogado o un juez electrónico.

Bibliografía

a) Citada

Frank, Jerome, “Cardozo and the Upper-Court Myth”, *Law and Contemporary Problems*, 13(2), 1948, pp. 369-390.

Garapon, Antoine: *Juez y Democracia: una reflexión muy actual*, Flor del Viento, Barcelona, 1997.

Susskind, Richard, *Tribunales On Line*, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador: Sentencia: No. 381-11-EP/20, disponible en <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=381-11-EP/20>. Consultado el 29 de abril de 2022.

Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador: Sentencia: No. 357-16-EP/20, disponible en <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=357-16-EP/20>. Consultado el 29 de abril de 2022.

Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 254-18-SEP-CC, disponible en <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=254-18-SEP-CC>). Consultado el 29 de abril de 2022.

Escuela Judicial de República Dominicana: Ciclo de Conferencias sobre el futuro del Derecho y la Justicia, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=KVkdCf-voN1k&t=784s>. Consultado el 28 de abril de 2022.

b) Otra

Frank, Jerome, *Derecho e Incertidumbre*, 3.^a ed., Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 2001.

Corvalán, Juan, *Tratado de la Inteligencia Artificial y Derecho*, Vol. 1, La Ley, Buenos Aires, 2021.

Código Orgánico General de Procesos del Ecuador, publicado en el Registro Oficial No. 506, de 22/05/2015. Última reforma de 29 de noviembre de 2021.

Sistema financiero digital y su rol antagónico de la criminalidad tecnológica actual

Cristhian Ivan Silva Lemus¹

Sumario: 1. Cibercriminalidad y sus impactos en el Estado de Derecho Global; 2. Seguridad Cibernética y su función antípoda de la Delincuencia virtual; 3. Digitalización del Sistema Financiero. Una alternativa contra el Ciberdelito; Conclusión; Referencias.

Resumen: Los novedosos sucesos que esta era tecnológica ha traído consigo han generado una disruptiva revolución en las formas en como el ser humano había ido procurando su desarrollo. Sin excepción alguna, todos los individuos que conforman el mundo actual están aprovechando las innovaciones que esta evolución humana deja a su paso y, en función de que sus quehaceres cotidianos sean realizados de una manera más rápida y efectiva, vienen incorporándolas a su vida. Desafortunadamente, esta voracidad ha ofrecido oportunidades inmejorables para que la cara negra de la sociedad mundial siga ganándole terreno a lo moralmente aceptado. La delincuencia organizada, tan oportunista como siempre, viene tergiversando esos conocimientos tecnológicos, y sus malas artes han contaminado esa atmósfera virtual. El Derecho, por culpa de su lento dinamismo, no ha podido aguantar el ritmo acelerado de esta cibercriminalidad; por ello todas esas prácticas delictivas tecnológicas, en su mayoría de índole económica, andan libremente en ese espacio. Por tales hechos es que se sugiere que las sociedades unifiquen criterios y trabajen en pro de la confección de estructuras tecnológicas que permitan fortificar el sistema económico mundial digital, pues esa vía podría ser un intento por disminuir la incidencia delictiva de actividades como el blanqueo de capitales, fraude digital y piratería, que son las frecuentes en este espacio virtual.

Palabras Claves: Cibercriminalidad; Tecnología Financiera; Justicia Digital; Estado de Derecho.

Summary: 1. Cybercrime and its impact on the Global Rule of Law; 2. Cyber Security and its role as the antithesis of Virtual Crime; 3. Digitizing to the financial system. An alternative against Cybercrime; Conclusions; References.

Abstract: The novel events that this technological era has brought with it have generated a disruptive revolution in the ways in which human beings have been pursuing their development. Without exception, all the individuals that make up today's world are taking advantage of the

¹ Doctorando del Programa de Doctorado de Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social de la Universidad de Salamanca.

innovations that this human evolution is leaving in its wake, and to carry out their daily tasks more quickly and effectively, they are incorporating them into their lives. Unfortunately, this voracity has offered unbeatable opportunities for the black face of world society to continue to gain ground over what is morally accepted. The Organized Crime, as opportunistic as ever, has been distorting this technological knowledge, and its bad arts have contaminated this virtual atmosphere. Law, due to its slow dynamism, has not been able to keep up with the accelerated pace of this cybercrime; that is why all these technological criminal practices, mostly of an economic nature, roam freely in this space. For these reasons it is suggested that societies should unify criteria and work towards the creation of technological structures to fortify the global digital economic system, as this could be an attempt to reduce the incidence of criminal activities such as money laundering, digital fraud, and piracy, which are frequent in this virtual space.

Keywords: Cybercrime; Financial Technology; LegalTech; Rule of Law.

1. Cibercriminalidad y sus impactos en el Estado de Derecho Global

La realidad socioestructural que presenta el mundo en la actualidad viene exigiendo a los sistemas jurídicos que en este existen una unanimidad en lo relativo a sus criterios dogmáticos y pragmáticos, toda vez que la pluralidad de hechos generados en el entorno humano exhibe una evolución significativa; por tanto, y en atención a dicho dinamismo tanto la praxis judicial, legislativa y doctrinal, deben obligarse a armonizar su respectiva producción jurídica hacia este criterio.

El enfoqueavenido debe en todo momento fijarse metas enfocadas a alcanzar la progresividad de cada grupo social. Tales enmiendas no sólo tienen que concentrar sus esfuerzos en hacer extensivas las áreas de oportunidades que comúnmente suelen generar ese ansiado crecimiento ininterrumpido, sino que deben contemplar, con la misma importancia que se les da a estos ánimos, todas aquellas circunstancias antijurídicas que tras su consumación tienden, en el peor de los escenarios, a anular esos anhelos de prosperidad.

Se infiere lo anterior por el hecho de que en un ideal de Estado de derecho es un compromiso evitar en todo momento la materialización de comportamientos humanos que propicien o engrandezcan el imperio de lo abyecto. De tal manera que en correspondencia con dicho albor organizacional se tienen que atender todas aquellas contravenciones al marco de la legalidad, que, a la par del desarrollo humano, por culpa de ese apetito voraz de desarrollo, de forma desventurada se han venido engendrando en el entorno social.

La labor gubernamental y la sociedad en general son los obligados a crear ese franco opositor de estas inconsistencias, y la forma en como ellos deben cumplir con el cometido del que se viene hablando es mediante la consecución, según el rol de participación que les corresponde, de esfuerzos en pro de desarraigar de su entorno individual comportamientos que marquen una inclinación hacia tendencias que la-ceren cualesquiera los bienes jurídicos tutelados por el derecho interno y el marco normativo internacional de esta Aldea global.

La participación dentro de este proceso de desarrollo se ha de erigir bajo los ideales de mejora progresiva, involucrando todos los aspectos que la materialización de esos objetivos han de conllevar. A su vez a estos elementos se les debe de dotar de mecanismos jurídico-procesales porque resulta importante que se deje en un estado de inoperancia toda esa producción y pluralidad de figuras antijurídicas que en conjunto conforman la cara oscura de este paralelismo que el desarrollo humano ha generado a su paso.

Si bien existe una multiplicidad de factores de la realidad que funcionan como un hándicap del imperio de la justicia que dentro de los Estados de derecho que conforman esta globalidad en la que se ha pretendido hacer valer, se cuenta también con recursos humanos, labores, herramientas jurídico procesal y avances que, de

emplearlos de forma prudente, oportuna, y bien intencionada, pueden llevar a cabo la función de servir de contrapeso a estas inconsistencias sociales que muchas penurias le ha hecho pasar a la justicia.

Son escasas las figuras antijurídicas que con el pasar de los años, y sin importar el contexto social que los asentamientos humanos vengam propiciando logran continuar vigentes. El Blanqueo de Capitales es una de ellas, y esto ha sido así porque conforme a la adecuación de su semántica delictiva dentro del progreso evolutivo que a las sociedades acompaña, ha estado en constante perfeccionamiento. Desafortunadamente este profesionalismo ha generado en los bienes jurídicos económicos daños mucho más graves de aquellos que en antaño se estilaba.

No obstante, el crecimiento de esta figura delictiva y de todas sus implicaciones negativas, los Cuerpos normativos globales existentes aún no han podido darle oposiciones concretas y en un mismo grado de especialización como el que esa criminalidad presenta; incluso continúan afrontándole mediante el empleo de estrategias algo desfasadas del contexto nocivo que ellas vienen ocasionando. Por tanto, significa una obligación que los Gobiernos, mediante la modernización de su logística antagónica generen un frente que permita guerrearle en igualdad de condiciones.

Se plantea que la transición hacia esa modernización en la estrategia con la que se atiende y castiga a la criminalidad del Blanqueo de capitales y otros delitos relacionados a la cuestión monetaria, comience con la digitalización del dinero en efectivo que circula dentro de los Sistemas económicos de las naciones en el mundo, estableciendo como medio para legitimar el intercambio de bienes y servicios, toda una estructura tecnológica con la que el dinero físico resulte mayormente operante que el medio tradicional.

La intención de que se pueda conformar e institucionalizar este sistema monetario digital es en miras a lograr un mayor dinamismo en cuanto a la comercialización nacional e internacional, un monitoreo cabal para todas y cada una de las transacciones que las instituciones financieras existentes permiten. Por otra parte, y ya en lo relativo a los beneficios que, a las riquezas de cada Estado, dicha planificación podría ayudar mucho a la fiscalización del dinero que entre y salga de sus fronteras; es decir, centralizar las transacciones económicas digitales.

En otras palabras, con la adopción medios digitales como los únicos mecanismos que legitimen el tránsito de activos en el mundo, pueden disminuir o nulificar actividades delictivas que atenten contra el patrimonio de cada Estado global. El dinamismo humano propicia condiciones ideológicas y fácticas que tienden a generar significativos cambios en el *statu quo* de toda sociedad que de forma organizada busca progreso. Esa variabilidad muy característica del *zoon politikón* suele ser una dicotomía, en virtud de su manifestación, pues propicia hechos legales e ilegales.

Uno de los aspectos estructurales que sobre esta dualidad mayores muestras ha ofrecido, es la beta socioeconómica y patrimonial; toda vez que esta conlleva todo lo relativo a los medios, herramientas, y mecanismos que se emplean para conseguir

que el intercambio de bienes y servicios sea óptimo. De esta manera se ve favorecida la posibilidad de lograr una acumulación de riqueza individual; contribuyendo también, y en buena medida, al mejoramiento de los Estados en cada uno de los rubros que han estado en una posición desfavorable.

Sin embargo, paralelamente a esta tendencia positiva, se suelen presentar hechos que por su metodología desvirtúan el buen funcionamiento de este medio por el cual cada nación viene a llenar sus arcas de riquezas. Tales inclemencias son atribuibles a individuos cuyo comportamiento ha de ser realizado de forma contraria a todo lo que los Estados de derecho han fundamentado como lo justo, lo correcto, o concretamente lo legal. Y bueno, cuando estos antivalores se apuntalan dentro de cualquier mentalidad, el destino suele ser la decadencia.

La ilicitud es justo la naturaleza que se observa en esta, la otra de las facetas que completa la antítesis del Estado de Derecho, ya que en ella se concentran comportamientos en los que se puede dar esa acumulación de caudales fructíferos para quienes los procuran, pero resultan de toda una serie de eventos de naturaleza contrario sensu a los sentimientos morales del Derecho. Desde la óptica jurídica esto no es permisible porque vulnera gravemente varios de los bienes jurídicos que las leyes han venido tutelando, dándole oportunidad a la impunidad de que reine.

Los delitos contra el orden económico, financiero, y patrimonial es la categorización que la ciencia jurídica dentro de sus cuerpos normativos penales ha destinado para criminalizar este contraste negativo. De la tal manera que en ellas se vienen agrupando todos los hechos delictivos que una vez consumados suelen significar una abrupta interrupción para el progreso continuo al que cualquier nación aspira, ya que pervierte al grado de corromper las estructuras económicas que brindan el sustento para que las sociedades avancen.

Dentro de este compendio de disposiciones de carácter criminal se puede encontrar, por ejemplo, a las estafas, las defraudaciones, la piratería, la falsificación de tarjetas de crédito y débito, la corrupción, el tráfico de armas, y la receptación y el blanqueo de capitales. La última de las figuras listadas, por su mecánica, juega un papel determinante dentro de este estadio antijurídico pues solventa, sin excepción alguna, la ejecución de cualquier actividad ilícita; de ahí que se le considere como el subvencionador de la delincuencia.

La razón por la cual el blanqueo de capitales se vuelve ese medio de financiación para ese escenario negativo tiene que ver en gran medida porque, "al ser el blanqueo de capitales ese proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita"², los amantes de lo abyecto consiguen alcanzar una capacidad económica lo sufi-

2 Cordero, Blanco, *Principios y Recomendaciones Internacionales para la Penalización del Lavado de Dinero. Aspectos Sustantivos, Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Organización de los Estados Americanos, Washington, 2002, p. 25.

cientemente óptima como para fortalecer sus tan lacerantes estructuras criminales, pues de esa forma adquieren los recursos económicos necesarios para ello.

Ahora bien, siempre que cualquier organización consigue una buena salud financiera va a encontrarse posicionada en un lugar privilegiado dentro del entorno en el cual se desenvuelve. Ello precisamente es lo que le da ese valor agregado al blanqueo de capitales porque mediante él se pueden poseer caudales incontables, con los cuales a su vez puede haber una fuente interminable de áreas de oportunidad criminal; o bien, los fondos para que otras tantas actividades de índole delictiva puedan moderar sus estructuras o procedimientos.

Desde los inicios de la década de los setenta el mundo jurídico se fijó como meta primordial, atender los inconvenientes que en cuestiones de simulación de legalidad de dinero comenzaban a presentarse. Los primigenios de esta criminalidad correspondían a la reconversión de recursos procedentes de actividades que en aquellos años se consideraban antijurídicas; tales como la venta de alcohol, de tabaco, o la prostitución, los casinos o casas de cambio.

Tiempo después, llegados los años ochenta, y una vez legitimada la comercialización del tabaco y del alcohol, se continuó con la simulación de esos ingresos ambiguos, pero en esta ocasión, de aquellos que provenían concretamente del tráfico de estupefacientes. Este hecho sería la consolidación global del delito de blanqueo de capitales, pues vendría a ser la apuesta que la Comunidad internacional implementaría para buscar mitigar su exponencial incremento.

A partir de dicho momento histórico, y hasta la actualidad, se ha procurado que las estrategias encaminadas a combatir este proceso delictivo ayuden a identificar, asediar y confiscar los capitales que generan, ya que así esas estructuras criminales se ven debilitadas. Estas medidas han sido el objeto con el cual se justifica la fundamentación jurídica de este delito; más aún porque procuran la identificación de cualquier actividad nociva cuyas ganancias generadas, con él se buscan maquillar.

Sí bien el haberle dado una punitivización al: "...proceso mediante el cual, las ganancias que proceden de actividades ilegales se blanquean y pasan a tener apariencia de legalidad para poder usarse con total impunidad..."³, se debe comprender que eso no aseguraba la erradicación de estos hechos; sino que sería el comienzo de una oleada de nuevos retos para los gobiernos en el mundo, debido a que con base en esta institucionalización tenían que optimizar la logística antagónica de esta ilicitud.

En atención a esta mejora constante fue que las naciones, de forma individual, vendrían sumándole al Derecho penal de la globalización disposiciones en las que, de forma integral y unificada, se incitaba a combatir al blanqueo de capitales. Tanto la beta económica, financiera, fiscal, bancaria y tecnológica fundamentarían lineamientos

³ Calvo, Juan, *La inscripción de la titularidad real de las participaciones en las empresas. Un nuevo paso adelante en la lucha contra el blanqueo de capitales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 2.

con los que habrían de concretarse las estrategias encaminadas a contrarrestar lo pernicioso de esta antijuridicidad.

Esta voluntad mundial lograría su institucionalización hasta ya finales de los años ochenta, y ello gracias a la creación de un organismo internacional, de nombre Grupo de Acción Financiera Internacional (FAFT, por sus siglas en inglés). Dicha autoridad vino a delimitar el combate al blanqueo de capitales, y lo llevo a cabo tomando como punto de partida, y como eje de actuación, las siguientes primicias fundamentales.

La primera de ellas fue la atribución de su tipología penal, considerándole al curso de su consumación, tres etapas determinantes⁴. De tal suerte que fue así como se dedujo que a la morfología de este delito le corresponde, la fase de colocación (*placement*); encubrimiento (*layering*); e integración (*integration*). Tal hecho vino a clarificar la senda a través de la cual se iba a dirigir la metodología legal con la que se le combatiría, más aún porque con ello los países unificaran sus tan dispersos criterios legales que en este tema habían diseñado.

La segunda de las aristas sobre las cuales se estaba edificando ese bloque con el que legalmente hablando se intentaría dejar inoperantes a cada una de las fases del blanqueo de capitales, se concibió en forma de política pública; y ella consistía en establecer un procedimiento *Do ut des* entre los Estados; invocando para tal reciprocidad la participación de cada uno de los miembros de su sector bancario, financiero, económico y tecnológico.

La tercera de estas primicias tenía que ver con la ejecución de toda la logística previamente idealizada; de hecho, esta idea vino a ser el paradigma marco a partir del cual los fundamentos de esa estructura legal comenzarían a operar. Tal arquitectura legislativa tenía como pilar fundamental una serie de directrices, en las cuales se buscaba en todo momento una cooperación internacional como medida de respuesta al blanqueo de capitales.

2. Seguridad cibernética y su función antípoda de la delincuencia virtual

este compendio se erigió bajo la naturaleza propositiva que, según la doctrina del Derecho internacional, caracteriza a las normas del *soft law*; situación que generó muchas inconsistencias en cuanto a la total aplicación de estas, debido a que hubo naciones que no mostraron intención por vincularse a estas disposiciones globales, a pesar de que ofrecían ciertas alternativas contra de este problema social.

4 El FAFT como una de sus primeras tareas se encargó de definir la metodología del blanqueo de capitales, concluyendo que ella consistía en un modelo sistematizado, el cual consta de serie de etapas. Ellas son concretamente tres, y su unificación traen consigo el maquillaje de recursos de procedencia ilícita. Las etapas que le configuran pues, son, la colocación de los bienes (*placement*), el encubrimiento (*layering*) y la integración en el mercado económico con la total apariencia de legalidad (*integration*).

Las 40 recomendaciones del FAFT fue el nombre con el cual la comunidad internacional conocería a estos lineamientos legales, administrativos y operacionales. De tal forma que en conjunto ellas:

(...) Constituyen un esquema de medidas completo y consistente que los países deben implementar para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, así como también el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva (...) Por lo tanto, las Recomendaciones del GAFI, fijan un estándar internacional que los países deberían implementar por medio de medidas adaptadas a sus circunstancias particulares⁵.

El estándar mundial del FAFT, mediante el conocimiento de los clientes (*Know your client*); el seguimiento de la ruta del dinero (*Follow the Money*); el monitoreo continuo de los negocios; el mantenimiento de la información (*Keep your Records*); el reporte de operaciones bancarias y financieras sospechosas (*Report your suspicions*); y el bloqueo de cualquier diligencia sospechosa (*Stop your step*), buscaría corresponder al intercambio y publicidad de la información, y a la transparencia financiera y bancaria, que han sido máximas dentro de ese combate.

Los criterios señalados en el párrafo anterior debido a su naturaleza, metodología, y propósitos, requerían la intervención de las tecnologías de la información y comunicación (TICs) e internet; ya que la afrenta con la que partir del nuevo milenio el blanqueo de capitales acometía contra de todos los estados de derecho, vendría a ser aún más lacerante; toda vez que la semántica de sus etapas lograron alcanzar una gran profesionalización.

Tales escenarios obligarían a las naciones a emplear las TICs y la internet en aras de modernizar sus cuerpos jurídicos especializados en materia de blanqueo de capitales, buscando así erradicarle por completo, o mitigar, al menos, sus afectaciones. De esta forma se comenzaba a incorporar a los postulados de las 40 recomendaciones del FAFT, este paradigma de la innovación tecnológica; teniendo como puntal de este, la reestructuración del sistema financiero global.

Esta nueva orientación se fundamentaba de forma general en cada enunciado de estas recomendaciones, pero concretamente dentro de su quinceava recomendación, puesto que en ella se aconsejaba a los países, "identificar y evaluar los riesgos de lavado de activos o financiamiento del terrorismo que pudieran surgir con respecto a: (a) el desarrollo de nuevos productos y nuevas prácticas comerciales, incluyendo nuevos mecanismos de envío, y (b) el uso de nuevas tecnologías o tecnologías en desarrollo para productos tanto nuevos como los existentes"⁶.

Dicha institucionalización era la objeción con la que la Comunidad internacional pretendía afrontar los nuevos fenómenos que, con el transcurrir del milenio de la era

5 FAFT, *Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo, y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva*, Buenos Aires, 2021, p. 22.

6 FAFT, *Estándares internacionales...*, op. cit., p. 44.

tecnológica y global, estaban por presentarse. La atenuación de los efectos nocivos, empleando las TICs como pericia, le iba corresponder a los órganos financieros de cada nación; primordialmente a sus autoridades de tecnología financiera, tales como sus Unidades de Inteligencia Financiera, por ejemplo.

Con la revolución tecnológica comenzada en el año 2000, las naciones y las TICs sufrirían una especie de simbiosis, razón que llevaría a muchos de los hilos estructurales de cada país a la modernización, y a la practicidad de las actividades que, según la función de sus rubros sociales, naturalmente ha de corresponderles. Desafortunadamente tales condiciones traerían consigo por igual, oportunidades por demás ideales para la generación de coyunturas negativas en las que el blanqueo de capitales ha sido su artífice.

La experiencia histórica ha demostrado que las tecnologías de la información y comunicación, en función de la prosperidad que ofrecen, están significando un elemento fundamental dentro de la actividad política, social, económica, educativa, laboral, y jurídica de cualquier nación. De tal manera que este hecho los lleva a ocupar un lugar por demás imprescindible dentro de la vida de los individuos, gracias a que han hecho asequible la consecución de las finalidades de estos últimos.

Así entonces, evaluando las oportunidades que para el desarrollo integral de las sociedades las TICs ofrecen, es que se pueden considerar, hoy día, un componente fundamental de la labor humana, sobre todo porque han venido ayudando a la optimización de sus sectores organizacionales; asegurando así que sus respectivos encargos se logren, y además, ello de una forma más pura y eficaz, ya que con las innovaciones que ofrecen se suele generar una respuesta a las eventualidades humanas o naturales que se presenten.

La exteriorización de lo aseverado en las últimas líneas que conforman el párrafo que antecede ha podido manifestarse dentro del funcionamiento del Sistema financiero mundial, toda vez que su estructura ha sabido incorporar a conveniencia propia, aquellos avances tecnológicos relativos a su naturaleza; logrando con ello una viabilidad en todos y cada uno de los elementos que componen su semántica. De tal manera que, en la actualidad,

(...) el avance de los medios de pago electrónicos está teniendo una extensión cada vez mayor y desplazando a los pagos con dinero en efectivo. Baste recordar como las propias entidades financieras prestan diversos servicios financieros de forma electrónica, desde la posibilidad de acceder a la información bancaria y consultar el saldo, banca móvil para realizar diversas operaciones (como transferencias, solicitud de créditos, pago de facturas, etc.), pasando por ofrecer a los clientes, como alternativa al dinero en efectivo, monederos móviles, para usar el valor como método de pago en establecimientos⁷.

7 Rodríguez, José María, *El blanqueo de capitales y el Crimen Organizado en España: Regulación, Tendencias de Política Criminal y Alternativas*, Universitat Internacional de Catalunya, Barcelona, 2016, p. 28.

Al tenor de esta perspectiva doctrinal es que ubicamos justamente el momento en el cual el blanqueo de capitales pudo lograr la profesionalización que incluso, en tiempos modernos, le sigue aun caracterizando. Todo lo anterior pudo ser así, gracias a que sus menestrales, aprovechando la rentabilidad que las innovaciones tecnológicas en materia financiera que se vienen gestando ofrecen, dotaron de inteligencia su quehacer criminal; teniendo como consecuencia que la consecución de los estándares mundiales del FAFT en dicho tema, fuese más intrincada.

Se puede deducir, en suma, que de la misma forma en como al sistema financiero mundial, las TICs le han resultado benévolas, para actividades delictivas como en este caso particular lo es el blanqueo de capitales, estas áreas de oportunidades desempeñan el mismo papel; es decir, le sirven de envión para así poder optimar su funcionamiento. En algunas ocasiones las bonanzas tienden a ser proporcionales, pero en otros casos, estos disidentes de los Estados de Derecho, por el manejo especializado que logran darles a estos medios digitales, tecnológicos, obtienen mejores réditos.

En el entendido de que el blanqueo de capitales requiere de una constante sapiencia para conseguir cabalmente su cometido, el hecho de que sus artífices operen bajo el conocimiento y dominio de los nuevos modelos tecnológicos financieros les pone un paso adelante de sus antagonicos dentro de esta reyerta. Lo anterior porque, “a su vez, ese mismo entorno, junto al tipo de servicios ofrecidos, más ágiles y anónimos, crean enormes oportunidades para la comisión de delitos, como la financiación de sus actividades o la realización de operaciones propias de blanqueo que buscan escapar del control, dificultando a investigación y su persecución”⁸.

Se traduce en impunidad la afirmación que el autor previamente citado ofrece, y esto es porque la experiencia en el combate a este delito ha demostrado, en estas primeras dos décadas del milenio que transcurre, que sin importar el avance tecnológicos y financiero que la Comunidad internacional ha de lograr, debido al grado de especialización adquirido por la delincuencia relativa al blanqueo de capitales, este se va a bastardear; para así usarle a conveniencia de los intereses de estos astutos malhechores.

La narrativa que hasta este punto se ofrece, viene a demostrar que estas mejoras sí han generado vanguardia dentro de los sistemas financieros del mundo, pero a su vez, y de forma indirecta, le han servido en bandeja de plata a estos apasionados de lo antijurídico, oportunidades para continuar enriqueciéndose conforme a lo ilícito de su labor. Por tal razón es que no se puede asegurar que se está guerreando de manera acertada, ya que se sigue sin atender el meollo de la problemática; el uso de efectivo.

8 Iniesta, Diego, *Utilización de las nuevas tecnologías en la comisión del blanqueo de dinero*, Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete, 2019, p. 4.

3. Digitalización del sistema financiero. Una alternativa contra los delitos cibernéticos

El dinero en efectivo, tanto en papel metálico, como en papel moneda, si bien ha sido el activo que desde el siglo pasado le viene dándole legitimación a esa vieja usanza humana del intercambio comercial, dentro de esta pugna que ha izado la ciencia jurídica tiene un papel determinante, sobre todo para las intenciones de arrancar por completo al blanqueo de capitales, y demás delitos contra de la beta económica, de cada uno de los Estados de Derecho.

La razón que justifica por qué dentro de esta problemática del blanqueo de capitales, al dinero en efectivo se le considera ese punto de quiebra entre encontrarse dentro de la esfera de lo legal, y rayar lo antijurídico, la encontramos en el hecho de que, siempre que esta criminalidad generé recursos económicos tangibles, ellos buscarán, en aras de sacar el máximo provecho de estos activos, echar a andar la maquinaria relativa al maquillaje de estos recursos negros.

En línea con el razonamiento que antecede es que se puede entender al dinero tangible como cómplice y participe de esta ilegalidad económica, puesto que siempre que los Gobiernos no logren acotar de forma efectiva los medios bajo los cuales estas empresas furtivas han de generar esos caudales precedentes al blanqueo de activos, se seguirá repitiendo, cual bucle, estas laceraciones; y eso de por sí no sólo traerá consigo violaciones a los bienes jurídicos económicos, sino que impedimentos para la institucionalización de las políticas estándares del FAFT.

De tal suerte que es plausible argumentar que para sumar a la consecución de las políticas encaminadas a contrapesar los daños que genera el blanqueo de capitales, se le debe dar necesariamente ya, un giro en la visión bajo la cual se ha estado afrontando al blanqueo de capitales. Esta perspectiva se asegura, debe tomar, como paradigma eje de su concepción, los medios electrónicos que las nuevas tecnologías de manera vertiginosa no paran de gestar.

La historicidad de las civilizaciones ha arrojado, en forma de principio general que, el individuo en sociedad, siempre que es inducido hacia alguna nueva perspectiva, tendencia, moda, práctica o comportamiento, tendrá la vocación y disposición de transformar cada una de sus facetas; claro está, partiendo primero de la existencia de una aceptación hacia tales cambios. En cuanto al giro a las ideas que en este rubro se aconseja, por los beneficios que puede ofrecer, se concibe como la envión que catapulte a la dinámica económica, a una mecánica puramente digital.

En la medida en que se adopte este paradigma consistente en transitar hacia una economía con atributos estrictamente digitales se irá desarrollando una logística jurídica más *ad hoc* a la realidad que se vive y ello puede permitir que se les gurree a esos menoscabos generados por esta criminalidad ya mencionada. Por lo que respecta a las cualidades de ella, destaca el dinero digital; entendiéndosele de la siguiente forma:

El término dinero electrónico es utilizado en forma general para hacer referencia a una amplia gama de mecanismos de pago utilizados en el comercio electrónico. Al hablar de dinero electrónico debemos mentalizarnos en que trataremos con productos ofrecidos por empresas. “Estos productos almacenan valores, es decir, registran los fondos o valores disponibles por un usuario del sistema, en un aparato o dispositivo electrónico que se encuentra en su poder”⁹.

Con la digitalización del dinero, ya sea en cualquiera de sus denominaciones, llámese sistemas basados en códigos QR, *TOKEN*, monedas virtuales, carteras digitales, y tarjetas inteligentes (*card based*), por ejemplificar algunas, gracias a sus características primarias, pueden generar los elementos necesarios para restarle a la logística del blanqueo de capitales ese medio que le da razón de ser. Visto desde otra óptica lo anterior, concentrando el uso de los activos económicos por vías estrictamente digitales, no podrán disponer los blanqueadores, de la materia base de su arte criminal.

Otro de los elementos a destacar es la concentración y acceso a la información que gracias a la digitalización del sistema financiero las instituciones que lo conforman llegan a tener. Con esta modalidad de empleo del dinero, trabajando junto con dichos organismos, los gobiernos pueden tener una fiscalización sobre cada una de las transferencias que se hacen, y en caso de que ellas resulten sospechosas, o denoten características propias del blanqueo de activos, ubicarles, analizarles, y de ser necesario, sancionarles.

Sumado a lo anterior se debe comentar que las anteriores características no tendrían razón de ser, sin la implementación de toda una estructura de seguridad bien definida y especializada, para así no violentar bienes jurídicos tutelados como la privacidad, y la seguridad propiamente, por ejemplo. Evidentemente esta infraestructura debe estar aceptada por la sociedad y respaldada por el sistema económico mundial, debido a que se requiere la unificación de criterios para legitimar las formas en las que se manifiesta el dinero digital.

Conclusión

La ciberdelincuencia genera nuevos retos a la ciencia jurídica porque cada momento esa criminalidad busca generar medios para modernizar su labor, y esto va generando nuevas afectaciones a los Estados de Derecho. Tales hechos llevan a concluir que las sociedades en conjunto deben alinearse ya a esta vorágine a la que las Tecnologías de la Información y Comunicación están llevando al mundo. Es momento de aprovechar las bondades que brindan, y posicionar a esta pugna jurídica un peldaño por encima de esa inteligencia económica criminal.

9 De Voto, Mauricio, *La Economía Digital: El dinero electrónico y el lavado de dinero*, Centro de Investigaciones de Tecnologías de la Información de Buenos Aires, Argentina, 2018, p. 479.

Una economía en la que no existan prácticas que dañen su buen funcionamiento puede parecer una idea utópica, sin embargo, no se está tan lejos de tal escenario; y ello es gracias a los ciber avances que en materia de inteligencia financiera se están gestando. Gracias a la existencia de programas de reconocimiento facial, ocular, por voz, y dactilar se puede tener un mejor control respecto quiénes echan mano del sistema financiero digital, quién se enriquece, y para qué se destinan tales activos.

Las condiciones son ahora las más aptas para dar esa transición digital, y el escenario pandémico en el que la humanidad se encuentra es el principal contribuyente para tales hechos. Gracias a que las restricciones en la era del Covid-19 desarrollaron una dependencia humana hacia estos medios electrónicos; se generó una cotidianidad cibernética, parecida a lo que se vive dentro de algún videojuego, en donde todo se podía lograr si se adoptaba la dinámica de los recursos *online*; tal y como ocurrió con el teletrabajo o las cátedras vía remota.

Esta situación casuística en la que el ser humano se encuentra viene a mostrar que en momentos de urgencia el ser humano puede adaptar su ritmo de vida a los avances brindados por la Tecnologías de la Información y Comunicación. Por tanto, es que se asevera, en forma de conclusión a la narrativa hecha a través de este escrito, que es factible digitalizar el uso del dinero físico, y emplearlo como medio de transferencia comercial, pues la sociedad se encuentra ya dentro de esta usanza de avanzada.

Esta propuesta de remozar de una buena vez nuestras costumbres económicas puede brindar el sosiego que esta incansable lucha por erradicar de las estructuras económicas, financieras, bancarias, tributarias, requiere para desarraigar así los vestigios que el blanqueo de capitales ha estado ocasionando en estos sistemas estatales y globales. De igual forma, una vez lograda tal pretensión, los forajidos especializados en estas malas artes, no tendrán alternativa más que adecuarse a esta nueva modalidad; pues la comercialización con efectivo palpable no tendría legitimidad alguna.

Así como la pandemia del SARS-CoV-2 está significando un daño tremendo para los hilos estructurales de las sociedades, y peor aún, para cada uno de los individuos que las configuran; así como también los gobiernos del mundo priorizaron la atención, y solución de la crisis sanitaria; así también se debería de atender la problemática relativa al blanqueo de capitales, puesto que esta también trasgrede bienes jurídicos que las leyes tutelan, al igual que lo hizo, lamentablemente, este virus.

En suma, y a manera de epílogo del presente escrito, se puede inferir en el hecho de que la evolución humana está brindando sí, conocimientos y metodologías con las cuales se pueda hacer menos eficaz la creación, aplicación y sanción de nuestras vetustas disposiciones legales. Tal caso es el blanqueo de capitales, el cual ha sabido aprovechar muy bien los avances relativos a su dinámica, y la lentitud del Derecho para atenderle, consiguiendo seguir latente tras el pasar de los años, ganando más terreno.

Por tal razón es que se sugiere la institucionalización de una sofisticada estructura digital, sólida, inquebrantable y efectiva, con la cual se le dé el respaldo necesario al

proceso de modernización de las economías mundiales. De esta forma mediante la implementación de las TICs se puedan tener mecanismos de primera línea, con los cuales se haga frente a esa profesionalidad criminal que figuras delictivas de índole tecnológica, tales como la evasión de tributaria, el fraude, o propiamente el blanqueo de capitales están teniendo.

El contexto es el idóneo, las mentalidades de la mayoría de los individuos gira en torno a concebir su vida a través de las tecnologías de la información y comunicación; o bien, mediante la intervención en todo momento, de cualquier medio digital que facilite cualesquiera la actividad que en lo particular realicen; así que el mundo se encuentra en un momento en el que gracias a estos tiempos de aislamiento social, se puede revolucionar la vida cotidiana, llevándola hacia un sociedad digitalizada en todos sus rubro.

Referencias

Blanco Cordero, Isidoro, *Principios y Recomendaciones Internacionales para la Penalización del Lavado de Dinero. Aspectos Sustantivos, Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, 5.ª ed., Organización de los Estados Americanos, Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional (DDOT), Washington, 2002.

De Voto, Mauricio, *La Economía Digital: El dinero electrónico y el lavado de dinero*, Centro de Investigaciones de Tecnologías de la Información de Buenos Aires, Argentina, 2018.

Delgado Rodríguez, José María, *El blanqueo de capitales y el Crimen Organizado en España: Regulación, Tendencias de Política Criminal y Alternativas*, Universitat Internacional de Catalunya, Barcelona, 2016.

FAFT, *Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo, y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva*, Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica, Buenos Aires, 2021.

FAFT, *Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo, y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva*, Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica, Buenos Aires, 2020.

Gómez Iniesta, Diego José, *Utilización de las nuevas tecnologías en la comisión del blanqueo de dinero*, Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete, 2019.

Vergéz Calvo, Juan, *La inscripción de la titularidad real de las participaciones en las empresas. Un nuevo paso adelante en la lucha contra el blanqueo de capitales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

SECÇÃO 4

Direito Transnacional: Direito Global, Internacional e Europeu

O Direito Público Global e a sua influência na metodologia da investigação jus publicista

Paulo Linhares Dias¹

Sumário: 1. Introdução; 1.1. Breves considerações sobre a metodologia da investigação jurídica: 1.1.1. Distinção entre metodologia do direito e metodologia da investigação jurídica; 1.1.2. Caracterização da metodologia da investigação em direito; 2. Evolução e Conceito de Direito Público Global; 3. A globalização do Direito Público como demanda da uma nova metodologia da investigação jurídica: *(Re)making the public law research*: 3.1. A falência da pirâmide normativa; 3.2. O Direito Público Multinível 4. Caracterização da *nova metodologia da investigação jus publicista*.

Resumo: Com o presente trabalho pretende-se demonstrar como é que o *Direito Público Global*, com a caracterização que dele sumariamente se faz, demanda uma nova metodologia de investigação juspublicista, na verdadeira aceção de *remaking the public law research*. Ao mesmo tempo que se caracteriza essa nova metodologia da investigação jurídica moldada pelo “Direito Público Sem Fronteiras”.

Palavras-chave: Metodologia da investigação jurídica; Direito Público Global; Direito Constitucional Global; Direito Administrativo Global; Direito Constitucional Europeu; Direito Administrativo Europeu; Direito Público Multinível.

Summary: I. Introduction; I.1. Brief considerations on the methodology of legal research: I.1.1. Distinction between methodology of law and methodology of legal research; I.1.2. Characterization of the research methodology in law; 2. Evolution and Concept of Global Public Law; 3. The globalization of Public Law as a demand for a new methodology of legal research: *(Re)making the public law research*: 3.1. The failure of the normative pyramid; 3.2. Multilevel Public Law 4. Characterization of the new research methodology jus publicista.

Abstract: The present work intends to demonstrate how *Global Public Law*, with the characterization that is briefly made of it, demands a new methodology of public law investigation, in the true sense of *remaking the public law research*. At the same time we characterized this new methodology of legal investigation shaped by “Public Law Without Borders”.

Keywords: Legal research methodology; Global Public Law; Global Constitutional Law; Global Administrative Law; European Constitutional Law; European Administrative Law; Multilevel Public Law.

1 Doutorando em Direito Público na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

1. Introdução

A metodologia da investigação jurídica, enquanto *meio adjetivo* à produção e divulgação do conhecimento jurídico, revela-se de capital importância para a evolução e consolidação do Direito enquanto ciência: “Um conhecimento que se pratica sem o apuro técnico e a orientação epistemológica acaba se revelando frágil e insustentável; daí a louvável iniciativa de atrair estudos metodológicos para a formação do ensino jurídico ser considerada um significativo avanço para a autoreflexão das práticas do conhecimento da área”². Saudamos assim a comissão científica do III Encontro Ibérico de Doutorandos em Direito pelo tema proposto - *(Re)making the public law research* – que alia duas áreas da nossa eleição: a metodologia da investigação jurídica e o direito público global, numa interceção perfeita e atual da influência deste último sobre a primeira, *maxime* sobre a ciência jurídica jus publicista. Com o presente trabalho pretende-se, ainda que de forma perfunctória face à reflexão mais exaustiva que o tema demanda, demonstrar as transformações, ao nível da dogmática jurídica, provocadas pelo emergente, senão mesmo estabelecido, *Direito Público Global*.

O Direito Público Global, para efeitos do presente ensaio restringindo aos Direitos Constitucional e Administrativo³, enfrenta uma profunda mutação, fruto da sua *globalização* em geral e da *europaização* em particular, no que ao direito luso diz respeito, e que se refletirá necessariamente na metodologia da sua investigação. O *Novo Direito Público Global*⁴, ou *o Direito Público sem fronteiras*⁵, caracteriza-se, muito sumariamente, pelo seu desenraizamento do Estado e por ser um Direito *multinível*, o que condiciona a metodologia da investigação jus publicista⁶. Ou seja, consistindo o método jurídico na busca da melhor solução, partindo da interpretação das normas jurídicas, esta, na sua conceção clássica, assente numa pirâmide normativa típica, teorizada por Kelsen⁷, tendo no seu topo a Constituição e no direito internacional, ou supranacional, uma aplicação muito residual. Neste sentido, como adverte Vital Moreira, de facto o direito internacional não era fonte de direito imediata de acordo com os positivistas, tendo que ser transposto por lei interna para ser acolhido na comunidade nacional em questão. Ora, a problemática que agora se aborda constitui

2 Bittar, Eduardo, *Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito*, 16.ª ed., Editorial Saraiva, São Paulo, 2019.

3 No que acompanhamos Pereira da Silva, Vasco, *Direito Constitucional e Administrativo sem Fronteiras*, Almedina, Coimbra, 2019.

4 Na apropriação extrapolada das expressões de Cassese, Sabino, *Oltre lo Stato*, Editori Laterza, Roma, 2006, p. 38 e do título de Tavares Da Silva, Susana, *Um Novo Direito Administrativo?*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, sendo que ambos os casos se referiam apenas ao direito administrativo, tendo nós ampliado para o *direito público*.

5 Na expressão de Pereira da Silva, Vasco que a utiliza para os Direitos Constitucional e Administrativo sem fronteiras (*Direito Constitucional e Administrativo sem Fronteiras*”, ob. cit.).

6 Bem patente no trabalho de Ramajoli, Margherita, “Lesigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale” in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubbliche*, fasc. 2, 2010, pp. 1 e segs.

7 *Teoria pura do Direito*, 8.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019.

uma profunda alteração desse paradigma, impondo uma abordagem metodológica distinta, e da qual cuidaremos no presente ensaio.

Para o cumprimento de tal desiderato partiremos, em primeiro lugar, de um breve enquadramento do conceito e importância da metodologia da investigação jurídica (cfr. 1.), ao que se seguirá a enunciação do conceito e evolução do *Direito Público Global* (cfr. 2.). Partindo das premissas conceptuais anteriores, e consistindo na *tese* do presente trabalho, procuraremos demonstrar como a globalização do Direito Público exige uma nova abordagem da metodologia jus publicista (cfr. 3.), para concluirmos pela caracterização do novo paradigma da dogmática do direito público⁸.

1.1. Breves considerações sobre a metodologia da investigação jurídica

1.1.1. Distinção entre metodologia do direito e metodologia da investigação jurídica

Em primeiro lugar, importa fazer a distinção entre a *metodologia jurídica* e a *metodologia da investigação jurídica*. Embora não sejam indissociáveis, a primeira tem um âmbito mais vasto do que a segunda, diríamos mesmo que um carácter filosófico, enquanto ciência que estuda o *método jurídico*, definido este, por alguma doutrina, “como um conjunto articulado de procedimentos e raciocínios que o jurista desenvolve com o intuito de chegar a soluções jurídicas justas ou acertadas”⁹. Cabe, portanto, à *metodologia do direito* o estudo dos quadros metodológicos de acordo com as várias correntes do pensamento jurídico vigente. A dimensão jurídico-filosófica da metodologia do direito na busca da racionalidade axiológico-normativa, “enquanto dimensão constitutiva da...constituenda normatividade jurídica vigente”¹⁰, é transversal à história do pensamento¹¹. Porém, as limitações espaço temporais, de um artigo desta natureza, e o escopo do mesmo, impedem-nos de desenvolver esta temática, pelo que se remete para a melhor doutrina¹².

8 Uma vez mais, salientando-se que, não se ignorando que o conceito de direito público abarca outros ramos do direito, cingimo-nos, porém, àqueles que entendemos serem paradigmáticos da emergência de uma nova metodologia juspublicista: o direito constitucional e o direito administrativo.

9 Cortês, António, “Para uma metodologia jurídica integral” in *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Nuno José Espinosa Gomes da Silva*, Direito e Justiça, Vol. I, número especial, Universidade Católica, Lisboa, 2013, p. 39.

10 Na expressão de Pinto Bronze, Fernando José, *Metodologia do Direito*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020, p. 19.

11 Não só do pensamento jurídico, mas também da epistemologia, na busca do fundamento racional último para as preposições enunciadas.

12 Na doutrina nacional: Castanheira Neves, António, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993; *idem O atual problema da interpretação jurídica – I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003; Pinto Bronze, Fernando José, *Metodologia do Direito*, ob. cit.; *Idem, A Metodonomologia entre a semelhança e a diferença (reflexão problematizante dos pólos da radical matriz análogica do discurso jurídico)*, Studia Jurídica, 3, Coimbra Editora, Coimbra, 1994; Lamego, José, *Elementos de Metodologia Jurídica*, Almedina, Coimbra, 2016. Na doutrina estrangeira: Larenz, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, 4.ª ed., tradução de José Lamego, ob. cit.; Fikentscher, Wolfgang, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Tübingen, 1977.

Por sua vez, a *metodologia da investigação jurídica* dedica-se à análise sistemática dos métodos da investigação do direito, enquanto ciência, ou seja, à análise do processo de investigação, dos princípios que o norteiam e métodos seguidos¹³, como bem refere Karl Larenz¹⁴: “Cada ciência lança mão de determinados métodos, modos de proceder, no sentido da obtenção de respostas às questões por ela suscitadas”.

Como já se referiu, a *metodologia jurídica* e a *metodologia da investigação jurídica* não são indissociáveis, sendo antes entrecruzáveis e essenciais uma à outra, mas nem por isso confundíveis¹⁵. Reportam-se a momentos e finalidades distintas da realização do Direito, ainda que interrelacionadas. Aderimos assim à síntese distintiva entre a *metodologia do direito* e a *metodologia da investigação jurídica*: «Distingue-se assim, respetivamente: “a função *judicativo-descisória*” chamada a resolver os problemas jurídicos concretos em termos casuístico-jurisdicionais, da *função dogmática*, dirigida antes ao conhecimento objetivo-sistemático do direito constituído e vigente numa determinada comunidade histórica»¹⁶.

A nossa análise incidirá apenas sobre a *metodologia da investigação jurídica*, de resto na senda do tema proposto – *(Re)making public the law research*. Não sem antes fazermos uma breve referência ao facto desta temática ter ganho alguma relevância no direito pátrio, porventura, nem sempre pelas melhores razões. Ou seja, temos assistido a um incremento significativo do tratamento dogmático da *metodologia da investigação jurídica*¹⁷, ainda que entendamos que mais influenciada pela necessidade pedagógica provocada pelo inflacionamento dos estudos pós-graduados, no ensino

13 A propósito da metodologia da investigação em ciências sociais e na sociologia em particular, Giner, Salvador, refere que “chamamos metodologia ao estudo sistemático dos métodos utilizados por uma ciência na sua investigação da realidade, que inclui a análise lógica do processo de investigação e o exame dos princípios e hipótese que o guiam” (in *Sociologia*, Editora Península, Barcelona, 1974, p. 36). No que é seguido, no que à investigação jurídica diz respeito, por BARRAUD, Boris, *La recherche juridique - Sciences et pensées du droit, L'Harmattan*, Paris, 2016, p. 9: “a investigação é o conjunto de trabalhos metodicamente levados a cabo por especialistas de uma determinada área, com a finalidade de fazer progredir essa área do conhecimento. Assim, a investigação jurídica será o conjunto de trabalhos metodicamente levados a cabo por especialistas do direito, com o intuito de desenvolver o seu conhecimento, através de estudos sobre as normas, as instituições, os comportamentos e opiniões jurídicas visando desenvolver o conhecimento jurídico”.

14 *Metodologia da Ciência do Direito*, 4.^a ed., tradução de José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, p. 1.

15 Esta distinção nem sempre é perceptível na doutrina, como por exemplo em LISBOA, Marcelo, “Metodologia Jurídica e a sua relação com o conceito, interpretação e aplicação do direito: uma visão panorâmica” in *RJLB*, ano 2, n.º 2, 2016, p. 849, as *metodologias* do direito e da investigação jurídica, aparentam ser tratadas indistintamente.

16 Castanheira Neves, António, “Método Jurídico”, in *AAVV, Pólis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Vol. IV, 2.^a Ed., Verbo, Lisboa, 2004, cl. 226, *apud* Poças, Luís, *Manual de Investigação em Direito – Metodologia da Preparação de Teses e Artigos Jurídicos*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 32.

17 Quer através de publicações dedicadas, de que destacamos Poças, Luis, *Manual da Investigação Jurídica*, ob. cit., e Aragão, Alexandra, “Breves reflexões em torno da investigação jurídica” in *BFD*, Vol. LXXXV, Coimbra, 2009, pp. 765-793, quer, sobretudo, através da inclusão nos planos de estudo das faculdades de direito da disciplina de metodologia da investigação jurídica (nas suas diversas nomenclaturas), transversal a todos os ciclos do ensino superior, mas com maior incidência no segundo ciclo.

pós-Bolonha¹⁸, do que propriamente pelo seu cariz puramente científico. Ainda que, enquanto ciência, a metodologia da investigação jurídica, vise, também, proporcionar conhecimentos essenciais à investigação e redação de estudos de direito.

1.1.2. Caracterização da metodologia da investigação em direito

A metodologia da investigação na ciência do Direito distingue-se porém, das demais ciências, em particular das outras ciências sociais¹⁹, por ter como principal fonte as normas jurídicas e consistindo o seu método, quase exclusivamente, na interpretação daquelas. Ou seja, embora não seja alheia à realidade social, que de resto visa regular, o direito, e em particular a metodologia da investigação jurídica, distancia-se das demais ciências sociais por não partir do conhecimento empírico da realidade social, confinando-se à função exegética.

Os métodos tradicionais da investigação jurídica partem assim da interpretação das normas jurídicas, no que se cruza com a *metodologia do direito*, socorrendo-se para tal das fontes mediatas do direito, em particular da doutrina e da jurisprudência. Porém, discordamos do entendimento de que a problematização na investigação jurídica parte apenas dos normativos vigentes e não da análise da realidade social. Não se pode ignorar que o direito tem como fim a regulação da vida em sociedade, pelo que, não raras vezes, a problematização parte desta, tendo por vista justamente a sua regulação, sobretudo nos casos, não raros, em que o direito não acompanha a evolução da sociedade. Certo é que, na prática, a investigação vai ser feita a partir dos normativos vigentes, problematizando-se em torno da incapacidade destes para a regulação da realidade social em mutação, e procurando-se soluções de *iure condendo* que ponham termo a essas lacunas no ordenamento jurídico vigente²⁰.

Com relevância para o presente estudo, deter-nos-emos apenas quanto aos métodos e técnicas de pesquisa e interpretação teórica²¹. Em particular, e no que toca aos métodos, a resposta à problematização formulada estará, em primeira linha, nas fontes imediatas do direito, ou seja, as normas jurídicas: “conhecer o direito é conhecer a lei”²², aqui entendida em sentido material, enquanto normas gerais e abstratas vigentes

18 No que acompanhamos Poças, Luis, *Manual da Investigação Jurídica*, ob. cit., p. 13.

19 Posto que a metodologia de investigação destas já se distingue, por si só, do método científico das ciências ditas “exatas”.

20 De que são exemplos fenómenos recentes como as *fin tech*, e em particular as *criptomoedas*, cujo aparecimento precedeu a regulação jurídica, sendo hoje objeto de diversos estudos, de que são exemplo na doutrina nacional: AAVV, coord. Menezes Cordeiro, António; Perestrelo Oliveira, Ana; Pereira Duarte, Diogo, *FinTech – Desafios da Tecnologia Financeira*, Almedina Coimbra, 2019; *idem*, *Fin Tech II – Novos Estudos Sobre Tecnologia Financeira*, Almedina, Coimbra, 2019.

21 Com particular exatidão, sobre a pesquisa jurídica enquanto ciência e os seus (sub)ramos: Barraud, Boris, *La recherche juridique – Sciences et pensées du droit*, L’Harmattan, Paris, 2016.

22 Assim começa THEUX, Axel (dir.); Kovalovszky, Imre (dir.); et Bernard, Nicolas (dir.), *Précis de méthodologie juridique: Les sources documentaires du droit*, Nouvelle édition [en ligne]. Bruxelles: Presses de l’Université Saint-Louis, 1995 (généré le 19 mars 2022). Disponível em: <http://books.openedition.org/pusl/4061>. Posição não corroborada por Barraud, Boris, *La recherche juridique – Sciences et pensées du droit*, ob. cit., p. 168, que afirma que a investigação jurídica não pode ser confinada à interpretação dos textos normativos.

no ordenamento jurídico e emanadas de um órgão cuja competência está constitucionalmente prevista. Contudo, como veremos, este é um dos arquétipos postos em causa com a *Globalização do Direito Público* e que abala as tradicionais teorias das fontes do direito e da pirâmide normativa, conforme constitucionalmente prevista, sendo, de resto, um dos principais fatores que condicionam a nova *metodologia da investigação jurídica* (cfr. *infra* 3.).

Porém, conhecer o direito, é também conhecer o “estado da arte”, sobre a problemática que se propõe investigar e desenvolver, pelo que as fontes mediatas do direito que contribuem para sua divulgação²³, *maxime a doutrina e a jurisprudência*, desempenham um papel muito relevante na investigação²⁴. Neste particular, a *Globalização do Direito Público*, ou a globalização do direito em geral, não vieram trazer alterações ao “estado da arte” da própria *metodologia da investigação*, i.e., a doutrina continua a ter uma papel muito relevante enquanto fonte para a investigação²⁵, ao mesmo tempo que a jurisprudência acentuou a sua relevância nas investigações jus publicistas, sendo de destacar a importância da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) na construção do Direito Europeu²⁶, com forte impacto no direito nacional por via da europeização do Direito Público, em particular do Direito Administrativo (cfr. *infra* 2.)²⁷.

23 Não curaremos aqui da distinção e problemática em torno da fontes imediatas e mediatas de direito, remetendo, entre outros para Menezes Cordeiro, António, “Das fontes do direito e da lei: a história presente in *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Nuno José Espinosa Gomes da Silva*, Direito e Justiça, Vol. I, ob. cit., pp. 118-142, e Castanheira Neves, António, “Fontes de Direito: contributo para a revisão do seu problema”, in *Homenagem aos Professores Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz*, BFD, Vol. LVIII, Coimbra, 1982, pp. 170-285.

24 Sobre o papel da doutrina e da jurisprudência na metodologia da investigação jurídica, De Theux, Axel, Kovalovsky, Imre, Bernard, Nicolas, *Précis de Méthodologie Juridique*, ob. cit., pp. 213-220 e 433-439. Entre nós, e numa perspetiva mais didática (enquanto fontes de informação), Luís Poças, *Manual de Investigação em Direito*, ob. cit., pp. 108-126.

25 Sendo, porém, de destacar a proliferação de autores, por via do, já aqui referido, inflacionamento dos estudos pós-graduados, na sequência da reforma de Bolonha. A este propósito relembramos Freitas do Amaral, Diogo na *Última Lição*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 43-53, que, numa retrospectiva sobre os 50 anos da ciência do Direito Administrativo, alude justamente ao aumento exponencial de publicações, assim como de teses de doutoramento em Direito Administrativo. Por outro lado, o aparecimento de publicações de acesso livre, na internet, faz com que o acesso mais facilitado às fontes possa, nem sempre, ser o mais criterioso.

26 O Direito Europeu é conhecido por ser um *direito do pretor*, atento o papel que o Tribunal de Justiça (TJUE), tem na sua construção. Aliás, o Direito Europeu Positivado, quer originário, quer derivado, não raras vezes é propositadamente abstrato, por forma a que seja conformado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. Sobre o papel do Tribunal de Justiça na construção do Direito Europeu vide: Quadros, Fausto, *Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 292.

27 Nem se diga, pois, ao abordar o importantíssimo papel da jurisprudência e da doutrina, que as mesmas “constitu[em] um perigoso desvio dos bons princípios. (...) É impossível, é ilegítimo sobrepor de qualquer maneira outra vontade (jurisprudencial ou administrativa) à do legislador. (...)” (Queiró, Afonso, in *Lições*, 1959, pp. 123-124, *apud* Amaral, Freitas, *Curso de Direito Administrativo* Vol I, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, pp 145-146).

2. Evolução e conceito de Direito Público Global

O papel do direito como organizador da realidade social não foi imune à globalização, reafirmando assim a sua principal função. A uma deslocação humana sem precedentes, no plano físico, alia-se a sociedade digital, com uma vertiginosa circulação de informação, transformando o modo de organização da sociedade contemporânea. A mundialização²⁸ trouxe aos Estados-nação uma incapacidade de lidar com os problemas transfronteiriços, cuja resolução se transferiu, pelo menos parcialmente, para o plano supranacional. Do mesmo passo, um conceito cosmopolita de cidadania atribuiu ao indivíduo uma relevância que até então era exclusiva dos Estados, naquilo a que alguns autores designam por “humanização do direito internacional”²⁹. Ou seja, o Direito Internacional Público, até então bastião da regulação das relações entre os Estados, e entre estes e as organizações supranacionais a que voluntariamente se ligavam, passou a reconhecer a proteção imediata dos cidadãos, sem a intervenção mediata dos Estados e, não raras vezes, conferindo a possibilidade de demandarem esses mesmos Estados em instâncias internacionais.

O movimento social a que se aludiu no parágrafo anterior, no plano jurídico, traduziu-se no abalo da “jus-fundamentalidade do Estado”³⁰, com o fortalecimento do Direito Internacional Público em detrimento do Direito Constitucional. Ou seja, à autovinculação dos Estados às organizações supranacionais constitucionalmente consentida sucede-se uma imposição do direito supranacional constitucionalmente “admitida”. Perante a incapacidade de dar soluções transfronteiriças, o crescimento dos poderes públicos supraestaduais leva ao enfraquecimento do Estado-nação e à atenuação do constitucionalismo assente no Estado-nação, com a emergência do “Constitucionalismo Global”³¹. Apropriando-nos da metáfora da “infância difícil do contencioso

28 Conceito a que aderimos por oposição à globalização de Ulrich Beck, in *La Società Cosmopolita. Prospettive dell'epoca postnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2009. Sobre a influência da mundialização na cidadania cosmopolita, vide Linhares Dias, Paulo “Mundialização e Multiculturalismo e a Refundação do Conceito da Cidadania – uma cidadania sem Estado?”, *Atlântida revista de cultura*, Vol. LXII, Angra do Heroísmo, 2017, p. 126. No sentido da adoção do conceito de mundialização em detrimento da globalização vide Moreira Neto, Diogo, in “Transadministrativismo: uma apresentação”, *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, pp. 67-83, set./dez. 2014.

29 Vide Veiga, Paula “Alguns Dilemas da Emancipação da Cidadania Cosmopolita”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, AAVV, coord. Costa Andrade, Manuel, Antunes, Maria João, e Aires de Sousa, Susana, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 1107.

30 Na expressão de Abreu Duarte, Francisco, “À descoberta do fundamento constitucional do Direito Administrativo Global”, in *e-pública Revista de Direito Pública Eletrónica*, Vol. 1, n.º 1, janeiro de 2014.

31 Como escreve Sousa Cunha, Ricardo, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo global entre a constitucionalidade e a fragmentação*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 33: «A natureza consensual da vinculação externa dos Estados, ainda sujeitos clássicos de direito internacional, na solução de problemas maiores do que as fronteiras do Estado-Nação moderno, não augurava originalmente o que hoje é um dos mais decisivos fundamentos de uma, há muito anunciada, “crise de Constituição”. A crise do paradigma constitucional na legitimação da atuação do Estado é, nesta perspectiva, o resultado do papel concorrente de diferentes ordenamentos jurídicos e jurisdições, cuja vigência confronta a tradicional sujeição administrativa ao princípio constitucional da legalidade (...)».

administrativo” de Pereira da Silva, Vasco³², diríamos que o “Direito Administrativo global”, qual “primo” do Direito Administrativo estadual, padece de igual maleita, nascido de um Direito Constitucional Global, imerso numa guerra dos tronos pela jus-fundamentalidade internacional. Porém, atenta a complexidade da temática do Direito Constitucional Global, a sua invocação nesta sede surge também³³ no quadro da “parentalidade” do *Direito Administrativo Global*³⁴, como refere Peter Häberle³⁵: «o Direito Administrativo atual, existe, modifica-se e desaparece, tanto em sentido formal como em sentido material em conjugação com – e indissociavelmente ligado ao – Direito Constitucional. Este “cordão umbilical” entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo dá origem a uma relação de “dupla dependência”», no sentido de que o Direito Administrativo depende do Direito Constitucional enquanto definidor da organização administrativa, das suas atribuições e dos seus limites³⁶; mas, por seu turno, o Direito Constitucional precisa do Direito Administrativo para a sua concretização, na aceção clássica de que “o Direito Administrativo é Direito Constitucional concretizado”³⁷. Contrariando-se, assim, a conceção de há mais de um século de Otto Mayer, que asseverava que o Direito Administrativo é indiferente ao Direito Constitucional.

A mutação do Direito Administrativo estadual está, assim, intrinsecamente ligada a uma normatividade supraestadual que nela se reflete, mas que não é isolada, sendo antes acompanhada de uma mutação, desde logo, do Direito Constitucional, que atualmente também se reclama global, no sentido de uma *reconstitucionalização* que albergue os novos poderes supranacionais³⁸.

É, pois, neste contexto de um “Direito Constitucional e Administrativo sem fronteiras”³⁹ que a dogmática do Direito Público é invadida por novos conceitos

32 In *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise – Ensaio Sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*, 2.^a Edição, Coimbra, 2009.

33 Para maior desenvolvimento do Constitucionalismo Global, na doutrina lusa vide Sousa Cunha, Ricardo, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a Constitucionalização e a Fragmentação*, ob. cit.; Pereira Da Silva, Vasco, *Direito Constitucional e Administrativo sem fronteiras*, ob. cit. pp. 20-22 e 48-56; Abreu Duarte, Francisco, in “À descoberta do fundamento constitucional do Direito Administrativo Global”, e-pública – Revista Eletrónica de Direito Público, ob. cit.; Fausto de Quadros, “Global Law, Plural constitutionalism and Global Administrative Law”, in *Global Administrative Law towards a Lex Administrativa*, Javier Robalino-Orellana e Jaime Rodriguez-Arana Munõz (coord.), Cameron May, 2011. Na doutrina estrangeira vide Sabino Cassese, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006; *Lo spazio giuridico globale*, Bari, 2003, p. 323, “Global Administrative Law: An introduction”, in *Institute for International Law and Justice*, New York University of Law, 2005; Neil Walker, “Taking Constitutionalism Beyond the State”, in *Political Studies*, Volume 56 Issue 3, October 2008.

34 “Parentalidade” esta que Abreu Duarte, Francisco investiga in “À descoberta do fundamento constitucional do Direito Administrativo Global”, e-pública – Revista Eletrónica de Direito Público, ob. cit.

35 *Apud* Pereira Da Silva, Vasco, in *Direito Constitucional e Administrativo sem fronteiras*, ob. cit., p. 22.

36 Por via dos princípios norteadores da atividade administrativa e que se traduzem nas garantias dos administrados.

37 Fritz Werner, *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht* in DVBl 1959, pp. 527-533.

38 Neste sentido Sousa da Cunha, Ricardo, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a constitucionalização e a globalização*, ob. cit., p. 40.

39 Pereira da Silva, Vasco, *Direito Constitucional e Administrativo sem Fronteiras*, ob. cit., p. 38.

como “Direito Constitucional Global”⁴⁰; “Transadministrativismo” ou “Direito Administrativo transnacional”⁴¹; “Direito Administrativo Global”⁴²; “Direito Administrativo Cosmopolita”⁴³; “Direito Administrativo Europeu”⁴⁴ e “Direito Administrativo multinível”⁴⁵, numa dimensão que ultrapassa a mera conceptualização, assumindo uma relevância direta no tema de nos ocupamos.

O *Direito Administrativo Global* emergente do contexto sumariamente descrito caracterizar-se-á, por um lado, por um afastamento do Direito Administrativo estadual e, por outro, no aparecimento de um novo modelo de Direito Administrativo supranacional, com características próprias, que escalpelizaremos.

No que toca à primeira dimensão, assistimos a um divórcio com um dos pilares fundamentais da doutrina jus-administrativista dos últimos séculos: a vinculação da administração à lei e à Constituição. I.e., nas diferentes conceções do Estado e com as sucessivas transformações dos Direitos Constitucional e Administrativo, desde a agressiva administração do Estado-Liberal até ao Estado de Direito de Social⁴⁶, o Direito Administrativo sempre foi um direito nacional, ancorado num Estado. Como escreveu Sabino Cassese⁴⁷, “os direitos administrativos são historicamente filhos dos Estados nacionais. As Administrações públicas pertencem a uma comunidade estadual, dependem estruturalmente dos governos nacionais e são reguladas por lei, à

40 Sousa Cunha, Ricardo, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a Constitucionalização e a Fragmentação*, ob. cit., p. 33.

41 Moreira Neto, Diogo, “Transadministrativismo: uma apresentação”, *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, pp. 67-83, set./dez. 2014.

42 Na conceção de Cassese, Sabino, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 38, e “La globalizzazione amministrativa”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 3, AAFDL, 2018, pp. 65-69. Entre nós: Pereira da Silva, Vasco, *Direito Constitucional e Administrativo sem Fronteiras*, ob. cit., pp. 24 e 48-56; Abreu Duarte, Francisco, “À descoberta do fundamento constitucional do Direito Administrativo Global”, in *e-publica, Revista Eletrónica de Direito Público*, Vol. 1, n.º 1, janeiro de 2014, pp. 187-202; Sousa Cunha, Ricardo, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a constitucionalização e a globalização*, Almedina, Coimbra, 2016.

43 Sousa da Cunha, Ricardo, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a constitucionalização e a globalização*, ob. cit., pp. 39, 431.

44 Nas suas diversas conceções, entre outros vide: Chiti, Edoardo, in “La Costruzione del sistema amministrativo europeo”, in AAVV., coord. Mario Chiti in *Diritto Amministrativo Europeo*, Giuffrè Editore, Milano, 2018, pp. 52 e segs.; Galletta, Diana-Urania, in “Le Fonti del Diritto Amministrativo Europeo” in *Diritto Amministrativo Europeo*, ob. cit., pp. 91 e segs.; Pereira da Silva, Vasco, *Direito Constitucional e Administrativo sem Fronteiras*, ob. cit. pp. 56-62; TAVARES DA SILVA, Suzana, *Direito Administrativo Europeu*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010; D’Oliveira Martins, Afonso, “A Europeização do Direito Administrativo Português”, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Volume II, Almedina, 2001, pp. 999-1024; Duarte, Maria Luísa, in “O Direito Administrativo Europeu – Um motor de convergência dos Direitos Administrativos nacionais”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Sérvulo Correia*, Coimbra Editora, 2010, pp. 903-964; Jean-Bernard Auby/Jacqueline Dutheil de La Rochere, *Droit Administratif Européen*, Bruylant, 2007.

45 Sobre o Direito Administrativo multinível vide: Pereira da Silva, Vasco, *Direito Constitucional e Administrativo sem Fronteiras*, ob. cit., pp. 26-32; Sousa Cunha, Ricardo, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a constitucionalização e a globalização*. Almedina, Coimbra, 2016. p. 189.

46 No Estado Regulador já é cada vez mais evidente a separação entre o Direito Administrativo e o Estado.

47 In *Oltre lo Stato*, Editori Laterza, Roma, 2006, p. 72.

qual estão submetidas, por causa do princípio da legalidade. Os direitos administrativos são, por isso, direitos essencialmente estatais”. Assiste-se assim à atenuação da dimensão estadual do Direito Administrativo com o “desaparecimento da ligação necessária do Direito Administrativo ao Estado”⁴⁸, numa alteração de paradigma, onde era “sacrossanto” o princípio da legalidade administrativa. Ou, como bem salienta Sousa da Cunha⁴⁹, «O “casamento sem divórcio” entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, afirmado por uma autónoma *função administrativa* no quadro do princípio constitucional da separação de poderes, parece evidenciar sinais de crise. Ao fim de alguns séculos, encontra-se ameaçado pela “sedução” do cosmopolitismo constitucional e outras “tentações”, como a eficiência da ação administrativa, que colocam em causa um dos “confortos” da tradição jurídica ocidental».

Ao distanciamento entre o Direito Administrativo e a administração estadual corresponde à emergência de uma administração supraestadual, cujo quadro matricial difere, em muito, do basilar princípio da separação de poderes emergente da revolução francesa e que norteou o Direito Constitucional ocidental até ao início do presente século.

Também no que toca ao Direito Administrativo Global, assistimos a alterações profundas nas matrizes deste ramo do direito, i. e., a uma organização administrativa verticalmente estratificada, cujos poderes estão constitucional e legalmente previstos, mas cujo topo da hierarquia nunca ultrapassava a fronteira do Estado, alia-se uma administração assente em relações horizontais, assente em ordenamentos jurídicos, sem que, muitas das vezes, também seja nítida a separação de poderes, nem tão pouco a distinção entre administrador e administrado, nem entre público e privado. Tal como descrito pela maioria da doutrina, à primeira vista, a globalização do Direito Administrativo parece tender para uma certa “anarquia”. Para corroborar a nossa afirmação, citamos a distinção feita por um dos pioneiros dos estudos sobre o Direito Administrativo Global⁵⁰ – Sabino Cassese⁵¹ – entre o nível global e o nível nacional de Direito Administrativo, no que é seguido pela maioria da doutrina⁵², e que se fundaria essencialmente em quatro premissas:

48 Pereira da Silva, Vasco, “Viagem pela Europa do Direito Administrativo”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, CEJUR, n.º 58, julho-agosto, 2006, pp. 60 e segs.

49 *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a Constitucionalização e a Fragmentação*, ob. cit., p. 199.

50 Como refere Moreira Neto, Diogo, “Transadministrativismo: uma apresentação”, in *Revista de Direito Administrativo*, ob. cit., p. 80, “Argutamente, o próprio Sabino Cassese observou o rápido desenvolvimento (Un sviluppo rápido...) desse nascente ramo disciplinar, com a proposta de seguir analisando os novos ordenamentos e responder à questão que se segue: em que medida os Estados são ainda protagonistas da ordem jurídica global...”. O mesmo autor cita ainda Benedict Kingsbury, Nico Krish e Richard Stewart, “The emergence of global administrative law”, Institute for International Law and Justice, summer-autum 2005, (Global Administrative Series), pp. 15-61, como pioneiros dos Estudos sobre Direito Administrativo Global.

51 In *Global Administrative Law: An introduction*, in *Institute for International Law and Justice*, New York University of Law, 2005, p. 9, e *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 42-43.

52 Entre nós: Abreu Duarte, Francisco, “À descoberta do fundamento constitucional do Direito Administrativo Global”, in *e-Pública: Revista Eletrónica de Direito Público*, ob. cit.; Pereira da Silva, Vasco, *Direito*

- a) A ordem jurídica internacional não se afigura unívoca, sendo na verdade uma interpenetração de aplicação de normatividades várias; já a ordem jurídica estatal prima pela univocidade e coerência.
- b) O Direito Administrativo Global assenta num carácter iminentemente autor-regulador, num espaço de cooperação em que não se distingue com clareza o papel de Administrador do papel de Administrado; no plano interno a lógica assemelha-se mais à de subordinação e clareza na distinção de quem administra e de quem é administrado.
- c) No Direito Administrativo Global existe uma maior preponderância para a tomada de decisões baseadas em comités de especialistas, que carecem de legitimidade democrática; nos ordenamentos nacionais, a legitimidade democrática tende a ser uma constante, legitimando as decisões governamentais.
- d) Por fim, à escala global, o Direito Público distingue-se com mais dificuldade do âmbito de Direito Privado, na medida em que a profusão de inúmeras “normatividades” a isto obriga; no Direito Administrativo estatal, a fronteira é mais nítida num critério pelo menos delimitativo das funções do Estado (onde se distingue concretamente a função Administrativa).

De facto, a “administração global” é caracterizada por uma heterogeneidade organizativa e normativa, que foge dos cânones do Direito Administrativo tradicional, talvez por isso mesmo apelidada de “cosmopolita”, no reconhecimento de uma “vinculação administrativa complexa”⁵³. O facto de o Direito Administrativo Global emergir de ordenamentos jurídicos distintos, aos quais se vincula em planos igualmente distintos, numa interação entre público e privado, coloca sérios desafios à dogmática do hodierno Direito Administrativo.

Concluimos, como Pedro Costa Gonçalves⁵⁴: «estamos agora em condições de perceber o sentido do Direito Administrativo Global, desde logo como Direito Administrativo desligado ou “desengajado” do Estado e, também, das administrações públicas nacionais. Por outro lado, ao contrário do que se poderia supor, não se trata de um corpo organizado de regras jurídicas (qualquer que seja a sua proveniência) com o objetivo de disciplinar a ação dos protagonistas da administração pública global. Em vez disso, o conceito tem sobretudo a vocação de projetar uma ideia de exigência de submissão da dita administração pública global aos princípios e aos valores do Direito Administrativo (...)»⁵⁵.

Constitucional e Administrativo sem Fronteiras, ob. cit., p. 50; Sousa da Cunha, Ricardo, *Constituição e Legalidade Cosmopolita*, ob. cit., pp. 37-44 e p. 202.

53 Sousa da Cunha, Ricardo, *Constituição e Legalidade Cosmopolita*, ob. cit., pp. 431 e segs.

54 Gonçalves, Pedro, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, ob. cit., p. 338.

55 *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, ob. cit., pp. 339-340, de resto como Sabino Cassese, na análise dos dois casos in *Oltre lo Stato*, ob. cit., p. 38, sobre o “atum azul” e “gambas e tartarugas”, fazem referência à transferência dos princípios do Direito Administrativo interno, para o Direito Administrativo Global, naquilo a que Costa Gonçalves designa como *exportação de valores referenciais*.

Uma última referência, no que ao ordenamento jurídico luso diz respeito, à *europização do Direito Administrativo*. No espaço do “Direito Administrativo sem Fronteiras”, apenas a matriz comum do carácter supranacional do Direito Administrativo Global e do Direito Administrativo Europeu os une, sendo maiores as fronteiras que os separam do que os pontos comuns, não obstante cada um a seu modo contribuiu para a existência de um *Direito Público Global*. Obviamente, o facto de o Direito Administrativo Europeu emergir de uma comunidade juridicamente organizada, com um direito constitucional próprio, confere-lhe uma legitimidade de filho pródigo, na família do “Direito Constitucional e Administrativo sem Fronteiras”, enquanto o Direito Administrativo Global se caracteriza pela rebeldia juvenil de quem luta pelo seu reconhecimento.

Muitos são os fatores que contribuem para a crescente afirmação do Direito Administrativo Europeu, avultando desde logo a emergência de um Direito (materialmente) Constitucional na União⁵⁶. A formulação clássica de que o Direito Administrativo é Direito Constitucional concretizado não comporta qualquer razão para que, no âmbito do Direito da União Europeia, não tenha a mesma consideração dogmática de que goza no direito estadual, ou até mesmo de outros direitos supraestaduais, procurando a sua legitimação neste último, ainda que num fenómeno de dependência mútua. A maturidade do Direito Administrativo Europeu advém da maturidade do Direito Constitucional Europeu⁵⁷, que, por seu turno, se fundamenta no modelo dualista do sistema jurídico da União Europeia e da própria cidadania europeia. Pois, ao contrário das demais organizações supranacionais, que mais não são de que uma soma de

56 A discussão em torno de saber se o Direito Europeu originário é Direito Constitucional da União, ou se estamos apenas perante Tratados, é uma temática que “muita tinta tem feito correr”, mas sobre a qual não nos poderemos deter. Contudo, não podemos deixar de assinalar a nossa concordância e subscrição da tese de que, não obstante não poderemos falar numa constituição em sentido formal, estamos perante uma Constituição em sentido material, como assinala BATTINI, Stefano, *L'Unione Europea Quale Originale Potere Pubblico* in *Diritto Amministrativo Europeo*, AAVV., coord. Mario Chiti, Giuffrè Editore, Milano, 2018, p. 25: «o processo de “constitucionalização” da União Europeia reforçou-se, passo a passo com o peso da cidadania no ordenamento jurídico, com o progressivo reconhecimento, como visto, dos direitos de participação política e direitos fundamentais, apontando para um modelo de Constituição e não de Tratado.» No que é seguido, entre outros, por Habermas, Jürgen, *Um Ensaio Sobre a Constituição da Europa*, Edições 70, Lisboa, 2012, pp. 61 e segs; Gomez Sanchez, Yolanda, *Derecho Constitucional Europeo*, Sanz y Torres, 2015; Balaguer Callejon, Francisco, “A relação dialética entre identidade constitucional nacional e europeia, no quadro do Direito Constitucional Europeu” in *EU Law Journal*, Vol. 3, n.º. 1, Janeiro 2017, pp. 12-14. Entre nós: Pereira da Silva, Vasco, *Direito Constitucional e Administrativo sem Fronteiras*, ob. cit., pp. 25-27 e 67-80, em especial p. 73; Ferreira da Cunha, Paulo, *Novo Direito Constitucional Europeu*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 13 e segs.; Amado Gomes, Carla, *A natureza constitucional do Tratado da União Europeia*, Lisboa, 1997, p. 32. Em sentido contrario, Miranda, Jorge, “A Integração Europeia e a Constituição Portuguesa”, ICJP, documento eletrónico disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/821-1350.pdf>, p. 6. Este autor é do entendimento de que o Direito Constitucional Europeu é o conjunto de normas de Direito Constitucional interno que definem o modo como Estado Membro participa na UE e o impacto que daí advém, negando por isso a existência de uma constituição europeia, ainda que em sentido material.

57 Em sentido contrario Tavares da Silva, Suzana, *Direito administrativo europeu*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 9, refere que “A primeira dificuldade que o direito administrativo europeu enfrenta é a falta de um Estado Europeu ou de uma Federação (falta de uma fonte única de legitimação) e a falta de uma organização administrativa (falta de um corpus administrativo unitário) funcionalmente dependente de um Estado”.

Estados politicamente organizados em torno de um determinado propósito⁵⁸, a UE organiza-se como uma verdadeira comunidade jurídica, mais ampla do que a simples soma dos Estados, não sendo estes os seus únicos interlocutores imediatos, tendo os cidadãos como sujeitos de direitos, beneficiando de uma cidadania europeia distinta daquela que é automaticamente reconhecida pela cidadania de um Estado Membro⁵⁹.

Por outro lado, a grande interação entre o Direito da União Europeia e o direito dos Estados Membros, através dos princípios da prevalência sobre o direito estadual e da eficácia direta⁶⁰, conferem à UE um estatuto singular no quadro das organizações supranacionais, fazendo com que o Direito da União Europeia exista e subsista por si próprio, e, paralelamente, assimilado pelo direito interno, onde tem grande interpenetração. Aliás, é por via da crescente influência do Direito da União sobre o Direito Administrativo que ganha crescente relevância o conceito de “Europeização do Direito Administrativo”, que não obsta a que, de igual modo, se fale de uma “Administrativização do Direito Europeu”⁶¹.

Concluimos assim pela existência de um *Direito Público Global*, caracterizado no essencial pelo seu desenraizamento do Estado, mas também pela interpenetração – vertical e horizontal – de outros ordenamentos jurídicos, muitas das vezes num plano *multinível*, que não poderá deixar de se refletir na dogmática jurídica.

3. A globalização do Direito Público como demanda da uma nova metodologia da investigação jurídica: *(Re)making the public law research*

Caracterizado o *Direito Público Global*, importa pois determinar em que medida é que este influencia a metodologia da investigação jus publicista, demandando a sua refundação. Ora, a resposta, colocar-se-á a dois níveis: a falência da pirâmide normativa, tendo como corolário *O Direito Público Multinível*.

58 Sem que isso represente uma qualquer desqualificação do papel e relevância dessas instituições.

59 Como refere Battini, Stefano, “A cidadania europeia instituída pelo Tratado de Maastricht de 1992, exprime juridicamente o vínculo de pertença do singular à União”, gerando nos cidadãos europeus um sentimento de pertença à comunidade política, ou, como reforça o mesmo autor, “ninguém se sente cidadão da ONU ou da OMC” (“L’Unione Europea Quale Originale Potere Pubblico”, in *Diritto Amministrativo Europeo*, AAVV., coord. Mario Chiti, Giuffrè Editore, Milano, 2018, p. 20).

60 I. e., sem a necessidade de atos de aceitação ou de integração de eficácia, como acontece com o direito internacional convencional (ainda que o Direito Europeu originário não deixe de ser direito internacional convencional). Sobre os princípios do primado do Direito da UE e do efeito direto, vide: Fausto de Quadros, *Direito da União Europeia*, ob. cit., pp. 398-423 e 426-441, e cfr. também os acórdãos TJUE Van Gend & Loos, de 5-2-1963, Proc.º 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 e Van Duyn, de 4-12-1974, Proc.º 41/74, ECLI:EU:C:1974:133.

61 Neste sentido Pereira da Silva, Vasco, *Direito Constitucional e Administrativo sem Fronteiras*, ob. cit., pp. 58-59.

3.1. A falência da pirâmide normativa

Uma das primeiras consequências do *Direito Constitucional e Administrativo sem Fronteiras*, caracterizado pelo seu desenraizamento do Direito Estadual, é a falência da pirâmide normativa, a começar, desde logo, pelo enfraquecimento da Constituição enquanto cúpula estanque do ordenamento jurídico nacional, característica já aqui desenvolvida sobre o *Direito Constitucional Global* (cfr. supra ponto 2.). Ou seja, no direito em geral, mas no Direito Público em particular, o enquadramento constitucional do tema em análise é uma prioridade de acordo com os cânones jus publicistas. Porém, a *hodierna metodologia da investigação jus publicista* não pode ignorar que o fundamento e parâmetro último da legalidade já não reside, apenas, na C.R.P., o que demandará do investigador, no mínimo, a análise dos normativos de Direito Internacional, em especial de Direito Europeu, bem como da conformidade do direito interno com aqueles, não sendo de excluir que naqueles resida o fundamento último para o tema em estudo⁶².

Do mesmo passo, a própria pirâmide normativa infraconstitucional não se apresenta hoje com a estanquidade de outrora, não tanto na hierarquia das normas de acordo com o direito interno, mas sobretudo pela interpenetração de normas de outros ordenamentos jurídicos (numa lógica *multinível*), ao que acresce, não raras a vezes, instrumentos de *soft law*, que convivem em pé de igualdade, com as normas jurídicas, na regulação da realidade social. Esta nova realidade, igualmente emergente do *Direito Público Global*, exige da metodologia da investigação jus publicista o abandono dos arquétipos fundados no princípio da legalidade administrativa, com o advento de uma *juridicidade*, ela própria já atenuada pela presença de elementos não normativos mas com poderes de regulação de relações jurídicas de direito público⁶³.

Não se trata apenas de alertar para a emergência, senão mesmo consolidação, de um *Direito Público Global*, nas suas inúmeras designações e aceções, de que demos conta no ponto anterior (cfr. supra ponto 2), e que obviamente influenciam a dogmática jus publicista enquanto racionalização desta nova realidade, mas antes, num plano metodológico, alertar para a desestruturação da hierarquização das fontes imediatas de direito, na sua aceção clássica de produtoras de efeitos jurídicos vinculativos, que

62 Sem prejuízo da “reconstitucionalização que albergue outros poderes supranacionais”, a que alude Sousa Da Cunha, Ricardo, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a constitucionalização e a globalização*, ob. cit., p. 40, referimo-nos em concreto à problemática em torno da ordenação do Direito Internacional e do Direito Europeu face à Constituição, em particular em torno das normas dos n.ºs 3 e 4 do art. 8.º da C.R.P. Trata-se de uma questão muito discutida, em particular no que toca à posição da nossa Lei Fundamental, face ao Direito Europeu originário e até mesmo derivado, tendo em conta a jurisprudência do TJUE. Contudo, a exiguidade do presente estudo não nos permite aprofundar, remetendo por isso para as anotações ao artigo 8.º pela pena de Gomes Canotilho e Vital Moreira in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol I, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 251-272, e Miranda, Jorge e Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Ed.; Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 159-184, e a doutrina e jurisprudência aí citadas.

63 De que são exemplos as orientações das instituições da União Europeia, em particular da Comissão (em matéria de contratação pública, de fundos europeus) ou de outras organizações internacionais.

obrigam não só ao repensar da sua *Jus-Fundamentalidade*⁶⁴, mas acima de tudo, no que para o presente estudo releva, a sua investigação. Está pois em crise uma metodologia que assenta a investigação jurídica no estudo da lei, em sentido material, desmaterializada ou desvanecida que está a estanquicidade da pirâmide normativa. Ao investigador não só se impõe uma pesquisa mais ampla dos normativos aplicáveis, num quadro de *Direito Constitucional e Administrativo sem fronteiras*⁶⁵, mas também proceder à sua racionalização.

3.2. O Direito Público Multinível

Corolário do que se disse no ponto anterior, ou seja, do desvanecimento da pirâmide normativa tendo a Constituição como ponto cimeiro, são os Direito Constitucional e Administrativo multinível. No primeiro caso, o Estado perdeu o monopólio da tutela dos Direitos Fundamentais, deixando a Constituição de ser o bastião único da proteção dos Direitos, Liberdades e Garantias, que são agora, também, tutelados noutras instâncias supranacionais, muitas das vezes contra o próprio Estado: “A concepção contemporânea de direitos humanos inaugurou uma nova esfera da responsabilidade que deixou de ser tema exclusivo da soberania estatal-constitucional. Este novo cenário demanda um alargamento da visão tradicional, segundo a qual apenas Estados guardam responsabilidades por direitos e somente para com seus cidadãos. Nesta nova esfera de espacialidade, destaca-se a importância da interface e dos diálogos dos diferentes planos protetivos para a realização dos direitos humanos lastreada na co-existência tensa e produtiva dessas diversas ordens paralelas e interlocutoras que dialogam em torno da força expansiva da dignidade humana”⁶⁶. Trata-se pois de uma deslocação do vértice da pirâmide normativa para o plano supranacional, numa interação entre o Direito Internacional Público e o Direito Constitucional, assente essencialmente na tutela dos direitos fundamentais mas não só⁶⁷.

No toca ao *Direito Administrativo multinível* a problemática coloca-se perante a existência cada vez mais frequente de “procedimentos compósitos”⁶⁸, envolvendo vários níveis de decisão; estamos, pois, perante um “novo” procedimento administrativo envolvendo administrações de diferentes níveis, não só ao nível supraestadual,

64 Na aceção de Abreu Duarte, Francisco, “À descoberta do fundamento constitucional do Direito Administrativo Global”, ob. cit., p. 188.

65 No sentido de que lhe é absolutamente vedado quedar-se pelo direito interno.

66 Girardi Fachin, Melina, “Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos” in *Revista Ibérica do Direito*, Vol. 1 n.º 1, 2020.

67 Sobre esta temática vide ALVARADO, Paola Andrea Acosta, *Del dialogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional*, Tese de Doutoramento em Direito e Relações internacionais. Universidade Complutense de Madrid, 2015. Disponível em: <http://eprints.ucm.es/28119/1/T35645.pdf>. Sobre o *Direito Constitucional Global* vide ainda: Beck, Ulrich, *Sociedade de Risco mundial: em busca de uma segurança perdida*, Lisboa, Edições 70, 2015; Cassese, Sabino, *Los Tribunales ante la Construcción de un Sistema Jurídico Global*, Sevilla, Editorial Derecho Global, 2010, p. 15; Neves, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, WMF Martins, 2009, pp. 269-270.

68 Como refere Costa Gonçalves, Pedro *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, ob. cit., p. 317. Ainda que o autor profira esta afirmação no âmbito da temática da *europeização da Administração Pública nacional*.

como ao nível estadual, envolvendo vários níveis de administrações e até mesmo particulares⁶⁹.

A problemática do Direito Administrativo multinível é, por conseguinte, uma questão de *governance*, como sustenta Gómez⁷⁰, referindo que “Uma abordagem adequada à noção de governança multinível teria que começar apontando a aparente obviedade de que governança multinível é governança, isto é, evoca a ideia de um sistema complexo para tomar decisões menos coercivas, numa estrutura mais ou menos institucionalizada, que funde instâncias de poder de natureza diferente legitimadas com base em critérios diferentes. O que acontece é que, no caso da governança multinível, destaca-se o fato de que os órgãos do poder público participantes podem estar localizados em diferentes níveis, o que implica que eles podem ser nacionais e também supranacionais, centrais e subnacionais”. De igual modo, Susana Tavares da Silva⁷¹, especificamente sobre o Direito Administrativo Europeu multinível, definindo como “(...) decisões que envolvem, pelo menos, a pronúncia de dois níveis de decisão: o nível europeu e o nível nacional. Isto significa que a decisão só pode produzir efeitos se respeitar as exigências formuladas em cada um dos níveis de decisão, as quais podem radicar em fundamentos diversos”. Ou seja, para a citada autora, o Direito Administrativo (Europeu) multinível coloca-se ao nível das relações entre as administrações europeia e dos Estados Membros, sempre que se exija um duplo nível decisório, como forma da validade dessa decisão⁷². Entendimento semelhante é perfilhado por Pedro Gonçalves⁷³, desta feita sobre a *uropeização* da Administração Pública nacional, referindo-se à interação entre as Administrações Públicas europeia e nacional, distinguindo entre a *integração funcional*, por via da procedimentalização administrativa, à semelhança do que faz alguma doutrina italiana, da *integração institucional*, esta por via da integração de órgãos da administração estadual, na administração europeia.

Também no que toca ao *Direito Público Multinível*, enquanto corolário de um *Direito Público Global*, fica patente que urge reformar os arquétipos da metodologia de investigação jurídica, que terá pois que acompanhar a diversificação das fontes e a necessidade da sua interligação. Coloca-se assim um desafio acrescido, bem patente no esforço da vasta doutrina aqui citada, não só da conceptualização, no plano da dogmática jurídica, deste fenómeno consequente da globalização económica, mas também da compreensão da interação entre as diversas fontes, sobretudo quando envolvem diferentes níveis de ordenamentos jurídicos e a sua interpenetração. Ao investigador contemporâneo são colocados novos desafios, emergentes deste magma normativo cujas escorrências vão sendo moldadas pelo labor da doutrina e da

69 Como é o caso dos *organismos intermédios* no âmbito da gestão partilhada dos fundos europeus, que preveem a possibilidade da gestão desses fundos por entidades privadas, numa consagração horizontal do princípio da subsidiariedade.

70 *La Gobernanza Multinivel del Gasto Público Europeo*, ob. cit., p. 91.

71 *Direito Administrativo Europeu*, ob. cit., p. 57.

72 *Um Novo Direito Administrativo?*, ob. cit., pp. 9 e segs.

73 *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, ob. cit., pp. 315-330.

jurisprudência, com o crescente papel desta última, em particular no que ao Direito Europeu diz respeito⁷⁴.

4. Caracterização da nova metodologia da investigação jus publicista

Dúvidas não nos restam que o *Direito Público Global* se traduz numa mutação dos *Direitos Constitucional e Administrativo* tal qual os conhecemos. Não se ignorando que o Direito Administrativo, enquanto *Direito Constitucional concretizado* é “conjunturalmente mutável”⁷⁵ e que “transformação, mutação e inovação são expressões de emprego muito frequentes quando se trata de descrever o Direito Administrativo”⁷⁶, assim como sabemos que, em cada tempo, “haverá um novo Direito Administrativo”⁷⁷, talvez por termos assistido, em tempo real⁷⁸, a esta transformação, que abalou os alicerces da nossa formação, assente no pilar fundamental do princípio da legalidade administrativa, fundada no direito do Estado, também sentimos que não estamos perante uma qualquer alteração ou mutação dos *Direito Constitucional e Administrativo*. Sendo certo que estamos perante um “Direito Público novo”, estamos, antes de mais, perante uma moderna e desafiante dogmática jus-publicista. A transformação que agora se aborda, é bem mais vasta e transversal ao moderno direito público, sobretudo aquele que mais diretamente versa a jus-fundamentalidade do(s) Estado(s). Poderá mesmo dizer-se que a mutação do Direito Público hodierno é uma transformação interna, com origem no exterior, e vice-versa, numa dimensão que ultrapassa a mera influência do direito comparado.

A moderna dogmática jus publicista, não se afasta assim da norma como fonte principal da investigação jurídica, mas não pode ignorar as mutações dessa mesma normatividade, em particular os efeitos que decorrem de um *hodierno Direito Público Multinível*. O investigador é assim confrontado com um leque normativo mais vasto, mas, acima de tudo, com o desafio do posicionamento dos diferentes ordenamentos jurídicos, por vezes com relações tensas, como aquela que resulta do princípio do primado do Direito Europeu firmado pela jurisprudência europeia, nem sempre com o melhor acolhimento na doutrina dos Estados-Membros (cfr. *supra* 3.1. e 3.2.).

74 Neste sentido: Pereira da Silva, Vasco, *Direito Constitucional e Administrativo sem Fronteiras*, ob. cit., p. 47.

75 Na expressão de Rebelo De Sousa, Marcelo e Salgado Matos, André, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, Dom Quixote, 2008, p. 11.

76 Costa Gonçalves, Pedro, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, ob. cit., p. 68.

77 Tavares da Silva, Susana, *Um Novo Direito Administrativo?* Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

78 No sentido em que as referidas mutações acontecem no nosso tempo, ainda que alertadas pela doutrina contemporânea, não nos chegam como um facto histórico, como as demais transformações do Direito Administrativo que conhecemos. Abra-se aqui um parêntesis para o facto de também termos assistido, em tempo real, se bem que de forma mais gradual, à passagem do Estado de Direito Social para o Estado Regulador.

Por outro lado, ao alargamento das fontes imediatas de direito, corresponde um proporcional crescimento da relevância das fontes mediatas reveladoras e densificadoras do conhecimento jurídico, em particular a doutrina e jurisprudência transnacional, cujo domínio se impõe ao investigador. Um estudo de direito público, dentro do espaço da UE, não se pode furtar à jurisprudência do TJUE, a quem cabe um papel muito relevante no “dizer” o direito europeu, assim como a doutrina⁷⁹. O mesmo se passando com outros domínios do *Direito Público Global*, emergente das organizações supranacionais e dos órgãos de resolução de conflitos no seio dessas organizações, independentemente da sua natureza jurisdicional⁸⁰.

Uma última palavra, para a relevância do *Direito Comparado*, na medida em que os ordenamentos jurídicos estão cada vez mais interrelacionados. Ou seja, o direito comparado é cada vez mais essencial enquanto fonte de conhecimento sobre as questões de *Direito Público Global*, permitindo, numa perspetiva de *iure condendo*, conhecer a forma como os diferentes ordenamentos jurídicos, quer em pé da igualdade quer em infra ou superordenação relativamente ao direito estadual, se posicionam quanto às questões colocadas. Não obstante o reconhecimento metodológico da importância do direito comparado, afastamo-nos porém da posição de Vasco Pereira da Silva⁸¹, que assenta o “Direito Administrativo sem fronteiras” em três dimensões da sua internacionalização, por ordem crescente: Direito Comparado; Direito Administrativo Global e Direito Administrativo Europeu. Ora, se por um lado seguimos de perto o citado autor quanto às duas últimas dimensões, já não o acompanhamos quanto ao Direito Administrativo comparado, por entendermos que ao mesmo cabe um papel de fonte mediata enquanto contributo para a compreensão do direito constituído e a constituir.

Concluimos pois que, a hodierna metodologia jus publicista é complexa, exigente e desafiante, mas igualmente apaixonante.

Bibliografia

AAVV., coord. Menezes Cordeiro, António; Perestrelo Oliveira, Ana; Pereira Duarte, Diogo, *FinTech – Desafios da Tecnologia Financeira*, Almedina Coimbra, 2019;

—, *Fin Tech II – Novos Estudos Sobre Tecnologia Financeira*, Almedina, Coimbra, 2019.

Abreu Duarte, Francisco, “À descoberta do fundamento constitucional do Direito Administrativo Global”, in *Revista de Direito Pública Eletrónica*, Vol. 1, n.º 1, janeiro de 2014.

79 Abrimos aqui um parêntesis para referir que temos visto, felizmente em número residual, teses de mestrado em que as fontes de Direito Europeu são escassas, mesmo em áreas como a contratação pública, que são, a par do fomento administrativo financiado por fundos europeus, fortemente ditadas pelo Direito Europeu.

80 A este propósito vide em particular os casos do “atum azul” e das “gambas e tartarugas” citados por Cassesse, Sabino in *Oltre lo Stato*, ob. cit., p. 68.

81 *Direito Constitucional e Administrativo sem Fronteiras*, ob. cit., pp. 38 e 43-62.

Alvarado, Paola Andrea Acosta, *Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional*, Tese de Doutoramento em Direito e Relações internacionais. Universidade Complutense de Madrid, 2015. Disponível em: <http://eprints.ucm.es/28119/1/T35645.pdf>.

Amado Gomes, Carla, *A natureza constitucional do Tratado da União Europeia*, Lisboa, 1997.

Amaral, Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016.

—, *A Última Lição*, Almedina, Coimbra, 2007.

Aragão, Alexandra, “Breves reflexões em torno da investigação jurídica” in *BFD*, Vol. LXXXV, Coimbra, 2009.

Balaguer Callejón, Francisco, “A relação dialética entre identidade constitucional nacional e europeia, no quadro do Direito Constitucional Europeu”, in *EU Law Journal*, vol. 3, n.º 1, janeiro 2017.

Barraud, Boris, *La recherche juridique – Sciences et pensées du droit*, L’Harmattan, Paris, 2016.

Battini, Stefano, “L’Unione Europea Quale Originale Potere Pubblico” in *Diritto Amministrativo Europeo*, AAVV., coord. Mario Chiti, Giuffrè Editore, Milano, 2018.

Beck, Ulrich, *La Società Cosmopolita. Prospettive dell’ epoca postnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2009.

—, *Sociedade de Risco mundial: em busca de uma segurança perdida*, Lisboa, Edições 70, 2015.

Bittar, Eduardo, *Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito*, 16.ª ed., Editorial Saraiva, São Paulo, 2019.

Cassese, Sabino, *Oltre lo Stato*, Editori Laterza, Roma, 2006.

—, *Los Tribunales ante la Construcción de un Sistema Jurídico Global*, Sevilla, Editorial Derecho Global, 2010.

Castanheira Neves, António, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993;

—, *O atual problema da interpretação jurídica- I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003;

—, “Método Jurídico”, in *Pólis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. IV, 2.ª ed., Verbo, Lisboa, 2004.

—, “Fontes de Direito: contributo para a revisão do seu problema” in *Homenagem os Professores Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz, BFD*, Vol. LVIII, Coimbra, 1982.

Chiti, Edoardo, in “La Costruzione del sistema amministrativo europeo”, in Mario Chiti (coord.), *Diritto Amministrativo Europeo*, Giuffrè Editore, Milano, 2018.

Cortês, António, “Para uma metodologia jurídica integral”, in *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Nuno José Espinosa Gomes da Silva*, Direito e Justiça, Vol. I, número especial, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2013.

D’Oliveira Martins, Afonso, “A Europeização do Direito Administrativo Português”, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Volume II, Almedina, 2001.

Duarte, Maria Luísa, “O Direito Administrativo Europeu – Um motor de convergência dos Direitos Administrativos nacionais”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Sêrvulo Correia*, Coimbra Editora, 2011.

Fausto de Quadros, “Global Law, Plural constitutionalism and Global Administrative Law”, in *Global Administrative Law towards a Lex Administrativa*, Coord. Javier Robalino-Orellana e Jaime Rodriguez-Arana Munõz, Cameron May, 2011.

Ferreira da Cunha, Paulo, *Novo Direito Constitucional Europeu*, Almedina, Coimbra, 2005.

Fikentscher, Wolfgang, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Tübingen, 1977.

Fritz Werner, “Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht” in *DVBl*, 1959.

Galleta, Diana-Urania, “Le Fonti del Diritto Amministrativo Europeo” in *Diritto Amministrativo Europeo*, Giuffrè Editore, Milano, 2018.

Giner, Salvador, *Sociologia*, Editora Península, Barcelona, 1974.

Girardi Fachin, Melina, “Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos”, in *Revista Ibérica do Direito*, vol. 1 n.º 1, 2020.

Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 2018.

Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra.

Gomez Sanchez, Yolanda, *Derecho Constitucional Europeo*, Sanz y Torres, 2015.

Habermas, Jürgen, *Um Ensaio Sobre a Constituição da Europa*, Edições 70, Lisboa, 2012.

Kelsen, Hans, *Teoria pura do Direito*, 8.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019.

Lamego, José, *Elementos de Metodologia Jurídica*, Almedina, Coimbra, 2016.

Larenz, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, 4.^a ed., tradução de José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.

Linhares Dias, Paulo, “Mundialização e Multiculturalismo e a Refundação do Conceito da Cidadania – uma cidadania sem Estado?”, in *Atlântida revista de cultura*, Vol. LXII, Angra do Heroísmo, 2017.

Lisboa, Marcelo, “Metodologia Jurídica e a sua relação com o conceito, interpretação e aplicação do direito: uma visão panorâmica”, in *RJLB*, ano 2, n.º 2, 2016.

Menezes Cordeiro, António, “Das fontes do direito e da lei: a história presente in *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Nuno José Espinosa Gomes da Silva*, Direito e Justiça, Vol. I, número especial, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2013.

Miranda, Jorge, “A Integração Europeia e a Constituição Portuguesa”, ICJP, documento eletrónico disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/821-1350.pdf>.

Miranda, Jorge e Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.^a Ed.; Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

Moreira Neto, Diogo, “Transadministrativismo: uma apresentação”, *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, set./dez. 2014.

Neves, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, WMF Martins, 2009, pp. 269- 270.

Pereira da Silva, Vasco, *Direito Constitucional e Administrativo sem Fronteiras*, Almedina, Coimbra, 2019.

—, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise – Ensaio Sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*, 2.^a Edição, Coimbra, 2009.

—, “Viagem pela Europa do Direito Administrativo”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, CEJUR, n.º 58, Julho-Agosto, 2006.

Pinto Bronze, Fernando José, *Metodologia do Direito*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020;

—, “A Metodologia entre a semelhança e a diferença (reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)”, in *Studia Jurídica*, n.º 3, Coimbra Editora, Coimbra, 1994.

Poças, Luís, *Manual de Investigação em Direito – Metodologia da Preparação de Teses e Artigos Jurídicos*, Almedina, Coimbra, 2020.

Quadros, Fausto, *Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2018.

Ramajoli, Margherita, “Lesigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale” in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubbliche*, fasc. 2, 2010.

Rebello de Sousa, Marcelo e Salgado Matos, André, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, Dom Quixote, 2008.

Sousa Cunha, Ricardo, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo global entre a constitucionalidade e a fragmentação*, Almedina, Coimbra, 2016.

Tavares da Silva, Susana, *Um Novo Direito Administrativo?*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

Theux, Axel (dir.), Kovalovszky, Imre (dir.), et Bernard, Nicolas (dir.), *Précis de méthodologie juridique: Les sources documentaires du droit*, Nouvelle édition [en ligne]. Bruxelles: Presses de l'Université Saint-Louis, 1995 (généré le 19 mars 2022). Disponível em: <http://books.openedition.org/pusl/4061>.

Veiga, Paula, “Alguns Dilemas da Emancipação da Cidadania Cosmopolita”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, AAVV, coord. Costa Andrade, Manuel, Antunes, Maria João e Aires de Sousa, Susana, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

A violação de direitos de personalidade na internet: foro competente

Clara de Sousa Alves¹

Sumário: Introdução; 1. Violação de direitos de personalidade na internet; 2. A lei aplicável; 3. Competência Internacional; 3.1. Critérios gerais para determinar o foro competente; 3.2. Os critérios especiais para a determinação do foro competente; 4. Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia: breve sumário e análise; Conclusão

Resumo: A velocidade com que as informações se propagam, aliada à internacionalização e deslocalização espacial das relações, fruto da globalização a que assistimos, tem colocado vários problemas ao mundo do direito, nomeadamente relacionados com a violação de direitos de personalidade na internet, de onde emergem litígios que, pela natureza deste meio de comunicação, se configuram como transfronteiriços e sem localização espacial. O cerne da investigação passará por determinar o foro competente para estes litígios, atendendo aos critérios fixados no Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho. No entanto, porque a velocidade da difusão dos conteúdos dificulta a delimitação do lugar da prática do acto lesivo ou do lugar onde ocorreram os danos, analisaremos também o critério alternativo do centro de interesses, que o Tribunal de Justiça da União Europeia criou, em revelia à letra da lei, para resolver a falta de adequação dos critérios tradicionais ao novo contexto global da internet. Em complemento, analisaremos, criticamente, os acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia que dão aparente solução a estes litígios transfronteiriços.

Palavras-chave: direitos de personalidade, litígios na internet, competência internacional.

Summary: Introduction; 1. Violation of personality rights on the internet; 2. The applicable law; 3. International Competence; 3.1. General criteria for determining the competent forum; 3.2. The special criteria for determining the competent forum; 4. Jurisprudence of the European Court of Justice: brief summary and analysis; Conclusion

Abstract: The swiftness of information allied with the growing complexity of the cyberspace, globalization and the spatial displacement of relationships, has created

1 Advogada, Doutoranda em Ciências Jurídico-Civilísticas na Universidade Portucalense Infante D. Henrique e Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense.

many legal issues regarding the violation of personality rights on the internet. Such problems are, by the nature of this means of communication, configured as cross-border and without a material localization. Therefore, the core of this study aims to determine the competent forum for these transnational disputes, in relation to the requirements established in Regulation (EU) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council. Nevertheless, the speed and volume with which the dissemination of new digital content occurs, makes it difficult to outline the place where the harmful act or where the damaged has occurred. On this regard, we will examine the alternative criterium created by the European Court of Justice, to resolve the lack of adequacy of traditional requirements to the new global context of the internet. Lastly, we will critically analyse the judgments of the European Court of Justice that resulted in the solution of these cross-border disputes.

Keywords: personality rights; internet litigation; international jurisdiction.

Introdução

O Mundo observou uma grande evolução no que respeita às tecnologias da informação, sendo que, nos dias de hoje, a velocidade com que as informações se propagam, aliada à natureza ubíqua da internet, faz com que os direitos de personalidade, enquanto direitos inatos da pessoa, sejam ameaçados a uma escala global.

No âmbito deste trabalho, interessa-nos sobretudo os problemas relacionados com a violação de direitos de personalidade na internet e, em concreto, a problemática da determinação do foro competente para conhecer estas matérias, pois se há uns anos a difusão de informação num meio de comunicação impresso, nomeadamente em revistas e jornais, era facilmente detetada e imputada aos sujeitos responsáveis, a verdade é que, atualmente, a realidade é ligeiramente diferente, pois a internet, como veículo de transmissão global de dados, faz com que a difusão de conteúdos não se encontre circunscrita a um território específico, nem que seja possível imputar e descobrir, em concreto, quer o difusor de conteúdos, quer os destinatários dos mesmos.

De forma a delimitar o tema, o primeiro capítulo será o nosso ponto de partida, no qual caracterizamos os conflitos emergentes da violação de direitos de personalidade na internet. No segundo capítulo, porque umbilicalmente ligado com a questão principal do trabalho, faremos um breve apuramento da lei aplicável ao delito online. O cerne do trabalho, concentrado no terceiro capítulo, passa por determinar o foro competente quer face ao critério geral, quer quanto aos critérios especiais fixados no Regulamento 1215/2012. No entanto, porque a difusão de conteúdos dificulta a determinação, quer do lugar da prática do ato lesivo, quer do lugar onde ocorreram os danos, também é neste capítulo que faremos uma análise ao critério do centro de interesses a que o Tribunal de Justiça da União Europeia tem recorrido para resolver a falta de adequação dos critérios tradicionais ao novo contexto da utilização da internet. Por fim, depois da seleção dos acórdãos mais importantes sobre esta temática, faremos uma síntese e análise crítica dos mesmos.

1. Violação de direitos de personalidade na internet

A internet assume, nos dias de hoje, um papel fulcral na vida de todos nós, facilitando e alavancando as relações da maioria das pessoas, sejam elas relações de trabalho, de comércio, de consumo ou até pessoais². A nossa sociedade é assim caracterizada pela vida “em rede”, cuja força motriz é encontrada diretamente na internet, categorizada como um dos elementos centrais na sociedade da informação, atenta a importância e quase imprescindibilidade que lhe é conferida.

2 David, Mariana Soares, “A resolução de litígios no contexto da internet”, *Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Vol. VII, n.º 12, 2006.

A constante conectividade, bem como a partilha ilimitada de informação, permite que qualquer pessoa, singular ou coletiva, em qualquer parte do globo, aceda a um número ilimitado de informações.

Nesse sentido, este trabalho focar-se-á na difusão global de informações que a internet, de uma forma transversal, veio possibilitar, pois qualquer pessoa pode expor o seu ponto de vista para todo o Mundo, em qualquer momento e em qualquer local, o que, evidentemente, potencia a conflitualidade. Ora, o facto de, num curto espaço de tempo, se poderem difundir para o Mundo certas e determinadas informações – verdadeiras ou falsas – faz com que, cada vez mais, as pessoas de um Estado se vejam afetadas por atos, principalmente realizados por entidades sem qualquer presença física, originados em territórios estrangeiros³.

A circulação de informação, fruto da constante globalização e desenvolvimento tecnológico⁴, traz, agora, novos desafios ao direito na resposta a dar a estes conflitos⁵. Focar-nos-emos nos conflitos privados, dos quais resultam a violação de direitos de personalidade.

A esse respeito, cumpre-nos ressaltar que é consabido que as pessoas são titulares de direitos de personalidade, direitos inatos e originários da pessoa⁶, e apesar de não ser pacífico o reconhecimento de direitos de personalidade às pessoas coletivas, a verdade é que a maioria da Doutrina o aceita, embora de forma limitada, ou seja, reconhece-se que as pessoas coletivas são titulares dos direitos de personalidade apenas na medida em que tais direitos sejam compatíveis com a sua própria e específica natureza, nomeadamente o direito ao bom nome, à imagem, à reputação, entre outros⁷.

Ora, embora a tutela jurídica dos direitos de personalidade encontre acolhimento constitucional, civil e penal, para este efeito interessa-nos, sobretudo, a tutela de natureza civilística, da qual emerge, em primeiro lugar, o instituto da responsabilidade

3 Berman, Paul Schiff, "The Globalization of Jurisdiction: Cyberspace, Nation-States, and Community Definition", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 151, 2002, pp. 311-529.

4 Relativamente ao impacto do digital na economia portuguesa em números: €20 mil milhões é o valor do prémio de PIB português em 2025 se Portugal conseguir projetar-se como importante *hub* digital Europeu. 4,6% do PIB português é o que representava em 2017 a economia digital pura, sendo superior aos sectores da construção, energia, água e saneamento. €16,8 mil milhões são as receitas dos sectores do turismo e retalho influenciado por jornadas de compra digital. Abecassis, Miguel; Pereira, Pedro; Field, Dominic – *O impacto do digital na economia portuguesa*. Boston Consulting Group, 2018.

5 Pinheiro, Luís de Lima, "Direito aplicável aos contratos celebrados através da internet", *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. I, 2006.

6 Horster, Heirinch/Silva, Eva Sónia Moreira da, *A Parte Geral do Código Civil Português*, 3.^a, Coimbra: Almedina, 2021.

7 Monteiro, António Pinto, "A Tutela dos Direitos de Personalidade no Código Civil", *Revista Jurídica Portucalense*, Vol. 29, n.º 29, 2021, pp. 9-23. A este respeito, veja-se ainda Pinto, Carlos Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, e Sousa, Rabindranath Capelo de, *O Direito geral de personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

civil⁸. Através deste instituto, em caso de violação ilícita e culposa de algum direito de personalidade, o lesado poderá exigir uma indemnização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos⁹. Estamos, portanto, no campo da responsabilidade civil extracontratual.

É indiscutível que os litígios transfronteiriços emergentes da internet se multiplicaram. Se antes, neste tópico, podíamos avançar como exemplos típicos de violações transfronteiriças de direitos de personalidade o caso de uma empresa francesa partilhar e difundir em vários jornais afirmações depreciativas sobre uma empresa portuguesa, ou o caso de uma atriz com residência em Itália, que se encontra a gravar um filme na Alemanha e vê, numa revista dinamarquesa, comentários depreciativos quanto à sua pessoa, hoje, com a utilização massiva da internet, estes conflitos assumem uma nova dimensão, sendo inúmeros os exemplos que aqui podemos avançar, como é o caso de um cidadão partilhar informações ofensivas na sua página de Facebook, fazer comentários depreciativos no Twitter ou criar um *site* para difundir informações sobre alguém. Certo é que todos eles têm um denominador comum: uma pessoa - coletiva ou singular - pretende ser ressarcida dos danos que uma publicação na internet causou na sua esfera jurídica, nomeadamente através da violação dos seus direitos de personalidade. Em concreto, poderão estar em apreço demandas cujo objetivo principal é obter uma indemnização pelos danos causados ou, em alternativa e até cumulativamente, a supressão da publicação/comentário/informação.

Dessa feita, é para eventuais litígios desta natureza que, quer o direito estadual quer o direito comunitário, têm de dar uma resposta clara e inequívoca.

2. Lei aplicável

No seguimento do que deixámos exposto no capítulo precedente, é necessário estabelecer, em primeiro lugar, a lei aplicável a este tipo de litígios.

Olhando para o panorama do direito europeu, é de referir que a comunitarização do direito internacional privado e do direito processual privado não foi feita de forma unitária, outrossim foi sendo feita por etapas, através da regulamentação de várias

8 Campos, Diogo Leite de, "Lições de direitos de personalidade", *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Vol. 67, 1991, pp. 129-223.

9 A este respeito, cumpre-nos referir que não é pacífico o entendimento de que as pessoas colectivas possam ser indemnizadas por danos não patrimoniais. Há quem considere que as violações dos direitos de personalidade das pessoas colectivas se configuram num dano patrimonial indirecto e não num dano moral. A este respeito, veja-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Dezembro de 2004, acedível em www.dgsi.pt. Há ainda Autores que considerem que a reparação pecuniária por danos não patrimoniais não se adequa à natureza das pessoas colectivas. Cfr. Monteiro, António Pinto, "A Tutela dos Direitos de Personalidade no Código Civil", *Revista Jurídica Portuguesa*, Vol. 29, n.º 29, 2021, pp. 9-23; Frada, Manuel Carneiro da, "Danos societários e governação das sociedades (corporate governance)", *Cadernos de Direito Privado*, Número Especial 02, 2012, pp. 31 e ss.

e dispersas questões¹⁰. Atendendo à crescente internacionalização das relações que contactam com mais do que um Estado estabeleceram-se três níveis de regulamentação: o nível de integração e espaço europeu; o nível de cooperação internacional, respeitante à relação do espaço europeu com estados terceiros; e o nível interno, traduzido num espaço de aplicação cada vez mais residual de aplicação do direito nacional¹¹.

Ora, uma vez que os ordenamentos jurídicos europeus são bastantes divergentes, de forma a garantir alguma previsibilidade e certeza jurídica, o legislador europeu, em certas matérias, criou instrumentos internacionais que procederam à unificação do direito de conflitos dos Estados-Membros e que aqui, numa primeira abordagem, teremos de dissecar¹². No que concerne aos direitos de personalidade, embora não haja nenhum instrumento especial, examinaremos o Regulamento Roma II que, abstractamente, seria aplicável às obrigações extracontratuais resultantes da violação de direitos de personalidade¹³.

O Regulamento Roma II, aplicável às obrigações extracontratuais, estabelece como regra geral no seu artigo 4.º, n.º1 o critério *da lex loci damni*, isto é, o critério da aplicação da lei do país onde o dano ocorreu, referindo-se tanto ao evento que dá causa ao dano como aos danos ocorridos ou suscetíveis de ocorrer, segundo prevê o artigo 2.º, n.º 3, do referido regulamento.¹⁴ Todavia, as ofensas aos direitos de personalidade não são abrangidas pelo âmbito de aplicação do Regulamento Roma II. Aliás, em boa verdade, as mesmas são expressamente excluídas pelo artigo 1.º, n.º 2, alínea g), do citado Regulamento¹⁵.

Nesse sentido, não sendo aplicável o Regulamento Roma II e uma vez que todos os ordenamentos jurídicos dos Estados que integram o espaço europeu consagram uma parte geral de direito internacional privado, serão aplicadas as normas de conflitos em vigor no Estado do foro. Ora, não havendo harmonização sobre esta matéria, a lei designada poderá variar consoante o tribunal onde a ação seja intentada. No caso

10 Ribeiro, Geraldo Rocha, "A Europeização do Direito Internacional Privado e Direito Processual Internacional: Algumas notas sobre o problema da interpretação do âmbito objectivo dos regulamentos comunitários", *Julgar*, n.º 23, 2014, pp. 265-292.

11 Ibid.

12 Oliveira, Elsa, "Algumas considerações sobre a responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em direito internacional privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, n.º 1, 2013, pp. 139-162.

13 Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II»), publicado no JO L199, de 31.7.2007, pp. 40 ss. A este respeito veja-se Javier Carrascosa González, Alfonso-Luis Caravaca, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado: El Reglamento «Roma II»*, Granada: Comares, 2008.

14 Veja-se o considerando 17) do Regulamento Roma II: A lei aplicável deverá ser determinada com base no local onde ocorreu o dano, independentemente do país ou países onde possam ocorrer as consequências indirectas do mesmo. Assim sendo, em caso de danos não patrimoniais ou patrimoniais, o país onde os danos ocorrem deverá ser o país em que o dano tenha sido infligido, respectivamente, à pessoa ou ao património.

15 Cfr. Artigo 1, n.º 2, alínea g), do Regulamento Roma II: "as obrigações extracontratuais que decorram da violação da vida privada e dos direitos de personalidade".

de ser aplicável a lei portuguesa, deverá ser tida em conta a norma do artigo 45.º do Código Civil que determina que é competente para dirimir o litígio a lei do Estado onde decorreu a principal atividade causadora do prejuízo¹⁶⁻¹⁷.

No entanto, há quem defenda que as obrigações extracontratuais resultantes da lesão de alguns direitos de personalidade estão abrangidas pelo âmbito de aplicação material do Regulamento Roma II, uma vez que o conceito de “direitos de personalidade” previsto no artigo 1.º, n.º 2, al. g), não tem o mesmo conteúdo que lhe é conferido nos outros ordenamentos jurídicos europeus, onde são objeto de direitos de personalidade os bens como a vida, a integridade física e a integridade moral¹⁸.

3. Competência internacional

3.1. Critérios gerais para determinar o foro competente

No plano do direito civil é necessário determinar a competência dos tribunais em matéria de ações de responsabilidade civil pela violação dos direitos de personalidade cometida através da Internet, pelo que se impõe um olhar atento sobre os limites da competência internacional dos tribunais de cada um dos Estados, mediante os respetivos critérios atributivos de competência¹⁹. Nos termos do artigo 59.º do Código de Processo Civil, “*os tribunais portugueses são internacionalmente competentes quando se verifique algum dos elementos de conexão referidos nos artigos 62.º e 63.º ou quando as partes lhes tenham atribuído competência nos termos do artigo 94.º*”, no entanto, o legislador português consagrou uma prevalência dos critérios estabelecidos em regulamentos europeus ou em outros instrumentos internacionais²⁰.

Na União Europeia foi adotado o Regulamento n.º 1215/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Dezembro de 2012, relativo à competência judiciária,

16 Correia, António Ferrer, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

17 O n.º 2 do artigo 45.º do Código Civil prevê ainda que “*se a lei do Estado onde se produziu o efeito lesivo considerar responsável o agente, mas não o considerar como tal a lei do país onde decorreu a sua atividade, é aplicável a primeira lei, desde que o agente devesse prever a produção de um dano, naquele país, como consequência do seu acto ou omissão*”.

18 A este respeito cumpre-nos referir que há autores que defendem que esta exclusão complexifica a determinação da lei aplicável e constitui um obstáculo à harmonia internacional de julgados, defendendo a aplicação do regulamento Roma II à violação de direitos de personalidade. Para o efeito, recorrem, sobretudo, às regras de interpretação, nomeadamente ao elemento sistemático, argumentando que há outras disposições desse diploma que regulam questões que com esta se prendem e onde definem o conceito de direitos de personalidade (baseado na coincidência do âmbito de aplicação do regulamento com a convenção de Haia), e ao elemento literal, nomeadamente baseados na ideia de que há argumentos no texto do regulamento que reforçam a ideia de que as obrigações extracontratuais resultantes da violação dos direitos de personalidade que, em alguns ordenamentos jurídicos, são considerados direitos de personalidade, não estão afastados do âmbito de aplicação material do Regulamento Roma II, designadamente o artigo 5.º e o considerando 20) do citado Regulamento. Cfr. Oliveira, Elsa, *Da responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em direito internacional privado*, Lisboa: Universidade de Lisboa, 2011.

19 Pimenta, Paulo, *Processo Civil Declarativo*, Coimbra: Almedina, 2016.

20 Ibid.

ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, que veio substituir o Regulamento 44/2001, do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000 que, por sua vez tinha substituído a Convenção de Bruxelas, de 27 de Setembro de 1968, e assume-se como um dos instrumentos centrais na cooperação judiciária internacional em matéria civil²¹.

O âmbito de aplicação material do citado Regulamento, descrito no seu artigo primeiro, deixa sem margem de dúvidas a sua aplicação aos litígios relativos a obrigações extracontratuais decorrentes de violações da privacidade e de direitos de personalidade.

Nesse sentido, o artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento fixa o critério geral para determinação do foro competente, designadamente o tribunal do domicílio do Réu. Do princípio *actor sequitur fórum rei* resulta a vantagem de o tribunal aplicar a lei do próprio Estado, que, por regra, é aquela que melhor conhece e domina²².

A par desta regra geral, fixaram-se também alguns critérios especiais, a aplicar de forma alternativa. A esse respeito, atente-se no texto do regulamento que estabelece que o foro do domicílio do Requerido deve ser completado pelos foros alternativos, atendendo ao estreito vínculo entre a jurisdição e o litígio²³.

Assim, o lesado tem na sua disponibilidade o poder de optar pelo tribunal do domicílio do Réu ou pelo tribunal que tem competência especial.

3.2. Critérios especiais para determinar o foro competente

O critério especial do artigo 7.º, ponto 2, do Regulamento n.º 1215/2012 prevê, em matéria extracontratual, que as pessoas domiciliadas num Estado-Membro podem ser demandadas noutro Estado-Membro perante o tribunal i) do lugar onde ocorreu o facto ou ii) do lugar onde poderá ocorrer o facto danoso. Interpretando este critério, podemos concluir que serão competentes não só os tribunais do lugar onde se emitem e difundem os conteúdos, como também os tribunais de todos os lugares nos quais tais conteúdos foram acessíveis e, nessa medida, onde esses conteúdos causaram

21 Gonçalves, Anabela, *Direito da União Europeia, elementos de direito e política da união*, Coimbra: Almedina, 2016, Cap., Cooperação em matéria civil.

22 Gonçalves, Anabela, "O lugar do delicto nas actividades ilícitas online e a delict oriented approach", *Direito.UnB – Revista de Direito da Universidade de Brasília*, Vol. 3, n.º 1, 2019, pp. 8-24. Cfr. Oliveira, Elsa, "Algumas considerações sobre a responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em direito internacional privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, n.º 1, 2013, pp. 139-162.

23 Veja-se o considerando 16) do Regulamento 1215/2012: O foro do domicílio do requerido deve ser completado pelos foros alternativos permitidos em razão do vínculo estreito entre a jurisdição e o litígio ou com vista a facilitar uma boa administração da justiça. A existência de vínculo estreito deverá assegurar a certeza jurídica e evitar a possibilidade de o requerido ser demandado no tribunal de um Estado-Membro que não seria razoavelmente previsível para ele. Este elemento é especialmente importante nos litígios relativos a obrigações extracontratuais decorrentes de violações da privacidade e de direitos de personalidade, incluindo a difamação.

danos diretos²⁴. Sendo que, na maioria dos casos relacionados com a internet, o lugar da prática do facto ilícito não coincide com o lugar da produção dos danos, ou seja, o lugar onde o dano se materializou²⁵.

Assim, atendendo à dificuldade de definir o lugar onde ocorreu o facto, focar-nos-emos no elemento de conexão estabelecido no artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1215/2012, nomeadamente o lugar do dano, ou seja, atribui-se competência ao Tribunal do lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso, depreendendo-se da letra da lei que não se exige a existência de um dano atual, abrangendo qualquer ação que tenha por objeto evitar a repetição de um comportamento ilícito^{26,27}. Com efeito, o Tribunal do local onde o facto danoso se produziu é normalmente o mais apto para decidir essas questões, nomeadamente por razões de proximidade do litígio e de facilidade de apresentação de provas²⁸. Ora, estas considerações devem, igualmente, ser tidas em conta nos casos em que o litígio se refira a uma ação destinada a impedir a realização do prejuízo²⁹.

Para fixar esta regra o legislador europeu baseou-se na existência de um nexo territorial entre o litígio e os tribunais do lugar onde ocorreu o facto danoso, considerando tanto o lugar do evento causal, como o lugar da materialização do dano³⁰.

24 Pereira, Alexandre Dias, "O tribunal competente em casos da Internet segundo o acórdão «eDate Advertising» do Tribunal de Justiça da União Europeia", *Revista jurídica Portucalese*, n.º 16, 2014, pp. 11-22.

25 Javier Carrascosa González, Alfonso-Luis Caravaca, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado: El Reglamento «Roma II»*, Granada: Comares, 2008.

26 A este respeito importará ter em atenção o que o Tribunal de Justiça decidiu no acórdão Henkel (processo C-167/00), onde em causa estava uma ação que opunha uma associação com sede na Áustria a um cidadão alemão, na qual se colocou a questão da competência judiciária no pedido de cessação de utilização de cláusulas gerais de contratos ilícitas ou contrárias aos bons costumes. Na ação estava a ser discutida a interpretação do artigo 5.º, ponto 3, da Convenção de Bruxelas, – "o réu com domicílio no território de um Estado contratante pode ser demandado num outro Estado contratante em matéria extracontractual, perante o tribunal do lugar onde ocorreu o facto danoso" – e o Tribunal de Justiça entendeu que não pode ser acolhida uma interpretação na qual a aplicação dessa disposição ficasse subordinada apenas à ocorrência efectiva do prejuízo. Segundo o entendimento do Tribunal de Justiça seria contraditório exigir que uma ação para cessação de um comportamento considerado ilícito cujo objectivo principal consiste precisamente em evitar o prejuízo só pudesse ser intentada após a ocorrência deste último.

27 Esta opção pelo legislador releva, sobretudo, para efeitos de medidas preventivas, tal como para acções de abstenção de condutas ilícitas. Pinheiro, Luís Lima, *Direito da Sociedade da informação*, Coimbra: Coimbra, Editora, 2003, Cap., Competência internacional em matéria de litígios relativos à internet.

28 Oliveira, Elsa, "Algumas considerações sobre a responsabilidade civil extracontractual por violação de direitos de personalidade em direito internacional privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, n.º 1, 2013, pp. 139-162.

29 Pereira, Alexandre Dias, "A jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)", *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* n.º 77, 2001, pp. 633-687.

30 A este respeito veja-se o famoso acórdão Shevill (processo C-68/93) no âmbito de um litígio que opõe Fiona Shevill, de nacionalidade britânica, residente em North Yorkshire, na Inglaterra a Presse Alliance SA, sociedade de direito francês com sede em Paris a propósito do foro competente para conhecer de uma ação de indemnização pelo prejuízo resultante da publicação de um artigo de imprensa difamatório. O Tribunal de Justiça decidiu que, no caso de uma difamação internacional através da imprensa, o atentado feito por uma publicação difamatória à honra, à reputação e à consideração de uma pessoa singular ou colectiva manifesta-se nos lugares onde a publicação é divulgada, concluindo que os órgãos jurisdicionais de cada Estado onde a publicação difamatória foi divulgada e onde a vítima invoca ter

No entanto, a ofensa de direitos da personalidade através da internet avoca contornos especiais, uma vez que a internet não tem fronteiras territoriais, assumindo-se o ciberespaço como a “terra de ninguém”, o que, aliada à natureza incorpórea dos direitos de personalidade, dificulta o processo de localização do lugar do dano³¹.

Impondo-se a questão de saber qual é o lugar onde se produz o dano, a resposta é, entre a doutrina, pacífica: o dano produz-se em todos os lugares em que se pode aceder à rede, ou seja, em todo o mundo³².

No entanto, se o lesado quiser obter a reparação integral dos danos sofridos terá de descortinar o lugar onde o facto ilícito foi cometido³³ ou intentar tantas ações quantos os acessos, em inquantificáveis territórios, consiga rastrear, isto é, terá de intentar ações em todos os Estados onde sofreu danos, o que se afigura numa verdadeira missão impossível³⁴.

A difusão de conteúdos através de meios de comunicação impressos, nomeadamente em revistas ou jornais, distingue-se da difusão de conteúdos na internet, seja em sites, seja nas redes sociais, uma vez que não há qualquer controlo quanto aos destinatários, podendo a informação ser consultada, instantaneamente, em qualquer parte do globo, por um número indefinido de pessoas, o que suscita dificuldades na determinação do dano direto³⁵.

Ora, sendo universal o âmbito da difusão de conteúdos na internet e não sendo, tecnicamente, possível apurar, em concreto, o lugar da produção dos danos, ficam inviabilizados os critérios fixados pelo legislador europeu³⁶.

sofrido um atentado à sua reputação são competentes para conhecer dos danos causados nesse Estado à reputação da vítima.

31 Oliveira, Elsa, *Da responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em direito internacional privado*, Lisboa: Universidade de Lisboa, 2011.

32 Pinheiro, Luís Lima, *Direito da Sociedade da informação*, Coimbra: Coimbra, Editora, 2003, Cap., Competência internacional em matéria de litígios relativos à internet.

33 Onde estão alojados os servidores, por exemplo.

34 Gonçalves, Anabela, "O lugar do delicto nas actividades ilícitas online e a delict oriented approach", *Direito.UnB – Revista de Direito da Universidade de Brasília*, Vol. 3, n.º 1, 2019, pp. 8-24.

35 O lugar da lesão tende a coincidir com o lugar do dano direto, i.e., o lugar onde o lesado sofreu prejuízos resultantes dessa lesão. Todavia, como afirma Elsa Oliveira, esta coincidência nem sempre se verifica, por exemplo nos casos em que a lesão não gera qualquer prejuízo, ou simplesmente o dano verifica-se noutra local, caso em que será de aplicar a lei vigente neste país. Oliveira, Elsa, "Algumas considerações sobre a responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em direito internacional privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, n.º 1, 2013, pp. 139-162. Esta autora, para determinar a localização do dano, recorre à caracterização dos direitos de personalidade, afirmada por Menezes Cordeiro, em três círculos principais: o círculo biológico, o círculo moral e o círculo social, concluindo que "quer os bens que se incluem no círculo biológico, quer os que se incluem no círculo moral, são indissociáveis do sujeito, logo, são lesados no local onde este se encontrar. Já os bens que se incluem no círculo social, uma vez que respeitam à relação com os outros, são lesados no local onde esta a relação com os outros é atingida". Cordeiro, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*, Coimbra: Almedina, 2007.

36 Há quem entenda que se está perante um dano reflexo. Cfr. Gonçalves, Anabela, *Da responsabilidade extracontratual em Direito Internacional Privado. A mudança de paradigma*, Coimbra: Almedina, 2013.

Nesse sentido, atendendo às dificuldades de aplicação do critério da materialização do dano, o Tribunal de Justiça viu-se obrigado a adotar um novo critério, de forma que o lesado possa obter a reparação total dos danos por si sofridos³⁷.

O novo critério passa, então, por determinar que o foro competente para apreciar uma ação tendente à reparação total dos danos causados pela violação dos direitos de personalidade na internet é o tribunal do lugar onde o lesado tem o seu centro de interesses³⁸.

O centro de interesses do lesado será, assim, o lugar onde foi sentido o impacto real da lesão. Para pessoas singulares, traduz-se, geralmente, no lugar da residência habitual do lesado, admitindo-se, todavia, que a determinação do centro de interesses possa resultar de outros indícios, como o exercício de uma atividade profissional, em termos de estabelecimento de um nexo particularmente estreito com esse no lugar principal do Estado³⁹. Para as pessoas coletivas, o centro de interesses será o lugar principal do seu exercício, ou seja, onde a sua reputação está mais sedimentada e onde tem interesse em preservá-la, pois é onde se sentirão as maiores repercussões na vida económica e atividade da mesma⁴⁰.

Ademais, é ainda de referir, como já foi solidificado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, que com a utilização do critério do centro de interesses o lesado apenas terá de intentar uma ação para ver reparados todos os seus danos⁴¹.

Acontece que, esta solução não é desprovida de críticas, uma vez da aplicação deste critério resulta que, em grande parte das vezes, o Réu fique sujeito a uma ação instaurada num país que lhe é completamente estranho⁴². Sendo certo que, em termos processuais, a aplicação deste critério implicará, pelo julgador, uma análise, ainda que preliminar, sobre o mérito da causa, o que acarreta algumas dificuldades práticas.

Isto dito e sopesando tudo quanto foi relatado, o critério do centro de interesses não substitui os critérios fixados no Regulamento n.º 1215/2012, outrossim assume-se como um critério alternativo, ficando na disponibilidade do lesado, mediante os danos sofridos e os ordenamentos jurídicos em causa, decidir e escolher qual o critério que pretende seguir, consoante os elementos de que dispõe⁴³.

37 Gonçalves, Anabela, "O lugar do delicto nas actividades ilícitas online e a delict oriented approach", *Direito.UnB – Revista de Direito da Universidade de Brasília*, Vol. 3, n.º 1, 2019, pp. 8-24.

38 Ibid.

39 Pereira, Alexandre Dias, "O tribunal competente em casos da Internet segundo o acórdão «eDate Advertising» do Tribunal de Justiça da União Europeia", *Revista jurídica Portucalese*, n.º 16, 2014, pp. 11-22.

40 Gonçalves, Anabela, "O lugar do delicto nas actividades ilícitas online e a delict oriented approach", *Direito.UnB – Revista de Direito da Universidade de Brasília*, Vol. 3, n.º 1, 2019, pp. 8-24.

41 Pereira, Alexandre Dias, "O tribunal competente em casos da Internet segundo o acórdão «eDate Advertising» do Tribunal de Justiça da União Europeia", *Revista jurídica Portucalese*, n.º 16, 2014, pp. 11-22.

42 Pinheiro, Luís Lima, *Direito da Sociedade da informação*, Coimbra: Coimbra, Editora, 2003, Cap., Competência internacional em matéria de litígios relativos à internet.

43 Gonçalves, Anabela, *Da responsabilidade extracontratual em Direito Internacional Privado. A mudança de paradigma*, Coimbra: Almedina, 2013.

Em resumo, reconhecemos que, embora este critério não assente na letra da lei do Regulamento 1215/2012, é o que melhor (e mais segura) resposta dá aos novos conflitos emergentes da utilização da internet.

4. Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia: sumário e análise

Nos acórdãos *E-date Advertising*⁴⁴ e *Bolagsupplysningen*⁴⁵, o Tribunal de Justiça adotou um critério atípico face ao critério geral e demais critérios especiais fixados no Regulamento n.º 1215/2012, nomeadamente o critério do centro de interesses do lesado que, regra geral, será o lugar onde o impacto real de uma publicação na internet e a sua natureza lesiva melhor podem ser apreciados⁴⁶.

Entendeu o Tribunal de Justiça da União Europeia que, no caso das pessoas coletivas, o centro de interesses será, regra geral, o lugar principal do exercício das atividades da pessoa coletiva ou onde a sua reputação está mais sedimentada ou, em alternativa, onde se verificam as maiores repercussões económicas, enquanto no caso de pessoas singulares foi reiterado que o centro de interesses corresponderá, geralmente, à sua residência habitual, ainda que possam concorrer outros critérios, nomeadamente o lugar do exercício da sua atividade profissional.

Por esse motivo, para estabelecer o critério do centro de interesses, o Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu que a violação *online* dos direitos da personalidade assume características especiais, o que justifica o afastamento dos critérios estabelecidos no Regulamento n.º 1215/2012 face à sua desadequação aos casos de

44 Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 25 de Outubro de 2011, Processo C-509/09 e C-161/10.

45 Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 17 de Outubro de 2017, Processo C-194/16.

46 No primeiro acórdão estavam em causa dois litígios, um entre um cidadão residente na Alemanha e uma empresa com sede na Áustria – a *eDate Advertising GmbH* e outro entre um ator francês e uma empresa com sede no Reino Unido – *MGN Limited*, ambos referentes à violação de direitos de personalidade na internet. No primeiro litígio estavam em causa informações difundidas numa página da internet, gerida pela *eDate Advertising*, as quais eram relativas à condenação do cidadão alemão a uma pena de prisão perpétua pelo homicídio de um popular ator. O cidadão alemão intimou a *eDate Advertising* para cessar a publicação dessa informação, bem como a fazer uma declaração relativa ao seu compromisso de cessação, intentando, posteriormente, uma ação perante os órgãos jurisdicionais alemães. No segundo litígio estava em causa a divulgação, numa página da internet de um jornal britânico – o *Sunday Mirror* –, de um texto redigido em língua inglesa intitulado “Kylie Minogue está de novo com Olivier Martinez”, com pormenores a respeito do seu encontro. O ator francês, porque entendeu que essa publicação era atentatória dos seus direitos de personalidade, intentou uma ação, no tribunal francês, contra a empresa *MGN Limited*. Subjacente ao segundo acórdão estava um litígio que opunha a *Bolagsupplysningen OÜ*, sociedade de direito estónio, e uma funcionária sua à *Svensk Handel AB* (sociedade de direito sueco), também relacionado com a violação de direitos de personalidade na internet. No caso, a *Svensk Handel* tinha inscrito a *Bolagsupplysningen* numa lista dita “negra” na sua página internet, referindo que essa sociedade cometia atos fraudulentos e burlas. No fórum de discussão da referida página havia cerca de mil comentários, entre os quais incitamentos ao uso da violência contra a *Bolagsupplysningen* e os seus empregados. A *Bolagsupplysningen* intentou uma ação no tribunal da Estónia, peticionando a retificação de dados incorretos publicados na página internet, a supressão de comentários relativos aos mesmos num fórum de discussão que consta dessa página e a indemnização pelo prejuízo, alegadamente, sofrido.

violações de direitos que ocorrem na internet, atento o carácter ubíquo da mesma. É que, nestes casos, não seria fácil aplicar os critérios identificados no Regulamento, atenta a dificuldade de identificar e quantificar com certeza e precisão os danos sofridos por uma pessoa num determinado Estado-Membro.

Para a adoção do critério do centro de interesses do lesado, o Tribunal de Justiça da União Europeia sustenta-se no argumento da previsibilidade, de acordo com a distribuição geográfica de proteção de cada direito, no sentido de permitir ao lesado e ao lesante terem condições para prever onde propor ou contestar uma ação destinada à proteção dos direitos de personalidade. Outro dos argumentos em que o Tribunal de Justiça se sustenta para defender a aplicabilidade deste novo critério é o da boa administração da justiça.

No caso de utilização do critério do centro de interesses, apesar de o mesmo não encontrar correspondência na letra do Regulamento n.º 1215/2012, é o que melhor responde às exigências da Internet. Nesse sentido e recorrendo a esse critério, o tribunal será competente para apreciar a globalidade dos danos sofridos pelo lesado, o que espelha bem todo o raciocínio subjacente à criação deste critério, pois o tribunal do lugar onde o lesado tem o seu centro de interesses será, sem dúvida, aquele que melhor apreciará os verdadeiros danos fruto de um conteúdo colocado em linha sobre os direitos de personalidade de uma determinada pessoa.

Na verdade, o Tribunal de Justiça da União Europeia mais não fez do que seguir a jurisprudência dos interesses, aplicando o direito à vida, pondo em descoberto não só os interesses em causa, mas também os outros fatores constitutivos da formação do direito, nomeadamente o domínio sobre o risco, a confiança, a posição de poder, entre outros, o que nos leva a um patamar mais alto do direito, no qual os conceitos de justiça, de equidade e de responsabilidade moral ganham uma nova dimensão⁴⁷.

Põe-se, no entanto, uma outra questão no âmbito do terceiro acórdão sumariado *supra*, o qual, num primeiro olhar, parece contrariar a decisão do acórdão *Bolagsupplysningen* quanto à competência do tribunal, total ou parcial, para apreciar os danos sofridos pelo lesado. No entanto, lendo as decisões com atenção, depressa abandonamos essa ideia, pois o que faz distinguir as decisões é o pedido que sustenta cada uma das ações.

No acórdão *Bolagsupplysningen* a questão prendia-se em saber se o lesado podia intentar uma ação destinada a i) obter a retificação dos dados e ii) a supressão de comentários no tribunal de cada um dos Estados-Membros em cujo território a informação publicada na internet esteja ou tenha estado acessível.

47 Karl Engisch referia que “o Direito tem por função apreender os interesses materiais e ideais dos homens e tutelá-los, na medida em que eles se apresentem como dignos de tutela”. Cfr. Engisch, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

No acórdão *Gtflix Tv*⁴⁸ a questão circunscrevia-se a determinar se o lesado, para efeitos, por um lado, de retificação dos dados e supressão dos conteúdos colocados em linha a seu respeito e, por outro, de reparação dos danos resultantes dessa colocação em linha, podia intentar, nos órgãos jurisdicionais de cada Estado-Membro em cujo território essas afirmações estejam ou tenham estado acessíveis, uma ação tendente a reparar os danos que lhe foram causados nesse território.

O pedido de retificação dos dados e de supressão de conteúdos é uno e indivisível, o que quer dizer que, se o lesado fizer um pedido nestes moldes, o mesmo só pode ser apresentado num órgão jurisdicional competente para conhecer e apreciar a totalidade dos danos sofridos.

Em contrapartida, um pedido de reparação dos danos sofridos pelo lesado pode ter por objeto quer uma indemnização integral, quer uma indemnização parcial, motivo pelo qual o lesado poderá apresentar a respetiva ação no tribunal do lugar onde sofreu os danos que fundamentam a ação. Assim, entendemos que não se justifica excluir, por esse mesmo motivo, a faculdade de o lesado apresentar o seu pedido de indemnização parcial em qualquer outro órgão jurisdicional da área em que considera ter sofrido danos.

Conclusão

Partimos do princípio de que o bem jurídico protegido pelos direitos de personalidade, enquanto direitos umbilicalmente ligados à pessoa, é o próprio ser, motivo pelo qual se convola toda a ordem jurídica para os proteger⁴⁹. No presente trabalho restringimo-nos à análise da tutela civil, no campo dos litígios plurilocalizados resultantes da utilização da internet. No que respeita à determinação da lei aplicável a estes litígios, embora num primeiro olhar pudéssemos aplicar o Regulamento Roma II, referente às obrigações extracontratuais, a verdade é que não o poderíamos fazer, uma vez que as obrigações extracontratuais emergentes da violação de direitos de personalidade estão expressamente excluídas do âmbito de aplicação do referido Regulamento, o que motiva a que se tenha de recorrer ao direito interno, nomeadamente ao direito dos conflitos dos Estados em causa. No entanto, conforme vimos, é defensável a aplicação do Regulamento Roma II, através de uma interpretação do conceito de direitos de personalidade.

Estabelecida a lei aplicável, o passo seguinte é a determinação do foro competente para conhecer e decidir sobre estes litígios. Para o efeito, é aplicável, sem margem de

48 Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 21 de Dezembro de 2021, Processo C-251/20. Subjacente ao referido acórdão estava um litígio que opunha a *Gtflix Tv*, uma sociedade de entretenimento para adultos com sede na República Checa, a um profissional desse ramo, com domicílio na Hungria, a respeito de um pedido de retificação e de supressão de afirmações alegadamente depreciativas relativamente a essa sociedade que este último colocou em linha em vários sítios e fóruns internet, bem como de um pedido de reparação dos danos resultantes dessa colocação em linha.

49 Horster, Heirinch/Silva, Eva Sónia Moreira da, *A Parte Geral do Código Civil Português*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021.

dúvida, o Regulamento 1215/2012 que estabelece como critério geral que o tribunal do domicílio do Réu é competente para decidir sobre estes litígios. Acontece que, perante as dificuldades na identificação do Réu no caso dos litígios na internet, somos levados à procura de uma solução nos critérios especiais criados pelo legislador europeu. Estes critérios especiais determinam, no artigo 7.º do citado Regulamento, que o tribunal competente será tanto o do lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o dano, entendendo-se que esta expressão congrega tanto o lugar onde o dano se produziu, como o lugar em que ocorre o evento causal.

Acontece que, uma vez mais, a especificidade da difusão de conteúdos na internet levanta sérias questões, nomeadamente as de saber qual é o lugar onde a atividade ilícita é produzida e qual é o lugar da produção dos danos. Quanto à primeira questão, apesar de a resposta se nos afigurar como fácil, a sua aplicabilidade prática, atendendo à ubiquidade da internet, não é simples nem imediata, pois circunscreve-se ao lugar onde atua o agente, designadamente o lugar onde é feito o *upload* da informação, o que, em muitos casos, é de difícil deteção. Quanto à segunda questão, com recurso ao fundamento do alcance global da internet, é certo que os danos se produzem em vários territórios, ou seja, em todos os lugares onde há acesso há rede. Sendo estes critérios alternativos, o lesado terá de ter consciência de que, se escolher o primeiro critério aqui enunciado, poderá ver os seus danos reparados na totalidade, enquanto se o lesado escolher o critério do lugar da produção do dano tal já não será possível, uma vez que o tribunal só poderá apreciar os danos ocorridos nesse território.

Para estabelecer tais critérios, o legislador europeu baseou-se no princípio de proximidade, na certeza e previsibilidade, na boa administração da justiça, na eficaz produção de prova e na organização útil do processo.

Acresce que, apesar de o legislador europeu ter fixado estes critérios especiais, a verdade é que, não raras vezes, a identificação do lugar da produção dos danos não é uma tarefa fácil, o que inviabiliza a aplicação destes critérios. Por esse motivo, o Tribunal de Justiça, recorrendo às técnicas de interpretação, começou a utilizar um novo critério para a determinação do tribunal competente, o critério do tribunal do centro de interesses do lesado. Este critério, apesar de não encontrar correspondência na letra da lei, é o que melhor se adequa aos litígios emergentes da violação de direitos de personalidade na internet. A primeira vez que este critério foi utilizado ocorreu no acórdão *E-Date Advertising*, não sendo caso único, pois já foi utilizado várias vezes em momentos posteriores, nomeadamente no acórdão *Bolagsupplysningen*. Segundo este critério, o tribunal competente para decidir sobre estas matérias é o tribunal do lugar onde o lesado tem o seu centro de interesses, que para as pessoas singulares se traduz no lugar da residência habitual, admitindo-se, todavia, que a determinação do centro de interesses possa resultar de outros indícios, como o exercício de uma atividade profissional, e para as pessoas coletivas no lugar principal do seu exercício, ou seja, onde há interesse em preservar a sua reputação.

A vantagem deste novo critério é que o tribunal determinado para conhecer a causa será competente para apreciar a totalidade dos danos, o que, quer em termos económicos, quer em termos probatórios, se afigura como um ponto forte na defesa deste critério, atendendo às exigências práticas da sociedade.

Em suma, nos casos de violações transfronteiriças de direitos de personalidade o lesado tem ao seu dispor quatro critérios para determinar o foro competente: 1) o tribunal do lugar do domicílio do Réu, 2) do lugar da ocorrência do dano, 3) do lugar em que ocorre o evento causal e 4) do lugar onde o lesado tem o seu centro de interesses. Todos estes critérios dependem, quer do pedido formulado, quer do objetivo subjacente à ação, pois os efeitos que resultam de cada um não são similares. E se por um lado podíamos pensar que esta alternatividade de critérios potencia o *fórum shopping*, por outro lado, suporta a previsibilidade e segurança que é exigida à justiça.

No entanto, atendendo a que a última revisão legislativa sobre estas matérias ocorreu há, sensivelmente, vinte e dois anos, somos obrigados a referir que se impõe uma alteração legislativa ao instrumento que regula estas matérias – o Regulamento 1215/2012 – de forma a adaptá-lo à nova realidade de uma sociedade em plena conectividade, legitimando a utilização do critério de interesses para determinação do foro competente e garantindo, através da implementação de certas obrigações específicas – como é o caso do dever de diligência dos países hospedeiros –, que todos os esforços são cometidos em prol da certeza e previsibilidade jurídica.

Sopesando tudo quanto aqui foi exposto, resulta de forma evidente que o legislador europeu não legisla à medida que a nossa sociedade vai suportando (normais) evoluções. Sendo que, perante os casos aqui discutidos, apesar de não haver uma alternativa rígida aos critérios estabelecidos para determinação do foro competente nos litígios emergentes da internet, o que é efetivamente necessário é que os instrumentos europeus sejam capazes de dar cabal resposta às exigências da sociedade, devendo, por isso mesmo, ser os mesmos aperfeiçoados, estabelecendo-se, quiçá, novos princípios integradores do conceito de direito e de justiça no que respeita à violação de direitos de personalidade na internet.

Bibliografia

Abecassis, M., *O impacto do digital na economia portuguesa*. Boston Consulting Group, 2018.

Berman, Paul Schiff, "The Globalization of Jurisdiction: Cyberspace, Nation-States, and Community Definition", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 151, 2002, pp. 311-529.

Campos, Diogo Leite de, "Lições de direitos de personalidade", *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Vol. 67, 1991, pp. 129-223.

Cordeiro, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*, Coimbra: Almedina, 2007.

Correia, António Ferrer, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

David, Mariana Soares, "A resolução de litígios no contexto da internet", *Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Vol. VII, n.º 12, 2006,

Engisch, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

Frada, Manuel Carneiro da, "Danos societários e governação das sociedades (corporate governance)", *Cadernos de Direito Privado*, Número Especial 02, 2012, pp. 31 e ss.

Gonçalves, Anabela, *Da responsabilidade extracontratual em Direito Internacional Privado. A mudança de paradigma*, Coimbra: Almedina, 2013.

Gonçalves, Anabela, *Direito da União Europeia, elementos de direito e política da união*, Coimbra: Almedina, 2016, Cap., Cooperação em matéria civil.

Gonçalves, Anabela, "O lugar do delicto nas actividades ilícitas online e a delict oriented approach", *Direito.UnB – Revista de Direito da Universidade de Brasília*, Vol. 3, n.º 1, 2019, pp. 8-24.

Horster, Heirinch/Silva, Eva Sónia Moreira da, *A Parte Geral do Código Civil Português*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021.

Javier Carrascosa González, Alfonso-Luis Caravaca, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado: El Reglamento «Roma II»*, Granada: Comares, 2008.

Monteiro, António Pinto, "A Tutela dos Direitos de Personalidade no Código Civil", *Revista Jurídica Portucalense*, Vol. 29, n.º 29, 2021, pp. 9-23.

Oliveira, Elsa, *Da responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em direito internacional privado*, Lisboa: Universidade de Lisboa, 2011.

Oliveira, Elsa, "Algumas considerações sobre a responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em direito internacional privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, n.º 1, 2013, pp. 139-162.

Pereira, Alexandre Dias, "A jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)", *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* n.º 77, 2001, pp. 633-687.

Pereira, Alexandre Dias, "O tribunal competente em casos da Internet segundo o acórdão «eDate Advertising» do Tribunal de Justiça da União Europeia", *Revista jurídica Portucalense*, n.º 16, 2014, pp. 11-22.

Pimenta, Paulo, *Processo Civil Declarativo*, Coimbra: Almedina, 2016.

Pinheiro, Luís de Lima, "Direito aplicável aos contratos celebrados através da internet", *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. I, 2006,

Pinheiro, Luís Lima, *Direito da Sociedade da informação*, Coimbra: Coimbra, Editora, 2003, Cap., Competência internacional em matéria de litígios relativos à internet.

Pinto, Carlos Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

Ribeiro, Geraldo Rocha, "A europeização do Direito Internacional Privado e Direito Processual Internacional: Algumas notas sobre o problema da interpretação do âmbito objectivo dos regulamentos comunitários", *Julgar*, n.º 23, 2014, pp. 265-292.

Sousa, Rabindranath Capelo de, *O Direito geral de personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

União Aduaneira Digital. Motivações e desafios contemporâneos

Pedro M. Ferreirinha P. Alves¹

Sumário: 1. Introdução; 2. A transição digital como uma prioridade europeia; 3. Uma União Aduaneira Digital: 3.1. Antecedentes e instrumentos jurídicos. Das fronteiras físicas às fronteiras virtuais; 3.2. Enquadramento legal; 3.3. Porquê digitalizar?; 3.4. Problemas nucleares da digitalização aduaneira; Conclusão.

Resumo: Uma das metas da Comissão Europeia é promover, em termos harmoniosos pelos Estados integrados na União Aduaneira, um serviço aduaneiro moderno que comunica automaticamente com as administrações alfandegárias e com próprio comércio, num sistema assente na figura da alfândega eletrónica. Foi sob a perspetiva desta figura que nos propusemos a estudar o processo de digitalização em curso na Administração Aduaneira, nomeadamente os desafios e as potenciais soluções. Para tal, exige-se repensar todo o modelo atual e, portanto, questionar como deverá a transição digital ser realizada, como podemos construir as “novas” alfândegas eletrónicas e, por último, como atualizar os procedimentos aduaneiros de forma a criar um ambiente alfandegário mais eficiente e moderno. Assim, partindo dos antecedentes e dos instrumentos jurídicos ao dispor da União Europeia, analisamos as razões, as manifestações e os objetivos da digitalização no domínio da Administração Aduaneira. Por último, refletindo sobre o caminho para uma União Aduaneira Digital, verificamos que o trajeto para a modernização não é feito apenas de motivações, mas um percurso de grandes desafios, sobre os quais esta investigação versará.

Palavras-chave: união aduaneira digital, direito aduaneiro, transição digital, alfândega eletrónica.

Summary: 1. Introduction; 2. Digital transition as a European priority; 3. A Digital Customs Union: 3.1. Background and legal instruments. From physical borders to virtual borders; 3.2. Legal framework; 3.3. Why digitize?; 3.4. Core problems of customs digitization; Conclusion.

Abstract: One of the main goals of the European Commission is to promote a modern customs service that communicates automatically with tax administrations and with the commerce itself, in a system based on the legal entity of the electronic customs. It was from the perspective of this key figure that we set out to study the digitization process underway in the tax and customs administrations, namely, its challenges and potential solutions. To this end, it is necessary to rethink the entire current model and, therefore, to question how the digital

¹ Doutorando em Direito, vertente ciências jurídicas-públicas, da Escola de Direito da Universidade do Minho.

transition should be carried out, how we can outline the “new” electronic customs and, finally, how to update traditional customs procedures to create a more sustainable, efficient and modern customs environment. Starting from the background and the legal instruments set by the European Union, we analyse the reasons, manifestations and objectives of digitalization in the field of the customs administration. Finally, reflecting on the path to a Digital Customs Union, we understand that the trail to modernization is not only made of motivations, it is also a way of great challenges – which this investigation will address.

Keywords: digital customs union, customs law, digital transition, electronic customs.

1. Introdução

“A economia está a tornar-se digital”². O rápido desenvolvimento e a disseminação das tecnologias de informação e comunicação³ tem influenciado o comportamento dos consumidores⁴, impulsionado as empresas a criar novos modelos de negócio, novos paradigmas, novos *playing fields* e, por isso, também novos desafios tributários⁵. O ambiente digital, de escala global, motiva novas formas de produção, de circulação da informação e uma radical alteração de paradigmas que “põem em xeque” a capacidade atual do direito fiscal na adequação dos seus meios de intervenção face aos desafios da economia digital⁶. O resultado da inadequação dos sistemas fiscais às novas realidades comerciais é apontado como:

1. A frustração de muitas jurisdições perante a impossibilidade de tributarem, pelas normas convencionais vigentes, os intangíveis, a criação de valor e a obtenção de benefícios pretensamente realizados ou adquiridos nos seus mercados por empresas digitais não residentes⁷.
2. As subseqüentes nefastas condições para os orçamentos públicos e para a justiça social.
3. Fragmentação do mercado interno, devido às situações de distorção da concorrência entre empresas digitais e não digitais^{8,9}.

2 Começa assim o relatório do grupo de peritos da Comissão Europeia sobre a tributação da economia digital. Europeia, Comissão, *Report of the commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy*, 2014. p. 5. Disponível em: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/gen_info/good_governance_matters/digital/report_digital_economy.pdf. Consultado em: 10/01/2022.

3 Relativamente ao impacto do digital na economia portuguesa em números: €20 mil milhões é o valor do prémio de PIB português em 2025 se Portugal conseguir projetar-se como importante *hub* digital Europeu. 4,6% do PIB português é o que representava em 2017 a economia digital pura, sendo superior aos sectores da construção, energia, água e saneamento. €16,8 mil milhões são as receitas dos sectores do turismo e retalho influenciadas por jornadas de compra digital. Abecassis, Miguel; Pereira, Pedro; Field, Dominic, *O impacto do digital na economia portuguesa*, Boston Consulting Group, 2018. Disponível em: <http://www.forumconsumo.com/Portals/2/PDF/estudo123.pdf?ver=20190304114356437×tamp=1551717881844>. Consultado em: 21/01/2022.

4 Segundo o estudo supramencionado, 45% dos portugueses não abdicaria do seu acesso à internet por qualquer valor. Tanto para empresas como particulares, há hoje dependência constante nas ferramentas digitais que vão desde a utilização do e-mail, a comunicação por *whatsapp*, o uso das aplicações móveis, as compras e vendas através do comércio eletrónico, as reservas de restaurantes e hotéis, os *posts* nas redes sociais, as pesquisas em motores de busca na internet, as plataformas de serviços online (publicidade, bancários, etc.), os serviços de *streaming* de música e vídeo, a indústria do *gaming*, o armazenamento em *cloud*, entre muitos outros. *Ibid*.

5 Esteves, Jaime Carvalho; Martins, Sónia, *V Congresso de Direito Fiscal*, Porto: Vida Económica, 2019, Cap., Plataformas digitais – novos modelos de negócio, novos desafios tributários, p. 113.

6 Franco, António Sousa, *O ambiente tecnológico e o ambiente Fiscal*, Eurocontas, 1999, p. 11.

7 Caldas, António Castro; Teixeira, Martim, “Da Instalação Física à Presença Digital Significativa – Estabelecimento Estável na Era Digital”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 52, 2019, p. 159.

8 RIBEIRO, Inês, *O Estabelecimento Estável no contexto da Economia Digital, em especial as propostas da Comissão Europeia*, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2019. p. 20.

9 As empresas digitais estão atualmente sujeitas a uma taxa efetiva média de tributação que corresponde a metade da aplicável à economia tradicional da União Europeia.

4. Situações de dupla tributação, desencadeadas pelo aparecimento descontrolado de medidas unilaterais¹⁰.
5. A complexidade do sistema tributário, que potencia esquemas de evasão e fraude fiscal¹¹.

Perante o exposto, e procurando dar resposta a estas dificuldades, pretendeu-se estudar o processo de digitalização em curso na Administração Aduaneira, nomeadamente os desafios e as potenciais soluções. Exige-se, por isso, repensar todo modelo atual e, portanto, questionar como deverá a transição digital ser realizada, como podemos construir as “novas” alfândegas eletrónicas e, por último, como atualizar os procedimentos aduaneiros de forma a criar um ambiente alfandegário mais eficiente e moderno.

Assim, partindo destas questões, repartimos o nosso estudo em cinco capítulos. Num primeiro momento, abordaremos o tema da transição digital da Administração Pública, enquanto estratégia e prioridade europeia. Em segundo lugar, refletimos sobre o caminho para uma União Aduaneira Digital que assenta, primordialmente, na figura das alfândegas eletrónicas. Por fim, partindo dos antecedentes e dos instrumentos jurídicos ao dispor da União Europeia, analisaremos as razões, as manifestações e os problemas nucleares da digitalização no domínio da Autoridade Aduaneira.

2. A transição digital como uma prioridade europeia

A digitalização das administrações públicas¹² é uma prioridade absoluta da União Europeia e têm sido diversas as estratégias adotadas para a modernizar¹³. Falamos a este respeito nas medidas apresentadas pela Comissão Europeia, onde se incluem: 1) O Plano de Ação Europeu para a Administração Pública em linha; 2) o projeto *eGovernment & Digital Public Services*¹⁴ com vista a acelerar a transformação digital da Administração Pública, através do desenvolvimento de serviços públicos digitais

10 Bunn, Daniel; Asen, Elke; Enache, Cristina, *Digital Taxation Around the World*, Tax Foundation, 2020. pp. 28-29

11 Pereira, Leandro, *O impacto da complexidade do sistema tributário na evasão fiscal*, Universidade do Porto, 2020.

12 Sobre o Mercado Único Digital, cfr. Abreu, Joana Covelo de, "O Mercado Único Digital como o novo mundo para a União Europeia: repercussões na estrutura regulatória social e institucional – a redefinição do serviço universal e do Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas (ORECE)", *UNIO – EU Law Journal*, Vol. 4, n.º 2, 2018, pp. 59-72.

13 Na verdade, a transição digital não só é uma prioridade na Europa como, naturalmente, em Portugal. Falamos a este respeito no plano de digitalização baseado na *e.governance, open connectivity and free movement of data*, respeitando a ética, o direito e a *cybersecurity*. Para desenvolvimentos sobre os “planos (portugueses) de ação para a transição digital, veja-se *Estudos de E. Governança, Transparência e Proteção de Dados*, coord. Isabel Fonseca, Almedina, 2021, Cap., Governança Pública Digital e a Proteção de Dados Pessoais: notas breves sobre as dificuldades de harmonização. pp. 15-24.

14 Centeno, Clara; Van Bavel, Rene; Burgelman, Jean-Claude, "A Prospective View of e-Government in the European Union", *The Electronic Journal of e-Government*, Vol. 3, n.º 2, 2005, pp. 59-66.

transfronteiriços; e 3) o modelo *NextGenerationEU*¹⁵, que pretende conceber uma plataforma digital única, implementar uma *cloud* europeia, estabelecer ligações intracomunitárias através da tecnologia 5G e criar uma identidade europeia digital segura (*e-ID*¹⁶) - o que irá facilitar o acesso aos serviços públicos em linha e o aumento do controlo sobre os dados pessoais.

Importa salientar, precisamente, o desenvolvimento da plataforma digital única¹⁷ como talvez a maior manifestação do processo de transição digital na administração. Por um lado, do ponto de vista da relação com os utilizadores, esta plataforma facilitará o acesso *online* a informações relativas aos procedimentos administrativos e serviços de assistência que os cidadãos necessitam para viver, residir, estudar, trabalhar, comprar, viajar, ou, no caso específico das empresas, fazer negócios dentro da União Europeia¹⁸⁻¹⁹. Em termos práticos, a plataforma digital funciona numa tríplice perspetiva:

- Informativa - permite o acesso a informações fiáveis e de qualidade sobre as normas nacionais ou comunitárias, os direitos e os procedimentos aplicáveis à situação de um determinado cidadão.
- Procedimental – fornece informações relativas aos procedimentos disponíveis, nomeadamente, os requisitos, a tramitação e a forma de execução desses procedimentos junto da administração pública.
- Auxiliar – permite-se que os utilizadores que procurem uma assistência personalizada sejam acompanhados digitalmente em serviços especializados de resolução de problemas²⁰.

Por outro lado, pretende-se acelerar a digitalização da Administração Pública, migrando os procedimentos físicos para o “mundo virtual”²¹ e disponibilizando-os tanto

15 O instrumento *NextGenerationEU* é mais do que um plano de recuperação, trata-se de uma oportunidade transformar a economia, a sociedade e construir uma Europa que funcione para todos. Cfr. Pruvot, Enora Bennetot; Estermann, Thomas, "NextGenerationEU: What do National Recovery and Resilience Plans hold for universities?", *European University Association*, 2021,

16 Cfr. recomendação da Comissão Europeia (CE) C(2021) 3968 final, de 3 junho de 2021, sobre o desenvolvimento de uma “caixa de ferramentas comum” da União Europeia para uma abordagem coordenada em direção a uma estratégia digital europeia relativamente a uma estrutura de identidade eletrónica.

17 Sobre este assunto, é de referir o Regulamento (UE) 2018/1724 do Parlamento Europeu e do Conselho de 2 de outubro de 2018, relativo à criação de uma plataforma para prestação de acesso à informações, procedimentos e a serviços de assistência e de resolução de problemas, e que altera o Regulamento (UE) 2012/1024.

18 *Estudos de E. Governação, Transparência e Proteção de Dados*, cit., p. 12.

19 Abreu, Joana Covelo de, "Digital Single Market under EU political and constitutional calling: European electronic agenda's impact on interoperability solutions", *UNIO – EU Law Journal*, Vol. 3, n.º 1, 2017, pp. 123-140.

20 A título ilustrativo, salientamos a utilização de *chatbots* como instrumento de interface e acompanhamento dos utilizadores. Cfr. Atabekov, Atabek; Yastrebov, Oleg, "Legal Status of Artificial Intelligence Across Countries: Legislation on the Move", *European Research Studies Journal*, Vol. XXI, n.º 4, 2018, pp. 773-782, Bartenberger, Martin; Galla, Sven; Kosak, Alexander, "Legal Chatbots – Characteristics, recent developments and ethical implications", *Compliance Elliance Journal*, Vol. 4, n.º 1, 2018, pp. 19-26.

21 Consta da agenda europeia, como meta até dezembro de 2023, a disponibilização de 21 procedimentos administrativos *online* em todos os países da União Europeia. Incluem-se, entre outros, o

a utilizadores nacionais como transfronteiriços. Assim, ganha uma maior importância a cooperação administrativa intracomunitária²² sob a alçada do princípio da declaração única²³. Nesse sentido, os utilizadores não devem submeter às autoridades documentos ou dados que já estão na posse de outra autoridade, em virtude da possibilidade de intercâmbio dos elementos de prova entre as diferentes Administrações Públicas dos diferentes Estados-Membros²⁴.

Em suma, a transição digital é catalisada pelo direito da União Europeia e transversal a toda a Administração Pública. É neste sentido que centraremos o nosso estudo, procurando explorar o fenómeno da digitalização no domínio da tributação aduaneira.

3. Uma União Aduaneira Digital

Uma das metas da União Europeia é promover, em termos harmoniosos pelos Estados integrados na União Aduaneira, um serviço aduaneiro moderno que comunica eletronicamente com as administração alfandegárias e com próprio comércio, num sistema assente na figura das alfândegas eletrónicas.

Por sua vez, o modelo da alfândega eletrónica²⁵ tem como objetivos: 1) reforçar a segurança nas fronteiras externas da União Europeia, e 2) facilitar o comércio. Trata-se de um projeto iniciado pela Comissão Europeia que visa substituir os procedimentos alfandegários em formato de papel por procedimentos eletrónicos em toda a União Europeia, sob a premissa da criação de um ambiente alfandegário mais eficiente e moderno.

procedimento: 1) de solicitação um comprovativo de residência; 2) apresentação a uma bolsa de estudo; 3) reconhecimento de títulos académicos, 4) registo de um veículo, 5) obtenção do cartão europeu de seguro de doença, etc.

22 Cfr. Abreu, Joana Covelo de, "Os princípios gerais da Administração Pública em linha na União Europeia e a análise do artigo 14.º do CPA – revisitando as necessidades de literacia digital", in *Comentários ao código do procedimento administrativo*, Lisboa: AAFDL, 2020, pp. 387-411.

23 As regras aplicáveis às declarações aduaneiras e à sujeição das mercadorias a um regime aduaneiro deverão ser modernizadas e racionalizadas, em especial mediante a exigência de que, em regra, as declarações aduaneiras sejam efetuadas por meios eletrónicos, bem como mediante a consagração de um único tipo de declaração simplificada e da possibilidade de apresentar uma declaração aduaneira sob a forma de inscrição nos registos do declarante. Veja-se o n.º 43 do preâmbulo do Código Aduaneiro da União (Regulamento (UE) 2013/952 do Parlamento europeu e do Conselho).

24 A transição digital deve ser também uma prioridade no plano dos Estados, sob pena de a estratégia digital europeia ficar comprometida. Vd. *Estudos de E. Governação, Transparência e Proteção de Dados*, cit., p. 15.

25 Do inglês *electronic customs* ou *e-customs*.

3.1. Antecedentes e instrumentos jurídicos. Das fronteiras físicas às fronteiras virtuais

A União Aduaneira constitui um dos pilares fundamentais²⁶ da União Europeia e o epicentro do mercado interno²⁷. Foi através da União Aduaneira que se fomentaram as bases para a integração económica e, conseqüentemente, para um rápido crescimento da Europa²⁸.

Desde a conclusão da União Aduaneira, em 1 de julho de 1968, que o papel desempenhado pelas alfândegas mudou substancialmente. Impõem-se, enquanto novos desafios, o volume crescente de trocas comerciais à nível mundial, as rápidas e disruptivas tecnologias, os novos modelos de negócios, os crimes transnacionais e as ameaças constantes à segurança.

Nesse sentido, os procedimentos aduaneiros em formato papel foram gradualmente substituídos por procedimentos eletrónicos, com vista a aumentar a competitividade das empresas europeias e melhorar, simultaneamente, o controlo e a segurança comunitária. O primeiro passo para a troca eletrónica de declarações aduaneiras foi dado com o Novo Sistema de Trânsito Informatizado²⁹, iniciado em 1997. Anos mais tarde, surge a *e-Customs Decision* (Decisão n.º 70/2008/CE do Parlamento Europeu e do Conselho), que estabeleceu o regime jurídico para a criação de um “ambiente sem papel para as alfândegas e para o comércio”³⁰, estabelecendo os objetivos, a estrutura, os meios e os principais prazos para a digitalização.

É nesse sentido que surge também o *MASP – Eletronic Customs Multi-Annual Strategic Plan*³¹, constituindo uma ferramenta de gestão e planeamento dos projetos de informática e inovação no contexto aduaneiro. Trata-se de um instrumento³² elaborado nos termos do n.º 2, do artigo 8.º, da *e-Customs Decision*, que estabelece a visão, os objetivos, o quadro estratégico e os marcos para a implementação de uma união aduaneira eletrónica.

26 Silveira, Alessandra; Abreu, Joana Sousa Covelo; Coelho, Larissa, "UNIO Ebook Interop 2019: O Mercado Único Digital da União Europeia como desígnio político: a interoperabilidade como o caminho a seguir", *Pensamento Sábio – Associação para o conhecimento e inovação e Universidade do Minho – Escola de Direito*, 2019.

27 Dias, Fernanda, "O Mercado Único Digital Europeu", *Análise Europeia*, Vol. 1, n.º 2, 2016, p. 17.

28 Amaral, Frederico, *Direito Aduaneiro Europeu: Natureza e Objeto*, Universidade do Porto, 2012, p. 73.

29 Santos, José, *Atribuições e Competências da Administração Tributária e Aduaneira (AT) – Alfândegas*, Instituto Politécnico da Guarda, 2013.

30 Cfr. Decisão n.º 70/2008/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

31 Valentin, Durigu; Tudor, Alexandru, "E-Customs or What Customs Has in Store for Us in the Medium Term", *Tax Mag*, n.º 5, 2016, p. 276.

32 Henningsson, Stefan; Bjørn-Andersen, Niels, "Exporting e-Customs to Developing Countries: a Semiotic Perspective", *GlobDev*, n.º 7, 2009.

Por fim, com a adoção do Código Aduaneiro da União³³ dá-se a verdadeira metamorfose das alfândegas para um ambiente sem papel e de cariz inteiramente eletrónico.

3.2. Enquadramento legal

O Código Aduaneiro da União, em conjunto com o Regulamento Delegado (EU) 2015/2446 e com o Regulamento de Execução (UE) 2017/2445, estabelece o quadro legal da digitalização aduaneira, através da obrigação de uma total informatização e desmaterialização no domínio alfandegário, com recurso a técnicas de processamento eletrónico de dados.

A digitalização efetiva-se, essencialmente, na recolha, armazenamento, tratamento e processamento eletrónico de toda a informação trocada entre as autoridades aduaneiras e os operadores. Esse processamento exige a criação de programas informáticos que permitam armazenar da forma mais detalhada possível os dados relacionados com as transações comerciais concretizadas e com a contabilidade dos respetivos operadores económicos.

É neste sentido que o artigo 6.º do Código Aduaneiro da União estabelece a obrigatoriedade da realização dos intercâmbios e o armazenamento de informações, tal como declarações, pedidos ou decisões, entre as autoridades aduaneiras e entre os operadores económicos e as autoridades aduaneiras, utilizando técnicas de processamento eletrónico de dados.

Por outro lado, encontramos plasmado no artigo 16.º do Código Aduaneiro da União um dever de cooperação ativa entre os Estados Membros e a Comissão na criação, manutenção, e utilização de sistemas eletrónicos para o intercâmbio de informações entre as autoridades aduaneiras a Comissão. É, assim, garantido o funcionamento eficaz, fiável e seguro dos vários sistemas³⁴.

3.3. Porquê digitalizar?

A transição digital no domínio da administração aduaneira poderá assentar em dois motivos.

33 O Código Aduaneiro da União (antigo Código Aduaneiro Comunitário) constitui a base da gestão aduaneira e é acordado pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia. À medida que se implementam novos processos e surgem novos desafios, a Comissão e as autoridades aduaneiras nacionais trabalham em conjunto para rever as diversas modalidades de aplicação do código. Cfr. Europeia, Comissão, *Compreender as políticas da União Europeia: Alfândegas* 2014, p. 5.

34 Tendo em vista minimizar os riscos para a União, os seus cidadãos e os seus parceiros comerciais, a aplicação harmonizada de controlos aduaneiros pelos Estados-Membros deverá assentar num quadro comum de gestão do risco e num sistema eletrónico para a sua execução. A simplificação dos procedimentos aduaneiros recorrendo a meios eletrónicos exige a partilha de responsabilidades entre as administrações aduaneiras dos diversos Estados Membros. É necessário assegurar que as sanções sejam efetivas, dissuasivas e proporcionadas em todo o mercado interno. Cfr. n.ºs 23 e 28 do preâmbulo do Código Aduaneiro da União (Regulamento (UE) 2013/952 do Parlamento europeu e do Conselho).

Em primeiro lugar, por razões de simplificação. Trata-se de uma necessidade que se reconduz à importância de agilizar o controlo e cumprimento das obrigações associadas à importação e exportação de mercadorias. Eliminar a morosidade significa eliminar a complexidade associada aos procedimentos alfandegários³⁵ e, para tal, é necessário implementar novas práticas administrativas com recurso a novas tecnologias³⁶. Como resultado da simplificação, salientamos a eficiência na organização dos controlos aduaneiros, o fluxo ininterrupto de informações em prol de uma eficiência das formalidades de desalfandegamento e a redução da carga administrativa³⁷.

Em segundo lugar, temos a necessidade (ou possibilidade) de garantir um intenso escrutínio nos termos em que o comércio internacional é concretizado. Estamos perante um finalidade extrafiscal³⁸, um motivo que vai para além do objetivo da mera arrecadação de receitas. Nesse sentido, apercebemo-nos que existem outros princípios subjacentes à cobrança de direitos aduaneiros, como, por exemplo, o combate à fraude, ao narcotráfico, crime organizado e terrorismo; proteção do mercado interno, da saúde pública e do meio ambiente; defesa da propriedade intelectual e do património cultural³⁹.

3.4. Problemas nucleares da digitalização aduaneira

Aqui chegados, importa assinalar os principais desafios que se impõem à digitalização operada no âmbito aduaneiro.

No âmbito deste estudo, identificamos três problemas. O primeiro, prende-se com a proteção que é conferida aos dados que as autoridade aduaneiras têm acesso. A este respeito, o artigo 12.º do Código Aduaneiro da União, relativo à comunicação de informações e proteção de dados, determina que todas as informações obtidas

35 Barbosa, Andreia, "Os procedimentos de natureza informativa no código aduaneiro da união como facilitadores do comércio internacional"; *IV Seminário internacional hispano-luso-brasileiro sobre direitos fundamentais e políticas públicas*, Bubok Publishing, 2018.

36 A título exemplificativo, salientamos a complexidade subjacente ao comércio internacional.

37 Barbosa, Andreia Isabel, "A digitalização na tributação aduaneira – razões, manifestações e desafios", *Direito na Lusofonia. Direito e novas tecnologias*, Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018, pp. 25-28.

38 Os Estados podem utilizar os impostos com o objetivo, ou finalidade principal de evitar certos comportamentos económicos e sociais dos seus destinatários. impostos que visam evitar ou obstar à verificação do pressuposto de facto ou facto gerador. Traduzem-se em verdadeiras medidas de intervenção económica e social por via fiscal, que visam excluir ou determinar certos comportamentos económicos ou sociais dos seus destinatários – incentivando ou desestimulando práticas. Nabais, José Casalta, *Problemas Nucleares de Direito Fiscal*, Almedina, 2020, p. 213.

39 Certos autores referem também razões de controlo dos operadores económicos, nomeadamente, através da disponibilização de certas vantagens económicas conferidas pelo legislador. Trata-se, por exemplo, da concessão do estatuto de operador económico autorizado, ou da concessão de autorizações para beneficiar regimes de aperfeiçoamento ativo ou passivo, de importação temporária, de destino especial, ou para exploração de instalações de armazenamento para o entreposto aduaneiro das mercadorias. Em ambos os casos, exige-se um sistema de gestão que pressupõe uma plataforma informática capaz de armazenar e partilhar informações comerciais que permitam um controlo aduaneiro adequado. Barbosa, Andreia Isabel, *A digitalização na tributação aduaneira – razões, manifestações e desafios*, cit., pp. 26-27.

pelas Administrações Aduaneiras, no exercício das respetivas competências, sejam de carácter confidencial ou estejam cobertas de sigilo profissional. Tais informações só poderão ser divulgadas pelas Autoridades competentes mediante uma autorização expressa da entidade que as forneceu. Nesse sentido, estaremos perante um sigilo inquebrável? Sucede que, na prática, essas informações podem ser divulgadas sem uma autorização nos casos em que a administração seja obrigada ou autorizada por força das disposições legais em vigor⁴⁰. Referimo-nos a este respeito, por exemplo, à divulgação de informações no âmbito de ações judiciais, ou no âmbito de operações de cooperação aduaneira entre países terceiros (se perante um acordo internacional)⁴¹ ou entre Estados Membros (se ao abrigo de legislação comunitária). Sendo esta partilha, com ou sem autorização, inevitável, concluímos que qualquer divulgação ou comunicação de informações deverá assegurar sempre um nível adequado de proteção de dados.

Por outro lado, o segundo desafio alude à possibilidade de divulgação de informações autoincriminatórias. Ou seja, perante a panóplia de dados obtidos e tratados pelos programas informáticos, podem surgir relações ou indícios que coloquem os operadores económicos numa situação de incriminação. Assim, a discussão surge ao nível da admissibilidade probatória destes elementos no âmbito de um possível processo crime que venha a ser instaurado. Neste aspeto, assumem especial relevância os artigos 14.º e 15.º do Código Aduaneiro da União, que determinam, tendo em vista a cooperação mútua entre operadores e as administrações, a possibilidade de troca de informações não exigidas pela legislação aduaneira – com vista, simultaneamente, ao cumprimento de formalidades, detenção ou prevenção de eventuais riscos associados. Perante este regime, somos da opinião da aplicação por analogia do regime da recolha de provas em procedimento de inspeção tributária. Nesse sentido, o princípio da proibição da autoinculpação ou autoincriminação⁴², impede que os serviços de inspeção tributária, no uso dos seus poderes de investigação criminal, possam utilizar princípios e regras do procedimento de inspeção tributária que colidam com os direitos dos arguidos⁴³.

Em último lugar, salientamos o ónus que é imposto aos operadores económicos para se adaptarem aos procedimentos digitais⁴⁴. Na verdade, o desenvolvimento,

40 Ibid.

41 Salehi, Mahdi, "Barriers to E-Customs in an Emerging Economy: The Case of Iran", *Management (18544223)*, Vol. 7, n.º 2, 2012, pp. 129-153.

42 Ferra, Andreia Valadares, "A utilização em processo penal da prova obtida pela Autoridade Tributária ao abrigo do dever de colaboração e o direito à não auto-inculpação do contribuinte – O Acórdão n.º 298/2019 do Tribunal Constitucional", *Julgaz*, n.º 1, 2020.

43 Martins, Ana Catarina, *Os Poderes de Investigação em matéria tributária – Em especial, a investigação da criminalidade tributária*, Universidade do Minho, 2016, p. 32.

44 Raus, Marta; Flügge, Barbara; Boutellier, Roman, "Electronic customs innovation: An improvement of governmental infrastructures", *Government Information Quarterly*, Vol. 26, n.º 2, 2009, pp. 246-256.

a implementação e a manutenção de sistemas informáticos implica investimentos significativos⁴⁵.

Existe hoje uma tendencial transferência das funções administrativas para a esfera dos particulares, um *outsourcing* que, na nossa opinião, é por vezes excessivo⁴⁶. Assim, considerando que o peso de tornar simples o que é por definição complexo é maioritariamente da responsabilidade dos operadores económicos⁴⁷, questionamos se será uma exigência proporcional.

No entanto, podemos entender que essa exigência poderá ser justificada no sentido de, ao ser implementada, não existir necessidade de criar um dispositivo administrativo desproporcionado em relação as necessidades económicas em causa, e apenas um sistema informático completo e eficaz o suficiente será suficiente capaz para o evitar. Estamos perante um bem jurídico maior, em decorrência dos princípios da prossecução do interesse público e da boa administração.

Conclusão

A economia digital desenvolveu-se de tal forma que representa hoje não uma parte da economia, mas a própria economia. E, se é certo de que estar no mundo significa estar em rede e na rede, é também com algum grau de certeza que afirmamos que a transformação digital se assume cada vez mais como um fenómeno indiscutível.

A digitalização permite às empresas alcançar novos mercados, potenciar lucros e rentabilizar os seus custos. Note-se que, na União Europeia, o uso da internet é atualmente uma componente vital de um qualquer modelo de negócio, sendo prova bastante do referido o facto de apenas 3% das empresas não terem uma ligação estável ao mundo virtual. Quanto às empresas que utilizam as plataformas digitais, salientamos que 79% tem o seu próprio website, 49% usam pelo menos uma rede social para interagir com os seus clientes, 20% concluem vendas online e 26% recorrem reiteradamente a serviços de marketing e publicidade digital⁴⁸.

45 Henningsson, Stefan; Henriksen, Helle Zinner, "Inscription of behaviour and flexible interpretation in Information Infrastructures: The case of European e-Customs", *The Journal of Strategic Information Systems*, Vol. 20, n.º 4, 2011, pp. 355-372.

46 Falamos a este respeito, não só em heteroliquidação, mas também em todas as obrigações acessórias. A título exemplificativo referimos aos custos associados frutos da obrigações fiscais propriamente ditas,; em custos relativos aos recursos humanos implicados (assessorias, consultores, contabilistas), em custos com o tempo dispensado naquela operação, e até mesmo, em custos psicológicos. Leva-nos há questão: quanto custa verdadeiramente pagar impostos? Veja-se, para mais desenvolvimentos: Lopes, Cidália, *Quanto custa pagar Impostos em Portugal? Os custos de cumprimento da tributação do rendimento*, Almedina, 2008.

47 Urciuoli, Luca; Hintsu, Juha; Ahokas, Juha, "Drivers and barriers affecting usage of e-Customs – A global survey with customs administrations using multivariate analysis techniques", *Government Information Quarterly*, Vol. 30, n.º 4, 2013, pp. 473-485.

48 EUROSTAT, *Digital economy & society in the EU. A Browse Through Our Online World In Figures*, 2018, pp. 4-18. Disponível em: <https://ec.europa.eu/eurostat/cache/infographs/ict/images/pdf/pdf-digital-eurostat-2018.pdf>. Consultado em 14/01/2022.

Nesse sentido, o Direito Aduaneiro pretende estar também na vanguarda da tecnologia. Uma das metas da Comissão Europeia é promover, em termos harmoniosos pelos Estados integrados na União Aduaneira, um serviço aduaneiro moderno que comunica eletronicamente com as administrações alfandegárias e com próprio comércio, num sistema assente na figura da alfândega eletrónica.

A nível jurídico, a digitalização aduaneira está a ser promovida através de instrumentos como o Código Aduaneiro da União, o Regulamento de Execução e o Regulamento Delegado, que vieram estabelecer a obrigação da total informatização e desmaterialização através de técnicas modernas de processamento de dados.

Neste âmbito, analisamos as motivações subjacentes ao processo de transição digital. Por um lado, encontramos razões de simplificação (o controlo e verificação do cumprimento das obrigações fiscais; a eliminação da morosidade e da complexidade dos procedimentos alfandegários; a obtenção e tratamento de forma ininterrupta de informações; a eficiência nas formalidades de desalfandegamento). Por outro lado, a modernização da administração aduaneira é também motivada por uma finalidade extrafiscal. Pretende-se, garantir um intenso escrutínio nos termos em que o comércio internacional é concretizado, em detrimento da mera arrecadação de receitas.

O caminho para a modernização não é feito apenas de motivações, é igualmente um percurso de desafios. Assim, impõem-se vários problemas à digitalização no domínio aduaneiro, dos quais salientamos:

1. A proteção que é conferida aos dados que as autoridades aduaneiras têm acesso, os quais, apesar de confidenciais e cobertos por um sigilo profissional, podem ser partilhados em certas circunstâncias, ainda que sem a autorização expressa dos operadores económicos.
2. A divulgação de dados autoincriminatórios. Ou seja, perante uma panóplia de dados obtidos e tratados pelos programas informáticos, podem surgir relações ou indícios que autoincriminem os operadores económicos. A discussão surge ao nível da admissibilidade probatória destes elementos e no âmbito de um eventual processo-crime que venha a ser instaurado.
3. O ónus que é imposto sobre os operadores económicos na adaptação aos procedimentos digitais, pois o desenvolvimento, a implementação e a manutenção de sistemas informáticos implica investimentos significativos.

Por fim, caminhamos efetivamente para uma União Aduaneira Digital.

Nesse sentido, o desafio não nos parece, todavia, reconduzir-se à possibilidade de antever que tipo de sistemas informáticos podem ser implementados daqui a cinco ou dez anos no âmbito das operações e do direito aduaneiro. O desafio assenta sim no desenvolvimento de ferramentas legais e digitais que, tal como um canivete suíço, sejam dotadas de um nível de versatilidade suficientemente robusto para lidar com as constantes mutações, ainda que a ideia basilar não sofra grandes mudanças – a liberdade no comércio internacional.

Bibliografia

AA.VV., *Estudos de E. Governação, Transparência e Proteção de Dados*, coord. Fonseca, Isabel Celeste M., Almedina, 2021.

Abecassis, Miguel; Pereira, Pedro; Field, Dominic, *O impacto do digital na economia portuguesa*, Boston Consulting Group, 2018.

Abreu, Joana Covelo de, "Digital Single Market under EU political and constitutional calling: European electronic agenda's impact on interoperability solutions", *UNIO – EU Law Journal*, Vol. 3, n.º 1, 2017, pp. 123-140.

Abreu, Joana Covelo de, "O Mercado Único Digital como o novo mundo para a União Europeia: repercussões na estrutura regulatória social e institucional – a redefinição do serviço universal e do Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas (ORECE)", *UNIO – EU Law Journal*, Vol. 4, n.º 2, 2018, pp. 59-72.

Abreu, Joana Covelo de, "Os princípios gerais da Administração Pública em linha na União Europeia e a análise do artigo 14.º do CPA – revisitando as necessidades de literacia digital", *Comentários ao código do procedimento administrativo*, Lisboa: AAFDL, 2020.

Amaral, Frederico, *Direito Aduaneiro Europeu: Natureza e Objeto*, Universidade do Porto, 2012.

Atabekov, Atabek; Yastrebov, Oleg, "Legal Status of Artificial Intelligence Across Countries: Legislation on the Move", *European Research Studies Journal*, Vol. XXI, n.º 4, 2018, pp. 773-782.

Barbosa, Andreia, "Os procedimentos de natureza informativa no código aduaneiro da união como facilitadores do comércio internacional", *IV Seminário internacional hispano-luso-brasileiro sobre direitos fundamentais e políticas públicas*, Bubok Publishing, 2018.

Barbosa, Andreia, "A digitalização na tributação aduaneira – razões, manifestações e desafios", *Direito na Lusofonia. Direito e novas tecnologias*, Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018,

Bartenberger, Martin; Galla, Sven; Kosak, Alexander, "Legal Chatbots – Characteristics, recent developments and ethical implications", *Compliance Elliance Journal*, Vol. 4, n.º 1, 2018, pp. 19-26.

Bunn, Daniel; Asen, Elke; Enache, Cristina, *Digital Taxation Around the World*, Tax Foundation, 2020.

Caldas, António Castro; Teixeira, Martim, "Da Instalação Física à Presença Digital Significativa – Estabelecimento Estável na Era Digital", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 52, 2019.

Centeno, Clara; Van Bavel, Rene; Burgelman, Jean-Claude, "A Prospective View of e-Government in the European Union", *The Electronic Journal of e-Government*, Vol. 3, n.º 2, 2005, pp. 59-66.

Dias, Fernanda, "O Mercado Único Digital Europeu", *Análise Europeia*, Vol. 1, n.º 2, 2016,

Esteves, Jaime Carvalho; Martins, Sónia, *V Congresso de Direito Fiscal*, Porto: Vida Económica, 2019 (Cap., Plataformas digitais- novos modelos de negócio, novos desafios tributários).

Europeia, Comissão, *Report of the commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy*, 2014.

Europeia, Comissão, *Comprender as políticas da União Europeia: Alfândegas*, 2014.

EUROSTAT, *Digital economy & society in the EU. A Browse Through Our Online World In Figures*, 2018.

Ferra, Andreia Valadares, "A utilização em processo penal da prova obtida pela Autoridade Tributária ao abrigo do dever de colaboração e o direito à não auto-inculpação do contribuinte – O Acórdão n.º 298/2019 do Tribunal Constitucional", *Julgar*, n.º 1, 2020,

Franco, António Sousa, *O ambiente tecnológico e o ambiente Fiscal*, Eurocontas, 1999.

Henningsson, Stefan; Bjørn-Andersen, Niels, "Exporting e-Customs to Developing Countries: a Semiotic Perspective", *GlobDev*, n.º 7, 2009.

Henningsson, Stefan; Henriksen, Helle Zinner, "Inscription of behaviour and flexible interpretation in Information Infrastructures: The case of European e-Customs", *The Journal of Strategic Information Systems*, Vol. 20, n.º 4, 2011, pp. 355-372.

Lopes, Cidália, *Quanto custa pagar Impostos em Portugal? Os custos de cumprimento da tributação do rendimento*, Almedina, 2008.

Martins, Ana Catarina, *Os Poderes de Investigação em matéria tributária – Em especial, a investigação da criminalidade tributária*, Universidade do Minho, 2016.

Nabais, José Casalta, *Problemas Nucleares de Direito Fiscal*, Almedina, 2020.

Pereira, Leandro, *O impacto da complexidade do sistema tributário na evasão fiscal*, Universidade do Porto, 2020.

Privot, Enora Bennetot; Estermann, Thomas, "NextGenerationEU: What do National Recovery and Resilience Plans hold for universities?", *European University Association*, 2021.

Raus, Marta; Flügge, Barbara; Boutellier, Roman, "Electronic customs innovation: An improvement of governmental infrastructures", *Government Information Quarterly*, Vol. 26, n.º 2, 2009, pp. 246-256.

Ribeiro, Inês, *O Estabelecimento Estável no contexto da Economia Digital, em especial as propostas da Comissão Europeia*, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2019.

Salehi, Mahdi, "Barriers to E-Customs in an Emerging Economy: The Case of Iran", *Management (18544223)*, Vol. 7, n.º 2, 2012, pp. 129-153.

Santos, José, *Atribuições e Competências da Administração Tributária e Aduaneira (AT) – Alfândegas*, Instituto Politécnico da Guarda, 2013.

Silveira, Alessandra; Abreu, Joana Sousa Covelo; Coelho, Larissa, "UNIO Ebook Interop 2019: O Mercado Único Digital da União Europeia como desígnio político: a interoperabilidade como o caminho a seguir", *Pensamento Sábio – Associação para o conhecimento e inovação e Universidade do Minho – Escola de Direito*, 2019.

Urciuoli, Luca; Hintsa, Juha; Ahokas, Juha, "Drivers and barriers affecting usage of e-Customs – A global survey with customs administrations using multivariate analysis techniques", *Government Information Quarterly*, Vol. 30, n.º 4, 2013, pp. 473-485.

Valentin, Durigu; Tudor, Alexandru, "E-Customs or What Customs Has in Store for Us in the Medium Term", *Tax Mag*, n.º 5, 2016, p. 276.

La red de investigación como instrumento innovador para la investigación y la docencia en ciencias jurídicas

Jaime Criado Enguix¹

Sumario: 1. Consideraciones generales. 2. Creación de una red de investigación universitaria: 2.1. Reflexión previa. 2.2. Aproximación a las redes de investigación. 2.3. Convenio Específico de Colaboración. 2.4. Coordinación de la Red. 3. Algunas consideraciones sobre el trabajo en red como metodología de investigación. 4. Líneas de investigación. 5. Finalidad de las Redes de Investigación. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen: Nuestra Constitución Española, en su artículo 42, establece que los poderes públicos tienen la obligación de promover la ciencia y la investigación científica, en beneficio del interés general. Los distintos centros universitarios de nuestro panorama nacional, en mayor o menor medida, han entrado con fuerza en esta labor investigadora, de la mano de la tecnología, ésta como herramienta para procurar una mayor difusión y transferencia del conocimiento a la sociedad. No obstante, no tan sólo la voluntad sino también el método es importante para afrontar los problemas jurídicos que atañen hoy a la sociedad ya que, hace algún tiempo, dejaron de ser problemas nacionales, adquiriendo una notoriedad y transnacionalidad que demandan nuevas metodologías y formas de trabajo, como las redes de investigación. Dichas redes, por sus características, están llamadas a ser un instrumento de primer orden para avanzar en la investigación, propiciando ideas y proyectos futuros, fomentando la colaboración científica entre disciplinas, y buscando la excelencia, esto es, la capacidad de incorporar e interactuar con grupos, y organizaciones públicas y privadas, que enriquezcan sus investigaciones y proyectos con aportaciones de profesionales.

Palabras clave: Investigación científica, tecnología, red de investigación.

Summary: 1. General considerations. 2. Creation of a university research network: 2.1. Preliminary reflection. 2.2. Approach to research networks. 2.3. Specific Collaboration Agreement. 2.4. Coordination of the Network. 3. Some considerations on networking as a research methodology. 4. Lines of research. 5. Purpose of the Research Networks. Conclusions. Bibliography.

¹ Personal Docente e Investigador FPU, Departamento Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Granada. Este trabajo ha sido realizado en el ámbito de los Proyectos: Acción Jean Monnet, LUDÉLOR, *Lucha contra la delincuencia organizada. Enfoques normativo, operativo y judicial en la recuperación y gestión de activos derivados del crimen*, 2020-2022, con número de referencia 620390-EPP-1-2020-1-ES-EPPJMO-PROJECT; el proyecto con número de referencia A-SEJ-054-UGR-18 del programa operativo FEDER de la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia de la Junta de Andalucía (*Lucha contra la delincuencia organizada. Enfoques normativo, operativo y judicial en la recuperación y gestión de activos derivados del crimen*); y de la *Red de Cooperación internacional y de excelencia científica de estudio y análisis "Justicia, Derecho, Constitución y Proceso"*.

Abstract: Article 42 of the Spanish Constitution establishes that the public authorities have the obligation to promote science and scientific research for the benefit of the general interest. The different university centers in Spain, to a greater or lesser extent, have entered strongly into this research work, hand in hand with technology, the latter as a tool to ensure greater dissemination and transfer of knowledge to society. However, it is not only the will but also the method that is important for tackling the legal problems that affect society today, since, some time ago, they ceased to be national problems, acquiring a notoriety and transnationality that demand new methodologies and ways of working, such as research networks. These networks, due to their characteristics, are called upon to be a first-rate instrument for advancing research, promoting ideas and future projects, encouraging scientific collaboration between disciplines, and seeking excellence, that is, the capacity to incorporate and interact with groups, and public and private organizations, which enrich their research and projects with contributions from professionals.

Keywords: Scientific research, technology, research network.

1. Consideraciones generales

En el momento de escribir estas líneas, se puede afirmar que los problemas jurídicos han dejado de ser nacionales, trabajamos en un mundo sin fronteras, ni intelectuales ni físicas. Los docentes universitarios tenemos consciencia de que nuestra investigación debe cobrar una nueva dimensión, es decir, no sólo tiene que ser compartida, sino que tenemos, y podemos, trabajar de forma conjunta mediante la creación de equipos de naturaleza multidisciplinar e internacionales, ello generará, como se pretenderá demostrar, resultados innovadores y sugestivos.

Recuérdese que las universidades representan un tipo de organización que produce conocimiento constantemente, porque ése es uno de sus objetivos fundamentales; generan conocimientos de manera cotidiana, en el aula y por parte de los alumnos, equipos de trabajo y del profesor. En este contexto, sería interesante plantear la creación de una red de investigación, conformada por profesores pertenecientes a distintas universidades, de alcance europeo o internacional, que trabajen conjuntamente en proyectos de Derecho.

Este ambicioso proyecto tendría que enmarcarse en una Red de Excelencia Internacional, denominada, por ejemplo, "*Los problemas jurídicos más acuciantes en un mundo globalizado. A examen*", auspiciada por la universidad a la que pertenezca el líder de dicha Red. Lo idóneo sería procurar la participación de cuantos más docentes especializados en las distintas áreas de la ciencia jurídica, mejor. En el ámbito nacional, sería interesante contar con la participación de profesores pertenecientes a las universidades de mayor prestigio en el ámbito jurídico, como la Universidad Complutense de Madrid, la Universidad de Navarra, la Universidad de Salamanca o la Universidad de Granada, entre otras muchas. En el ámbito europeo o internacional, sería interesante plantear esta iniciativa a universidades de prestigio como la Nacional del Litoral (Santa Fe, Argentina), la Universidad de Ferrara (Italia), la Universidad do Minho (Braga, Portugal) o Universidades de ámbito anglosajón, como, por ejemplo, la Universidad de Cambridge, Oxford, Yale, Georgetown o Boston, entre otras.

Para ello, será preciso expresar el interés por quien lidera y organiza esta Red, para entrar en contacto con el resto de los profesores, plantear la iniciativa, trazar la línea de investigación, la metodología de trabajo, y los objetivos y los resultados que se esperan. Todo este proceso no obstante se analizará con detalle más adelante.

En cualquier caso, en lo que a este primer epígrafe introductorio interesa, además de por la metodología y el modo de organización de esta Red, esta iniciativa se enriquecerá por la preparación y defensa de varios congresos internacionales en los que se expondrán los problemas jurídicos actuales en un mundo globalizado, las soluciones que se aportan, y los resultados de la investigación. Este tipo de encuentros no sólo propiciará espacios de debate y reflexión, sino que también aproximará a especialistas en el ámbito jurídico de diversa procedencia y profesión que seguro garantizará un positivo intercambio de experiencias y de puntos de vista. Se procurará, para los que no puedan asistir presencialmente a los distintos congresos que se organicen, crear

y facilitar una página web, para difusión y transferencia de conocimiento, así como una plataforma de acceso gratuito y por control remoto a los distintos encuentros.

Esta iniciativa, sin duda, tendrá una repercusión positiva en la parcela docente de cada integrante de la Red, ya que no sólo podrán compartir conocimiento en las aulas o invitar a los alumnos a que participen en los encuentros o tareas investigadoras, sino que con el apoyo suficiente, se pueden idear cursos de posgrado o especialización en Derecho aplicado a los problemas actuales, de carácter presencial o virtual, dirigidos a todos los estudiantes de todas las universidades, indiscriminadamente.

Por otra parte, la Red no puede ser creada a su suerte, sino ser el resultado de un profundo y riguroso plan de trabajo e investigación, que defina, primero, los problemas jurídicos que realmente conciernen y afectan a la sociedad, como: la digitalización de la justicia, la aplicación de Inteligencia Artificial a la función jurisdiccional, las garantías procesales de los menores no acompañados en los procesos migratorios, los delitos informáticos, el crimen organizado, los delitos contra el medio ambiente, y otros muchos asuntos más. A la luz de estos problemas, la red tiene como objetivo, no sólo avanzar en el estado de la cuestión, sino también, en términos de participación y contenido, ampliar progresivamente la colaboración² entre universidades y centros de investigación de cualquier parte del mundo, y buscar soluciones viables y aplicables, de estricto contenido jurídico, a tales problemas.

En definitiva, el objetivo que se propone es crear una red internacional, de tipo informal, que integre a profesores de ámbito jurídico de diversas universidades, para que trabajen en proyectos de cooperación y desarrollo en el avance y estudio de situaciones actuales de Derecho, de alcance transfronterizo, que requieren de respuestas jurídicas. Iniciativa que sin duda requiere de una metodología y un proceso de maduración y creación, por lo que a continuación exponemos en qué consiste concretamente una Red de Investigación, los retos a los que se enfrenta en dicho proceso, la metodología, objetivos y resultados que se esperan.

2. Creación de una red de investigación universitaria

2.1. Reflexión previa

A modo de reflexión, cabe precisarse, antes de entrar en el fondo del asunto, que la mera conformación y creación de una Red Internacional de Investigación, así como la articulación de un mecanismo o convenio de colaboración, y el hecho de buscar financiación, con mucha probabilidad exigirá de cada miembro integrante un importante ejercicio de paciencia, constancia y motivación. Reunidas estas cualidades, una vía adecuada para dar forma a esta iniciativa sería bajo el formato de un *Convenio Específico de Colaboración*. No se trata de generar un marco general, oficial, de

² Cuadros, A., Uribe, J.: "Las redes científicas como determinante de éxito en los proyectos de investigación de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín", in: *Primer Congreso Iberoamericano de Ingeniería de Proyectos*, Mayo 27, Antofagasta, Chile, 2010.

colaboración, sino de ir más allá y articular, de un modo más informal, líneas de trabajo y acciones de investigación, dotando al convenio de mecanismos de gestión fluidos y ágiles, así como de los medios y la financiación posibles para procurar el desarrollo de congresos, publicaciones y/o actividades científicas.

Por otra parte, una red académica de investigación precisa la intervención de profesionales que desarrollen investigación en diversas áreas y que puedan estar organizadas en grupos, como los cuerpos académicos o las redes temáticas; además, deben realizar trabajo colaborativo para la producción en investigación, así como compartir entre los miembros intereses y experiencia, siendo de alto grado de interés aunar y coordinar su potencial para el desarrollo de actividades de investigación y docencia, en particular en el área de las Ciencias Jurídicas y Sociales.

La Red Internacional que proponemos, denominada “*Los problemas jurídicos más acuciantes en un mundo globalizado. A examen*”, requiere del cumplimiento de una serie de requisitos o aspectos formales que brinden una estructura, una cohesión, y una óptima coordinación entre las distintas instituciones y líneas de investigación, pero siempre manteniendo en el punto de mira los pilares básicos que sustentan este tipo de organizaciones, como son: el acuerdo, el consenso, el interés común, y la capacidad de adaptación³.

Partiendo de todas estas consideraciones, en lo sucesivo abordamos un sucinto análisis de las redes de investigación, de los aspectos formales, y de la estructura y jerarquía que debe imperar en su proceso de creación.

2.2. Aproximación a las redes de investigación

Las redes de investigación, tanto formales como informales, por los rasgos descritos, son un instrumento ideal para la innovación y para la creación de grupos de interés competitivos. En una síntesis apretada, cabe hacer una distinción entre redes de investigación formales e informales. Las primeras serían las que se originan y conforman al amparo de una disposición normativa o regulatoria, cuyas bases crea y diseña la red, establece sus funciones, determina su forma de trabajo y articula o provee su soporte económico, en este sentido, encontramos una amplia diversidad de redes de investigación según su alcance territorial y de contenido, a saber: nacionales, internacionales, europeas, etc. Las segundas, son aquellas que surgen y se articulan no al amparo de un marco económico o convocatoria al efecto, sino de forma más informal, como su propio nombre indica, de forma artesanal, movido por un interés y espíritu puramente universitarios.

La iniciativa que lanzo se enmarcaría en esta segunda tipología. Esta Red servirá o debe servir para garantizar una investigación de calidad, acompañada de una gestión eficaz de la transferencia del conocimiento y de la tecnología, y con el objetivo de

3 Garrido Carrillo, Francisco Javier, “Trabajo en Red: una experiencia innovadora en investigación y docencia”, in: *Contribuyendo a una nueva docencia a partir del EEES*, PEÑA ACUÑA, Beatriz (coord.), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 371-385.

contribuir al avance del conocimiento, a la innovación de las empresas, al progreso económico y social y al desarrollo responsable, equitativo y sostenible. Opto por esta tipología de Red, más informal y flexible, ya que la experiencia universitaria, tanto como alumno como profesor, me ha enseñado la importancia de trabajar en equipo, codo con codo, con especialistas de otros departamentos y campos, en la búsqueda de una solución común y específica a cada problema, guiado por el entusiasmo y el deseo de conocer y saber más, más allá de otras motivaciones. Este espíritu, que pienso debe regir en mayor medida en la actuación de los docentes en el ámbito de la investigación científica, es el que se pretende inyectar en esta Red. Para ello, primeramente, es preciso sentar bien las bases y los cimientos, comenzando por los aspectos formales a tener en cuenta en la conformación de la Red que nos ocupa.

2.3. Convenio Específico de Colaboración

Partimos de la premisa de que las distintas Universidades e Instituciones que colaboren en esta iniciativa se rigen por su propia normativa; ello provoca dispersión o falta de unificación, lo cual se traduce en inseguridad jurídica. Para paliar esto, el primer paso a dar es definir, con detalle, los términos del antes mencionado *Convenio Específico de Colaboración*, dotarlo de resortes y garantías legales, y requerir la firma del representante legal de cada centro de investigación.

Dicho Convenio contemplará, principalmente, los siguientes términos:

Como primera normativa de referencia, la Ley Orgánica de Universidades de 21 de diciembre de 2001 y la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación de 1 de junio de 2011 constituyen un marco de referencia para promover la colaboración de los Organismos Públicos de Investigación y las entidades públicas y privadas.

Designará el sujeto u órgano líder de la Red de Investigación.

- Señalará los medios financieros de que dispone o, en su caso, la solicitud de financiación que presenta a un organismo público o entidad privada.
- Se especificará el Proyecto o Línea de Investigación, los problemas jurídicos que urge resolver y los resultados que se esperan.
- Se delimitará la metodología que regirá la actuación de los distintos integrantes de la Red de Investigación.
- Se presentará una lista de los profesores y docentes que intervienen en esta investigación, así como el nombre del Investigador Responsable. Aparecerá una cláusula con una remisión a los Anexos, que contendrá una memoria científica de la trayectoria académica y méritos que avalan la participación de cada miembro en esta iniciativa.
- Una planificación de los Congresos y publicaciones que van a derivar de esta Red, así como una cláusula que especifique que los derechos de propiedad intelectual que se deriven de los trabajos realizados pertenecerán a ambas partes, así como los de edición y reproducción, respetándose el derecho del personal que los haya realizado a figurar como autores de los mismos en cualquier forma de publicación.

- Se determinará la fecha de entrada en vigor del acuerdo llevado a cabo, así como la fecha de inicio y finalización del proyecto.
- Se insertará una cláusula por la que ambas partes se comprometen a resolver de manera amistosa cualquier desacuerdo que pueda surgir en el desarrollo de este Convenio. Asimismo, se determinará la naturaleza jurídica del contrato para que, en caso de divergencias en su interpretación y ejecución, acuerdan someterse a la jurisdicción correspondiente, renunciando expresamente a cualesquiera otros fueros que pudieran corresponderles.
- Por último, al final del documento, cada parte –Universidad o Institución– deberá firmar como manifestación de su consentimiento, a través del representante legal con capacidad habilitado a tal efecto.

Expuestas todas estas cláusulas, y conscientes de la posibilidad de nuevas incorporaciones o adiciones a la Red, dicho Convenio deberá conformarse en el formato de Adenda.

Pues bien, definidos los extremos del contrato, es preciso proseguir e incluir en el mismo, o en los Estatutos de la Red, la figura de la Comisión Académica de la Red, como órgano coordinador.

2.4. Coordinación de la Red

Para la correcta puesta en marcha de la Red de Investigación, se hace necesario pensar en la figura de un órgano encargado de su coordinación. Hablaríamos de la “Comisión Académica”, como órgano que coordina, acuerda, y pone en marcha las distintas actividades de la Red.

Dicha Comisión la integraría, por un lado, un representante académico de cada universidad socia, y, por otro, un estudiante –ya sea de grado o de posgrado– de cada universidad. Todos ellos conformarían el pleno de la Comisión; y entre dichos representantes, se nombraría un Presidente y un Secretario.

El mandato de los miembros más expertos tendrá una duración de cuatro años, mientras que el de los estudiantes tendrá una duración de dos años, de tal manera que se les brinde a más estudiantes la oportunidad de representar a este colectivo en la Comisión.

Las sesiones de la Comisión se entenderán válidamente constituidas cuando estén presentes la mitad, al menos, de sus miembros, debiendo encontrarse entre ellos el Presidente y el Secretario.

Dicha Comisión asumirá funciones muy específicas, tales como:

- Coordinar la actuación de los investigadores.
- Planificar las sesiones.
- Contactar con otras Universidades para la incorporación de más miembros, o para la apertura de otras líneas de investigación.

- Conseguir financiación.
- Preparar las actividades de difusión y transferencia de la investigación mediante Congresos y publicaciones en editoriales de impacto.
- Realizar un informe mensual de los resultados alcanzados, y las conclusiones extraídas.

3. Algunas consideraciones sobre el trabajo en red como metodología de investigación

Las Redes de Investigación están llamadas a convertirse en un instrumento de primer orden para avanzar y profundizar en la investigación, así como para transferir sus resultados a la sociedad y a los alumnos; para ello, dichas Redes deben pivotar en torno a tres ejes:

- Buscar y propiciar ideas y proyectos futuros, emergentes y de actualidad.
- Fomentar la cooperación y colaboración científica entre especialistas jurídicos de distintas áreas de conocimiento y disciplinas, aportando así una visión multidisciplinar sobre un tema concreto.
- Por último, si se quiere obtener la mención de Excelencia, esta Red deberá servir de canal para que los investigadores, de mayor o menor rango, tengan un encuentro de estudio y reflexión, en el que compartan sus avances y puntos de vista, interactúen entre ellos, transfieran su conocimiento a la sociedad y alumnos, y emprendan proyectos de investigación con aplicaciones viables y útiles.

Para que estos objetivos lleguen a buen puerto, pese a que nos encuadremos dentro una Red de Investigación más informal, será preciso contar con un Liderazgo constructivo, constante y motivador, para que se produzca un movimiento dinámico y participativo en la Red. No nos referimos a la figura de un dictador o tirano, que imponga sus ideas, rehúya el consenso, o no abra debates, sino más bien todo lo contrario, una cabeza visible, capaz de guiar y conducir las actuaciones de los investigadores a los objetivos propuestos, creando una dinámica de trabajo, de fluidez, de dejar hacer orientando y ordenando.

Bajando un poco en el escalafón, situándonos en el plano de los miembros de la Red, apostamos firmemente por la configuración de una Red de carácter multidisciplinar e intersectorial, con una proyección ascendente: se trata de la suma de distintos puntos de vista, haciendo confluir distintas áreas de conocimiento para afrontar problemas jurídicos que cada vez son más internacionales, y requieren de respuestas conjuntas y bajo distintos prismas. Es preciso marcar bien la pauta, y determinar el enfoque concreto que tiene que aportar cada investigador. Por ejemplo, en el marco de investigación de la Red *“Los problemas jurídicos más acuciantes en la actualidad”*, sería, sin duda, interesante contar, si hablamos de Inteligencia Artificial y Justicia Predictiva, con los siguientes expertos:

- Procesalistas, para analizar el proceso judicial y el impacto que la implementación de la tecnología tiene en las garantías procesales y en la función jurisdiccional del Juez.
- Constitucionalistas, para el estudio del impacto de esta en los derechos fundamentales de los ciudadanos.
- Informáticos, que expliquen el proceso de configuración de una *machine learning*, y el proceso de programación y creación de algoritmos.

Esta, y un sinfín de temáticas, como el estatuto del refugiado en situaciones de guerra, el crimen organizado, las nuevas formas de esclavitud, las criptomonedas y economía digital, y otras muchas más, atacan hoy a nuestra sociedad, y demandan respuestas eficaces, de especialistas de un campo y de otro, que permitan analizar cada fenómeno y sus múltiples aristas, en aras a una investigación completa e íntegra, que permita avanzar en el estado de la cuestión. Creo que, para que este trabajo llegue a buen término, es preciso entrar en una dinámica de aportación y diálogo constante con el resto de integrantes, evitando una dinámica de contención.

Dicho lo anterior, lo idóneo en estas redes de investigación es que se trabaje en horizontal y en vertical, es decir:

- En horizontal, con grupos multidisciplinares, con un conocimiento transversal y con organismos públicos, privados o externos.
- En vertical, con una estructura en la que existe la figura del líder y la del resto de miembros de la Red, en la que se combina la intervención de jóvenes y no tan jóvenes investigadores, con la intención de que los primeros aprendan de la experiencia y maestría de los otros, y los adultos cuenten también con la frescura, ganas de trabajar, y perspectiva de los jóvenes sobre cuestiones que estos dominan y manejan prácticamente a diario, como la Inteligencia Artificial, las criptomonedas y *blockchain*.

Como última observación, tengo a bien señalar que las redes de investigación deben estar orientadas al cumplimiento de unos resultados o avances concretos en la investigación; es por ello que debe diseñar, previamente, una estrategia y resultados.

Por una parte, en cuanto a los resultados, más allá de los específicos, creo que son dos los resultados generales y comunes a cualquier Red, y son:

- Conformar una red de profesionales e investigadores, de adultos y jóvenes, perfectamente cualificada y competitiva, con intereses comunes, abierta a más incorporaciones y nuevas ideas.
- Propiciar espacios de trabajo en los que los miembros trabajen de forma coordinada y motivada, sobre un tema específico, con solvencia acreditada y suficiencia científica, demostrable a través de actividades de difusión mediante congresos, y publicaciones científicas.

Por otra, en cuanto a la estrategia o método, se trata esta de una cuestión que plantea más problemática; en esta investigación, expongo la que creo que en esta iniciativa podría tener mejor resultado.

En primer lugar, sería conveniente transmitir a todos los integrantes cual es el centro de la investigación, el objeto, esto no se puede perder de vista. Se pretende que cada miembro se sienta con la confianza y seguridad suficientes para compartir su trabajo, dialogar y sentar sus líneas de actuación. Por ello, el líder y la comisión académica deben ser flexibles, esto es, dar a cada investigador su espacio y autonomía, en el marco de un trabajo en equipo. La aportación de cada miembro siempre enriquece el trabajo en su conjunto, por ello, como primera idea sobre el método, éste ha de ser flexible⁴, abierto a todas las aportaciones, sin seguir un plan rígido, pero tampoco anárquico; consiste, básicamente, en conceder a cada miembro autonomía investigadora, circunscrita estrictamente al objeto de la investigación y al problema que se pretende resolver, para luego ponerlo en común con el resto de compañeros, en sesiones perfectamente organizadas, abiertas a la exposición y argumentación de ideas y teorías, para ir así, paso a paso, construyendo de forma grupal un conocimiento más sólido.

En segundo lugar, para que se asiente bien el pilar anterior, es preciso, sin asomo de duda, que imperen actitudes de escucha, atención y respeto. No consiste tan sólo en oír las propuestas de otros, sino en crear espacios de diálogo y debate, de confrontación de ideas. Es en esta dinámica, y con actitud de escucha y acogida, donde emergen soluciones y puntos de encuentro.

En tercer lugar, esta metodología ha de ir orientada al cumplimiento de unos resultados tangibles y concretos, por ello es importante, antes de sentarnos a trabajar, definir estos, trabajando en formato de proyectos de investigación o líneas de actuación. Y siempre tener en el punto de mira su materialización en un resultado concreto, como, por ejemplo, una monografía sobre Inteligencia Artificial, o una guía de buenas prácticas en el uso de las criptomonedas como bien de inversión, etc.

En conclusión, el tipo de Red que proponemos, al ser de tipo artesanal y movido por un espíritu puramente universitario, está enfocada a abrir un espacio de trabajo y estudio entre investigadores y docentes dentro del panorama europeo e internacional, para tratar temas jurídicos que requieren de un inminente análisis, y ello en una dinámica de trabajo, escucha y acogida, estos como pilares fundamentales para una labor investigadora óptima y de provecho, que proporcione resultados concretos y visibles.

4 Jiménez Chaves, Viviana Elizabeth, "Las redes de investigación", *ACADEMO Revista de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades*, núm. 2 (2), 2015, pp. 1-8.

4. Líneas de investigación

la Red que se propone se compromete al estudio y análisis de los temas jurídicos que más preocupan a las instituciones públicas y privadas en la actualidad. Temas que ya por su complejidad, ya por su falta de tratamiento, aún generan cierto desasosiego y requieren de soluciones y respuestas eficaces. Dicho lo dicho, la red centra su investigación fundamentalmente en estos temas:

– *Inteligencia Artificial y su aplicación al proceso judicial*

Como sabemos, cada vez con mayor fuerza penetra la tecnología inteligente, y automatizada, en la esfera jurídica. Su aplicación al Derecho ya es una realidad. Tanto es así que ya se habla de justicia predictiva, y de los jueces *robots*. Esta realidad genera cierto desasosiego ya que, más allá de los beneficios que aporta este avance en términos de eficiencia, lo cierto es que este tipo de tecnología puede incurrir en sesgos discriminatorios u obviar aspectos éticos o de sentido común que tan sólo puede percibir un ser humano, por no hablar de las connotaciones éticas que derivan del hecho de que un *robot*, ser no vivo, que no comprende las relaciones humanas, tenga atribuida la función jurisdiccional, y sea garante de una solución justa a cada proceso.

Por ello, a esta línea se adscribirían tres tipos de investigadores:

- Primero, los que centran su trabajo en lo relativo a inteligencia artificial, computación, *machine learning*, programación, algoritmos, etc. Estos serían ingenieros informáticos, principalmente.
- Segundo, procesalistas y expertos en este campo que lleven a cabo un análisis de la viabilidad de aplicar inteligencia artificial al proceso jurisdiccional, con estudio de su impacto en las garantías procesales y derechos de las partes.
- Y tercero, psicólogos expertos en cuestiones éticas y morales acerca del impacto de la *robotización* en el sector laboral, y el desempleo que genera.

– *Criptomonedas, Blockchain*

Un tema candente, sin duda, es el de las criptomonedas y la tecnología en que operan: *blockchain*. Hablamos, a mi juicio, de un asunto jurídico que está a la orden del día, mueve grandes cantidades de dinero y es objeto de un número desmesurado de transacciones, y todo ello pese a que aún adolece de un marco regulatorio. Se trata de un tipo de moneda, digital, que, por sus características, como su naturaleza descentralizada, anónima y de difícil terminología, atrae al crimen organizado para la comisión de delitos de fraude, evasión fiscal, financiación del terrorismo y blanqueo de capitales. La inseguridad jurídica que todo ello genera es evidente. Las instituciones públicas, privadas y bancarias, aun no alcanzan un acuerdo ni en lo más elemental, que es su conceptualización, por lo que una normativa íntegra y cohesionada que regule todo este fenómeno aún queda lejos. Por ello, se abriría esta línea de investigación, a la que podrán concurrir expertos del sector jurídico, informático, financiero,

entre otros, con el fin de comprender aspectos básicos como el funcionamiento de esta tecnología, los riesgos jurídicos que comporta, y sus similitudes y diferencias con respecto al dinero tradicional.

– *Compliance como fomento de autorregulación en las empresas*

Las empresas, cada vez más, incurren en delitos socioeconómicos, utilizan esta figura o colocan sociedades interpuestas para evadir responsabilidades. Ello ha provocado que, según Informe *Serious and Organised Crime Threat Assessment (SOCTA)*⁵ de 2021: “*La amenaza de la Delincuencia Organizada y Grave en la Unión Europea 14 de abril de 2021*” en materia de delincuencia económica, podamos destacar lo siguiente:

- La gran mayoría (80%) de actividades delictivas perpetradas por redes delictivas involucran drogas, crimen organizado contra la propiedad, el fraude y los delitos que explotan a las personas como una mercancía.
- El núcleo de la red criminal se compone de capas gerenciales y operadores de campo como expertos técnicos, legales, asesores y blanqueadores, entre otros.
- La corrupción (privada y pública) y puede variar desde el soborno hasta otras de mayor alcance institucional en la que casi el 60% de los grupos informados participan en estas prácticas.
- Las actividades de blanqueo en la UE se han subestimado ya que la delincuencia organizada grave se caracteriza en tener capacidad para blanquear grandes cantidades de ganancias criminales mediante sistemas financieros paralelos sin supervisión oficial impidiéndose su control comprobándose que más del 80% de las redes criminales activas de la UE utilizan estructuras comerciales legales.
- El 68% de las organizaciones criminales utilizan métodos básicos de blanqueo de capitales como invertir en propiedades o en bienes de alto valor.
- El uso de la tecnología es una característica clave de delincuencia grave y organizada en 2021 lo que, unido a su flexibilidad y conexiones en red con empresarios criminales con el asesoramiento de expertos legales, finanzas y logística complica más su persecución y que representan como la hidra griega.
- Las actividades criminales más destacadas de la delincuencia económica son la falsificación de moneda y el cibercrimen, destacando el fraude fiscal en el alcohol, tabaco, hidrocarburos, IVA, fraude de inversiones (*Boiler room*, Ponzi, estafas piramidales, *Mass marketing fraud* (fraude masivo por marketing) y los mercados de inversión en criptomonedas que operan en sitios web

5 Se trata de un documento, que se publica cada cuatro años y presenta un análisis detallado de la amenaza de la delincuencia grave a la que se enfrenta la UE; y es resultado de una estrecha cooperación entre Europol, autoridades policiales de los Estados miembros de la UE, agencias europeas, organizaciones internacionales y terceros países. Además, este análisis es la piedra angular de la Plataforma Multidisciplinaria Europea contra las Amenazas Criminales (EMPACT) en la UE: el instrumento adoptado por la Unión Europea en 2010 para hacer frente a las amenazas criminales más importantes a las que se enfrenta la Unión. Disponible en: <https://www.dsn.gob.es/actualidad/sala-prensa/informe-socta-2021-amenaza-delincuencia-organizada-grave-union-europea> (consultado el 16 de abril de 2022).

falsos, el fraude con tarjetas de crédito, las estafas CEO, el fraude por falta de entrega agravado en los primeros meses del COVID-19, el fraude por facturas falsas, el fraude de beneficios sociales, etc.); el blanqueo de dinero; los delitos contra la propiedad intelectual; la corrupción en el deporte y las actividades vinculadas con la financiación del terrorismo.

Este informe revela lo que ya resulta evidente, y es que durante el proceso de la globalización de la sociedad se han originado importantes efectos negativos para la humanidad, como la delincuencia “de cuello blanco” y la criminalidad empresarial y organizada. Ello, entre otros factores, obedece a la desregulación de la actuación de la empresa en el ámbito normativo, la incapacidad de los Estados de controlar el desarrollo de su actividad empresarial y la imposibilidad de individualización e imputación de la persona física.

Por ello, urge, de forma clara y evidente, perseguir el crimen organizado en el ámbito empresarial, y una vía para hacerlo es fomentando el cumplimiento normativo en la empresa, mediante programas de *compliance*, cuya correcta implementación en la empresa, y su acreditación en sede judicial, podría exonerar la responsabilidad penal de la empresa. Hablamos de un fenómeno que tiene lugar en España desde 2015, pero que aún está en auge, ya que las empresas cada vez más se animan a incorporar estos planes de *compliance*, como muestra de una cultura ética y de compromiso con el cumplimiento normativo.

Esta línea de investigación, pues, procurará un análisis de estos planes, de su forma de confección, de un mapeado de riesgos, de la implementación de los canales de denuncia, y del establecimiento de órganos encargados para su supervisión y mantenimiento.

Investigación que demanda la intervención de penalistas, como expertos en la evaluación de riesgos penales, y en las formas de prevenirlo; procesalistas, para el estudio de la mejor estrategia de defensa técnica en el proceso para probar documentalmente la solvencia y eficacia de este plan, y exonerar a la empresa de una eventual condena; y mercantilistas, como juristas expertos en la actividad empresarial, y en la designación de funciones de *compliance*; y si se pretende evitar no sólo riesgos penales, sino laborales, medioambientales o financieros, por citar tres, tendrían que intervenir, claro está, juristas especialistas en cada uno de estos campos.

— *La figura del migrante y su seguridad jurídica en los masivos procesos de migración, legal o ilegal*

Pese a que la UE viene considerando activamente la protección y promoción de los derechos del menor, la realidad es otra, y la inmigración juvenil no acompañada ha adquirido un notable protagonismo por diversos motivos, como la guerra, la persecución y el hambre, y muchos de ellos son potencialmente solicitantes de asilo. Los también conocidos como MENAS plantean una problemática definida por su doble situación de inmigrantes ilegales y de menores de edad, que les garantiza una protección que no siempre coincide con la ayuda que ellos necesitan o desean recibir.

Y es que, en cada Estado de la UE, el tratamiento jurídico que se le da a esta categoría depende de las tradiciones y de las diferentes políticas en materia de migración y asilo, produciéndose diferentes itinerarios y procesos de acogida que dependen de los flujos migratorios y la regulación de asilo que tengan estos países, por un lado, y de los propios sistemas de protección, por el otro.

Al respecto, la UE aporta una regulación dispersa, fragmentada y vertical, a través de diversos instrumentos jurídicos de distinto alcance, y sin lograr una regulación específica. Es por ello que el objetivo de esta línea de investigación, que requerirá de la concurrencia de especialistas en derecho internacional privado, penal y procesal, es doble:

- Por un lado, identificar el marco normativo internacional y comunitario respecto de la protección de los MENA solicitantes de asilo en la UE y abordar los retos jurídicos a que se enfrenta el legislador europeo en esta materia.
- Por otro, abordar el principio del interés superior del menor, como principio inspirador que debe regir en la actuación de la UE y los Estados miembros para la protección del menor no acompañado en Europa.

5. Finalidad de las Redes de Investigación

Por último, tengo a bien señalar cual es el objeto de todo este proyecto. Primero de todo, articular una Red de Investigación que ponga a debate y reflexión los temas jurídicos que afectan hoy día a la sociedad, y que demandan instrumentos eficaces para su regulación y respuesta. Temas como los ya descritos: Inteligencia Artificial, criptomonedas y *compliance*. La principal finalidad es, a tenor de lo descrito, delimitar un plan y un modo de trabajo, algo flexible, con la intención de que en el mismo se puedan desarrollar actividades y encuentros desde distintas áreas de conocimiento, fomentando la multidisciplinariedad. Por ello, en todo momento, hemos recalcado que no sólo personal docente e investigador del ámbito jurídico tiene cabida en esta Red, sino también están llamados a participar expertos en informática, finanzas o psicología.

Dicho esto, y con miras a avanzar en las líneas de investigación descritas, se plantean, entre otras, las siguientes finalidades:

- Promover el trabajo en equipo, entre profesionales de distintos sectores – como el jurídico, el bancario o el de la psicología – para abordar los distintos retos desde sus múltiples aristas.
 - Promover eventos científicos, en forma de congresos, seminarios, y cursos, que sirvan no sólo de espacio de debate y análisis, sino también de intercambio de experiencias.
 - Producir actividad científica, plasmada en publicaciones en distinto formato, que refleje los avances en las distintas áreas objeto de la red.
- Llevar todo esto al ámbito educativo, creando programas de formación en Inteligencia Artificial, criptomonedas, blockchain, y *compliance*.
- Realizar otras actividades de colaboración universitaria.

Conclusiones

De toda esta argumentación, podemos concluir, en pocas líneas, que la red de investigación como metodología en la investigación en el ámbito de las ciencias jurídicas, en el marco de un trabajo multidisciplinar, en equipo, y de acogida, ofrece un alto potencial de innovación y estudio, así como un fuerte impulso para la difusión y transferencia del conocimiento, con espacios de encuentro que permitirán un intercambio de experiencias y visiones, con el propósito no sólo de resolver problemas y situaciones jurídicas complejas, que también, sino de construir y expandir una forma de trabajo interconectada, sólida y generosa, que es un valor también que se debe preservar.

Bibliografía

a) Citada

Cuadros, A., Uribe, J.: “Las redes científicas como determinante de éxito en los proyectos de investigación de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín”, in: *Primer Congreso Iberoamericano de Ingeniería de Proyectos*, Mayo 27, Antofagasta, Chile, 2010.

Garrido Carrillo, Francisco Javier, “Trabajo en Red: una experiencia innovadora en investigación y docencia”, in: *Contribuyendo a una nueva docencia a partir del EEES*, Peña Acuña, Beatriz (coord.), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 371-385.

Jiménez Chaves, Viviana Elizabeth, “Las redes de investigación”, *ACADEMO Revista de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades*, núm. 2 (2), 2015, pp. 1-8.

Informe SOCTA: *The European Union (EU) Serious and Organised Crime Threat Assessment*, 14 abril 2021. Disponible en el siguiente URL <https://www.dsn.gob.es/es/actualidad/sala-prensa/informe-socta-2021-amenaza-delincuencia-organizada-grave-uni3n-europea>. Consultado el 16 de abril de 2022.

