

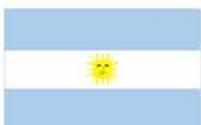
REVISTA

ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA

ISSN 2675-6714. v. 5, n. 2 (maio-ago. 2024)



Neste número:



REVISTA

ULTRACONTINENTAL DE

LITERATURA JURÍDICA

ISSN 2675-6714

Volume 5, número 2 (maio-ago. 2024)

Fundadores

Professor Doutor Richardson Xavier Brant
Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso

Editor

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros

Montes Claros, Minas Gerais, Brasil

2024

REVISTA ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA
©COPYRIGHT: ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS

REVISTA ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA
PERIODICIDADE: Quadrimestral (v. 5, n. 2, maio.-ago. 2024)
Revista fundada em maio de 2020 pelo Professor Doutor Richardson Xavier Brant e pelo
Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso.

Histórico dos Editores da Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica
Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso – de maio de 2020 até ...

Editor

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso - Montes Claros, Minas Gerais, Brasil.

Conselho Editorial

Professora Doutora Alessandra Galli Aprá - Escola da
Magistratura do Paraná (EMAP), Curitiba - Paraná, Brasil.

Professora Doutora Aranzazu Roldán Martínez -
Universidad Europea de Madrid - Madrid, Espanha.

Professora Doutora Carmen Grau Pineda - Universidad
de Las Palmas de Gran Canaria - Las Palmas de Gran
Canaria, Espanha.

Professor Doutor Diego Megino Fernández - Universidad
de Burgos - Burgos, Espanha.

Professor Doutor George Mousourakis - Hiroshima
University - School of Law - Graduate School of
Humanities and Social Sciences - Higashihiroshima and
Hiroshima - Japan.

Professor Doutor Gonçalo Nicolau Cerqueira de Melo
Bandeira - ESG/IPCA-Regional University Network-EU e
JusGov-Universidade do Minho - Minho, Portugal.

Professora Doutora Irene Maria Portela - Instituto
Politécnico do Cávado e do Ave - Barcelos, Portugal.

Professor Doutor J. Eduardo López Ahumada -
Universidad de Alcalá - Madrid, Espanha.

Professor Doutor José María Pérez Collados - Facultat de
Dret - Universitat de Girona - Girona, Espanha.

Professora Doutora Nesrin Akin - Doğuş University
Faculty of Law, Commercial Law Department -
Istambul, Turquia.

Professor Doutor Omar Huertas Díaz - Universidad
Nacional de Colombia - Bogotá, Colombia.

Professora Doutora Paula Quintas - Universidade
Portugalense; Instituto Superior de Entre Douro e Vouga
(ISVOUGA) - Porto, Portugal.

Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha -
Universidade do Porto - Porto - Portugal (licenciado
das atividades letivas para o exercício do cargo de Juiz
Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça – a Corte
Suprema – de Portugal).

Professor Doutor Ricardo Mauricio Freire Soares -
Universidade Federal da Bahia -Salvador - Bahia, Brasil.

Professor Doutor Richardson Xavier Brant -
Universidade Estadual de Montes Claros - Montes
Claros - Minas Gerais, Brasil.

Professora Doutora Rocío Martín Jiménez - Universidad
CEU San Pablo de Madrid - Madrid, Espanha.

Professora Doutora Tatiana Ribeiro Viana - Roma, Itália.

Organização, padronização e revisão linguística
Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Diagramação/editoração gráfica/leiaute da capa
Maria Rodrigues Mendes

Ficha Catalográfica

Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica. Vol. 5, n.º 2. Montes Claros/MG, Brasil,
Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, 2024.

Quadrimestral

ISSN: 2675-6714

1. Literatura jurídica. 2. Letras jurídicas. 3. Cultura jurídica. 4. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros. 5. Iniciação Científica.

CDU: 34:008(05)(06)

Catálogo: Helenilza Santana dos Santos - Bibliotecária CRB 13/871

ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS

Endereço: R. Francisco Versiane Ataíde, 389/703, Bairro Cândida Câmara,
Montes Claros, Minas Gerais, Brasil, CEP 39401-039.

Correspondência e submissão de artigos
(ver normas de publicação, nas últimas páginas desta Revista):
revista.ultracontinental@gmail.com

Achoimre
Contents
Crynodeb
Kokkuvöte
Қорытынды
Kopsavilkums
Összefoglalás
Overzicht
Özet
Përmbledhje
Резиме
Резюме
Podsumowanie
Povzetek
Рэзюмэ
Resum
Resumé
Resumen
Rezumat
Sammanfattning
Sammendrag
Santrauka
Sažetak
Sommaire
Sommario
Sommarju
Souhrn
Summary
Yfirlit
Yhteenvedo
Zhrnutie
Zusammenfassung
Περίληψη

SUMMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
---------------------------	---

DOUTORADO

Edson da Graça Francisco Macuácuá

O Sistema de Fiscalização da Constitucionalidade e a Tutela dos Direitos Fundamentais em Moçambique.....	14
--	----

Mark A. Lemley e Rebecca Tushnet

First Amendment Neglect in Supreme Court Intellectual Property Cases.....	54
---	----

Michail Kyriakakis

Navigating Legal Complexities: international law perspectives on the Israel-Hamas conflict in the middle east.....	88
--	----

Raquel Fabiana Lopes Sparemerger e Gabriela Lacerda Zechin

A Aplicação do Teste de Proporcionalidade no Julgamento da ADI 7.273/DF do STF.....	102
---	-----

Sonia Gabriela Spreafico

Salud Mental y Derecho del Trabajo: reflexiones para un debate adeudado.....	117
--	-----

MESTRADO

Hermínio Carlos Silva Rodrigues

Ilícitos Bancários: responsabilidade penal e contraordenacional das instituições bancárias e dos seus órgãos, agentes e representantes no ordenamento jurídico português.....	140
---	-----

LATO SENSU

Marcelo Alejandro Blanco

Los Desencuentros entre el Mundo Desarrollado y los Países del Tercer Mundo en la Conferencia de Estocolmo. ¿un debate que persiste hasta nuestros días?	182
--	-----

ESTUDOS CONTINUADOS

Cristina Carretero González e Julio Carlos Fuentes Gómez

La claridad del lenguaje jurídico.....	200
--	-----

Kafft Kosta

Tribunal Constitucional Internacional: está o mundo maduro para tal passo? reflexão crítica.....	246
--	-----

Paulo Ferreira da Cunha

No Jogo de Espelhos: imagens do poder e do direito em democracia.....	258
---	-----

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO	265
---------------------------------------	-----

Cyflwyniad
Cur i Láthair
Bemutatás
Erindi
Esittely
Ettekanne
Præsentation
Präsentation
Predstavenie
Predstavitev
Presentació
Presentación
Presentatie
Presentation
Présentation
Presentatioun
Presentasjon
Presentazione
Prezantim
Prezentace
Prezentacija
Prezentācija
Prezentacja
Prezentare
Prezentazzjoni
Pristatymas
Sunum
Taisbeanadh
Тұсаукесер
Παρουσίαση
Презентација
Презентация
Презентація
Прэзентацыя
Представяне

APRESENTAÇÃO

Para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o mundo continua sendo constituído de vários Continentes. O que varia em termos de representação nas páginas desse veículo científico, é o número de participantes por Continente. No presente número – o segundo dos três do ano de 2024, que é o quinto ano de existência da Revista (por isso, volume cinco, número dois) – Portugal e Argentina se destacam, fornecendo três e dois autores, respectivamente. África, Europa e América (do Sul e do Norte) estão representados.

Os temas são diversos. A profundidade dos temas, a mais bem reconhecida. A qualificação dos autores, a mais elevada. O público leitor, o mais selecionado. Este último, espalhado por todos os Continentes e constituído, principalmente, de Professores Universitários das mais célebres e tradicionais Universidades do mundo. Alguns destinatários se encontram fazendo os dias de hoje de Universidades que existem antes mesmo de o Brasil existir como local conhecido pelos europeus.

Na sequência, há a apresentação dos nomes dos autores em ordem alfabética em quatro seções: Doutorado, Mestrado, Especialização e a especial seção denominada “Estudos Continuados”. A anunciada ordem alfabética é em relação aos nomes dos autores, não se levando em consideração a identificação do País ao qual pertencem.

DOUTORADO

Com o título de “Doutor(a)” em área do Direito, há diversos colaboradores desta vez. A seguir, a lista.

MOÇAMBIQUE. A colaboração ultracontinental africana vem do **Professor Doutor Edson da Graça Francisco Macuâcua**, Vice-Ministro da Educação (cargo que equivale ao de Ministro da área de Educação Superior, Ciências e Tecnologia, já que é especializado). O autor escreve sobre “O Sistema de Fiscalização da Constitucionalidade e a Tutela dos Direitos Fundamentais em Moçambique” e tem como centro o sistema de controles concentrado e difuso da constitucionalidade. Explica em termos constitucionais sobre a competência dos Juizes de Direito quando deparam com uma lei que entendem ser inconstitucional: devem suspender o curso do processo e remeter os autos ao Tribunal Constitucional. Espera-se pela resolução sobre a inconstitucionalidade ou não, para que haja prosseguimento na ação até então suspensa. Também

explica que o controle da constitucionalidade moçambicana é concentrado, uma vez que somente o Tribunal Constitucional pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma. E que a suspensão da eficácia da lei ocorre após três declarações de inconstitucionalidade em casos concretos. E lamenta que o próprio interessado não possa recorrer ao Tribunal Constitucional (em verdade, pode, mas se juntar à sua as assinaturas de milhares de pessoas, em uma verdadeira “causa popular”) para ver uma lei ser declarada inconstitucional. Lamenta também o fato de, ao contrário de outros países africanos de Língua Portuguesa e também de Portugal, Moçambique não ter o recurso denominado “Recurso de Amparo”. Assim, destaca que o cidadão moçambicano não tem garantia constitucional na prática, embora a própria Constituição do país ofereça alguns direitos.

ESTADOS UNIDOS. A “autoridade mundial” em matéria de propriedade intelectual (patentes, inclusive) é o **Professor Doutor Mark A. Lemley**. Desta vez, ele se uniu a outra figura imponente no assunto, a **Professora Doutora Rebeca Tushnet**. Juntos, escreveram o artigo “First Amendment Neglect in Supreme Court Intellectual Property Cases” para um estudo pormenorizado sobre os casos de propriedade intelectual que chegam à Suprema Corte Norte-Americana. O artigo traz, como sempre acontece com os bons cientistas/pesquisadores, inúmeras fontes de referência. São diversos artigos em Revistas científicas especializadas em Direito (em geral) e em Direito da Propriedade; e em muitas decisões da Suprema Corte Norte-Americana. Uma das recorrentes foi a Fundação Andy Warhol; outra, a Jack Daniels. O centro da discussão é para demonstrar que as decisões da Suprema Corte devem ser direcionadas ao contido na lei, de forma que sirva de paradigma para os Tribunais inferiores e, por seu lado, mostra que a presença de Juízes mais conservadores, na Suprema Corte, acaba por resultar em decisões que dissociam do que desejam alguns segmentos do mercado.

GRÉCIA. Quando se fala em conflito bélico envolvendo o Estado de Israel e o grupo Hamas, muito do que vem à tona é opinião superficial ou oriunda de movimentos dominados por ideologia político-partidária. Esta última, ainda que disfarçada em (falso) conhecimento. Para escrever sobre o assunto, com profundidade e pesquisa de cunho científico, a base de tudo é o Direito Internacional. Se o autor é versado em Direito Internacional pode ainda receber mais alguns atributos relacionados ao tema. Exatamente como acontece com o **Professor Doutor Michail Kyriakakis**. Com as qualidades de Consultor jurídico militar do Ministério Helênico da Defesa Nacional da Grécia, tem fundamento jurídico para explicar sobre as complexidades que envolvem o conflito Israel-Hamas sob o prisma do Direito Internacional. Com análise imparcial, sob as colunas do Direito, o artigo mostra o direito – e seus limites – da autodefesa das nações soberanas. E aponta alguns caminhos para o alcance da paz no Oriente Médio.

BRASIL. O tema do Direito Ambiental ganhou força no último quarto do Século XX. As repercussões em todos os segmentos brasileiros se encorpam no início do Século XXI. É que entre as ações iniciadas na Primeira Instância e as correspondentes chegadas à Suprema Corte, alguns anos foram necessários,

não somente para a conscientização como também para o trâmite das ações no seio do Poder Judiciário. As autoras **Professora Doutora Raquel Fabiana Lopes Sparemberger** e **Professora Mestre Gabriela Lacerda Zechin**, dispuseram-se a analisar, sob o título “A Aplicação do Teste de Proporcionalidade no Julgamento da ADI 7.273/DF do STF”, se o julgamento de uma causa ambiental na Suprema Corte brasileira atendeu aos princípios do Teste de Proporcionalidade. Inicialmente, as Professoras mostram os componentes do Teste de Proporcionalidade na visão de três juristas: um alemão, uma argentina e um brasileiro. Em seguida, há exposição sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.273/DF, que questionava a aplicação do art. 39 da Lei 12.844, de 19-7-2013. O fechamento se dá com a análise se houve, no julgamento feito pelo Supremo Tribunal Federal, a aplicação do Teste de Proporcionalidade. Trata-se de um texto inovador, criador de paradigmas e apontador de caminhos a serem seguidos/comparados.

ARGENTINA. A **Professora Doutora Sonia Gabriela Spreafico** é da área do Direito e estuda – com diversos cursos a título de pós-graduação – áreas da Sociologia e da Medicina do Trabalho. Usando da experiência de três grandes áreas, leciona Direito do Trabalho e se especializou em destacar as modificações da saúde mental provocadas pelos ambientes de trabalho. O artigo “Salud Mental y Derecho del Trabajo: reflexiones para un debate adeudado” traz mais do que contribuições e debates: fala sobre as doenças laborais e, especialmente, as **novas** doenças laborais. Dentre elas, a “Síndrome de Burnout” que a Organização Mundial de Saúde classificou como doença mental profissional no ano de 2022. Por se tratar de “novidade” no sedimentado campo do Direito de Trabalho, a “Síndrome de Burnout” recebe, no artigo científico ora publicado, um tratamento quase em separado. Dito “quase” porque também a “violência laboral”, o assédio moral e os danos psíquicos, psicológicos e psiquiátricos, são assuntos do texto. Todos, obviamente, ligados ao exercício da profissão, ou com qualidade de empregado em iniciativa privada, servidor público ou mesmo como atividade autônoma ou liberal. Trata-se de um texto abrangente e o mais atual em todos os segmentos do Direito, no último par de anos.

MESTRADO

Com título de Mestre em Direito, e cursando Doutorado, está um autor português ocupando o lugar de destaque.

PORTUGAL. Os bancos são instituições que, por terem por função captar as economias populares, carecem de legislação própria. E devem também ter um órgão – uma agência – especializada para fazer a fiscalização. Muitas das atitudes dos bancos são pautadas como ilícitos penais ou ilícitos administrativos. Um dos autores especializados em Direito Bancário é o **Professor Mestre Hermínio Carlos Silva Rodrigues**. Autor de livros e de artigos científicos sobre Direito Bancário, o autor colabora com a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** com um texto de longo fôlego. Não apenas na extensão, uma vez que há outros maiores. O estudo especializado, fundado e centralizado é na pesquisa

em tantas aplicações de leis e autores especializados no tema acerca do Direito Bancário português. O artigo leva o explicativo título de “Ilícitos Bancários: responsabilidade penal e contraordenacional das instituições bancárias e dos seus órgãos, agentes e representantes no ordenamento jurídico português” e representa uma pesquisa própria para bons estudiosos do tema. Inexistem dúvidas de que, no segmento do Direito Bancário, este é um dos mais válidos estudos que os interessados podem obter.

LATO SENSU

As oportunidades devem acontecer para todos os que têm qualidade de boa escrita, boa pesquisa e responsabilidade literária ao produzir um texto acadêmico. Somente se consegue título de Doutorado quem tem Mestrado. E somente se consegue chegar ao Mestrado quem tem Especialização, a Pós-Graduação do primeiro nível. Desta forma, a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** abre a seção especial para um autor argentino, colaborando para que ele chegue aos degraus mais elevados do patamar dos graus acadêmicos.

ARGENTINA. Questões referentes ao meio ambiente e ao Direito Ambiental parecem estar presentes no atual tempo como se sempre estiverem em discussão. Em verdade, é tema novíssimo, em termos históricos. São poucas décadas de preocupações com o meio ambiente. Uma das primeiras reuniões da Organização das Nações Unidas cuja convocação teve as questões ambientais como pauta foi a Convenção de Estocolmo, de 1968. A agenda internacional para discussão da questão climática aconteceu, desde 1968, com destaque para Convenções no Rio de Janeiro (1992) e Kyoto (Japão), em 1997. Sempre, porém, tendo como ponto de partida a Conferência de Estocolmo. Há o prisma levado a efeito por parte dos países chamados desenvolvidos e a visão do lado dos países subdesenvolvidos (eufemisticamente chamados “em desenvolvimento” ou “emergentes”). Entre esses pontos de vistas, há conflitos, verdades, falas, argumentos. E sobre o tema, com propriedade ímpar, o **Professor Marcelo Alejandro Blanco** desenvolve o artigo “Los Desencuentros entre el Mundo Desarrollado y los Países del Tercer Mundo en la Conferencia de Estocolmo: ¿un debate que persiste hasta nuestros días?”. O artigo invoca o Direito Internacional e o Direito Ambiental, como dito, mas se cerca de História para retomar ao passado como suporte ou alicerce para os nossos dias. E para os dias que virão.

ESTUDOS CONTINUADOS

A seção “Estudos Continuados” é composta por autores que merecem o maior destaque no que escrevem, ainda que os textos não sejam exata ou exclusivamente sobre Direito. Ou que sejam comunicações ao mundo acadêmico da área do Direito.

A seção se engrandece com a participação de três autores que têm grau de Professor(a) Doutor(a). O que coloca a seção, embora fisicamente na parte final da Revista, entre as mais qualificadas.

Dois são de Portugal. Uma, da Argentina.

ESPAÑA. A **Professora Doutora Cristina Carretero González** e o **Professor Doutor Julio Carlos Fuentes Gómez** atuam em Universidades no campo do Direito e na área de Técnicas de Oratória e Redação Jurídicas. Vários textos de autoria de um e de outro já foram publicados, em diversas fontes. Têm livros próprios e participam de livros de autoria coletiva. A união de dois especialistas no assunto resultou no artigo científico “La Claridad del Lenguaje Jurídico”. O tema, muito bem exposto e carregado de exemplos, trata da necessidade de comunicação escrita (Petições, Pareceres, Acórdãos e Sentenças) e falada (como em Tribunal de Júri, nas sustentações orais e nos argumentos em audiências) a carga de Promotores de Justiça, Advogados e Magistrados. A demonstração é da necessidade de redação em sentido direto, claro, eficaz e, quando possível, “resumido”. Este último, não necessariamente no sentido de texto curto, mas exposto em tópicos próprios, com separações em frases, orações, parágrafos e subtítulos. Tudo, obrigatoriamente, ligado por conectivos reais ou por encadeamento ou imbricação de um assunto com o próximo. O artigo demonstra ser muito útil também aos Alunos da graduação em Direito.

PORTUGAL. Lecionando na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e no IPBeja, o **Professor Doutor Kafft Kosta** tem conhecimento suficiente para ministrar palestras. Ainda em 2019, para uma palestra na cidade do Porto, ele preparou uma exposição acerca da necessidade de criação de um Tribunal Constitucional Internacional. No segundo semestre de 2023, esteve no Brasil falando sobre o mesmo tema. Com as reflexões, anotações, estudos e práticas pelas exposições, preparou o artigo “Tribunal Constitucional Internacional: está o mundo maduro para tal passo?: reflexão crítica”. A disposição do autor não é, simplesmente, falar das utilidades de um Tribunal Constitucional Internacional. Também mostra como poderia ser o funcionamento do sugerido órgão da Administração da Justiça. Para explicar sobre esse Tribunal, o autor mostra as primeiras publicações a respeito e até a realização de eventos científicos com o tema específico, com publicação de livro contendo exclusivamente a defesa dos motivos pelos quais o mundo carece desse organismo independente e capacitado. A verdade é que o mundo pode não estar tão preparado para a criação do Tribunal – em razão das vaidades políticas dos governantes de países que, por praticarem atos ilegais aos olhos internacionais, poderiam ser julgados.

PORTUGAL. O **Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha**, autor de quase mil artigos científicos publicados e de mais de meia centena de livros igualmente publicados – adotados em Faculdades de diversos países, inclusive o Brasil, Espanha, França e Portugal – está licenciado das atividades docentes para o exercício do cargo de Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, a Corte Suprema de Portugal. Ainda assim, consegue um tempo para colaborar com a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, com um texto recheado de qualidades. Sob o título de “No Jogo de Espelhos: imagens do poder e do direito em democracia”, as letras indicam o caminho do saber que contornam o tema “Democracia”. Alerta o autor que não é somente o sufrágio universal – o

voto – e o direito de ser votado, como também as análises escritas e faladas nas ruas, na imprensa e nos debates acadêmicos. Traz para o texto o verdadeiro conceito de “Democracia”, que é o governo legitimamente eleito, com a maioria superando o desejo da minoria, a qual, em nome da verdadeira Democracia, deve se calar diante da derrocada do seu candidato. A reflexão chega ao ponto de dizer que “A democracia necessita de um Direito democrático, mas também de mediadores juridicamente preparados e eticamente eficientes.” e que “todo o poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente”. Sim: os participantes da Democracia devem estar servindo ao povo; não, servindo a si próprios e aos seus grupos “políticos” que mais se equiparam “grupos de malfeitores de toda ordem”.

Feita a apresentação, cabe ao leitor/estudante interagir com os autores. Quem fala necessita ter quem o ouve. Para que haja leitor, é necessário haver escritor. Escrita e leitura se completam, sem se saber qual o grau de importância maior para um lado ou para o outro.

A colaboração da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** é com a oferta de textos científicos de altíssima qualidade. Textos que representam os mais diversos quadrantes de mundo. Textos selecionados que elevam não somente quem publica, como quem os lê. Textos que completam, ensinam, servem como fundamento. E, mais do que nunca, esperam ser lidos.

Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso
Editor

Autoria

Desde sua criação, em maio de 2020, a Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica já publicou (incluindo este número):

Urheberschaft

Seit seiner Gründung im Mai 2020 veröffentlicht das Ultracontinental Journal of Legal Literature ist bereits erschienen (einschließlich dieser Ausgabe):

Authorship

Since its creation in May 2020, the Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica (Ultracontinental Journal of Legal Literature) has published (including this issue):

Paternidad literaria

Desde su creación en mayo de 2020, la Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica ya ha publicado (incluido este número):

Paternité

Depuis sa création en mai 2020, le Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica a déjà publié (y compris ce numéro):

Paternità

Dalla sua creazione nel maggio 2020, la Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica há già pubblicato (incluso questo numero):

Colocação <i>Rangfolge</i> Ranking <i>Colocación</i> Classement <i>Classifica</i>	Origem dos autores por países <i>Herkunft der Autoren nach Land</i> Authors' origin by country <i>Origen de los autores por país</i> Origine des auteurs par pays <i>Origine degli autori per paese</i>	Número de artigos publicados <i>Anzahl der veröffentlichten Artikel</i> Number of articles published Numero de artículos publicados Nombre d'articles publiés <i>Numero di articoli pubblicati</i>
1.º	Brasil	25
	Espanha	25
3.º	Argentina	19
	Portugal	19
5.º	Estados Unidos	08
	Itália	08
7.º	Moçambique	05
8.º	Japão	04
	Uruguai	04
10.º	Bolívia	03
	Colômbia	03
	França	03
	México	03
	Turquia	03
15.º	Chile	02
	Grécia	02
	Índia	02
18.º	Angola	01
	Canadá	01
	Polónia	01
	Suíça	01
	Venezuela	01

Céim Dochtúireachta
Ceum Dotaireachd
Ступень Доктара
Daktaro Laipsnis
Diploma de Doctorat
Diplomē Doktorature
Doctoraat
Doctorado
Doctorat
Doctorate Degree
Doktora Derecesi
Doktora Grāds
Doktorat
Doktorát
Doktorgrad
Doktori Fokozat
Doktorikraad
Doktorsexamen
Doktorspróf
Dokortitel
Dottorato
Doutoramento
Gradd Doethuriaeth
Grad ta 'Dottorat
Gradēn e Doktoratēs
Llicenciat de doctorat
Titulado de Doutoramento
Tohtorin Tutkinto
Доктор Дәрежесі
Докторантура
Докторат
Докторський Ступінь
Докторска Степен
Докторска диплома
Докторская Степень
Докторлық Дәрежесі
Διδακτορικό

DOCTORADO

O SISTEMA DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE E A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM MOÇAMBIQUE

EDSON DA GRAÇA FRANCISCO MACUÁCUA¹

RESUMO

O presente trabalho tem como objecto de estudo o sistema de fiscalização da constitucionalidade em Moçambique. Como ponto de partida, insere-se o instituto de fiscalização da constitucionalidade no contexto do Estado de Direito Democrático. O trabalho discute sobre o modelo de fiscalização da constitucionalidade que é judicial, concentrado e de reenvio prejudicial. São elencadas as diferentes modalidades de fiscalização da constitucionalidade em Moçambique e, por fim, faz-se uma análise crítica ao sistema moçambicano de fiscalização da constitucionalidade na perspectiva da sua efectividade na protecção da dignidade da pessoa humana ou da tutela efectiva dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Estado de Direito, fiscalização da Constitucionalidade, Direitos fundamentais, Conselho Constitucional.

ABSTRACT

The purpose of this study is to look at Mozambique's constitutionality oversight system. As a starting point, we shall consider the constitutionality oversight in the context of Democratic Rule of Law. The study discusses a constitutionality oversight model that is judicious, focused and with reference for preliminary ruling. The different constitutionality modalities in Mozambique shall be considered and, lastly, a critical review of Mozambique's constitutionality oversight system shall be undertaken with respect to its effectiveness in protecting human dignity or the actual oversight of fundamental rights.

Keywords: Rule of Law, Constitutionality Oversight, Fundamental Rights, Constitutional Council.

¹ Doutor em Direito. Mestre em Direito do Petróleo e do Gás. Docente Universitário e Advogado. Pós-Doutorando em Direito, na Universidade de Lisboa. *E-mail:* macuacua.edson@gmail.com

1 FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE E JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

A existência de uma Constituição da República é um dos ganhos do Estado do Direito Democrático e configura o instrumento jurídico que regula o poder político e assegura o respeito pelos direitos fundamentais e a protecção da dignidade da pessoa humana. Contudo, para a garantia da supremacia da Constituição e da subordinação do Estado à Constituição, mais precisamente garantir que os órgãos do Estado respeitem a Constituição da República como o seu fundamento e limite na sua actuação, há uma necessidade da existência de um mecanismo de fiscalização da constitucionalidade na actuação dos órgãos do Estado e de entidades privadas.

A fiscalização da constitucionalidade das leis é o meio mais importante, não o único, de conferir a garantia aos direitos consignados nas normas constitucionais (MIRANDA, 2017a, p. 41).

O grande propósito da fiscalização da constitucionalidade, enquanto expressão dileta e decorrência do constitucionalismo, é domesticar o poder, materializando tal fiscalização uma expressão da lógica da separação de poderes em qualquer das suas modalidades, com fins garantísticos de protecção dos direitos e liberdades das pessoas (URBANO, 2016, p. 20).

A protecção dos direitos fundamentais consubstancia um limite ao poder político e, simultaneamente, um objectivo dessa limitação (URBANO, 2016, p. 20). Um limite, na medida em que o seu devido cumprimento restringe o espaço de actuação livre dos detentores do poder político – inicialmente apenas do poder executivo (URBANO, 2016, p. 20). É um objectivo, uma vez que o principal desígnio da limitação de poderes nunca deixou de ser o de tutelar os direitos fundamentais, e com isso, a dignidade da pessoa humana (URBANO, 2016, p. 20). Limite e objectivo, que, em suma, condicionam a actuação do poder político – que terá que respeitar os direitos fundamentais – e configuram mais uma razão justificativa para a necessidade do controlo da constitucionalidade (URBANO, 2016, p. 20).

Afirma Cappelletti (1981, p. 647), precisamente, que: “A exigência do controlo da constitucionalidade tornou-se particularmente pressionante no que toca às normas consagradoras dos direitos fundamentais do homem [...]”. De idêntico modo, Favoreu (1984, p. 1.198) sustenta que a protecção dos direitos fundamentais é uma das principais razões do controlo jurisdicional das leis e historicamente foi a justificação para a criação da justiça constitucional na Alemanha e na Itália.

2 OS GRANDES MODELOS DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE

Existem dois critérios na definição dos modelos de fiscalização da constitucionalidade. Um que atende à natureza do órgão responsável pela fiscalização da constitucionalidade, e outro que atende à pluralidade ou não dos órgãos envolvidos na fiscalização da constitucionalidade.

Quanto à natureza jurídica do órgão encarregado da fiscalização da constitucionalidade, há que distinguir a existência do modelo político e o modelo jurisdicional. O primeiro é aquele em que o poder de fiscalização da constitucionalidade está a cargo de órgãos de natureza política. O segundo é aquele em que a competência para a fiscalização da constitucionalidade está incumbida a órgãos jurisdicionais, os Tribunais.

As principais diferenças entre os órgãos jurisdicionais e políticos residem no facto de que os jurisdicionais são reactivos, enquanto que os políticos são protectivos; os jurisdicionais, independentes, enquanto que os políticos vinculam-se ao poder político; os jurisdicionais decidem com base em critérios de constitucionalidade, legalidade e objectividade enquanto que os órgãos políticos decidem com base em critérios de oportunidade. Por fim, os órgãos jurisdicionais são constituídos por juizes proibidos por lei de exercerem actividades políticas, enquanto que órgãos políticos são constituídos por políticos, que podem estar no activo.

Relativamente à pluralidade ou não dos órgãos envolvidos na fiscalização da constitucionalidade, podem distinguir-se três modelos de fiscalização da constitucionalidade: Modelo concentrado ou austríaco, modelo difuso ou americano e o modelo misto, como são os casos dos modelos português e angolano.

No modelo concentrado ou austríaco, o poder de decisão ou de decretar a inconstitucionalidade está centralizado num único órgão especializado para a administração da justiça constitucional, um Tribunal Constitucional. No modelo difuso ou americano, todos os Tribunais são Constitucionais, ou seja, têm poderes para declarar a inconstitucionalidade. O modelo misto é aquele que combina os modelos concentrado e o difuso, isto é, aquele em que, por um lado, todos os tribunais têm competência para fiscalizar a constitucionalidade e poder de decidir a inconstitucionalidade. Por outro, existe um Tribunal Constitucional, especializado na administração da justiça constitucional e que tem a última palavra. É uma Instância de recurso.

3 MODELO MOÇAMBICANO DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE

Na definição do modelo moçambicano de fiscalização da constitucionalidade, há três aspectos fundamentais a aclarar. Primeiro, se a fiscalização é política ou judicial. Segundo, se os interesses visados pela fiscalização são públicos ou privados ou ainda mistos. Terceiro, se o modelo de fiscalização é concentrado ou difuso, ou ainda se é misto.

Há que aclarar, primeiramente, qual é a natureza da fiscalização da constitucionalidade que é feita em Moçambique, se é política ou jurisdicional. A fiscalização é política quando é feita por órgãos políticos, guiando-se por critérios de oportunidade. E é jurisdicional se é feita por órgãos jurisdicionais, guiados pelo princípio da legalidade.

Em Moçambique, a fiscalização da constitucionalidade é jurisdicional, pois está alocada a órgãos jurisdicionais. Órgãos que, na sua actuação, são independentes. E guiam-se pelo princípio da legalidade. Com efeito, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 240 da Constituição da República de Moçambique (CRM), o Conselho Constitucional é órgão de soberania, ao qual compete especialmente administrar a justiça, em matérias de natureza jurídico-constitucional.

O Conselho Constitucional não é um órgão político. É um órgão de natureza jurisdicional, embora não seja formalmente denominado Tribunal, pois é um órgão de administração da justiça. É composto por Juizes que, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 241 da CRM, gozam de garantia de independência, inamovibilidade, imparcialidade e irresponsabilidade.

O segundo aspecto a considerar são os interesses visados pela fiscalização da constitucionalidade.

De acordo com Jorge Bacelar Gouveia (2015, p. 548), os interesses visados pelos processos jurídicos, em geral, assim como pelos processos constitucionais, em especial, podem ser de duas índoles contrapostas:

- interesses públicos, ligados à defesa da constitucionalidade objectiva, na medida em que por, seu intermédio, preserva-se um modo geral de ver a organização política do Estado e da Sociedade, plasmado na Ordem Constitucional, que é de todos;
- interesses privados, relacionados com a protecção de posições individuais ainda que mediatizadas pela protecção constitucional geral, na certeza de que também ao nível do Direito Constitucional se protegem direitos individuais.

Com fincas em Jorge Bacelar Gouveia (2015, p. 548), pode-se dizer que os elementos de colheita possível dos diversos processos de fiscalização da constitucionalidade apontam para as duas perspectivas, que assim tornam o sistema moçambicano um sistema misto, público e privado de fiscalização:

- prevalece um interesse público no acesso essencialmente público, considerando-se também o papel que cabe ao Ministério Público nos recursos de inconstitucionalidade;
- prevalece um interesse privado quando a legitimidade processual se restringe as partes e quando os efeitos se limitam ao caso julgado produzido.

O terceiro aspecto a esclarecer é se o modelo de fiscalização da constitucionalidade adoptado, é concentrado ou difuso ou ainda misto. A fiscalização é concentrada quando a Constituição reserva o exercício desta função a um órgão especializado. É difuso quando todos os tribunais podem fazer a fiscalização da constitucionalidade.

O poder de intervenção que todos os Tribunais têm em matéria de fiscalização da Constitucionalidade, consagrado no artigo 213 da CRM, pode suscitar dúvidas quanto ao modelo de fiscalização de constitucionalidade moçambicana, se é difuso e concentrado.

Com efeito, o artigo 213 da CRM impõe que nos feitos submetidos a julgamento os Tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição.

Portanto, do disposto no artigo 213 resulta que a Constituição reconhece que os Tribunais comuns são competentes para formular um juízo sobre a constitucionalidade de uma lei, fazendo-o, sempre que exercem as suas competências decisórias nos termos dos números 1 e 2 do artigo 211 (Função Jurisdicional) da Constituição da República (Acordo n.º 9/CC/2017, de 27 de dezembro).

Baseado no disposto no supra aludido, artigo 213 da CRM, Jorge Bacelar Gouveia (2015, p. 541-542), considera que o sistema de fiscalização da constitucionalidade moçambicano é misto. Fica claro quando se nota que a intervenção de fiscalização é atribuída tanto aos Tribunais em geral como de forma específica ao Conselho Constitucional. Em qualquer hipótese, o Conselho Constitucional tem a última palavra, é a última fonte do recurso.

Será que o sistema de fiscalização da constitucionalidade em Moçambique é misto? Um sistema de fiscalização da constitucionalização misto significa, que a função de Juiz constitucional é feita por um órgão especializado e por todos os Tribunais. É difuso e concentrado. Será que a intervenção dos Tribunais

na fiscalização da constitucionalidade nos termos previstos no artigo 213 da CRM, permite que possamos qualificar o sistema de misto? Um sistema misto pressupõe que os Tribunais comuns tenham competência para decidir em matéria de inconstitucionalidade. Têm competência para decidir. Têm poderes não só de recusar a aplicação de uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, como também poder de declarar a sua inconstitucionalidade sem obrigatoriedade do envio ao Tribunal Constitucional. A intervenção do Tribunal Constitucional se dá em sede do recurso, como são os casos de Portugal (artigos 204 e 280, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa - CRP) e de Angola (alínea d) do n.º 2 do artigo 180 da Constituição da República de Angola - CRA). Não parece ser este o modelo moçambicano.

Qual é o modelo moçambicano de fiscalização da constitucionalidade? É concentrado? É difuso? Ou misto?

No seu relatório à Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa, que teve lugar em Lisboa, em maio de 2010, o Conselho Constitucional, representado pelo seu respectivo Presidente, qualificou o modelo moçambicano de fiscalização da constitucionalidade como misto como se pode aferir:²

No rol das competências estão atribuídas ao Conselho Constitucional pontificava o poder de “apreciar e declarar a inconstitucionalidade e a ilegalidade dos actos legislativos e normativos dos órgãos do Estado, e este facto traduzia a inequívoca vontade do legislador constitucional de conferir ao novo órgão de soberania o estatuto do principal guardião da Constituição e do Estado de Direito então emergentes no País.

Paralelamente, a Constituição confiou também aos tribunais em geral a missão de garantir a constitucionalidade dos actos normativos, vinculando-os ao dever de não aplicar, em nenhum caso, leis ou princípios contrários à ordem constitucional estabelecida.

Podemos assim afirmar que o sistema moçambicano de fiscalização de constitucionalidade apenas ficou configurado a partir da Constituição de 1990, caracterizando-se essencialmente por ser misto em virtude de conjugar elementos, por um lado, modelo austríaco de controlo sucessivo abstracto, concentrado num órgão especializado, por outro, do modelo americano de controlo sucessivo concreto e difuso, designado “judicial review of legislation”, na expressão inglesa.

Em novembro de 2004, o Parlamento moçambicano, no final da sua segunda legislativa multipartidária, concluiu o processo de revisão Constitucional do qual resultou uma nova Constituição formal e instrumental.

Com efeito, o texto de 2004 manteve o modelo essencial da Constituição material de 1990.

Não parece ter sido acertada a posição do Conselho Constitucional. Será que o sistema moçambicano de fiscalização da constitucionalidade é misto? Os Tribunais comuns estão investidos de poder de declarar a inconstitucionalidade

² Relatório do Conselho Constitucional apresentado à Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa em Lisboa, em Maio de 2010.

de uma norma? O poder de fiscalização da constitucionalidade e declaração da inconstitucionalidade é exercido de forma difusa ou concentrada?

Qual é a “rácio” do artigo 213 da CRM?

A “rácio” do artigo 213 da Constituição é a garantia da maior efectividade das normas, um dos alicerces do Estado de Direito, e incidental da Constitucionalidade. Daí que a interpretação da expressão feitos submetidos a julgamento, usada naquela disposição, tenha de ser realizada de acordo com o princípio da máxima efectividade da Constituição (Acórdão n.º 9/CC/2017 de 27 de dezembro). Isto implica que a interpretação do artigo 213 da Constituição se atribua a expressão feitos submetidos a julgamento um sentido que torne mais operante o poder dos Juizes dos Tribunais em geral para fiscalizar a constitucionalidade das leis na sua aplicação e casos concretos (Acórdão n.º 9/CC/2017 de 27 de dezembro).

Portanto, a capacidade de cognição dos juizes não deve assim, entender-se que inclua ou implique um poder de decisão sobre a matéria de inconstitucionalidade, pois este poder, reserva-se exclusivamente ao Conselho Constitucional, como o mesmo esclarece (Acórdão n.º 3/CC/2020 de 26 de março):

Ora, nos termos do artigo 213 da CRM, os juizes não podem aplicar normas e princípios que ofendam a Constituição. Assim, no caso de ocorrência de semelhante situação, o juiz deve remeter os autos ao Conselho Constitucional nos termos do artigo 246, n.º 1, alínea a), da CRM, para este tomar a decisão sobre a questão da constitucionalidade. Em simultâneo, o tribunal da causa ao decidir pela remessa do processo ao Conselho Constitucional, nos termos do artigo 68 da lei Orgânica do Conselho Constitucional, deve suspender os autos em curso até decisão final deste órgão.

Portanto, os Juizes dos Tribunais não decidem sobre a questão da constitucionalidade, pois nestes casos suspendem o julgamento e remetem os autos ao Conselho Constitucional e aguardam pela decisão deste.

Já em 2014, o Conselho Constitucional posicionou-se em termos didácticos, clarificando o sentido e o alcance da intervenção dos tribunais judiciais no processo da fiscalização concentra da constitucionalidade (Acórdão n.º 10/CC/2014, de 24 de setembro atinente ao Processo n.º 03/CC/2014):

Prende-se a primeira questão com a fixação do exacto significado da locução gramatical “feitos submetidos a julgamento”, incrustada no enunciado do artigo 213 da Constituição, devendo esclarecer-se a ambiguidade que suscita o termo julgamento, tendo em conta o seu uso corrente na terminologia técnico-jurídica do processo judicial ou jurisdicional: “fase destinada à decisão final da causa, não excluindo a expressão final a possibilidade de impugnação da decisão, mediante recurso” (VARELA, Antunes, *apud*

FRANCO; MARTINS, 1995, p. 520).

A segunda questão postula a delimitação do sentido e alcance da expressão “os tribunais não devem aplicar leis ou princípios”, usada igualmente no texto do artigo 213 da Constituição. Pretendemos, pois, clarificar o conteúdo deste poder/dever de abstenção constitucionalmente reconhecido/imposto aos tribunais em geral no exercício da função jurisdicional.

Passemos a examinar as questões principais acima formuladas, sem deixar de considerar outras, que embora não explicitadas ab initio, surgirão a título complementar.

No que respeita à primeira questão, cumpre assinalar que a Constituição de 1990 introduziu, na ordem jus constitucional moçambicana, o instituto da fiscalização concreta, difusa e incidental da constitucionalidade de normas jurídicas, ao determinar no artigo 162 que “em nenhum caso os tribunais podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição”, em conjugação com o artigo 206, o 7 Acórdão n.º 10/CC/2014, de 24 de setembro qual estatuiu que “as normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico”, consagrando desse modo o princípio da constitucionalidade de que é tributário o Estado de Direito.

Tanto o instituto como o princípio acima referidos têm o devido acolhimento na Constituição vigente, que prescreve no artigo 214 que “nos feitos submetidos a julgamento os tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam à Constituição”, e no n.º 4 do artigo 2 reproduz *ipsis verbis* o texto do supracitado artigo 206 da Constituição de 1990.

Porém, em relação ao dispositivo que institui a fiscalização concreta da constitucionalidade, substituiu a expressão **em nenhum caso**, adoptada no artigo 162 da Constituição de 1990, pela locução **nos feitos submetidos a julgamento**, importando perguntar se esta mudança de terminologia deve entender-se com o sentido de uma alteração substancial do âmbito da fiscalização concreta da constitucionalidade para se cingir às questões de inconstitucionalidade suscitadas não em qualquer caso mas apenas durante o julgamento, enquanto fase específica do iter processual distinta das demais fases.

Nesta matéria, ao contrário da Constituição de 1990, que se limitou a consagrar o dever dos tribunais de não aplicar leis ou princípios inconstitucionais, a Constituição de 2004 evoluiu, ao introduzir, em consonância com o mesmo dever de abstenção, a figura de remessa obrigatória para o Conselho Constitucional dos “acórdãos e outras decisões com fundamento na inconstitucionalidade”, *inter alia*, “quando se recuse a aplicação de qualquer norma com base na sua inconstitucionalidade” (Acórdão n.º 10/CC/2014, de 24 de setembro).

O legislador constitucional de 2004 estabeleceu, mediante esta solução, o necessário elo de ligação entre os tribunais em geral e o Conselho Constitucional, quando se trata da fiscalização concreta da constitucionalidade.

É sintomático que ao se referir a “acórdãos e outras decisões”, no n.º 1 do artigo 247 da Constituição, o mesmo legislador constitucional quis conferir maior amplitude à acção fiscalizadora dos tribunais em matéria da conformidade constitucional das normas do Direito ordinário, não se tratando apenas de acórdãos ou sentenças que se produzam na fase processual do julgamento propriamente dito, mas de todas e quaisquer decisões com fundamento na inconstitucionalidade, sem distinção da fase do processo judicial em que tenham sido proferidos.

Por conseguinte, mostra-se curial, para o efeito do disposto no artigo 213 da Constituição, o entendimento do termo julgamento no seu sentido lato, ou seja, como “acto ou efeito de julgar; audiência em tribunal; sentença; decisão; exame; apreciação”, tendo igualmente em conta que o verbo julgar significa “decidir como juiz; sentenciar [...]” (COSTA; MELO, 1999, p. 970). Este entendimento compagina-se com os princípios hermenêuticos constitucionais da unidade e da máxima efectividade da Constituição: o

primeiro “obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar”, devendo “sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno 9 Acórdão n.º 10/CC/2014, de 24 de setembro unitário de normas e princípios”, e o segundo significa que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê” (CANOTILHO, 2003, p. 1.223 e 1.224).

Na verdade, à luz do princípio da constitucionalidade, que dita a prevalência das normas constitucionais sobre as restantes normas do ordenamento jurídico (artigo 2, n.º 4, da CRM), não seria plausível entender-se que o dever dos tribunais de não aplicar leis ou princípios contrários à Constituição se circunscrevesse à fase do julgamento propriamente dito, ficando desse modo os mesmos tribunais obrigados, nas restantes fases processuais, a tomar decisões com base em normas manifestamente inconstitucionais, sem apelo nem agravo.

No campo do Direito ordinário, a Lei n.º 2/93, de 24 de junho, estatui que as funções jurisdicionais que devam ter lugar no decurso da instrução preparatória dos processos-crime (fase processual cuja direcção compete ao Ministério Público – artigo 236 da CRM) são exercidas por magistrados judiciais, designados por juizes da instrução criminal (artigo 1, n.º 1), constituindo funções jurisdicionais, para os efeitos referidos neste preceito legal, entre outras constantes da lei, designadamente, quaisquer medidas limitativas dos direitos dos cidadãos, como sejam inter alia a validação e manutenção das capturas e as decisões sobre a liberdade provisória [artigo 1, n.º 2, alíneas a) e b)].

A mesma Lei prevê que sejam criadas, nos tribunais judiciais de província e de distrito em que o movimento dos processos-crime o justificar, secções especializadas em que funcionam os juizes da instrução criminal, porém admite que as competências dos mesmos juizes sejam assumidas pelo juiz da causa ou do lugar da prisão, onde não for ainda possível criar as aludidas secções.

No seu conjunto, as disposições legais acima citadas elucidam que, nos autos ora em apreciação, o Meritíssimo Juiz de Direito do Tribunal Judicial do Distrito de Magde actuou na veste de juiz da instrução criminal, ao tomar decisões sobre a validação e manutenção das capturas e sobre a liberdade provisória.

Por isso, a norma contida no n.º 1 do artigo 14 da Lei n.º 8/82, de 23 de junho, que nos mesmos autos o Juiz a quo se recusou a aplicar, com fundamento na sua inconstitucionalidade, ao abrigo do disposto no artigo 213 da Constituição, tem relevância imediata para a decisão da questão principal suscitada na fase instrutória do processo-crime, visto que se trata de uma questão de liberdade provisória mediante caução.

No caso *sub judice*, a decisão judicial sobre a liberdade provisória dependia, inelutavelmente, de um juízo prévio sobre a aplicabilidade ou não aos casos concretos da norma do n.º 1 do artigo 14 da Lei n.º 8/82, de 23 de junho, que impõe a prisão preventiva quando se trate dos tipos legais de crime previstos e punidos no mesmo diploma legal, nomeadamente o crime de transporte ilegal de rezes de que são indiciados nos autos em apreço os arguidos Abdul Manuel Aly e Narciso Moisés.

Na medida em que se reveste de natureza especial, a norma do n.º 1 do artigo 14 da Lei n.º 8/82, de 23 de junho, derroga, em relação aos referidos tipos legais de crime a lei geral, isto é, o Código de Processo Penal, na parte em que este regulamenta os pressupostos da liberdade provisória mediante caução ou termo 11 Acórdão n.º 10/CC/2014, de 24 de setembro de identidade, razão pela qual as correlatas disposições do mencionado Código não podem ser chamadas à colação no presente processo.

Porém, a solução consagrada no artigo 68 da Lei n.º 6/2006, de 2 de agosto,

tem um efeito negativo que consiste no impedimento do Juiz da causa de proferir decisão sobre a questão principal, até que os autos, entretanto remetidos ao Conselho Constitucional, baixem juntamente com a notificação do Acórdão que decida a questão incidental de inconstitucionalidade suscitada no processo.

Concretamente, no caso sub *judice*, impunha-se ao Juiz a quo o dever de se abster de tomar qualquer decisão sobre a liberdade provisória dos arguidos Abdul Manuel Aly e Narciso Moisés, abstenção que, na prática, significa que os mesmos deviam manter-se sob prisão preventiva, não por decisão do juiz a quo mas como efeito *ex vi legis* do disposto no n.º 1 do artigo 14 da Lei n.º 8/82, de 23 de junho, norma que se presume conforme à Constituição, até eventual decisão em sentido contrário, proferida pelo Conselho Constitucional em sede de processo de fiscalização de constitucionalidade.

As disposições conjugadas dos artigos 214 e 247, n.º 1, alínea a), da CRM não habilitam os tribunais em geral a decidir sobre o mérito das questões de inconstitucionalidade emergentes nos processos em juízo. Por força do disposto no artigo 68 da Lei n.º 6/2006, de 2 de agosto, tais questões têm um efeito prejudicial sobre o andamento do processo, relativamente à questão principal cuja decisão depende directa e imediatamente da aplicação da norma tida por inconstitucional pelo Juiz a quo.

Na medida em que se trata de questões prejudiciais de natureza jurídico constitucional, a decisão sobre o respectivo mérito cabe, exclusivamente, ao Conselho Constitucional, enquanto órgão de soberania ao qual compete especialmente administrar a justiça em matérias daquela natureza, conforme o Acórdão n.º 10/CC/2014, de 24 de setembro dispõe o n.º 1 do artigo 241, conjugado com a alínea a) do n.º 1 do artigo 244, ambos da CRM, preceito que reserva ao Conselho Constitucional a competência de declarar a inconstitucionalidade das leis.

É neste sentido, pois, que este Conselho Constitucional entende a vinculação dos tribunais ao dever de não aplicar, nos feitos submetidos a julgamento, de normas ou princípios que ofendam a Constituição, prevista no artigo 213, conjugado com a alínea a) do n.º 1 do artigo 247, ambos da CRM, tendo igualmente em conta o disposto no artigo 68 da Lei n.º 6/2006, de 2 de agosto.

Relativamente ao Tribunal Supremo? Será que, também coloca-se ao Tribunal Supremo, a obrigatoriedade de suspender o julgamento e remessa dos autos ao Conselho Constitucional? A resposta a esta questão permite uma melhor resposta à problemática da natureza jurídica do Conselho Constitucional, à questão da posição do Conselho Constitucional na arquitectura dos órgãos de administração da justiça e, finalmente, à questão do modelo de fiscalização da constitucionalidade, se é concentrado ou difuso ou misto?

Sobre a questão supra, pode-se considerar já existir uma jurisprudência consolidada e um esclarecimento, pois o Tribunal Supremo remeteu ao Conselho Constitucional o processo de *Habeas Corpus* n.º 95/2017 para efeitos de fiscalização concreta da constitucionalidade.

O Conselho Constitucional, em sede da apreciação do processo submetido pelo Tribunal Supremo para efeitos de fiscalização concreta da constitucionalidade, teceu as seguintes considerações elucidativas sobre o modelo de fiscalização da Constitucionalidade (Acórdão n.º 8/CC/2017, de 6 de Novembro atinente ao Processo n.º 10/CC/2017):

Importa afirmar que, nos termos da fiscalização concreta da constitucionalidade prevista nos artigos 213 e 247, ambos da Constituição e cujos trâmites processuais se encontram regulados nos artigos 67 e 75 da Lei Orgânica do Conselho Constitucional, o Tribunal Supremo, ao suspender o processo de *habeas corpus* e de seguida remetê-lo ao Conselho Constitucional nos termos do artigo 247, da referida Constituição, e ainda do artigo 68 da LOCC, decidiu, de forma implícita, recusar a aplicação da norma posta em crise, por considerá-la inconstitucional, como é sua obrigação de corrente das disposições constitucionais e legais acabadas de citar.

Acresce que, o facto constituído pela suspensão do processo e a sua consequente remessa a este órgão, acompanhada de devida fundamentação e da indicação das pertinentes disposições legais, é manifestação inequívoca de que o requerente recusou aplicar a norma que considera inconstitucional. Agiu bem o Tribunal Supremo ao suspender o processo ora em análise e remetê-lo de imediato ao Conselho Constitucional para a sua apreciação e decisão, pois se tivesse afastado e, conseqüentemente, desaplicado a norma cuja inconstitucionalidade se suscita, o facto equivaleria a auto investir-se em juiz constitucional, violando o disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 244 da CRM, pois o Conselho Constitucional é o único órgão de soberania, ao qual compete especialmente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucionais, nos termos do n.º 1 do artigo 241 da CRM.

É que o nosso sistema de controlo de constitucionalidade não é difuso, em que é permitido ao juiz ou tribunal, no julgamento de um caso concreto, decidir se uma norma é ou não inconstitucional. Essa competência pertence exclusivamente ao Conselho Constitucional, tanto em sede de fiscalização concreta, bem como sucessiva abstracta da constitucionalidade.

Portanto, o sistema de fiscalização da constitucionalidade moçambicano é:

- jurisdicional, pois o órgão encarregado da fiscalização da constitucionalidade é o Conselho Constitucional, um órgão de natureza jurisdicional;
- concentrado com reenvio prejudicial, pois o único órgão competência para decidir em matéria de declaração da inconstitucionalidade é o Conselho Constitucional, tendo os Tribunais, incluindo o Tribunal Supremo, a obrigação de em seja da fiscalização concreto, suspender o julgamento, enviando os autos ao Conselho Constitucional que delibera sobre a questão da inconstitucionalidade;
- um sistema de fiscalização preventivo e sucessivo, pois pode ocorrer entre a aprovação e a promulgação da lei, por iniciativa do Presidente da República, assim como pode ocorrer a qualquer momento da vigência da lei;
- uma fiscalização da inconstitucionalidade por acção, pois não inclui a fiscalização por omissão, mas apenas por violação da Constituição por acção;
- uma fiscalização da inconstitucionalidade dos actos normativos dos órgãos do Estado, pois não abrange a inconstitucionalidade por violação aos direitos fundamentais ou por actos não normativos.

4 PODER DE COGNIÇÃO DO CONSELHO CONSTITUCIONAL

De acordo com o disposto no artigo 49 da Lei n.º 21/2022, de 21 de janeiro, “o Conselho Constitucional só pode declarar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de normas cuja apreciação tenha sido requerida, mas pode fazê-lo com fundamento em violação de normas ou princípios, constitucionais ou legais, diversos daqueles cuja violação foi invocada”.

Portanto, o Conselho Constitucional é um órgão reactivo, diferentemente dos órgãos políticos que são proactivos e guiam-se pelo critério da oportunidade. Esta é uma das características que tipifica o Conselho Constitucional como um órgão jurisdicional, um Tribunal Constitucional.

5 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS DO PROCESSO CONSTITUCIONAL

Ao processo constitucional aplicam-se subsidiamente os princípios do processo civil.

O conjunto de preceitos que integram o Direito Constitucional Processual permite do mesmo modo destilar um feixe de princípios processuais a respeito do processo constitucional, os quais possibilitam ter uma visão global acerca de algumas das suas questões, como sucede com estes três (GOUVEIA, 2015, p. 546):

- o princípio do pedido: a fiscalização da constitucionalidade só acontece por as entidades exteriores ao órgão competente para fiscalizar o solicitarem, princípio do pedido que também atua como definidor do objeto processual, que assim fica delimitado nos exatos termos do pedido de apreciação apresentado;
- o princípio do contraditório: a fiscalização da constitucionalidade que é exercida submete-se sempre à audição das partes em juízo, nos processos de fiscalização abstrata ou concreta, assim se defendendo a preocupação de ouvir os diversos pontos de vista presentes;
- o princípio da fundamentação: as decisões tomadas no âmbito do processo constitucional são necessariamente fundamentadas, como em geral qualquer decisão judicial, mas havendo uma preocupação específica com a fundamentação das decisões tomadas nesta sede, ainda que as decisões de inconstitucionalidade possam invocar fundamentos diversos daqueles que foram referidos nos pedidos de fiscalização.

Além dos três princípios *supra*, acrescenta-se o da gratuidade dos processos constitucionalidade e da legalidade. Os processos de fiscalização da

constitucionalidade e da legalidade são predominantemente processos de defesa do ordenamento objectivo, o que dita que não se obrigue ninguém em particular a suportar os custos (RIBEIRO, 2021, p. 188).

Com efeito, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 126 da Lei n.º 2/2022, de 21 de janeiro, as acções ou recursos interpostos para o Conselho Constitucional não estão sujeitos ao pagamento de preparos, custas ou qualquer outros encargos. O n.º 2 da mesma disposição, ressalva, porém, que o Conselho Constitucional pode determinar o pagamento de custas à parte que tenha formulado pretensão manifestamente contrárias a lei, de má-fé, ou com intuito meramente dilatatório.

6 FASES DO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE

Em grande medida, por aplicação subsidiária do Direito Processual Civil, que corresponde à matriz comum de qualquer processo judicial, não fugindo o processo constitucional a essa orientação, as respetivas fases processuais são as seguintes, tomando por referência a intervenção do Conselho Constitucional (GOUVEIA, 2015, p. 547):

1. *a fase dos articulados iniciais*: é neste momento que se define o objeto processual, por força da identificação das normas a apreciar do ponto de vista da sua inconstitucionalidade, podendo o órgão autor da norma ou a parte contrária explicar, respetivamente, o porquê da sua correta produção ou o porquê de considerar existir a inconstitucionalidade;
2. *a fase da apreciação liminar*: apresentados os articulados, o Conselho Constitucional intervém liminarmente, decidindo se o pedido deve prosseguir para decisão, se deve ser aperfeiçoado, se deve ser rejeitado por ausência de pressupostos processuais ou se pode ser logo julgado quanto ao fundo, havendo condições para que tal suceda;
3. *a fase da discussão e julgamento*: ultrapassada a fase da apreciação liminar, eventualmente se esperando pelos aperfeiçoamentos solicitados, e não tendo havido logo uma decisão sumária, o Conselho Constitucional procede à discussão e julgamento do pedido de fiscalização da constitucionalidade, escolhendo-se um relator encarregado de redigir o acórdão. E, no fim, procedendo-se à votação do mesmo.

7 FORMA DE ACTOS DO CC

De acordo com o plasmado no n.º 1 do artigo 36 da Lei n.º 2/2022, de 21 de janeiro assumem a forma de Acórdãos ou de Deliberações.

Assumem obrigatoriamente a forma de Acórdãos todas as decisões do Conselho Constitucional proferidas no âmbito do exercício das competências que lhe são conferidas pelos n.º 1 e 2 do artigo 6 da Lei n.º 2/2022, designadamente:

- apreciar e declarar a inconstitucionalidade das leis e a legalidade dos actos normativos dos órgãos do Estado;
- diminuir os conflitos de competências entre os órgãos de soberania;
- verificar previamente a constitucionalidade dos referendos;
- apreciar e deliberar sobre a demissão do Governador de província e do Administrador de Distrito pelo Presidente da República;
- apreciar e deliberar sobre a dissolução das assembleias provinciais, distritais e autárquicas pelo Conselho de Ministros;
- verificar os requisitos legais exigidos para a candidatura a Presidente da República;
- declarar a incapacidade permanente do Presidente da República;
- verificar a morte a perda de mandato do Presidente da República;
- apreciar, em última Instância, os recursos e as reclamações eleitorais, validar e proclamar os resultados eleitorais;
- decidir, em última instância, sobre a legalidade da constituição dos partidos políticos e suas coligações, siglas, símbolos e ordenar a respectiva extinção;
- julgar as acções de impugnação de eleições e de deliberações dos órgãos dos partidos políticos;
- julgar as acções que tenham por objecto o contencioso relativo ao mandato dos deputados;
- julgar acções que tenham por objecto as incompatibilidades previstas na Constituição e na lei.

As demais decisões do Conselho Constitucional revestem a forma de deliberação.

8 ESPÉCIES DE PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE

De acordo com o disposto no artigo 45 da Lei n.º 2/2022, Lei Orgânica do Conselho Constitucional, para efeitos de distribuição existem as seguintes espécies de processos:

- a) processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade;
- b) processo de fiscalização sucessiva da constitucionalidade e da legalidade;
- c) acções e recursos;
- d) recursos e reclamações eleitorais;
- e) outros processos.

8.1 Fiscalização Preventiva

8.1.1 Noção de fiscalização preventiva

A fiscalização preventiva só pode ser desencadeada pelo Presidente da República e acontece entre a aprovação da lei e a sua promulgação. Somente pode ser desencadeada em torno das leis aprovadas pela Assembleia da República, não podendo ter como objecto os demais actos normativos dos órgãos do Estado, pois só leis é que são objecto de promulgação pelo Presidente da República. E a fiscalização acontece justamente quando o Presidente da República tem dúvidas sobre a constitucionalidade de uma lei, submetendo, por isso, à sua apreciação pelo Conselho Constitucional antes da sua promulgação.

A fiscalização preventiva consiste em um processo de controlo de constitucionalidade e, subsidiariamente, da legalidade, que incide sobre certas normas jurídicas antes de se encontrar concluída a sua formação, podendo se originar de um eventual juízo de inconstitucionalidade, proferido pelo Tribunal Constitucional, de forma a resultar a preclusão da respectiva existência jurídica (MORAIS, 2011, p. 21).

A fiscalização preventiva, constitui um controlo abstracto de normas, pelo facto de não poder incidir sobre normas apreciadas no âmbito de um caso concreto (RIBEIRO, 2021, p. 115). Este processo de fiscalização não incide sobre uma norma legislativa em vigor, mas sim sobre uma norma que pode, no futuro, ter força normativa, caso o diploma em que a mesma está integrada seja promulgado e publicado no Boletim da República (RIBEIRO, 2021, p. 115).

A fiscalização preventiva da constitucionalidade destina-se a antecipar (prevenir) um juízo sobre a constitucionalidade de normas manifestamente inconstitucionais numa fase anterior à da sua publicação e entrada em vigor, garantindo-se desta forma, também o respeito e a observância da Constituição. São, afinal, “normas imperfeitas”, estas normas ainda não concluíram todo o trâmite normativo necessário para alcançar a existência e validade jurídica e, conseqüentemente, produzir os seus efeitos (RIBEIRO, 2021, p. 116).

A fim de garantir a coerência do ordenamento jurídico, o processo de fiscalização abstracta preventiva representa um mecanismo de carácter

diagnóstico, que alerta para a possibilidade de haver normas inconstitucionais antes de estas entrarem em vigor (RIBEIRO, 2021, p. 116). E assim que a existência de um controlo preventivo da constitucionalidade das normas afigura-se inteiramente razoável, na medida em que pretende evitar a consumação de situações de inconstitucionalidade e, mais especificamente, de violação dos direitos fundamentais (RIBEIRO, 2021, p. 116).

Portanto, o processo de fiscalização abstracta preventiva tem por objectivo evitar que diplomas legislativos que contenham normas contrárias à Constituição entrem em vigor na ordem jurídica (RIBEIRO, 2021, p. 116). “o processo de controlo preventivo da constitucionalidade dos diplomas enviados a promulgação é o mecanismo próprio e adequado para garantir que as leis que venham a ser publicadas estejam de acordo com a Constituição e os valores nela consagrados” (RIBEIRO, 2021, p. 116).

Neste tipo de processo, parece indiscutível que os interesses que se visam proteger têm carácter objectivo e geral (RIBEIRO, 2021, p. 116). Nenhum interesse específico de qualquer entidade pública adquire qualquer relevância, muito menos adquirem também relevância interesses de natureza particular. A lei visa apenas acautelar que as normas de maior dignidade formal que entrem em vigor na ordem jurídica moçambicana se harmonizem com a Lei Fundamental (RIBEIRO, 2021, p. 116).

Não se exclui, todavia, que possa haver interesses particulares, ou de grupo que concorram, no mesmo ou em sentido diverso, com o interesse público, tal como veremos, todavia, tais interesses não adquirem qualquer relevância processual negativa ou positiva (RIBEIRO, 2021, p. 116).

8.1.2 Natureza jurídica da Fiscalização Preventiva

A fiscalização preventiva define-se como um processo jurisdicional abstracto de fiscalização da constitucionalidade, traduzido num controlo-barreira que é inserido, a título incidental, antes da fase conclusiva do procedimento produtivo de certas normas (MORAIS, 2011, p. 23).

8.1.2.1 Um processo de fiscalização abstracta

A fiscalização preventiva procura sindicar um acto normativo em tramitação formativa (MORAIS, 2011, p. 23).

Tal como sucede com qualquer controlo de tipo abstracto, impugna-se o acto em si mesmo considerado, independentemente da sua aplicação a qualquer situação concreta (MORAIS, 2011, p. 23).

Essa aplicação concreta não poderia, aliás, ser logicamente considerada, já que a pré-norma é questionada antes de poder produzir qualquer efeito (MORAIS, 2011, p. 23). Daí que uma fiscalização preventiva da constitucionalidade, como controlo “*ex ante*”, só possa, por definição, ser abstracta, na medida em que a norma sindicada, pelo facto de não ter completado o seu “*iter*” formativo, carecer de acto promulgatório ou equivalente que constitui a sua condição de existência (MORAIS, 2011, p. 23).

Estamos perante o instituto de controlo mais “objectivista” de entre os processos abstractos de fiscalização da constitucionalidade (MORAIS, 2011, p. 23). E tal sucede por que se está diante do processo dotado do maior grau de impermeabilização à tutela jurisdicional de interesses particulares ou subjectivos na garantia da Constituição, cuja tutela se manifesta, sobretudo, em sede de aplicação das normas inconstitucionais (MORAIS, 2011, p. 23).

Sendo exercido por um órgão jurisdicional, ao abrigo da uma função jurisdicional e através de actos com conteúdo e forma jurisdicional, o controlo preventivo consiste, por conseguinte, num processo jurisdicional (MORAIS, 2011, p. 23). Semelhante natureza não remove um elevado grau de atipicidade no exercício e nos efeitos dessa função de julgamento, não só em razão do objecto do controlo, mas também em razão da eventual afluência de actos políticos ao mesmo processo (MORAIS, 2011, p. 23-24).

A fiscalização preventiva é abstracta, pelo facto de que não pode incidir sobre normas apreciadas no âmbito de um caso concreto (RIBEIRO, 2021, p. 115).

8.1.2.2 Um controlo-barreira

A expressão em epígrafe pretende aludir à circunstância de a fiscalização concreta ter por fim vedar, ou “barrar”, a possibilidade de actos normativos inconstitucionais serem introduzidos no ordenamento jurídico (MORAIS, 2011, p. 24).

O termo “preventiva” representa, precisamente, o facto de o objecto do controlo se exercer, não sobre uma norma perfeita, mas sim sobre uma norma em formação (MORAIS, 2011, p. 24).

8.1.3 Um incidente de carácter eventual enxertado num procedimento normativo complexo

A fiscalização preventiva constitui um processo jurisdicional de fiscalização da constitucionalidade que emerge no decurso do procedimento

de produção e revelação de certas normas, mais precisamente, num momento posterior à respectiva fase de aprovação e anterior à fase de controlo de mérito (MORAIS, 2011, p. 24).

A sua natureza incidental decorre, por conseguinte, do facto de (MORAIS, 2011, p. 25):

- a) Se perfilar, na qualidade de instituto de controlo jurisdicional, como uma figura processual de natureza distinta do procedimento produtivo de um acto normativo, em cuja tramitação incide;
- b) Se manifestar, eventual ou necessariamente, numa das fases intercalares dessa tramitação;
- c) Projectar efeitos jurídicos susceptíveis de condicionarem, preclusivamente, a formação dos referidos actos.

8.1.4 Fins e atributos funcionais da fiscalização preventiva

Com o processo de fiscalização preventiva, intenta-se prosseguir cinco objectivos elementares de ordem geral (MORAIS, 2011, p. 26-27):

- “o primeiro consiste em vedar ou ‘filtrar’, por meio de um ‘diagnóstico precoce’, a entrada em vigor na ordem jurídica de actos normativos em formação que exibam um elevado índice probabilístico de inconstitucionalidade ou que estejam feridos por inconstitucionalidades grosseiras” (cfr. MIRANDA, 2005, p. 256; CANOTILHO, 2003, p. 1.028) “de forma a permitir-se uma profilaxia” do ordenamento (REMIRO BROTONS, 1985, p. 55) que previna a eclosão onerosa de factos consumados causados por inconstitucionalidades evitáveis;
- o segundo prende-se à necessidade de se garantir de uma forma mais adequada e eficaz, a segurança jurídica (DRAGO, 1998, p. 32), quer impedindo que o acto inconstitucional produza qualquer tipo de efeito e inquie a ordem interna; quer evitando o recurso a uma fiscalização sucessiva que, em razão da eficácia retroactiva da sanção da invalidade, acaba por abalar e desconstruir situações jurídicas consolidadas à sombra do acto inconstitucional; quer evitando problemas delicados de responsabilidade internacional derivados da declaração de inconstitucionalidade de convenções internacionais em sede de controlo sucessivo.

Precisamente, no caso específico das convenções internacionais evitar-se-ia o risco de o Estado vir a ser responsabilizado internacionalmente pelo incumprimento de obrigações estipuladas num Tratado ou num Acordo Internacional que possam, com alta probabilidade, ser julgados

inconstitucionais em controlo sucessivo e relativamente aos quais o mesmo Estado não possa invocar os pressupostos previstos no art. 46.º da Convenção de Viena de 1969³ para invocar a nulidade do mesmo acto ou a nulidade da sua vinculação, no plano do Direito internacional;

- o terceiro objectivo da fiscalização “ex ante” pressupõe a libertação de uma reacção adequada da ordem jurídica contra actos inconstitucionais em formação, por meio de um processo temporalmente caracterizado pelo seu carácter certo e expedito, por comparação com os processos de controlo sucessivo cuja duração é incomparavelmente maior e mais indeterminada;
- o quarto liga-se ao posicionamento finalístico do instituto no sistema político de governo português, devendo a fiscalização “a-priori” de actos normativos aprovados por órgãos de soberania ser, neste contexto, compreendida à luz dos freios e contrapesos existentes em relação aos diversos poderes constitucionais. Neles avulta o reforço do estatuto do Presidente da República, já que a promoção desse controlo pelo mesmo titular potencia o seu “poder moderador”, como órgão de supervisão.

Segundo Lúcia da Luz Ribeiro (2021, p. 188), o processo de fiscalização preventiva visa:

- a) barrar as inconstitucionalidades grosseiras de que estejam feridos os actos jurídico-públicos, evitando factos consumados que tenham que ser corrigidos no futuro;
- b) resolver dúvidas sobre a constitucionalidade de certas normas, de maneira a evitar que o problema se ponha no futuro.

8.2 Legitimidade Processual Activa e Procedimento de Fiscalização Preventiva da Constitucionalidade

De acordo com o disposto no artigo 58 da Lei n.º 2/2022, de 21 de janeiro:

- a) o Presidente da República pode requerer ao Conselho Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer diploma que lhe tenha sido enviado para promulgação;
- b) a apreciação preventiva da constitucionalidade deve ser requerida no prazo de 30 dias, a contar da recepção do diploma para promulgação.

³ Os quais permitem ao Estado invocar a nulidade de um tratado bilateral ou a nulidade do seu consentimento num tratado multilateral se este vier a ser julgado organicamente inconstitucional por virtude de vício manifesto que atinja normas de importância fundamental.

Nas lições de Jorge Bacelar Gouveia consta que foi avisada a decisão de o Direito Constitucional moçambicano consagrar a fiscalização preventiva da constitucionalidade, de acordo com este regime quanto (GOUVEIA, 2015, p. 549):

- ao parâmetro: fiscalização só da constitucionalidade das leis em geral e dos referendos;
- à sua verificação: fiscalização sempre facultativa, sob requerimento da entidade competente, a não ser o caso da fiscalização preventiva dos referendos;
- ao seu efeito: fiscalização de actos jurídicos públicos, com diversas naturezas e autorias.

8.3 Efeitos da Declaração da Inconstitucionalidade em sede da Fiscalização Preventiva de Acordo com o Disposto no Artigo 58 da Lei n.º 2/2022, de 21 de Janeiro

Nos termos da Lei em referenciada no subtítulo:

- requerida a apreciação da constitucionalidade, interrompe-se o prazo da promulgação.
- caso o Conselho Constitucional se pronuncie pela inexistência da inconstitucionalidade, o novo prazo de promulgação começa a correr a partir do conhecimento pelo Presidente da República do acórdão do Conselho Constitucional.
- se o Conselho Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade, o Presidente da República veta e devolve o diploma à Assembleia da República.

De acordo com Jorge Bacelar Gouveia, podem se identificar dois efeitos da declaração da inconstitucionalidade (GOUVEIA, 2015, p. 550-551):

- os efeitos imediatos, da autoria do Presidente da República, que, na qualidade de veículo de articulação entre o Conselho Constitucional e o órgão parlamentar, vai ter de agir vinculativamente, nos seguintes termos: “Se o Conselho Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade, o Presidente da República veta e devolve o diploma à Assembleia da República”.

- os efeitos mediatos da decisão do Conselho Constitucional pela inconstitucionalidade de normas incluídas nos diplomas, em vez dos efeitos imediatos, relacionam-se com o destino que se lhes dá já dentro da actividade sobre os mesmos órgãos promanantes entendam por desenvolver.
- a ideia fundamental é a de que não se admitiria nunca que a decisão do Conselho Constitucional pudesse ser desconsiderada ao ponto de tudo ficar na mesma e o diploma se transformar, efectivamente em acto legislativo.

Pelo contrário: o conjunto dos efeitos mediatos gizados pelo CRM leva em mente a importância da decisão jurisdicional quanto à inconstitucionalidade, mas vendo-a no especial contexto, de tipo político, do procedimento legislativo, em que ocorre a elaboração de um acto jurídico-político (GOUVEIA, 2015, p. 551).

Daí que seja possível esboçar, na sequência da decisão de inconstitucionalidade, duas respostas possíveis, pensando no órgão Assembleia da República, quanto à um decreto legislativo considerado inconstitucional em sede de fiscalização preventiva (GOUVEIA, 2015, p. 551):

- i. o expurgo das normas consideradas inconstitucionais, isso equivalendo à reformulação do diploma, embora nem toda a reformulação seja um expurgo; ou
- ii. a omissão de qualquer conduta da Assembleia da República, com isso se colocando um ponto funil no respectivo procedimento legislativo.

8.4 Fiscalização Sucessiva

8.4.1 Noção de fiscalização Sucessiva

O objecto principal do processo de fiscalização sucessiva consiste na eliminação da norma directamente impugnada, bem como a destruição retroactiva de efeitos decorrentes da sua aplicação, desde o momento em que o desvalor se constituiu (MORAIS, 2011, p. 147).

A fiscalização abstracta da constitucionalidade significa que, no leque das opções possíveis a tomar num momento em que a fonte normativa sob apreciação é reconhecida, e por maioria de órgãos se encontra produzida, o Juízo de constitucionalidade se exerce com total independência da sua aplicação a situações ou litígios concretos. Ainda que isso concomitantemente possa

sucedem, embora tal se apresente irrelevante para a evolução do respectivo processo judicial (GOUVEIA, 2015, p. 556).

O processo de fiscalização abstracta sucessiva de constitucionalidade ou de legalidade, consiste, num controlo abstracto de validade de normas exercido por via principal ou directa, com a finalidade de eliminação definitiva da ordem jurídica das normas jurídicas já publicadas que sejam feridas de inconstitucionalidade ou ilegalidade, bem como reparar os efeitos causados. E procura restabelecer o tecido do ordenamento jurídico afectado pelas consequências que hajam sido produzidas no passado, pelas normas julgadas inconstitucionais ou ilegais (RIBEIRO, 2021, p. 146).

Este controlo por via principal é realizado via acção autónoma cujo objecto, a questão central e única, é a constitucionalidade ou não de uma lei ou a ilegalidade de um acto normativo (MORAIS, 2011, p. 151). Nesse sentido, a questão principal é a que envolve a constitucionalidade ou não de uma norma (MORAIS, 2011, p. 151). Nessa espécie de controlo haverá um processo objectivo, no qual se discute tão somente a validade em si de uma lei, visando, portanto, a preservação da harmonia do sistema jurídico com a eliminação de normas que sejam desconformes em relação à Constituição (MORAIS, 2011, p. 151).

8.4.2 Natureza jurídica da fiscalização sucessiva

O processo de fiscalização sucessiva consiste num tipo de controlo abstracto de validade de normas, exercido por via directa ou principal, e que tem por finalidade essencial a eliminação das normas jurídicas já publicadas que sejam julgadas inconstitucionais ou ilegais, bem como de efeitos que elas hajam produzido no passado (MORAIS, 2011, p. 146).

A fiscalização da constitucionalidade parte também do problema da constatação da existência de um autêntico conflito normativo que se deve ao facto de que nem sempre as normas são claras (RIBEIRO, 2021, p. 151). Contrariar a Constituição implica a falta de conformidade de um enunciado jurídico com a Constituição da República, resultando, por isso, indispensável a análise da norma que se reputa inconstitucional para confrontá-la com o conteúdo do(s) enunciado(s) constitucionais que se presumem infringidos (RIBEIRO, 2021, p. 151).

A fiscalização sucessiva é o tipo característico por excelência do modelo austríaco de garantia, mas tem sido adoptado em países de sistemas diferentes, com maior ou menor variação de sujeitos ou entidades titulares do poder de iniciativa (RIBEIRO, 2021, p. 151). Por meio desta fiscalização procura-se obter, em tese, a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do acto normativo, independentemente da existência de um caso concreto, visando à garantia

da segurança das relações jurídicas que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais (RIBEIRO, 2021, p. 151). Por conseguinte, nestes processos, a declaração da inconstitucionalidade é o objecto principal da acção exercida numa acção cuja finalidade é, unicamente, o exame da validade da lei em si, expelindo da ordem jurídica as leis ou actos normativos inconstitucionais ou ilegais (MORAIS, 2011, p. 146).

8.4.3 Legitimidade Processual Activa e Procedimento de Fiscalização Sucessiva Abstracta

O processo de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade ou da legalidade, consiste num controlo abstracto de validade de normas exercido por via principal ou directa, com a finalidade de eliminação definitiva da ordem jurídica das normas jurídicas já publicadas que sejam feridas de inconstitucionalidade ou ilegalidade, bem como reparar os efeitos causados, procurando restabelecer o tecido do ordenamento jurídico afectado pelas consequências que hajam sido produzidas no processo pelas normas julgadas inconstitucionais ou ilegais (RIBEIRO, 2021, p. 146).

De acordo com Jorge Miranda (2017b), a fiscalização abstrata vincula-se a um poder funcional de iniciativa – ao poder de requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação da constitucionalidade ou da legalidade de normas jurídicas.

Para o mesmo autor, o processo de fiscalização sucessiva abstracta configura um poder funcional, e não direito de iniciativa, porque impende sobre certos órgãos ou fracções de titulares de órgãos do poder político no âmbito do sistema político global da Constituição; “porque se reconduz a uma competência; e porque é dominado exclusivamente por uma perspectiva de interesse público e objetivo.” (MIRANDA, 205, p. 295). Por isso, só se justifica falar aqui em acção de inconstitucionalidade como acção pública e não, de modo algum, como acção *stricto sensu*. Não há partes na fiscalização abstracta (MIRANDA, 2017b).

Com base no disposto no artigo 64 da Lei n.º 2/2022, de 21 de janeiro, podem solicitar ao Conselho Constitucional a declaração de inconstitucionalidade das leis ou de ilegalidade dos actos normativos dos órgãos do Estado:

- a) o Presidente da República;
- b) o Presidente da Assembleia da República;
- c) um terço, pelo menos, dos Deputados da Assembleia da República;
- d) o Primeiro-Ministro;
- e) o Procurador-Geral da República;
- f) o Provedor da Justiça;
- g) dois mil cidadãos.

O artigo 65 da Lei n.º 2/2022, de 21 de janeiro, regula sobre o processo da solicitação dos deputados ou dos cidadãos, nos seguintes moldes:

Quando o pedido de declaração da inconstitucionalidade ou de ilegalidade seja submetido por deputados, nos termos da alínea c), do número 2, do artigo 64 da presente Lei, deve ser instruído nos seguintes termos:

a) requerimento subscrito por, pelo menos, um terço dos deputados da Assembleia da República;

b) designação de mandatário, com indicação de domicílio para efeitos de notificação.

Quando o pedido seja submetido por cidadãos, nos termos da alínea g), do número 2, do artigo 64 da presente Lei, deve ser instruído nos seguintes termos:

a) requerimento subscrito por pelo menos dois mil cidadãos;

b) reconhecimento notarial, por semelhança, de assinaturas dos requerentes;

c) fotocópia autenticada de bilhete de identidade ou outro documento que certifique a qualidade de cidadãos nacionais subscritores;

d) designação de mandatário, com indicação de domicílio para efeitos de notificação.

8.4.3.1 Prazos

Em relação aos prazos, o artigo 66 determina, no seu n.º 1, que os pedidos de declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, podem ser apresentados a todo o tempo. Já no seu n.º 2, prevê que, recebido o pedido, o Presidente do Conselho Constitucional usa da faculdade prevista no número 2, do artigo 52 da Lei n.º 2/2022, de 21 de janeiro, ou decide a sua admissão, no prazo de cinco dias. E, por fim, no seu n.º 3 estatui que, o autor, sendo caso disso, é notificado para, no prazo de dez dias, suprir deficiências do pedido.

8.4.3.2 Debate e formação do Acórdão

No que refere ao debate preliminar e distribuição, o artigo 67 da lei em alusão estatui que:

Junta a resposta do órgão de que emanou a norma, ou decorrido o prazo fixado para o efeito sem que esta tenha sido recebida, é entregue, no prazo de 15 dias, cópia dos autos a cada um dos Juizes Conselheiros, acompanhada de um memorando onde são formuladas pelo Presidente do Conselho Constitucional as questões prévias e as de fundo a que o Conselho Constitucional tem que responder, bem como de quaisquer elementos documentais reputados de interesse.

Decorridos, pelo menos, 20 dias, sobre a entrega do memorando, o mesmo é submetido à debate e fixada a orientação do Conselho Constitucional.

O processo é distribuído a um relator designado por sorteio ou, se o Conselho Constitucional assim o entender, pelo seu Presidente.

No que se refere ao pedido com objecto idêntico, o artigo 68 estipula que:

Admitido um pedido, quaisquer outros com objecto idêntico que venham a ser igualmente admitidos são incorporados no processo respeitante ao primeiro.

O órgão de que emanou a norma é notificado da apresentação dos pedidos subsequentes, mas o Presidente do Conselho Constitucional, ou o relator, pode dispensar a sua audição, sempre que a julgue desnecessária

Entendendo-se que não deve ser dispensada nova audição, é concedido para o efeito o prazo de 15 dias ou prorrogado por 10 dias o prazo inicial, se ainda não estiver esgotado.

Quanto à formação do Acórdão, o artigo 69 da Lei n.º 2/2022, de 21 de janeiro, determina que:

Concluso o processo ao relator, é por este elaborado no prazo de 40 dias um projecto de Acórdão de harmonia com a orientação fixada pelo Conselho Constitucional.

A Secretaria distribui pelos Juizes Conselheiros cópias do projecto referido no número 1 do presente artigo e conclui o processo ao Presidente do Conselho Constitucional, para inscrição em tabela na sessão que se realiza decorridos, pelo menos, 20 dias, sobre a distribuição das cópias.

Quando ponderosas razões o justifiquem, pode o Presidente do Conselho Constitucional, ouvido o Conselho Constitucional, encurtar até metade os prazos referidos na lei.

Havendo solicitação fundamentada do requerente na apreciação prioritária, o Presidente do Conselho Constitucional, ouvido o Conselho Constitucional, decide sobre a atribuição de prioridade à apreciação e decisão do processo.

8.4 Efeitos da Declaração da Inconstitucionalidade em sede da Fiscalização Sucessiva Abstrata

Jorge Miranda (2017b, p. 73) ensina que “a decisão de inconstitucionalidade em fiscalização abstracta possui, simultaneamente, um alcance positivo e um alcance negativo”.

Possui um alcance positivo, por implicar “o acolhimento ou provimento do pedido endereçado ao órgão de controlo [...] e um alcance negativo, por acarretar a erradicação da norma declarada inconstitucional do ordenamento jurídico” (MIRANDA, 2017b, p. 73). Ainda um alcance positivo, “quando haja inconstitucionalidade originária: a repristinação da norma anterior, mesmo se ao Tribunal Constitucional possa não caber determiná-la” (MIRANDA, 2017b, p. 75).

Assume também a decisão um sentido eminentemente proibitivo ou preclusivo, porque (MIRANDA, 2017b, p. 75):

- a) os órgãos administrativos, os Tribunais em geral e o próprio Tribunal Constitucional ou órgão homólogo de decisão não mais podem aplicar o ato ou a norma em causa;
- b) estando pendente em qualquer Tribunal um processo em que esteja em causa a norma declarada inconstitucional, o Tribunal não a poderá aplicar e da sua decisão já não há recurso para o Tribunal Constitucional;
- c) os particulares não mais podem invocar esse ato ou essa norma nas relações entre eles ou perante os poderes públicos;
- d) quando a inconstitucionalidade for material, o órgão autor do ato ou da norma não pode voltar a praticá-lo ou a emitir a norma sem que sofra revisão (ou outra mutação objetiva e geralmente reconhecida) a norma constitucional parâmetro;
- e) quando a inconstitucionalidade for orgânica ou formal, o órgão autor do ato ou da norma não pode voltar a praticá-lo ou a emitir a norma sem que afaste os vícios que inquinam o ato;
- f) confrontado com uma norma que reproduza o mesmo tipo de inconstitucionalidade que já antes havia declarado, o Tribunal Constitucional tornará, em princípio, a pronunciar-se no mesmo sentido;
- g) em especial, o legislador não pode convalidar, por via legislativa, actos praticados à sombra de lei inconstitucional;
- h) o legislador pode, depois de revisão constitucional, emitir lei igual à que foi declarada inconstitucional; mas não pode conferir-lhe eficácia retroativa, pelo mesmo motivo – o valor ou primado da Constituição – porque, por revisão constitucional, não se convalida lei contrária a norma por ela revogada.

Em conformidade com o disposto no artigo 64 da Lei n.º 2/2022, “1. O Conselho Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade das leis e a ilegalidade dos demais actos normativos dos órgãos do Estado, em qualquer momento da sua vigência.”

De acordo com o disposto no artigo 70 da Lei n.º 2/2022, de 21 de janeiro, a declaração da inconstitucionalidade produz os seguintes efeitos:

1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a reconstituição das normas revogadas.
2. Tratando-se, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de uma norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor da norma posterior.
3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do

Conselho Constitucional, quando a norma respeitar a matéria penal ou disciplinar e for de conteúdo menos favorável ao arguido.

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou de interesse público de excepcional relevo, que deve ser fundamentado, o exigirem, pode o Conselho Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restritivo do que o previsto nos números 1 e 2 do presente artigo.

A condição geral para que estas decisões sejam tomadas

está longe de corresponder a uma mera cláusula vazia e assenta antes numa preocupação substantiva concernente à irrupção de valores que circunstancialmente possam competir com o princípio da constitucionalidade, numa listagem que só pode ser taxativa dada a excepcionalidade do preceito em causa (GOUVEIA, 2015, p. 560 e 561).

Isto porque:

- razões de “segurança”: sempre que a decisão geral de invalidação da norma inconstitucional provocasse incerteza jurídica na legislação alternativamente aplicável, ou representasse uma inadmissível frustração de expectativas que se considerassem estabilizadas;
- razões de “equidade”: sempre que a decisão geral da invalidação da norma inconstitucional criasse um desequilíbrio na solução jurídica dada a situações particulares, fazendo emergir um significativo desejo de tratar situações passadas de um modo diverso, como através de legislação a considerar inconstitucional só para o futuro;
- razões de “interesse público de excepcional relevo”: sempre que a decisão geral de invalidação da norma inconstitucional, numa óbvia cláusula geral residual, abarcando motivos não contemplados nas cláusulas anteriores, expusessem uma perturbação em qualquer outro interesse público, desde que de excepcional relevo, numa avaliação sobretudo qualitativa, neles sobressaindo razões de cunho Financeiro e Fiscal.

8.4.4.1 Fins e atributos funcionais da fiscalização sucessiva abstracta

O processo de controlo abstracto sucessivo destina-se a remover definitivamente da ordem jurídica normas feridas de inconstitucionalidade e a reparar os efeitos das suas metástases, procurando restabelecer o tecido do ordenamento jurídico afectado pelas consequências geradas pelo acto inválido (MORAIS, 2011, p. 148).

Trata-se de uma função processual única, dado que esse desiderato não logra ser garantido, nem pela fiscalização preventiva, nem pela fiscalização concreta, já que nem uma nem outra logram expulsar do sistema jurídico uma norma inconstitucional que nele tenha sido efectivamente introduzida (MORAIS, 2011, p. 148).

O tipo de controlo em exame pressupõe, em tese, o exercício de uma função complementar em relação à fiscalização preventiva, a qual foi concebida para filtrar a entrada no ordenamento de todas as normas afectadas por inconstitucionalidades manifestas ou ainda por supostas normas inconstitucionais envolvidas por uma ambiência externa de conflitualidade política (MORAIS, 2011, p. 148). Essa conflitualidade latente está bem patente no caso recursivo da legislação laboral, cuja aprovação se encontra, em regra, envolvida por apelos feitos pelas estruturas sindicais ao Presidente da República para exercer o controlo preventivo (todos os Chefes de Estado sindicaram a legislação de Trabalho), acabando por ser muito variável a evidência efectiva das pretensas inconstitucionalidades (MORAIS, 2011, p. 148). Ora, como a maioria dos vícios que predicam a invalidade normativa é realidade não só pouco evidentes, mas também bem menos permeáveis, em regra, a controvérsia política (emergindo com o exame mais detido ao conteúdo de um acto publicado ou aos seus efeitos), haveria que conceber um Instituto repressivo que os purgasse do ordenamento (MORAIS, 2011, p. 148).

A fiscalização sucessiva permite, assim, eliminar todas essas normas inconstitucionais que a fiscalização preventiva deixou fluir para a ordem jurídica, seja porque os respectivos vícios não foram detectados; seja porque, tendo as mesmas normas sido julgadas inconstitucionais acabaram por ser confirmadas politicamente por um órgão parlamentar, seguindo-se a sua promulgação ou assinatura; seja, porque o requerente preferiu não bloquear o processo normativo, optando por accionar o controlo “a posteriori” para remover unicamente uma parcela normativa inquinada, constante de um diploma (MORAIS, 2011, p. 148).

8.4.5 Fiscalização sucessiva concreta

A fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade de normas e da legalidade de leis consiste num instituto de controlo da validade de actos normativos, susceptível de ser exercido por qualquer Tribunal sempre que eles sejam aplicáveis a um caso singular julgado num processo jurisdicional comum (MORAIS, 2011, p. 601).

A fiscalização concreta da constitucionalidade relaciona-se com a aplicação jurisdicional do Direito. E é realizada no quotidiano da actividade desenvolvida pelos Tribunais (GOUVEIA, 2015, p. 552).

A fiscalização da constitucionalidade é concreta porque, incidindo sobre fontes normativas já formadas, surge a propósito da sua aplicação a uma situação da vida que o Tribunal é chamado a resolver, estando impedido de aplicar fontes consideradas inconstitucionais (GOUVEIA, 2015, p. 552).

Os elementos da fiscalização concreta da constitucionalidade a assinalar, na parte em que ocorre os seus trâmites no Conselho Constitucional, são os seguintes (GOUVEIA, 2015, p. 552-553):

- os sujeitos julgadores: quem está incumbido de proceder ao juízo verificativo da constitucionalidade;
- o objecto processual: a norma e a interpretação da norma que se pretende submeter ao Juízo de constitucionalidade;
- a marcha processual: a tramitação processual que a fiscalização concreta exige;
- os efeitos das decisões: as consequências que se abatem sobre a decisão que determinou um juízo positivo ou negativo de constitucionalidade a respeito de uma norma.

A fiscalização sucessiva da inconstitucionalidade decorre em qualquer momento da vigência da lei. E é realização por todos os Tribunais em sede do julgamento. Com efeito, nos termos do disposto no artigo 213 da CRM, nos efeitos submetidos a julgamento, os Tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição.

8.4.6 A natureza incidental da fiscalização sucessiva concreta

O controlo concreto de constitucionalidade ou legalidade constitui, por regra um incidente processual, pois (MORAIS, 2011, p. 603):

- i. trata-se de uma questão processual que emerge, a título eventual, num processo jurisdicional diverso, durante a pendência da causa que neste último se encontra a ser julgada e que ocorre pelo facto de se ter apreciado oficiosamente ou suscitado por iniciativa das partes, a questão da constitucionalidade de normas ou da legalidade de leis aplicáveis à mesma causa;
- ii. trata-se de um processo com natureza distinta em relação à que subjaz ao processo principal que se encontra a ser julgado, não só porque a sequência de actos que comporta é diversa, mas porque o objecto da questão de constitucionalidade ou legalidade que emerge a título eventual assume carácter distinto do objecto do processo principal, o qual consiste

no julgamento do mérito de uma causa respeitante a uma matéria própria do foro comum;

- iii. trata-se de uma questão cuja resolução é condição prévia e necessária para que seja proferida uma decisão sobre o pleito que é julgado no processo principal, já que a desaplicação à causa de uma norma inconstitucional ou ilegal implicará a convocação de outros actos normativos cujo conteúdo pode ser diferente daquele que era enunciado pelas normas julgadas inválidas.

Parece, pois, não haver dúvidas de que essa questão prévia de constitucionalidade ou legalidade fundamenta a caracterização deste tipo de controlo como uma “fiscalização incidental” (MORAIS, 2011, p. 603).

8.5 Legitimidade Processual Activa e Procedimento de Fiscalização Sucessiva Concreta da Constitucionalidade

O artigo 71 da Lei Orgânica do Conselho Constitucional estipula nos seus n.ºs 1, 2 e 3 que, em relação à recusa de aplicação da norma com fundamento em inconstitucionalidade ou ilegalidade:

Art. 71. [...].

1. O Juiz da causa que se recusar a aplicar uma norma ou princípio com fundamento na sua inconstitucionalidade ou ilegalidade deve, de imediato, suspender o processo e remetê-lo obrigatoriamente ao Conselho Constitucional para efeitos da apreciação da alegada questão de inconstitucionalidade ou ilegalidade.
2. O Ministério Público ou as partes processuais podem suscitar a questão de inconstitucionalidade ou ilegalidade junto do tribunal da causa.
3. Caso o Juiz da causa, se convença da suscitada inconstitucionalidade, deve proceder nos termos do número 1 do presente artigo.

Já o artigo 72 diz respeito à remessa, determinado que, para os efeitos previstos no artigo 71, já referido. Uma vez proferida a decisão judicial, o Juiz da causa remete oficiosamente os autos, de imediato, ao Conselho Constitucional, com efeitos suspensivos.

O artigo 73 do mesmo dispositivo legal alude sobre a distribuição, nos seguintes termos:

Art. 73. [...].

1. Autuado pela Secretaria e registado no competente livro, o processo é distribuído no prazo de cinco dias.
2. Uma vez distribuído o processo, são entregues cópias dos autos aos Juizes

Conselheiros.

3. O processo é imediatamente concluso ao relator o qual tem o prazo de 15 dias, para elaborar o relatório contendo a indicação das questões sobre as quais o Conselho Constitucional deve se pronunciar, bem como a solução proposta para as mesmas com a indicação dos respectivos fundamentos.

4. Entregue o relatório, o processo é concluso ao Presidente para inscrição em tabela, na sessão a realizar até 15 dias, devendo serem distribuídas cópias aos Juízes Conselheiros.

No que toca às alegações, o artigo 74 estipula que, o Relator notifica, se entender necessário, às partes, para produzirem, querendo, alegações no prazo de oito dias.

Quanto ao âmbito de apreciação, o artigo 75 estatui que, a apreciação das decisões judiciais pelo Conselho Constitucional é restrita à questão da inconstitucionalidade suscitada.

Quanto ao julgamento, o artigo 76 da Lei n.º 2/2022, Lei Orgânica do Conselho Constitucional determina que:

Art. 76. [...].

1. Concluída a discussão do relatório e tomada a deliberação sobre as questões suscitadas, o processo é concluso ao relator para a elaboração do projecto de Acórdão, no prazo de 30 dias, ou no caso de este ter ficado vencido ao Juiz Conselheiro que o substitui.

2. Nos processos urgentes e naqueles em que estiverem em causa direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, o prazo estabelecido no número 1, do presente artigo pode ser reduzido até a metade, devendo o relator conferir prioridade a tais processos.

São dois momentos ou fases da fiscalização concreta da constitucionalidade: a fase da fiscalização difusa que é feita por todos os Tribunais em sede do julgamento que acontecem no dia a dia, e a fiscalização concreta que é feita pelo Conselho Constitucional.

No tocante à fase da fiscalização difusa, que cabe a qualquer Tribunal a questão da inconstitucionalidade, deve surgir como um incidente processual, ainda que o Juiz da causa tenha o dever de não aplicar normas inconstitucionais, mesmo que esse problema não tenha sido suscitado pelas partes processuais (GOUVEIA, 2015, p. 554).

No tocante à fase da fiscalização concreta, da competência exclusiva do Conselho Constitucional, a sua intervenção fica dependente do recurso das decisões anteriormente tomadas pelos Tribunais nesta matéria podendo haver sempre recurso de qualquer decisão, positiva ou negativa no reconhecimento da inconstitucionalidade (GOUVEIA, 2015, p. 554).

A existência de uma fase difusa, em que participam todos os Tribunais e uma fase concentrada da competência do Conselho Constitucional, não

significa que o modelo de fiscalização seja misto, pois na fase de intervenção de todos os Tribunais, estes não têm poder de declarar a inconstitucionalidade. Apenas podem recusar a aplicação de uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, suspender o julgamento e remeter o processo ao Conselho Constitucional, único órgão com poderes para a declaração da inconstitucionalidade.

8.6 Efeitos da Declaração da Inconstitucionalidade em Sede da Fiscalização Sucessiva Concreta

O artigo 77 da Lei n.º 2/2022, de 21 de janeiro, estabelece que a decisão tomada pelo Conselho Constitucional sobre o processo de fiscalização concreta tem os seguintes efeitos:

Art. 76. [...].

- a) o acórdão, independentemente da decisão, baixa ao tribunal de onde os autos provieram para a sua tramitação de acordo com a decisão tomada pelo Conselho Constitucional;
- b) se o Conselho Constitucional declarar a norma inconstitucional ou ilegal, o tribunal da causa não pode aplicar a norma em causa, resolvendo o caso segundo os princípios gerais de direito;
- c) faz caso julgado no processo quanto a questão da inconstitucionalidade suscitada.

O artigo 78, atinente à Convolação da norma em processo de fiscalização sucessiva abstracta, preceitua que:

Art. 78. [...].

1. Tendo o Conselho Constitucional declarado inconstitucional ou ilegal a mesma norma três vezes, o processo de fiscalização concreta é convolado para o processo de fiscalização sucessiva abstracta.
2. Tem legitimidade para solicitar a convolação da norma, qualquer um dos Juizes Conselheiros, promovendo a organização de um processo com as cópias dos correspondentes Acórdãos, o qual é concluso ao Presidente seguindo-se os termos do processo de fiscalização sucessiva abstracta da constitucionalidade ou da ilegalidade previstas na lei.

Segundo Jorge Bacelar Gouveia, são duas as consequências possíveis da intervenção de mérito de qualquer Tribunal no exercício de poder de fiscalização concreta da constitucionalidade (GOUVEIA, 2015, p. 554):

- a recusa da aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade; ou

- a aplicação de normas cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada durante o processo.

Como ensina Jorge Bacelar Gouveia (2015, p. 555), o efeito da decisão de fiscalização concreta da constitucionalidade tomada pelo Conselho Constitucional, no caso de inconstitucionalidade, determina a desaplicação da Ordem Jurídica, num efeito equivalente àquilo que sucede na fiscalização abstracta da Constitucionalidade.

O entendimento *supra*, do Professor Jorge Bacelar Gouveia, sobre os efeitos da declaração da inconstitucionalidade em sede da fiscalização concreta da inconstitucionalidade, não procede, pois, a declaração da inconstitucionalidade em sede da fiscalização concreta não tem força obrigatória geral, como sucede na fiscalização sucessiva abstracta. Como preceitua o artigo 78 da Lei n.º 2/2022, de 21 de janeiro, só em caso de convalidação, quando a mesma norma é declarada três vezes inconstitucional ou ilegal, pelo Conselho Constitucional em sede da fiscalização sucessiva concreta, passando-se para uma fiscalização sucessiva abstracta, por iniciativa de um dos Juizes Conselheiros. Portanto, uma norma declarada inconstitucional em sede da fiscalização concreta continua em vigor na ordem jurídica, até a convalidação da norma em processo de fiscalização abstracta sucessiva. E só depois de ser declarada inconstitucional três vezes, em sede da fiscalização sucessiva concreta pelo Conselho Constitucional.

9 QUE MODELO DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE PARA MOÇAMBIQUE? QUE REFORMA PARTE DE UMA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL AO CIDADÃO?

O modelo de fiscalização da constitucionalidade é jurisdicional, concentrado, com reenvio prejudicial.

Os Tribunais comuns não têm competência para apreciar as matérias de inconstitucionalidade, mas não têm competência para decidir. Podem apenas recusar a aplicação da lei julgada inconstitucional, suspender o julgamento, enviar os autos ao Conselho Constitucional e aguardar pela decisão deste. E só retoma o julgamento após a decisão do Conselho Constitucional. O que significa um tempo de espera, que afecta a celeridade processual e a tutela dos direitos dos cidadãos.

O cidadão, individualmente, não pode suscitar a fiscalização da constitucionalidade, devendo só fazê-lo quando a solicitação seja subscrita por cinco mil cidadãos, o que requer um aparato de organização e de logística que não está ao alcance de um cidadão comum, o que configura um obstáculo no acesso dos cidadãos à justiça constitucional.

O Conselho Constitucional só fiscaliza e decreta inconstitucionalidade de actos normativos, ficando de fora todos os actos dos órgãos do Estado de carácter não normativos e todos os actos das entidades privadas, ainda que violem os direitos fundamentais dos cidadãos, quando de acordo com o disposto no artigo 56 da CRM, os direitos, liberdades e garantias individuais são directamente aplicáveis, vinculam as entidades públicas e privadas e são garantidos pelo Estado.

Aliás, de acordo com o disposto no artigo 62 da CRM, o Estado garante o acesso dos cidadãos aos Tribunais, um direito que é reforçado, por um lado, pelo reconhecimento do direito à impugnação, no artigo 69 da CRM, que estabelece que o cidadão pode impugnar os actos que violam os seus direitos estabelecidos na Constituição e nas demais leis. E, por outro, pelo direito de recorrer aos Tribunais, consagrado no artigo 70 da CRM, que dispõe que o cidadão tem o direito de recorrer aos Tribunais contra os actos que violem os seus direitos e interesses reconhecidos pela Constituição e pela lei. Neste prisma, a limitação da capacidade de cognição do Conselho Constitucional, apenas aos actos normativos põe em causa o acesso ao direito e à justiça, um direito fundamental que a Constituição da República confere aos cidadãos, o que minimiza a função da fiscalização da constitucionalidade na tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos.

O Conselho Constitucional não fiscaliza a inconstitucionalidade por omissão. Esta situação cria um vazio e um défice no exercício dos direitos de cidadania dos direitos fundamentais. Há direitos fundamentais que, embora consagrados na Constituição da República, carecem da intermediação dos poderes públicos. Particularmente, do Poder Legislativo, na sua normação legislativa; e do Poder Executivo, na criação de condições materiais para a sua efectivação, particularmente os direitos económicos, sociais e culturais. São exemplos de omissões legislativas inconstitucionais que limitam o exercício da cidadania e o gozo dos direitos fundamentais, a falta de legislação que regule sobre:

- o direito à indemnização e responsabilidade do Estado (artigo 58 da CRM);
- direito de resistência (artigo 80 da CRM);
- direito de acção popular (artigo 81 da CRM);
- liberdade de consciência, de religião e de culto (artigo 54 da CRM);
- direitos de antena, de resposta e de réplica política (artigo 49 da CRM);
- a lei sobre o Estado de sitio ou de emergência (artigo 290 da CRM);
- a lei do referendo (artigo 300, n.º 2).

Portanto, há uma necessidade de uma reforma da Constitucionalidade, com vista a assegurar o acesso dos cidadãos à justiça constitucional, a

tutela dos direitos fundamentais, maior abertura e democratização da justiça constitucional, e a protecção da dignidade da pessoa humana que é o fim último do Estado de Direito Democrático proclamado na Constituição da República.

Nestes termos, com vista a lograr que o sistema de fiscalização da constitucionalidade, tutela os direitos fundamentais dos cidadãos, construindo uma jurisdição constitucional dom cidadão afigura-se necessário:

- transformar o Conselho Constitucional em Tribunal Constitucional;
- a mudança do sistema de fiscalização da constitucionalidade de concentrado para um sistema difuso, em que todos os Tribunais possam participar na fiscalização da constitucionalidade com poder decisório, mantendo a última palavra com o Conselho Constitucional como instância de recurso;
- incluir a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, para obrigar que os poderes públicos possam criar as condições necessárias para uma efectiva aplicação da Constituição da República e assegurar o gozo dos direitos fundamentais pelos cidadãos;
- remover a barreira das cinco mil assinaturas e permitir o acesso individual dos particulares à jurisdição constitucional, para a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos;
- introduzir o Recurso de Amparo, ou queixa constitucional, para permitir que os cidadãos possam recorrer à jurisdição constitucional em caso de violação dos seus direitos consagrados e reconhecidos na Constituição e na lei;
- alargar o âmbito dos poderes do Conselho Constitucional, para além dos actos normativos, incluindo actos de natureza não normativa, desde que não violem os direitos fundamentais dos cidadãos;
- tendo em conta que os direitos fundamentais são directamente aplicáveis e vinculam não só entidades públicas, mas também privadas, é recomendável o alargamento do poder de cognição da jurisdição constitucional também para os actos praticados por entidades privadas, quando esteja em causa a tutela dos direitos fundamentais.

10 CONCLUSÃO

O sistema de fiscalização da constitucionalidade adoptado em Moçambique é jurisdicional, concentrado com reenvio prejudicial. Embora o artigo 213 da Constituição da República estabeleça que os Tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição, nos feitos submetidos a julgamento,

eles não exercem a função de Juiz constitucional, pois o poder de declaração da inconstitucionalidade é reservado exclusivamente ao Conselho Constitucional.

O actual sistema de fiscalização da constitucionalidade não é eficaz na tutela dos direitos fundamentais devido a inexistência da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, a falta do Recurso de Amparo ou queixa constitucional, a exigência de cinco mil assinaturas para apresentação de um pedido de declaração da inconstitucionalidade ao Conselho Constitucional, a limitação da capacidade de cognição e declaração da inconstitucionalidade apenas aos actos normativos, ficando de fora os actos não normativos dos órgãos do Estado e os actos que violem os direitos fundamentais praticados por entidades privadas. Por fim, pelo facto de os Tribunais comuns não estarem investidos de poder para a declaração da inconstitucionalidade.

A evolução de um sistema concentrado com reenvio prejudicial para um sistema misto pode reforçar o papel da jurisdição constitucional na tutela dos direitos fundamentais, assim como a democratização da jurisdição constitucional, com a consagração do acesso dos particulares à jurisdição constitucional pode contribuir para tutela jurisdicional efectiva dos direitos fundamentais, através da fiscalização da constitucionalidade.

BIBLIOGRAFIA

CAMPOS, Alexandra Valpaços Gomes de. Vantagens e desvantagens da alteração do sistema de fiscalização da constitucionalidade vigente em Portugal. In: **O Direito**, Coimbra, Ed. Almedina, ano 143.º, v. IV, p. 875-885, 2011.

CANAS, Vitalino. **O processo de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade pelo TC**: natureza e princípios estruturantes. Coimbra: Coimbra Ed., 1986.

CANAS, Vitalino. **Princípios estruturantes dos processos de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade**. Lisboa: [S. n.], 1985.

CANAS, Vitalino. **Processos de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade pelo tribunal constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 1986.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa**: anotada: artigos 108 a 296. Volume II. 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra Ed., 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle. In:

Revue Internationale de Droit Comparé, v. 33, n. 2, p. 625-657, Avril-juin 1981.

COSTA, J. Almeida; MELO, A. Sampaio e. **Dicionário da língua portuguesa**. 8. ed. rev. e actual. Porto: Porto Ed. / Dicionários Editora, 1999.

DINIZ, Antero Alves Monteiro. A fiscalização concreta de constitucionalidade como forma privilegiada de dinamização do direito constitucional (o sistema vigente e o ir e vir dialéctico entre o tribunal constitucional e os outros tribunais). In: **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed. / Colóquio do 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, de 28 a 29 de maio de 1993, 1995.

DRAGO, Guillaume. **Contentieux constitutionnel français**. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

ESPADA, Gildo, O conceito de norma jurídica para efeitos de controlo da constitucionalidade no Conselho Constitucional moçambicano. In: CHUVA, António et al. **Estudos de direito constitucional moçambicano**: contributos para reflexão. Maputo: Centro de Formação Jurídica e Judiciária / Instituto Superior de Ciências e Tecnologias de Moçambique / Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, 2012.

FAVOREU, Louis. Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale. In: **Revue du Droit Public**, n. 5, p. 1.147-1.201, 1984.

FRANCO, João Melo; MARTINS, Hélder Antunes. **Dicionário de conceitos e princípios jurídicos**, 3. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 1995. (2.^a reimp.).

GOUVEIA, Jorge Bacelar. A fiscalização concreta da constitucionalidade no direito moçambicano. In: SEMINÁRIO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Curso de Doutoramento em Direito na Faculdade de Direito da UEM. Maputo, junho, 2009.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Direito constitucional de Moçambique**. Lisboa: Instituto do Direito de Língua Portuguesa, 2017.

GUENHA, João A. Ubisse. O CC como órgão especializado na administração da justiça constitucional. In: SEMINÁRIO SOBRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM MOÇAMBIQUE, Quelimane, 2008.

MIRANDA, Jorge. Controle da constitucionalidade e direitos fundamentais. In: **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, RJ, Ed. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 6, n.º 21, p. 61-84, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017a.

MIRANDA, Jorge. **Fiscalização da constitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Ed., 2017b.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: inconstitucionalidade e garantia da constituição. Tomo VI. 2. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

MIRANDA, Jorge. **Teoria da constitucionalização**. Coimbra: Coimbra Ed., 2020.

MOÇAMBIQUE. Conselho Constitucional. Acórdão n.º 3/CC/2020, de 26 de março.

MOÇAMBIQUE. Conselho Constitucional. Acórdão n.º 8/CC/2017, de 6 de novembro.

MOÇAMBIQUE. Conselho Constitucional. Acórdão n.º 9/CC/2017, de 27 de dezembro.

MOÇAMBIQUE. Conselho Constitucional. Acórdão n.º 10/CC/2014, de 24 de setembro.

MOÇAMBIQUE. Conselho Constitucional. Balanço de Actividades Desenvolvidas pelo Conselho Constitucional (2003-2008), Maputo, 30 de setembro de 2008.

MOÇAMBIQUE. Conselho Constitucional. Relatório do Conselho Constitucional à I Assembleia Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa realizado em Lisboa, a maio de 2010, subordinado ao tema Fiscalização da Constitucionalidade e Estatuto das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa.

MOÇAMBIQUE. Conselho Constitucional. Relatório do Conselho Constitucional à II Assembleia da Conferência das Jurisdições Constitucionais de Língua Portuguesa, Maputo, 14 e 15 de maio de 2012.

MOÇAMBIQUE. Constituição da República de Moçambique de 1990. Maputo, BR n.º 44, I Série, Suplemento, de 2 de novembro de 1990.

MOÇAMBIQUE. Constituição da República de Moçambique de 2004. Maputo, BR n.º 51, I Série, de 22 de dezembro de 2004.

MOÇAMBIQUE. Constituição da República Popular de Moçambique de 1975. Maputo, BR n.º 1, I Série, de 25 de junho de 1975.

MOÇAMBIQUE. Lei n.º 2/2022, de 21 de janeiro. Lei Orgânica do Conselho Constitucional.

MOÇAMBIQUE. Lei n.º 2/93, de 24 de junho. Lei Orgânica do Conselho Constitucional.

MOÇAMBIQUE. Lei n.º 5/2006, de 9 de julho. Lei de revisão da lei Orgânica do Conselho Constitucional.

MOÇAMBIQUE. Lei n.º 6/2006, de 2 de agosto, de revisão da Lei Orgânica do Conselho Constitucional.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Balço de justiça constitucional**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. Tomo II. 2. ed. Coimbra, Coimbra Ed., 2011.

MOREIRA, Vital. O Tribunal Constitucional português: fiscalização concreta no quadro de um sistema misto de justiça constitucional. In: **Revista Sub Júdice**, Coimbra, n.º 20\21, 2001.

MÜLLER, Elonisa Maria. É possível constituir uma queixa constitucional em Portugal?: a Verfassungsbeschwerde na Alemanha. Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, junho de 2020. Disponível em: <<https://researchgate.net>>.

NARVAEZ RODRIGUEZ, António. A justiça constitucional enquanto necessidade do estado democrático. In: **Revista Julgar**, Lisboa, Ed. Associação Sindical dos Juizes Portugueses, janeiro-abril 2018.

NHATTIMA, Pedro. A jurisdição constitucional moçambicana. In: CHUVA, António et al. **Estudos de direito constitucional moçambicano**: contributos para reflexão. Maputo: Centro de Formação Jurídica e Judiciária / Instituto Superior de Ciências e Tecnologias de Moçambique / Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **Sistema português de fiscalização de constitucionalidade**: avaliação crítica. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2021.

QUEIROZ, Cristina M.M. **Os actos políticos no estado de direito, o problema do controle jurídico do poder**. Coimbra: Almedina, 1990.

RAMIÃO, Ruben. O que é norma jurídica. In: MIRANDA, Jorge (Dir.). **O Direito**, Coimbra, Ed. Almedina, ano 150.º, 2018.

RAMOS, Dirceo Torrecillas. **Constitucionalidade por via de acção**. São Paulo: Angelitti, 1994.

REGO, Carlos Lopes. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade em Moçambique**. Maputo: Escolar, 2021.

REGO, Carlos Lopes. **Os recursos da fiscalização concreta na lei e na jurisprudência do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2010.

REMIRO BROTONS, António. Artículo 95: inconstitucionalidad en tratado internacional. In: ALZAGA, Oscar (Dir.). **Comentarios a las leyes políticas**. v. VII. Madrid: Edersa, 1985.

RIBEIRO, Lúcia da Luz. **Fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade no direito moçambicano**. Maputo: Escolar, 2021.

RODRIGUES, Filomeno. **A justiça constitucional moçambicana**: um breve olhar sobre a jurisprudência do Conselho Constitucional. Maputo: Alcance, 2017.

RODRIGUES, Filomeno. **Sistema português de fiscalização de constitucionalidade**: avaliação crítica. Lisboa: AAFDL, 2017.

URBANO, Maria Benedita. **Curso de justiça constitucional**: parte geral. v. 1. 2. ed. Coimbra, 2016.

VALLE, Jaime. **A fiscalização preventiva no sistema português de controlo da constitucionalidade**. Lisboa: Almedina, 2021.

VICTOR, Sérgio António. Possibilidades e funções da reclamação constitucional. In: VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Org.). **Estudos sobre a jurisdição constitucional**. v. II. São Paulo: Almedina, 2018.

VIEIRA, Tacyr de Aguiar. O controlo da constitucionalidade das leis: os diferentes sistemas. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 141, p. 39-62, jan.-mar. 1999.

Submissão em: 28 de agosto de 2023

Modificação em: 27 de maio de 2024

Último Parecer favorável em: 16 de julho de 2024

Como citar este artigo científico

MACUÁCUA, Edson da Graça Francisco. O sistema de fiscalização da constitucionalidade e a tutela dos direitos fundamentais em Moçambique. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 2, p. 14-53, maio-ago. 2024.

FIRST AMENDMENT NEGLECT IN SUPREME COURT INTELLECTUAL PROPERTY CASES

MARK A. LEMLEY¹
REBECCA TUSHNET²

The Supreme Court decided two cases of central importance to free speech during the 2022 term – in both cases without addressing the First Amendment implications. In *Andy Warhol Foundation v. Goldsmith* (598 U.S. 508, 2023), the Court upheld a ruling that Andy Warhol’s reworkings of Lynn Goldsmith’s photograph of the artist Prince into highly stylized silkscreens and drawings were not transformative, and thus were unfair, at least when images of the artworks were licensed to illustrate articles about Prince. In *Jack Daniel’s v. VIP Products* (599 U.S. 140, 2023), the court found that a parody dog toy in the general shape of a Jack Daniel’s bottle, with the label “Bad Spaniels,” deserved no special protection for its parody against Jack Daniel’s trademark claim. The Court reached these results using ideas about the lesser status of profitable speech that it flatly rejected in other cases the same term, and with rationales that seem directly at odds with its First Amendment jurisprudence.

In this article, we show that the Court’s decisions cannot be reconciled with its approach to any other area of speech, and that they are already having pernicious effects in the lower courts. We consider some possible explanations for the inconsistency: the possibility that the Court just doesn’t see First Amendment issues in IP cases; the possibility that a political realignment has left conservative justices less enchanted with speech in the marketplace; and the possibility that this is part of a broader trend away from holding courts to the

¹ William H. Neukom Professor, Stanford Law School; of counsel, Lex Lumina PLLC. *E-mail:* mlemley@law.stanford.edu or mlemley@lex-lumina.com

² Frank Stanton Professor, Harvard Law School. We thank Justin Driver, Christine Haight Farley, Rose Hagan, Laura A. Heymann, Mark McKenna, Lisa Ramsey, Pam Samuelson, and Mark Tushnet for comments on a prior draft.

same constitutional standard as the other branches of government, combined with statutes that leave room for substantial judicial discretion in individual cases. Whatever the explanation or explanations, the decisions in *Warhol* and *Jack Daniel's* to cut back dramatically on judicially-created speech-protective rules may have the ironic effect of forcing the Court to confront directly the constitutional fragility of much modern IP law.

1 THE TRANSFORMATION OF TRANSFORMATIVE USE IN COPYRIGHT

In *Andy Warhol Foundation v. Goldsmith*, the Court stomped the brakes on thirty years of jurisprudence involving copyright's fair use doctrine, under which providing a new purpose, meaning, or message was held to favor fair use. The Court expressed skepticism that Andy Warhol's iconic portraits of celebrities were transformative contributions to the art world, while at the same time expressing great confidence in its own ability to judge the meaning of that art, redefined as its interchangeability with the photo on which it was based. The Court would make that judgment, it said, without the need for any input from the artist, the audience, or the artistic community about whether the photo and the Warhol works were interchangeable.³ But it also concluded that how much of a contribution Warhol made ultimately didn't matter: Even if the *creation* of Warhol's works and their display in museums might be permissible (a topic on which the Court purported not to opine), *licensing* copies of them to magazines was not. The Court reasoned that the licensing the work Warhol had created was a commercial use, and commerciality weighed strongly against a finding of fair use. Further, that license might possibly compete with a license of the underlying photograph from which Warhol worked.⁴

Copyright has always been treated by the Court as special when it comes to the First Amendment. The Court has described copyright as "the engine of free expression" because copyright law as a whole has the goal of promoting new speech, and it has accordingly given deference to copyright laws because they

³ 599 U.S. 445 (2023) (agreeing with Court of Appeals that it was unnecessary to consider what meaning the artist intended or critics perceived); *see also id.* at 546 (reasoning that, because images of faces could reasonably be perceived to have many meanings, a change in meaning brought out by the use of a later artist's style was "less likely" to constitute a favored transformation in purpose). The Court also stated that "the meaning of a secondary work, as reasonably can be perceived, should be considered to the extent necessary to determine whether the purpose of the use is distinct from the original, for instance, because the use comments on, criticizes, or provides otherwise unavailable information about the original," *id.* at 545, though in *Warhol* itself the Court found no difference in purpose because both works could be used on the cover of a magazine, albeit for different reasons.

⁴ It almost certainly would not have competed in fact, as Justice Kagan's dissent pointed out, because no reasonable editor would have considered them to send the same message about the content of the magazine, even for stories about Prince. *Id.* at 566-67 (Kagan, J., dissenting). But the Court seemed satisfied that the abstract *possibility* of competition was sufficient to doom Warhol's fair use claim.

are intended to encourage speech.⁵ But that aphorism has always sat uneasily in First Amendment jurisprudence, because copyright laws encourage new speech by restricting the repetition of speech by others. And the First Amendment does not protect only original messages; Cohen need not have come up with the phrase “fuck the draft” to be protected in communicating it.⁶

The Court has long recognized that its “engine of free expression” aphorism works only if copyright comes with limits designed to reduce the harm it does to the speech of others. In prior cases, the Court held that originality was a constitutional prerequisite for copyright protection⁷ and that freedom to copy the works of others was the norm to which IP rights were an exception.⁸ In *Eldred v. Ashcroft*, the case most directly addressing the relationship between the First Amendment and copyright, it emphasized two fundamental limits on copyright: the idea-expression dichotomy, which prevents copyright owners from controlling another’s expression of the same idea, and the fair use doctrine, which (among other things) affirmatively protects uses of a copyrighted work that transform that work by adding new expression or meaning.⁹

But if fair use is a key part of what reconciles copyright and the First Amendment, substantial cutbacks in fair use re-raise the First Amendment issues that fair use supposedly resolved.

Warhol cut back on the protection fair use gave to transformative works in at least three ways. First, and most significant, it held that fair use must be evaluated based on the particular use of speech, not based on the content of the speech itself. According to the Court, even if *Warhol* had created an original, transformative work that was entitled to the protection of the fair use doctrine and the First Amendment, *creating* that work didn’t necessarily give *Warhol* protection for other *uses* that might be made of that work. Creators relying on fair use therefore have second-class status in practice if they hope to sell their works (as nearly all do). This is new doctrine; courts had never before held that a transformative *work* somehow became non-transformative if it was used in a different way, or that a work that was lawful when created nonetheless had to be justified anew with each use.

Some kinds of fair uses – those involving pure copying – are certainly context-dependent. Private home taping was fair use, while taping in order to sell videotapes to others would not have been.¹⁰ “Intermediate” copying of a work in order to create a new, noninfringing work such as a search engine¹¹

⁵ *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 558 (1985).

⁶ *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).

⁷ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340, 347 (1991).

⁸ *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, 489 U.S. 141, 151 (1989) (referring specifically to patents, but using constitutional logic based on Art. I § 8 cl. 8, which covers both patent and copyright); *Sears Roebuck & Co. v. Stiffel Co.*, 376 U.S. 225, 232 (1964); *Compco Corp. v. Day-Brite Lighting, Inc.*, 376 U.S. 234 (1964).

⁹ *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 219-20 (2003).

¹⁰ *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).

¹¹ *Kelly v. Arriba Soft Corporation*, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003).

or a product that works with the copyright owner's software¹² is fair use, but selling the full copy wouldn't be. But these cases don't involve transformation of the copyrighted *work* itself. The copying is permissible because it serves a transformative *purpose*, opening up a new market or making it possible to create a new, noninfringing work.

Transformative works have not been subject to the same limit, because by creating a new thing the defendant is the one operating the "engine of free expression." True, even transformation that involved changing the content of a work, such as the use of Roy Orbison's well known "Pretty Woman" riff as part of a parody of that song,¹³ might not give the parodist unrestricted rights to create additional works that were not parodies. For example, if the parodist attempted to license a ten-second excerpt of the song containing only the riff, say, for a ringtone, we would have wanted to do a new analysis, but that is because the transformative elements would have been stripped out of the riff-only recording.¹⁴ The ringtone might fail the fair use analysis, but that's because it wasn't a sufficient transformation of the work itself.

But the Court's new tack suggests that each new use of a fully content-transformative work requires new analysis. It was legal for 2 Live Crew to make their parodic use of Roy Orbison's song, but under *Warhol* a use of the "Pretty Woman" parody in full in a movie instead of just on the radio, or licensing that song to a greatest hits compilation, cannot benefit from that holding. So too with a movie version of Alice Randall's novel *The Wind Done Gone*, a highly transformative critique of Margaret Mitchell's *Gone with the Wind*.¹⁵ Quotes that were fine in a historian's book for a university press may have to be re-analyzed for adaptation into a history podcast. Perhaps the new rule also requires a new analysis when 2 Live Crew licenses its parody for streaming, not just radio, or when Alice Randall releases her novel as an ebook. A cease and desist letter can threaten to sue anew each time a work appears – if an artist moves from displaying her work in a local coffee shop to a New York gallery, for example. While something that starts life as a commercial fair use – a favored "parody" or commentary, for example – is probably safe even if used in a new commercial context, the uncertainty is part of the point: The Court's new treatment, by asking whether both the original and the accused work could have appeared in a particular commercial medium and thus served the same "purpose", equates commerciality with non-transformativeness by ipse dixit.

That change was compounded by the second significant shift in copyright doctrine in *Warhol* – a retrenchment of thirty years of recognition in copyright cases that speech can be valuable and worth protecting even if it is done for

¹² Google LLC v. Oracle America, Inc., 593 U. S. —, —, 141 S.Ct. 1183, 1203 (2021); Sega of Am. v. Accolade Inc., 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992); Sony Comp. Ent., Inc. v. Connectix Corp., 206 F.3d 596 (9th Cir. 2000).

¹³ See Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994).

¹⁴ Jim Gibson offered this example in discussions; it is perhaps notable that no actual case suggested itself.

¹⁵ See Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co., 268 F.3d 1257 (11th Cir. 2001).

profit. While the Court had stated in dictum in 1984 that commercial uses were “presumptively unfair” (in the course of making the inverse point that noncommercial uses were presumptively fair) (*Sony*, 464 U.S. at 449), it soon recognized that that presumption was unsustainable, and expressly abandoned it a decade later in *Campbell v. Acuff-Rose*, which protected a commercial parody of Roy Orbison’s “Oh, Pretty Woman” in the form of a mocking reconceptualization of the attractiveness of that woman (*Campbell*, 510 U.S. at 584). And the Court had good reason to reject any presumption against profit-seeking: much of our most valuable speech – from news media to art to literature to movies to corporate speech on matters of public concern – would be unprotected if speech done for profit didn’t count.

Unfortunately, *Warhol* reversed course yet again, declaring that even if an artist like Andy Warhol is permitted to create art (and the Court was wishy-washy on that question, as we note below), licensing that work in the market for magazines, a market in which Goldsmith also participated, weighed heavily against a finding of fair use on the first factor (*Warhol*, 598 U.S. at 545-546). This view not only threatens three decades of good precedent on commerciality in copyright law, it means that the fair use doctrine goes from a strong protector of creativity to a weak and contingent one. Under *Warhol*’s new approach, many creators may be disentitled to invoke the fair use doctrine at all, and even those who create in noncommercial settings will lose the right to those creations once they try to sell their work.

Warhol’s strong thumb on the scale against profiting from creativity has already begun to have troubling effects in the lower courts. In one case about editorial speech in newspapers, a court read *Warhol* to mean that it didn’t matter whether commentary was critical as long as it was also profit-seeking. It reasoned that “both positive and negative commentary or criticism” of the plaintiff’s work would “generate attention for [defendant newspapers] webpages,” and that the “ultimate goal” of such use was “to generate more revenue.”¹⁶ This holding is extreme and, we hope, unlikely to be repeated by too many courts, but the focus on “commercial” use has distracted judges from the widely accepted fact that speakers can legitimately seek to profit from their speech without sacrificing First Amendment protection.¹⁷

Finally, *Warhol* cast doubt on whether art like Warhol’s is transformative at all – less than two years after the Court majority had cited Warhol himself as an example of transformative use entitled to protection.¹⁸

¹⁶ *Campbell v. Gannett Co.*, N.º 4:21-00557-CV-RK, at *5 (W.D. Mo. Aug. 15, 2023).

¹⁷ Speech that is itself the expressive product being sold has routinely been held to be noncommercial, even when sold for profit. *See, e.g.*, *Brown v. Ent. Merchs. Ass’n*, 564 U.S. 786, 790 (2011) (video games); *City of Lakewood v. Plain Dealer Publ’g Co.*, 486 U.S. 750, 756 n.5 (1988) (“Of course, the degree of First Amendment protection is not diminished merely because the newspaper or speech is sold rather than given away.”); *Smith v. California*, 361 U.S. 147, 150 (1959) (same); *Cardtoons, L.C. v. Major League Baseball Players Ass’n*, 95 F.3d 959, 970 (10th Cir. 1996) (“Cardtoons’ trading cards [...] are not commercial speech – they do not merely advertise another unrelated product. Although the cards are sold in the marketplace, they are not transformed into commercial speech merely because they are sold for profit.”).

¹⁸ *Google LLC v. Oracle America, Inc.*, 593 U. S. —, —, 141 S.Ct. 1183, 1203 (2021).

The transformative use doctrine is designed to protect new creativity that, like all creativity, builds on that which came before. While parody of the sort the Court protected in *Campbell* is one way in which a work can be transformed, there are many different ways to transform a work besides making fun of it. And art is speech we protect under the First Amendment. As the Court noted in protecting the rights of parade organizers to exclude disfavored speakers even when the parade’s own “message” was rather inchoate, “a narrow, succinctly articulable message is not a condition of constitutional protection, which if confined to expressions conveying a ‘particularized message’ [...] would never reach the unquestionably shielded painting of Jackson Pollock, music of Arnold Schoenberg, or Jabberwocky verse of Lewis Carroll.”¹⁹

Warhol’s work is well-respected in the art community precisely because it does more than just depict its subjects. Warhol used Goldsmith’s photograph as a reference in creating Orange Prince, but he did not merely copy Goldsmith. Goldsmith’s photo portrays Prince; Warhol’s transformation *comments upon* Prince’s cultural impact in the 1980s by recasting elements of the photograph in an artistic style that conveys the subject’s iconic, otherworldly status. But the *Warhol* Court was not interested in differences of meaning. If editors might, in theory, use either image on a magazine cover, they were substitutes, and if they were substitutes, the Court thought Warhol’s use in that context couldn’t be transformative.

There is much to criticize in this approach, starting with the fact that the Court reached the wrong outcome even according to its own cramped reading of transformativeness, as Justice Kagan’s dissent pointed out.²⁰ Although the Court purported to allow consideration of different meaning to the extent necessary to analyze whether the two works served as substitutes for each other,²¹ even that limited protection was of no avail to Warhol. The Court simply ignored differences that mattered to magazine editors, whose uncontroverted evidence was that they would not have used the two images as substitutes for one another.²²

It is also double-counting to treat market effect – the focus of the fourth factor – as determinative of the first factor. More generally, the idea that market

¹⁹ *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston*, 515 U.S. 557, 569 (1995); see also *Brown*, 564 U.S. at 790 (“Like the protected books, plays, and movies that preceded them, video games communicate ideas – and even social messages – through many familiar literary devices (such as characters, dialogue, plot, and music) and through features distinctive to the medium (such as the player’s interaction with the virtual world). That suffices to confer First Amendment protection.”).

²⁰ *Warhol*, 598 U.S. at 567 (Kagan, J., dissenting).

²¹ *Warhol*, at 544-45 (“the meaning of a secondary work, as reasonably can be perceived, should be considered to the extent necessary to determine whether the purpose of the use is distinct from the original, for instance, because the use comments on, criticizes, or provides otherwise unavailable information about the original”).

²² *Warhol*, at 567 (Kagan, J., dissenting); *Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith*, N.º 17-cv-02532-JGK, Doc. 58-20, Exh. TT (S.D.N.Y.) (Conde Nast emails about why Warhol image was desirable).

competition defeats a claim of transformativeness is radically overbroad. Lots of things – such as law review articles on the same subject – a necessary but not sufficient condition for copyright liability (see FROMER; LEMLEY, 2014). And fair use has long encouraged new expression that builds on a prior work but offers a different take on things, whether it is transformative art, satire, critical reviews, or just a different spin on a rap song.²³ Those are things that an “engine of free expression” would want to encourage. All that is potentially in jeopardy after *Warhol*.

Contributing to the problem, *Warhol* revived the Court’s previous unfortunate distinction between satire and parody; only the latter, the Court reasoned, needed special solicitude from fair use, because the former didn’t need to borrow from any specific work to make its satirical point and could just be using an existing work to avoid the “drudgery” of new creation.²⁴ This distinction is historically ungrounded,²⁵ conceptually flawed,²⁶ and possible only by ignoring the rule the Court purported to honor: Judges shouldn’t be art critics. Distinguishing between satire and parody is *definitionally* an act of literary criticism.²⁷ Treating the distinction as relevant to fair use doctrine because copyright owners don’t generally license parodies also assumes – often incorrectly – that *someone* will license their work to the satirist even if the

²³ See, e.g., *Estate of Smith v. Graham*, 799 Fed. Appx. 36 (2d Cir. 2020) (affirming finding of fair use where artist changed claim about jazz as a genre to claim about good music in general); *Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006) (finding fair use of fashion photo in artwork that was orthogonal to purpose of original, in context of a critique of consumption). *But see Warhol*, 598 U.S. at 532 n.7 (“Even book reviews are not entitled to a presumption of fairness.”).

²⁴ *Campbell*, 484 U.S. at 580–581 (“Parody needs to mimic an original to make its point, and so has some claim to use the creation of its victim’s (or collective victims’) imagination, whereas satire can stand on its own two feet and so requires justification for the very act of borrowing.”); see also *Warhol*, 598 U.S. at 512 (endorsing the distinction).

²⁵ Keller & Tushnet (2004, p. 979–983) (explaining that, in the history of fair use, parody and satire were always treated as equally favored before *Campbell*). For example, *Berlin v. E.C. Pub’s, Inc.*, 329 F.2d 541 (2d Cir. 1964), found that Mad Magazine lyrics set to Irving Berlin’s tunes were fair even though the target was not Berlin’s songs but the “idiotic world we live in today,” *id.* at 542.

²⁶ Keller & Tushnet, (2004, p. 995–998) (explaining that the market does not distinguish between parody and satire); *id.* at 998–99 (arguing that satire provides at least as much, and sometimes more, public benefit than parody of a specific work, and that First Amendment principles counsel against deciding that a speaker could have used different expression to convey her message); Kozinski & Newman (1999, p. 517) (noting that satire is not a particularly good way to avoid the “drudgery of working up something fresh,” as the Court claimed).

²⁷ DENTITH (2000, p. 36) (“Parody has the paradoxical effect of preserving the very text that it seeks to destroy [...]. Thus the classic parody of Don Quixote [...] preserves the very chivalric romances that it attacks – with the unexpected result that for much of its history the novel has been read as a celebration of misplaced idealism rather than a satire of it.”); *id.* at 105–06 (discussing persistent uncertainty over whether certain texts are parodic or respectful, including works by Alexander Pope and *The Rape of the Lock*); Keller & Tushnet (2004, p. 985–994) (exploring multiple litigated examples of dueling characterizations); Tushnet (2013, p. 26–27) (discussing cases in which copyright owners insisted that Holden Caulfield was always pathetic and thus it wasn’t fair use to write a book in which he is old and pathetic, or that Humbert Humbert was always a monster and thus it wasn’t fair use to write a book from “Lolita’s” perspective showing his monstrousness) (citing, inter alia, *Salinger v. Colting*, 641 F. Supp.2d 250, 257–58 (S.D.N.Y. 2009), *rev’d on other grounds*, 607 F.3d 68 (2d Cir. 2010); Pia Pera, *Lo’s Diary* (2001); Dmitri Nabokov, “*On a Book Entitled Lo’s Diary*,” 103 *Evergreen Review* (1999)). The point is that to agree or disagree with those claims is to *take sides* in a dispute over meaning that is primarily literary, not legal, and thus requires artistic judgment.

copyright owner won't. And even if they do, making an artist rewrite satire to fit a market of willing licensees involves the courts intimately in deciding what can be made fun of and how.

Justice Kagan's dissent treats this problem as a matter of statutory language: Factor one of the fair use inquiry requires courts to consider both the "purpose" and "character" of the accused use.²⁸ Justice Kagan correctly points out that the majority gives short shrift to "character," though one can infer from the cases it distinguishes that parodies, at least, have a different "character" from the original even when they appear in the same commercial medium. The difficult question avoided by the majority is, then, what other kinds of new "character" can make a work transformative for purposes of fair use, and not just an infringing derivative work? The majority simply tells us that meaning *can* influence our evaluation of whether works have the same purpose, but how? Beyond parody, there is no way to know. And the majority refuses to consider any source of evidence on the issue (though it does not outright bar future courts from doing so in other cases). It explicitly rejected reliance on what the artist themselves intended, how the market treated the work, and expert views about the new character; all three of those things unambiguously favored Warhol. It may be that the Court has in mind significant limits on the scope of its ruling, but because its analysis of Warhol's work is entirely ipse dixit, there is no way to predict how it will be applied.

Because of these defects, *Warhol* is already chilling speech. Artists are worried about having gallery and museum shows canceled for fear of copyright infringement.²⁹ And lower courts are cutting back. For example, after *Warhol*, a court hearing a dispute about whether a tattoo infringed the photo reference on which it was based reversed its previous holding on transformativeness. Previously, it had found the tattoo transformative because the tattoo artist

²⁸ 17 U.S.C. § 107; *Warhol*, 598 U.S. at 567 (Kagan, J., dissenting).

²⁹ See, e.g., Amy Adler, *The Supreme Court's Warhol Decision Just Changed the Future of Art*, <https://www.artnews.com/art-in-america/columns/supreme-court-andy-warhol-decision-appropriation-artists-impact-1234669718/> ("the Court's Warhol decision will significantly limit the amount of borrowing from and building on previous works that artists can engage in. . . . it is now far riskier for an artist to borrow from previous work"); Blake Gopnik (2023) (citing a curator warning that artists "might begin to 'slide down the fear hill' of seeking licenses for every appropriation they have in mind, and not creating anything they can't license. "We know self-censorship is real, at individual and institutional levels,"). We have spoken to industry insiders who say that appropriation artists are having shows canceled or having to rework material. Adler warns: "Any artist who works with existing imagery should now reconsider her practice. Hire a lawyer, maybe try to negotiate a license and be ready to move on if you get turned away or can't afford the fee. The safest and cheapest route – a consideration particularly relevant to younger artists and those who are not rich and famous – is to just steer clear of referencing existing work." Adler, *supra*. Xiyin Tang (2024) suggests that many "art world" artists aren't upset about the decision because they see Warhol-style appropriation art as played out and thus uninteresting artistically. Respectfully, we disagree that this group is representative of artists in general or of potential targets of threats from copyright owners. See, e.g., *Mattel Inc. v. Walking Mountain Prods.*, 353 F.3d 792 (9th Cir. 2003) (lawsuit against photographer who took pictures of Barbies with various food and kitchen items). But even if it were, the fact that the decision won't bar all types of art, but instead only disfavored genres, hardly recommends it.

added “movement” and a “melancholy aesthetic,” but it determined that this rationale “relies on a formal analysis of the Tattoo’s aesthetic character,” which analysis was “foreclosed” by *Warhol*.³⁰ This conclusion, while understandable given the tone of the majority in *Warhol*, unfortunately ignores the majority’s statement that meaning can at least be considered in evaluating whether a work has a different purpose from the original (*Warhol*, 598 U.S. 544-545), as a tattoo that someone chose to mark her body permanently with might well have.³¹

We acknowledge the views of Pamela Samuelson and others that the weird facts of *Warhol*—a lawsuit by a party (the Warhol Foundation) who merely licensed the alleged infringement and was therefore not properly a copyright defendant at all, hijacked by the Solicitor General to try to change the law³²—mean that it should not be applied broadly. Even after *Warhol*, cases involving putting a copyright owner’s work to a transformative *purpose* in a different market, such as those engaged in what Matt Sag calls a “creativity shift” from fiction to nonfiction or the reverse,³³ or from output to input into a new, noninfringing work, should be secure.³⁴ Indeed, the Court’s explicit statement that its own reproductions of images in the opinion—both the parties’ and others used for comparison—were fair uses reinforces that conclusion.³⁵ Noncommercial uses such as fan fiction remain unshaken precisely because of their noncommerciality. And even a commercial creator should be able to explain their reasons for targeting an original in many cases.³⁶

We would be delighted to look back with hindsight and see *Warhol* as a “derelict on the waters of the law.”³⁷ But the Court’s opinion, while clearly confused about what it was itself holding and not holding, contains enough broad language that we fear it will be hard to cabin. And the early interpretations in the lower courts have not been encouraging.

³⁰ Sedlik v. Drachenberg, 21-cv-01102-DSF-MRW, at *4 (C.D. Cal. Oct. 10, 2023) (citing *Warhol*, 598 U.S. at 541).

³¹ See Aaron Perzanowski (2013, p. 560-564) (discussing tattoo artists’ justifications for copying non-tattoo art, grounded in the special role of tattoos as individualized body modifications).

³² Pamela Samuelson, *Why Did the Solicitor General Hijack the Warhol v. Goldsmith Case?* (manuscript, on file with authors).

³³ Sag (2012, p. 80) (noting that the fair use-predictive effect of such a shift is strongest when the copying is only partial).

³⁴ See, e.g., *Warhol*, 598 U.S. at 529 n. 5 (endorsing both *Núñez v. Caribbean Int’l News Corp.*, 235 F.3d 18, 21-23 (1st Cir. 2000) (newspaper’s reproduction, without alteration, of photograph of beauty pageant winner to explain controversy over whether her title should be withdrawn had transformative purpose because “the pictures were the story.”) and *Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.*, 137 F.3d 109, 114-115 (2d Cir. 1998) (film advertisement’s alteration of well-known photograph by superimposing actor’s face on actress’ body had transformative purpose of parody); *Warhol*, 598 U.S. at 530 (citing with approval *Authors Guild v. Google, Inc.*, 804 F.3d 202, 214 (2d Cir. 2015) (Leval, J.), which found that the Google Books project that involved scanning entire books but only making “snippets” available for searches had a favored transformative purpose).

³⁵ *Warhol*, 598 U.S. at 550 (stating that the idea/expression distinction and fair use protect “the dissident’s own copying (and the Court’s, too)”).

³⁶ *Warhol*, 598 U.S. at 528 (highlighting special consideration for criticism).

³⁷ *Alabama Public Service Commission v. Southern Ry. Co.*, 341 U.S. 341, 357 (1951) (Frankfurter, J., concurring).

2 JOKING HAZARD – SPEECH IN TRADEMARKS

The federal trademark statute lacks a general, copyright-like “fair use” provision.³⁸ Courts have instead created special tests for situations where greater scope for unauthorized use of a trademark seems justified – such as comparative advertising, resale of used goods, and artistic references. The “*Rogers* test” – named for the case in which the Second Circuit held that claims against titles of “expressive” works had to meet a very high standard before a court could find actionable confusion³⁹ – generally refuses trademark liability for an expressive work regardless of evidence of confusion unless the defendant’s reference to a trademark lacks any relevance to the underlying work or is explicitly misleading. Some version of *Rogers* has been adopted by every circuit to decide the issue, and the test has often been used in cases involving for-profit, nonadvertising speech. In *Jack Daniel’s v. VIP Products*, the Court held that it did not need to apply or even decide the validity of *Rogers* to a parodic product (599 U.S. 140, 2023). So long as the defendant was using a similar term as a trademark to brand its own goods (here, “Bad Spaniels” dog toys that parodied Jack Daniel’s well-known whisky bottle), trademark law’s ordinary multifactor test for consumer confusion was all that was required to accommodate the First Amendment. The Court did not decide whether the First Amendment ever offered any protection against trademark infringement claims even for purely expressive noncommercial speech, as every circuit to have considered the issue had held.⁴⁰

Instead, it said the First Amendment offered no further protection for this speech than it would give to the label on a can of peaches, because JDI’s speech was in part serving as a trademark. (At oral argument, several Justices expressed skepticism that confusion was likely here, and the opinion cited with approval the claim that parodies, because they make fun of a trademark owner, are unlikely to cause confusion.⁴¹ But it didn’t engage with the question of whether noncommercial parody could be regulated merely for confusing people

³⁸ “Descriptive fair use,” such as using “apple” to describe a candy flavor, is the subject of a separate statutory provision. 15 U.S.C. § 1115(b)(4).

³⁹ *Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994, 999 (2d Cir. 1989).

⁴⁰ The cases are not necessarily consistent, but there has generally been some recognition of the special status of noncommercial speech. See, e.g., *Twentieth Century Fox T.V. v. Empire Distrib., Inc.*, 875 F.3d 1192, 1196 (9th Cir. 2017) (using *Rogers* except for *Rogers*’ own exclusion of title-versus-title conflicts from its scope); *Univ. of Ala. Bd. of Trustees v. New Life Art, Inc.*, 683 F.3d 1266, 1279 (11th Cir. 2012); *Utah Lighthouse Ministry v. Found. for Apologetic Info. & Rsch.*, 527 F.3d 1045, 1052-53 (10th Cir. 2008); *Parks v. LaFace Records*, 329 F.3d 437, 449 (6th Cir. 2003) (purporting to adopt *Rogers*); *Taubman Co. v. Webfeats*, 319 F.3d 770, 774 (6th Cir. 2003) (“The Lanham Act is constitutional because it only regulates commercial speech, which is entitled to reduced protections under the First Amendment.”); *Westchester Media v. PRL USA Holdings, Inc.*, 214 F.3d 658, 664-65 (5th Cir. 2000) (endorsing *Rogers*).

⁴¹ 599 U.S. at 161 (stating that a “trademark’s expressive message – particularly a parodic one, as VIP asserts – may properly figure in assessing the likelihood of confusion.”) (citing *Louis Vuitton Malletier S. A. v. Haute Diggity Dog, LLC*, 507 F.3d 252, 265 (4th Cir. 2007), for the proposition that parody “influences the way in which the [likelihood-of-confusion] factors are applied”).

about whether a trademark owner is somehow involved with it – or with the fact that the district court had found confusion in this very case.)

Trademark law has long been treated under the less strict First Amendment rules governing commercial speech. But in *Jack Daniel's*, the Court bypassed the First Amendment inquiry even though the Court did not categorize the dog toy as commercial speech, and even though it would not have qualified as commercial speech under ordinary standards.⁴² Three Justices (among them Justices who have been among the strongest advocates of First Amendment expansion in other circumstances) went further. They wrote separately to express their skepticism that even purely expressive noncommercial speech involving trademarks merited a *Rogers* doctrine, apparently concerned that the *statute* did not specifically outline such a test.⁴³ Possibly they were signaling only that *Rogers* – which is not without its problems – was an imperfect version of a speech-protective test. But it is striking that they expressed no explicit concerns about trademark lawsuits' demonstrated ability to chill speech.

In *Jack Daniel's*, the Court claimed that the multifactor likelihood of consumer confusion test applied in ordinary trademark cases “does enough work to account for the interest in free expression” in the context of trademark uses (*Jack Daniel's*, 599 U.S. at 159). This language, as others have noted,⁴⁴ is very similar to its previous statement in *Eldred* that “copyright law contains built-in First Amendment accommodations.”⁴⁵ But in *Eldred*, the Court coupled its statement with the explanation that the Copyright Clause provided a robust foundation for federal copyright, and that the contemporaneous adoption of the Bill of Rights and the first federal copyright act showed their compatibility.⁴⁶ Further, it pointed to fair use and the idea/expression distinction that disallows any copyright in facts or ideas. There, the Court identified specific limits and defenses that (at least when *Eldred* was decided) (*See supra* Part 1) imposed

⁴² The Court's only discussion of “commercial” versus “noncommercial” comes in its treatment of the dilution claim, *Jack Daniel's*, 599 U.S. at 145; the analysis of trademark infringement does not even mention the question of whether VIP's use of Bad Spaniels constituted noncommercial or commercial speech.

⁴³ *Jack Daniel's*, 599 U.S. at 165 (Gorsuch, J., concurring, joined by Thomas, J. & Barrett, J. (“It is not entirely clear where the *Rogers* test comes from – is it commanded by the First Amendment, or is it merely gloss on the Lanham Act, perhaps inspired by constitutional-avoidance doctrine?”). Never mind the facts that the statute also doesn't compel the multifactor likelihood of confusion test the Court applied either and that the First Amendment often imposes limitations on torts, whether common-law or statutory. *E.g.*, *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *People for the Ethical Treatment of Animals, Inc. v. North Carolina Farm Bureau Federation, Inc.*, 60 F.4th 815 (4th Cir. 2023) (finding that North Carolina's “ag-gag” law barring unauthorized recordings of “images or sound occurring within an employer's premises” violated the First Amendment rights of animal rights groups to expose animal mistreatment); Erin. K. Coyle, *The Press & Rights to Privacy: First Amendment Freedoms Vs. Invasion of Privacy Claims* 23 (2012) (“The press's First Amendment rights occasionally conflict with privacy rights recognized by state common law and statutory torts that protect individuals' privacy interests against invasions by individuals or private entities.”).

⁴⁴ Graeme Dinwoodie, *Trademark Law as a Normative Project*, manuscript at 32, forthcoming, *Singapore Journal of Legal Studies*.

⁴⁵ *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 219 (2003).

⁴⁶ *Id.*

real limits on the scope of what could otherwise be found to be copyright infringement.⁴⁷

There is no Trademark Clause and no Founding Era federal trademark statute; indeed, the Court invalidated Congress's first attempt to pass a trademark statute, nearly a century later, because it could not be justified under the IP clause.⁴⁸ Nor would what current courts call "likelihood of confusion" be recognizable to post-Reconstruction courts, or even mid-twentieth century courts, both of which protected trademark owners in far more limited circumstances. Until recently, trademark law applied only in cases of "passing off," where the defendant's goods would substitute for purchases of the plaintiff's goods.⁴⁹ The Court's statement that the multifactor likelihood of confusion test provides the only necessary protection for the First Amendment thus lacks the explanatory apparatus it offered in *Eldred*: a basis in text, history, or structure, including the substantive protections of fair use.

Where, then, does the idea that likelihood of confusion is sufficient to accommodate the First Amendment come from? It has long been true that the First Amendment assigned no value to false statements of fact, justifying restrictions on deceptive commercial speech.⁵⁰ But commercial speech has long been narrowly defined, roughly speaking, as speech that "does no more than propose a commercial transaction."⁵¹ Courts had also been careful to limit who gets to declare what's false or misleading, since it is possible to turn almost any objection to speech into the claim that the speech is misleading.⁵² And if anything, recent trends had suggested that the Court was edging towards giving more, not less, protection to commercial speech.⁵³

Jack Daniel's, by contrast, doubled down on Warhol's idea that speech sold for profit gets less protection. Indeed, the Court suggested that such speech might get *no* First Amendment protection against claims labeled "trademark" beyond whatever dubious safety a multifactor likelihood of consumer protection

⁴⁷ *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 219-220 (2003).

⁴⁸ *Trade-Mark Cases*, 100 U.S. 82 (1879).

⁴⁹ Mark P. McKenna (2007, p. 1.858-1.896) (reviewing pre-twentieth century American law). *See, e.g.*, *Borden Ice Cream Co. v. Borden's Condensed Milk Co.*, 201 F. 510 (2d Cir. 1912) (finding no infringement between Borden mark for ice cream and Borden mark for sweetened condensed milk because the products were not the same, so no consumer would buy one thinking it was the other).

⁵⁰ *Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Serv. Comm'n*, 447 U.S. 557, 563 (1980).

⁵¹ *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 748, 762 (1976) (Stewart, J., concurring).

⁵² The most prominent recent examples involve attempts by states, encouraged by the meat and dairy industries, to suppress the use of meat/dairy-associated words for vegan alternatives on the ground that terms like "vegan sausages" or "vegan butter" are misleading, because sausage and butter can't be vegan. *See, e.g.*, *Miyoko's Kitchen v. Ross*, 2021 WL 4497867 (N.D. Cal. Aug. 10, 2021) ("vegan butter"); *cf. Ocheesee Creamery LLC v. Putnam*, 851 F.3d 1228 (11th Cir. 2017) (rejecting state's argument that it was misleading to use "skim milk" to describe milk from which fat had been skimmed, but which was not supplemented with Vitamin A as required by statute).

⁵³ *See, e.g.*, *Matal v. Tam*, 582 U.S. 218, 251-52 (2017) (Kennedy, J., joined by three Justices); *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 564 U.S. 552 (2011).

test may provide, any time a court is willing to find a “use as a mark.”⁵⁴

The Court also revived Jack Daniel’s dilution claim. The dilution cause of action was not even arguably based on any falsity or risk of confusion, but instead on the theory that being associated with dog poop would “tarnish” the consumer image of Jack Daniel’s even though consumers understood that there was no relation between the companies.⁵⁵ One of the statutory exceptions to dilution – the exception for parody and other forms of commentary – applies only to commentaries that were not also used as marks for the defendant’s own goods or services.⁵⁶ Because the parody exception does not cover use as a trademark, the Court reasoned, it must also be the case that the *separate* exception for all “noncommercial” uses⁵⁷ also excluded any uses as marks, thus overturning the Ninth Circuit’s reliance on the latter exception (*Jack Daniel’s*, 599 U.S. at 162).

This is nonsense as a matter of statutory interpretation. Usually, the presence of a limitation in one statutory provision and its absence in a neighboring statutory provision is taken to mean precisely the opposite: that Congress meant to limit one provision and not the other.⁵⁸ Worse, the Court’s interpretation ignores the reason for the exceptions: to ensure that dilution – which, again, does not require any confusion and therefore cannot be justified as an application of commercial speech doctrine to false statements of fact – would not interfere with even arguably protected speech.⁵⁹ Nor did the Ninth Circuit approach render either provision redundant. Parodying a mark in a commercial for a different product, as some advertisers do,⁶⁰ would be covered by the parody exception but not the noncommercial speech exception, while a

⁵⁴ On the challenges of evaluating signifiers that are both expressive and serve as trademarks, see Dogan & Lemley (2013).

⁵⁵ 15 U.S.C. § 1125(c) (protecting famous marks against dilution by “tarnishment” or “blurring”).

⁵⁶ *Id.* § 1125(c)(3)(A) (excepting “any fair use, including a nominative or descriptive fair use, or facilitation of such fair use, of a famous mark by another person other than as a designation of source for the person’s own goods or services,” including “identifying and parodying, criticizing, or commenting upon the famous mark owner or the goods or services of the famous mark owner”).

⁵⁷ *Id.* § 1125(c)(3)(C) (excepting “any noncommercial use of a mark”).

⁵⁸ The maxim is “expressio unius est exclusio alterius.” See, e.g., *Polselli v. Internal Revenue Service*, 598 U.S. 432, 439 (2023) (“We assume that Congress ‘acts intentionally and purposely’ when it ‘includes particular language in one section of a statute but omits it in another section of the same Act.’”) (quoting *Sebelius v. Cloer*, 569 U.S. 369, 378 (2013)) (decided one month before *Jack Daniel’s*). See also Yaquinto (2017, p. 755) (“The noncommercial use exclusion’s language differs from the language of the fair use provision. Whereas the exclusion for fair use does not apply to marks used ‘as a designation of source,’ the noncommercial use exclusion does not have the same limiting language. The absence of such language suggests that Congress did not intend for the noncommercial use exclusion to be read as narrowly as the exclusion for fair use.”) (footnote omitted).

⁵⁹ H.R. Rep. N.º 104-374, at 4 (1995), reprinted in 1995 U.S.C.C.A.N. 1029, 1031 (“The bill will not prohibit or threaten ‘noncommercial’ expression, as that term has been defined by the courts. Nothing in this bill is intended to alter existing case law on the subject of what constitutes ‘commercial’ speech.”); Yaquinto (2017, note 58, at 755-776) (noting that the noncommercial exclusion was added back in, in addition to the parody exclusion, for “added protection,” when Congress revised dilution law in 2005).

⁶⁰ See, e.g., *Conopco, Inc. v. 3DO Co.*, N.º 99 CV 10893(JSM), 53 U.S.P.Q. 3d 146 (S.D.N.Y. 1999) (video game ad parodying “Snuggle” fabric softener spokesbear).

product like Bad Spaniels – even accepting the Court’s analysis of trademark use – would have been covered by the noncommercial speech exception even if the “other than a designation of source” limitation meant that it could not be covered by the parody exception.⁶¹

The Court’s statutory misinterpretation allowed it to cover up its worse incoherence on whether the Bad Spaniels dog toy was itself somehow noncommercial speech, or whether regulating the non-source-indicating aspects of trademarks constitutes an acceptable regulation of commercial speech. The Court waved its hands a bit at this point, concluding that the *name* Bad Spaniels was used as a brand for the parody dog toy (as VIP had conceded), but not discussing whether *the toy itself* was used as a mark – that is, as a source identifier – for itself.⁶² But the district court’s finding of confusion was premised on the shape and design of the toy itself (trade dress), not merely on the name “Bad Spaniels,” which in isolation isn’t confusingly similar to “Jack Daniel’s,” especially when coupled with its canine logo. We think there is something to the Court’s distinction between trademark uses and other uses.⁶³ But its failure to clarify the limited nature of trademark use as a form of commercial speech opened the door to a lot of potential mischief.

Early indications of judicial reaction to *Jack Daniel’s* are discouraging. In *Vans, Inc. v. MSCHF Prod. Studio, Inc.*,⁶⁴ the Second Circuit applied *Jack Daniel’s* crudely, ruling that art collective MSCHF’s Wavy Baby shoes used Vans’ trademarks as marks, particularly what the court of appeals characterized as a distorted version of Vans’ red and white logo used on the shoe boxes:



⁶¹ Indeed, the Court implicitly concedes as much by reading a “use as a mark” limit on the noncommercial exclusion: It cannot identify any other reason the Bad Spaniels toy would be commercial speech.

⁶² *Jack Daniel’s*, 599 U.S. at 156 (discussing *Tommy Hilfiger Licensing, Inc. v. Nature Labs, LLC*, 221 F. Supp. 2d 410, 412 (S.D.N.Y. 2002) (holding that *Rogers* did not apply to pet perfume, though finding confusion unlikely)). The Court’s handwaving was likely aided by VIP’s decision, earlier in the litigation, to claim “trade dress” in its toy. Even though VIP didn’t identify the relevant elements of the putative trade dress – the spaniel logo, the bottle shape, the black and white label, or the combination – this unfortunate-in-retrospect assertion allowed the Court to lump everything together.

⁶³ Indeed, it cited one of us for the proposition. *Id.* (citing Dogan & Lemley, 2007).

⁶⁴ --- F.4th ----, 2023 WL 8385065 (2d Cir. Dec. 5, 2023).

The Second Circuit read *Jack Daniel's* as having held that if something was serving as a mark *even in part*, it was not entitled to the application of the *Rogers* test or any First Amendment protection.⁶⁵ Moreover, it did not limit its analysis to the logo; having found that to be use as a mark, it considered the entire shoe itself exempt from *Rogers* analysis. The Second Circuit then applied the likely confusion factors without any consideration for the value of expression or of parody, contrary to what other courts have done, to what the *Jack Daniel's* Court encouraged lower courts to do, and to its own past practices.⁶⁶ It ruled that “if a parodic use of protected marks and trade dress leaves confusion as to the source of a product, the parody has not ‘succeeded’ for purposes of the Lanham Act.”⁶⁷

While this sounds logical on its face, it is important to understand what “leaves confusion” means in modern trademark law. Even if no purchaser is ever confused, if a nonpurchaser sees the MSCHF shoes on the street and mistakenly thinks they’re authorized by Vans, that’s actionable confusion (“post-sale confusion”) under current law. Similarly, if a potential purchaser considers the MSCHF shoes, briefly thinks they might be a collaboration with Vans, and then learns otherwise before making any decision, that’s also actionable confusion (“initial interest confusion”). Nor does it matter whether any consumers *care* about a link between the plaintiff and the defendant; confusion on its own is actionable if it never changed a single purchasing decision. And that lack of a materiality requirement has feedback effects on confusion analysis: Courts consider confusion more likely when consumers aren’t paying much attention, but consumers aren’t careful when they don’t care (see TUSHNET, 2011, p. 1.354). *Rogers* served to protect noncommercial speech from the cumulative effects of these expansive rules; it is less capable of doing so now because the Second Circuit has held that any branding taints the underlying expressive work.

This all might be manageable if courts required trademark owners to show some kind of harm from these types of “confusion,”⁶⁸ but they no longer are – indeed, as of 2020, they’re entitled to a statutory presumption that the harm

⁶⁵ *Id.* at *7 (quoting, not the Court’s own language, but language from a district court case the Court cited to).

⁶⁶ The Second Circuit weighed the strength of Vans’ trademarks against MSCHF, *id.* at *8, but prior cases recognized that parodies of strong marks are more likely to be recognized as parodies, and that parody always requires some imitation. See, e.g., *Louis Vuitton Malletier S. A. v. Haute Diggity Dog, LLC*, 507 F.3d 252, 265 (4th Cir. 2007) (reasoning that strength of trademark weighs against likely confusion in parody cases because consumers will more easily understand the parody); see also *Cliffs Notes, Inc. v. Bantam Doubleday Dell Pub. Group, Inc.*, 886 F.2d 490, 494 (2d Cir. 1989) (expressive interests in parody justify construing the Lanham Act “narrowly’ [...] and weigh[ing] the public interest in free expression against the public interest in avoiding consumer confusion”).

⁶⁷ *Vans*, --- F.4th ----2023 WL 8385065, at *10; cf. Farley (2023 (suggesting that, under Vans, “within the structure of the multifactor likelihood of confusion test, it will be the burden of the parodist to prove that their joke clearly landed”).

⁶⁸ See Lemley & McKenna (2010, p. 445-446) (arguing that plaintiffs in these non-standard theories of confusion should have to show that the confusion was material to customers’ purchasing decisions); McKenna (2009) (arguing that many of trademark law’s expansive concepts of confusion do not address real risks of harm to trademark owners).

they suffer is *irreparable*.⁶⁹ As a result, the *Van*'s court granted a preliminary injunction banning a work of art without even a final determination that it was likely to confuse anyone – a prior restraint of speech that would almost certainly be illegal in any other area of the First Amendment.⁷⁰

The problem of expansive definitions of confusion is compounded by the fact that the *threshold* for what counts as likely confusion is quite low (LUNNEY, JR., 2018, p. 1208-1213; LEMLEY; McKENNA, 2010, p. 422-426). Anecdotes about people online expressing confusion or worrying that other people might be confused counts as sufficient evidence of likely confusion to many courts, especially for purposes of granting a preliminary injunction.⁷¹ So do consumer surveys finding that 15-20% of consumers are confused while 80-85% are not.⁷² And courts do not consider whether the benefit to the nonconfused consumers of a new option outweighs those risks.⁷³ Again, a key function of *Rogers* has been to protect noncommercial speech from these other doctrines, mainly by insisting that actionable confusion over artworks has to come from some *explicit* falsehood about source or sponsorship by the artist.⁷⁴

⁶⁹ Trademark Modernization Act of 2020, 15 U.S.C. § 1116(a) (providing for a presumption of irreparable harm upon a showing of likely confusion, including for temporary restraining orders and preliminary injunctive relief).

⁷⁰ See, e.g., *Alexander v. United States*, 509 U.S. 544, 550 (1993) (noting that a temporary restraining order or preliminary injunction that restricts speech before a final determination on the merits is a “classic example” of a prior restraint); Lemley & Volokh (1998); see generally Owen M. Fiss, *The Civil Rights Injunction* 69-74 (1978) (discussing rationales for treating injunctions as prior restraints); Blasi (1981, p. 89-92) (injunctions should be deemed prior restraints because, like licensing regimes, they are easily overused and overstate the threat of speech).

⁷¹ See, e.g., *Sara Lee Corp. v. Kayser-Roth Corp.*, 81 F.3d 455, 466 (4th Cir. 1996) (holding anecdotal evidence “overwhelming” based on testimony of six women who purchased wrong product and “service merchandisers” who testified about confusion of store personnel); *Choice Hotels Int’l, Inc. v. Zeal, LLC*, 135 F. Supp. 3d 451, 469 (D.S.C. 2015) (finding that two instances of anecdotal evidence of confusion support finding of actual confusion). Indeed, even anecdotes are unnecessary. *Savin Corp. v. Savin Grp.*, 391 F.3d 439, 459 (2d Cir. 2004) (“it is black letter law that actual confusion need not be shown to prevail under the Lanham Act, since actual confusion is very difficult to prove and the Act requires only a likelihood of confusion as to source”) (cleaned up).

⁷² See, e.g., *Humble Oil & Refining Co. v. American Oil Co.*, 405 F.2d 803 (8th Cir. 1969) (11% confusion justified injunctive relief); *James Burrough, Ltd. v. Sign of Beefeater, Inc.*, 540 F.2d 266, 192 U.S.P.Q. 555, 565 (7th Cir. 1976) (“We cannot agree that 15% is ‘small.’ Though the percentage of likely confusion required may vary from case to case, we cannot consider 15 percent, in the context of this case, involving the entire restaurant-going community, to be de minimis.”) *Novartis Consumer Health, Inc. v. Johnson & Johnson-Merck Consumer Pharm., Co.*, 290 F.3d 578, 594 (3d Cir. 2002); *Eli Lilly Co. v. Arla Foods, Inc.*, 2017 WL 4570547, at *9 (E.D. Wis. June 15, 2017), aff’d 893 F.3d 375 (7th Cir. 2018)); see generally McCarthy on Trademarks and Unfair Competition § 32:188 (5th ed. 2021) (discussing range of survey percentages accepted and rejected by courts as sufficient; “Where other evidence is supportive, courts have found a likelihood of confusion when survey results are between 10% and 20%.”).

⁷³ As Michael Grynberg (2006) has persuasively argued, the failure to consider any benefits to nonconfused consumers is a key flaw in this doctrine.

⁷⁴ *Rogers* also says that uses have to be “artistically relevant” to get the benefit of this protection, but instructs courts to be generous to speakers on this point. *Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994, 999 (2d Cir. 1989) (liability should not attach to uses of trademarks in titles “unless the title has no artistic relevance to the underlying work whatsoever, or, if it has some artistic relevance, unless the title explicitly misleads as to the source or the content of the work”; the standard is “minimal” relevance).

The general standards for actionable confusion are far, far lower than the standards for torts such as defamation. To protect free speech, courts in defamation cases carefully scrutinize accused statements to ensure that there is a clear statement of falsifiable fact;⁷⁵ courts use a normative definition of reasonability that requires some common sense and skepticism from consumers;⁷⁶ and they require at least a negligent and often a reckless state of mind.⁷⁷ As the *Vans* case indicates, *Jack Daniel's* may encourage lower courts to ban speech with none of those safeguards.

Even assuming the case presented only issues of commercial speech, the result in *Jack Daniel's* is questionable as a matter of First Amendment doctrine. The Court has recently struck down as unconstitutional trademark statutes that restrict speech much less directly than the injunction at issue in *Jack Daniel's*. In *Tam v. Matal* (582 U.S. 218, 2017) and *Iancu v. Brunetti* (588 U.S. ----, 139 S. Ct. 2294 (2019)) the government's decisions not to allow a trademark registration for immoral, scandalous, or disparaging marks did not prevent the challengers from using those terms at all, or even from using them as trademarks. It merely prevented them from obtaining the additional but optional benefits of government registration.⁷⁸ Nonetheless, the Court invalidated the bars on registration as impermissible viewpoint-based interference with speech rights. By contrast, the injunction the Ninth Circuit overturned prevented VIP Products from selling the Bad Spaniels dog toy at all.⁷⁹ Trademark registrations, it seems,

⁷⁵ See, e.g., *Levinsky's, Inc. v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 127 F.3d 122, 129 (1st Cir. 1997) (requiring accused statements to have "an easily ascertainable and objectively verifiable meaning" that could render them falsifiable).

⁷⁶ *Milkovich v. Lorain J. Co.*, 497 U.S. 1, 20 (1990); *Farah v. Esquire Mag.*, 736 F.3d 528, 536, 537, 539 (D.C. Cir. 2013) (the reasonable reader's perspective "is more informed by an assessment of her well-considered view than by her immediate yet transitory reaction"; "the [defamation] test [...] is not whether some actual readers were misled, but whether the hypothetical reasonable reader could be (after time for reflection)"; even a "poorly executed" parody is ordinarily not actionable); *Mink v. Knox*, 613 F.3d 995, 1005 (10th Cir. 2010); *Moldea v. New York Times Co.*, 22 F.3d 310, 314 (D.C. Cir. 1994); see also *Golb v. Att'y Gen. of N.Y.*, 870 F.3d 89, 102 (2d Cir. 2017) ("A parody enjoys First Amendment protection notwithstanding that not everybody will get the joke."). A "reasonable reader" is "no dullard. He or she does not represent the lowest common denominator, but reasonable intelligence and learning. He or she can tell the difference between satire and sincerity." *New Times, Inc. v. Isaacks*, 146 S.W.3d 144, 157 (Tex. 2004) (quoting *Patrick v. Sup. Ct.*, 27 Cal. Rptr. 2d 883, 887 (Ct. App. 1994)). "Nor is the reasonable person some totally humorless drudge who cannot perceive the presence of subtle invective." *Patrick*, 27 Cal. Rptr. 2d at 887.

⁷⁷ *Gertz v. Robert Welch*, 418 U.S. 323, 347 (1974) (requiring at least fault/negligence for defamation of private figures); *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 279-80 (1964) (actual malice for public figures).

⁷⁸ No one suggested that the government could have barred the use of such disparaging, scandalous, etc. terms. See *Ramsey* (2018). There is some doubt about whether an unregistrable trademark is nonetheless protectable against competitors under state or federal common law, but that is a matter of exclusivity, not of freedom of use. See *Tushnet* (2017, p. 883) (noting that whether an unregistrable mark is protectable under common law is "a question to which, surprisingly, there is no clear answer even after nearly seven decades under the Lanham Act").

⁷⁹ In a case pending this term, *Vidal v. Elster*, N.º 22-704, the Court faces the constitutionality of another part of the same statutory section it struck down in *Tam* and *Brunetti*: the blanket prohibition on registering a mark that includes a living person's name without that person's consent 15 U.S.C. § 1052(c). While the unconstitutionality of that provision as applied to criticism of public figures would seem a foregone conclusion under *Tam* and *Brunetti*, as the Federal Circuit concluded, *In re Elster*, 26 F.4th 1328 (Fed. Cir. 2022), indications from the oral argument are that the Court was inclined to uphold the statute.

are intangible property rights that must regularly be granted by the government *because* trademarks can express important messages, but that expression then provides rights to suppress others' speech with no First Amendment worries.⁸⁰

Ignoring the First Amendment might have seemed harmless because *Jack Daniel's* repeatedly took pains to emphasize the narrow nature of its holding (599 U.S. at 154). The majority cited, with approval, *Rogers* cases involving creative works that used trademarks in their titles or content – Aqua's earworm song *Barbie Girl*,⁸¹ sports paintings that depicted recognizable university uniforms,⁸² and a movie in which a character's mispronunciation of "Louis Vuitton" and use of a Vuitton-esque suitcase was a plot point.⁸³ Despite the Court's claim that these cases involved "solely" expressive uses and not source-indication, both *Rogers* itself and the *Barbie Girl* cases included survey evidence purporting to show levels of confusion that usually justify a finding of infringement. In essence, the majority seemed to think that traditional expressive works, as opposed to tchotchkes like the Bad Spaniels dog toy, could benefit from the *Rogers* test. Moreover, this would be perfectly consistent with the idea that *source* indication is of particular concern to consumers and to the law.

One way to resolve the tension between the Court's assertions and the facts of the cases is to say that the evidence of confusion in *Rogers* and the *Barbie Girl* case was only about confusion over whether the defendants *needed* or *had* permission from the trademark owner. That kind of confusion is not the same as anyone being confused about the actual *source* of the movie or song, which was clearly Fellini and Aqua, respectively. And it could be workable to limit *Rogers* to situations that are best described as affiliation, sponsorship, or approval confusion, and not cases in which consumers might buy one thing thinking it to be another.⁸⁴ That could also make sense of *Rogers*' own statement that confusion over whether Jane Fonda was responsible for an unauthorized *Jane Fonda's Workout Book* would be actionable.⁸⁵

⁸⁰ Indeed, at oral argument in *Elster*, the Court seemed receptive to the idea that the intangible "right of publicity" justified the prohibition on registering unauthorized uses of a name that were critical and nonconfusing, even though the government conceded that the right of publicity would not allow a public figure to enjoin the uses themselves. Although an intangible right to control speech, unlike a right to control who is using a specific pencil or computer, depends entirely on the government to define its boundaries, the Court nonetheless seems to consider "intangible private property" a trump.

⁸¹ *Mattel, Inc. v. MCA Records, Inc.*, 296 F. 3d 894, 901 (9th Cir. 2002). The Court simply asserted that these were cases in which "a trademark is used not to designate a work's source, but solely to perform some other expressive function." *Jack Daniel's*, 599 U.S. at 154.

⁸² *University of Ala. Bd. of Trustees v. New Life Art, Inc.*, 683 F. 3d 1266, 1279 (2012).

⁸³ *Louis Vuitton Mallatier S. A. v. Warner Bros. Entertainment Inc.*, 868 F. Supp. 2d 172 (S.D.N.Y. 2012).

⁸⁴ See *Jack Daniel's*, 599 U.S. at 157 ("The cardinal sin under [trademark] law [...] is to undermine that function. It is to confuse consumers about source – to make (some of) them think that one producer's products are another's. And that kind of confusion is most likely to arise when someone uses another's trademark as a trademark – meaning, again, as a source identifier – rather than for some other expressive function.") (citation omitted).

⁸⁵ *Rogers*, 875 F.2d at 999 (contrasting *Ginger and Fred* with "titles – such as 'Nimmer on Copyright' and 'Jane Fonda's Workout Book' – [that] explicitly state the author of the work or at least the name of the person the publisher is entitled to associate with the preparation of the wor.").

Unfortunately, that is not how *Jack Daniel's* has been read. Among other things, while the source/affiliation divide is an attractive one intuitively, plaintiffs routinely allege both; the difference in *Rogers* cases has generally been that courts didn't accept the plaintiffs' characterizations, even for purposes of a motion to dismiss. *Van's* was not the only lower court to pick up on the Court's characterization of successful *Rogers* defenses as not involving *any* source-indicating functions. In *Homevestors of America v. Warner Bros. Discovery*,⁸⁶ the court held that it need not apply *Rogers* or engage in any First Amendment scrutiny in determining that the title of a TV show ("Ugliest House in America") can infringe the plaintiff's trademarks related to the sale of "ugly houses." It determined (incorrectly) that because the term was the name of a TV show it was a trademark.⁸⁷ And it then determined (incorrectly) that because it might function as a trademark, even in part, *Rogers* did not apply. This reading eliminates *Rogers* altogether. Indeed, under *Homevestors's* view of the Court's analysis, the *Rogers* test wouldn't have been applicable to *Rogers* itself, since that case, like *Homevestors*, involved the title of an expressive work.⁸⁸

These overreadings of *Jack Daniel's* are possible because the Court didn't give attention to the expansion of trademark law beyond source confusion in its analysis, although Justice Sotomayor's concurrence mentions the problem in her discussion of the troubling use of survey evidence in such cases. It seems clear the *Jack Daniel's* Court did not think it was abolishing *Rogers*, and much of the Court's opinion would make no sense on that view. Nonetheless, so far that seems to be the practical effect in the lower courts. At the very least, it will create drawn-out litigation requiring discovery, which itself has a chilling effect, and which *Rogers* took great pains to avoid.⁸⁹

⁸⁶ N.º 1:22-cv-01583-RGA (D. Del. Dec. 21, 2023).

⁸⁷ In fact, titles of individual expressive works are not viewed as source-identifying in trademark law absent exceptional circumstances because they are not source-identifiers. *Herbko Intern., Inc. v. Kappa Books, Inc.*, 308 F.3d 1156, 1162 (Fed. Cir. 2002). (This rule may well be under attack in trademark law because of the relentless expansion of trademark claims, but that fact makes the threat to *Rogers* even greater, because courts may be predisposed to jump from "titles can be source-identifying" to "no First Amendment protection applies to titles.") TV series titles also identify the expressive work the audience will see – something that seems trademark-like, but also serves core non-trademark functions and should not be treated like an ordinary commercial trademark. *Cf. Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 539 U.S. 23, 33-34 (2003) (explaining that allowing trademark law to control ordinary uses of expressive works would conflict with copyright law).

⁸⁸ The *Rogers* court itself acknowledged that titles serve functions that seem trademark-like, insofar as they can identify a particular work (so that people know whether they are watching *Black Beauty* or *Black Mirror*). *Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994, 998 (2d Cir. 1989) ("Titles, like the artistic works they identify, are of a hybrid nature, combining artistic expression and commercial promotion. The title of a movie may be both an integral element of the filmmaker's expression as well as a significant means of marketing the film to the public. The artistic and commercial elements of titles are inextricably intertwined.")

⁸⁹ *MGFB Properties, Inc. v. Viacom Inc.*, 54 F.4th 670, 688 (11th Cir. 2022) (Brasher, J., concurring) (*Rogers* avoids need for "extensive fact-finding"; "certainty is especially important in an area like this one where even the prospect of liability has the effect of chilling constitutionally protected speech") (citing LUNNEY, 2018, p. 1.201); *Mattel, Inc. v. MCA Records, Inc.*, 296 F.3d 894, 900-02 (9th Cir. 2002); *New Kids on the Block v. News America Publishing, Inc.*, 971 F.2d 302, 306-08 (9th Cir. 1992); Bone (2020, p. 1.213) ("The open-ended nature of factual determinations in trademark cases generates uncertainty about outcome. One of the main sources of this uncertainty is the vague multifactor test for likelihood of confusion.") (footnote omitted). For an argument for raising that threshold to help protect speech interests, see Ramsey & Farley (2023).

3 THROUGH A GLASS, DARKLY

3.a The Missing First Amendment in the Court's IP Cases

Both *Warhol* and *Jack Daniel's* are in considerable tension with the Supreme Court's (explicit) First Amendment jurisprudence. The *Warhol* decision suggests that both speech that builds on someone else's work and speech for money are entitled to less protection against copyright claims. By contrast, just a month later, the Court in *303 Creative LLC v. Elenis* (600 U.S. 570, 2023), holding that First Amendment protections apply to the creation of a wedding website, went out of its way to emphasize that an individual's speech is protected even if it is for profit and does not have its own standalone message (600 U.S. 588, 2023). It noted that "many of the world's great works of literature and art were created with an expectation of compensation" (600 U.S. 594, 2023), and that "the First Amendment's protections belong to all, not just to speakers whose motives the government finds worthy." (600 U.S. 595, 2023). Indeed, over the past two decades the Court has not only given full First Amendment protection to speech with a profit motive but has arguably privileged it over other speech claims.⁹⁰

Jack Daniel's too seems at odds with the trend in the Court's First Amendment jurisprudence. The Court's conclusion that a defendant's use as a trademark obviates the need for any further consideration of the First Amendment seems like a strong form of the rule that commercial speech receives significantly less protection than other forms of speech,⁹¹ combined with an

⁹⁰ Sorrell v. IMS Health Inc., 564 U.S. 552 (2011); Citizens United v. Federal Election Comm'n, 558 U.S. 310 (2010); Lorillard Tobacco Co. v. Reilly, 533 U.S. 525, 572, 121 S.Ct. 2404, 150 L.Ed.2d 532 (2001) (Thomas, J., concurring in part and concurring in judgment) ("I continue to believe that when the government seeks to restrict truthful speech in order to suppress the ideas it conveys, strict scrutiny is appropriate, whether or not the speech in question may be characterized as 'commercial'."); Cortez & Sage (2023, p. 713) (describing free speech as "the centerpiece of the Roberts Court's broadly deregulatory agenda," threatening "all kinds of regulation – from business licensing, to warning labels, to mandatory workplace disclosures, to country-of-origin labeling, to warnings of cellular phone radiofrequency exposure, to enforcement actions for unsubstantiated marketing claims, to disclosure requirements for 'conflict minerals.'") (footnotes omitted).

⁹¹ Lisa Ramsey suggested to us that there may be "trademark uses" that are not "commercial uses," such as the name of a political party. But that is just to move the question around: why would "trademark uses" that cause confusion be actionable without any requirement of intent, fault, or materiality? It happens that the most relevant political party case, *United We Stand Am., Inc. v. United We Stand, Am. New York, Inc.*, 128 F.3d 86 (1997), had decent evidence of materiality (people giving to the wrong group), and defendants knew the national party's objections. But nothing in trademark doctrine *required* materiality, or any fault or knowledge – or source confusion, as opposed to affiliation or sponsorship confusion. If it is acceptable to tell a political party faction to stop using its name without these things, we ought to know why. If, on the other hand, we think trademark claims against noncommercial speech should be held to a higher standard, we can't be using the ordinary definition of likely confusion – whether one calls that constitutional avoidance or a direct application of the First Amendment. It's plausible that there's a compelling interest in regulating "speaker-indicating uses" even in the absence of fault (though materiality should still be required, see *United States v. Alvarez*, 567 US 709, 723 (2012)), and that therefore the Court wasn't relying on commercial speech concepts, but the Court's studied avoidance of any internal First Amendment concepts – compelling interest,

incredibly expansive definition of commercial speech.⁹² But both of those things are inconsistent with existing law and with the trends in that law. Indeed, only five years ago the Supreme Court was unanimous in striking down a statute that refused registration to disparaging trademarks, with four of the eight Justices noting that even if the regulation burdened only commercial speech it was still unconstitutional.⁹³ The premise of that case was that the speech at issue was used as a trademark, so trademark use can't itself deprive speech of protection.

Similarly, while the Court seems happy to ignore the First Amendment in IP cases, elsewhere it has applied the First Amendment to strike down laws that impinge far less on free speech than copyright and trademark law do. The Roberts Court has, in the name of free speech, limited torts like intentional infliction of emotional distress,⁹⁴ overruled previous doctrine to protect people who don't want to pay union dues,⁹⁵ protected deliberate lies that don't cause material harm,⁹⁶ and declined to allow Congress to expand categories of unprotected speech (at least when they couldn't be linked in some way to IP).⁹⁷

Warhol and *Jack Daniel's* don't involve traditionally political divisions. The Court's conservatives and liberals were not obviously divided in *Warhol*, with Justice Kagan joined by Chief Justice Roberts in dissent and feuding bitterly with Justice Sotomayor. And the decision in *Jack Daniel's* was unanimous, albeit with concurrences pointing in different directions. But the short shrift given to the First Amendment interests at stake suggests that the Justices see IP rights as a First Amendment-free zone, even when Congress has created – or courts have expanded – those rights far past their original scope.

intermediate or strict scrutiny, commercial speech – make it impossible to tell.

One could argue that, in practice, trademark claims against political speech will only succeed when there's fault and materiality, since courts will see through non-confusion-motivated attempts to suppress political speech. But, even if such a thumb on the scale doesn't count as a doctrine distinguishing commercial from noncommercial speech, it only makes sense for pure source confusion; affiliation confusion is easily asserted, and misused. *See, e.g.,* *Browne v. McCain*, 612 F. Supp. 2d 1125 (C.D. Cal. 2009).

⁹² Although “commercial speech” extends beyond conventional advertising, the fact that speech is sold for profit, or ad-supported, has not been enough to make it “commercial speech” outside of IP doctrine. *See* cases cited *supra* note 17.

⁹³ *Matal v. Tam*, 582 U.S. 218, 244-45 (2017) (opinion of four Justices) (finding that, regardless of whether trademarks are always commercial speech, the bar on registering “disparaging” marks could not stand); *id.* at 251 (Kennedy, J., concurring in part, with three other Justices) (same); *id.* at 254 (Thomas, J., concurring in part and concurring in the judgment) (reiterating his argument that regulations of truthful commercial speech should be subjected to strict scrutiny).

⁹⁴ *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011).

⁹⁵ *Janus v. American Federation of State, County, and Mun. Employees, Council 31*, 585 U.S. ---, 138 S. Ct. 2448 (2018).

⁹⁶ *United States v. Alvarez*, 567 US 709, 723 (2012). Strikingly, *Alvarez* involved opinions that referred to trademark as if trademark law was unquestionably constitutional in any form. Justice Breyer even conflated dilution, which does not require consumer confusion, with infringement, which does (although it does not require materiality either). *Id.* at 735-36 (Breyer, J., concurring, with Kagan, J.); *see also id.* at 743-44 (Alito, J., with Scalia, J., & Thomas, J., dissenting) (pointing to trademark law to show that the Stolen Valor Act should be upheld as a protection against “dilution” of military honors).

⁹⁷ *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460 (2010) (overturning a law banning videos that show animals being tortured and killed).

3.b Why Is the First Amendment Missing?

What is going on here? At first blush one might think the answer is simply siloing: the Court simply places IP in a different category and turns its blinders on when it comes to the speech implications of preventing Andy Warhol or dog toy companies from selling their speech. Certainly it has long been true that copyright law in particular has received an (unjustified) free pass from First Amendment strictures (*see, e.g.*, LEMLEY; VOLOKH, 1998, p. 197-198; OLSON, 2010, p. 558-653; TUSHNET, 2004; YEN, 2020, p. 1.217-1.220). But the Court has deflected First Amendment worries about copyright precisely by pointing to the freedom that fair use provides to make one's own statements using copyrighted works;⁹⁸ the Court can't heavily circumscribe that freedom without resurrecting the very First Amendment issues it sought to inter. And in any event that First Amendment free pass has never before been true of trademark law. Indeed, twice in the last five years the Court has struck down parts of the trademark statute as First Amendment violations.⁹⁹

Nor is it just that no one raised the First Amendment issues in these cases. To the contrary, numerous briefs in both cases discussed the free speech implications, and Justice Kagan's dissent in *Warhol* addressed them directly,¹⁰⁰ while Justice Sotomayor's concurrence in *Jack Daniel's* did so indirectly by cautioning courts to scrutinize "confusion" evidence carefully in parody cases.¹⁰¹ And the Ninth Circuit had applied the explicitly First Amendment-driven *Rogers* test in the opinion reversed in *Jack Daniel's*, so the Court had to affirmatively decide to ignore the First Amendment in favor of a likelihood of confusion and dilution inquiry. In both cases it rejected speech-protective limiting doctrines without mentioning, much less distinguishing, the First Amendment doctrines it cast aside.

We can't, of course, read the minds of the justices. But we believe there are three possible explanations for this loud silence.

First, perhaps the Court is indeed engaged in a form of siloing, though not with as coarse a filter as "IP is exempt from the Constitution." Rather, the Court's decisions reflect a determined focus on a particular legal issue to the

⁹⁸ *Golan v. Holder*, 565 U.S. 302, 328 (2012); *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 219-20 (2003).

⁹⁹ *Iancu v. Brunetti*, 588 U.S. ----, 139 S. Ct. 2294 (2019); *Matal v. Tam*, 582 U.S. 218 (2017).

¹⁰⁰ *Warhol*, 598 U.S. at 560 (Kagan, J., dissenting) ("Congress and the courts have long recognized that an overly stringent copyright regime actually stifles creativity by preventing artists from building on the work of others. [...] The fair-use test's first factor [...] provides 'breathing space' for artists to use existing materials to make fundamentally new works, for the public's enjoyment and benefit. In now remaking that factor, [...] the majority hampers creative progress and undermines creative freedom.") (cleaned up).

¹⁰¹ *Jack Daniel's*, 599 U.S. at 163-64 (Sotomayor, J., concurring) ("In the context of parodies and potentially other uses implicating First Amendment concerns, courts should treat the results of surveys with particular caution. ... Allowing such survey results to drive the infringement analysis would risk silencing a great many parodies, even ones that by other metrics are unlikely to result in the confusion about sourcing that is the core concern of the Lanham Act.")

exclusion of the broader framework of the law. The Court proceeds from the conclusion it wants to reach (i.e., Warhol shouldn't be able to compete with Goldsmith to sell images of Prince for magazine covers) and ignores the larger implications of its rather dramatic changes to fair use law. This is consistent with some criticisms of the Court's decisions in patent cases: The Court reaches the result it wants to reach in the case before it and lets the chips fall where they may (See GUGLIUZZA; LEMLEY, 2023-2024). But it begs the question of *why* the Court wants to reach those results, which seem somewhat at odds with its own instincts. Justice Kagan's majority opinion in *Jack Daniel's* seems quite skeptical that Bad Spaniels dog toys would confuse anyone,¹⁰² and Justice Sotomayor's concurrence even more so.¹⁰³ But the Court's reversal of the Ninth Circuit's ruling sets up a scenario where the district court might once again accept dubious survey evidence suggesting confusion.

Second, it is possible that trademark and copyright have become ensnared in the larger, sudden reversal of the political valence of the Free Speech Clause to conservatives, especially with respect to commercial speech doctrine. States like Florida and Texas are increasingly attempting to dictate what private parties can say, and defending their acts as ordinary regulations of commercial speech,¹⁰⁴ while at the same time punishing private parties for speech that is unpopular.¹⁰⁵ A key to this inversion is the idea that speech by corporations –

¹⁰² *Jack Daniel's*, 599 U.S. at 161 (reaffirming cases that state that parodies are unlikely to confuse).

¹⁰³ *Id.* at 164-65 (Sotomayor, J., concurring) (explaining why well-resourced trademark owners can silence parodists).

¹⁰⁴ See, e.g., *NetChoice, L.L.C. v. Paxton*, 49 F.4th 439 (5th Cir. 2022) (state law restricting ability of private social media platforms to control speech on their platforms), *cert granted*, N.º 22-555 (Sept. 29, 2023); *NetChoice, LLC v. Attorney General*, 34 F.4th 1196 (11th Cir. 2022), *cert granted sub nom. Moody v. NetChoice, LLC*, N.º 22-277 (Sept. 29, 2023) (same); *Media Matters for America v. Paxton*, 23-cv-03363-PX (D. Md. filed Dec. 12, 2023) (state investigation of nonprofit for “deceptive trade practices” in reporting on Nazi and related content found on X); *Honeyfund.com, Inc. v. DeSantis*, 622 F.Supp.3d 1159 (N.D. Fla. 2022) (state law prohibiting employers from requiring any activity that promoted any of eight forbidden concepts); *Ariz. State Treasurer's Off., Investment Policy Statement*, at 1 (2022), https://www.aztreasury.gov/_files/ugd/8bb536_415fda871e864b9ea1fb95fce704874e.pdf [<https://perma.cc/XT84-HFFX>] (prohibiting state investment in a fund that “is branded, advertised or otherwise publicly described [...] as furthering: 1. International, domestic, or industry agreements relating to environmental or social goals. 2. Corporate governance structures based on social characteristics. 3. Social or environmental goals”); *Cora Neas, Seattle Hospital sues after Texas Attorney General asks for handover of patient records*, KXAN Austin, <https://www.kxan.com/news/texas/seattle-hospital-sues-after-texas-attorney-general-asks-for-handover-of-patient-records/amp/> (AG informed out-of-state hospital that it was investigating “misrepresentations regarding Gender Transitioning and Reassignment Treatments and Procedures and Texas law” that allegedly violated the Texas Deceptive Trade Practices-Consumer Protection Act).

¹⁰⁵ See, e.g., *Wollschlaeger v. Governor, Florida*, 848 F.3d 1293 (11th Cir. 2017) (law prohibiting pediatricians from asking about guns); *Woodlands Pride, Inc. v. Paxton*, --- F.Supp.3d ---, 2023 WL 6226113 (S.D. Tex. Sept. 26, 2023) (anti-drag law); *Imperial Sovereign Court of Montana v. Knudsen*, --- F. Supp. 3d ---, 2023 WL 4847007 (D. Mont. Jul. 28, 2023) (same); *HM Florida-ORL, LLC v. Griffin*, --- F. Supp. 3d ---, 2023 WL 4157542 (M.D. Fla. Jun. 23, 2023) (same); *Southern Utah Drag Stars v. City of St. George*, --- F. Supp. 3d --- 2023 WL 4053395 (D. Utah Jun. 16, 2023) (same); *K. C. v. Individual Members of Medical Licensing Board of Indiana*, --- F. Supp. 3d ---, 2023 WL 4054086 (S.D. Ind. Jun. 16, 2023) (state law prohibiting counseling on gender transition); *Brandt v. Rutledge*, 551 F. Supp. 3d 882, 892 (E.D. Ark. 2021) (same), *aff'd*, 47 F.4th 661, 671-72 (8th Cir. 2022); *Amended Complaint at 73-78, Disney v. DeSantis*, N.º 23-cv-163 (N.D. Fla. May 8, 2023) (state law depriving Disney of

long a conservative *cause celebre* when they liked the content of that speech¹⁰⁶ – is entitled to less protection not because it does no more than propose a commercial transaction, but simply because they *are* corporations, so what they are doing is “commercial” in a nonconstitutional sense.¹⁰⁷ A lower level of protection for speech that can be characterized as commercial thus seems attractive to conservative theorists who were previously dubious that anything other than strict scrutiny should ever apply to any speech regulation. But the reversal is far from complete, especially among Justices.

In this shifting environment, it’s hardly surprising that the Court simply declined to address either (1) the sharp divergence between what counts as “commercial” use for copyright purposes and the First Amendment definition of “commercial” speech or (2) the question of whether trademark uses are always commercial speech. It seems unlikely that the Justices could have achieved even a majority, much less a consensus, on those topics, for reasons having little to do with IP.

This can’t be a complete explanation, because this reversal of polarity is so far limited only to some conservative jurists, and they didn’t write either *Warhol* or *Jack Daniel’s*. But it may explain the otherwise strange bedfellows the opinions created, and in particular the willingness of the Court’s right wing to sign on to rulings that seem quite obviously inconsistent with decades of their own First Amendment jurisprudence.

This dynamic raises a question hardly limited to IP: What are speech categories – whether called strict scrutiny versus intermediate scrutiny or something else – good for? We use them to judge whether the government’s articulated interest is sufficiently linked to the restrictions it has chosen, or whether differing treatment is based on legally sound distinctions. Even for First Amendment theorists who don’t want rigid categories of strict and intermediate scrutiny, the very different implications of confusion claims applied to movies and confusion claims applied to cans of corn deserve attention. Likewise, even if the Andy Warhol Foundation ought to pay Lynn Goldsmith, we should worry

previous benefits in retaliation for opposing “Don’t Say Gay”). Far more bills of this type have been proposed and passed than have been litigated.

¹⁰⁶ See, e.g., Kozinski & Banner (1993, p. 762) (criticizing the lower level of protection for commercial speech compared to political speech); see also Coates IV (2015, p. 223-224, 249) (finding that “corporations have increasingly displaced individuals as direct beneficiaries of First Amendment rights” and that the Court’s “docket now [is] roughly split between business and individual cases”); Strauss (2018, p. 1.067-1.070) (discussing the effect of the “conservative counterrevolution” on First Amendment commercial and corporate speech doctrines).

¹⁰⁷ See, e.g., Douek & Lakier (2022, p. 1, 6) (noting that conservatives now evince discomfort with corporate power, and that Republicans in 33 states have introduced anti-content moderation bills after January 2020, when multiple platforms banned Donald Trump); Shanor & Light (2023, p. 391) (“The libertarian, pro-business, and private-property-supporting strains of the conservative legal movement – which have been dominant since the Reagan Administration and flourished within First Amendment law over the last thirty years [...] – are increasingly being eclipsed by a new form of legalism [that] seeks to tie the hands of businesses and investors that express views associated with progressive politics, even if done for profit-seeking reasons.”) (footnotes omitted).

about a fair use doctrine that tells factfinders to distinguish satire from parody – inviting them to allow only those critical re-uses with which they agree. And we should worry even more about a doctrine that says that *creating* speech might be permissible but sharing it with the world will not be.

Third, the Court’s First Amendment jurisprudence in IP may reflect its current preoccupation with legislative over judicial restrictions on speech. The legal realists taught us that an injunction issued by a judge and enforced by the threat of prison is every bit as much state action as an ordinance passed by a city council.¹⁰⁸ And that recognition made it into Supreme Court jurisprudence in the twentieth century.¹⁰⁹ But the Court today seems much less concerned about courts actually ordering people not to speak than it is about the potential chilling and distorting speech implications of ordinary regulations by other branches of government.¹¹⁰ The Court’s willingness to see threats to speech in the government’s refusal to register trademarks but not in a court altogether banning the sale of products bearing messages is of a piece with this new emphasis.¹¹¹

One factor explaining this view is the Court’s (likely misplaced) epistemological confidence: where judges are in charge of the standard, we can count on them to do the right thing and there is no need to worry about free speech suppression and chilling effects from expensive litigation. There are some resonances in this approach with the Court’s insistence that there is an eternal, unchanging common law established at the Founding or Reconstruction against which legal innovations (at least some of them) must be measured by the Justices.¹¹² This approach can be seen in the Court’s Takings¹¹³ and Second

¹⁰⁸ See, e.g., Hale (1923, p. 471); Leff (1978, p. 997); Cohen (1927, p. 22). See generally Seidman & Tushnet (1996, p. 70-71) (discussing tensions in state action doctrine inherited from Realists).

¹⁰⁹ *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1, 20 (1948) (judicial enforcement of racially restrictive covenants was an unconstitutional exercise of state power); see Benkler (2014, p. 351-352) (“*New York Times Co. v. Sullivan* was the first major legal realist First Amendment opinion [...]. The great innovation in *Sullivan* was its willingness to acknowledge that an established rule of private law could become a source of constitutionally proscribed censorship.”) (footnotes omitted).

¹¹⁰ See, e.g., *Expressions Hair Design v. Schneiderman*, 581 U.S. 37, 47 (2017) (holding that a ban on surcharges for using a credit card unconstitutionally regulated speech because it dictated how stores communicated prices).

¹¹¹ Even the expected reversal in *Elster* would not change our analysis if, as seems likely, it’s based on the claim that refusing registration protects the publicity right of the named person even in the absence of confusion. The government would then only be acting to protect private intangible property, not asserting interests of its own (notwithstanding that the right of publicity doesn’t currently allow people to suppress criticism).

¹¹² See Siegel (2023, p. 101) (explaining that the choice of period ensures that both common and statutory law were explicitly biased against nonwhites and in favor of men); cf. *Jones v. United States*, 529 U.S. 848 (2000) (reversing federal conviction for arson, a “paradigmatic common-law state crime,” on the ground that the commerce power did not reach the targeted building); *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000) (invalidating portions of the Violence Against Women Act as exceeding congressional authority under the Commerce Clause and Section 5 of the Fourteenth Amendment); Siegel (1996, p. 2.201-2.202) (explaining how the federalism/commerce objections to VAWA are founded in the common-law approach to violence against women as a purely private matter).

¹¹³ See, e.g., *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003, 1029 (1992) (requiring takings analysis to use a baseline of “common law” nuisance).

Amendment jurisprudence¹¹⁴ and in cases like *TransUnion v. Ramirez*, which held that courts must decide whether Congress had identified a harm that was common-law-like enough to allow Congress to create a private right of action in federal court.¹¹⁵ Or perhaps it reflects a power dynamic in which the Court strengthens its hand at the expense of other branches of government.¹¹⁶

We're not sure this distinction makes sense even in the abstract. The trademark statute doesn't refuse or cancel trademark registrations; individual judges and bureaucrats do. But in any event it seems an odd line to draw in IP. Federal copyright is a creature of statutory law. There is no federal common law copyright,¹¹⁷ and statutory law displaces any state common law copyrights for fixed works (17 U.S.C. § 301). Defenses like fair use are also codified (sometimes in exhaustive detail) (17 U.S.C. §§ 107-122). Meanwhile, as noted above, the federal trademark statute goes far beyond what was available to trademark claimants at common law, including by providing a variety of presumptions favoring a trademark owner and protecting against "dilution."¹¹⁸ So even if the decisions reflected a newfound discomfort with the idea that judges are state actors, in both of these cases it was a statute, not merely a judicial decision, whose application presented the First Amendment questions.

A variant of this theory is that the Court disdains judicially-created speech protective doctrines – perhaps as a general matter, or perhaps where they coexist with a statutory scheme. This is most evident in Justice Gorsuch's concurrence in *Jack Daniel's* which casts doubt on whether the *Rogers* test or anything like it has any legitimacy because it's not in the statute.¹¹⁹ But you can see echoes of it in the majority opinion's treatment of dilution, which starts and stops with (mis)reading the statute and suggests that if there is a statutory defense nothing more need be said. And you catch hints of it in *Warhol's* deemphasis of transformative works – the central focus of fair use doctrine for the past thirty years¹²⁰ – in favor of the nonexclusive list of categories described in the fair use statute.

¹¹⁴ *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U.S. 1 (2023); *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570, 635 (2008).

¹¹⁵ *TransUnion LLC v. Ramirez*, 594 U.S. ----, 141 S. Ct. 2190, 2204 (2021).

¹¹⁶ *Cf.* Lemley (2021) (noting this dynamic, but also noting that the Court has been weakening lower courts as well).

¹¹⁷ *Wheaton v. Peters*, 33 U.S. 591, 8 L. Ed. 1055 (1834).

¹¹⁸ See, e.g., 15 U.S.C. § 1057(b) (creating presumption of validity for registered marks); §§ 1065, 1115(b) (creating "incontestable" registrations whose source-indicating function cannot be challenged under most circumstances); 15 U.S.C. § 1125(c) (creating federal dilution cause of action); Lemley & McKenna (2010) (detailing massive expansion in scope of trademark law, including what counts as actionable confusion), Sheff (2012, p. 776-777) (explaining how the concept of confusion has dramatically expanded with the creation of doctrines such as post-sale confusion).

¹¹⁹ *Jack Daniel's*, 599 U.S. at 165 (Gorsuch, J., concurring with two other Justices).

¹²⁰ See, e.g., Asay; Sloan; Sobczak (2020, p. 944) (finding that transformativeness played an outside role in litigated case outcomes); Beebe (2020, p. 1) ("When a court finds that the defendant's use is transformative, the ratio of the odds a defendant will prevail in its fair use defense to the odds it will fail is anywhere from 86 to 91 times greater. By this measure, a finding of transformativeness exerts by far the greatest impact of any finding on a court's likelihood of making an overall determination of fair use."); Neil Weinstock Netanel (2011, p. 734) (arguing that transformativeness "overwhelmingly drives fair use analysis in the courts today"); Sag (2012, note 33, at 74) ("the evidence from litigated cases analyzed in this Article confirms the centrality of transformative use").

Even to articulate this theory indicates that the Court has taken a wrong turn. Courts can't develop judicial doctrines that embody First Amendment safeguards? Really? Not only have they been doing so for decades in all sorts of fields, from defamation to prior restraints, but the whole point of the Constitution is that it trumps statutes that are inconsistent with it and that the courts make that determination. It is no answer to a constitutional challenge to say "well, the statute doesn't provide for that challenge." If that's true, it is the statute that is the problem, not the First Amendment. And the reason courts develop speech-protective doctrines that prevent unconstitutional applications of a statute is precisely to avoid the much harsher alternative of invalidating the statute outright.

But in any event, this statutory supremacy theory doesn't make any sense in IP, because in both copyright and trademark the infringement standards and key defenses/limiting doctrines are also not defined in the relevant statutes.

What constitutes copyright infringement – "substantial similarity" – is a doctrine made up and applied by the courts. It is found nowhere in the statute. If we took the statute truly seriously, the reproduction right would be much narrower, covering only true "copies" (and the separate derivative works right would also require reassessment) (LUNNEY, Jr., 2023, manuscript on file with authors, manuscript at 26, 38-41). And, although the statute lists four nonexclusive factors to consider in assessing fair use, Congress borrowed them from the fair use doctrine as it had evolved without statutory codification for over a century and intended that courts should continue that common-law-like process of developing fair use doctrine.¹²¹ The only statutory amendment to the fair use provisions, in fact, rejected cases in the Second Circuit that seemed to read the statute to create a bright-line rule against any fair use of an unpublished work.¹²²

Similarly, the trademark statute doesn't set forth a test for likely confusion.¹²³ Instead, courts developed increasingly expansive concepts of

¹²¹ H.R.Rep. N.º 94-1476, at 66 (1976) ("The bill endorses the purpose and general scope of the judicial doctrine of fair use, but there is no disposition to freeze the doctrine in the statute, especially during a period of rapid technological change. Beyond a very broad statutory explanation of what fair use is and some of the criteria applicable to it, the courts must be free to adapt the doctrine to particular situations on a case-by-case basis. Section 107 is intended to restate the present judicial doctrine of fair use, not to change, narrow, or enlarge it in any way."); *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 549-554 (1985) (§107 reflected the "intent of Congress to codify the common-law doctrine").

¹²² Pub. L. 102-492, 106 Stat. 3145 (1992) (codified at 17 U.S.C.A. § 107) ("The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors."); H.R. Rep. N.º 836, 102d Cong., 2d Sess., at 9 (1992) (explaining Congress's disagreement with Second Circuit precedents such as *Salinger v. Random House, Inc.*, 811 F.2d 90 (2d Cir. 1987), which found that limited quotation and paraphrase of unpublished letters for purposes of scholarly analysis was not fair use).

¹²³ 15 U.S.C. § 1114 (barring uses of registered marks "likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive"); § 1125(a)(1)(A) (barring "any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact" that is "likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person").

confusion and eventually adopted a multifactor test in most cases.¹²⁴ This test considers, among other things, the strength of the plaintiff's mark, the relatedness of the parties' goods or services, any evidence of actual confusion, the defendant's intent, and other factors. None of these factors are listed in the statute, and they reflect a remarkable broadening of historic rules (see McKENNA, 2009). So too does the extension of trademark infringement to new types of confusion beyond the point of sale, such as initial-interest and post-sale confusion.

Courts developed the *Rogers* test at issue in *Jack Daniel's* as a replacement for the ordinary multifactor confusion test in "artistic" uses. In such a case, among other things, the fact that the plaintiff owned a strong mark didn't really make it any more likely that people would think the art at issue came from the plaintiff; instead, (objectively) reasonable audiences would understand the use as a reference.¹²⁵ That test didn't exist when the Lanham Act was passed in 1946 for the simple reason that it was inconceivable to a trademark lawyer in 1946 that anyone would even think to file, much less win, a suit against the mention of a mark in an expressive work. *Rogers* is a test developed in response to the fact that courts are applying trademark law to restrict speech in a way the drafters of the statute didn't envision.

But even outside the *Rogers* context, the statute does not dictate how likelihood of confusion should be assessed or what factors a court should consider. Instead, courts have settled on a set of factors that varies somewhat across circuits for use in the average case. Although the factors are roughly the same across circuits, different circuits treat them differently – the Second Circuit rigidly insists that a district court must always (in non-*Rogers* cases) evaluate every factor,¹²⁶ while other circuits instruct with equal intensity that courts are

¹²⁴ *Polaroid Corp. v. Polarad Elects. Corp.*, 287 F.2d 492 (2d Cir. 1961), is widely cited for its formulation of the test, but every circuit has its own, somewhat different, variant.

¹²⁵ *Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994, 998 (2d Cir. 1989) ("The title of a movie may be both an integral element of the filmmaker's expression as well as a significant means of marketing the film to the public. The artistic and commercial elements of titles are inextricably intertwined. Filmmakers and authors frequently rely on wordplay, ambiguity, irony, and allusion in titling their works. Furthermore, their interest in freedom of artistic expression is shared by their audience. The subtleties of a title can enrich a reader's or a viewer's understanding of a work.")

¹²⁶ See, e.g., *Arrow Fastener Co., Inc. v. Stanley Works*, 59 F.3d 384, 400 (2d Cir. 1995) ("It is incumbent upon the district judge to engage in a deliberate review of each factor, and, if a factor is inapplicable to a case, to explain why."); *Centaur Communications, Ltd. v. A/S/M Communications, Inc.*, 830 F.2d 1217, 1219 (2d Cir. 1987) ("Our precedents establish a long list of factors that must be considered before a determination may be reached. Unfortunately, there is no shortcut. To reach a principled conclusion in a trademark case, it is just as essential to recite the right formulas as it was for Ali Baba to say 'Open Sesame' in order to open the door to the treasure cave of the Forty Thieves."); see also *FCOA LLC v. Foremost Title & Escrow Services LLC*, 57 F.4th 939, 957 (11th Cir. 2023) (courts must consider seven factors and can consider more); *Insty*Bit, Inc. v. Poly-Tech Industries, Inc.*, 95 F.3d 663, 670 (8th Cir. 1996) ("although no one factor is determinative, each must be analyzed"); cf. *Homeowners Group, Inc. v. Home Marketing Specialists, Inc.*, 931 F.2d 1100, 1104 (6th Cir. 1991) ("These factors imply no mathematical precision, but are simply a guide to help determine whether confusion is likely. [...] Each case presents its own complex set of circumstances and not all of these factors may be particularly helpful in any given case. But a thorough and analytical treatment must nevertheless be attempted."). But see *Orient Exp. Trading Co. v. Federated Dept. Stores*,

to focus on the relevant factors for their particular case.¹²⁷ And many circuits have a different test (different from their normal test and also often different from each other's) for a subset of infringement claims that concern "nominative use" – a reference to the trademark owner for the purposes of comparing products or explaining what the defendant has to offer.¹²⁸

The point here is that the central question in a trademark or copyright case – what does it take to infringe a plaintiff's right? – is largely a matter of judicial discretion despite the present statutory foundation of both rights. This makes copyright and trademark cases seem more like common law cases and triggers the Court's confidence in its own judgments. The result is an indifference to things like the risks of error and chilling effects. The answer in any given case, the Court thinks, is obvious.

This judicial centrality also links trademark and copyright, despite their statutory apparatus, to the Court's approval of judicial power over legislative power. Thus, while the Court is deeply worried about administrators – trademark examiners – as censors, noting their inconsistencies in which registrations they refuse and which they allow, it apparently has no such qualms about judges. Although no other Justice to date has signed on to Justice Thomas's call to repudiate *New York Times v. Sullivan*,¹²⁹ *Jack Daniel's* and *Warhol* are consistent with the argument that judicial enforcement of private causes of action need not trigger any First Amendment scrutiny, even when those causes of action are created by statute. On this view, judges simply aren't censors, whether they are evaluating the meaning of Andy Warhol's art or the effects of Bad Spaniels on consumers. They're just calling balls and strikes. Because the Court just asserts its conclusions, it doesn't need to defend this position outright, but that does not seem to us to be a strength.

Inc., 842 F.2d 650, 654 (2d Cir. 1988) ("We do not mean to suggest that district courts must slavishly recite the litany of all eight *Polaroid* factors in each and every case. A district court need only consider sufficient factors to reach the ultimate conclusion as to whether or not there is a likelihood of confusion."). As this and the next footnote indicate, there is hardly consensus or consistency on this point.

¹²⁷ See, e.g., *Ironhawk Technologies, Inc. v. Dropbox, Inc.*, 2 F.4th 1150, 1160 (9th Cir. 2021) ("These factors are neither exhaustive nor dispositive; it is the totality of facts in a given case that is dispositive.") (cleaned up); see also, e.g., *Savannah College of Art and Design, Inc. v. Sportswear, Inc.*, 983 F.3d 1273, 1281 (11th Cir. 2020) (*contra* FCOA, stating that "the district court need not consider all factors in every case"); *Sterling Jewelers, Inc. v. Artistry Ltd.*, 896 F.3d 752, 756 (6th Cir. 2018); *Swatch AG v. Beehive Wholesale, LLC*, 739 F.3d 150, 158–59 (4th Cir. 2014) (factors are "non-exclusive and non-mandatory," "serve as a guide rather than 'a rigid formula'" and "are not all of equal importance" or "relevant in every case") (citations omitted).

¹²⁸ See, e.g., *International Information Systems Sec. Certification Consortium, Inc. v. Security University, LLC*, 823 F.3d 153 (2d Cir. 2016) (holding that Third Circuit's three factors must be added to ordinary multifactor test in cases of referential use); *Century 21 Real Estate Corp. v. Lendingtree, Inc.*, 425 F.3d 211, 220–22 (3d Cir. 2005) (modifying 9th Circuit test to make it more limited); *New Kids on the Block v. News America Publishing, Inc.*, 971 F.2d 302, 308 (9th Cir. 1992) (creating a new three-factor test); cf. *Universal Communication Systems, Inc. v. Lycos, Inc.*, 478 F.3d 413, 424 (1st Cir. 2007) (declining to accept or reject nominative fair use but holding that the circuit has "recognized the underlying principle" behind it).

¹²⁹ *McKee v. Cosby*, 139 S. Ct. 675, 681–82 (2019) (mem.) (Thomas, J., concurring in denial of cert.).

4 ENDGAME

IP has long been its own discipline, one that has co-existed uneasily with the mainstream of constitutional law. But the Court's 2023 IP decisions bring the tension to a head. It is no longer possible to sweep under the rug the conflict between the ever-expanding scope of copyright and trademark infringement and a First Amendment that would in any other discipline give full-throated protection to the very things courts enjoin in IP cases without a second thought.

Courts in recent decades have carved out some space for free speech despite the expansion of infringement doctrine by applying judicially-created doctrines like transformative use and the *Rogers* test to stop the expansion at the point where the tension with the First Amendment became too great. *Warhol* and *Jack Daniel's* could hobble those doctrines unless they are effectively limited to their facts – something lower courts have not yet shown an inclination to do.¹³⁰ The tensions between the Court's treatment of profit-seeking speech in IP cases and its treatment of such speech elsewhere may someday force the Court to confront what it has long been able to avoid – the fact that the current bloated trademark and copyright laws cannot, without significant modification, coexist with the non-IP version of the First Amendment.

REFERENCES

ASAY, Clark D.; SLOAN, Arielle; SOBCZAK, Dean. Is transformative use eating the world? In: **Boston College Law Review**, v. 61, Boston, Ed. Boston College Law School, p. 905-970, 2020.

BEEBE, Barton. An empirical study of U.S. copyright fair use opinions updated: 1978-2019. In: **New York University Journal of Intellectual Property and Entertainment Law**, New York, Ed. New York University, v. 10, n. 1, p. 1-39, 2020.

BENKLER, Yochai. Freedom in systems. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, Ed. Harvard Law School, v. 127, p. 351-356, 2014.

BLASI, Vincent. Toward a theory of prior restraint: the central linkage. In: **Minnesota Law Review**, Minneapolis (MN), Ed. University of Minnesota Law School, v. 66, p. 11-93, 1981.

¹³⁰ *Warhol* says we needn't worry about its evisceration of fair use because "copyright law is replete with escape valves: the idea-expression distinction; the general rule that facts may not receive protection; the requirement of originality; the legal standard for actionable copying; the limited duration of copyright," and, it grudgingly admits, even the now-narrowed doctrine of fair use. 598 U.S. at ___. We are not comforted. Cutting back substantially on the single doctrine that has provided the most direct protection to free speech can't be justified on the grounds that people will be free to publish telephone white pages or books written before 1928 without fear of legal liability.

BONE, Robert G. Rights and remedies in trademark law: the curious distinction between trademark infringement and unfair competition. In: **Texas Law Review**, Austin (TX), Ed. University of Texas School of Law, v. 98, p. 1.187, 2020.

COATES IV, John C. Corporate speech & the first amendment: history, data, and implications. In: **Constitutional Commentary**, Ed. Constitutional Commentary Inc., v. 30, Issue 2, p. 223-264, 2015.

COHEN, Morris R. Property and sovereignty. In: **Cornell Law Review**, Ithaca (NY), Ed. Cornell Law School, v. 13, p. 8, 1927.

CORTEZ, Nathan; SAGE, William M. The disembodied first amendment. In: **Washington University Law Review**, Saint Louis, Ed. Washington University, Saint Louis School of Law, v. 100, p. 707-764, 2023.

DENTITH, Simon. **Parody**. London: Routledge, 2000.

DOGAN, Stacey L.; LEMLEY, Mark A. Grounding trademark law through trademark use. In: **Iowa Law Review**, Iowa City, Ed. University of Iowa, v. 92, p. 1.669-1.701, 2007.

DOGAN, Stacey L.; LEMLEY, Mark A. Parody as brand. In: **U.C. Davis Law Review**, Davis (CA), Ed. U.C. School of Law, v. 47, p. 473-514, 2013.

DOUEK, Evelyn; LAKIER, Genevieve. First amendment politics gets weird: public and private platform reform and the breakdown of the laissez-faire free speech consensus. In: *University of Chicago Law Review Online*, Ed. University of Chicago Law School, v. 2022, p. 1, 2022. Available at: <<https://law.stanford.edu/publications/first-amendment-politics-gets-weird-public-and-private-platform-reform-and-the-breakdown-of-the-laissez-faire-free-speech-consensus/>>.

FARLEY, Christine Haight. Hot take on the wavy baby decision. In: Guest Blog Post, December 11, 2023. Available at: <<https://blog.ericgoldman.org/archives/2023/12/hot-take-on-the-wavy-baby-decision-guest-blog-post.htm>>.

FROMER, Jeanne C.; LEMLEY, Mark A. The audience in IP infringement. In: **Michigan Law Review**, Ann Arbor (Michigan), Ed. University of Michigan Law School, v. 112, p. 1.251-1.273, 2014.

GOPNIK, Blake. Ruling against Warhol shouldn't hurt artists: but it might. In: *New York Times*, May 19, 2023. Available at: <<https://www.nytimes.com/2023/05/19/arts/design/warhol-prince-supreme-court-copyright.html>>.

GRYNBERG, Michael. Trademark litigation as consumer conflict. In: **New York University Law Review**, New York, Ed. New York University, v. 83, p. 60-120, 2008.

GUGLIUZZA, Paul R.; LEMLEY, Mark A. Myths and reality of patent law at the Supreme Court. In: **Boston University Law Review**, Boston, Ed. Boston College Law School, v. 103, p. 891-963, 2023-2024.

HALE, Robert L. Coercion and distribution in a supposedly non-coercive state. In: **Political Science Quarterly**, Colombo (Sri Lanka), Ed. University of Colombo / The Academy of Political Science, v. 38, Issue 3, p. 470-494, 1923.

KELLER, Bruce; TUSHNET, Rebecca. Even more parodic than the real thing: parody lawsuits revisited. In: **Trademark Reporter**, New York, Ed. International Trademark Association, v. 94, p. 979-983, 2004.

KOZINSKI, Alex; BANNER, Stuart. The anti-history and pre-history of commercial speech. In: **Texas Law Review**, Austin (TX), Ed. University of Texas School of Law, v. 71, p. 747-775, 1993.

KOZINSKI, Alex; NEWMAN, Christopher. What's so fair about fair use? In: **Journal of the Copyright Society of the USA**, New York, Ed. Copyright Society of the USA, v. 46, Issue 4, p. 513-530, 1999.

LEFF, Arthur Allen. Law and. In: **Yale Law Journal**, New Haven (Connecticut), Ed. Yale University, v. 87, Issue 5, p. 989-1.011, 1978.

LEMLEY, Mark A. The Imperial Supreme Court. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, Ed. Harvard Law School, v. 136, p. 97-118, 2021.

LEMLEY, Mark A.; McKENNA, Mark P. Irrelevant confusion. In: **Stanford Law Review**, Stanford (CA), Ed. Stanford Law School, v. 62, Issue 2, p. 413-442, 2010.

LEMLEY, Mark A.; VOLOKH, Eugene. Freedom of speech and injunctions in IP cases. In: **Duke Law Journal**, Durham (NC), Ed. Duke University School of Law, v. 48, v. 147, 1998.

LUNNEY Jr., Glynn S. Copyright, literally. In: **Aipla Quarterly Journal**, Arlington (VA), Ed. American Intellectual Property Law Association, v. 51, Issue 4, Dec. 2023.

LUNNEY Jr., Glynn S. Trademark's judicial de-evolution: why courts get trademark cases wrong repeatedly. In: **California Law Review**, Berkeley, Ed. University of California, v. 106, p. 1.195-1.275, 2018.

McKENNA, Mark P. Testing modern trademark law's theory of harm. In: **Iowa Law Review**, Iowa City, Ed. University of Iowa, v. 95, p. 63-117, 2009.

McKENNA, Mark P. The normative foundations of trademark law. In: **Notre Dame Law Review**, Notre Dame (Indiana), Ed. University of Notre Dame, v. 82, p. 1.839-1.898, 2007.

- NABOKOV, Dmitri. On a book entitled lo's diary. In: **Evergreen Review**, Olympia (WA), Ed. The Evergreen State College, v. 103, 1999.
- NETANEL, Neil Weinstock. Making sense of fair use. In: **Lewis & Clark Law Review**, Portland (OR), Ed. Lewis & Clark Law School, v. 15, p. 715-771, 2011.
- OLSON, David S. First amendment-based copyright misuse. In: **William & Mary Law Review**, Williamsburg (VA), Ed. William & Mary Law School, v. 52, p. 537-606, 2010.
- PERZANOWSKI, Aaron K. Tattoos & IP norms. In: **Minnesota Law Review**, Minneapolis (MN), Ed. University of Minnesota Law School, v. 98, p. 511-591, 2013.
- RAMSEY, Lisa. Free speech challenges to trademark law after Matal v. Tam. In: **Houston Law Review**, Houston (Texas), Ed. University of Houston Law Center, v. 56, p. 401-469, 2018.
- RAMSEY, Lisa; FARLEY, Christine Haight. Raising the threshold for trademark infringement to protect free expression. In: **American University Law Review**, Washington, Ed. Washington College of Law, v. 72, p. 1.225-1.292, 2023.
- SAG, Matthew. Predicting fair use. In: **Ohio State Law Journal**, Columbus (Ohio), Ed. Ohio State University, 73, Issue 1, p. 47-91, 2012.
- SEIDMAN, Louis Michael; TUSHNET, Mark V. **Remnants of belief: contemporary constitutional issues**. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- SHANOR, Amanda; LIGHT, Sarah E. Anti-woke capitalism, the first amendment, and the decline of libertarianism. In: **Northwestern University Law Review**, Chicago (IL), Ed. Northwestern Pritzker School of Law, v. 118, Issue 2, p. 347-432, 2023.
- SHEFF, Jeremy N. Veblen brands. In: **Minnesota Law Review**, Minneapolis (MN), Ed. University of Minnesota Law School, v. 96, p. 769-832, 2012.
- SIEGEL, Reva B. How "history and tradition" perpetuates inequality: dobbs on abortion's nineteenth-century criminalization. In: **Houston Law Review**, Houston (Texas), Ed. University of Houston Law Center, v. 60, p. 101-135, 2023.
- SIEGEL, Reva B. "The rule of love": wife beating as prerogative and privacy. In: **Yale Law Journal**, Ney Haven (Connecticut), Ed. Yale University, v. 105, p. 2.117-2.207, 1996.
- STRAUSS, David A. Why the burger court mattered. In: **Michigan Law Review**, Ann Arbor (Michigan), Ed. University of Michigan Law School, v. 116, Issue 6, p. 1.067-1.080, 2018.

TANG, Xiyin. Art after Warhol. In: *UCLA Law Review*. (forthcoming 2024), Los Angeles, Ed. UCLA School of Law, 2023. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4542784>.

TUSHNET, Rebecca. Copy this essay: how fair use doctrine harms free speech and how copying serves it. In: **Yale Law Journal**, Ney Haven (Connecticut), Ed. Yale University, v. 114, p. 535-590, 2004.

TUSHNET, Rebecca. Judges as bad reviewers: fair use and epistemological humility. In: **Law & Literature**, Washington (DC), Ed. Georgetown University Law Center, v. 25, Issue 1, p. 20-32, 2013.

TUSHNET, Rebecca. Registering disagreement: registration in modern American trademark law. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, Ed. Harvard Law School, v. 130, p. 867-941, 2017.

TUSHNET, Rebecca. Running the gamut from A to B: federal trademark and false advertising law. In: **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia (PA), Ed. University of Pennsylvania, v. 159, p. 1.305-1.384, 2011.

YAQUINTO, Giulio Ernesto. The social significance of modern trademarks: authorizing the appropriation of marks as source identifiers for expressive works. In: **Texas Law Review**, Austin (TX), Ed. University of Texas School of Law, v. 95, p. 739-762, 2017.

YEN, Alfred Chueh-Chin. Rethinking copyright's relationship to the first amendment. In: **Boston University Law Review**, Boston, Ed. Boston College Law School, v. 100, p. 1.215-1.269, 2020.

Submissão em: 24 de junho de 2024

Último Parecer favorável em: 27 de julho de 2024

Como citar este artigo científico

LEMLEY, Mark A.; TUSHNET, Rebecca. First amendment neglect in Supreme Court intellectual property cases. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 2, p. 54-87, maio-ago. 2024.

NAVIGATING LEGAL COMPLEXITIES: INTERNATIONAL LAW PERSPECTIVES ON THE ISRAEL-HAMAS CONFLICT IN THE MIDDLE EAST

MICHAIL KYRIAKAKIS¹

1 INTRODUCTION

The conflict in the Middle East stands out as one of the most intricate issues of our era, encompassing political and legal complexities. The terrorist attacks launched by Hamas on October 7, 2023, during the Nova music festival in Israel's Negev Desert, followed by the ongoing military response from the Israeli army in Gaza (known as Operation Sword of Iron), have sparked extensive debates in both academic circles and practical application regarding their legal implications. Given the tendency for political bias in the statements of state representatives and international bodies², particularly concerning the Middle East conflict, the field of international law plays a crucial role in offering impartial analysis.

However, a definitive legal assessment of the wartime actions, including potential war crimes, awaits adjudication by independent courts such as the International Criminal Court (ICC) in The Hague and the International Court of Justice (ICJ). This article aims to shed light on some legal aspects of the ongoing hostilities between Israel and Hamas within the framework of international law. The focus here is on providing an overview of the relevant legal principles rather than delving into detailed legal analysis of specific acts of war, many of which still require further clarification.

¹ Doutor em Direito e Mestre em Direito pela National & Kapodistrian University of Athens. Consultor jurídico militar do Ministério Helênico da Defesa Nacional da Grécia. *E-mail*: kiriakakism@hotmail.com

² For example, the UN General Assembly called for an immediate ceasefire in the Gaza conflict in a resolution of October 28, 2023, without mentioning Hamas and the massacre on October 7 by name. For political reasons, the UN Security Council has also only commented on certain aspects of the conflict in its resolutions on the Gaza conflict.

2 THE GAZA STRIP AND THE HAMAS

2.1 The Legal Status of the Gaza Strip

The international legal status of the Gaza Strip is still controversial from the perspective of science and state practice - even among Israeli international law experts (HEMPTINNE, 2023). After withdrawing its troops from the Gaza Strip in 2005, Israel has consistently denied its continued responsibility as an occupying power. The question of a continuing occupation situation is legally significant when it comes to the application of the Fourth Geneva Convention (GC IV) and the obligations of the occupying power towards the local population. In the 2015 *Sargsyan v. Azerbaijan* ruling (EUROPEAN, 2015),³ the European Court of Human Rights (ECHR) in Strasbourg interpreted Article 42 of the Hague Convention to imply that occupation requires the actual presence of troops on the ground, known as “boots on the ground” and that an air or sea blockade alone does not meet this criterion (paragraph 94). This interpretation aligns with a stance previously taken by the Israeli High Court of Justice (HCJ, 2008, paragraph 12).

In late 2022, the UN General Assembly requested an advisory opinion from the International ICJ regarding the Israeli occupation, settlement, and annexation of Palestinian territories, as stipulated in Article 96(1) of the UN Charter (UNITED NATIONS, 2022). This request aimed to address unresolved issues, including the legality of the occupation and allegations of apartheid against Israel (ICH, 2022). The Independent International Commission of Inquiry into the Occupied Palestinian Territories concluded in its report that the Israeli occupation of Palestinian territory is likely unlawful under international law due to its permanent nature and Israel’s actions to de facto and de jure annex parts of the territory. The report highlighted that Israel’s efforts to establish irreversible facts on the ground and expand its territorial control contribute to and signify its ongoing and permanent occupation (UNITED NATIONS, 2022).

Palestine is acknowledged as a state by the majority of countries, with 138 out of 193 recognizing its statehood (VENDITTI, 2023). It holds membership in various international organizations and is a party to the Rome Statute of the ICC. Palestine also presents itself as a plaintiff before the ICJ (ICJ, 2018), which typically hears cases involving states (Article 34, Paragraph 1 of the ICJ Statute). Since 2012, Palestine has held observer status at the United Nations. However, whether Palestine fulfills the criteria of statehood according to Jellinek’s “three-element theory” (KATZ, 2010, s. 13) is debatable, particularly concerning the sovereign exercise of state power, given the Israeli occupation of the “West Bank”.

³ This decision is not binding for Israel.

2.2 Hamas

Hamas is designated as a terrorist organization by several countries, including EU member states, the USA, Canada, Australia, and others. However, it is not listed as such by the United Nations itself. Hamas is recognized under international law as a non-state, armed violent actor. While some countries provide Hamas with financial and military support, notably Iran, Turkey, Qatar, Syria, and Lebanon, it operates parallel leadership structures in Lebanon and Turkey, making it challenging to eradicate despite Israel's efforts in warfare.

Terrorist organizations have no special status in international law; There is still no universally accepted definition of "terrorism" (GORNIG, 2023, § 146, Rn. 5 und 22 ff). Non-state armed groups that assert control over a specific territory are obligated to uphold human rights standards. Additionally, if they engage in military actions against another state and become parties to a conflict, they are unquestionably bound by international humanitarian law (*ius in bello*). Moreover, these groups are subject to regulations under criminal and international criminal law.

Unlike Fatah, Hamas does not act as an internationally recognized and legitimate representative of Palestine or the Palestinian people. It took sole control of the Gaza Strip in 2007, ousting the rival Fatah party, with which it had shared power since its victory in 2006 parliamentary elections. The support Hamas (still) has among the Palestinian population in the Gaza Strip today could only be verified through free elections in Gaza.

The legal status of Hamas fighters in the current Gaza conflict remains unclear under international law. It hinges on whether the conflict with Israel is categorized as international or non-international. Israel's Supreme Court, in its 2006 Targeted Killing ruling, concluded that there is no recognized third category between combatants and civilians in current international law (SUPREME COURT OF ISRAEL, 2005).⁴ Consequently, the concept of "unlawful combatant" or "illegal combatant" has emerged in academia and practical application. In armed conflicts, members of non-state terrorist organizations cannot claim combatant status as defined in the Third Geneva Convention. However, if captured, they must be treated in accordance with the minimum humanitarian standards outlined in common Article 3 of the Geneva Conventions. The U.S. Supreme Court has ruled that a state of complete lawlessness is unacceptable even for captured terrorists.⁵

⁴ On the classification of the conflict and the status of Hamas, see also Hemptinne (2023): "new type of belligerent".

⁵ See decision of the U.S. Supreme Court v. June 29, 2006, *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006), <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/548/05-184/index.pdf>>, on actions taken by the U.S. government in the so-called "War on Terror" regarding persons who be detained as unlawful combatants. The ruling finds it incompatible with the US Constitution to restrict prisoners' procedural and substantive rights in this way.

From a legal standpoint, the current military operations conducted by Israel in Gaza are considered as part of a conflict between Hamas and Israel, rather than a conflict between Israel and Palestine or the Palestinian people. Due to the unresolved territorial issues in the Middle East and the involvement of multiple parties in the conflict, the Palestinian conflict is characterized by both internal and international dimensions (SCHMIDT, 2012, p. 110).

3 APPLICABLE LAW

The categorization of the Palestine conflict within legal frameworks is contentious both in academic discussions and practical application. Even the UN Human Rights Council's investigation into the 2014 Gaza conflict refrained from definitively determining its legal status (UNITED NATIONS, 2015). In situations where there's an armed conflict involving a state and a non-state group, the legal principles of non-international armed conflict typically apply. These principles are outlined in the 2nd Additional Protocol to the Geneva Conventions and common Article 3 of the Geneva Conventions (FINK; GILLICH, 2023, § 18, Rn. 2 f. and 33 f.) However, if the conflict involves an occupation scenario, some argue that the hostilities between the occupying state and non-state armed groups fall under the jurisdiction of international armed conflict law (LONGOBARDO, 2018, p. 214 ff.) "An armed conflict which takes place between an Occupying Power and rebel or insurgent groups – whether or not they are terrorist in character – in an occupied territory, amounts to an international armed conflict." (CASSESE, 2005, p. 420). Given that Israel conducts military operations in areas beyond its internationally recognized borders, there's speculation about the conflict possibly transitioning into an international armed conflict. This could mean that the rules outlined in the 1st Additional Protocol to the Geneva Conventions and the four Geneva Conventions would also be applicable.

The Gaza Strip is not considered a sovereign state, nor is it regarded as territory under direct Israeli occupation or control. In these unique circumstances, Israel follows a policy where it applies the rules of armed conflict to its military operations in Gaza, covering both international and non-international armed conflicts. Essentially, Israel treats the conflict with Hamas as falling under these established rules, regardless of whether it's classified as an international or non-international conflict. This distinction is largely academic, as many similar principles and norms govern both types of conflicts (THE OPERATION, 2009, paragraph 30).

According to the ICJ, the Palestinian people are entitled to the people's right to self-determination, which is codified in the two human rights covenants, but its enforcement does not imply the right to use force (SCHMITT, 2023).

As Israel hasn't ratified either the 1st or 2nd additional Protocol to the Geneva Conventions, its conduct during warfare is constrained by applicable customary international law. This body of law governs the behavior of all parties involved in the conflict, irrespective of their ratification status regarding relevant treaties and agreements. According to the widely acknowledged "customary law study" by the International Committee of the Red Cross (ICRC) (See the summary of DIE VÖLKERGEWOHNHEITSRECHTSTUDIE, 2005), significant portions of the regulations on warfare outlined in the two additional protocols to the Geneva Conventions are now considered customary law. This applies universally to both international and non-international armed conflicts. Furthermore, the war crimes delineated in Article 8 of the Rome Statute (VEREINTE NATIONEN, 1998) are applicable (with some exceptions) to acts committed within the context of both international and non-international conflicts. This interpretation aligns with the precedents established by international criminal courts. On November 15, 2023, in Resolution 2712, the UN Security Council urged both sides involved in the conflict to adhere to their duties as outlined in international law (VEREINTE NATIONEN, 2023).

4 SELF-DEFENSE IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW

4.1 The Right of Self-Defense

The International Military Tribunal at Nuremberg declared aggressive war as the "supreme international crime", a ruling later endorsed by the United Nations and reaffirmed in numerous legal judgments. Despite Nazi leaders' claims of acting in self-defense against a perceived Soviet threat, their justification for mass murder was dismissed, leading to the execution of those deemed responsible after a fair trial.

Article 2(4) of the United Nations Charter stipulates that member states must abstain from threatening or using force in their international dealings, ensuring the integrity and independence of all nations. This prohibition extends beyond conventional warfare to encompass any form of coercion (LACKEY, 1984, p. 23). Recognized universally, this principle swiftly became enshrined in customary international law, as confirmed by the International Court of Justice in the Nicaragua v. USA case (MALANCZUK, 1997, p. 309).

Article 51 of the Charter provides an exception, allowing for individual or collective self-defense in the event of an armed attack against a UN member state, pending Security Council intervention. Any defensive actions must be promptly reported to the Council and must not undermine its authority to preserve international peace and security. Consequently, the use of force outside

the scope of self-defense is deemed unlawful, although the definition of “armed attack” has evolved to encompass broader scenarios, potentially including preemptive measures (DETTER, 2000, p. 85).

The traditional understanding of the right to self-defense, rooted in customary international law, originates from the Caroline case of 1837. This incident involved British intervention in an American port, sparked by support for American raiding parties into Canadian territory. The principles laid down by the American Secretary of State in correspondence with British authorities emphasized an immediate and overwhelming necessity, leaving no room for deliberation (SHAW, 1997, p. 787). Over time, this principle was supplemented by the concept of proportionality in *jus ad bellum*, though its interpretation remains subject to state practice and *opinio juris*, guided by international jurisprudence and scholarly analysis (GARDAM, 2004, p. 155). These criteria, including necessity, proportionality, and the absence of alternatives, serve as the benchmark for evaluating the right to self-defense in contemporary international law.

Since the inception of the Charter, a significant debate has persisted regarding the permissibility of anticipatory self-defense under Article 51. Two opposing viewpoints dominate this subject. One contends that Article 51, properly construed, precludes anticipatory self-defense, asserting it as the sole applicable law on the matter. Conversely, the opposing stance, drawing from the shortcomings of collective security post 1945, rejects this interpretation (O'BRIEN, 2001, p. 683).

Anticipatory self-defense manifests in three primary forms: interceptive, preemptive, and preventive, each garnering both advocates and detractors. Interceptive self-defense, also known as incipient self-defense (O'CONNELL, 2002, p. 11), denotes a retaliatory action against an imminent and unavoidable attack, aimed at averting the repercussions of an ongoing offensive. While demanding compelling evidence to justify such action and necessitating the avoidance of greater harm, resorting to force beyond Charter limits in such instances is deemed lawful and justified.

Although the contention that the Charter permits preemptive strikes remains unsubstantiated, several states and legal scholars have more convincingly defended the right of preemptive self-defense under customary international law (VÄRK, 2003, p. 36). The distinction between preemption and prevention hinges on the concept of immediate threat. Preemption extends from the right of self-defense only in cases of unequivocal imminent unprovoked aggression, while prevention addresses prospective, rather than imminent, threats.

In essence, while an interceptive strike aims to thwart an ongoing attack, preventive self-defense aims to forestall the initiation of an attack altogether (NEFF, 2005, p. 127). Professor Dinstein suggests that adherence to written law

and close oversight by the Security Council could lend legitimacy to preventive self-defense (DINSTEIN, 2005, p. 185). However, the international community remains hesitant to embrace this new doctrine, primarily due to concerns regarding potential future misuse.

4.2 Palestine's Right to Self-Defense

International criminal tribunals have defined the threshold of an "armed conflict" as a state of sustained armed violence ("protracted violence") between government forces and armed and organized non-state groups.⁶ Combat operations of a certain duration and intensity are therefore required. Furthermore, the existence of military command and leadership structures as well as territorial control by the non-state violent actor support the assumption of an armed conflict.

The Hamas attacks on October 7, 2023, accompanied by rocket fire on Israeli cities, are the latest in a series of hostile actions and rocket attacks against Israel that have been ongoing for years. What can be seen is a consistent pattern of violent terrorist action. Ut even taken on their own, the attacks on October 7, 2023, which are not by chance called "Operation Al-Aqsa Flood", reach the threshold of armed conflict.

The atrocities committed by Hamas on October 7, 2023, including indiscriminate killings, ill-treatment, slaughter, and torture of civilians, as well as other acts like rape and hostage-taking (more on that: TRAMAZZO; COBLE; SCHMITT, 2023), are considered war crimes and crimes against humanity under international law (cf. Art. 8 para. II lit. a) and c) as well as Art. 7 Para. 1 ICC Statute). These actions align with the legal definition of terrorism, aimed at instilling fear and terror among the population, especially through media channels.

The insidious crimes of Hamas cannot be justified in any way - neither with regard to the alleged violations of international law by the Israeli army nor with regard to Israel's occupation policy in Palestine as such. Hamas cannot rely on the right to self-defense within the meaning of Article 51 of the UN Charter, which only states are entitled to under international law (HOBE, 2014, p. 257). In essence, Article 7 of the UN General Assembly's definition of aggression⁷ doesn't grant a right to violence. This doesn't exempt anyone from the principles outlined in the Charter, which strictly prohibits violence. Additionally, while the Palestinian people's right to self-determination is often mentioned in discussions about the Middle East conflict, it doesn't justify violent actions against civilians.

⁶ See ICTY 2.10.1995, *The Prosecutor v. Dusko Tadić*, IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, Rn. 70.

⁷ Resolution 3314 (XXIX) of December 14, 1974.

4.3 Israel's Right to Self-Defense

The right to self-defense, laid down in Article 51 of the UN Charter, is tailored to attacks by other states, although Gaza is not a sovereign state ruled by Hamas. The matter of whether self-defense is justified against non-state actors remains unclear, even after the UN Security Council resolutions⁸ following the terrorist attacks by Al Qaeda on September 11, 2001, in New York and Washington. The resolutions acknowledge that large-scale terrorist attacks can justify a state's right to self-defense. However, there's still debate over whether self-defense should target the terrorist organization itself or the country where it operates from. In the case of the "9/11" attacks, the USA primarily directed its self-defense actions against Afghanistan, the country where the terrorist network Al Qaeda largely operated from.

The fact that military self-defense actions can target non-state terrorist actors directly, without considering whether another state is involved, is gaining support in international law theory. This shift is also evident in international practice, such as the fight against the so-called Islamic State in Syria (VON ARNAULD, 2023, Rn. 1130). What matters most is whether the violent non-state actors control a specific area outside the attacked state's borders from which the attack was coordinated. The majority of state representatives and international lawyers, even those who acknowledge the Israeli occupation of Gaza, generally agree on Israel's right to self-defense.

According to writer's opinion, since the attacks on October 7, 2023, Israel has a right and - in view of its human rights protection obligations towards its own population - also a duty - to self-defense. Israel is permitted to take action against Hamas based on and within the boundaries of international humanitarian law, which includes the laws of war, not just the laws of occupation. This distinguishes the Gaza case from other unrest or uprisings in occupied territories, which the occupying power is regularly only allowed to combat within the framework of occupation law (GC IV). The only addressee of self-defense acts is the aggressor - that is, Hamas, not the Palestinian people. The fact that the latter is (almost) inevitably affected is a problem of international humanitarian law (*jus ad bellum*).

4.4 Limits of Self-Defense

The right to self-defense has boundaries, but these aren't just about the rules of engagement in warfare outlined by international humanitarian law (*jus in bello*). Instead, they refer to the inherent limitations of *jus ad bellum* (the right

⁸ Resolutions 1368 (2001) und 1373 (2001). Available at: <https://www.un.org/depts/german/sr/sr_01-02/sr1368.pdf>.

to wage war in the first place), which differentiate legitimate self-defense from mere acts of revenge or retaliation (military operations driven by a retaliatory, deterrent, or punitive agenda). According to international law, states cannot engage in military action for these reasons. In a way, debates about the limits and legitimacy of self-defense echo back to the outdated notion of “just war” (*bellum iustum*) from medieval times.

While international humanitarian law (*jus in bello*) explicitly defines and differentiates the principle of proportionality, it remains less clear within the framework of *jus ad bellum*.⁹ Article 51 of the UN Charter, which outlines the right to self-defense, doesn’t explicitly mention the need for proportionate action. However, the principle of proportionality is reaffirmed as an “inherent part of the concept of self-defense” in consistent rulings by the ICJ and in international law, drawing on customary law existing before the UN Charter was adopted (ICJ, 2005, para. 147).

In the war against Hamas, Israel has the right to do everything necessary to stop Hamas’ (rocket) attacks, to repel the enemy, to destroy its military infrastructure, to eliminate its threat potential (weapons, fighters, etc.) and also to ensure that the attack does not continue in the future or that a new attack cannot occur again (SCHMITT, 2023). The goals must be both legitimate and achievable: the goal of destroying Hamas’ military structures in Gaza undoubtedly meets these criteria (HANEKE, 2023, p. 8); the objective of “destroying Hamas as a whole” would be nearly unattainable due to Hamas’ decentralized leadership structures abroad and the deeply ingrained anti-Semitic Hamas ideology among many young Palestinians. Seeking to expel or eradicate the Palestinian population would not only be unjustified but would also qualify as the subjective crime of genocide or ethnic cleansing (MEDINA; ENOCH, 2023).

It’s difficult to determine exactly how long the right to self-defense can serve as a valid legal justification for military action against Hamas. State practices suggest that it can endure for extended periods. For instance, the American “war on terror” concept, which was used to justify military actions years after the “9/11” attacks, exemplifies this. Additionally, the international community largely accepted the overthrow of the Taliban government and the occupation of Afghanistan for years following the Al Qaeda attacks on the World Trade Center in 2001. However, it’s important to note that the determination of what is “necessary” for defense is largely left to the political discretion of the defending state.

⁹ Some overlap between aspects of proportionality in the context of *jus in bello* and *jus ad bellum* is possible; In essence, however, these are dogmatically differently structured areas (see NOLTE, Georg; RANDELZHOFFER, 2012, art. 51 para. 62; HENDERSON, 2018, p. 234).

5 CONCLUSION

In conclusion, the conflict between Israel and Hamas in the Middle East presents a complex legal landscape shaped by international law, state practices, and evolving interpretations of legal principles. The events stemming from the terrorist attacks on October 7, 2023, have catalyzed discussions regarding the legal status of the Gaza Strip, the characterization of the conflict, and the application of the right to self-defense under public international law.

Key legal considerations emerge from this analysis:

- firstly, the legal status of the Gaza Strip remains contentious, with debates surrounding its classification as an occupied territory and the obligations of the occupying power under international humanitarian law. The involvement of non-state actors like Hamas further complicates the legal framework;
- secondly, the actions of Hamas, designated as a terrorist organization by numerous countries, raise concerns about compliance with international humanitarian law and human rights standards. The commission of war crimes and crimes against humanity, including indiscriminate attacks on civilians, underscores the imperative for accountability and justice within the framework of international criminal law;
- thirdly, the right to self-defense, enshrined in Article 51 of the UN Charter, plays a central role in shaping the response of states to armed attacks. While debates persist regarding the scope and limits of self-defense, particularly in conflicts involving non-state actors, the principle remains a cornerstone of international security and stability;
- in assessing Israel's military actions against Hamas, it is imperative to balance the legitimate right to self-defense with the principles of proportionality, necessity, and distinction outlined in international humanitarian law. While Israel has the right to defend its population from attacks by Hamas, military actions must be proportionate and directed solely at legitimate military targets, avoiding harm to civilians and infrastructure essential for their well-being.

Furthermore, the pursuit of long-term peace and stability in the region necessitates a comprehensive approach addressing the underlying political, social, and economic grievances fueling the conflict. Diplomatic efforts, dialogue, and confidence-building measures are essential complements to legal frameworks in achieving sustainable peace in the Middle East.

In conclusion, the resolution of the Israel-Hamas conflict requires a multifaceted approach that upholds the principles of international law, promotes

accountability for violations, and addresses the root causes of the conflict. Only through concerted efforts and a commitment to justice and reconciliation can lasting peace be achieved in the region.

REFERENCES

CASSESE, Ebenso. **International law**. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2005.

DETTNER, Ingrid. **The law of war**. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

DIE VÖLKERGEWOHNHEITSRECHTSTUDIE des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz (IKRK). March 2005. In: Deutsches Rotes Kreuz. Available at: <https://www.drk.de/fileadmin/user_upload/PDFs/Das_DRK/Materialien/Vertragstexte_Voelkergewohnheitsrecht/Zusammenfassung_Gewohnheitsrechtsstudie.PDF>.

DINSTEIN, Yoram. **War, aggression, and self-defence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Case of Sargsyan v. Azerbaijan. Judgment of June 16, 2015, appeal n.º 40167/06. Available at: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-155662%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-155662%22])>.

FINK, Udo; GILLICH, Ines. **Humanitäres völkerrecht**. Baden-Baden: Nomos, 2023.

GARDAM, Judith. **Necessity, proportionality and the use of force by States**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

GORNIG, Gilbert H. **Völkerrecht**. München: Beck, 2023.

HANEKE, Alexander. Das rauhe Recht des Krieges. In: FAZ, 17 October 2023. Available at: <<https://www.faz.net/redaktion/alexander-haneke-13124950.html>>.

HCJ - HIGH COURT OF JUSTICE. HCJ 9132/07. Al-Bassiouni v. Prime Minister, judgment of January 12, 2008. Available at: <<https://versa.cardozo.yu.edu/sites/default/files/upload/opinions/Ahmed%20v.%20Prime%20Minister.pdf>>.

HEMPTINNE, Jérôme de. Classifying the Gaza conflict under international humanitarian law: a complicated matter. Blog of the European Journal of International Law. 13 November 2023. Available at: <<https://www.ejiltalk.org/classifying-the-gaza-conflict-under-international-humanitarian-law-a-complicated-matter/>>.

HENDERSON, Christian. **The use of force and international law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

HOBE, Stephan. **Einführung in das völkerrecht**. 10. Aufl. Tübingen: Francke, 2014.

ICH expert opinion proceedings on the Israeli occupation. In: Legal Tribune Online. February 14, 2022. Available at: <<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/israel-netanyahu-besatzung-annexion-westjordanland-palaestina-siedlungen-un-igh/>>.

ICJ. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Advisory Opinion of 8th July 1996. Legality of the threat or use of nuclear weapons. ICJ Rep. 1996, 226, § 41. ICJ, judgment of 19th December 2005. Armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda). Available at: <<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-EN.pdf>>.

ICJ. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Relocation of the United States Embassy to Jerusalem (Palestine v. United States of America) (pending cases). November, 15, 2018. Available at: <<https://www.icj-cij.org/case/176>>.

ISRAEL. Supreme Court of Israel. The Public Committee against torture in Israel v. the Government of Israel. Judgment, December 11, 2005. HCJ 769/02. Available at: <<https://ihl-databases.icrc.org/en/national-practice/public-committee-against-torture-israel-et-al-v-government-israel-et-al-supreme>>.

KATZ, Alfred. **Staatsrecht**: grundkurs im öffentlichen recht. 18. Aufl. Heidelberg: Müller, 2010.

LACKEY, Douglas P. **Moral principles and nuclear weapons**. Lanham: Rowman & Littlefield, 1984.

LONGOBARDO, Marco. **The use of Armed Force in occupied territory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

MALANCZUK, Peter. **Akehurst's modern introduction to international law**. 7th ed. New York: Routledge, 1997.

MEDINA, Barak; ENOCH, David. What is permissible in the war against Hamas? In: Verfassungsblog, 17 October 2023. Available at: <<https://verfassungsblog.de/what-is-permissible-in-the-war-against-hamas/>>.

NEFF, Stephen C. **War and the law of nations**: a general history. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

NOLTE, Georg; RANDELZHOFFER, Albrecht. Ch. VII action with respect to threats to the peace, breaches of the peace, and acts of aggression: article 51. In: SIMMA, Bruno; KHAN; Daniel-Erasmus; NOLTE, Georg; PAULUS, Andreas

(Ed.). **The charter of the United Nations: a commentary**. v. II. Oxford: Oxford University Press, 2012.

O'BRIEN, John. **International law**. London: Routledge Cavendish, 2001.

O'CONNELL, Ellen. **The myth of preemptive self-defense**. Washington: The American Society of International Law Task Force Papers, 2002.

SCHMIDT, Lars. **Das humanitäre völkerrecht in modernen asymmetrischen Konflikten**. Berlin: Duncker & Humblot, 2012.

SCHMITT, Michael N. The legal context of operations Al-Aqsa flood and swords of iron. In: Lieber Institute West Point, 10. October 2023. Available at: <<https://lieber.westpoint.edu/legal-context-operations-al-aqsa-flood-swords-of-iron/>>.

SHAW, Malcolm N. **International law**. 4th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

SIMMA, Bruno; KHAN; Daniel-Erasmus; NOLTE, Georg; PAULUS, Andreas (Ed.). **The charter of the United Nations: a commentary**. v. II. Oxford: Oxford University Press, 2012.

THE OPERATION in Gaza. Factual and Legal Aspects. Report. Israeli Ministry of Foreign Affairs. July 2009. Available at: <<https://casebook.icrc.org/case-study/israelgaza-operation-cast-lead>>.

TRAMAZZO, John C.; COBLE, Kevin S.; SCHMITT, Michael N. Hostage-taking and the law of armed conflict. In: Lieber Institute West Point, 23. Oktober 2023. Available at: <<https://lieber.westpoint.edu/moment-truth-international-humanitarian-law-gaza-war/>>.

UNITED NATIONS. General Assembly. Seventy-seventh session. Agenda item 47. Israeli practices and settlement activities affecting the rights of the Palestinian people and other Arabs of the occupied territories. Resolution adopted by the General Assembly on 30 December 2022. A/RES/77/247. Available at: <<https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/A.RES.77.247.pdf>>.

UNITED NATIONS. Human Rights Council (HRC). Seventy-seventh session. Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel. September 14, 2022. Available at: <<https://www.un.org/unispal/document/report-of-the-independent-international-commission-of-inquiry-on-the-occupied-palestinian-territory-including-east-jerusalem-and-israel-a-77-328/>>. Rn. 75.

UNITED NATIONS. Human Rights Council (HRC). The United Nations Independent Commission of Inquiry on the 2014 Gaza Conflict. Report on the Gaza Conflict. A/HRC/29/52. June 24, 2015. Available at: <<https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/co-i-gaza-conflict/report-co-i-gaza>>.

VÄRK, René. The use of force in the modern world: recent developments and legal regulation of the use of force. In: **Baltic Defence Review**, Tartu (Estonian), Ed. Baltic Defence College (BDC) / Estonian National Defence College, v. 2, p. 27-43, 2003.

VENDITTI, Bruno. Mapped: recognition of Palestine by Country. November 10, 2023. Available at: <<https://www.visualcapitalist.com/recognition-of-palestine-map/>>.

VEREINTE NATIONEN. Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs. Angenommen am 17. Juli 1998 auf der Diplomatischen Bevollmächtigtenkonferenz der Vereinten Nationen zur Errichtung eines Internationalen Strafgerichtshofs. Available at: <<https://www.un.org/depts/german/internatrecht/roemstat1.html>>

VEREINTE NATIONEN. Sicherheitsrat. Resolution 2712. Verabschiedet auf der 9479. Sitzung des Sicherheitsrats am 15. November 2023. Available at: <https://www.un.org/Depts/german/sr/sr_23/sr2712.pdf>.

VON ARNAULD, Andreas. **Völkerrecht**. 5. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 2023.

Submissão em: 17 de abril de 2024

Último Parecer favorável em: 27 de junho de 2024

Como citar este artigo científico

KYRIAKAKIS, Michail. Navigating Legal Complexities: International Law Perspectives on the Israel-Hamas Conflict in the Middle East. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 2, p. 88-101, maio-ago. 2024.

A APLICAÇÃO DO TESTE DE PROPORCIONALIDADE NO JULGAMENTO DA ADI 7.273/DF DO STF

**RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER¹
GABRIELA LACERDA ZECHIN²**

RESUMO

O presente trabalho procura entender o papel do teste de proporcionalidade – chamado por muitos de limite dos limites – no contexto das democracias constitucionais, em especial em análise à atuação do Poder Judiciário. Para tanto, a pesquisa analisará o julgamento do Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 7.273 do Distrito Federal. A referida Ação Direta de Inconstitucionalidade foi proposta contra art. 39 da Lei 12.844, de 19-7-2013, em especial seu § 4.º, que permitia a presunção de legalidade do ouro adquirido e a boa-fé da pessoa jurídica adquirente. O objetivo deste estudo é, assim, averiguar se os elementos do teste da proporcionalidade foram adequadamente empregados no julgado em análise. Desta feita, o trabalho em questão se utilizará do método dedutivo, haja vista que realizará estudo acerca das diferentes doutrinas existentes sobre os elementos do teste e, posteriormente, investiga se tais elementos foram utilizados no julgamento da ADI 7.273/DF do STF.

Palavras-chave: Proporcionalidade. Poder Judiciário. Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT

This paper seeks to understand the role of the proportionality test in the context of constitutional democracies, especially through the actions of the Judiciary.

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná-UFPR. Professora dos Cursos de Graduação em Direito e dos Programas de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público-RS e da Universidade Federal do Rio Grande - FURG-RS. Contato: fabiana7778@hotmail.com

² Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Mestrado Acadêmico em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP-RS). Contato: gabilacezechin@gmail.com.

For this purpose, the research will analyze the judgment of the “Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 7.273 do Distrito Federal”. The mentioned Direct Action of Unconstitutionality was proposed against article 39 of Law 12.844, of July, 19, 2013, in particular its § 4, which allowed the presumption of legality of the acquired gold and the good faith of the acquiring legal entity. The purpose of this study is thus to ascertain whether the elements of the proportionality test were properly employed in the judgment under analysis. Therefore, the study in question will use the deductive method, since it will study the different doctrines existing on the elements of the test and, subsequently, investigate whether such elements were used in the judgment of the Federal Supreme Court ADI 7.273/DF.

Keywords: Proportionality. Judiciary. Neoconstitutionalism.

1 INTRODUÇÃO

O neoconstitucionalismo ressignificou o papel das Constituições na sociedade contemporânea, potencializando sua função protetora e garantidora de direitos fundamentais. A necessidade de anteparo aos direitos fundamentais, por sua vez, ganhou destaque após a Segunda Guerra Mundial, evento que resultou em terríveis violações aos direitos humanos. Nesta senda, a atuação das Cortes Constitucionais se intensificou, haja vista a necessidade de fazer cumprir com as disposições do novo modelo de Constituição que, a exemplo da Constituição Brasileira de 1988, positivou extenso rol de direitos fundamentais e bens jurídicos. Surgia, então, a era das denominadas Democracias Constitucionais.

A consequência direta dessa positivação tem sido a colisão entre os direitos, na medida em que, nos casos concretos, não raro há mais de um direito fundamental em jogo. Assim, é possível depreender que os direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente tutelados podem sofrer restrições ou intervenções através de medidas estatais, contanto que as mesmas estejam justificadas em cada caso concreto (GAVIÃO FILHO, 2022, p. 17).

As maneiras de justificação das restrições ou intervenções em direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente tutelados têm sido de amplo debate no âmbito do neoconstitucionalismo. O chamado teste de proporcionalidade, no entanto, se destaca cada vez mais como uma forma segura de averiguar se as intervenções estatais em direitos fundamentais estão justificadas, chamado por muito de limite dos limites.

O teste de proporcionalidade apresenta diversas versões na doutrina e jurisprudência contemporâneas, mas a mais aceita na atualidade – o modelo padrão ou *standard* – tem suas raízes no Supremo Tribunal Administrativo da

Prússia, posteriormente recepcionada pelo Direito Administrativo alemão. No fim da década de cinquenta, o Direito Constitucional germânico também passou a adotá-la, por meio do Tribunal Constitucional Federal alemão. Da Alemanha, tal modelo *standard* do teste se difundiu pelo mundo, passando a ocupar papel de destaque na jurisdição constitucional em países como os da América Latina e da Europa (GAVIÃO FILHO, 2022, p. 19). Assim, a utilização do teste da proporcionalidade no cenário jurídico brasileiro se tornou uma realidade.

A primeira seção desse artigo se dedica a analisar, de forma breve, os elementos do modelo padrão do teste da proporcionalidade, a partir da doutrina de três autores: Robert Alexy, Laura Clérico, Anízio Pires Gavião Filho.

Cada doutrinador trabalha com variações sutis da versão *standard*:

- para Robert Alexy, a proporcionalidade apresenta três máximas parciais: 1) a da adequação; 2) a da necessidade (ou seja, do mandamento menos gravoso); e 3) a da proporcionalidade em sentido estrito, é dizer, do mandamento do sopesamento propriamente dito;
- para Clérico, divide-se em três subtestes: 1) o da adequação técnica; 2) o do exame dos meios menos onerosos/nocivos; e 3) o da proporcionalidade em sentido estrito, oportunidade na qual será realizada a ponderação de princípios;
- Anízio Pires Gavião Filho, por sua vez, entende que os subtestes consistem em: 1) averiguar se a medida estatal persegue um fim constitucionalmente legítimo; 2) verificar a adequação da medida estatal para o fim; 3) analisar se existem medidas menos violadoras que cumpram o mesmo fim; e 4) ponderação de princípios.

Já a segunda seção examina se houve – ou não – a aplicação do teste de proporcionalidade no julgamento do Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 7.273 do Distrito Federal. A referida Ação Direta de Inconstitucionalidade foi proposta contra art. 39 da Lei 12.844, de 19-7-2013, em especial seu § 4.º, que permitia a presunção de legalidade do ouro adquirido e a boa-fé da pessoa jurídica adquirente.

O estudo objetiva, portanto, averiguar se o teste da proporcionalidade foi utilizado como instituto de limitação dos limites impostos pelo Estado e, se sim, quais dos seus elementos foram adequadamente empregados no julgado em análise. Desta feita, o trabalho em questão se utilizará do método dedutivo, haja vista que realizará estudo acerca das diferentes doutrinas existentes sobre os elementos do teste e, posteriormente, investiga se tais elementos foram utilizados no julgamento da ADI 7.273/DF do STF.

2 OS ELEMENTOS DO TESTE DE PROPORCIONALIDADE

Os elementos do teste de proporcionalidade encontram diferentes versões na doutrina, haja vista a vasta complexidade do tema. Robert Alexy, no entanto, é um dos maiores defensores do teste da proporcionalidade da atualidade. Ele não só contribuiu significativamente para a discussão acadêmica internacional acerca do tema, como também tem sido fonte de inspiração para muitos Tribunais mundo afora, principalmente os latino-americanos (PETERSEN, 2020, p. 163). Tendo isso em vista, se faz oportuno dar início à análise dos elementos a partir de seus estudos.

Alexy entende que a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade estão conectadas; isso porque a natureza de uma implica, necessariamente, a outra. Para o autor, a proporcionalidade possui três máximas parciais: 1) a da adequação; 2) a da necessidade (ou mandamento do meio menos gravoso); e 3) a da proporcionalidade em sentido estrito (ou do mandamento do sopesamento propriamente dito) (ALEXY, 2008, p. 117).

Os princípios, prossegue Alexy, são mandamentos de otimização frente às possibilidades jurídicas e fáticas. Por vezes, uma norma de direito fundamental que tem natureza de princípio colide com um segundo princípio, antagônico ao primeiro. Para que esse conflito se decida, é necessário realizar um sopesamento de ambos os princípios que estão colidindo (ALEXY, 2008, p. 117), é dizer: avaliar o peso (importância) de cada um no caso concreto.

Alexy aborda, ainda, a natureza de cada uma das máximas da proporcionalidade. Em relação à máxima da adequação e da necessidade, o autor entende que elas são decorrentes da natureza dos princípios enquanto mandamentos de otimização frente às possibilidades fáticas. Já a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é decorrente da natureza dos princípios enquanto mandamentos de otimização frente às possibilidades jurídicas (ALEXY, 2008, p. 118).

Para exemplificar como ocorre a colisão de direitos fundamentais/bens jurídicos constitucionalmente tutelados, observe-se, a seguir, a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre a proibição de alimentar pombos na via pública, trazida por Laura Clérico (2009, p. 176):

O Tribunal Constitucional Federal questiona se a norma (do § 3.º parágrafo 4.º da regulamentação de rua e estabelecimento/construção da cidade de Mönchengladbach), que contém a proibição de alimentar pombos em locais públicos, vai de encontro ao Art. 2.º parágrafo 1.º da LF sobre liberdade de ação. A colisão em termos mais concretos ocorre entre o direito à liberdade de ação (P1), que permitiria a alimentação dos pombos, e o interesse do público (P2) de manter a limpeza nos locais públicos para evitar perigos no trânsito, na preservação da saúde e danos (denominados de sujeidade)

nos telhados das casas e inundações em caso de temporais e neve, entre outros. De acordo com a validade de P1 é necessário permitir a alimentação dos pombos. Pelo contrário, de acordo com a validade de P2, a proibição de alimentar pombos é obrigatória. A colisão deve ser resolvida ponderando os dois princípios acima mencionados “considerando as circunstâncias específicas do caso”. Ou de forma simplificada: P1 e P2 estão numa relação de tensão e isso pode ser ilustrado através da reconstrução da “Decisão sobre a proibição de alimentar pombos na via pública”. O Tribunal Constitucional Federal questiona se o regulamento (do § 3.º, parágrafo 4, dos regulamentos de rua e estabelecimento/ construção da cidade de Mönchengladbach), que contém a proibição de alimentar pombos em locais públicos, é contrário ao Art. 2 parágrafo 1 da LF sobre liberdade de ação. A colisão em termos mais concretos ocorre entre o direito à liberdade de ação (P1), que permitiria a alimentação dos pombos, e o interesse do público (P2) de manter a limpeza nos locais públicos para evitar perigos no trânsito, na preservação da saúde e danos (denominados de sujidade) nos telhados das casas e inundações em caso de temporais e neve, entre outros.

Assim, sempre que tivermos uma colisão entre princípios, teremos dois direitos fundamentais/bens jurídicos constitucionalmente protegidos que são, cada um, de extrema importância. E devem ser assegurados para o bom funcionamento das democracias constitucionais. No entanto, nenhum deles é absoluto, e é precisamente por isso que podem ser submetidos ao sopesamento.

Laura Clérico muito se inspira nos trabalhos de Robert Alexy. Para a autora, todavia, o teste da proporcionalidade se subdivide em três subtestes: 1) o da adequação técnica da medida estatal; 2) o do exame dos meios menos onerosos/nocivos; e 3) o da proporcionalidade em sentido estrito, oportunidade na qual será realizada a ponderação de princípios (CLÉRICO, 2009). No âmbito de cada subteste, Laura trabalha com diversas regras que deverão ser seguidas quando da sua aplicação. Tais regras, no entanto, não serão esmiuçadas uma a uma no presente artigo, haja vista a vastidão do tema. O que se pretende é trazer um panorama geral dos principais pontos.

Para Clérico, o mandato de adequação técnica da medida estatal significa averiguar, no caso concreto, se a medida estatal restritiva de direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente tutelados consiste em um **meio** que estabelece uma **relação empírica** com o **fim que se persegue** (CLÉRICO, 2009, p. 40). Ou seja, a medida escolhida deve ser capaz, de forma técnica, de atingir o fim almejado.

Em segundo lugar, tem-se o subteste do exame dos meios menos onerosos/nocivos. Neste, a pergunta que Laura Clérico faz é: a limitação ao direito/bem jurídico pode ser evitada por outro meio ou, pelo menos, reduzida? Quando a resposta é positiva, o que se busca por meio de tal subteste é justificar a escolha desse outro meio que é menos oneroso/nocivo (CLÉRICO, 2009, p. 101-102).

Por fim, o último subteste é o teste da proporcionalidade em sentido estrito, a qual será averiguada por meio da ponderação. O teste de proporcionalidade

em sentido estrito avalia tanto a importância do objetivo que se almeja alcançar quanto a intensidade da restrição ao direito fundamental ou bem jurídico constitucionalmente tutelado (CLÉRICO, 2009, p. 163). Nesse sentido, Clérico trabalha com a ideia de que o cerne da proporcionalidade em sentido estrito é composto pela lei da colisão e pela lei da ponderação. Ainda explica Laura que as muitas formulações do teste de proporcionalidade em sentido estrito se resumem à mesma estrutura formal, na qual a ponderação ocupa o papel central (CLÉRICO, 2009, p. 172).

A lei da colisão preceitua que a colisão ocorre quando dois ou mais direitos fundamentais não puderem ser realizados ao mesmo tempo em determinada situação (CLÉRICO, 2009, p. 175). A ponderação, por sua vez, determinará qual desses dois (ou mais) interesses – que detêm uma importância semelhante em abstrato e no caso concreto –, “pesa” mais na situação em análise (CLÉRICO, 2009, p. 176).

Já para Anízio Pires Gavião Filho, o teste de proporcionalidade na sua versão *standard* se subdivide em quatro subtestes: o primeiro subteste verifica se a medida estatal limitadora de direitos fundamentais/bens jurídicos persegue um fim constitucionalmente legítimo (GAVIÃO FILHO, 2022, p. 20). Isso porque, se a medida visar concretizar um fim vedado pela Constituição (a exemplo da escravidão, da tortura etc.), ela não atende ao teste e não passará para as próximas fases.

Em segundo lugar, há o subteste da adequação. É dizer que analisará se a medida escolhida é adequada para concretizar o fim almejado. Para que essa fase do teste seja satisfeita, a medida estatal precisa tão somente ser capaz de concretizar o objetivo perseguido, sem que ela o concretize em maior grau que todas as outras medidas possíveis. Em outras palavras, em grau máximo (GAVIÃO FILHO, 2022, p. 20).

Já o terceiro subteste confere se a medida estatal eleita é, dentre todas as medidas que promovem o fim almejado, a menos restritiva de direitos fundamentais e bens jurídicos (GAVIÃO FILHO, 2022, p. 20).

Por fim, o quarto e último subteste – chamado de ponderação – busca apurar a importância da medida estatal. Assim, o grau de importância deve ser alto o suficiente para justificar a restrição que a medida impõe aos direitos fundamentais/bens jurídicos.

A ponderação, para Anízio, é composta por duas regras: a regra material e a regra epistêmica. A regra material compreende a noção de que, quanto maior a intervenção ou prejuízo a medida estatal causar a um direito/bem, maior deverá ser o grau de importância/concretização do fim almejado. Já a regra epistêmica, por seu turno, impõe que quanto maior a intervenção ou prejuízo a medida estatal causar a um direito/bem (GAVIÃO FILHO, 2022, p. 20).

3 OS ELEMENTOS DO TESTE DE PROPORCIONALIDADE ABORDADOS NO JULGAMENTO DA ADI 7.273/DF DO STF

3.1 O Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado como Direito Fundamental das Democracias Constitucionais

Ailton Krenak, líder indígena e um dos principais pensadores da atualidade, refere que não consegue imaginar o homem separado da natureza. Nas suas palavras, “a gente pode até se distinguir dela na cabeça, mas não como organismo” (KRENAK, 2020, p. 58). Como reflexo, o homem tornou a natureza seu objeto de estudo nas mais diversas ciências, tendo as preocupações com um meio ambiente ecologicamente equilibrado se tornado o centro das atenções a partir do final da Segunda Guerra Mundial.

A necessidade de anteparo aos direitos fundamentais, por sua vez, marcou esse momento histórico que fez surgir a Organização das Nações Unidas (ONU). É nesse contexto, precisamente, que surge o Direito Ambiental no cenário internacional.

No dizer de Luciano J. Alvarenga (2019, p. 36):

A chamada “crise ambiental” é frequentemente referida entre seus estudiosos como uma problemática que concerne aos limites materiais (físicos, ecológicos etc.) da biosfera, em face de uma demanda crescente por recursos naturais para servirem como insumos em diversos processos produtivos de alcance mercadológico planetário (agricultura, mineração, indústria petrolífera etc.).

Nesta senda, importantes Tratados Internacionais foram firmados, visando à proteção do meio ambiente em um âmbito global, tendo sido o primeiro deles a Declaração de Estocolmo de 1972. A Declaração contém um total de vinte e seis princípios – colocando, assim, as questões ambientais como foco dos temas de preocupação internacional (UNITED NATIONS, 1972).

Nessa época, surgiu também um novo modelo de Constituição: o modelo neoconstitucionalista que, a exemplo da Constituição Brasileira de 1988, positivou extenso rol de direitos fundamentais e bens jurídicos. Tinha início, então, a era das denominadas Democracias Constitucionais. Um dos direitos fundamentais resguardados pela nossa Constituição Federal é, justamente, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, elencado pelo art. 225 do diploma constitucional.

Assim, como referem José Rubens Morato Leite e Germana Parente Neiva Belchior (2019, p. 36), a proteção do meio ambiente adquiriu *status* constitucional de direito fundamental e, nesta senda, todo e qualquer obstáculo

à concretização desse direito deverá ser afastado pelo Estado – seja na figura do Administrador, do Legislador ou do Jurista. A maneira pela qual tal proteção será efetivada, no entanto, traz à baila novamente o papel do Poder Judiciário nas democracias constitucionais.

3.2 O papel do Supremo Tribunal Federal na Defesa do Meio Ambiente

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem ocupado lugar de destaque na defesa dos direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente tutelados, contando com importantes julgados em matéria de meio ambiente. Tendo isso em vista, faz-se importante relembrar algumas decisões paradigmáticas da Suprema Corte.

Talvez em uma das mais relevantes decisões em matéria ambiental, em abril de 2020 o STF decidia pela imprescritibilidade da pretensão de reparação civil por danos ambientais, o que se deu pelo julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 654.833, com repercussão geral (Tema 999). O caso dizia respeito à condenação de reparação por danos ambientais, morais e materiais cometidos em decorrência de invasões que ocorreram com o objetivo de extração ilegal de madeira de alto valor de mercado (quais sejam: mogno, cedro e cerejeira) em área indígena da comunidade Ashaninka-Kampa, do Rio Amônia (AC). As retiradas ilegais, no entanto, ocorreram entre os anos de 1981 e 1987 (STF, 2023a).

Em decorrência da passagem do tempo, estariam prescritas as pretensões de reparação pelos danos cometidos, o que levou o Supremo a decidir pela imprescritibilidade do dano de natureza ambiental:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 999. CONSTITUCIONAL. DANO AMBIENTAL. REPARAÇÃO. IMPRESCRITIBILIDADE. 1. Debate-se nestes autos se deve prevalecer o princípio da segurança jurídica, que beneficia o autor do dano ambiental diante da inércia do Poder Público; ou se devem prevalecer os princípios constitucionais de proteção, preservação e reparação do meio ambiente, que beneficiam toda a coletividade. 2. Em nosso ordenamento jurídico, a regra é a prescrição da pretensão reparatória. A imprescritibilidade, por sua vez, é exceção. Depende, portanto, de fatores externos, que o ordenamento jurídico reputa inderrogáveis pelo tempo. 3. Embora a Constituição e as leis ordinárias não disponham acerca do prazo prescricional para a reparação de danos civis ambientais, sendo regra a estipulação de prazo para pretensão ressarcitória, a tutela constitucional a determinados valores impõe o reconhecimento de pretensões imprescritíveis. 4. O meio ambiente deve ser considerado patrimônio comum de toda humanidade, para a garantia de sua integral proteção, especialmente em relação às gerações futuras. Todas as condutas do Poder Público estatal devem ser direcionadas no sentido de integral proteção legislativa interna e de adesão aos pactos e tratados internacionais protetivos desse direito humano fundamental de 3ª geração, para evitar prejuízo da coletividade em face de uma afetação de certo bem

(recurso natural) a uma finalidade individual. 5. A reparação do dano ao meio ambiente é direito fundamental indisponível, sendo imperativo o reconhecimento da imprescritibilidade no que toca à recomposição dos danos ambientais. 6. Extinção do processo, com julgamento de mérito, em relação ao Espólio de Orleir Messias Cameli e a Marmud Cameli Ltda., com base no art. 487, III, b do Código de Processo Civil de 2015, ficando prejudicado o Recurso Extraordinário. Afirmação de tese segundo a qual É imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental (STF, 2020a).

Como visto, o que se concluiu foi que o meio ambiente, por ser um direito fundamental que, acaso violado, acarreta em sérias consequências para as gerações futuras, deve ser protegido de forma especial pelo manto da imprescritibilidade.

Além disso, também vale mencionar o entendimento firmado pelo STF quando do julgamento de referendo à liminar nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF's) 656 e 658, oportunidade em que o Supremo suspendeu dispositivos da Portaria 43/2020 do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento/Secretaria de Defesa Agropecuária. Tais dispositivos permitiam o registro tácito de agrotóxicos e semelhantes, na medida em que estabelecia prazos de 180 e sessenta dias para que a Secretaria de Defesa Agropecuária se manifestasse sobre o registro de fertilizantes e de agrotóxicos, respectivamente. Acaso não sobreviesse manifestação conclusiva a respeito dos registros, a consequência era a aprovação instantânea (STF, 2023b).

O Ministro Relator Ricardo Lewandowski entendeu que, acaso fosse permitida a entrada e registro de novos agrotóxicos tacitamente e sem realização de análise adequada por parte das autoridades responsáveis, restaria ofendido o princípio da precaução, constante no art. 225 da Constituição Federal de 1988 (STF, 2020b). Observe-se, abaixo, a ementa:

AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. DIREITO AMBIENTAL. DIREITO À SAÚDE. PORTARIA 43/2020 DA SECRETARIA DE DEFESA AGROPECUÁRIA DO MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO – MAPA. REGULAMENTAÇÃO DA LEI 13.874/2019, A QUAL DISPÕE SOBRE LIBERDADE ECONÔMICA. PRAZOS PARA APROVAÇÃO TÁCITA DE USO DE AGROTÓXICOS, FERTILIZANTES E OUTROS QUÍMICOS. CONHECIMENTO. ENTRADA, REGISTRO E LIBERAÇÃO DE NOVOS AGROTÓXICOS NO BRASIL, SEM EXAME DA POSSÍVEL NOCIDADE DOS PRODUTOS. INADMISSIBILIDADE. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL. OFENSA, ADEMAIS, AO DIREITO À SAÚDE. PRESENTES O *FUMUS BONI IURIS* E O *PERICULUM IN MORA*. CAUTELAR DEFERIDA. I - O ato impugnado consiste em portaria assinada pelo Secretário de Defesa Agropecuária do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA, que estabelece prazos para aprovação tácita de utilização de agrotóxicos, independentemente da conclusão de estudos técnicos relacionados aos efeitos nocivos ao meio ambiente ou as consequências à saúde da população brasileira. II – Trata-se de portaria, destinada ao público em geral com função similar a um

decreto regulamentar, o qual, à pretexto de interpretar o texto legal, acaba por extrapolar o estreito espaço normativo reservado pela Constituição às autoridades administrativas. [...]. IX – **Permitir a entrada e registro de novos agrotóxicos, de modo tácito, sem a devida análise por parte das autoridades responsáveis, com o fim de proteger o meio ambiente e a saúde de todos, ofende o princípio da precaução, ínsito no art. 225 da Carta de 1988.** X - A Lei 7.802/1989, que regulamenta o emprego dos agrotóxicos no Brasil, estabelece diretriz incontornável no sentido de vedar o registro de agrotóxicos, seus componentes e afins, com relação aos quais o País não disponha de métodos para desativação de seus componentes, de modo a impedir que os resíduos remanescentes provoquem riscos ao meio ambiente e à saúde pública. XI – **A aprovação tácita dessas substâncias, por decurso de prazo previsto no ato combatido, viola, não apenas os valores acima citados, como também afronta o princípio da proibição de retrocesso socioambiental.** XII – *Fumus boni iuris* e *periculum in mora* presentes, diante da entrada em vigor da Portaria em questão no dia 1.º de abril de 2020. XIII – Medida cautelar concedida para suspender a eficácia dos itens 64 a 68 da Tabela 1 do art. 2.º da Portaria 43, de 21 de fevereiro de 2020, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento/Secretaria de Defesa Agropecuária, até a decisão definitiva do Plenário desta Corte na presente ADPF. (Grifo nosso).

Em assim sendo, a partir da breve exploração realizada acerca dos julgados anteriormente analisados, é possível concluir que o STF tem ocupado papel de destaque na defesa de uma proteção efetiva ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

3.3 Os Elementos do Teste da Proporcionalidade no Julgamento da ADI 7.273/DF do STF

Por fim, passa-se à análise do Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 7.273 do Distrito Federal. A referida Ação Direta de Inconstitucionalidade foi proposta contra art. 39 da Lei 12.844, de 19-7-2013, em especial seu § 4.º, que permitia a presunção de legalidade do ouro adquirido e a boa-fé da pessoa jurídica adquirente (STF, 2023c).

Embora o STF nem sempre se utilize do teste da proporcionalidade em sua modalidade *standard*, bem como não raro utilize os termos “proporcionalidade” e “razoabilidade” como sinônimos (GAVIÃO FILHO, 2022, p. 17-35) – aplicando por vezes o teste de forma deficitária –, neste julgado se percebe que a Suprema Corte brasileira se preocupa em fundamentá-lo de maneira adequada.

De plano, faz-se necessária uma breve exposição sobre o tema. Veja-se, a seguir, trecho extraído do julgado em análise:

Informam que o Instituto Escolhas, em 2022, divulgou o relatório “Raio X do Ouro: mais de 200 toneladas podem ser ilegais”, que enfoca possíveis irregularidades existentes na origem do metal na Amazônia e dissimuladas

ao longo da cadeia, até sua comercialização pelas 5 principais Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários – DTVMs, únicas autorizadas pelo Banco Central a adquirir e revender o ouro proveniente de garimpos da região. Entendem que o dispositivo impugnado, inserido pelo Congresso no projeto de lei de conversão da MP 640/2013 (que tratava do Programa Garantia-Safra), ao possibilitar a compra com base no princípio da boa-fé, buscou reduzir a responsabilidade das DTVMs por irregularidades existentes na origem do ouro, permitindo que o ouro ilegal seja escoado com aparência de licitude.

A partir disso, também foi exposta uma preocupação relativa ao risco que a referida normativa apresenta de um possível “esvaziamento do papel fiscalizador do Estado” (STF, 2023d). Isso porque “[...] os dispositivos alteraram o processo de comercialização de ouro no Brasil, de modo a pretensamente simplificar o processo a aquisição da matéria-prima” (STF, 2023d). Assim, se entendeu que tal presunção poderia facilitar a atividade do garimpo legal, problema de difícil erradicação no Brasil.

Sabidamente, os dizeres do Ministro Relator Gilmar Mendes destacaram que:

Sabemos que **a extração de minérios do subsolo causa impactos negativos ao meio ambiente, tais como: desmatamento da área explorada; impedimento de regeneração da vegetação pela decomposição de minérios às margens de cursos d’água; poluição e assoreamento de cursos d’água, dentre outros.** Justamente por ser **potencialmente danosa ao meio ambiente, a extração de recursos minerais deve ser precedida de autorização, permissão ou licença do poder público**, que orientará a atividade de extração do minério e a necessidade de recuperação da área afetada. É necessário, ainda, a realização do EPIA/RIMA para determinação dos possíveis danos ao meio ambiente que surgirão da atividade de mineração. (Grifo nosso).

A fim de melhor fundamentar sua posição, o Ministro se utilizou de conceitos originados na doutrina alemã para explicar a diferença estabelecida entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Ubermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) (STF, 2023d).

Ele refere que, em relação ao primeiro, o princípio da proporcionalidade serve como parâmetro para aferir a constitucionalidade das intervenções/restrições em direitos fundamentais na forma de **proibições de intervenção** (STF, 2023d). Logo, são situações em que o Estado interveio em excesso ao limitar direitos fundamentais.

Já no segundo, os direitos fundamentais são vistos como imperativos de tutela. É dizer: o Estado **deve intervir**, e uma intervenção deficitária na tutela e proteção dos direitos fundamentais violará o princípio da proporcionalidade. Ainda sobre essa modalidade:

O ato não será adequado quando não proteger o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção (STF, 2023d).

O Ministro ainda relembra que o Supremo tem declarado inconstitucionais as normas que, objetivando desburocratizar o licenciamento ambiental, afastam ou enfraquecem o controle prévio de possíveis impactos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por fim, destaca que o princípio da proporcionalidade como proibição à proteção insuficiente no âmbito do Direito Ambiental claramente vincula os três Poderes, motivo pelo qual vota a favor da inconstitucionalidade da medida. Ademais, a decisão foi tomada com base também no princípio da precaução, haja vista que a normativa em análise traz diversos riscos ao meio ambiente e aos povos indígenas, que sofrem com a atividade do garimpo ilegal.

Como se vê, ainda que não aplique a totalidade dos elementos do teste da proporcionalidade, percebe-se que o *decisum* traz à baila diversos dos seus aspectos importantes. O que, em nosso sentir, consiste em significativo avanço no que tange à adequada utilização do princípio da proporcionalidade e do teste em sua modalidade *standard*.

3 CONCLUSÃO

Em resumo, o presente estudo procurou responder se o teste da proporcionalidade foi utilizado no se os elementos do teste da proporcionalidade foram adequadamente empregados no julgamento da ADI 7.273/DF do STF.

Primeiramente, traçou-se um breve panorama geral sobre quais são os elementos do teste de proporcionalidade, com o estudo das concepções de três diferentes doutrinadores: Robert Alexy, Laura Clérico e Anízio Pires Gavião Filho. Isso porque cada doutrinador trabalha com variações sutis da versão *standard* do teste, ou seja, a versão mais difundida.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVARENGA, J. Luciano. In: FARIAS, Talden; TRENNEPOHL, Terence (Coord.). **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei 12.844, de 19 de julho de 2013. Amplia o valor do Benefício Garantia-Safra para a safra de 2011/2012; amplia o Auxílio Emergencial Financeiro, de que trata a Lei n.º 10.954, de 29 de setembro de 2004, relativo aos desastres ocorridos em 2012; autoriza a distribuição de milho para venda a pequenos criadores, nos termos que especifica; institui medidas de estímulo à liquidação ou regularização de dívidas originárias de operações de crédito rural; altera as Leis n.ºs 10.865, de 30 de abril de 2004, e 12.546, de 14 de dezembro de 2011, para prorrogar o Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras - REINTEGRA e para alterar o regime de desoneração da folha de pagamentos, 11.774, de 17 de setembro de 2008, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 12.431, de 24 de junho de 2011, 12.249, de 11 de junho de 2010, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.218, de 29 de agosto de 1991, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, 12.783, de 11 de janeiro de 2013, 12.715, de 17 de setembro de 2012, 11.727, de 23 de junho de 2008, 12.468, de 26 de agosto de 2011, 10.150, de 21 de dezembro de 2000, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.925, de 23 de julho de 2004, 11.775, de 17 de setembro de 2008, e 12.716, de 21 de setembro de 2012, a Medida Provisória no 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e o Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972; dispõe sobre a comprovação de regularidade fiscal pelo contribuinte; regula a compra, venda e transporte de ouro; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 19 jul. 2013. Edição extra.

BRASIL. Lei 14.119, de 13 de janeiro de 2021. Institui a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais; e altera as Leis n.ºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para adequá-las à nova política. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Especial meio ambiente: ressarcimento por dano ambiental não está sujeito à prescrição. 16 de junho de 2023a. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=509005&ori=1>>. Acesso em: 4 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Especial meio ambiente: STF afasta presunção de legalidade no comércio de ouro. 28 de junho de 2023c. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=509641&ori=1>>. Acesso em: 4 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Especial meio ambiente: STF suspende liberação tácita de agrotóxicos e fertilizantes. 7 de junho de 2023b. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=508541&ori=1>>. Acesso em: 4 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 656 (2020). Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 22 de junho de 2020. **Diário Oficial [da]**

República Federativa do Brasil, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 31 de agosto de 2020b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso Extraordinário n.º 654.833-AC (2020). Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 20 abr. 2020. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 24 de junho de 2020a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 7.273 (2023). Relator: Min. Gilmar Mendes. Sessão Virtual de 21 de abril a 2 de maio de 2023. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 10 de maio de 2023d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Petição 3.388 Roraima (2009). Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 19 de março de 2009. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Diário da Justiça Eletrônico n.º 120, Brasília, DF, 1.º de julho de 2010.

CLÉRICO, Laura. **El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional**. Buenos Aires: Facultad de Derecho de Buenos Aires/ EUDEBA, 2009.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. Proporcionalidade, direitos fundamentais, pandemia. In: LEAL, Rogério Gesta; RIOS ÁLVAREZ, Rodrigo; SBARDELLOTTO, Fábio Roque (Org.). **III Seminário Interinstitucional de Pós-Graduação Stricto Sensu: Universidade Finis Terrae (Chile) e Fundação Escola Superior do Ministério Público (Brasil)**. São Paulo: Dialética, 2022.

KRENAK, Ailton. **A vida não é útil**. São Paulo: Cia. das Letras, 2020.

LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. In: FARIAS, Talden; TRENNEPOHL, Terence (Coord.). **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

LUSTOSA, Maria Cecília Junqueira; CÁNEPA, Eugenio Miguel; YOUNG, Carlos Eduardo Frickann. Política ambiental. In: MAY, Peter H. (Org.). **Economia do meio ambiente: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 165 ss.

PETERSEN, Neils. Alexy and the “German” model of proportionality: why the theory of constitutional rights does not provide a representative reconstruction of the proportionality test. In: **German Law Journal**, Wiesbaden, v. 21, Issue 2, p. 163-173, February 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Decreto n.º 56.640, de 2 de setembro de 2022. Regulamenta o disposto no art. 21 da Lei n.º 15.434, de 9 de janeiro de 2020 e institui o Programa Estadual de Pagamento por Serviços Ambientais - PEPSA. **Diário Oficial [do] Estado do Rio Grande do Sul**, n. 171, Porto Alegre, 5 de setembro de 2022.

SAID, Edward W. **A questão da Palestina**. São Paulo: Unesp, 2012.

UNITED NATIONS. Conference on the Human Environment, 5-16 June 1972. Stockholm. Disponível em: <<https://www.un.org/en/conferences/environment/stockholm1972>>. Acesso em: 25 jun. 2023.

Submissão em: 16 de janeiro de 2024

Último Parecer favorável em: 16 de maio de 2024

Como citar este artigo científico

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; ZECHIN, Gabriela Lacerda. A aplicação do teste de proporcionalidade no julgamento da ADI 7.273/DF do STF. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 2, p. 102-116, maio-ago. 2024.

**SALUD MENTAL Y DERECHO DEL TRABAJO:
REFLEXIONES PARA UN DEBATE ADEUDADO**

SONIA GABRIELA SPREAFICO¹

1 REFLEXIONES INICIALES

“[...] Añadiré, en fin, que sin mí no habría ni sociedad, ni relaciones agradables y sólidas, ni el pueblo soportaría largo tiempo al príncipe, ni el amo al criado, ni la doncella a su señora, ni el maestro al discípulo, ni el amigo al amigo, ni la esposa al marido, ni el arrendador al arrendatario, ni el camarada al camarada, ni los comensales entre ellos, de no estar entre sí engañándose unas veces, adulándose otras, condescendiendo sabiamente entre ellos, o untándose recíprocamente con la miel de la estulticia [...]. (ERASMO DE ROTTERDAM, “ELOGIO DE LA LOCURA”. Año 1500).

Esto es para los locos. Los inadaptados. Los rebeldes. Los problemáticos. Los que no encajan en ningún sitio. Los que ven las cosas de otra manera [...] Mientras algunos los ven como los locos, nosotros vemos genios. Porque la gente que está lo suficientemente loca como para pensar que pueden cambiar el mundo, son los que logran hacerlo (STEVE JOBS, “Crazy Ones”. Año 1997).

¹ Abogada (U.N. del Litoral). Cursó Estudios de Posgrado en la Universidad Nacional del Litoral, Santa fe, Argentina, por los que obtuvo los Títulos de Especialista en Criminología y Especialista en Derecho Laboral. Miembro del Instituto de Derecho del Trabajo del Colegio de Abogados de Entre Ríos, Argentina, del que fue directora, por el periodo 2006-2007. Docente Universitaria de Grado. Titular (por concurso) de la Cátedra de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias de la Gestión de la Universidad Autónoma de Entre Ríos hasta el año 2007. En calidad de delegada, por Argentina, viajó a La Habana, Cuba, para participar en el Primer Encuentro Internacional de Justicia y Derecho en octubre de 2002. Cursó estudios de Doctorado en la Universidad Nacional del Litoral. Aprobó los Cursos de “Daños en el Derecho de Familia” y “Teoría y Práctica del derecho de las familias-edición 2023” dictados por las Dras. Aída Kemelmajer de Carlucci y Mariel Molina de Juan. Aprobó el curso de “Innovación y gestión judicial” dictado por el Dr. Luis María Palma. Ha dictado conferencias y exposiciones vinculadas al Derecho Laboral. Publicista. Docente inscripta en el Consejo General de Educación de la provincia de Entre Ríos. Integró el Consejo Asesor de la Editorial de Entre Ríos en calidad de miembro suplente, por el periodo 2022-2023. Coautora del Libro: “El Derecho del Trabajo y el Nuevo CCC”, dirigida por el Dr. Rodolfo Capón Filas. Editorial Platense (La Plata, Bs.As. 2015). *e-mail*: soniaspreafico@yahoo.com.ar

Yo no quiero volverme tan loco, yo no quiero vestirme de rojo, yo no quiero esta pena en mi corazón. Voy buscando el placer de estar vivo, no me importa si soy un bandido, voy pateando basura en el callejón (CHARLY GARCIA, “Yo no quiero volverme tal loco”. Año 1982).

Cuando Erasmo escribía sus palabras en sorna para su amigo Tomás Moro, crujían las estructuras religiosas de Europa, de la mano de Martín Lutero, un obispo católico que se atrevió a mirar al mundo con otros ojos, a pensarlo distinto. Y a cambiarlo, definitivamente. Porque sin Lutero, no hubiera sido posible pensar el capitalismo emancipador que permitió sacar de la pobreza, la miseria y la hambruna a tantas poblaciones de Europa occidental. A este respecto, comparto sin dudar la extraordinaria teoría que Max Weber (2011) expone en “La ética protestante y el espíritu del capitalismo”, que demuestra que no hay revolución política o económica posible si no está precedida de una revolución moral.

Más acá en el tiempo, Steve Jobs no sólo cambió el mundo, sino que directamente, creo otro. Su manzana mordida nos recuerda para siempre que pensar diferente nunca fue ni será gratuito, ni fácil, mucho menos cómodo. Lo mismo que nos recuerda el rock argentino que marchaba hacia la incipiente democracia: no es tan sencillo (menos aún inocente) delinear los perfiles de la cordura; el callejón suele estar lleno de basura.

La salud mental ha sido campo de batalla de las ciencias médicas, pero también de la política, de la economía y, sobre todo, de la ética. Ha sido una de las grandes disciplinas doradas de las geografías sociales. Esta realidad cada vez más complejizada sobreexige nuestra capacidad de equilibrio emocional, y por ello, paradójicamente, nos ha motivado a abordar el fenómeno desde perspectivas diferentes, buscando discursos más humanizados en los que se respeten las singularidades y las diversidades culturales.

Sin embargo, en el campo de lo jurídico, y específicamente en el Derecho Laboral; daría la sensación que aún queda mucho por hacer. Si bien he de reconocer, con auspicio, los desarrollos teóricos en orden a derechos de los pacientes de salud mental, la incorporación de instituciones jurídicas de acompañamiento y apoyo; todas estas cuestiones giran en torno a las cuestiones proteccionales, mediante la promoción y jerarquización de derechos, protección de las personas que padecen, y demás aspectos que trabajan sobre el fenómeno en sí; pero es casi nulo el debate teórico en orden a la responsabilidad por las causas del malestar psíquico del que son víctimas casi un tercio de la población mundial, según datos de respetados organismos internacionales.

Más todavía: a poco que consensuemos que la responsabilidad por el daño a la salud mental es un aspecto de la responsabilidad general; tendremos el problema de la prueba, pues este daño como ningún otro, sólo lo podremos conocer a través de las palabras de la víctima.

Es en este punto en el que el Derecho Laboral está dando una respuesta

que dista de ser suficiente, teniendo en cuenta que el trabajo resulta ser el agente estresor por excelencia. De allí que resulta urgente comenzar a transitar un debate teórico jurídico que contemple las dificultades probatorias, los contextos laborales, exigiendo la formación de los operadores jurídicos en la materia. Estas reflexiones intentan colaborar con la tarea de saldar esta deuda.

2 APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE “SALUD MENTAL”

La Organización Mundial de la Salud refiere a la “salud” como: “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”². Siguiendo este lineamiento, que supone una idea superadora del equivocado –por parcial– binomio “salud/enfermedad”, podemos aproximarnos a una conceptualización de la salud mental afirmando que consiste en el estado armonioso del ser humano en su dimensión “extra-física”, esto es, más allá o por fuera de su dimensión física. Implica un estado de bienestar emocional, psíquico y social que permite llevar adelante y enfrentar exitosamente los desafíos y obstáculos de la propia vida, de las contingencias de la propia existencia, y de la comunidad en la que vive. Desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, he de referir a que la Organización Internacional del Trabajo ha calificado a la salud mental como un estado de armonía o bienestar en el que los trabajadores desarrollan sus potencialidades y sus propias capacidades, trabajando en forma productiva. Es, como toda manifestación de salud, un fenómeno individual, pero tiene su dimensión social en tanto una de sus manifestaciones es la armonía entre el individuo y su entorno. En nuestro país, la Ley de Salud Mental 26.657, en su art. 3.º, la ha definido como “[...] un proceso determinado por componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona [...]”.

De lo señalado, se puede considerar que la salud mental se constituye como un fenómeno singular o individual, pero de fuerte contenido social por contraposición a los conceptos de salud física, de eminente –y visible– contenido individual. De manera que aparecen como elementos estructurales, al tiempo de conceptualizar a la salud mental, los modos de organización social en el que se desarrollen los diagnósticos, su prevención y su abordaje; como así también la historicidad en la que el sujeto se inserta. Nos dice Sigmund Freud en “El malestar en la cultura”: “[...] No podemos sino atenernos a la conclusión de que en la vida psíquica la conservación de lo pretérito es la regla más bien que una curiosa excepción [...]” (FREUD, 1930, p. 23).

La salud mental siempre ha sido el campo propicio para encendidos –y jamás inocentes– debates; tanto en el plano de las ciencias médicas, como

² Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Registro oficial, N.º 2, p. 100, entró en vigor el 7 de abril de 1948.

también en el plano de lo político, lo jurídico, lo económico. A propósito de esto, cuadra recordar aquí al psiquiatra italiano Franco Basaglia, quien ha postulado que las sociedades tienden a racionalizar aquello que se presenta como irracional, en una especie de mecanismo de defensa social; y así es como aparecen las institucionalizaciones de la salud mental; entre ellas, la más paradigmática: el manicomio. El concepto de locura se nos presenta como algo abstracto, pero en tanto sea etiquetado, patologizado, el cuerpo social, mediante esa racionalización, ordena la geografía social disponiendo el encierro.

Cuando sucede este fenómeno que Basaglia cataloga como racionalización de lo irracional, el individuo es aceptado por la sociedad racional. Aquí radica para Basaglia el rol normalizador de las instituciones manicomiales: en estabilizar y encerrar aquello que se nos presenta como diferente, para tranquilizar a quienes estamos fuera de ese encierro. El médico –nacido en Venecia a principios del siglo XX y fallecido en 1980, feroz hijo de su época– hace énfasis en que el concepto de salud mental resulta ser útil como instrumento de control de la clase trabajadora que no entra en el sistema de producción, que no genera ganancia:

[...] Esto deja a las claras que el problema de la opresión no tiene que ver solo con el enfermo mental o con el manicomio, sino con la estructura social en su totalidad [...]. Es necesario que nosotros, como técnicos, nos unamos a la clase que quiere realmente la emancipación de la sociedad, es decir la clase obrera. Porque si no hay clase obrera que lleve adelante nuestro discurso, nosotros terminamos siendo predicadores, santos (BASAGLIA, 2013).

2.1 Riesgos para la Salud Mental en el Trabajo

Interesa destacar aquí lo concerniente a los riesgos que podemos encontrar en el mundo del trabajo, para nuestra salud mental. Resulta necesario reflexionar que el llamado “trabajo decente” es colaborativo de la salud mental de los trabajadores. La Organización Mundial de la salud ha referido a estos riesgos como “riesgos psicosociales del trabajo” y pueden estar relacionados con el contenido o el horario del trabajo, las características específicas del lugar de trabajo o las oportunidades de desarrollo profesional, entre otras cosas.

Los entornos laborales deficientes que, por ejemplo, dan cabida a la discriminación y la desigualdad, las cargas de trabajo excesivas, el control insuficiente del trabajo y la inseguridad laboral, representan un riesgo para la salud mental. Para las personas con problemas de salud mental, el trabajo decente puede contribuir a la recuperación y a la inclusión, y mejorar la confianza y el funcionamiento en la sociedad [...].³

³ Organización Mundial de la Salud, Informe 2022 sobre Salud Mental “Transformar la salud mental para todos” en el sitio web oficial de la entidad.

2.2 El Daño a la Salud Mental que Interesa al Derecho de Daños

Varios han sido los modos que definir el daño a la salud mental; precisamente por lo debatible de sus límites conceptuales. Resulta interesante el concepto que adopta la Licenciada en Psicología Silvia Castela, miembro del Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

[...] la conceptualización que ha resultado como la más clara y útil en la demarcación del concepto, es la definición que ha acuñado el Dr. Risso quien establece: “Síndrome psiquiátrico coherente (enfermedad psíquica), novedoso en la biografía, relacionado causal o concausalmente con el evento de autos (accidente, enfermedad, delito), que ha ocasionado una disminución en las aptitudes psíquicas previas (incapacidad), que tiene carácter irreversible (cronicidad) o al menos jurídicamente consolidado (dos años) (CASTELAO, 2011).

La profesional de la salud, siguiendo los lineamientos citados, nos propone tres elementos importantes como constituyentes del daño psíquico, que lo diferencia de otros daños, como el moral.

Ellos son:

- **cuadro o síndrome psíquico coherente que permita un diagnóstico de salud mental**, como contraposición a signos aislados de sufrimiento psíquico que no llegan a constituirse jurídicamente en daño (a modo de ejemplo: tristezas por un duelo, preocupaciones por un despido, por el desempleo, etc.). Cuadra en este punto, referir a la dificultad que tiene el diagnóstico de salud mental. No sin razón, Fricker llamó a estos diagnósticos “una injusticia epistémica” (FRICKER, 2017); ello así, por cuanto las formas del sufrimiento y la conducta humanas son imposibles de totalizar de antemano, siempre se inscriben en lo probabilístico, de modo que sucede la injusticia epistémica si se anula la capacidad del sujeto dañado de transmitir el conocimiento, si se anula el relato singular como fuente epistémica⁴. Los seres humanos son seres sociales con experiencias singulares e inseparables de su entorno. No existe un “trastorno” aislado en su pureza. Tradicionalmente, se han utilizado las llamadas “agrupaciones de síntomas” sobre las cuales se fundamentan los diagnósticos: el CIE 11 (utilizado por la OMS) o el DSM 4 de la Asociación de Psiquiatría de los Estado Unidos; sin embargo, desde un punto de vista estrictamente epistémico, no tienen valor de certeza sino de aproximación. Un reciente documento de la *British Psychological Society* propone migrar del concepto de “síntoma” al concepto de “estrategia

⁴ El notable hallazgo conceptual de Miranda Fricker adquiere particular relevancia en los procesos judiciales en los que se investiga la vinculación del daño psíquico con el trabajo; en tanto resulta ser, casi invariablemente, el testimonio de la víctima la prueba central con la que se cuenta. De allí la necesidad de redefinir las aristas probatorias en dichos procesos.

personal” frente al acontecimiento adverso de la existencia. Es el llamado “Proyecto PAS”, que asienta la clínica en la narrativa personal del sujeto antes que, en el diagnóstico extraído de un listado exterior, permitiendo de esta manera un abordaje de la problemática con un eje más acentuado en la singularidad del paciente que en su etiquetamiento exterior. “El fenómeno del sufrimiento psíquico no es un hecho de la naturaleza sino un avatar de la vida del sujeto, por lo que no se explica en la misma forma que los fenómenos naturales sino que se comprende, como todo devenir humano” (GALENDE, 2020, p. 86);

- **novedoso en la biografía del sujeto**, esto es, disruptivo en orden a su organización psíquica anterior al suceso que se erige como dañoso. Este aspecto permite diferenciar el daño –en el sentido jurídico– de las llamadas “personalidades de base” o las expresiones psíquicas “endógenas”;
- **vinculación causal o concausal del daño con el hecho**. La licenciada Castelao considera que la vinculación causal entre el hecho y el estado psíquico se verifica cuando la patología psíquica actual del sujeto no existía antes del hecho traumático vivenciado: el hecho dañoso inaugura la patología psíquica. En cambio, la vinculación concausal sucede cuando se verifica un aceleramiento o agravamiento de una preexistencia psíquica. Sin embargo, apunta la prestigiosa psicóloga: “Considero que la estructura de personalidad no debe considerarse, automáticamente, como concausa preexistente, ya que es evidente para psiquiatras y psicólogos que el hecho que se investiga en las actuaciones impacta y se aloja en una determinada estructuración de personalidad de base. Dicha personalidad de base cuenta con determinada conformación e incluye una modalidad específica de cómo se relaciona, percibe y piensa el entorno y el sí mismo. Considerar a la personalidad de base siempre y en todos los casos como concausa preexistente sería análogo a, en traumatología, considerar a la estructura ósea como predisponente de una fractura, porque “el hueso es rompible [...]” (CASTELAO, 2011, p. 82).

2.3 Daño Psíquico. Daño Psicológico. Daño Psiquiátrico

Entiendo que el tema de la salud mental, y particularmente de su daño, constituye todo un desafío especialmente en lo concerniente a las conceptualizaciones y a la rigurosidad del uso de los vocablos. En efecto, debo manifestar que no he encontrado en la bibliografía consultada, diferencias conceptuales al tiempo de definir daños psiquiátricos y daños psicológicos; llamando –los diferentes autores– indistintamente “daño psíquico” a los daños vinculados a la esfera de la personalidad y a la esfera de la conducta o del comportamiento. Sin embargo, en materia laboral, la ley 24.557 en su art. 6.º, que instituye el llamado “Baremo” de contingencias resarcibles, descarta

las enfermedades psicopatológicas porque “[...] en casi la totalidad de estas enfermedades tienen una base estructural [...]” y sólo dispone que será resarcible aquella lesión o enfermedad psiquiátrica que derive de enfermedades profesionales o sean secuelas de accidentes de trabajo. De manera que, si la ley distingue, considero que interesa al Derecho al menos ensayar lineamientos útiles para diferenciar lesiones psiquiátricas de lesiones psicológicas.

Las primeras podemos situarlas en la esfera del daño mental, y pueden requerir elementos químicos (como fármacos) para su tratamiento. Se vinculan con insuficiencias químicas del cerebro humano, o del sistema glandular o endocrinológico; y el cuadro aparece como irreversible. Las segundas, aparecen vinculadas a la esfera emocional y conductual del sujeto; probablemente reversibles. Es importante señalar que lo que interesa al Derecho de daños en materia de salud mental, es el caso en que el deterioro mental –en cualquiera de sus acepciones: psiquiátrico, psicológico, psíquico como generalidad– sea disruptivo y vinculado a una causa externa al sujeto. Interesa enfatizar que la determinación del daño psíquico está más relacionada con un déficit en el funcionamiento de las habilidades del sujeto a partir del evento dañoso que con la presencia de un diagnóstico determinado (por ejemplo: trastorno por estrés postraumático). También resulta trascendente la nota de definitividad del daño; las posibilidades de atenuar el mismo; por cuanto no corresponde resarcir el daño no consolidado.

2.4 Diferentes Supuestos Vinculados al Mundo del Trabajo que Pueden Originar Daños a la Salud Mental

2.4.1 Violencia laboral

Una primera aproximación sobre el tema de la violencia en el trabajo o violencia laboral, nos permite afirmar que esta expresión es un genérico contemplativo de varios supuestos como el acoso, el mobbing, o simplemente los hechos de violencia física o moral dirigidos contra las personas en su situación de trabajo. Como denominador común, aparece la acción humana dirigida contra la persona que trabaja, considerada en su individualidad, y cuya finalidad es el menoscabo de la víctima para producir su deterioro psíquico. La Organización Internacional del Trabajo ha conceptualizado a la violencia en el art. 1.º apartado a) del Convenio 190, ratificado por Ley 27.580:

[...] la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles

de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género [...].

La norma legal utiliza la expresión “[...] tengan por objeto o causen o sean susceptibles de causar [...]” de modo que caben aquí tanto la conducta deliberada de actuar buscando el resultado daño (“[...] tengan por objeto [...]”), como aquellas conductas que causen daño psíquico aunque no sea este el fin perseguido, daño que se provoca como resultado de la temeraria despreocupación de los modos en que se desarrolla la actividad productiva del empleador (“[...] causen o sean susceptibles de causar [...]”).

Parecería un anacronismo referir a daño o violencia física en el trabajo; sin embargo he de ponderar que ciertas ocupaciones, como el trabajo rural o el migrante, y otros trabajos en los cuales la comida, los alimentos, el agua potable y la vivienda son suministrados por el empleador, resultan ser escenario en el que a menudo se verifican hechos tales como el suministro deficiente de estos insumos, los alimentos en mal estado, sin condiciones de refrigeración adecuada, las viviendas precarias, el agua sin condiciones de salubridad, los traslados de las personas que trabajan realizados en vehículos inadecuados; al tratarse de hechos que impactan sobre los cuerpos de los trabajadores, son hechos que se insertan en agresiones de tipo físico, no sólo de tipo moral o psíquico. De allí que tales situaciones puedan ser catalogadas como “violencia física”. El mobbing o acoso laboral son supuestos que pueden considerarse como hechos de violencia.

2.4.2 Incumplimiento de la limitación de la jornada laboral

Las jornadas laborales prolongadas son un alto factor de riesgo psicosocial. Entre las consecuencias, tenemos el estrés crónico, hipertensión e hipercolesterolemia. Suele suceder que se produzcan cambios de comportamiento; por dormir poco, hacer escaso ejercicio, comer comida poco sana.

2.4.3 Síndrome de Burnout

Comúnmente llamado “síndrome de la cabeza quemada”, se refiere a las situaciones en las que el sujeto experimenta daños en la esfera psíquica a partir de haber desarrollado tareas en situaciones de exigencias extremas, alto stress o marcadas responsabilidades. El síndrome de Burnout se define como una respuesta al stress laboral integrado por actitudes y sentimientos negativos hacia las personas con las que se trabajan y hacia el propio rol profesional, así como por la vivencia de encontrarse emocionalmente agotado.

Sin embargo, “[...] no sería completa la descripción del síndrome si no se describe el contexto económico, social y laboral en el cual surge [...]” (ZALDÚA, LODIEU; KOLODITZKY, 2002, p. 27)

La Organización Mundial de la Salud ha incluido al Síndrome de Burnout como un cuadro de diagnóstico de Salud Mental. En efecto, en el año 2022 entró en vigor la nueva Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11) de la OMS, que lo incluye a como “padecimiento laboral”.

3 REPARACIÓN DE DAÑOS LABORALES. EL SISTEMA BINARIO DE LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

Los daños laborales, como todo daño, constituyen un ilícito al orden jurídico por violación al principio general de prohibición del daño injusto a la persona y a sus derechos. Principio que encuentra su origen en el “*alterum non laedere*” de las reglas de Ulpiano⁵.

Como todo daño, genera derecho a su reparación. El Derecho Laboral nos ofrece dos sistemas reparatorios: el sistémico (Ley 24.557 de Riesgos del Trabajo) y el extra-sistémico, que podemos a su vez, subdividirlo en dos: el que nace de la llamada “acción autónoma de daño” del art. 75 de la Ley de Contrato de Trabajo, y el sistema general de responsabilidad civil, legislado en el Código Civil y Comercial, dado que no hay razón para privar a un trabajador, en tanto ciudadano, del derecho general de daños. Podemos afirmar entonces que no hay daño laboral que se encuentre legalmente excluido o privado de reparación. Lo que corresponde analizar en cada caso, es cómo o mediante qué sistema es posible alcanzar la indemnización justa que garantiza la Constitución Nacional.

3.1 La Reparación Sistémica de la Ley 24.557

El sistema propuesto por la ley 24.557 (en vigencia desde el año 1995) es único en el Derecho Argentino: dispone la responsabilidad directa y preestablecida de un sujeto ficcionado –la Aseguradora de Riesgos del Trabajo– que sustituye al dañador en la relación jurídica que nace del daño a la integridad psicofísica del trabajador. Se crea así una situación paradójica: el empleador es el único sujeto que en los escenarios fácticos de la Ley 24.557, está excluido del principio constitucional “*alterum non laedere*” y paralelamente, la Aseguradora de Riesgos del Trabajo es el único sujeto que en forma directa –no refleja, como sucede con el seguro civil– paga por el daño que no causó.

⁵ “*Honeste vivero*” (Vivir honestamente); “*Sumum cuique tribuere*” (dar a cada uno lo suyo) y “*alterum non laedere*” (no dañar a otro)

Nunca antes de la Ley 24.557 un dañador podía plantear falta de acción frente a un daño que causó y que puede calificarse como “contingencia cubierta” por la Ley 24.557.

Cabe, como primera reflexión, razonar que los daños a la salud de los trabajadores deberían encontrar respuesta en la Ley 24.557 por su carácter de “ley especial”. Sin embargo, la cuestión no es tan lineal. Esta normativa está articulada de manera estatutaria y requiere para activarse, que el daño sea calificado como “contingencia cubierta” por el propio sistema de la Ley 24.557. La víctima puede salir del sistema y procurar la reparación de tipo extra-sistémica, pero libera a la Aseguradora, dado que la respuesta de esta por la “contingencia” es sólo “sistémica”, es decir, en la medida de la Ley 24.557.

De allí su nombre de “reparación sistémica” de los siniestros laborales: el tercero ficcionado responde en los supuestos y mediante los modos preestablecidos en ese sistema legal. No es de interés de este trabajo el debate sobre la ética en la que se apoya esta decisión legislativa; de manera que preguntas tales como: ¿es moralmente aceptable liberar de responsabilidad a quien daña nada menos que a la persona humana? ¿Qué conductas futuras puede provocar en un sujeto empresario saberse de antemano exonerado por los daños que cause su fin de lucro?; en una economía en la que el empleador ha mutado su forma jurídica hasta volverse casi inasible: ¿es una decisión ética garantizar la reparación del daño al sujeto humano mediante el sistema de seguros, de base financiera?; en economías en las que el empleador local es en su inmensa mayoría, un conglomerado de pequeñas empresas de pequeño capital: ¿responde a preceptos éticos conjurar la tan temida insolvencia patronal mediante la sustitución de la responsabilidad frente al daño a la persona que trabaja? Al trabajador: ¿le resulta tranquilizador reclamar a un tercero por su daño mientras continúa vigente la relación de empleo?

Cuando la Ley 24.557 decidió la reparación: ¿miró a la víctima, a su dañador, al tercero responsable, a todos por igual? ¿Qué futuro propone la Ley: un mundo de personas sanas o de capitales sanos? El nombre de la Ley ¿es éticamente acertado o debería llamarse “ley de riesgos del capital”? y otros interrogantes de similar tenor son preguntas absolutamente legítimas pero ajenas al interés de este trabajo. Esta ley 24.557, o más precisamente este sistema, desde su irrupción, ha motivado profusos debates. En lo personal, siempre me han resultado muy esclarecedores –por lo rigurosos y apasionados– los propuestos por César Arece y Carlos Toselli desde Córdoba; y Daniel Machado desde Santa Fe, tres jueces que jamás ocultaron la matriz ética desde la que piensan y actúan el Derecho. Este trabajo intenta plasmar sus enseñanzas: pensar el Derecho de la mano de la ley, pero habitados por la Constitución Nacional.

La respuesta estatutaria dada por la ley 24.557 está contenida en los decretos 659/96 y 658/96, que legislan el llamado “Baremo” o Listado de

enfermedades y Tabla de incapacidades cubiertas; con las actualizaciones respectivas de los Decreto 1167/03 y 49/14. Sólo por estos diagnósticos responde la Aseguradora de Riesgos del Trabajo. Es cierto que la propia Ley 24.557 tiene un procedimiento por el cual es posible admitir otras enfermedades o dolencias como “contingencia cubierta”, previsto en los arts. 6.º, apartado 2.º, lo concreto es que ese procedimiento exige que la dolencia sea causada en *forma directa e inmediata por la ejecución del trabajo*; de tal suerte que el daño debe derivar de la tarea, excluyendo en forma expresa cualquier daño vinculado a la singularidad del sujeto que las presta.

De allí que resulte imposible utilizar este mecanismo legal para los casos en que el daño se verifique en la esfera psíquica del sujeto trabajador, dado que, conforme se ha expuesto en párrafos anteriores, lo que distingue al daño a la salud mental es precisamente su singularidad existencial, su inscripción personal en la vida del sujeto dañado.

3.2 La Reparación Extra-Sistémica

Como se mencionará, este tipo de reparación debe su nombre a que nace de normas legales que están por fuera del sistema de la Ley 24.557. Su modo de definición (por exclusión) lo podemos extraer del art. 4.º de la Ley 26.773, que alude a “[...] otros sistemas de responsabilidad [...]” lo que da la idea que para la ley los sistemas de reparación de daños laborales comprenden la normativa civil pero no se agotan en ella. En este orden de ideas, se nos presenta, por un lado, la acción autónoma de reparación de daños prevista en el art. 75 de la Ley de Contrato de Trabajo. Por el otro, tenemos la normativa que rige la reparación general de daños, legislada en el Código Civil y Comercial, dado que no hay ninguna razón de orden constitucional o legal que impida a un trabajador o a una trabajadora obtener la reparación de su daño peticionando la aplicación de la normativa general civil. De hecho, la mencionada Ley 26.773 en el último párrafo del art. 4.º refiere expresamente a esa posibilidad. Naturalmente, tal postulación –en cualquier variante, la específicamente laboral o la genérica civil– acarrea otra respuesta, diferente a la estatutaria.

Entre estas diferencias, y a título referencial o esquemático: la acción legal está dirigida al empleador por su condición de dañador, la reparación es integral (no tarifada), requiere demostración de causalidad adecuada y puede ser de tipo objetivo (responsabilidad por riesgos) o subjetivo (responsabilidad por culpa). Asimismo, las dos acciones extra-sistémica, tienen ribetes diversos entre sí. Dado que cada una de ellas opera dentro de diferentes sistemas normativos, diferentes son entonces sus formas dinámicas. La acción laboral goza de los principios y presunciones propias del Derecho del Trabajo: inversiones de cargas probatorias, principio de primacía de la realidad, presunciones legales y “hominis”; privilegios que no rigen si la que se intenta es la acción civil. La

acción autónoma de daño laboral del art. 75 de la Ley de Contrato de Trabajo exige invocar y probar la ilicitud del actuar del empleador, por cuanto la norma rige el caso de daños causados por incumplimientos de normas de higiene y seguridad en el trabajo, o de normas de limitación de la jornada de labor.

Tal exigencia no es necesaria si la acción intentada es la civil, especialmente la prevista en el art. 1575 CCC, en tanto en materia de responsabilidad civil por actividades riesgosas o peligrosas, la licitud del actuar patronal no es un supuesto de exoneración, disminución o desagregación de la responsabilidad objetiva del titular de la actividad.

3.3 El Daño a la Salud Mental en uno y otro Sistema

Reseñados somera o referencialmente los dos universos que conforman el sistema binario de reparación de daños laborales; resulta una consecuencia del principio general “alterum non laedere” que el daño a la salud mental, en tanto daño, debe encontrar adecuada reparación. Analizaré inicialmente la Ley 24.557 por tratarse de la ley especial propia del Derecho del Trabajo. A tal fin, es necesario analizar el Baremo o Listado que integran el sistema legal. En el Decreto 659/96 que aprueba la Tabla de Incapacidades Laborales, en su Anexo I, se establece:

[...] las lesiones psiquiátricas que serán evaluadas son las que deriven de enfermedades profesionales que se encuentren en el listado diagnosticadas como permanentes o que sean secuelas de accidentes de trabajo. Las enfermedades psicopatológicas no serán motivo de resarcimiento económico ya que casi la totalidad de estas enfermedades tienen una base estructural [...].

Mediante la misma norma se aprueba el llamado “listado” de enfermedades profesionales y se tabula las incapacidades de las dolencias psíquicas que serán objeto de reparación, dado que tampoco basta al universo “sistémico” que la dolencia psíquica sea consecuencia de enfermedades “enlistadas” sino también estas –las enfermedades psíquicas– tienen que poder ser encuadradas en las que el mentado Anexo I enumera. Rigurosidad que enfatiza con el requerimiento de exámenes clínicos para descartar situaciones de simulación, meta simulación y sobre simulación de síntomas. De manera que la reparación “sistémica” excluye al daño a la salud mental como “contingencia” autónoma, toda vez que ha dispuesto que cualquier daño psíquico, para ser considerado contingencia, debe ser consecuencia de otra contingencia cubierta.

Tampoco es factible incorporar el daño psíquico a través del mecanismo previsto por el art. 6.º de la Ley –incorporación de otros diagnósticos al sistema–

dado que, conforme lo referido en párrafos anteriores, para transitar este proceso es necesario probar que el daño no deriva de la singularidad del sujeto (labilidad), siendo precisamente este supuesto de hecho (la singularidad del sujeto frente al mundo) el punto de partida de cualquier diagnóstico de salud mental. En lo concerniente a la posibilidad de obtener la reparación del daño mediante la vía extra-sistémica, cabe aplicar las reglas del Derecho general de daños, dado que como se afirmará anteriormente, en tanto daño, autoriza a pedir su indemnización.

En tal supuesto, resulta irrelevante cualquier reflexión orientada a la llamada “opción excluyente” del art. 4.º de la Ley 26.773, en tanto al no haber contingencia cubierta, no hay posibilidad para la víctima de “optar” entre uno u otro sistema de reparación.

3.4 Reflexiones en Torno a la Solución de la Ley 24.557

Si se tiene en cuenta que la Ley 24.557 establece como uno de los deberes a cargo de las Aseguradoras –obligaciones en sentido estricto– el de prevenir eficazmente los riesgos (arts. 1.º y 2.º incisos 1.º y 2.º apartado a) de la Ley) sin distinguir qué tipo de riesgos, o qué daño causan, he de señalar en esta reflexión, que resulta cuanto menos, una autocontradicción, un serio déficit conceptual del sistema cerrado de la Ley 24.557, incluir (por omitir diferenciar) a la salud mental dentro de la obligación de prevención y excluirla luego del sistema de reparación. En este mismo orden de ideas, podemos señalar, siguiendo el mentado déficit legal, que no hay reglamentaciones preventivas vinculadas específicamente a la salud mental, exigibles al sector empleador en cuanto tal, con la sola excepción del deber de tipo general del art. 75.º, primer párrafo, de la Ley 20.744 en orden a la extensión de la jornada de labor; vacío normativo que dificulta articular reclamos basados en el incumplimiento de los deberes de prevención, conforme la doctrina del caso “Torrillo” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁶

Conforme lo dicho, resulta inocultable el desprecio que ha tenido el legislador de la Ley 24.557 por la salud mental de las personas que trabajan; anteponiendo una mirada, una concepción fuertemente mecanicista, biologicista, rígida e inflexible frente a estos fenómenos, pretiriendo –cuando no directamente desoyendo– los paradigmas que han brindado la Organización Mundial de Salud y la Organización Internacional del Trabajo. Dado que la Ley 24.557 no repara el daño a la salud mental como daño autónomo, han quedado excluidos del universos “sistémico” de reparación (a cargo de las Aseguradoras) dolencias psíquicas que son consecuencia directa de situaciones que encuentran su origen en el contrato de trabajo: violencia laboral, ejercicio abusivo del poder de

⁶ “Recurso de hecho deducido por La Caja ART S.A. en la causa Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro” CSJN 31/3/2009

organización empresarial, mobbing, “*burn out*” y situaciones similares propias del mundo del trabajo.

En estos casos, el daño psíquico es prácticamente el único, ya que los daños físicos suelen ser respuestas psicósomáticas nacidas del sufrimiento psíquico del sujeto. La exclusión surge evidente, por cuanto los cuadros de salud o diagnósticos o síntomas que este tipo de situaciones provoca –depresión, ansiedad, trastornos adaptativos, etc.– no son derivación o consecuencia de otros siniestros laborales sino el siniestro laboral en sí; se trata de daños autónomos porque no se derivan de ningún otro daño físico previo, sino del trabajo mismo (no de las tareas, sino del hecho del trabajo, de su modo de organización, de su ambiente, etc.).

3.5 La Reparación Extra-Sistémica Laboral. La Acción del art. 75 de la Ley 20.744

El art. 75 de la Ley de Contrato de Trabajo dice:

Art. 75. Deber de seguridad. El empleador debe hacer observar las pautas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en la ley y demás normas reglamentarias, y adoptar las medidas que, según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, debiendo evitar los efectos perniciosos de las tareas penosas, riesgosas o determinantes de vejez o agotamiento prematuro, así como también los derivados de ambientes insalubres o ruidosos. Está obligado a observar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad en el trabajo. El trabajador podrá rehusar la prestación de trabajo, sin que ello le ocasione pérdida o disminución de la remuneración, si el mismo le fuera exigido en transgresión a tales condiciones, siempre que exista peligro inminente de daño o se hubiera configurado el incumplimiento de la obligación, mediante constitución en mora, o si habiendo el organismo competente declarado la insalubridad del lugar, el empleador no realizara los trabajos o proporcionara los elementos que dicha autoridad establezca.

Esta norma de naturaleza laboral contempla el llamado deber de seguridad en el trabajo, de modo que su incumplimiento, como todo incumplimiento contractual, impone la responsabilidad por las consecuencias de su actuar contrario al Derecho. El daño al que la norma alude es a la salud psicofísica del trabajador, por lo que queda expresamente contemplado el daño a la salud mental, sin las limitaciones ni exigencias propias de la Ley 24.557.

No hay razones tampoco para excluir de esta norma la responsabilidad empresarial por el daño a la salud mental causado por los incumplimientos a la limitación de la jornada laboral; antes bien, es la norma en la que se asienta esa responsabilidad. Es que este artículo legal permite afirmar que la ley laboral

no hay suprimido la responsabilidad patronal por los daños. Como vimos, lo único que ha sucedido es que a través del dictado de la ley 24.557 se le permite sustituir su responsabilidad en determinados casos. En este sentido sostiene Horacio Schick (2013):

[...] En definitiva, sostenemos la existencia de una tercera acción laboral autónoma fundada en los incumplimientos al deber de seguridad previsto en el artículo 75 de la LCT y también en los artículos 195 y 176 y demás disposiciones concordantes de la LCT que integran los otros sistemas de responsabilidad referidos en el artículo 4° segundo párrafo de la ley 26.773, diferente de la acción de la ley 24.557 con sus modificatorias y de la del régimen del derecho civil.

Esta acción autónoma es complementada por las normas internacionales del Derecho del Trabajo, entre otras, la Recomendación 194 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que establece al estrés postraumático como enfermedad profesional relacionada con la salud mental, como así también:

[...] Otros trastornos mentales o del comportamiento no mencionados en el punto anterior cuando se haya establecido, científicamente o por métodos adecuados a las condiciones y la práctica nacionales, un vínculo directo entre la exposición a factores de riesgo que resulte de las actividades laborales y el(los) trastorno(s) mental(es) o del comportamiento contraído(s) por el trabajador [...].⁷

3.6 La Reparación Extra-Sistémica Civil

3.6.1 El empleador como titular de la actividad riesgosa

Este trabajo tiene como eje de investigación la salud mental de la persona que trabaja. Sin ninguna duda, el mayor riesgo del daño se encuentra en el trabajo prestado a favor de empresas comerciales; por las altas exigencias de productividad y rendimiento que la actividad comercial (productiva y financiera) del Siglo XXI en un mundo que se ha globalizado en forma irreversible. Naturalmente, no encuentra su límite allí, pero sí encuentra –por razones de experiencia y datos empíricos– la mayor intensidad de sus efectos nocivos y dañinos. Es por esto que, en el año 2015, la Organización de Naciones Unidas aprobó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, incluyendo los aspectos de salud mental en su Meta 3. Asimismo, la OMS tiene desde el año 2019 la Iniciativa Especial de Salud Mental, con base en las siguientes reflexiones:

⁷ Organización Internacional del Trabajo. Recomendación 194, sitio web de la entidad.

Los trastornos mentales, neurológicos y por consumo de sustancias representan más del 10% de la carga mundial de morbilidad. La pérdida de productividad resultante de la depresión y la ansiedad, dos de los trastornos mentales más comunes, le cuesta a la economía global US\$ 1 billón cada año. Por lo general, en los países de ingresos bajos y medianos, el 85% de las personas con trastornos mentales no reciben ningún tratamiento para su trastorno.⁸

Por ello, y sin dejar de mencionar que el empleador laboral es mucho más que la empresa comercial, las reflexiones aquí expuestas profundizan en ese sentido.

3.6.2 La actividad empresarial y la teoría civil del riesgo

Resulta útil a nuestra disciplina jurídico laboral recordar que este sistema de reparación (civil), en su pureza, o tal como lo pensaron los revolucionarios franceses, se ha mostrado históricamente insuficiente para fundar la reparación de daños laborales, especialmente en lo vinculado a sus cuestiones procedimentales; por cuanto no hay inversión de cargas probatorias ni presunciones legales a favor de los sujetos de preferente tutela constitucional. Inicialmente sólo reconoció la responsabilidad subjetiva. Fueron precisamente las luchas obreras de principios del siglo XX las que provocaron el nacimiento de la teoría civil de responsabilidad objetiva o teoría del riesgo creado, que implicó cambios en la cuestión procesal (presunciones); y en todos los casos, fue y sigue siendo condición de admisión del reclamo que la parte actora –víctima– pruebe los hechos y su nexo de causalidad adecuada –excluyente o no– entre el daño y el trabajo.

Pese a ese cambio de paradigma, se mostraba insuficiente el sistema reparatorio frente a los avances tecnológicos finiseculares.⁹ A partir de esta insuficiencia de respuesta se han ido desarrollando teorías civilistas en orden a llenar ese vacío ético (daño sin respuesta reparatoria) y que en la actualidad han motivado la estructuración del derecho civil de daños con centralidad en la víctima. Así, actualmente, la doctrina civilista nos habla del daño “injustamente sufrido” por sobre el daño “injustamente causado”.

Es que es esto y no otra cosa la teoría general de la responsabilidad: una institución jurídica que establece una regla distributiva de tipo económico: dispone qué sujeto –o qué patrimonio– afrontará las consecuencias de un

⁸ Organización Mundial de la Salud. Salud mental: fortalecer nuestra respuesta. 17 de junio de 2022. Sitio web de la organización.

⁹ “[...] el análisis económico a partir de la conformación de una estructura económica determinada como es el sistema de economía capitalista de acumulación privada, implica presentar un plano donde los comportamientos humanos se analizan con una visión muy particular: la asignación de recursos, la transferencia económica entre unidades productivas, el utilitarismo, la antropología económica del trabajo, la calidad de vida por consumo, gasto e inversión, la disimilitud entre impactos empresariales o individuales, etc.” (GHERSI, 2003, p. 6).

daño injusto. Así, esta regla de reparto, distributiva, en sus expresiones más modernas, establece que las consecuencias del daño no sean soportadas por el sujeto que las sufre (víctima) sino por quien se beneficia.

3.6.3 La actividad riesgosa o peligrosa. El art. 1757 del Código Civil y Comercial

La norma mencionada introduce una innovación respecto de la legislación anterior, en lo vinculado a la responsabilidad por el hecho de las cosas, ampliando el abanico de responsabilidades, sobre todo empresariales. Una vez más, se amplían los horizontes de las teorías civilistas al calor de las respuestas insuficientes que el Derecho de daños ha dado a las víctimas humanas más propensas a sufrirlo: las personas que trabajan.

“[...] la teoría del riesgo es, históricamente, una respuesta al problema de los accidentes del trabajo” (MAZEAUD; LEÓN Y TUNC, 1977, p. 3-5).

En este sentido, es conteste la doctrina civilista en orden a incluir a las actividades empresariales como “riesgosas” en tanto esta responsabilidad nace de la exposición de las personas al peligro o riesgo y no del incumplimiento de deberes de prevención. De allí que es objetiva y atribuible a “la empresa”¹⁰. Este artículo 1757 opera como norma de clausura de la responsabilidad civil. De la letra de la norma legal se extrae que no es necesario que intervenga una cosa, basta que la actividad sea riesgosa o peligrosa, aunque la cosa que se utilice no sea riesgosa o peligrosa, o que no se utilicen cosas en el despliegue de dicha actividad. El riesgo debe nacer en la actividad, en su facticidad o materialización.

El art. 1757 del CCC establece que la actividad puede ser riesgosa o peligrosa por su propia naturaleza, por los medios empleados y por las circunstancias de su realización.

Esta norma novedosa en el derecho Civil Argentino, entiendo que puede ser utilizada como fundamento normativo de demandas de daños a la salud mental dirigidas contra el empleador en tanto titular de la actividad empresarial cuando esta adquiera los caracteres de “riesgosa o peligrosa” conforme dichas pautas: por la actividad naturalmente peligrosa o riesgosa, por los medios que debe utilizar el trabajador para cumplir con su débito laboral, o por las circunstancias en que realiza su tarea. Así, tareas prestadas por trabajadores y trabajadoras en condiciones de stress por la alta responsabilidad que conllevan, supuestos típicos de causa de “síndrome de burnout” pueden ser calificadas como “actividad riesgosa por su naturaleza” dado que la tarea cumplida por el trabajador a favor de la empleadora es, por su naturaleza, la razón del daño.

¹⁰ “[...] La empresa puede ser uno de los ámbitos de actividad riesgosa en el sentido de entidad que organiza capital y trabajo como factores de producción y con fines lucrativos.” (ZAVALA DE GONZALEZ, 1999, p. 607, *apud* PIZARRO; VALLESPINOS, 2018, p. 308).

Ejemplo del segundo supuesto pueden ser los trabajos de la Industria de la Construcción, trabajos cumplidos mediante la utilización y conducción de medios de transporte, y otros casos en los que el sujeto que trabaja, como único modo de cumplir con su débito, esté obligado a utilizar instrumentos o “medios” peligrosos.

El tercer supuesto, a mi juicio, abre un interesante panorama para la construcción de la responsabilidad empresarial cuando las circunstancias en que se realizan las tareas son el origen del daño. Ello, por cuanto esta norma no excluye la responsabilidad en los casos en que el empresario acredite haber cumplido con las normas reglamentarias de la actividad. De modo que la responsabilidad se verifica aún en los casos en que no es posible atribuir ilicitud en el actuar empresarial; de allí que, de los tres supuestos enumerados por la norma, este último sea el de mayor repercusión en la esfera de la responsabilidad objetiva.

Naturalmente, frente a la laxitud de la norma legal, es necesario abordar con rigurosidad qué casos pueden ser atrapados por el supuesto normado, para evitar que la desmesura desnaturalice este hallazgo del Derecho Civil y Comercial, de neto corte protectorio.

A la luz de estas reflexiones, y volviendo a las realidades propias del Derecho del Trabajo, las tareas brindadas por los trabajadores mediante el cumplimiento habitual de horas extraordinarias, en entornos laborales poco amigables, etc., entiendo que pueden ser subsumidas por esta normativa. Pues, aunque la actividad empresarial sea lícita, es decir, que no haya violaciones reglamentarias en el modo de prestación de la tarea, la responsabilidad no depende de ello.

4 REFLEXIONES FINALES

La salud mental, sus particularidades, su daño, sus modos de reparación, es un capítulo que parece estar excluido del pensamiento iuslaboralista; los teóricos del Derecho del Trabajo han resignado el debate a los ámbitos propios del sistema de salud en general, como si del fenómeno no participara la actividad económica productiva realizada por cuenta ajena, y especialmente, como si no hubiera responsables del daño.

A poco que leemos la literatura especializada tanto del plano jurídico como del médico y de la salud en general, se robustece la idea del trabajo humano como eje decisivo en la salud mental, ya sea como presencia o como ausencia: el desempleo, el empleo indecente, peligroso, insalubre, son supuestos directos de déficit de la plenitud mental de los seres humanos.

Esa resignación del debate teórico tiene su correlato en la muy escasa existencia de fallos jurisprudenciales de salud mental, dictados por Tribunales

Laborales, y ninguno por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Tampoco hay gran cantidad de reflexiones doctrinarias sobre el asunto, que emanen de los grandes teóricos de la disciplina.

¿Qué sucede con el mundo iuslaboralista?

Si los números de daños a la salud mental que arrojan los organismos internacionales como la OMS o la OIT son escalofriantes, especialmente luego de la pandemia COVID-19, ¿por qué la respuesta del mundo del Derecho del Trabajo es tan débil?

Naturalmente, no inscribo estas líneas en tono de crítica; antes bien, este modesto estudio me ha llevado a la reflexión sobre estos aspectos, de la mano de Basaglia:

[...] El destino de los “locos” es el revelador siniestro de las contradicciones que encubre y determina nuestra racionalidad burguesa, proclamadamente humanista y efectivamente tecnocrática y reificante [...]. Es esta problemática, ubicua y por lo mismo tenazmente enmascarada y eludida, la que fue objeto de un debate, que no se propuso encontrar “soluciones técnicas” sino develar la lógica oculta de sus contradicciones y la ideológica de sus encubrimientos y manipulaciones [...] (BASAGLIA, 1978).

La ausencia de discurso iuslaboralista en este tema es lo que más me ha sorprendido en la investigación que he desarrollado para este trabajo. Una y otra vez recordaba al maestro Carlos María Cárcova, cuando nos dice que el derecho es un saber social que tiene a su cargo

[...] la tarea de pensar y actuar las formas de administración institucionalizadas, los procedimientos de control y regulación de las conductas. [...] un conocimiento técnico que es correlativo al desconocimiento de los legos sobre quienes recaen las consecuencias jurídicas del uso de tales instrumentos. El poder asentado en el conocimiento del modo de operar del derecho se ejerce, parcialmente, a través del desconocimiento generalizado de esos modos de operar y la preservación de ese poder está emparentada con la reproducción del efecto de desconocimiento [...] la opacidad del derecho es, pues, una demanda objetiva de la estructura del sistema y tiende a escamotear el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos, con la finalidad de reproducir los mecanismos de la dominación social (CÁRCOVA, 1996).

Como en casi todos los órdenes de la vida, nadie se salva en soledad. La integración social, la fortificación de los lazos sociales, la interacción democrática interpersonal, resulta ser, sin lugar a dudas, el arma más poderosa para combatir la locura.

Guiados por esta idea; es que entiendo debe inscribirse cualquier teorización jurídica acerca de la salud mental de los seres humanos que trabajan.

BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, Mario E.; SFORSINI, María Isabel. **Jurisprudencia laboral de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**: comentada. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2019.

ARESE, Cesar (Director); LEÓN CHÉRCOLES, Ricardo; DE LOS ANGELES FERRARIO, María (Coordinador). **Nuevas tecnologías**: presente y futuro del derecho del trabajo. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2019.

BASAGLIA, Franco. **La condena de ser loco y pobre**: alternativas al manicomio. Buenos Aires: Topia, 2013. (Colección Fichas para el siglo XXI).

BASAGLIA, Franco. **Razón, locura y sociedad**. México: Siglo XXI, 1978.

CÁRCOVA, Carlos María. La opacidad del derecho. En: CÁRCOVA, Carlos María. **Derecho, política y magistratura**. Buenos Aires: Biblos, 1996.

CASTELAO, Silvia. El daño psíquico: delimitación conceptual y su especificidad en casos de accidentes de tránsito, mala praxis médica y duelos. En: **Cuadernos de Medicina Forense**, Andalucía, Asociación Andaluza de Médicos Forenses, año 3, n.º 1, p. 79-98, 2011.

CORNAGLIA, Ricardo. La garantía de seguridad en el contrato de trabajo y su acción autónoma laboral de reparación de daños: a propósito del caso "Jaimes". En: **Revista Doctrina Laboral Errepar**, Buenos Aires, año XIII, tomo XI, n.º 145, p. 885 y ss., septiembre de 1997.

FORMARO, Juan J. Derecho de daños laborales: teoría general de los infortunios del trabajo: sistema tarifado y reparación plena. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Hammurabi, 2022.

FREUD, Sigmund. **Obras completas**: el porvenir de una ilusión, el malestar en la cultura, y otras obras (1927-1931). Tomo XXI. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Amorrortu, 1930.

FRICKER, Miranda. **Injusticia epistémica**: el poder y la ética del conocimiento. Barcelona: Herder, 2017.

GALENDE, Emiliano. La construcción de salud mental comunitaria: obstáculos y desafíos. En: KRAUT, Alfredo Jorge (Director); SOSA, Guillermina Leontina (Coordinadora). **Derecho y salud mental**: una mirada interdisciplinaria. Tomo II. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2020.

GHERSI, Carlos Alberto. **Teoría general de la reparación de daños**. Buenos Aires: Astrea, 2003.

MACHADO, José Daniel. Reforma a la ley de riesgos del trabajo. En: **Revista de Derecho Laboral**, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, número extraordinario, 2017

MAZEAUD, Henri; LEÓN Y TUNC, André. **Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual**. t. I, v. II. Trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Europa-América, 1977.

PIZARRO, Ramón Daniel; VALLESPINOS, Carlos Gustavo. **Tratado de responsabilidad civil**. t. II. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2018.

RAFFAGHELLI, Luis A.; CONTRERA, Ileana; CONTRERA, Guillermo J. **Riesgos psicosociales en el trabajo**: una mirada desde el derecho y la psicología del trabajo. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2019.

RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. El artículo 75 de la LCT frente a la ley 26.773. En: **Derecho del Trabajo**, Buenos Aires, marzo 2013.

SCHICK, Horacio. Acción autónoma laboral de la ley de contrato de trabajo luego del dictado de la Ley 26.773. 1150. En: **Derecho del Trabajo**, Buenos Aires, mayo 2013.

WEBER, Max. **La ética protestante y el espíritu del capitalismo**. México: Fondo de la Cultura Económica, 2011.

ZALDÚA, Graciela; LODIEU, María Teresa; KOLODITZKY, Dora. Los actos de la salud y los dilemas relacionados con el síndrome de burnout. En: **Diario del Mundo Hospitalario** (Suplemento diario), Buenos Aires, Ed. Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires, año 2002.

ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. **Resarcimiento de daños**. t. 4. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

Submissão em: 20 de março de 2024

Último Parecer favorável em: 15 de julho de 2024

Como citar este artigo científico

SPREAFICO, Sonia Gabriela. Salud mental y derecho del trabajo: reflexiones para un debate adeudado. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 2, p. 117-137, maio-ago. 2024.

Kaptan
Мастер
Maestría
Magister
Magisterský
Mağistra
Magistri Omad
Magistro
Maighstir
Máistir
Maîtrise
Mästare
Майстар
Магистра
Магистратура
Master
Màster
Masteri
Master's
Meeschter Ass
Meistarar
Meister
Meistr
Mestarin
Mester
Mestere
Mistrzyni
Mojstrski
Studii de Masterat
Učiteljska
Usta
Учителски
Δάσκαλος

MESTRAADO

**ILÍCITOS BANCÁRIOS: RESPONSABILIDADE PENAL E
CONTRAORDENACIONAL DAS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS E DOS SEUS
ÓRGÃOS, AGENTES E REPRESENTANTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO
PORTUGUÊS¹**

**BANKING MISCONDUCT: CRIMINAL AND ADMINISTRATIVE LIABILITY
OF BANKING INSTITUTIONS AND THEIR MANAGERS, AGENTS AND
EMPLOYEES IN PORTUGUESE LAW**

HERMÍNIO CARLOS SILVA RODRIGUES²

RESUMO

Os ilícitos bancários são infracções de direito público sancionatório que encontram a justificação da respectiva necessidade na protecção dos interesses e valores subjacentes ao funcionamento da banca em especial e do sistema financeiro em geral. Sobre as entidades bancárias, sejam instituições de crédito, sejam sociedades financeiras, recaem deveres de actuação cuja violação consiste na prática de um ilícito, o qual pode ser penal, em casos mais extremos, ou de mera ordenação social, por via de regra. Este regime resulta de legislação especificamente bancária, cujo objecto é a disciplina das entidades bancárias bem como da sua actividade: as operações bancárias. Mas não só. Uma vez que as entidades bancárias em geral têm um papel preponderante no fluxo de capitais e toda a espécie de activos financeiros, tem-se desenvolvido, nos últimos vinte anos, extensa legislação sobre prevenção e repressão da criminalidade económico-financeira, da qual resultam numerosos deveres para as entidades

¹ Este trabalho corresponde, no essencial, ao relatório da unidade curricular: “*Autonomia Privada e Negociabilidade Jurídica*” do Curso de Doutoramento da Universidade Autónoma de Lisboa, sob a orientação do Prof. Doutor Armindo Saraiva Matias, datado de 2018.

² Doutorando e Mestre e em Direito (Ciências Jurídico-Criminais); Assistente do Instituto Superior Politécnico Jean Piaget de Benguela (Angola); Professor Convidado do Curso de Mestrado Direito Penal e Criminal da Faculdade de Direito da Universidade Katyavala Bwila (Angola); Formador Convidado do INEJ – Instituto Nacional de Estudos Judiciários (Angola), Investigador do JusGov (JusCrim) da Escola de Direito da Universidade do Minho; Investigador do CEsP – Centro de Estudos e Pesquisa do ISP – Jean Piaget de Benguela (Angola); Investigador convidado do CET – Centro de Estudos Tributários da Administração Geral Tributária de Angola; Jurisconsulto.

bancárias, deveres esses cuja violação é fortemente sancionada, quer ao nível criminal, quer contraordenacional. Por outro lado, sendo o Direito Bancário sancionatório um regime jurídico especial, em muitos aspectos, em relação ao regime jurídico geral, quer do ilícito penal, quer do contraordenacional, há diferenças de vulto ao nível de determinadas categorias dogmáticas da infracção, com especial interesse para a responsabilização penal de entes colectivos. Assim, hoje, o catálogo de infracções que as entidades bancárias e os titulares dos seus órgãos, agentes ou representantes podem cometer no âmbito ou por causa das operações bancárias já não se limita às infracções tipificadas no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

Palavras-Chave: direito bancário; instituições bancárias; operações bancárias; ilícito bancário.

ABSTRACT

Illicit acts in the banking sector are violations of criminal and administrative law that justify their necessity in protecting the interests and values underlying the functioning of the banking system in particular and the financial system in general. On banking entities, whether credit institutions or financial companies, there are duties of action whose violation consists in the practice of an unlawful act, which may be criminal, in more extreme cases, or of mere social ordering, as a rule. This legal regime is the result of specifically banking legislation, the object of which is the discipline of banking institutions and their activity: banking operations. But not only. Since banks generally play a leading role in the flow of capital and all kinds of financial assets, extensive legislation has been developed over the last twenty years on the prevention and repression of economic and financial crime, resulting in numerous duties for the banking entities, duties whose violation is strongly sanctioned, both criminal and administrative. On the other hand, as the Banking Law is a special legal regime, in many respects, in relation to the general legal regime, both criminal and administrative misconduct, there are major differences in the level of certain dogmatic categories of the offense, with special interest for the criminal liability of corporations. Therefore, the catalog of misconducts that the banking entities and their managers, agents or employees can commit in the scope or because of the banking operations is no longer limited to the offenses established in the General Regime of the Credit Institutions and Financial Companies.

Keywords: banking law; banking institutions; banking operations; regulatory misconducts.

1 INTRODUÇÃO

A matéria dos ilícitos bancários reveste-se de alguma dificuldade na sua sistematização, devido à heterogeneidade das normas que os tipificam,

tão diversas são, hoje, as fontes legislativas. Por outro lado, o seu tratamento doutrinal é, ainda, muito escasso. Dir-se-ia quase inexistente. Assim, a abordagem dos problemas que se possam colocar é, de certa forma, uma tarefa peregrina e até arriscada do ponto de vista científico.

A actividade bancária é multimoda. Está relacionada com uma miríade de actividades económicas, as quais estimulam e impulsionam, assim como é exercida por um conjunto de entidades as mais diversificadas, quer na sua tipologia, quer no seu estatuto jurídico reitor. Isto faz com a actividade bancária tenha contacto com vários ramos de Direito, o que torna difícil a tarefa de traçar o específico objecto do Direito Bancário em si, assim como os limites da sua estrita disciplina. Na verdade, o Direito Bancário socorre-se amplamente daqueles outros ramos de Direito a título subsidiário, o que, na verdade, tem enorme importância na determinação do conceito de “ilícitos bancários”, já que nem todos eles serão ilícitos tipicamente bancários.

Existe actualmente uma forte tendência para uma maior disciplina normativa da actividade bancária e do sistema financeiro em geral, sendo a profusão legislativa nestas matérias uma decorrência da necessidade de prevenção de fenómenos fortemente perturbadores da economia e da sociedade em geral, como a corrupção, o branqueamento de capitais e demais condutas tipificadas como crimes económico-financeiros, dada a gravidade dos seus efeitos macrossociais. Significa isto que, hoje, o conceito de “ilícito bancário” não se esgota na tipicidade prevista no Direito Bancário propriamente dito (os “ilícitos bancários típicos”) antes adoptando outras condutas típicas previstas em diversos instrumentos legais, quer nacionais, quer do Direito Comunitário. Ou seja, há hoje condutas ilícitas típicas que se não relacionam de modo imediato com o núcleo de interesses subjacentes à actividade bancária em si, mas que podem ocorrer por ocasião da mesma.

Em face desta tendência para um alargamento cada vez maior das imposições e das proibições no que tange aos actos praticados no âmbito da actividade bancária, quer por força da disciplina das instituições bancárias e financeiras em geral, quer em decorrência da maior vigilância sobre o fluxo de capitais e sobre o funcionamento dos mercados financeiros, existe uma plêiade de ilícitos em que podem ocorrer quer as próprias instituições de crédito e sociedades financeiras, quer os titulares dos seus órgãos agentes ou representantes, assim como outros intervenientes no processo de autorização, regulação e fiscalização da actividade bancária. A regulação administrativa do sector é cada vez mais efectiva, muito embora os mecanismos de autorregulação ainda tenham um papel significativo no enquadramento da banca em geral. A supervisão prudencial, aquela que mais se enfatiza na actualidade, será, hoje, a maior causa de aplicação de coimas e outras sanções administrativas em sede de ilícitos bancários, já que o aumento dos parâmetros de conformidade que as instituições bancárias e sociedades financeiras têm de cumprir faz com que o número de possíveis infracções que possam cometer seja, também, crescente.

Assim, para uma conceptualização abrangente do que seja o “ilícito bancário”, é mister contextualizar tal figura no contexto do objecto e limites do próprio Direito Bancário, para, depois, podermos entender que há ilícitos relacionados com este ramo de direito além dos tipicamente bancários. Alguns outros ilícitos civis, administrativos ou criminais que se pratiquem por ocasião ou a propósito de actos, contratos e operações bancárias podem, também, incluir-se na noção mais lata de “ilícito bancário”.

2 DIREITO BANCÁRIO: MATERIAL E INSTITUCIONAL

Para Saraiva Matias, pode entender-se por Direito Bancário, num sentido abrangente, um “conjunto ou complexo de princípios e de normas jurídicas que regulam a actividade bancária, bem como a constituição e funcionamento das instituições bancárias.” (MATIAS, 1998, p. 8). Para Menezes Cordeiro (2008, p. 21), o Direito Bancário “ocupa-se da organização financeira, das instituições de crédito e das sociedades financeiras e da actividade desenvolvida por essas entidades.” Vemos, então, que o conceito de Direito Bancário pode definir-se tanto pela sua vertente institucional, por referência à disciplina da constituição e funcionamento, acesso à actividade, regulação (supervisão) e fiscalização das instituições bancárias e sociedade financeiras, como pela sua vertente material, concernente às regras que presidem à actividade bancária em geral: as relações interbancárias (*interinstitucionais*), assim como as relações entre as instituições e os particulares (NUNES, 1994a, p. 21-22; CORDEIRO, 2008, p. 24). Ou seja, o conjunto das operações bancárias que as instituições realizam no âmbito do seu objecto (MATIAS, 1998, p. 9).

Assim, o Direito Bancário é um sistema de normas e princípios ordenados em função da realidade financeira, segundo dois eixos fundamentais: a necessidade de organização financeira e as relações das instituições com os particulares. É, então, o direito das instituições de crédito e equiparadas e da actividade bancária, ainda que não prosseguida por bancos *tout court*. É um direito de natureza tendencialmente privada, não obstante alguma incidência de interesses públicos na sua definição, nomeadamente ligados à intervenção do Estado na economia (NUNES, 1994a, p. 14)³, o que lhe confere uma vertente publicista.

Pode dizer-se que o Direito Bancário material tem natureza essencialmente privada, comercial, sendo permeado por normas e princípios do Direito Civil em geral. Já o Direito Bancário institucional tem um pendor claramente publicista, de cunho marcadamente administrativo (MATIAS, 1998, p. 14 e nota 10), fazendo apelo, para a protecção dos bens jurídicos mais valiosos, a normas de natureza penal e administrativa-sancionatória.

³ Acresce o facto de que toda a actividade económica está juridico-constitucionalmente conformada à chamada “constituição económica”, pelo que, por essa via, o interesse público balizará, sempre, as opções do legislador em sede de Direito Bancário.

De permeio, temos ainda as chamadas normas de conduta, umas provenientes da autorregulação das próprias instituições, outras impostas pela própria lei (MATIAS, 1998, p. 12), cuja diversa teleologia também exprime a sua natureza mitigada.

O Direito Bancário encontra o seu fundamento substancial no dinheiro e na sua determinante importância económico-social. Todas as sociedades humanas se desenvolveram pelas trocas comerciais, primeiro pela troca directa, mais tarde pelo dinheiro como recurso universal para as transacções. Com a crescente complexidade das actividades comerciais, foi necessário criar e desenvolver actos e contratos financeiros que dessem resposta às dificuldades no manuseio e distribuição do dinheiro, actos e contratos esses que, a dada altura, tiveram de ser juridicamente enquadrados. Tornaram-se, portanto, actos jurídicos em sentido amplo. A respectiva disciplina jurídica e exigência técnica fizeram com que surgissem instituições especializadas na prática desses actos e contratos: as instituições de crédito e as sociedades financeiras. As chamadas operações bancárias são, então, o produto da respectiva actividade, sendo, no entanto, elas a motivar o surgimento da banca (PATRÍCIO, 2004, p. 62-63; CAMANHO, 2005, p. 51).

Assim, na perspectiva material do seu objecto, a actividade bancária em geral (o conjunto de actos praticados no âmbito do objecto social das instituições de crédito e sociedades financeiras) podemos caracterizar o Direito Bancário como um Direito essencialmente contratual (CORDEIRO, 2008, p. 31)⁴, de natureza comercial, quer objectiva quer subjectivamente⁵, em muitos aspectos sujeito ao Direito das Obrigações e ao Direito Comercial como disciplinas subsidiárias (MATIAS, 1998, p. 8, 11, 14). Certa doutrina designa tais fenómenos pelo conceito abrangente de *operações bancárias* (MATIAS, 1998, p. 9). No entanto, não deixa de ser verdade que a maioria dos actos bancários se pratica no âmbito de contratos regidos quer por ampla liberdade contratual, na sua celebração, quer por cláusulas contratuais gerais, na sua modelação (CORDEIRO, 2008, p. 32 e 37). O que faz com que haja utilidade em aproximar o Direito Bancário ao Direito das Obrigações.⁶ O que se torna tangível em institutos como o da responsabilidade bancária (PONTE, 1994, p. 65-81; CORDEIRO, 1986, p. 5-66), de carácter civil.

⁴ O autor prefere classificar os actos e contratos bancários como figuras do direito dos contratos comerciais, muito embora tal classificação seja desadequada aos simples actos bancários, cuja natureza contratual (que não negocial) é duvidosa. Por outro lado, há que ter em conta que os negócios bancários, embora possam ser atípicos ou inominados, sendo operações bancárias, terão de se enquadrar no n.º 1 do art. 4.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF). Daí que a generalidade da doutrina prefira designar o objecto material do Direito Bancário por operações bancárias.

⁵ De acordo com o art. 14.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), as instituições de crédito devem assumir a forma de sociedade anónima. Nos termos do art. 13.º do Código Comercial, as sociedades comerciais são sujeitos comerciantes. Assim, as instituições de crédito são sujeitos comerciantes. Segundo o art. 362.º do Código Comercial, as operações bancárias são actos objectivamente comerciais. Portanto, as operações bancárias são actos objectiva e subjectivamente comerciais.

⁶ Muito embora, em face dos mecanismos de supervisão (regulação e fiscalização), a autonomia privada das instituições bancárias seja seriamente limitada. Cfr. Cordeiro (2008, p. 28).

Já numa abordagem pela perspectiva institucional, o Direito Bancário será, como vimos, aquele que contém a disciplina jurídica do sistema financeiro, por meio, nomeadamente, das normas que disciplinam a constituição, o funcionamento, o acesso à actividade, a supervisão (regulação e fiscalização) das instituições bancárias e sociedades financeiras, assim como da própria entidade reguladora: o Banco de Portugal. Aqui predomina o Direito Administrativo (Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras – Lei n.º 298/92 de 31/12, e Lei Orgânica – LO – do Banco de Portugal – Lei n.º 5/98, de 31 de janeiro), concretizado no poder de supervisão e regulação do Banco de Portugal (art. 17.º da LO). A este Banco cabe autorizar a constituição de instituições de crédito e de sociedades financeiras (arts. 16.º, n.º 1, e 174.º-A, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras – RGICSF), proceder à sua supervisão (arts. 1.º, n.º 1, b, 93.º, n.º 1, e 196.º, do RGICSF)⁷, detendo mesmo poder normativo por meio da publicação de avisos (art. 99.º do RGICSF). O exercício da supervisão pode implicar aplicação de coimas e outras sanções em sede de processo contraordenacional pelas infracções previstas na Lei, o qual se rege pelas normas dos arts. 201.º e ss. do RGICSF, bem como, subsidiariamente, pelo RGIMOS (Dec.-Lei n.º 433/92, de 27/10).

Por fim, também apresentam carácter publicista as regras de registo constantes do arts. 65.º e ss. do RGICSF, bem como a responsabilidade disciplinar em que podem incorrer os titulares dos órgãos das instituições.

Tudo isto, não obstante esta vertente institucional contenha, também, normas de natureza privatística, como as pertencentes ao Direito societário (CORDEIRO, 2008, p. 35), no que respeita à organização e funcionamento das entidades bancárias⁸, assim como algumas normas de conduta impostas por lei, como as constantes do Título VI do RGICSF. E, ainda, normas de natureza sancionatória penal, caso do art. 200.º do RGICSF^{9,10}, as quais convocarão, necessariamente, as normas do Código Penal.

Podemos, então, concluir que o Direito Bancário, apesar de beneficiar, em muitos aspectos, de uma disciplina específica, de fontes, fim, objecto e método próprios, é permeado por múltiplos ramos de Direito, quer de natureza pública, quer privada, mormente pelo Direito comercial, no que diz respeito às operações bancárias, e pelo Direito Administrativo, no que concerne à regulação

⁷ À qual acresce o poder de superintendência que o Governo pode exercer via Ministério das Finanças (art. 91.º, n.º 1, do RGIC), hoje, em parte, transferido para o Banco Central Europeu, o que vinca bem o cunho administrativo (e até comunitário) desta vertente institucional do Direito Bancário.

⁸ Bem como do próprio Banco de Portugal, atento o disposto no art. 64.º da sua Lei Orgânica, depois da redacção introduzida pela Lei n.º 118/2001, de 17/04.

⁹ Referimo-nos apenas ao art. 200.º do RGICSF por ser o único crime especificamente bancário, ou seja, pelo qual se protege um interesse ou valor específico (e até exclusivo) da actividade bancária. Mas, além desta, temos no RGICSF o art. 200.º-A (crime de desobediência), a título de crime de perigo abstracto, e o art. 84.º do (violação de segredo), muito embora estes sejam tipos de crime cujo bem jurídico protegido não tem uma estreita relação com a actividade bancária em si, sendo, em ambos os casos, remetida a sua disciplina para o termos do Código Penal.

¹⁰ Referir-nos-emos, doravante, ao Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras - RGICSF pelo acrónimo RGIC, mas usado nas lides do Direito Bancário.

dos operadores e ao exercício do poder de sancionar. Convoca, pontualmente e subsidiariamente, o Direito Civil, a disciplina laboral e o Direito Penal a propósito de aspectos concretos do seu regime jurídico. Simultaneamente, o próprio Direito Bancário, devido à especificidade do seu objecto e fins, acaba por contribuir, por seu lado, para a evolução de institutos de outros ramos de Direito, como é o caso, por exemplo, dos contratos de adesão, tão frequentes na actividade bancária.

3 ENTIDADES BANCÁRIAS: INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO E SOCIEDADES FINANCEIRAS

Vimos que a actividade bancária consiste nas “*práticas, actos ou contratos levados a efeito por instituições bancárias no âmbito do seu objecto.*” (MATIAS, 1998, p. 9; Cfr. tb., MATIAS, 2002a, p. 607, nota 3). Esta é, portanto, uma definição abrangente de actividade bancária numa perspectiva subjectivista, ou seja, por apelo à qualidade dos sujeitos que a praticam. Afigura-se, então, da maior importância precisar, com exactidão, quem assume a qualidade de instituição bancária para que, desse modo, se possa qualificar um certo acto como sendo uma forma de actividade bancária¹¹. Isto porque, no RGICSF, o legislador não nos fornece qualquer noção ou definição do conceito de actividade bancária; apenas nos dá, no art. 4.º, uma lista de operações que considera integrarem aquela actividade. É que, apesar da actividade bancária ser o conceito central do Direito Bancário, só podemos chegar ao entendimento do que tal seja por via da caracterização do objecto deste ramo de direito na vertente material e na vertente institucional. Tal esforço mostra-se, também, fundamental para podermos aquilatar da prática de um ilícito bancário típico, já que as respectivas condutas típicas ocorrem, precisamente pelo exercício ou por ocasião de actividade bancária.

Tratemos, então, da vertente institucional. A definição exacta do que seja uma *instituição bancária* não a obtemos do legislador. Não há qualquer norma legal que nos diga o que, material ou formalmente, entende-se por instituição bancária. O que o legislador nos diz é que são instituições bancárias as instituições de crédito e as sociedades financeiras (MATIAS, 1998, p. 22-23).

Por instituição bancária pode entender-se toda a entidade cujo objecto, nos termos da lei, seja a concessão de crédito e/ou a captação de depósitos do público em geral, ou aquela entidade que assim seja designada pela lei, seja a título de instituição de crédito, seja de sociedade financeira.¹² Vemos, então, que

¹¹ Athayde, Athayde e Athayde (2009, p. 33 e ss.) chamam a atenção para o facto de que é necessária alguma exactidão técnica legislativa, pois só com um aprimoramento na letra da lei será possível, muitas das vezes, distinguir, com rigor, um acto bancário. No RGIC, o legislador não nos fornece qualquer noção ou definição do conceito de actividade bancária, apenas nos dá, no art. 4.º, uma lista de operações que considera integrarem aquela actividade.

¹² Cfr. Matias (1998, p. 10) e Cordeiro (2008, p. 22 e ss.). Aliás, a aproximação aos conceitos fazemo-la, com uso da técnica dos exemplos padrão.

o alcance do conceito de instituição bancária se descortina, essencialmente, pelo respectivo objecto, o qual se prende, no essencial, com as chamadas *operações bancárias*. Como vimos *supra*, o que sejam, em concreto, operações bancárias não é algo que se possa delimitar com precisão, pelo que não será por essa via que poderemos classificar como bancária, com rigor a entidade que pratique tais operações.

Daí que nos resta socorrer-nos do art. 2.º-A, als. w) e kk) do RGICSF, bem como dos arts. 3.º e 6.º do mesmo diploma, para construirmos o conceito de instituição bancária. Assim, esta será uma instituição de crédito, quando esteja habilitada a receber depósitos e outros fundos reembolsáveis com a finalidade de os aplicar na concessão de crédito (art. 2.º-A, al. w) do RGICSF), podendo assumir as tipologias previstas no art. 3.º do RGICSF. Pode também designar-se por sociedade financeira (art. 2.º-A, al. kk) do RGICSF) sempre o seu objecto seja a prática de operações bancárias (art. 4.º do RGICSF) que não sejam recepção de depósitos ou outros fundos reembolsáveis (MATIAS, 1998, p. 22-23).

Esta distinção entre instituições de crédito e sociedades financeiras remonta à legislação anterior ao RGICSF. Nomeadamente, ao Dec.-Lei n.º 41403, de 27-10-57, e ao Dec.-Lei n.º 42641, de 12-10-59. Legislação essa que estipulava que a concessão de crédito e outras actividades bancárias eram restritas ao Estado e às instituições de crédito, sendo estas, maioritariamente, os bancos comerciais, podendo também o Estado, os seus institutos de crédito, os bancos emissores de moeda e os estabelecimentos especiais de crédito praticar tais actividades. De modo excepcional, certas entidades singulares ou colectivas, designadas *parabancárias* poderiam ser autorizadas a praticar actividades bancárias, conforme previsto no Dec.-Lei n.º 46302, de 27-04-65.

Da legislação de então, extraia-se um conceito amplo e um conceito restrito de entidades bancárias. O primeiro, abrangendo todas as entidades que poderiam conceder crédito, incluindo as entidades parabancárias, o segundo restringindo-se às entidades que o poderiam fazer a título de regra. Ou seja, o Estado e seus institutos de crédito, bancos comerciais, instituições especiais de crédito e bancos emissores de moeda, as quais, ademais, poderiam captar fundos perante o público.

O Dec.-Lei n.º 23/86, de 18/02¹³, veio a adoptar um conceito restrito de instituição de crédito, integrando-o por meio de dois parâmetros: captação de depósitos e outros fundos reembolsáveis; concessão de crédito por conta própria. Tal concepção continuou a ser adoptada pelo RGICSF (Dec.-Lei n.º 298/92, de 31/12), o qual, no seu art. 2.º-A, al. w) define instituição de crédito como “a empresa cuja atividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis e em conceder crédito por conta própria.”. No art. 3.º do mesmo diploma, faz-se uma enumeração das entidades que, actualmente, podem assumir a qualidade de instituição de crédito. Em face do disposto na

¹³ Que veio, no fundo, dar corpo à Directiva n.º 77/780/CEE, de 12 de dezembro de 1977. O mesmo regime foi proposto pelo Livro Branco para o Sistema Financeiro.

sua al. k), tal enumeração não pode considerar-se taxativa, já que se admite que a lei, em geral, possa atribuir aquela qualidade a “outras empresas” que satisfaçam os requisitos previstos na al. w) do art. 2.º-A.

No art. 4.º do RGICSF estabelecem-se as operações bancárias que são permitidas a cada um dos tipos de instituições de crédito, sendo os bancos comerciais a tipologia à qual é reconhecido um objecto mais abrangente (n.º 1 do art. 4.º). a competência das restantes tipologias é definida por legislação própria (n.º 2 do art. 4.º). Em regra, mais restrita.

Sobre a noção de sociedade financeira, dispõe a al. kk) do art. 2.º-A do RGICSF que serão

as empresas, com excepção das instituições de crédito, cuja atividade principal consista em exercer pelo menos uma das atividades permitidas aos bancos, com excepção da recepção de depósitos ou outros fundos reembolsáveis do público, incluindo as empresas de investimento e as instituições financeiras referidas na subalínea ii) da alínea z).¹⁴

As sociedades financeiras apenas podem exercer as actividades que, por lei, lhe sejam autorizadas. Em caso algum poderão receber depósitos ou quaisquer fundos reembolsáveis (art. 8.º, n.º 1, do RGICSF) ou exercer quaisquer outras competências atribuídas às instituições de crédito (MATIAS, 1998, p. 29). No que toca às tipologias de sociedades financeiras, rege o art. 6.º do RGICSF, no qual o legislador utiliza a mesma técnica legislativa usada para as instituições de crédito: fornece alguns exemplos padrão, nas alíneas a) a k) do n.º 1, prevendo-se uma cláusula geral na al. l).

Podemos, então, concluir que, no ordenamento jurídico português, as entidades bancárias estão sujeitas aos princípios da tipicidade e da especialidade. No tocante à recepção de depósitos e outros fundos reembolsáveis, vigora também um princípio de exclusividade, a favor das instituições de crédito –

¹⁴ Que são as “as sociedades cuja atividade principal consista no exercício de uma ou mais das atividades enumeradas nos pontos 2 a 12 e 15 da lista constante do anexo I à Diretiva n.º 2013/36/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013. Tais actividades são: 1. Aceitação de depósitos ou de outros fundos reembolsáveis; 2. Empréstimos, nomeadamente: crédito ao consumo, crédito hipotecário, *factoring* com ou sem recurso, financiamento de operações comerciais (incluindo o desconto sem recurso); 3. Locação financeira; 4. Serviços de pagamento, na aceção do artigo 4.º, n.º 3, da Diretiva 2007/64/CE; 5. Emissão e gestão de outros meios de pagamento (por exemplo, cheques de viagem e cartas de crédito) na medida em que a atividade não esteja abrangida pelo ponto 4; 6. Concessão de garantias e outros compromissos; 7. Transações efetuadas por conta própria ou por conta de clientes que tenham por objecto qualquer dos seguintes instrumentos: a) Instrumentos do mercado monetário (cheques, letras e livranças, certificados de depósito, etc.); b) Divisas; c) Futuros financeiros e opções; d) Instrumentos sobre divisas ou sobre taxas de juro; e) Valores mobiliários; 8. Participação em emissões de títulos e prestação de serviços conexos com essa emissão; 9. Consultoria às empresas em matéria de estruturas do capital, de estratégia industrial e de questões conexas, e consultoria, bem como serviços em matéria de fusão e aquisição de empresas; 10. Intermediação nos mercados interbancários; 11. Gestão de carteiras ou consultoria em gestão de carteiras; 12. Custódia e administração de valores mobiliários; 15. Emissão de moeda electrónica.

art. 8.º, n.º 1, do RGICSF, princípio este que também assiste a toda a entidade bancária no que toca às actividades enumeradas nas al. b) a i), r) e s) do n.º do art. 4.º do RGICSF – art. 8.º, n.º 2, do RGICSF.¹⁵

Todavia, na passagem do anterior para o novo regime jurídico, geraram-se algumas lacunas de enquadramento: algumas entidades que cabiam no conceito de “entidade parabancária” (delimitado pelos resultados da respectiva actividade, ligada aos mercados monetários e financeiros) não são, hoje, abrangidas pelo conceito de “sociedade financeira”, pois não revestem a forma societária.¹⁶ Para Saraiva Matias, devem considerar-se sociedades financeiras, ao abrigo da al. l) do art. 6.º do RGICSF, todas as entidades que, não sendo instituições de crédito, pratiquem alguma (ou várias) das actividades previstas no art. 3.º do RGICSF, à excepção da recepção de depósitos e outros fundos reembolsáveis. E isto ainda que, não obstante o disposto na alínea kk) do art. 2.º-A do RGICSF, não estejam qualificadas por lei como sociedades financeiras (MATIAS, 1998, p. 29-30).

Assim definidos os conceitos de “instituição de crédito” e de “sociedade financeira”, fica delimitada a noção, abrangente, de “entidade bancária” e, assim, será actividade bancária todo objecto das entidades que possam considerar-se bancárias.

4 SUPERVISÃO BANCÁRIA: BREVE CARACTERIZAÇÃO

A importância da actividade bancária para o equilíbrio e desenvolvimento económico de um país, fazem com que o Estado, no intuito de assegurar certas políticas monetárias, financeiras ou cambiais, sujeitem as entidades bancárias a uma intensa regulação e fiscalização. Por outro lado, torna-se necessário assegurar os interesses dos particulares e outras contrapartes nos negócios celebrados por aquelas instituições no âmbito do seu objecto. Tal regulação delimita claras regras de gestão, de execução e de comportamento, além dos apertados requisitos de acesso à actividade bancária, com dois objectivos essenciais: a solvabilidade das instituições e o equilíbrio do sistema financeiro do país.

Esta regulação é feita pelas chamadas “normas prudenciais”, cujo cumprimento é aferido por um processo de controlo que se designa por “fiscalização prudencial”. É este poder normativo e de fiscalização que, no seu conjunto, usa-se designar “fiscalização prudencial”. É no âmbito desta

¹⁵ Com excepção da actividade de consultoria prevista na al. i) referida. O princípio da exclusividade enunciado, no n.º 1 e no n.º 2 do art. 8.º do RGIC sofre ainda as excepções previstas nos n.ºs 3 e 4 do art. 8.º

¹⁶ Algumas das entidades outrora classificadas como “parabancárias” são, hoje, consideradas instituições de crédito por força do art. 3.º do RGIC. Será o caso das sociedades de investimento, sociedades de *factoring*, sociedade de locação financeira e sociedades para aquisição a crédito. Outras não terão um enquadramento óbvio, por não corresponderem a nenhum dos tipos previstos nos arts. 3.º e 6.º do RGIC.

fiscalização que é detectada a maioria das infracções que dão origem à responsabilidade contraordenacional em sede da actividade bancária, no âmbito da qual respondem tanto as instituições de crédito como as sociedades financeiras, pois que ambas as tipologias estão sob a tutela administrativa do Banco de Portugal. É precisamente ao Banco de Portugal que, nos termos do disposto na al. b) do art. 22.º e no art. 23.º da sua LO, bem como no art. 93.º do RGICSF, compete, enquanto entidade reguladora, exercer a supervisão prudencial e levantar autos de contraordenação. Compete também exercer o poder normativo (em sede de Direito Regulatório), regulamentando a actividade bancária e autorizando o acesso à mesma.

Também as normas de conduta voluntariamente adoptadas pelas entidades bancárias, quer de modo individual (norma de cumprimento normativo voluntário – *compliance*), quer pelas associações do sector (normas de conduta em sentido próprio) podem contribuir para o correcto desempenho da actividade bancária. E, assim, para a saúde do mercado financeiro em geral. No caso das normas internas cumprimento voluntário – *compliance*¹⁷, estas revelam-se de importância crescente. Não só porque é a própria instituição que se obriga, por um código de conduta próprio, a cumprir as injunções da entidade reguladora e da lei, como, em caso de infracção, a prova da sua ocorrência é mais célere, assim como a correcção das más práticas se torna mais eficaz. Por outro lado, a importância destas directivas internas de autovigilância do próprio ente podem contribuir, em grande medida, para afastar a sua responsabilidade penal, de tal modo que demonstrem que a instituição adoptou uma cultura empresarial ou institucional de prevenção e correcção de procedimentos facilitadores de delitos económico-financeiros.

Isto é particularmente importante em face da actual tendência do legislador nacional e internacional para guindar as pessoas colectivas a sujeito passivo do Direito Penal, principalmente no chamado Direito Penal Económico: delitos ligados aos interesses económico-financeiros em geral, como o branqueamento, fraude fiscal, burla tributária, corrupção, etc.¹⁸

A supervisão a exercer pelo Banco de Portugal compreende, então, poderes múltiplos: regulamentar, autorizar, instruir, inspeccionar e sancionar. O Banco de Portugal não era, tradicionalmente, uma entidade independente, no mesmo sentido em que o são outras entidades reguladoras, pelo que a sua actividade era, em primeiro lugar, orientada pelo Governo. Todavia, a partir da Lei n.º 5/98, de 31 de janeiro, o Banco de Portugal passa a estar integrado no Sistema Europeu de Bancos Centrais, o que faz com que haja de actuar com completa independência do Governo, regendo-se pelas directrizes do Banco Central Europeu (art. 3.º, n.º 2, da Lei Orgânica do Banco de Portugal). No pleno interno, a sua actividade reguladora toma corpo em forma de avisos, circulares

¹⁷ Sobre o *compliance* e sua importância nas instituições de crédito, cfr. Mendes (2018, p. 11. e ss.); Marques Júnior; Medeiros (2018, p. 123 e ss.).

¹⁸ Sobre a importância do *compliance* para a responsabilidade penal de entes colectivos, cfr. Costa (2018, p. 303 e ss.); Geraldo (2018, p. 267 e ss.); Bock (2014, p. 273-300).

e instruções por si emanadas. Os avisos, que passaram a ser da competência própria do Banco de Portugal, têm eficácia *erga omnes*. Será o caso da fixação de normas de conduta (art. 76.º, n.º 1, do RGICSF). Já as circulares e as instruções apenas vinculam as instituições bancárias.

Por caber ao Banco de Portugal a competência de regular o acesso à actividade bancária, também lhe cabe autorizar a constituição de novas instituições bancárias (art. 16.º, n.º 1, do RGICSF), avaliar a adequação dos membros dos seus órgãos sociais (art. 30.º-B, n.º 1 e ss., do RGICSF) e interferir na correspondente gestão, emitindo recomendações, as quais devem ser por elas acatadas (art. 76.º, n.º 2, do RGICSF). Assim, cabe ao Banco de Portugal fiscalizar o cumprimento das normas aplicáveis em sede da chamada supervisão prudencial (art. 93.º do RGICSF), podendo, em decorrência, exercer o poder sancionatório, levantando e instruindo autos de contraordenação e aplicando as respectivas sanções (art. 76.º, n.º 2, do RGICSF).

5 O ILÍCITO BANCÁRIO: NOÇÃO E TIPOLOGIAS

A violação das normas atinentes à disciplina da actividade bancária constituiu-se na prática de ilícitos passíveis de sanção coerciva. É que a actividade bancária e, em geral, a actuação das instituições bancárias no mercado revestem-se de primordial importância para a estabilidade económica e financeira do país (e, bem assim, do sistema monetário europeu). Tais ilícitos podem, como vimos já, revestir várias tipologias: administrativa, civil, disciplinar, contraordenacional e penal.¹⁹

O conceito de “ilícito bancário” é abrangente e compreende duas realidades, conforme a fonte normativa do ilícito e os interesses ou valores protegidos: ilícitos tipicamente bancários e ilícitos que têm alguma conexão com a actividade bancária e/ou as entidades bancárias. Estaremos a falar de ilícitos tipicamente bancários quando eles consistirem em condutas típicas que só adquirem desvalor social de acção por estreita ligação aos interesses e valores do sistema bancário e financeiro, ou seja, cuja ilicitude emerge da ofensa desses interesses e valores.

Segundo a lição de Saraiva Matias, a actividade bancária é formada por “actos tipicamente bancários, desconhecidos de outros sectores de actividade ou ramos de Direito”, pelo que há uma “diferente valoração daquelas práticas e daqueles actos, que só à luz da actividade bancárias alcançam sentido, peso e dignidade.” (MATIAS, 2002a, p. 606).

¹⁹ Sem esquecer as os ilícitos que podem ser praticados por ocasião do exercício ou por causa de actividades bancárias e do funcionamento normal das instituições que a desenvolvem, como as infracções laborais, mas que, em bom rigor, não exprimem contrariedade aos interesses do sistema bancário e financeiro em geral. Iremos restringir a nossa análise aos ilícitos que decorram de normas do Direito Bancário, ou que, sendo tipificados em legislação não especificamente bancária, possam, de algum modo, estar relacionados com os valores e interesses do sistema bancário.

Assim, serão ilícitos tipicamente bancários aqueles que o sejam exclusivamente no contexto da actividade e da legislação bancárias, sem ilícito paralelo.²⁰ Será o caso das contraordenações previstas no RGICSF e do crime de “actividade ilícita de recepção de depósitos e outros fundos reembolsáveis”, previsto e punido pelo art. 200.º do RGICSF. Serão ilícitos com conexão com a actividade bancária aqueles que, embora tenham como sujeito passivo as instituições de crédito e sociedades financeiras bem como os titulares dos seus órgãos (e, por isso, possam até ser tipificados em legislação bancária), apenas se relacionam remotamente com os específicos interesses do sistema bancário e financeiro, visando antes a protecção de bens jurídicos sob tutela imediata de outros ramos de Direito.²¹

Neste trabalho, vamos, pois, ocupar-nos, essencialmente, dos ilícitos de natureza contraordenacional e criminal previstos na lei bancária que protegem, directamente, interesses do sistema financeiro. De modo complementar, abordaremos outros ilícitos não tão intimamente ligados à actividade bancária, mas que assumem relevo pelo modo como a podem condicionar.

6 CRIMES BANCÁRIOS

As condutas lesivas dos interesses intimamente ligados à actividade bancária são, na sua maioria, tipificados como contraordenações. Ilícitos administrativos, portanto. Falta a tais condutas a necessária e suficiente lesividade de bens jurídicos fundamentais para que, de acordo com o quadro axiológico constitucional, se justifique a sua incriminação. Não obstante, há certos comportamentos, passíveis de ocorrerem por causa, ou no exercício, da actividade bancária, cujos efeitos perpassam a mera ordenação do sistema, atingindo bens jurídicos vitais para a sociedade. Esses, achou o legislador por bem incriminá-los.²² Correspondem, então, aos chamados “crimes bancários”, os quais podem ofender, directamente, interesses especificamente bancários, sendo apenas típicos da legislação bancária, lesar outros interesses dignos de tutela mais alargada, estando, assim, tipificados em legislação vária, inclusive bancária.

²⁰ Tomamos, aqui, por empréstimo à dogmática penal a distinção entre crimes específicos próprios e impróprios, para significar que, muito embora possam estar previstos em legislação bancária, há ilícitos cujo tipo objectivo assim como os bens jurídicos protegidos serão os mesmos no contexto da demais legislação na qual sejam referidos. É exemplo do que dizemos o crime de violação de segredo e de desobediência dos arts. 84.º e 200.º do RGIC, respectivamente.

²¹ Será o caso dos crimes de falsificação, abuso de confiança, de furto e roubo, de corrupção no sector público e privado, branqueamento de capitais, desobediência, violação de segredo, etc., assim como a generalidade dos ilícitos de ordem civil, disciplinar ou laboral que possam estar previstos em legislação bancária. Em todos estes casos, a disciplina destes ilícitos obedecerá ao regime geral legalmente previsto, para o qual o Direito Bancário remete. Tome-se como exemplo o art. 200.º-A do RGIC, a qual não dispensa o termos gerais do Código Penal.

²² De relembrar que, sendo o Direito Penal um ramo de Direito e de recurso subsidiário e em *ultima ratio*, o legislador está condicionado, no uso do crime e da pena como instrumentos político-criminais, aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da proibição do excesso (art. 18.º n.º 2 da CRA), assim como os princípios doutrinários-penais da protecção exclusiva, fragmentária e subsidiária de bens jurídicos penais, da necessidade e da eficácia.

Atendendo à forma legislativa utilizada para o RGICSF, o Decreto-Lei, e ao disposto no art. 165.º, n.º 1, c) da Constituição, a tipificação de condutas como crime só seria organicamente constitucional se o Governo exarasse tal Decreto-Lei com base em Lei de Autorização Legislativa, o que, de facto, aconteceu – Lei n.º 9/92, de 3 de julho.

6.1 Actividade Ilícita de Recepção de Depósitos e Outros Fundos Reembolsáveis – art. 200.º do RGICSF

O art. 8.º do RGICSF restringe, dentro da actividade bancária, a legitimidade para receber depósitos e outros fundos reembolsáveis às entidades que designa, nos termos do art. 2.º-A al. w), por “instituições de crédito”²³, uma vez que considera que apenas estas terão condições ideais para o efeito. Assim, tendo em conta os interesses da economia, do sistema financeiro e dos depositantes, o legislador decidiu tipificar como crime punível com até cinco anos de prisão²⁴, nos termos do art. 200.º do RGICSF, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 28/2009, de 19/06, o exercício ilegal (não autorizado) desta actividade.²⁵

Trata-se de um tipo de crime comum, ou de sujeito activo indeterminado, pelo que pode ser cometido por qualquer pessoa. É um crime formal ou de mera actividade, já que, para a sua consumação, dispensa a verificação e causação de qualquer resultado material, seja a título de dano, seja a título de perigo. Pode, por outro lado, dizer-se que se trata de um crime de perigo abstracto, pois que ao legislador considera que uma entidade que exerce tal actividade sem autorização ou cumprimento dos parâmetros legais gera sempre o risco de uma eventual lesão de bens jurídicos como a propriedade e a confiança dos depositantes, assim como dos interesses do sistema financeiro (cfr. DIAS, 2007, p. 288 e ss.).²⁶

Os elementos essenciais deste crime, que deve entender-se doloso (arts. 1.º, n.º 1, e 13.º do Código Penal) são, pois:

- a) a prática de actos que possam reputar-se como recepção de depósitos ou outros fundos reembolsáveis;

²³ Ainda que, nos termos do disposto no n.º 3 do art. 8.º do RGIC, outras entidades que não sendo instituições de crédito, o possam fazer. Por outro lado, atento o disposto no n.º 2 do art. 4.º do RGIC, pode dizer-se que nem todas as instituições de crédito, para além dos bancos, poderão, em concreto, receber depósitos e outros fundos reembolsáveis. O que podemos, isso sim, dizer, é que os bancos são, por regra, as entidades que podem receber depósitos e outros fundos reembolsáveis, sendo que, pontualmente, a lei pode autorizar outras entidades a fazê-lo. Acresce ainda que o art. 9.º, n.º 1, do RGIC delimita o conceito de “fundos reembolsáveis” como elemento objectivo típico do art. 200.º do RGIC, ao excluir de tal conceito um certo número de bens e direitos.

²⁴ O limite mínimo da moldura penal, à falta de disposição expressa, é de 1 mês – art. 41.º, n.º 1, do Código Penal.

²⁵ Na redacção originária do Dec.-Lei n.º 298/92, de 31/12, este crime era punível com pena de prisão até 3 anos, o que denota a preocupação do legislador, ao aumentar o limite máximo da moldura aplicável com os bens jurídicos em causa.

²⁶ Sobre os crimes de perigo abstracto, *vide* Carvalho (2011, p. 297).

- b) a falta de autorização, nos termos legais, para o efeito;
- c) não verificação das excepções dos arts. 8.º, n.º 3, e 9.º, n.º 1, do RGICSF.

Neste ponto, impõe-se uma reflexão. O art. 200.º do RGICSF apenas prevê a responsabilidade penal individual e não a das pessoas colectivas que possam incorrer em tal actividade. Sendo a responsabilidade penal não individual, tanto nos termos gerais do Código Penal (art. 11.º, n.º 1) como nos termos do RGICSF, uma excepção, tal responsabilização haveria de resultar de lei expressa, o que não acontece. Ora, parece-nos que o risco de uma pessoa colectiva exercer actividade não autorizada de recepção de depósitos é mais elevado do que o de uma pessoa individual o fazer. Tenha-se em atenção que mesmo tratando-se de uma entidade que possa ser qualificada, nos termos do art. 2.º-A al. w) do RGICSF, como instituição bancária, se ela não estiver autorizada pelo Banco de Portugal a iniciar actividade, teremos recepção ilegal de depósitos para efeitos do art. 200.º do RGICSF.

Parece-nos haver aqui uma insuficiente protecção dos interesses em causa, ainda que, nos termos do art. 12.º do Código Penal, se possa assacar responsabilidade penal aos titulares dos órgãos sociais da pessoa colectiva quando actuem em representação desta. Isto porque é hoje *opinio communis* na doutrina que o maior potencial lesivo para os bens jurídicos de índole económico-financeira provém, justamente, dos entes colectivos. A especial complexidade das suas estruturas orgânicas e decisórias, bem como a marcada fungibilidade dos seus agentes torna especialmente difícil assacar responsabilidade individual. Especialmente àqueles que, estatutariamente, detêm os poderes de decisão e governo do ente, uma vez que, muitas vezes, as suas ordens e directivas se diluem em diversos níveis hierárquicos (sobre esta problemática, cfr. DIAS, 1984; DIAS, 2001; BAJO FERNANDEZ, 1996; RODRIGUES, 2023).

1.2 Crime de Violação de Segredo Bancário

A matéria do sigilo bancário²⁷ projecta-se em plúrimas áreas do Direito, interessando tanto ao Direito Bancário propriamente dito, como ao Direito Penal, ao Direito Tributário, não esquecendo o seu enquadramento constitucional. Quando nos referimos ao sigilo bancário, não podemos perder de vista que ele vincula as próprias instituições bancárias e sociedades financeiras, e também as entidades que sobre elas exerçam supervisão ou qualquer tipo de jurisdição e que, no âmbito das suas funções, delas obtenham informações, dados ou elementos que devam considerar-se confidenciais.

Nos termos do art. 78.º do RGICSF, na redacção que lhe foi dada pelo Dec.-Lei n.º 157/2014, de 24/10, os membros dos órgãos de administração

²⁷ Sobre o sigilo bancário e sua justificação, vide Campos (1997, p. 11 e ss.); Azevedo (1989); Veloso (1993, p. 53 e ss.); Nunes (1994b, p. 39 e ss.).

ou fiscalização das instituições de crédito, os colaboradores, mandatários, comissários e outras pessoas que lhes prestem serviços a título permanente ou ocasional devem guardar sigilo²⁸ sobre factos de que obtenham conhecimento exclusivamente em resultado das suas funções ou da prestação dos seus serviços, quer os relativos à própria instituição em si, quer os atinentes às relações destas com os seus clientes.^{29, 30}

O bem jurídico protegido é o direito de reserva sobre a intimidade sobre a vida privada, previsto como direito fundamental no art. 26.º da Constituição de República Portuguesa (CRP) (Cfr. CORDEIRO, 2008, p. 254)³¹, o qual deve ser respeitado por entidades públicas e privadas, singulares ou colectivas. Um certo sector da doutrina e da jurisprudência (esta, mais recente), alinha por um duplo critério de interesses protegidos: interesses eminentemente pessoais, como a protecção da reserva da vida privada e a integridade pessoal, e o interesse colectivo do correcto funcionamento do sistema bancário.³²

A violação deste dever constitui, de acordo com o disposto no art. 84.º do RGICSF, crime de violação de segredo, punível, nos termos dos arts. 195.º do Código Penal, com pena de prisão até um ano³³ ou com pena de multa até 240 dias.³⁴ Trata-se de um crime doloso³⁵ (art. 13.º do CPenal), formal, pois dispensa um resultado, próprio, pois só o pratica quem se encontra na posição de sujeição ao segredo imposto pelo art. 78.³⁶, e semipúblico (art. 178.º do CPenal).

²⁸ Utilizaremos, indistintamente, os termos “segredo” e “sigilo”, já que, para efeito dos preceitos legais em análise, o alcance semântico dos termos é exactamente o mesmo. Aliás, a doutrina usa indistintamente os termos em causa. *Vide* Matias (2002a, *passim*); Campos (1997, p. 11 e ss.).

²⁹ No preâmbulo da Lei n.º 2/78 dizia-se que o sigilo bancário visava assegurar a confiança na banca, pela garantia ao cliente, pela instituição bancária, de que todos os aspectos relativos à relação jurídica bancária entre eles estabelecida não extravasarão do âmbito restrito de ambas as partes. Visa-se, assim, sobretudo a relação de fidedúcia entre o cliente e o sistema bancário. Reflexamente, protege-se a intimidade da vida privada da pessoa.

³⁰ Note-se que o regime de segredo profissional previsto nos arts. 78.º e 79.º do RGICSF é ainda aplicável às instituições de pagamento e às instituições de moeda eletrónica, com as devidas adaptações, nos termos do art. 37.º do Dec.-Lei n.º 317/2009, de 30/10.

³¹ O autor acrescenta, ainda, como bem jurídico protegido, a integridade moral das pessoas (art. 25.º da CRP). O Tribunal Constitucional (Acórdão do TC n.º 278/95, de 31 de maio de 1995 (Proc. n.º 510/91)) pronunciou-se da seguinte forma: “Aqui chegados, está este Tribunal em condições de afirmar que a situação económica do cidadão, espelhada na sua conta bancária, incluindo as operações activas e passivas nela registadas, faz parte do âmbito de protecção do direito à reserva da intimidade da vida privada, condensado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, surgindo o segredo bancário como um instrumento de garantia deste direito. De facto, numa época histórica caracterizada pela generalização das relações bancárias, em que grande parte dos cidadãos adquire o estatuto de cliente bancário, os elementos em poder dos estabelecimentos bancários, respeitantes designadamente às contas de depósito e seus movimentos e às operações bancárias, cambiais e financeiras, constituem uma dimensão essencial do direito à reserva da intimidade da vida privada constitucionalmente garantido.” Alinham.

³² *Vide* o Acórdão do TC n.º 442/2007 e o Acórdão do STJ n.º 2/2008, assim como Andrade (1999, p. 773 a 778); Silva (1998, p. 36-43); Ramos (1997, p. 131-137); Sousa (2002).

³³ Com um mínimo de um mês – art. 41.º, n.º 1, do Código Penal.

³⁴ Nos termos do art. 47.º, n.º 1, do CPenal, o limite mínimo da pena de multa é de dez dias.

³⁵ Refere-se o dolo genérico, o dolo dos elementos constitutivos do tipo. Mas, se o agente tiver o objectivo específico de obter enriquecimento, tratar-se-á de violação de segredo agravada, nos termos do art. 197.º do CPenal.

³⁶ Valem aqui as observações já tecidas sobre a não previsão da responsabilização penal de entes colectivos. Também aqui nos parece haver boas razões para essa imputação. Todavia, tenha-se

Note-se que o art. 84.º do RGICSF não remete, em bom rigor, para o art. 196.º do CPenal, pois que o aproveitamento dos factos, dados ou elementos não implica, necessariamente, a sua divulgação a terceiros (cfr. MACHADO, 1997, p. 85).³⁷

O art. 84.º do RGICSF pode remeter, já não para o art. 195.º do CPenal, mas para o art. 383.º, n.º 1, do Código Penal (violação de segredo por funcionário), se o agente obrigado ao segredo preencher o conceito de “funcionário”, o que não será difícil atentas às entidades que, nos termos dos arts. 80.º (art. 60.º da L.O. do Banco de Portugal), 81.º, n.º 5, do RGICSF, estão sujeitas a segredo bancário, devendo os seus funcionários, agentes ou representantes guardar estrito sigilo profissional.³⁸

Trata-se de um tipo de crime que não pode designar-se de “tipicamente bancário”, pois que o bem jurídico protegido, o valor da confiança e a intimidade da vida privada, não são exclusivos da actividade bancária. Outrossim se relacionam estreitamente com ela, sendo bens jurídicos protegidos em múltiplas outras áreas jurídicas, como por exemplo, o Direito Penal Médico. Dada à transversalidade do ilícito material subjacente, o crime de violação de segredo tem consagração ao nível do regime geral do Código Penal. Ou seja, o “crime de segredo bancário” previsto no art. 84.º não ganha qualquer autonomia face ao “crime de violação de segredo” do art. 195.º do CPenal, sendo apenas uma das muitas situações em que os bens jurídicos protegidos por esse tipo podem ser violados, contribuindo, dessa forma, para a concretização dos elementos objectivos do tipo do art. 195.º do CPenal (mormente o conceito de conduta ilícita), bem como das situações em que a conduta típica não será punível, contribuindo assim, por via de interpretação sistemática, para o aclarar do art. 31.º, n.º 1, do CPenal (cfr. MATIAS, 2002a, p. 611 e 612. *Vide*, tb. MACHADO, 1997, p. 71 e ss.).³⁹

em atenção que aqui podem interferir outros tipos de crime a propósito do específico modo de realização da conduta típica de quebra do segredo. Se, por exemplo, forem usados meios informáticos para revelar dados pessoais, aplicar-se-á ao caso, tanto a Lei que dá execução ao RGPD (Lei n.º 58/19 de 08 de agosto), como a Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro). Neste último diploma prevê-se, amplamente, a responsabilização de entes não individuais.

³⁷ Acresce que a estrutura típica de tais crimes é diversa, sendo o crime de violação de segredo um crime formal, sendo pois um crime de mera actividade, ao passo que o crime do art. 196.º é um crime de resultado dano, sendo pois, um crime material ou de resultado. Cfr. tb., Santiago (1996, p. 54 e ss.).

³⁸ Neste caso, verifica-se uma relação de subsidiariedade entre os tipos penais do art. 383.º e 195.º, sendo este subsidiário em relação àquele. Isto porque o art. 383.º se refere ao sentido de proibidade no exercício de funções públicas.

³⁹ Esta questão suscitou já alguma celeuma, em face da tese de que o art. 78.º do RGIC consagrava um dever de segredo autónomo em protecção dos específicos interesses do sistema bancário, pelo que o crime de violação de segredo do art. 84.º também encerraria uma específica ilicitude, indo além do tipificado nos termos gerais do Código Penal. Santiago (1997, p. 43) aponta que, a ser assim, então poder-se-ia colocar o problema de uma eventual inconstitucionalidade orgânica do art. 84.º. Entendemos que, se se verificasse essa autonomia, só haveria tal inconstitucionalidade se o Dec.-Lei n.º 298/92 extravasasse o âmbito material da Lei de Autorização Legislativa em que se baseia.

O que pode entender-se como elementos factuais abrangidos pelo dever de segredo? Tratar-se-á, em regra, da identificação e outros dados pessoais dos clientes, valores constantes das contas de depósito e outros produtos por eles subscritos, movimentos das contas e outras operações bancárias, informações estratégicas da instituição bancária, etc.⁴⁰, ⁴¹ O dever de segredo tanto impende sobre as instituições bancárias em si (sigilo activo), nos termos do art. 78.º do RGICSF, como o das entidades que tomam conhecimento obrigatório dos elementos sob sigilo, por força do art. 80.º, n.º 1 (art. 60.º da Lei Orgânica do Banco de Portugal), e 81.º, n.º 5, do RGICSF. O que significa que, abrangidos pelo segredo bancário também deverão estar os factos, dados ou quaisquer elementos de que as entidades reguladoras e supervisoras tomem conhecimento no âmbito da supervisão prudencial, bem como da fiscalização e consequentes processos contraordenacionais (MACHADO, 1997, p. 94 e ss.).

No art. 79.º do RGICSF consagram-se algumas excepções ao dever de segredo, as quais funcionarão como “tipos negativos”⁴² do crime de violação de segredo para efeitos do art. 84.º do RGICSF. Ou seja, casos em que a violação do dever de segredo não é punível, porque as pessoas a ele obrigadas são dispensadas do cumprimento do seu dever. No n.º 1 do art. 79.º, refere-se o consentimento, de resto já previsto como causa de exclusão da ilicitude no regime geral do ilícito criminal – art. 31.º, n.º 2, d), do CPenal. No n.º 2 do art. 79.º do RGICSF, o legislador dispensa do sigilo para cumprimento de deveres legais, nas situações previstas nas als. a), b), c) e d) do n.º 2 (deveres de informação junto do Banco de Portugal, CMVM, Fundo de Garantia, para efeitos de supervisão).

Em relação à alínea e) do n.º 2 do art. 79.º, introduzida pela Lei n.º 36/2010, de 2/09, impõem-se uma análise e reflexão mais profundas. Aqui se dispõe que “[...] os factos e elementos cobertos pelo dever de segredo só podem ser revelados [...] às autoridades judiciais⁴³ no âmbito de um processo penal.”

⁴⁰ Em face da legislação comunitária e nacional sobre protecção de dados, esta questão do segredo bancário adquire redobrada importância. É, hoje, comum o recurso às bases de dados dos mais diversos sectores para efeito de divulgação de produto, fins publicitários, portanto. Existem entidades especializadas em recolher e comercializar estes dados, o que se tem revelado uma actividade altamente lucrativa. No entanto, numa boa parte dos casos, a recolha e divulgação de tais dados consiste em prática ilícita por violação quer da protecção de dados pessoais, quer do sigilo que os salvaguarda nos termos da lei.

⁴¹ Uma das questões conexas com o sigilo bancário é a da relação entre as denominadas “centrais de risco” e o dever de sigilo. O art. 83.º do RGIC autoriza, expressamente, as instituições bancárias a organizar, entre si, para além do Serviço de Centralização dos Riscos de Crédito, uma base de dados de créditos para salvaguarda da segurança das operações. Manifestamos as nossas dúvidas em relação à admissibilidade desta figura, já que nos parece introduzir um indesejável (senão inadmissível) desequilíbrio entre as partes no âmbito de uma relação jurídica de direito privado, sendo, quanto a nós, muito duvidosa a sua admissibilidade em face do art. 26.º da CRA, atentos os princípios da proporcionalidade e da proibição do excesso. A favor desta figura, cfr. Vidigal (1997, p. 21 e ss.).

⁴² Tipos negativos que funcionam por introdução de “elementos negativos” no tipo, de modo que esses elementos não poderão verificar-se para que os factos sejam ilícitos.

⁴³ Tal conceito envolve tanto os Tribunais como o Ministério Público (arts. 1.º b) e 53.º, n.º 2, b), do CPP), que não as polícias ou outras autoridades quando não munidas de competente mandado.

Ora, o regime anterior à alteração introduzida pela Lei n.º 36/2010, de 2/09, decorria do regime geral do Código do Processo Penal, designadamente do art. 135.º, na redacção introduzida pela Lei n.º 48/2007, de 29/08. De acordo com o art. 135.º, n.º 1, do CPP, a pessoa sobre quem impendesse dever de sigilo nos termos do art. 78.º do RGICSF poderia escusar-se a responder na qualidade de testemunha, invocando tal dever. Em todo o caso, o Tribunal poderia ordenar o depoimento, nos termos conjugados dos n.ºs 2 e 3 do art. 135.º, em observância do princípio da prevalência do interesse dominante (CALDAS, 1997, p. 39).⁴⁴ Nesse caso, a pessoa obrigada ao segredo não incorreria em qualquer ilícito (art. 78.º do RGICSF), uma vez que a sua conduta beneficiaria de exclusão da ilicitude nos termos do arts. 31.º, n.º 1, c), e 36.º, n.º 1, do CPenal.

Entretanto, a partir da modificação do RGICSF pela Lei n.º 36/2010, de 2/09, a recusa de divulgação de factos e elementos invocando dever de sigilo é ilegítima *ab initio*, constituindo, desde logo, crime de desobediência perante ordem legítima da autoridade judiciária. Não é mais necessário que seja o Tribunal, nos termos do n.º 2 do art. 135.º do CPP a considerá-la ilegítima, ou a instância superior a desconsiderar o segredo, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo.

Por outro lado, destaque-se que, a partir das alterações introduzidas pela Lei n.º 36/2010, de 2/09, no RGICSF, já não são somente os Tribunais as autoridades legitimadas para exigir a quebra do segredo. Também o Ministério Público, como autoridade judiciária e titular da fase de inquérito (arts. 1.º b) e 53.º, n.º 2, b), do CPP) pode interpelar para o efeito.⁴⁵ Note-se, porém que, a entidade, individual ou colectiva, que, no âmbito de um processo penal,

⁴⁴ O Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 2/2008, de 13-02-2008, DR, I Série n.º 63 de 31-03-2008, fixando jurisprudência com força obrigatória geral, estabeleceu que: “1. Requisitada a instituição bancária, no âmbito de inquérito criminal, informação referente a conta de depósito, a instituição interpelada só poderá legitimamente escusar-se a prestá-la com fundamento em segredo bancário. 2. Sendo ilegítima a escusa, por a informação não estar abrangida pelo segredo, ou por existir consentimento do titular da conta, o próprio tribunal em que a escusa for invocada, depois de ultrapassadas eventuais dúvidas sobre a ilegitimidade da escusa, ordena a prestação da informação, nos termos do n.º 2 do art. 135.º do Código de Processo Penal. 3. Caso a escusa seja legítima, cabe ao tribunal imediatamente superior àquele em que o incidente se tiver suscitado ou, no caso de o incidente se suscitar perante o Supremo Tribunal de Justiça, ao pleno das secções criminais, decidir sobre a quebra do segredo, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo.” Note-se que solução muito semelhante decorria da versão do Código Penal antes da revisão de 1995, cujo art. 185.º determinava a exculpação de quem, ainda que obrigado a sigilo profissional, o violasse em observância de interesse superior ou em benefício do interesse público. Cfr. Caldas (1997, p. 39).

⁴⁵ Cfr., com interesse, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14/09/2011 (Proc. 1214/10.OPBSNT-A.L1 3ª Secção) que decidiu, sumariamente, o seguinte: I. Com a alteração introduzida pela Lei n.º 36/2010, de 2 de setembro, ao art. 79.º, n.º 2, al. e), do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, o legislador pretendeu agilizar o procedimento relativo à obtenção de informações cobertas pelo segredo bancário, atribuindo, às autoridades judiciárias, competência para as solicitar. Desse modo, a lei reconheceu que o interesse da investigação prevalece face ao direito de reserva da vida privada do titular de uma conta bancária e que, por essa razão, o dever de segredo cai perante a solicitação de uma autoridade judiciária efectuada no âmbito de um processo penal. II. Face à definição contida no art. 1, al. b) do CPP, encontrando-se o processo em fase de inquérito cabe necessariamente ao Ministério Público, enquanto autoridade judiciária e titular da direcção do inquérito, solicitar as informações bancárias, revelando-se ilegítima a recusa da entidade bancária em fornecer os elementos assim solicitados.

revelar, em cumprimento da ordem judiciária, os seus conhecimentos, não fica propriamente desonerado de manter o sigilo. Neste caso, já não por via do segredo bancário ou profissional, mas por via do segredo de justiça, nos termos do art. 371.º do CPenal, se o processo se encontrar em fase na qual este segredo ainda vigore (MACHADO, 1997, p. 96).

Uma das alterações mais relevantes operadas no RGICSF em matéria de segredo bancário: o dever de revelar factos e elementos por ordem da administração tributária, no âmbito do exercício das suas atribuições – art. 79.º, n.º 2, f) do RGICSF, cuja introdução resulta da Lei n.º 94/2009, de 01/09.⁴⁶ Trata-se de acesso a dados sensíveis por efeito de um acto administrativo, o que não deixa de levantar dúvidas da respectiva constitucionalidade, em face de preceitos como o art. e 26.º, n.º 2, da CRA.

É que, no regime anterior, consagrado no art. 63.º, n.º 2, da LGT, o acesso aos dados protegidos por sigilo bancário dependia, em qualquer caso, de decisão judicial sobre a solicitação da Administração Tributária, o que apresentava a vantagem de intermediar a tutela judicial dos direitos fundamentais da pessoa. O regime vigente torna-se ainda mais duvidoso em face do disposto no art. 81.º-A, n.º 5, als. a), b) e c), situação em que se dá legitimidade ao Banco de Portugal para revelar à Autoridade Tributária, à Segurança Social e aos agentes de execução, respectivamente, os dados sobre contas bancárias constantes da base de dados relativa a contas de depósito, de pagamentos, de crédito e de instrumentos financeiros, denominada base de dados de contas domiciliadas no território nacional em instituições de crédito, sociedades financeiras ou instituições de pagamento.

Quanto a nós, isto constitui inadmissível lesão do direito à intimidade da vida privada e à protecção dos dados pessoais perante a Administração Pública, porque a quebra do sigilo se opera sem intermediação de qualquer autoridade judiciária.⁴⁷ Estamos em crer que, ao se permitir tal restrição de direitos fundamentais, se violam princípios constitucionais como os da proporcionalidade, proibição do excesso, protecção da intimidade da vida pessoal e familiar e da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais – arts. 17.º, n.º 2, art. 26.º, n.ºs 1 e 2, da CRP. Mas também ao Direito Internacional (por via do art. 16.º, n.º 2, da CRP). O art. 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, e, bem assim, o art. 17.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, ainda, o art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, dispõem que a vida privada deve ser protegida contra ingerências arbitrárias. O facto de a possibilidade tal ingerência decorrer de previsão legal, não faz com que deixe de ser uma restrição insuportável de um direito fundamental.⁴⁸

⁴⁶ Muito embora a última redacção do art. 79.º do RGIC resulte da Lei n.º 109/2017, de 24 de novembro.

⁴⁷ Vide a reflexão de Caldas (1997, p. 42). sobre a necessidade de intermediação do poder judicial em matéria de resolução do conflito entre intimidade da vida privada e outros.

⁴⁸ Cfr., quanto a esta questão da relação entre o sigilo bancário e o poder executivo, Rodrigues (1997, p. 47 e ss.).

Por outro lado, tenha-se em conta que há determinadas condutas no âmbito fiscal, e tributário em geral, que se encontram tipificadas como crime (p. ex. fraude fiscal, burla tributária). Assim, o acesso a informações sensíveis no âmbito da íntima relação das instituições bancárias e sociedades financeiras com os seus clientes pode contribuir para a responsabilização penal de uns e outros, sem que o acesso a tais elementos tenha sido permitido por autoridade judiciária (cfr. art. 32.º, n.º 4, da CRP). Pelo contrário, tais informações foram fornecidas em cumprimento de um dever legal, o que contraria, de modo flagrante, o princípio processual penal: *nemo tenetur se ipsum accusare* (art. 61.º, n.º 1, d), do Código de Processo Penal) pelo menos em relação às pessoas colectivas, igualmente responsáveis em sede penal pelos crimes em causa. Quanto a nós, as provas obtidas por intermédio dos deveres de comunicação previstos na alínea f) do n.º 2 do art. 79.º do RGICSF, deveriam ser nulas à luz do art. 32.º da CRP, por abusiva intromissão na vida privada.⁴⁹

No n.º 2 al. g) do art. 79.º do RGICSF prevê-se uma cláusula geral de derrogação do segredo bancário. Bem sabendo que, pontualmente, na totalidade do ordenamento jurídico, há várias normas que impõem o afastamento do dever de segredo, o legislador acautelou essa possibilidade. Fora dos casos expressamente previstos no art. 79.º, os que entram na previsão desta alínea g) mais amiúde são os da derrogação do segredo em processo civil. Nomeadamente, ao abrigo do disposto nos arts. 417.º, n.º 4 (antigo art. 519.º do CPC de 1961), e 780.º, n.ºs 8 e 11, do CPC. Tais disposições legais impõem às instituições de crédito fortes restrições ao segredo profissional a que estão sujeitas, com a particularidade de, hoje, as comunicações a que se refere o art. 780.º do CPC terem como interlocutor um agente de execução⁵⁰, e não o Tribunal propriamente dito.

No art. 80.º n.ºs 2, 3, 4 e 5, e 81.º do RGICSF, preveem-se outras excepções ao dever de segredo, ligadas à supervisão e outras funções do Banco de Portugal, bem como à sua relação com as autoridades judiciárias e outras entidades. Para além das excepções previstas no RGICSF, devemos atender ainda às excepções contempladas na Lei n.º 5/2002, de 11/01, relativa à criminalidade organizada. No art. 2.º, n.º 1, desta Lei, estipula-se que pode ser quebrado o segredo bancário⁵¹ estando em causa a existência de fortes indícios da existência de criminalidade organizada. A iniciativa, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, é da autoridade judiciária a quem competir o processo na concreta fase em que se encontrar.⁵² Contudo, o alcance prático de tal norma acaba por ser, hoje, diminuto, pois que a quebra de segredo bancário por ordem das autoridades judiciárias já se tornou regime-regra no Direito Bancário, por força da redacção conferida pela

⁴⁹ Cfr. no mesmo sentido, Caldas (1997, p. 44). Em sentido contrário, Sanches (1995, p. 23-44).

⁵⁰ Cfr. art. 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 202/2015, de 28/04, e art. 127.º da Lei n.º 154/2015, de 14/09.

⁵¹ Concomitantemente, no art. 5.º da Lei 5/2002, de 11/01, estipula-se que a pessoa (singular) que fornecer as informações previstas no art. 2.º ou que participar das acções de controlo previstas no art. 4.º está vinculada ao segredo de justiça, nos termos gerais do Código de Processo Penal.

⁵² Valem aqui as considerações tecidas acerca das autoridades judiciárias, especialmente quanto ao sigilo (tema tratado no subitem 6.2, *supra*).

Lei n.º 36/2010, de 2/09, ao art. 79.º do RGICSF. Ou seja, a quebra de segredo por iniciativa dos Tribunais e do Ministério Público já não é uma possibilidade residual, apenas possível em casos muito contados. Passou a ser permitida, em geral, sempre que as autoridades legitimadas assim o entendam, em qualquer processo-crime.⁵³

Já o disposto no art. 56.º da Lei n.º 83/2017, de 18/08, atinente ao branqueamento de capitais, conserva a sua utilidade. Isto porque a quebra do segredo, prevista no art. 56.º, não depende de ordem emitida por autoridade judiciária, antes decorre dos deveres de comunicação impostos pelos arts. 43.º, 45.º, 47.º e 53.º da referida lei. Assim sendo, a ilicitude é duplamente afastada. Às vezes, pelo efeito do cumprimento de um dever legalmente imposto (art. 31.º, n.º 2, c) do CPenal); às vezes, pela própria derrogação expressa do dever de sigilo operada na letra do n.º 1, do art. 56.º da Lei n.º 83/2017, de 18/08. Podemos, então, dizer que, em matéria de regime de segredo bancário, esta lei funciona como lei especial face ao RGICSF, porque estipula deveres de informação que o RGICSF não conhece.

1.3 Crime de Desobediência - RGICSF

O art. 200.º-A, n.º 1, do RGICSF, aditado pelo Dec.-Lei 157/2014, de 24/10⁵⁴, tipifica como crime de desobediência o incumprimento de quaisquer ordens ou mandados do Banco de Portugal no exercício das suas funções. Ou, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, o acto de impedir, dificultar ou frustrar medida cautelar aplicada em processo contraordenacional. Este crime é punível com a pena prevista no art. 348.º, n.º 2, do CPenal, se o Banco de Portugal ou funcionário tiverem feito menção dessa cominação.

Ora, em face dos princípios da legalidade, da determinabilidade dos tipos penais (*lex certa*) e da tipicidade das penas (*nulla poena sine lege scripta*) uma reflexão se impõe: deve extrair-se do tipo do art. 200.º-A do RGICSF que os factos apenas são puníveis caso tenha havido cominação prévia de que o incumprimento constituiria desobediência qualificada. Nesse caso, a cominação é uma condição objectiva de punibilidade? Ou deve entender-se que, havendo cominação prévia por parte da autoridade, a desobediência é qualificada, não havendo, trata-se de desobediência simples? A advertência refere-se à desobediência em si, ou à respectiva qualificação?

Na primeira hipótese, não haverá problemas de maior, dependendo a punibilidade dos factos da prova de uma prévia actuação da autoridade. O que vale por dizer que, havendo desobediência, esta será sempre qualificada. Pela

⁵³ O que não significa que a autoridade judiciária competente não deva, na sua decisão, observar princípios constitucionais nessa matéria.

⁵⁴ Aprovado ao abrigo da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 46/2014, de 28 de julho. Transpôs para ordem jurídica a Diretiva n.º 2013/36/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho.

segunda hipótese, não resulta óbvio do tipo objectivo o que se entende por “se o Banco de Portugal ou funcionário tiverem feito a advertência dessa cominação”. É que se a “cominação” se refere à qualificação da desobediência e não tendo esta sido feita, pode depreender-se que apenas existe desobediência simples. Mas, por esta via, podemos concluir que, não só a desobediência simples não é típica, como também a respectiva pena o não é, apenas podendo inferir-se. O que, desde logo, parece insustentável em face dos princípios da tipicidade estrita, da tipicidade das penas e da determinabilidade dos tipos penais.

1.4 Crime de Branqueamento de Capitais

Nos termos do art. 368.º-A do CPenal⁵⁵, o crime de branqueamento de capitais é um ilícito criminal contra realização da justiça e consiste em dissimular, por diversos meios, a origem ilícita (*maxime* criminosa) de capitais, bens ou direitos, obtidos em consequência da prática de certos tipos de crime (elenco do n.º 1) ou, em geral, de qualquer crime punível com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses, ou com duração máxima superior a cinco anos. Trata-se de um crime doloso de intenção (ou de dolo específico), modal (ou de execução vinculada), em que a conduta típica consiste em converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, directa ou indirectamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita ou de evitar a perseguição penal de autor ou participante. Ou, ainda, dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens ou direitos a ela relativos.

Tal crime é punido com pena de prisão de dois a doze anos de prisão. Para a realização do tipo não é necessário que o resultado relativo à específica intenção do agente. Neste caso, a dissimulação da origem ilícita, se obtenha. Basta que o que tenha animado a vontade do agente tenha sido a intenção de dissimular a origem ilícita do capital.⁵⁶ O crime de branqueamento de capitais é, pois, um crime de resultado cortado (cfr. CARVALHO, 2011, p. 279; ROXIN, 1999, p. 317).

Apresentadas as características essenciais do crime de branqueamento de capitais, podemos, desde já, concluir que não se trata de um crime que possamos designar de “típicamente bancário”, nos termos em que o crime do art. 200.º do RGICSF (actividade ilícita de recepção de depósitos e outros

⁵⁵ Aditado ao Código Penal pela Lei n.º 11/2004, de 27/03 (art. 53.º). A disciplina anterior desta matéria encontrava-se regulada no art. 23.º do Dec.-Lei n.º 15/93, a propósito da prevenção do crime de tráfico de estupefacientes e outras substâncias. Entretanto, a Lei n.º 11/2004, de 27/03, ao introduzir o art. 368.º-A na parte especial do Código Penal, alargou este tipo de crime à dissimulação dos proventos de outros ilícitos para além do tráfico de estupefacientes. Sobre o crime de branqueamento de capitais *vide* Canas (2004); Godinho (2001); Satula (2010).

⁵⁶ O que fará com que o agente incorra em erro sobre os elementos objectivos (elemento normativo, *in casu*) do tipo (ou erro sobre o facto típico) na modalidade de erro sobre as circunstâncias, se ignorar que o capital tem origem ilícita. Nesse caso, afasta-se o dolo do agente.

fundos reembolsáveis) o é. Desde logo, porque a sua tipicidade não resulta de qualquer norma que se possa qualificar de bancária. Na verdade, ainda que uma instituição bancária (*ex vi* art. 11.º, n.º 2, do CPenal) ou qualquer dos titulares dos seus órgãos, agentes ou representantes, possam ser autores ou participantes deste crime⁵⁷, o ilícito em causa não se prende, ao nível do bem jurídico protegido, com específicos interesses do sistema bancário ou mesmo do sistema financeiro em geral. Trata-se como dissemos, de um crime contra a realização da justiça, como anuncia a sua inserção sistemática (Capítulo III do Código Penal). Daí que o branqueamento de capitais não seja um ilícito nem formal, nem materialmente bancário. Mas pode ser praticado por instituições bancárias aquando do exercício da respectiva actividade bancária.

Por outro lado, as operações bancárias são, muitas vezes, o instrumento pelo qual se faz a dissimulação da origem dos proventos. Daí o seu interesse para este trabalho. Assim, o crime previsto e punido pelo art. 368.º-A do CPenal é um dos referidos no n.º 2 do art. 11.º do CPenal e, nessa medida, pode ser cometido por entes colectivos. Nesse caso, as penas principais serão a multa ou a dissolução, assim como serão aplicáveis as seguintes penas acessórias:

- a) injunção judiciária;
- b) interdição do exercício de actividade;
- c) proibição de celebração de contratos com todas ou algumas entidades;
- d) privação do acesso a subsídios, subvenções ou incentivos;
- e) encerramento de estabelecimento;
- f) publicidade da decisão condenatória.

6.5 Crimes de Divulgação Ilícita de Informações, de Revelação e Favorecimento da Descoberta da Verdade e Desobediência – Lei n.º 83/2017 de 18/08

Das estratégias político-criminais implementadas com vista ao controlo do branqueamento via sistema financeiro, decorrem diversas obrigações legais para as instituições de crédito e para as sociedades financeiras que as podem fazer incorrer em responsabilidade penal e contraordenacional. No primeiro caso, não será responsabilidade penal por via do ilícito típico de branqueamento, mas por outros tipos legais.

⁵⁷ Note-se que, nos termos dos arts. 11.º, n.º 7, e 12.º, n.º 1, do CPenal, ainda que hajam actuado no exclusivo interesse da pessoa colectiva de quem sejam funcionários, agentes ou representantes, os agentes individuais incorrem em responsabilidade penal cumulativa com o ente colectivo. É esta, pois, a solução legal subjacente aos modelos de imputação e de representação em que assenta a dogmática da responsabilidade não individual prevista no CPenal Português.

A disciplina anterior desta matéria encontrava-se regulada pelo Dec.-Lei n.º 313/93, de 15/09 (que transpôs a Directiva 91/308/CEE do Conselho), e pelo Dec.-Lei n.º 325/95, de 2/12.⁵⁸ Estes diplomas foram revogados pela Lei n.º 11/2004, de 27/03⁵⁹, a qual, por seu turno, foi revogada pela Lei n.º 25/2008, de 5/06⁶⁰, sendo esta, por fim, revogada pela Lei n.º 83/2017, de 18/08, que transpôs as Directivas 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio, e 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de dezembro.

De acordo com o arts. 54.º e 105.º da Lei n.º 83/2017, de 18/08, aplicável, nos termos do seu art. 3.º, n.º 1, a) e d) às instituições de crédito e às sociedades financeiras, as instituições visadas em devem guardar segredo sobre as informações a que se referem os art. 43.º e ss. do mesmo diploma e sobre o facto de terem cedido essas informações e da identidade de quem as forneceu. Note-se que tais informações devem ser dadas ao abrigo da dispensa do dever de sigilo a que se refere o art. 56.º da lei em causa. Portanto, nos arts. 54.º e 105.º, impõe-se um dever de segredo que não resulta óbvio do art. 78.º do RGICSF.

A violação do dever de segredo previsto no art. 54.º é, nos termos do art. 157.º, n.º 1, crime de “divulgação ilegítima de informação”, punível com pena de prisão até três anos ou com pena de multa (art. 41.º, n.ºs 1 e 2, do CPenal – moldura entre dez a 360 dias, à taxa diária entre cinco a quinhentos Euros)⁶¹. No caso da responsabilização de pessoas colectivas, a pena é de multa com um mínimo de cinquenta dias. A violação do dever previsto no art. 105.º é tipificada, no art. 158.º, como crime de “revelação e favorecimento da descoberta de identidade”, punível exactamente nos mesmos termos previstos no art. 157.º. Além destes, no art. 159.º, considera-se crime de desobediência o acto de não acatar as ordens legítimas das autoridades ou de colocar obstáculos à sua boa execução. Neste caso, o crime é punível nos termos do art. 348.º, n.º 1, do CPenal, ou nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, se as autoridades em causa

⁵⁸ Dos arts. 3.º a 11.º do Dec.-Lei 313/93, de 15/09 (aplicável às instituições bancárias nos termos do seu art. 2.º, n.º 2), assim como dos arts. 3.º do Dec.-Lei n.º 325/95, de 2/12 (aplicável às instituições financeiras em geral nos termos do seu art. 3.º e que veio alargar as medidas de combate ao branqueamento associado a múltiplos tipos de crime, muito para além do previsto no Dec.-Lei 313/93), resultam obrigações de vária ordem: identificação de clientes, recusa de operações suspeitas, deveres de diligência, obrigação de conservar documentos, deveres de colaboração e deveres de abstenção. O incumprimento destas obrigações era punível a título de contraordenação. Não eram tipificados crimes.

⁵⁹ Que transpôs a Directiva n.º 2001/97/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Dezembro, que alterou a Directiva n.º 91/308/CEE, do Conselho, de 10 de Junho, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais. Esta Lei 11/2004 estipulava, nos seus arts. 2.º a 11.º e, em especial, 15.º a 19.º, um conjunto de obrigações que impendiam sobre as instituições de crédito e sociedades financeiras (art. 13.º). A violação de tais obrigações constituía apenas contraordenação punível com coima.

⁶⁰ Que transpôs para a ordem jurídica interna as Directivas n.ºs 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro, e 2006/70/CE, da Comissão, de 1.º de agosto. Nos termos da Lei n.º 25/2008, aplicável às entidades financeiras em geral (art. 3.º), eram impostos deveres gerais (arts. 6.º a 22.º) e deveres especiais (arts. 23.º a 30.º). O incumprimento de tais deveres consistia em ilícito contraordenacional (art. 53.º). Não eram, igualmente, tipificados crimes.

⁶¹ Reduzida a 2/3 do seu limite máximo, no caso de negligência – n.º 2 do art. 157.º da Lei n.º 83/2017, de 18/08.

houverem feito a advertência de que o inadimplemento da ordem seria punido como desobediência qualificada.⁶²

1.6 Crime de Falsidade de Informações – Lei n.º 5/2002 de 11/01

A lei n.º 5/2002, de 11/01 (actualmente com a redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 14/2024, de 19/01) Estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira. Designadamente, no que concerne a meios de obtenção de prova, quebra de segredo e perda de bens a favor do Estado. No art. 2.º deste diploma, estipula-se uma quebra do sigilo bancário em ordem a possibilitar a obtenção de informações que conduzam à recolha provas da prática dos crimes enunciados no art. 1.º. Assim, tipifica-se como “crime de falsidade de informações”, previsto e punido nos termos do art. 13.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 5/2002, o acto de fornecer informações ou entregar documentos falsos ou deturpados no âmbito de procedimento ordenado nos termos do capítulo II ou, ainda, de acordo com o n.º 2, o acto de se recusar a prestar informações ou a entregar documentos ou obstruir a sua apreensão. Estamos em crer que o legislador se equivocou na tipificação dos factos previstos no n.º 2 deste art. 13.º, pois seria mais próprio tipificá-los a título de desobediência. Aliás, consideramos que se trata, efectivamente, de um crime de desobediência e não de um crime de falsidade ou falsificação.⁶³ Este crime de “falsidade de informações” é punível com pena de prisão de seis meses a três anos ou multa não inferior a sessenta dias, o que, no caso do n.º 2 do art.13.º, contrasta e muito, em nosso entender, com o disposto no art. 348.º do CPenal para o crime de desobediência, mesmo qualificada, o qual estipula o limite mínimo da pena de prisão em um mês (*ex vi* art. 41.º, n.º 1) e o limite máximo em dois anos (n.º 2 do art. 348.º – desobediência qualificada).

Uma nota digna de registo: na Lei n.º 5/2002, de 11/01, não se prevê a responsabilização penal de entes (ou de pessoas, ao menos) colectivas. O que, pelos motivos apontados *supra* (ver subitem 6.1), nos parece criticável, atendendo a que a última revisão deste diploma data de 2024.

⁶² O que levanta imensas dúvidas tendo em conta o princípio da legalidade, nomeadamente na sua vertente do princípio de reserva de lei formal. Isto porque a punição a título de desobediência qualificada não depende de prévia tipificação dos factos como infracção desse tipo, antes decorre de uma decisão discricionária da autoridade administrativa, ainda que a lei preveja essa possibilidade. Mas, o princípio da tipicidade estrita e o correspondente princípio da determinabilidade dos tipos não se coaduna com tal formulação normativa. O que é ou não desobediência qualificada depende, então, de uma decisão casuística da administração, o que também viola o princípio da tipicidade das penas. Note-se que o n.º 2 do art. 348.º do Código Penal admite a qualificação do crime de desobediência, mas na dependência de uma disposição legal que a comine. Não da decisão de uma autoridade ou funcionário. A lei especial revela-se, neste aspecto, inconstitucional.

⁶³ Faça-se a comparação com o disposto no art. 159.º da Lei n.º 83/2017, de 18/08, ou mesmo com o art. 200.º-A do RGIC. É bom de ver que, se a ilicitude subjacente ao tipo consiste na omissão de um acto devido – a omissão de um dever – trata-se, pois, de um crime de omissão pura.

7 CONTRAORDENAÇÕES

Para além das infracções criminais (penais) tipificadas em legislação especificamente bancária, ou em legislação cujo objecto se conexas com a actividade bancária e financeira em geral, todas elas ordenadas à protecção dos valores estruturantes do sistema financeiro, o legislador protege a correcta organização do sistema bancário aplicando coimas e sanções acessórias pela prática de contraordenações⁶⁴. Estas tipificam aquelas condutas que, embora não sejam ética e axiologicamente neutras, porque todas as infracções se estribam na necessidade de salvaguardar certos valores, não se inserem no mesmo quadro axiológico constitucional onde os tipos legais de crime buscam a sua legitimação em face dos princípios da mínima intervenção e da subsidiariedade do Direito Penal.

Pela sua natureza, as infracções qualificadas como contraordenações são algo distinto do ilícito criminal, pelo que só subsidiariamente se lhes aplicam alguns dos princípios e regras do Direito Penal substantivo e também adjectivo.⁶⁵ No demais, rege o específico regime estipulado em legislação especial, da qual trataremos, e, como regime geral, o Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social - RGIMOS (Dec.-Lei n.º 433/82, de 27/10). Daí que possamos afirmar que o ilícito de mera ordenação social, visando garantir o correcto funcionamento das instituições, é algo que se posiciona entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, pois que, embora seja, formal e materialmente, Direito Administrativo (ou com finalidade eminentemente administrativa), o recurso das decisões administrativas na matéria far-se-á para os Tribunais Judiciais e não para os Tribunais Administrativos.⁶⁶

As contraordenações em que podem incorrer as instituições bancárias são de vários tipos e decorrem de diferentes fontes normativas. Desde logo, incorre, por via de regra, em contraordenação a instituição bancária, o titular dos seus órgãos, agente ou representante que violar as obrigações que lhe são impostas pelo RGICSF, quer em matéria de índole institucional, quer em sede de operações bancárias materiais. Além destas, muitos outros deveres que impendem, no âmbito da actividade bancária em geral, sobre as instituições e pessoas singulares a elas ligadas podem dar lugar à sua responsabilização por ilícito de mera ordenação social.

Significa isto que as contraordenações em que as instituições bancárias e as pessoas singulares com elas relacionadas podem incorrer têm, na sua

⁶⁴ Sobre o específico papel do Direito Contraordenacional, *vide* Dias (1998); Correia (1998); Moccia (1997).

⁶⁵ Atente-se no disposto no arts. 32.º e 41.º do RGIMOS (Dec.-Lei n.º 433/82, de 27/10).

⁶⁶ Não obstante, como abordaremos com mais detalhe *infra*, a impugnação judicial das decisões da autoridade administrativa que decide em processo contraordenacional no âmbito do RGIC faz-se, de acordo com o art. 228.º daquele diploma, perante o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, o qual, surpreendentemente, é um Tribunal Judicial de competência especializada cível.

maioria, relação directa com operações bancárias, embora possam decorrer da violação de outros interesses.

7.1 Bancárias

O RGICSF contém o regime-regra em termos de infracções administrativas ligadas às operações bancárias. Se quisermos saber que tipo de contraordenações podem as instituições de crédito e as sociedades financeiras cometer no âmbito da sua actividade típica, é no RGICSF que encontramos a resposta. Pelo facto de se assumir como regime-regra para tais infracções, este diploma legal não dispensa a aplicação subsidiária do RGIMOS, em tudo o que não estiver especialmente previsto. Assim dispõe o art. 232.º do RGICSF. Não obstante, o Regime Geral das Instituições Bancárias e Sociedades Financeiras contém, no seu regime, importantes excepções à regra. De acordo com o seu art. 205.º, que contrasta com o disposto no art. 8.º do RGIMOS, a negligência é sempre punível em matéria de infracções bancárias contraordenacionais. É aplicável a mesma sanção da infracção dolosa, reduzida em metade (art. 205.º, n.º 2, do RGICSF). No caso de tentativa, que também é punível⁶⁷, haverá lugar a atenuação especial da sanção (art. 205.º, n.º 3, RGICSF).

Em termos de prescrição, o regime-regra em matéria contraordenacional, constante do art. 27.º do RGIMOS, é que as contraordenações prescrevem no prazo de um, três ou cinco anos. Já nos termos do art. 209.º do RGICSF as infracções contraordenacionais prescrevem no prazo de cinco anos.⁶⁸

Outro traço distinto do regime legal do Direito Bancário é que o RGICSF prevê, no seu art. 210.º, infracções ditas comuns, puníveis com coima de 3000 a 1.500.000 Euros, para as pessoas colectivas, e 1000 a 500.000 Euros para as pessoas singulares. No art. 211.º, infracções consideradas especialmente graves, puníveis com coima entre 10.000 a 5.000.000 de Euros, para as pessoas colectivas, e 5000 a 5.000.000 para as pessoas singulares. A determinação da sanção concreta obedece aos critérios do art. 206.º. No art. 212.º prevê-se a aplicação de sanções acessórias, algumas das quais poderão revelar-se mais gravosas do que a sanção principal.⁶⁹

⁶⁷ Usamos aqui o termo como sinónimo de sancionável, e não no sentido de ser aplicável uma pena no verdadeiro sentido técnico do termo, ou seja, como sanção penal ou criminal.

⁶⁸ Antes da revisão do RGIC por intermédio do Dec.-Lei n.º 157/2014, de 24/10, colocava-se a questão de saber se o RGIMOS poderia ter alterado a regra da prescrição das contraordenações bancárias mediante sua revisão pela Lei n.º 109/2001, de 24/12. No entanto, tal hipótese é de afastar, por dois motivos: primeiro, trata-se de lei geral, que não revoga, portanto, lei especial. Em segundo lugar, o regime especial de prescrição do RGIC está, hoje, reafirmado pela redacção introduzida pelo Dec.-Lei n.º 157/2014, de 24/10, no qual se mantém inalterado o prazo de cinco anos.

⁶⁹ Veja-se o caso da inibição do exercício do direito de voto por dez anos – art. 212.º, n.º 1, e), do RGIC.

Especialmente importante, porque exclusiva do RGICSF, é a possibilidade de agravamento do limite máximo da moldura da coima aplicável, sempre que o dobro do benefício económico obtido pelo infractor caso o ilícito seja superior a esse limite máximo. Nesse caso, o novo limite máximo da moldura será aquele valor.

Pelas contraordenações tipificadas no RGICSF respondem, de acordo com o n.º 1 do art. 202.º, quer pessoas singulares, quer pessoas colectivas e entidades equiparadas.⁷⁰ Tal corresponde, em geral, ao regime do art. 7.º, n.º 1, do RGIMOS. Em relação às pessoas colectivas, uma análise do art. 203.º revela-nos que o legislador adopta um modelo de responsabilização derivada, baseada na teoria da representação. Ou seja, a pessoa colectiva responde pelos actos praticados pelos titulares dos seus órgãos, agentes ou representantes, em seu nome e no seu interesse. Semelhante regime se extrai da análise do n.º 2 do art. 7.º do RGIMOS, com a particularidade de, aqui, referir-se apenas os titulares dos órgãos no exercício das suas funções, o que consiste, em nosso entender, em autêntica responsabilidade vicarial, pois que nem sequer se exige a demonstração de que a prática dos factos ilícitos ocorreu no interesse colectivo. Neste aspecto, o legislador andou melhor no RGICSF.

Trata-se ainda de uma responsabilização que pode ser cumulativa e que é independente. Assim, a responsabilização dos entes colectivos não depende da efectiva e concomitante responsabilização dos agentes individuais, e vice-versa. Nem obsta à responsabilização da pessoa singular o facto de o tipo exigir certas qualidades que apenas se verificam na pessoa colectiva que este representa – arts. 202.º, n.º 1, e 204.º do RGICSF.⁷¹

Demoremo-nos agora numa questão controversa que aplicação do RGICSF levanta: o problema da alínea m) do art. 210.º e a sua relação com os princípios da determinabilidade dos tipos (tipos de ilícito em geral)⁷² e da reserva de lei formal (art. 165.º, n.º 1, d) da CRP). A alínea m) do art. 210.º procura abarcar todos os casos de incumprimentos de normas imperativas, quer resultem do RGICSF (para além dos elencados nas als. a) a l) do art. 210.º e no art. 211.º), ou de diplomas específicos aplicáveis à actividade bancária, de normas de Direito

⁷⁰ Nos termos do n.º 1 do art. 202.º do RGIC, estas entidades equiparadas são as pessoas colectivas irregularmente constituídas, bem como as associações sem personalidade jurídica. De fora ficam as comissões especiais bem como os patrimónios autónomos.

⁷¹ Note-se que o RGIMOS nada refere quanto à cumulação de responsabilidades entre os entes individuais e os titulares dos seus órgãos. O art. 204.º, n.º 2, do RGIC parece utilizar um raciocínio semelhante àquele que se opera para a participação criminosa, nomeadamente algo próximo da teoria da acessoriedade limitada. Contudo, não pode, em rigor, dizer-se que a responsabilidade, criminal ou contraordenacional de pessoas colectivas e pessoas singulares prevista no RGIC, ocorra, necessariamente, em termos de comparticipação. Mesmo no caso em que a pessoa colectiva é punida pelos factos típicos praticados pelos titulares dos seus órgãos, agentes ou representantes, cada pessoa comete o seu próprio ilícito, pelo qual é responsável a título de autor. Uma solução que se pode dizer próxima da teoria da acessoriedade limitada é a prevista no art. 16.º do RGIMOS, o qual, esse sim, se refere a situações de comparticipação. Sobre a comparticipação criminosa em crimes especiais *vide* Monteiro (1999).

⁷² Aplicável ao RGIC por via do seu art. 232.º, que remete para o RGIMOS, em especial para o art. 2.º, remetendo este diploma, por sua vez, nos termos do seu art. 32.º, para o regime do Direito Penal – art. 1.º, n.º 1, do CPenal.

Comunitário, ou ainda de normas regulamentares aprovadas em cumprimento ou para execução de tais normas. Ora, duas questões se levantam em face desta norma: ela é uma norma sancionatória que não tipifica o respectivo ilícito, nem sequer de modo que dela se extraiam as notas essenciais da conduta proibida, remetendo a totalidade da sua previsão, a totalidade do seu tipo objectivo, para outras normas. É, então, uma norma sancionatória totalmente em branco. Isto coloca, desde logo, fortes obstáculos no que concerne à sua admissibilidade constitucional em face do princípio da *lex certa*, pois que o tipo contraordenacional não está minimamente determinado.

Ora, se o tipo da al. m) do art. 210.º do RGICSF é indeterminado, e ainda que admitamos o recurso para outra norma legal para a sua integração, isso levanta um outro problema: a legitimidade constitucional da norma integradora. É que, de acordo com o disposto na al. d) do n.º 1 do art. 165.º da CRP, a matéria do regime geral de infracções de mera ordenação social é da reserva legislativa relativa da Assembleia da República, o que implicou que o RGICSF fosse aprovado por meio de uma lei de autorização legislativa.

A questão que se coloca é a de saber se as normas essenciais à fixação do sentido e do alcance de tipos de ilícito previstos no RGICSF não terão, igualmente, de se revestir da mesma legitimidade, sob pena de inconstitucionalidade orgânica.

Quanto à questão das normas penais (e contraordenacionais) em branco, existem duas correntes doutrinárias: a que entende que, tendo sido o próprio legislador a abrir a possibilidade de a norma em branco ser integrada por uma outra de distinta qualidade e de competência administrativa, é de admitir essa integração; e a outra doutrina que se opõe a que a matéria sujeita a reserva de competência do poder legislativo possa ser tratada por outra via normativa que não a reserva de lei formal. Neste caso, em relação aos regulamentos (ou disposições administrativas de conteúdo regulamentar em geral), a questão nem sequer pode ser colocada nestes termos.

Entendemos que, tendo o RGICSF sido aprovado mediante Lei de Autorização Legislativa ao Governo, a possibilidade de recurso à integração das suas normas por meio de dispositivos legais de competência administrativa deveria ter sido, igualmente, concedida pela Lei de Autorização. No que concerne à remissão para as demais normas do RGICSF e para os Regulamentos da UE, não se colocam especiais dificuldades. As primeiras, porque se trata de uma remissão *intrassistemática*, estando as normas em causa igualmente legitimadas pela Lei de Autorização. Os segundos, dada a sua aplicabilidade directa no ordenamento jurídico nacional, de modo supralegal (ainda que infraconstitucional).⁷³

Nos termos do disposto no art. 213.º do RGICSF, a competência para a instrução de um processo por contraordenação bancária pertence ao Banco de Portugal. Natural que assim seja, pois é a esta instituição que pertence o poder

⁷³ Vide, sobre o problema em causa, o Acórdão n.º 41/2004 do Tribunal Constitucional.

de supervisão bancária. Tal competência vem, de resto, na linha do previsto nos arts. 33.º e 34.º do RGIMOS. Em termos de impugnação da decisão do Banco de Portugal é que o RGICSF se afasta do previsto naquele diploma (arts. 41.º e 59.º). De acordo com o art. 229.º do RGICSF, o Tribunal competente para a impugnação judicial da decisão do Banco de Portugal que aplique uma coima é o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, criado pela Lei n.º 46/2011, de 24 de junho.⁷⁴

No que concerne ao recurso contencioso das decisões do Banco de Portugal, há uma questão que merece reflexão: o efeito do recurso. De acordo com o disposto no art. 228.º-A⁷⁵, recurso judicial da decisão do Banco de Portugal só terá efeito suspensivo se o arguido prestar garantia de valor igual ou superior à metade do valor da coima aplicada ou demonstrar insuficiência económica para o fazer. Quanto a nós, tal imposição pode interferir com o disposto no art. 32.º, n.º 2, da CRP, referente à presunção de inocência, bem como com o direito à tutela jurisdicional efectiva (art. 20.º da CRP), por diminuição do alcance das garantias processuais.

Ainda em relação ao recurso judicial e seus efeitos, há que atender ao disposto no art. 222.º, n.º 2, d), do RGICSF⁷⁶. De acordo com esta disposição legal, não vigora no âmbito do RGICSF o princípio da proibição da *reformatio in pejus*. Tal regime jurídico está perfeitamente alinhado com o RGIMOS na sua versão originária, no qual, no seu artigo 58.º, n.º 2, c), se previa a possibilidade de o Tribunal *ad quem* agravar a decisão recorrida⁷⁷. No entanto, a actual redacção deste art. 58.º já não prevê essa possibilidade, tendo sido introduzido no RGIMOS, por efeito da Lei n.º 109/2001, de 24/12, o art. 72.º-A, pelo qual se proíbe a *reformatio in pejus*.

Em relação às medidas cautelares que podem ser aplicadas em sede de procedimento administrativo por contraordenação bancária, rege o art. 216.º-A do RGICSF⁷⁸. Assim, podem ser aplicadas as seguintes medidas:

- a) imposição de condições para o exercício da actividade (n.º 1, al. a));
- b) suspensão preventiva da actividade, funções ou cargo (n.º 1, al. b));
- c) encerramento preventivo de estabelecimento (n.º 1, al. c)).

A legitimidade para aplicação das medidas pertence ao Banco de Portugal, de acordo com o disposto no n.º 1 do mesmo artigo. Da decisão cabe recurso judicial⁷⁹, com subida imediata, em separado e efeito meramente devolutivo.

⁷⁴ Na redacção originária do art. 229.º do RGIC, a competência para o recurso era deferida ao Tribunal da Comarca de Lisboa.

⁷⁵ Introduzido pelo Dec.-Lei n.º 157/2014, de 24/10.

⁷⁶ Redacção dada pelo Dec.-Lei n.º 157/2014, de 24/10.

⁷⁷ Regime esse que teve repercussão exacta na anterior redacção do art. 222.º do RGIC (art. 222.º, n.º 1, f)).

⁷⁸ Igualmente introduzido pelo Dec.-Lei n.º 157/2014, de 24/10.

⁷⁹ Para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

O processo administrativo por contraordenações bancárias está sujeito a segredo de justiça, até à decisão administrativa, nos termos do disposto no art. 214.º-A do RGICSF⁸⁰. Neste particular, o RGICSF consagra um regime específico face ao previsto no RGIMOS quanto ao segredo de justiça, porquanto este diploma remete a matéria para a disciplina do Processo Penal, como direito subsidiário (art. 41.º do RGIMOS).

7.2 Cambiais

Um outro tipo de ilícito contraordenacional que as instituições de crédito e as sociedades financeiras podem praticar são as contraordenações cambiais. Esta matéria, antes disciplinada nos termos no Dec.-Lei n.º 13/90, de 8/01⁸¹, é, actualmente regida pelo Dec.-Lei n.º 295/2003, de 21/11 (aprovado sob Lei de Autorização Legislativa n.º 25/2003, de 17/07) e fortemente alterado pelo Dec.-Lei n.º 61/2007, de 14/03. Este regime jurídico específico para as contraordenações cambiais elege o RGICSF como direito subsidiário (*vide* art. 24.º), o que significa, desde logo, que este diploma apenas dispõe sobre as particularidades do sistema cambial. Autonomizaram-se os ilícitos cambiais resultantes do exercício de actividades não autorizadas dos ilícitos que consistem no não cumprimento de outras obrigações estabelecidas no presente diploma, em função da diferente gravidade dos mesmos, deixando a disciplina das questões comuns ao Direito Bancário para o RGICSF.

Nos termos do art. 10.º do Dec.-Lei n.º 295/2003, de 21/11, apenas as instituições de crédito e as sociedades financeiras autorizadas podem realizar operações cambiais. Por estas se entende aquilo que, em geral, é objecto do comércio de câmbios, sendo este a realização habitual e com intuito lucrativo, por conta própria ou alheia, de operações cambiais (art. 9.º). Mais especificamente, o art. 3.º do Dec.-Lei n.º 295/2003 define o que se considera operação cambial para efeitos deste diploma.

Em termos de responsabilidade, por ilícitos cambiais respondem, de acordo com o art. 25.º do Dec.-Lei n.º 295/2003, de 21/11, as pessoas singulares, bem como as pessoas colectivas, nos mesmos termos em que respondem em sede do RGICSF, não havendo, nesta matéria, grandes diferenças entre os regimes jurídicos resultantes dos dois diplomas.

Quanto às formas do ilícito puníveis, dispõe o art. 28.º do diploma em apreço que, além da forma dolosa, também é punível a prática das contraordenações tipificadas a título de negligência e na forma tentada. Estende-se também a tipicidade ao favorecimento pessoal, que mais não é do que uma forma de

⁸⁰ Aditado pelo Dec.-Lei n.º 157/2014, de 24/10.

⁸¹ Com alterações introduzidas pelo Dec.-Lei n.º 176/91, de 14 de maio, e pelo Dec.-Lei n.º 120/93, de 11 de maio, tendo sido igualmente ajustado pelo Dec.-Lei n.º 138/98, de 16/05, aquando da transição para o Euro.

encobrimento, tal como tipificada no art. 367.º do CPenal. No entanto, o art. 28.º do Dec.-Lei n.º 295/2003 opera a extensão da tipicidade a uma forma de participação na prática de uma contraordenação da qual outro agente é autor. Não se trata de tipificar um ilícito autónomo, como sucede com o art. 367.º do CPenal. Na forma tentada, negligente e em participação, a coima é reduzida a metade e, bem assim, a caução prevista no art. 41.º (art. 28.º, n.º 2).

Os ilícitos cambiais típicos são três, previstos nos arts. 33.º a 35.º do Dec.-Lei n.º 295/2003:

- exercício ilegal de comércio de câmbios, ou seja, prática não autorizada, com carácter habitual e intuito lucrativo, de operações cambiais⁸²;
- realização de operações com o exterior com violação dos pressupostos legais;
- violação de deveres de informação previstos no art. 23.º, em diplomas regulamentares e avisos ou instruções do Banco de Portugal.⁸³

Estas contraordenações são puníveis com coima, podendo acrescer sanções acessórias que, nos termos do art. 36.º, n.º 1, podem ir da perda de bens, à interdição de exercício da actividade. No caso da prática não autorizada de comércio cambial, acresce sempre a sanção acessória de perda dos bens produto do ilícito (art. 36.º, n.º 2).

Estabelece o art. 37.º do Dec.-Lei n.º 295/2003, de 21/11, que a competência para a instrução do processo de contraordenação pertence ao Banco de Portugal, com faculdade de delegação em outras autoridades e sem prejuízo da competência genérica das autoridades policiais prevista nos arts. 48.º e 49.º do RGIMOS.⁸⁴

7.3 Contraordenações Previstas na Lei n.º 83/2017 de 18/09

A Lei n.º 83/2017, de 18/09 (cuja redacção mais recente resulta da Lei n.º 99-A/2021, de 31/12), estabelece medidas de “combate” ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo. Ora, sendo as instituições de crédito e as sociedades financeiras meios, instrumentos ou até mesmo agentes

⁸² De fora fica a venda ocasional de moeda estrangeira entre particulares. Tomemos como exemplo alguém que, vindo do estrangeiro ou para lá se deslocando, vende ou compra moeda estrangeira num acto isolado.

⁸³ Em relação ao tipo de ilícito previsto no art. 35.º do Dec.-Lei n.º 295/2003, de 21/11, podem colocar-se as mesmas dúvidas e considerações *supra* mencionadas a propósito do art. 210.º al. m) do RGIC. Isto porque a norma, contida num diploma aprovado ao abrigo de uma Lei de Autorização Legislativa, remete a sua integração, no que concerne à definição do seu tipo objectivo, para normas regulamentares, avisos e até instruções do Banco de Portugal, ou seja, instrumentos normativos de cunho claramente administrativo.

⁸⁴ O que, de resto, já é possível nos termos gerais do art. 54.º, n.º 3, do RGIMOS.

privilegiados destas práticas ilícitas, bem se compreende que o legislador tenha condicionado a sua actividade a uma estrita observância de regras prudenciais, de informação e de *compliance* interno. Além dos crimes que, neste diploma, conexas-se com a actividade bancária em geral, também se tipificam ilícitos contraordenacionais. O art. 169.º desta lei contém um elenco massivo de factos ilícitos típicos cuja prática faz com o agente incorra em contraordenação, com as consequências típicas previstas no n.º 2 do art. 170.º. Alguns dos tipos previstos colocavam sérias questões em termos das exigências constitucionais de *lex certa*. Era o caso das als. mmmm) e oooo) do art. 169.º, agora revogadas. Entretanto, a Lei n.º 58/2020, de 31 de agosto, aditou o art. 169.º-A a esta lei, no qual se elenca um catálogo bastante prolixo de infracções contraordenacionais consideradas especialmente graves, a sancionar nos termos do art. 170.º, n.º 1.

Em termos de competência para a instauração do processo, rege o art. 173.º da Lei n.º 83/2017. Essa competência é acometida a várias entidades e organismos públicos, desde o Banco de Portugal à CMVM, da Inspeção Geral de Finanças à ASAE, entre outros. Devemos articular este dispositivo com aquele do art. 182.º, pois este dá por aplicáveis uma série de diplomas em termos de legislação subsidiária, conforme os órgãos competentes em função do ilícito.

A competência para o recurso contencioso pertence, tal como nas contraordenações tipificadas no RGICSF, ao Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

Um outro problema que se coloca diante desta Lei é o decorrente do disposto no seu art. 180.º. O problema da possibilidade de *reformatio in pejus*. Remetemos, quanto a esta questão, para o exposto *supra*, na análise do mesmo problema no que concerne ao regime contraordenacional do RGICSF.

7.4 Contraordenações Previstas na Lei n.º 5/2002 de 11/01

Por último, também a Lei n.º 5/2002, de 11/01, tipifica, além dos crimes de que já falámos, contraordenações que podem ser cometidas por instituições de crédito e sociedades financeiras, entre outras entidades. Dispõe o art. 14.º desta Lei que respondem pela violação dos deveres previstos no capítulo II do mesmo diploma, as instituições de crédito, as sociedades financeiras, as instituições de pagamento e as instituições de moeda electrónica.

De acordo com o previsto nos n.ºs 2 e 3 do art. 14.º, respectivamente, a reiteração do ilícito eleva os limites da moldura prevista para o dobro, ao passo que a sua prática negligente a coima aplicável para metade.

Nos termos do n.º 4 do art. 14.º, a entidade competente para a instauração do processo contraordenacional é a autoridade encarregada da supervisão do sector a que pertença o arguido. No entanto, nos termos do n.º 5 do mesmo

artigo, a decisão sobre aplicação da sanção pertence ao Ministro das Finanças, o que, em relação às instituições de crédito e às entidades financeiras, constitui uma exceção à competência sancionatória do Banco de Portugal. Por ser a competência do Ministro das Finanças, o recurso contencioso far-se-á perante os Tribunais comuns, nas instâncias criminais, e não no Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão. Não deixa de nos causar estranheza que assim seja, uma vez que, na maioria dos casos, das decisões em processos por contraordenações praticadas por entidades bancárias e seus órgãos, agentes ou representantes, recorre-se, hoje, para o referido Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

Em tudo o resto que não referimos em especial, é aplicável o disposto no RGIMOS.

8 CONCLUSÃO

A actividade bancária reveste-se da maior importância para o equilíbrio económico-financeiro do país e para a promoção da igualdade de oportunidades no acesso ao capital. Por ser um sector estratégico, o seu funcionamento está sujeito à vigilância prudencial e sancionatória de uma autoridade com poderes próprios para o efeito: o Banco de Portugal. Este, na sua actividade de supervisão, aplica as regras estruturantes da actividade bancária, tanto ao nível das instituições que a dinamizam, como aos actos materiais por estas praticados. A este conjunto de regras chamamos Direito Bancário, em sentido lato. Trata-se de um ramo de direito que, apesar de beneficiar de uma disciplina específica no que respeita às suas fontes, objecto e método, é permeado por múltiplos ramos de direito, quer de natureza pública, quer privada.

A respectiva infracção constitui ilícito de direito público, que pode revestir a qualidade de ilícito administrativo ou de ilícito penal, sendo a primeira tipologia a regra. De facto, o único crime especificamente bancário é o de exercício ilícito de actividade de recepção de depósitos e outros fundos reembolsáveis, muito embora, porque a actividade bancária se conexas com um leque muito amplo de interesses, seja possível, no âmbito da sua prática, incorrer numa multiplicidade de outros ilícitos criminais, os quais, contudo, não se prendem com a protecção de interesses exclusivamente bancários.

Daqui podemos retirar uma primeira conclusão importante: o catálogo de ilícitos que as entidades bancárias e financeiras em geral podem cometer no âmbito da actividade bancária é, hoje, muito mais alargado do que aquando da entrada em vigor do RGICSF. E a respectiva tipicidade encontra-se distribuída por múltiplos diplomas. Isto porque os mecanismos de controlo desta actividade, em ordem à prossecução de objectivos mais vastos do sector económico e financeiro, são muito mais numerosos, o que pode ver-se, desde logo, na evolução

do regime do sigilo bancário, que é hoje, muito mais (e cada vez mais!) relativo do que absoluto, colocando-se em causa princípios constitucionais atinentes à protecção de direitos, liberdades e garantias, bem como entrando em rota de colisão com disposições de Direito Internacional nessa matéria.

Como segunda conclusão, diremos que o conceito de ilícito bancário tem, actualmente, um alcance mais vasto do que a simples referência ao tipo do art. 200.º do RGICSF. A necessidade de controlo do fluxo de capitais fez com que outros interesses e valores fossem assumidos como “bancários” e devessem ser observados em toda a actividade bancária. O que é, desde logo, visível pelo maior número de tipos criminosos que, no desempenho de tal actividade, se podem praticar.

Uma terceira conclusão que podemos retirar é que, apesar de as instituições de crédito e as sociedades financeiras serem pessoas colectivas, a regra da respectiva responsabilidade só pode ser afirmada em sede de ilícito de mera ordenação social. Mesmo em face da actual redacção do art. 11.º do CPenal, o legislador não entendeu por bem prever a responsabilidade penal de entes colectivos em todos os normativos nos quais se tipificam ilícitos criminais relacionados com a actividade bancária.

Consideramos que tal facto merece uma reflexão do legislador, em face do potencial criminógeno dos entes colectivos e da dificuldade em discernir, dentro das complexas redes hierárquicas e funcionais, os agentes individuais.

No âmbito da responsabilidade penal em que podem incorrer as entidades bancárias e/ou os seus órgãos, agentes e representantes, prevista, quer no RGICSF, quer em outros diplomas legais, concluímos pela existência de situações dúbias no que tange ao princípio da legalidade, na sua tríplice formulação: reserva de lei, tipicidade estrita e *lex certa*. Isto no que concerne quer a tipos de ilícito, quer às respectivas sanções.

Em termos de responsabilidade contraordenacional, concluímos que o RGICSF contém bastantes especificidades em face do RGIMOS para que possamos dizer que o ilícito bancário de mera ordenação social tem mesmo um regime jurídico próprio, que não se confunde com o restante Direito de Mera Ordenação Social. E isso é visível, desde logo, em dois traços fundamentais:

- a) as entidades competentes para a instrução do processo e para o julgamento;
- b) um regime jurídico diferenciado ao nível de prazos, sanções, condições de punibilidade e, bem assim, dos recursos.

Neste último aspecto (item b) dos marcadores anteriores), assume especial relevância o regime específico em termos de admissibilidade da *reformatio in pejus*.

Assim, numa apreciação geral, estamos em condições de afirmar que os ilícitos bancários têm a sua autonomia dentro do direito público sancionatório, o que reflecte a grande preocupação do legislador com o estrito cumprimento das regras que presidem ao funcionamento do sector, tanto ao nível institucional como material. Por outro lado, podemos perceber por este estudo que a actividade bancária desempenha um papel importantíssimo na prevenção e repressão do delito económico-financeiro, por ser um veículo privilegiado da movimentação e branqueamento de capitais.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Manuel da costa. Artigo 195.º. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.). **Comentário conimbricense do código penal**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Ed., 1999.

ATHAYDE, Augusto de; ATHAYDE, Albuquerque de; ATHAYDE, Duarte de. **Curso de direito bancário**. v. I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

AZEVEDO, Maria Eduarda. O segredo bancário. In: **Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal**, Lisboa, Ed. Centro de Estudos Fiscais, n.º 157, 1989.

BAJO FERNANDEZ, Miguel. Hacia un nuevo derecho penal: el de las personas jurídicas. In: IGLESIAS PRADA, Juan Luis (Coord.). **Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez**. v. IV. Madrid: Civitas, 1996.

BOCK, Dennis. Compliance y deberes de vigilancia en la empresa. In: PUIG, Santiago Mir; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Dir.); HORTAL IBARRA, Juan Carlos; VALIENTE IVÁÑEZ, Vicente (Coord.). **Responsabilidad de la empresa y compliance**. Madrid: Edisofer, 2014.

CALDAS, Júlio Castro. Sigilo Bancário, problemas actuais. In: CAMPOS, Diogo Leite de (Dir.). **Sigilo bancário**. Lisboa: Cosmos / Instituto de Direito Bancário, 1997.

CAMANHO, Paula Ponces. **Do contrato de depósito bancário**. Coimbra: Almedina, 2005.

CAMPOS, Diogo Leite de. O sigilo bancário. In: CAMPOS, Diogo Leite de (Dir.). **Sigilo bancário**. Lisboa: Cosmos / Instituto de Direito Bancário, 1997. p. 11-17.

CANAS, Vitalino. **Branqueamento de capitais**: regime de prevenção e de repressão. Coimbra: Almedina, 2004.

CARVALHO, Américo Taipa de. **Direito penal**: parte geral: questões fundamentais; teoria geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2011. (reimpressão).

- CORDEIRO, António Menezes. Concessão de crédito e responsabilidade bancária. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, Ed. Ministério da Justiça, n. 357, p. 5-56, jun. 1986.
- CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito bancário**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito de mera ordenação social. In: **Direito penal económico e europeu: textos doutrinários: problemas gerais**. v. I. Coimbra Coimbra Ed. / Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, FDUC, 1998.
- COSTA, José Neves da. Responsabilidade penal das instituições de crédito do *chief compliance officer* no crime de branqueamento. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Coord.). **Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal**. Coimbra: Almedina, 2018.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. Coimbra: Almedina, 2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. In: **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares**. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. (*Coleção Studia Jvridica*, 61).
- DIAS, Jorge de Figueiredo. O movimento de descriminalização e o direito de mera ordenação social. In: **Direito penal económico e europeu: textos doutrinários: problemas gerais**. v. I. Coimbra Coimbra Ed. / Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, FDUC, 1998.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário: um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: **Revista de Legislação e Jurisprudência**, Coimbra: Coimbra Ed., 1984.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova**. Coimbra: Almedina, 2009.
- GERALDO, Tiago. A responsabilidade penal do *compliance officer*: fundamentos e limites do dever de auto-vigilância empresarial. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Coord.). **Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal**. Coimbra: Almedina, 2018.
- GODINHO, Jorge A. Branqueamento de capitais: introdução e tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001.
- LEITÃO, Luís Menezes. Informação bancária e responsabilidade. In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (Org.). **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles**. v. II. Coimbra: Almedina, 2002.

MACHADO, Miguel Pedrosa. Sigilo bancário e direito penal. In: CAMPOS, Diogo Leite de (Dir.). **Sigilo bancário**. Lisboa: Cosmos / Instituto de Direito Bancário, 1997.

MARQUES JÚNIOR, Filipa; MEDEIROS, João. A elaboração de programas de *compliance*. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Coord.). **Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal**. Coimbra: Almedina, 2018.

MATIAS, Armindo Saraiva. Códigos e normas de conduta. In: ALBUQUERQUE, Martim de (Coord.). **Direito bancário: actas do Congresso Comemorativo do 150.º aniversário do Banco de Portugal**. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

MATIAS, Armindo Saraiva. **Direito bancário**. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

MATIAS, Armindo Saraiva. Regime sancionatório em direito bancário. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, ano 62, v. II, Lisboa, Ed. Ordem dos Advogados, p. 605-619, abril de 2002a.

MATIAS, Armindo Saraiva. Supervisão bancária: situação actual e perspectiva de evolução. In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (Org.). **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: direito bancário**. v. II. Coimbra: Almedina, 2002b.

MENDES, Paulo de Sousa. Law enforcement & compliance. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Coord.). **Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal**. Coimbra: Almedina, 2018.

MOCCIA, Sérgio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Ed.). **Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin**. Barcelona: Bosch, 1997.

MONTEIRO, Henrique Salinas. **A participação em crimes especiais no código penal**. Lisboa: UCE, 1999.

NUNES, Fernando Conceição. **Direito bancário: introdução e sistema financeiro**. Lisboa: AAFDL, 1994a.

NUNES, Fernando Conceição. Os deveres de segredo profissional no regime geral das instituições de crédito e sociedades financeiras. In: **Revista da Banca**, Lisboa, Ed. Associação Portuguesa de Bancos, n.º 29, janeiro / março de 1994b.

PATRÍCIO, José Simões. **Direito bancário privado**. Lisboa: Quid Iuris, 2004.

PATRÍCIO, José Simões. Em torno dos códigos de conduta bancários. In: **Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco**. v. II. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

PEDRO, António de Jesus. **Instituições de crédito e sociedades financeiras**: regime geral anotado. Lisboa: Ediforum, 1994.

PONTE, Pedro Fuzeta da. Da problemática da responsabilidade civil dos bancos pelo pagamento de cheques com a assinatura falsificada. In: **RB 31**, p. 65-81, 1994.

RAMOS, Maria Célia. O sigilo bancário em Portugal: origens, evolução e fundamentos. In: CAMPOS, Diogo Leite de (Dir.). **Sigilo bancário**. Lisboa: Cosmos / Instituto de Direito Bancário, 1997.

RODRIGUES, Anselmo. Sigilo bancário e direito constitucional. In: CAMPOS, Diogo Leite de (Dir.). **Sigilo bancário**. Lisboa: Cosmos / Instituto de Direito Bancário, 1997.

RODRIGUES, Hermínio Carlos Silva. **Responsabilidade penal das pessoas colectivas**: fundamentação político-criminal. Lisboa: Rei dos Livros, 2023.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Traducción por Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1999.

SANCHES, José Luís Saldanha. A situação actual do sigilo bancário: a singularidade do sistema português. In: CORDEIRO, António Menezes; GOMES, Manuel Januário da Costa; BASTOS, Miguel Brito; LEAL, Ana Alves (Coord.). **Estudos de direito bancário**, Coimbra: Coimbra Ed., 1999.

SANCHES, José Luís Saldanha. Segredo bancário e tributação do lucro real. In: **Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal**, Lisboa, Ed. Centro de Estudos Fiscais, n.º 377, 1995.

SANTIAGO, Rodrigo. Sobre o segredo bancário: uma perspectiva jurídico-criminal e processual penal. In: **Revista da Banca**, Lisboa, Ed. Associação Portuguesa de Bancos, n.º 42, abril / junho 1997.

SANTIAGO, Rodrigo. Sobre os crimes de violação e de aproveitamento de segredos. In: **Sub Judice – Justiça e Sociedade**, Coimbra, Ed. DocJuris, n.º 11, janeiro – junho de 1996.

SATULA, Benja. **Branqueamento de capitais**. Lisboa: UCP, 2010.

SILVA, Germano Marques da. **Segredo bancário**: da tutela penal na legislação portuguesa: direito e justiça. v. XII, Tomo 2, 1998. p. 31-52.

SILVA, João Calvão da. **Banca, bolsa e seguros**: direito europeu e português: parte geral. Tomo I. 2. ed. Coimbra, 2007.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. O segredo bancário: em especial, face às alterações fiscais da Lei n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro. In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (Org.). **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles**. v. II. Coimbra: Almedina, 2002.

VELOSO, José António. Alguns aspectos do regime geral. In: GOMES, Veiga; MONTEIRO, Bessa; BOM, Marques (Ed.). **O novo regime geral das instituições de crédito e sociedades financeiras**. Lisboa: [S. n.], 1993.

VIDIGAL, Geraldo. As centrais de risco e o sigilo bancário. In: CAMPOS, Diogo Leite de (Dir.). **Sigilo bancário**. Lisboa: Cosmos / Instituto de Direito Bancário, 1997.

Submissão em: 5 de julho de 2024

Último Parecer favorável em: 27 de julho de 2024

Como citar este artigo científico

RODRIGUES, Hermínio Carlos Silva. Ilícitos bancários: responsabilidade penal e contraordenacional das instituições bancárias e dos seus órgãos, agentes e representantes no ordenamento jurídico português. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 2, p. 140-180, maio-ago. 2024.

NSNEDS OLBA7

**LOS DESENCUENTROS ENTRE EL MUNDO DESARROLLADO Y LOS
PAÍSES DEL TERCER MUNDO EN LA CONFERENCIA DE ESTOCOLMO.
¿UN DEBATE QUE PERSISTE HASTA NUESTROS DÍAS?**

MARCELO ALEJANDRO BLANCO¹

RESUMEN

El presente trabajo se focaliza en describir cual era el clima intelectual dominante en el momento en que Naciones Unidas pone en la agenda internacional la problemática ambiental, cuáles eran las tensiones existentes entre el mundo industrial y desarrollado (Norte Global) y los países de economías primarizadas y subdesarrollados (Sur Global). Se describen las dificultades que debieron superarse para conseguir los consensos que requería la Conferencia de Estocolmo, la posición de la élite global y el enfrentamiento entre los centros hegemónicos de producción de conocimiento y los interlocutores del llamado Tercer Mundo. Finalmente, a la luz de los antecedentes de aquellos desencuentros que tuvieron lugar hace ya medio siglo, se analiza si puede tenerse por cierto que aquellos debates y tensiones persisten hasta nuestros días en la comunidad internacional.

Palabras clave: Conferencia de Estocolmo – Naciones Unidas – Desarrollo – Subdesarrollo

RESUMO

O presente trabalho centra-se em descrever qual era o clima intelectual dominante no momento em que as Nações Unidas colocaram os problemas ambientais na agenda internacional, quais eram as tensões existentes entre

¹ Abogado (Universidad Católica de Cuyo), Escribano (Universidad Empresarial Siglo XXI) y Maestrando en Derecho Público (Universidad Nacional de Rosario). Diplomado en “Derecho de la Integración Regional” por Universidad de Buenos Aires (UBA) y Universidad Alcalá de Henares (España). Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad Católica de Cuyo. Director del Cuerpo de Asesores Letrados, Jefe del Programa Recursos Naturales, Programa Control y Monitoreo Ambiental en el Gobierno de la Provincia de San Luis. *E-mail:* marcelo.blanco@uccuyosl.edu.ar

o mundo industrial e desenvolvido (Norte Global) e os países com economias primárias e subdesenvolvidas (Sul Global). São descritas as dificuldades que tiveram que ser superadas para alcançar o consenso exigido pela Conferência de Estocolmo, a posição da elite global e o confronto entre os centros hegemônicos de produção de conhecimento e os interlocutores do chamado Terceiro Mundo. Finalmente, à luz do pano de fundo das divergências ocorridas há meio século, analisa-se se é possível seja considerado verdade que esses debates e tensões persistem até hoje na comunidade internacional.

Palavras-chave: Conferência de Estocolmo – Nações Unidas – Desenvolvimento – Subdesenvolvimento.

ABSTRACT

This article focuses on describing what was the dominant intellectual atmosphere at the moment the United Nations put environmental problems on the international agenda, what were the existing tensions between the industrial and developed world (Global North) and countries with primarized economies and underdeveloped (Global South). The difficulties that had to be overcome to achieve the consensus required by the Stockholm Conference, the position of the global elite and the confrontation between the hegemonic centers of knowledge production and the interlocutors of the so-called Third World are all described. Finally, in accordance with those disagreements that took place half a century ago, we analyze whether it can be taken as true fact that those debates and tensions persist to this day in the international community.

Keywords: Stockholm Conference – United Nations – Development – Underdevelopment

1 INTRODUCCIÓN: EL CLIMA INTELECTUAL EN EL PRIMER MUNDO A COMIENZOS DE LA DÉCADA DE 1970

Son múltiples los factores que se fueron conjugando desde finales de la década de 1960 para hacer surgir una inquietante percepción en el ámbito de los países desarrollados de que algo no marchaba bien y que el camino de bienestar transitado desde fines de la segunda guerra mundial se encontraba ahora seriamente amenazado por un inminente colapso demográfico-ambiental.

Las noticias de catástrofes ambientales le estaban dando la vuelta al mundo, entre las cuales destaca la referida al accidente del buque petrolero “Torrey Canyon” en 1967, cuando luego de impactar violentamente contra los arrecifes de Seven Stones, quedó embarrancado y derramó una carga estimada de 118.000 toneladas de crudo. Este accidente, revelador por sí de una tragedia para el ecosistema marino, fue empeorado con las medidas de “limpieza” que se

llevaron adelante, ya que como el mar no permitía que el buque fuera remolcado, la armada británica arrojó desde el aire bombas de keroseno y napalm para incendiar la mancha de petróleo. De allí que la “marea negra” como se la conoció en su momento, se extendiera más allá del Canal de La Mancha (AZCÁRRAGA BUSTAMANTE, 1967, p. 166).

Otro caso resonante de contaminación tuvo lugar en Minamata, ciudad situada sobre la Bahía Yatsushiro, un puerto pesquero tradicional de Japón. Allí, durante más de tres décadas una empresa petroquímica, “Chisso Corporation”, volcó entre 1932 y 1968 unas 27 toneladas de compuestos de mercurio y otros contaminantes al mar sin tratamiento previo. Durante ese periodo la población de la ciudad se alimentó con pescados y mariscos contaminados, lo que provocó una intoxicación masiva de más de 50.000 personas. En 1956 se detectó el primer caso oficial de la enfermedad que se llamó “Minamata” (CONVENIO, [s. d.]) pero fue desestimado por las autoridades sanitarias, a pesar de los graves síntomas neurológicos que presentaban los pobladores. “El mercurio se acumula específicamente en el tejido neural y en casos avanzados lleva a la atrofia de la mente, en particular, de las células granulares del cerebelo.” (YACUZZI, 2008, p. 8).

Otro factor que no se debe perder de vista es que, hacia finales de la década de 1960, comenzaba a tambalearse el modelo de *Estado Benefactor* que había llevado a los países del primer mundo a gozar de un nivel de consumo y bienestar que no volvería a repetirse. Como bien lo destaca Tony Judt (2011, p. 59):

el período de 1945-1975 se consideró en general como una suerte de milagro que dio lugar al ‘modo de vida americano’. Dos generaciones de estadounidenses –los hombres y mujeres que vivieron la II Guerra Mundial y sus hijos, que protagonizarían la década de 1960– experimentaron seguridad en el empleo y movilidad social ascendente a una escala sin precedentes.

La pérdida de los logros materiales que los “*baby boomers*”² dieron por sentados, propició que se pusiera el foco en los efectos polémicos que el crecimiento económico, la industrialización y la explosión demográfica habían traído a occidente, en el marco de una nueva contra-cultura que desconfiaba de los valores dominantes.

La década de los sesenta representó un parteaguas en los cuestionamientos hacia el desarrollo hasta entonces considerado como sinónimo de crecimiento económico. Los conflictos y las presiones sociales gestadas con el agotamiento del modelo taylorista/fordista se incrementaron ante el creciente desempleo, la desigualdad social, la pobreza, la exclusión de la mujer y el deterioro ambiental (MOTA DÍAZ; SANDOVAL FERRERO, 2016, p. 93).

² El diccionario en línea Merriam-Webster define *baby boomer* como “una persona nacida durante un periodo de tiempo en el que se produce un marcado aumento de la tasa de natalidad de una población”, “que se considera generalmente en los años comprendidos entre 1946 y 1964.”. Disponible en: <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/baby%20boomer>>.

En ese contexto de crítica social, las amenazas ambientales que concitaban la atención pública eran la contaminación, la superpoblación, la pérdida de la biodiversidad, y los efectos que producía el deterioro ambiental en la salud humana.

Desde el ángulo de la teoría también se expusieron serios llamados de atención. Como explica Esther Barbé (2015, p. 361):

por una parte indicaron un elevado grado de preocupación entre algunos sectores de la ciencia, en general y de la ciencia social, en particular, por la progresiva degradación de los sistemas ecológicos y, por otra, coadyuvaron a establecer, no sin cierto catastrofismo, un estado de ánimo propicio a las políticas de protección del medio ambiente en los países del norte.

En este orden de ideas, apareció un libro de divulgación científica que por primera vez cuestionaba abiertamente, los efectos perjudiciales de la agricultura tecnificada, y el impacto ambiental de los pesticidas en la salud de animales y seres humanos. Ese libro, fue “Silent Spring” de Rachel Carson, publicado en 1962.

En su libro, Carson, puso en duda la lógica de la liberación de grandes cantidades de productos químicos en el medio ambiente sin comprender plenamente sus efectos en la ecología y la salud humana, al tiempo que presentó pruebas como el estado de las poblaciones de aves en vías de desaparición; la alteración de los ciclos naturales de la vida vegetal; la contaminación de las aguas subterráneas; y los casos de las muertes de seres humanos. Más allá de estas preocupaciones específicas, sugirió que la fumigación era una “guerra contra la vida” (MALLÉN RIVERA, 2012).

El libro, a pesar de las feroces diatribas que recibió de las compañías químicas, causó sensación a tal punto que, en 1962, el presidente John F. Kennedy nombró una comisión de expertos para estudiar el uso de los pesticidas. Así, se prohibió en 1973 en Estados Unidos uno de los compuestos órgano clorados principales usados en los insecticidas conocido como DDT (dicloro difenil tricloroetano) (PROHIBICIÓN, 2015).

Sintomático de la preocupación ambiental en el mundo desarrollado es la promulgación en diciembre de 1969 por el Congreso de Estados Unidos de la “National Environmental Policy Act” (NEPA) o Ley Nacional de Política Pública Ambiental, que introduce el procedimiento de evaluación de impacto ambiental (UNITED STATES, 2023) y el surgimiento en 1970 de una agencia ejecutiva independiente del gobierno federal, la “United States Environmental Protection Agency” (EPA) para proteger la salud de los seres humanos, el medio ambiente y los recursos naturales (AGENCIA, [s. d.]).

2 EL PESO DEL PRIMER MUNDO EN LA AGENDA DE ESTOCOLMO. MALTUSIANISMO Y TRAGEDIA DE LOS COMUNES

El clima de época se configura también a partir de un potente discurso *neo-maltusiano*³ proveniente de los centros de poder y los *think tanks* del pensamiento económico y científico que llamaban la atención sobre los peligros del crecimiento incontrolado de la población y auguraban escenarios catastrofistas si no se corregían las tendencias demográficas globales.

Como bien lo expresan Estenssoro y Devés (2013, p. 242):

se sostenía que se había llegado al límite de la capacidad regenerativa de los ecosistemas del planeta debido al “explosivo” aumento demográfico mundial junto a la contaminación resultante del alto desarrollo industrial (primermundista). Además, esta situación amenazaba volverse catastrófica debido al anhelo de los países pobres por alcanzar el estándar de vida de los países desarrollados.

Entre las publicaciones que mayor incidencia tuvieron en las élites se cuentan: “Road to Survival”, de William Vogt y “Our Plundered Planet”, de Fairfield Osborn, el artículo del economista Kenneth Boulding, “The Economics of the Coming Spaceship Earth”, publicado en 1966, el libro “Famine, 1975!: America’s decision: Who will survive?” publicado por los biólogos William y Paul Paddock en 1967, el libro del biólogo estadounidense Paul Ehrlich “The Population Bomb”, publicado en 1968, el manifiesto ecologista “A Blueprint for Survival”, de Goldsmith, Allen, Allaby, Davoll y Lawrence, publicado en 1972⁴ y el artículo del biólogo Garret Hardin, “The Tragedy of the Commons” de 1968, obra, esta última respecto de la cual haremos una breve recensión.

El artículo de Hardin parte de la aseveración de que un mundo finito solo puede soportar una población finita⁵ y que si no asumimos esta finitud del mundo mientras la población crece exponencialmente, el resultado no puede ser otro que el incremento de la miseria humana. En palabras del autor, nos enfrentamos a una clase de problemas humanos que puede rotularse como “problemas sin solución técnica”, es decir que, aunque las soluciones

³ Tesis económico-demográfica, defendida por Thomas Robert Malthus en su obra fundamental “Ensayo sobre el principio de población y su influencia sobre la mejora del futuro de la sociedad” (1798, segunda edición revisada en 1803), en la cual sostiene que: “el poder de crecimiento de la población es infinitamente más elevado que el poder de la tierra para producir los medios de subsistencia necesarios para el hombre: en efecto, si no se frena la población, ésta aumenta en progresión geométrica, mientras que los recursos aumentan en progresión aritmética”. De esta manera, si todos los individuos de una especie se reprodujeran con éxito crecería su población de manera exponencial, entrando en conflicto con sus medios de subsistencia. Disponible en: <<https://encyclopaedia.herdereditorial.com/wiki/Malthusianismo>>.

⁴ Para un estudio más detallado de la incidencia que tuvieron los autores y textos citados, puede consultarse Estenssoro Saavedra (2014).

⁵ “A finite world can support only a finite population”.

técnicas sean siempre bienvenidas, la respuesta al problema apuntado, no lo encontraremos en las ciencias naturales, más allá de que en el futuro exista tecnología para crear nuevas cepas de trigo o para cultivar los mares (HARDIN, 1968, p. 1.243) y llama a exorcizar el espíritu de Adam Smith en el ámbito de la demografía práctica, en referencia a la famosa metáfora expuesta en “The Wealth of Nations” (1776) de que si un individuo procura solo su ganancia personal, es como si fuese “conducido por una mano invisible para promover el interés público” (HARDIN, 1968, p. 1.244).

A contrario sensu, lo que sucede realmente es que los individuos no se autorregulan en materia de fecundidad, por lo que es preciso reexaminar si no correspondería al poder público limitar esa libertad reproductiva por algún mecanismo de coerción y partiendo de esta aserción, se llega a la idea de evitar que se produzca “la tragedia de la libertad en los comunes”, expresión que hará fortuna en el lenguaje jurídico.

Cuando Hardin habla de “los comunes” se refiere a los bienes en un sentido muy amplio que abarca un espectro que va desde el agua, el aire, los frutos del mar, los terrenos y las pasturas hasta los derechos de propiedad privada, dando cuenta de un proceso de evolución de la humanidad que ha ido gradualmente abandonando los comunes para establecer restricciones y prohibiciones para su usufructo y aprovechamiento. Así, en un primer momento lo que se abandona es recolección de alimentos en común para limitar las tierras cultivables y establecer áreas de restricción de acceso a las pasturas, así como zonas de prohibición de la pesca y de la caza. Más tarde lo que se abandona son los comunes, como espacios donde se pueden arrojar los residuos domésticos y así, lo mismo sucede con las libres emisiones de los gases de los automóviles y de las fábricas, la liberación a la atmósfera de aerosoles e insecticidas, fertilizantes o instalaciones de centrales atómicas (HARDIN, 1968, p. 1.248).

En este orden de ideas, como explica Lorenzetti (2008, p. 27), “la ausencia de estímulos individuales para la tutela de los bienes colectivos genera lo que se denomina: de la tragedia de los comunes, porque hay una sobreutilización derivada de la falta de incentivos para cuidarlos; si nadie es propietario, no hay quien se preocupe por cuidar el bien”, de modo que el acceso ilimitado a los bienes provoca enormes daños como puede ser por ejemplo, lo acontecido con la fauna marina, que fue llevada al borde de la extinción por una aplicación irrestricta del principio de derecho internacional de “la libertad de los mares”.

Como aplicación de estos conceptos a la libertad reproductiva, Hardin concluye que es preciso legislar la temperancia ya que no funcionan las campañas masivas, por lo que hay que crear algún tipo de coerción mutua establecida por consensos sociales, tal como acontece con el ladrón de bancos que trata al banco como si fuera un común y la ley no busca prevenir esa acción apelando al sentido de responsabilidad moral del ladrón, sino que directamente prohíbe el comportamiento. En el mismo orden de ideas, es que aceptamos la

imposición de tributos para huir del horror de los comunes y cada clausura de los “comunes” envuelve infringir la libertad personal de alguien. Pero, así como cuando los hombres se ponen mutuamente de acuerdo para dictar leyes contra el robo y la humanidad se vuelve más libre, así también una vez advertida la necesidad de la mutua coerción para sacar de los comunes, la reproducción y la crianza, se evitará la ruina y la miseria que trae aparejada la sobrepoblación.

Por otro lado, en el orden de la política ambiental, si bien los países desarrollados venían adoptando compromisos regionales como el “Tratado Europeo sobre la restricción en el uso de ciertos detergentes” (1968), la “Declaración sobre el control de la contaminación aérea” (1968) y la “Carta Europea del agua” (1968) (ROLANDELLI, 2020, p. 19), en todos los casos eran respuestas parciales que dejaban vacíos en materias que requerían de una estrategia global. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre medio ambiente de Estocolmo fue llamada precisamente a colmar esos vacíos (BARBOZA, 2008, p. 544).

La emergencia del Derecho Ambiental en la agenda internacional se produce a raíz de la propuesta del Gobierno de Suecia de convocar una conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas para buscar una solución a los problemas del entorno humano que venía sufriendo el deterioro “por factores tales como la contaminación del aire y las aguas, la erosión, y otras formas de deterioración del suelo, los efectos secundarios de los biocidas, los desechos y el ruido” (NACIONES UNIDAS, 1968a).

De su parte, la Asamblea General de Naciones Unidas definió fecha y lugar: la Conferencia se desarrollaría desde el día 5 al día 16 de junio de 1972, en la ciudad de Estocolmo y estaría presidida por el canadiense Maurice Strong.

Sin embargo, la convocatoria produjo reacciones críticas en buena parte de la comunidad internacional. Como bien lo explica el profesor argentino Jorge Atilio Franza (2010, p. 71)

el tema ambiental genera, con frecuencia entre los políticos y especialistas, así como en los economistas del Tercer Mundo, en América Latina, sobre todo, cierta suspicacia. Se piensa que es una preocupación de los países desarrollados y de las élites, que distrae la atención de las cuestiones fundamentales del desarrollo.

Corrían los primeros meses de 1968 cuando un grupo de científicos, industriales, académicos y diplomáticos de 52 países fundaron el “Club de Roma” que sería el catalizador de las tesis neo-malthusianas a través del conocido informe “Los límites del crecimiento”, que sería publicado en 1972 como “The Limits to Growth”.

El libro, que fue redactado por el profesor Dennis Meadows y sus colaboradores del Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT) presenta los

principales resultados de su investigación, que, siguiendo el método de la *dinámica de sistemas*⁶, propone distintos escenarios plausibles basándose en las relaciones de interdependencia e interacción existentes entre cinco factores críticos: el *crecimiento de la población*, la *producción de alimentos*, la *industrialización*, el *agotamiento de los recursos naturales* y la *contaminación* (MEADOWS et al, 1972, p. 30).

Los autores parten de que la Revolución Industrial si bien disparó un crecimiento económico sin precedentes, que aumentó las reservas de alimentos, prolongó la esperanza de vida y brindó salud y tiempo de ocio a millones de seres humanos, también ha contribuyó con el crecimiento exponencial de la población mundial, y el marcado descenso de la tasa de mortalidad [...]. Mientras que en 1650 el promedio de vida de la mayoría de la población mundial era de unos 30 años mientras, el promedio actual es de 53 años y va en aumento⁷. Este crecimiento exponencial se explica por una estructura de retroalimentación en la población: el *circuito positivo* (nacimientos anuales) y el *circuito negativo* (defunciones anuales). Como se verifica el predominio del circuito positivo sobre el negativo, se rompe el equilibrio y se genera una presión demográfica que lleva al agotamiento de los recursos naturales no renovables (MEADOWS et al, 1972, p. 23-24, 52 y 112).

3 LAS VOCES DE LOS PAÍSES EN DESARROLLO

Como bien lo relata Roberto Guimarães (1992, p. 87) “el énfasis en Estocolmo estaba puesto en los aspectos técnicos de la contaminación provocada por la industrialización acelerada, por la explosión demográfica y por la intensificación del proceso de crecimiento urbano, todo lo cual imprimía un carácter nítidamente primermundista a la reunión”.

El desencuentro entre el mundo industrializado y los países del entonces llamado “Tercer Mundo” se explica sobre todo por la oportunidad en que se produce esta irrupción de la agenda ambiental, un momento en el que se esperaba la definición de estrategias globales para superar el estado del subdesarrollo. Desde el primer momento se exteriorizó una desconfianza mutua: mientras que los desarrollados temían que la Conferencia fuera usada por las naciones no industrializadas para demandar ayudas económicas cuantiosas,

⁶ “System Dynamics” es un enfoque metodológico para analizar y modelar el comportamiento temporal en entornos complejos. Se basa en la identificación de los bucles de realimentación entre los elementos, y también en las demoras en la información y materiales dentro del sistema. De esta manera se puede estructurar a través de modelos matemáticos la dinámica del comportamiento de estos sistemas. Fue desarrollado por el ingeniero eléctrico norteamericano Jay Wright Forrester en los años 50. Disponible en: <<https://www.britannica.com/biography/Jay-Wright-Forrester>>.

⁷ Al momento de elaboración de este trabajo el promedio mundial es de 73,4 años, de acuerdo a Naciones Unidas (NU). Disponible en: <https://www.clarin.com/internacional/pais-esperanza-vida-alta-latinoamerica_0_ZDw3PWSfMp.html>.

estas últimas estaban preocupadas de que los países ricos o bien usaran el argumento ambiental como una excusa para aminorar las líneas de cooperación y financiamiento o impusieran nuevas normas internacionales impeditivas del desarrollo, so color de preservar el ambiente (DRNAS DE CLÉMENT, 2022, p. 4).

La suspicacia tenía razones históricas, ya que los países en desarrollo estaban marcados profundamente en su estructura y dinámicas de funcionamiento de inserción periférica en el mundo capitalista dependiendo siempre de las actividades primarias de exportación, en la explotación de sus recursos naturales, de su medio ambiente en definitiva (FRANZA, 2010, p. 72) y que como bien lo expresa Salas (1997, p. 252) al referirse al continente, “si pensamos en esta parte del mundo, no podemos negar que América Latina es más que nada, y sobre todo, medio ambiente.”.

Este antagonismo desencadenó un intento de boicot de los países del “Tercer Mundo” para hacer fracasar la Conferencia de Estocolmo, lo que pudo ser evitado en gran medida por la pericia diplomática de Maurice Strong, que decidió convocar “a un selecto grupo de 27 personalidades de renombre mundial, representantes del Sur y expertos en temas del desarrollo y del ambiente, a fin de alcanzar un acuerdo.” (ESTENSSORO; DEVÉS, 2013, p. 245).

Este encuentro preparatorio, fundamental para que la conferencia llegara a buen puerto, tuvo lugar en junio de 1971 en la pequeña localidad de Founex, Suiza. El mayor mérito del Informe de Founex, radica en la honestidad intelectual de exponer en un documento los temores profundos de que la *agenda ambiental* trajera aparejada la postergación del derecho al desarrollo y de proponer que se tomara en cuenta la experiencia del Primer Mundo para evitar incurrir en los mismos errores que llevaron a la crisis ecológica⁸.

El Informe Founex enfatizaba que

corresponde a los países desarrollados tranquilizar al mundo en desarrollo en el sentido de que su creciente preocupación por las cuestiones ambientales no perjudicará el desarrollo continuo de los países menos industrializados, ni que se utilizará para reducir las transferencias de recursos o para alterar el orden de prelación de la ayuda, ni para adoptar disposiciones proteccionistas, ni insistir en normas ambientales difíciles de cumplir en la realidad, en la evaluación de los proyectos de desarrollo (NACIONES UNIDAS, 1981, p. 36).

El informe instaló el binomio “*ambiente- desarrollo*” que se inició en Founex y que se va a terminar de consolidar en la comunidad internacional 16 años después con el informe de 1987, “*Nuestro Futuro Común*”, de la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo (CMMMD) dirigido por la

⁸ “Si bien somos de la creencia de que el desarrollo continuo es la única solución a muchos de los problemas ambientales de los países en desarrollo, también creemos que estos países no deben descuidar los problemas ambientales y tratar el medio ambiente como si fuera un bien de libre disponibilidad como ha sucedido en los países actualmente desarrollados durante sus etapas iniciales de progreso económico” (NACIONES UNIDAS, 1981, p. 30).

noruega Gro Harlem Brundtland y donde se definió en extenso el concepto de desarrollo sustentable. En efecto, los problemas que deben afrontar los países no desarrollados son diferentes a los del primer mundo. Problemas como la deficiencia en el abastecimiento de agua potable, la vivienda inadecuada, la falta de higiene, la baja nutrición, las enfermedades evitables y las catástrofes naturales son problemas típicos del Tercer Mundo.

Las voces críticas del Sur llegaron también de organismos regionales como la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)⁹ que ya venía trabajando los temas vinculados al desarrollo y que tres meses después de la reunión de Founex, presentó un estudio titulado, “El medio ambiente humano y el desarrollo económico en América Latina”, en donde se señalaba que a la crisis ambiental la habían generado los países desarrollados y aunque se considere un fenómeno mundial, el problema era que los países ricos e industrializados sólo se preocupaban de aquellos problemas que se derivaban de su propia opulencia. Sin embargo, en América Latina ocurría exactamente lo contrario: la crisis ambiental se debía al insuficiente nivel de desarrollo (CEPAL, 1971, p. 1-2).

El debate Norte-Sur también encontró eco en diversas personalidades de los países no desarrollados. Perón, en vísperas de la Conferencia emitió su “mensaje ambiental a los pueblos y gobiernos del mundo” en el que hacía una dura crítica a los países centrales y denunciaba a las mal llamadas “sociedades de consumo” que son “en realidad sistemas sociales de despilfarro masivo. Se despilfarra mediante la producción de bienes necesario o superfluos y, entre estos, a los deberían ser de consumo duradero, con toda intención se les asigna cierta vida porque la renovación produce utilidades” (obsolescencia programada) y este despilfarro se produce a expensas del consumo “de ingentes recursos naturales aportados por el Tercer Mundo.” (PERÓN, 1972).

Desde Brasil, el embajador João Augusto de Araújo Castro también denunciaba la actitud de los países centrales, “que se mostraban muy preocupados de no perder sus puestos de poder y privilegios alcanzados en el orden mundial, así como muy poco dispuestos a compartir sus conocimientos y beneficios conseguidos con el resto del mundo” (ESTENSSORO; DEVÉS, 2013, p. 247) mientras que la primera ministra de India Indira Gandhi, expresaba que “los problemas ambientales de los países pobres no son los efectos colaterales de la industrialización excesiva, sino que reflejan la falta de desarrollo.” (BARBÉ, 2015, p. 366).

⁹ La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) fue establecida por la resolución 106 (VI) del Consejo Económico y Social, del 25 de febrero de 1948. La CEPAL se fundó para contribuir al desarrollo económico de América Latina, coordinar las acciones encaminadas a su promoción y reforzar las relaciones económicas de los países entre sí y con las demás naciones del mundo. Posteriormente, su labor se amplió a los países del Caribe. Disponible en: <<https://www.cepal.org/es/acerca>>.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar el aporte teórico-político del llamado “Grupo Bariloche”¹⁰ de Argentina, cuyo primer documento será entregado en 1971 y los resultados finales se plasmarán en un libro publicado en 1977 intitulado “Catástrofe o Nueva Sociedad: modelo mundial latinoamericano” en el que se diseña un modelo alternativo a “The Limits to the Growth”.

Este grupo de investigadores va a presentar un modelo alternativo que supone en primer término una descripción de una *sociedad ideal propuesta*, igualitaria, de plena participación y no consumista y en segundo lugar la demostración de la factibilidad material de su realización a partir de un modelo matemático. La crítica central a *The Limits to the Growth* es que ese modelo no pone en duda los valores dominantes de la sociedad actual, cuando los problemas más importantes no son físicos sino sociopolíticos: “el deterioro del medio físico no es una consecuencia inevitable del progreso humano sino el resultado de una organización social cimentada en valores en gran parte, destructivos.” (HERRERA, 1977, p. 1).

Desde estas premisas, se aborda el problema del crecimiento exponencial de la población que explica la evolución demográfica como función de las variables socioeconómicas. En efecto, la evidencia muestra que existe una relación entre el mejoramiento de las condiciones de vida y el descenso de la natalidad, ya que cuando las personas acceden a óptimas condiciones de vida, educación e información, adoptan mejores decisiones de planificación familiar.

Los alcances de esta investigación fueron fundamentales ya que como dice irónicamente Sergio Federovisky “Naciones Unidas ‘descubrió’ entonces que la pobreza era un factor inseparable de la catástrofe ambiental” y que la falta de recursos en el sector mayoritario de la población no se debía tanto a la superpoblación sino “al modo obscuro de distribución de la riqueza.” (FEDEROVISKY, 2018, p. 132).

4 CONCLUSIONES. LOS LOGROS DE LA CONFERENCIA DE ESTOCOLMO Y LAS TENSIONES QUE PERSISTEN

Si se parte del rechazo que inicialmente había provocado la convocatoria a Estocolmo en los países en desarrollo, haber logrado contar finalmente y luego de muchas dificultades, con la participación de 113 países, 6000 participantes, 400 ONG y 1500 periodistas acreditados, puede considerarse claramente un éxito (ROLANDELLI, 2020, p. 20). También es preciso destacar el valioso legado de Maurice Strong al lograr que los documentos finales reflejaran el link conceptual entre las necesidades de desarrollo y la problemática ambiental,

¹⁰ El grupo estuvo integrado en su primera formación por Carlos A. Mallmann, Jorge Sabato, Enrique Oteiza, Amílcar Herrera, Helio Jaguaribe y Osvaldo Sunkel, quienes en 1971 elaboraron un primer documento. Posteriormente, se designó a Amílcar Herrera como jefe del proyecto cuya versión definitiva aquí reseñamos.

así como la enorme importancia en el campo de la ética al haber sembrado la simiente del paradigma biocéntrico por vía del principio 2 de la Declaración en cuanto establece que la protección del ambiente debe atender tanto las necesidades actuales como a las *generaciones futuras*, rompiendo de esta manera las restricciones temporales con una clara apertura hacia el futuro (GUDYNAS, 2015, p. 33).

En cuanto a las tensiones que no pudieron ser superadas, al menos quedaron plasmadas en la Declaración sobre el Medio Humano, “verdadera Carta Magna del ecologismo internacional” (DIEZ DE VELASCO VALLEJO, 2001, p. 638) contribuyendo a que se lograra un punto de equilibrio entre las perspectivas que parecían irreconciliables.

La Declaración describía los “*esfuerzos*” que debían asumir países desarrollados y organizaciones internacionales respecto de los países en desarrollo: a) prestar asistencia financiera y tecnológica (Principio 9 de la Declaración de Estocolmo); b) aumentar el potencial de crecimiento para el logro de mejores condiciones de vida (Principio 11 de la Declaración de Estocolmo); c) financiar los gastos para la conservación de sus recursos naturales (Principio 12 de la Declaración de Estocolmo); d) fomentar la investigación y el desarrollo científicos referentes a los problemas ambientales y poner a su disposición las tecnologías (Principio 20 de la Declaración de Estocolmo) precisando que es indispensable considerar los sistemas de valores prevalecientes en cada país y la aplicabilidad de unas normas que si bien pueden ser válidas para los países más avanzados, pueden ser inadecuadas y de alto costo social para los países en desarrollo (Principio 23 de la Declaración de Estocolmo).

Si bien han transcurrido más de 50 años desde que aquellos principios fueron enunciados, lo cierto es que aquellas tensiones que revelan un modo diferente de entender y enfrentar la crisis ambiental entre los países del Norte global, y los países del Sur global, esas tensiones permanecen hasta el día de hoy y subsisten en otros instrumentos internacionales, de los que daremos cuenta seguidamente.

1. Declaración de Cocoyoc, México (1974) asume la denuncia de la inveterada asimetría en las relaciones de poder en el mundo: “los países poderosos se aseguraron las materias primas provenientes de los países pobres a precios bajos, absorbieron todo el valor agregado del proceso de su transformación y volvieron a vender a los países pobres aquellas mismas materias primas bajo la forma de productos manufacturados” y “el problema de nuestros días no es de escasez sino de mala distribución económica y social y de inadecuada utilización.” (NACIONES UNIDAS, 1981, p. 129-130);
2. Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (1974) cuyo artículo 30.º expresa “Las políticas ambientales de todos los Estados deben promover y no afectar adversamente el actual y futuro potencial de

- desarrollo de los países en vías de desarrollo.” (UNITED NATIONS, 1974);
3. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1994) consagra el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas: “los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas”¹¹;
 4. Declaración de Johannesburgo (2002) que define que “la línea profunda que divide la sociedad humana entre los ricos y pobres y la siempre creciente brecha entre los mundos desarrollados y en desarrollo presenta una amenaza importante a la prosperidad, seguridad y estabilidad global”;¹²
 5. Conferencia “Río + 20” (2012) que va a poner el eje en la Economía Verde, como una herramienta capaz de lograr el desarrollo sostenible social, económico y ambiental y que fue definida por el PNUMA como “aquella economía que resulta en un mejor bienestar humano y equidad social, reduciendo significativamente los riesgos ambientales y las escaseces ecológicas”. En su expresión más simple, una Economía Verde puede ser considerada como una que es baja en carbono, eficiente en recursos y socialmente inclusiva (NACIONES UNIDAS, 2012);
 6. Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (2015) que hace las veces de nueva brújula y renovado compromiso de cooperación internacional que comprende 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) con 69 metas de carácter integrado e indivisible comprensivo de las dimensiones económica, social y ambiental. Esta agenda, que cumplirá la función de guía de los propósitos y acciones de Naciones Unidas hasta el año 2030 contiene las demandas del mundo en desarrollo integradas a su plexo programático, entre las que se destacan, el fin de la pobreza (ODS 1), el hambre cero (ODS 2), el agua limpia y saneamiento (ODS 6) y la reducción de las desigualdades (ODS 10) (NACIONES UNIDAS, 2015);
 7. Estocolmo + 50 (2022): bajo el slogan “un planeta sano para la prosperidad de todos, nuestra responsabilidad, nuestra oportunidad” está signada por el dolor de la pandemia de la COVID-19, la guerra en Ucrania y la evidencia de que en 50 años los países asumieron demasiados compromisos internacionales sin que las medidas resultaran suficientes (n.º 147).

¹¹ Principio 7 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, días 3 al 14 de junio de 1992, Río de Janeiro.

¹² Principio 12 de la Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sustentable, Sudáfrica, 2002.

El foco está puesto en la triple crisis planetaria: *cambio climático, pérdida de la diversidad biológica y contaminación*, abordando también los tópicos de transición ecológica y energética, economía circular, neutralidad de carbono, reforestación, multilateralismo y aspectos económicos del desarrollo sostenible.

Los aspectos económicos del desarrollo adquieren renovado impulso ya que se reclama una aceleración en la movilización de los fondos en razón de la “necesidad de destinar financiación internacional a los países de ingresos bajos y medianos” (n.º 134). Se reconoce que existe un déficit de financiación climática y que es preciso lograr la coordinación urgente para el alivio de la deuda soberana de los países en desarrollo (n.º 129) y pasar de un esquema de transferencia de tecnologías hacia otro de co-desarrollo y copropiedad de la tecnología (n.º 133).

La Conferencia hace un llamamiento a la lucha decidida contra desigualdades profundamente arraigadas (n.º 148) destacando la necesidad de devolver la confianza en el multilateralismo cumpliendo los compromisos de financiación para las naciones en desarrollo, como la de cien mil millones de dólares al año (n.º 89).

Podemos concluir entonces que los instrumentos internacionales relevados son reveladores por su sola presencia de que medio siglo después de Estocolmo 72’, la necesidad de atender el desarrollo de los países postergados seguirá siendo uno de los pilares insoslayables de las preocupaciones ambientales, persistiendo las tensiones entre el Norte y el Sur Global como el gran desafío de la comunidad internacional, resumido en Estocolmo + 50 con el lema de “no dejar a nadie atrás”.

BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA de Protección Ambiental de Estados Unidos (EPA). En: USA Gov en Español. [s. d.]. Disponible en: <<https://www.usa.gov/es/agencias/agencia-de-proteccion-ambiental-de-estados-unidos>>.

AZCÁRRAGA BUSTAMANTE, José Luis. Algunas reflexiones en torno al siniestro del “Torrey Canyon”. En: **Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional**, Madrid, Ed. Imprenta Hispano-Arábica, núm. 3, p. 165-184, 1967.

BARBÉ, Esther. **Relaciones internacionales**. Madrid: Tecnos, 2015.

BARBOZA, Julio. **Derecho internacional público**. 2. edición. Buenos Aires: Zavalía, 2008.

CEPAL. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. **El medio ambiente humano y el desarrollo económico en América Latina**. México, DF: CEPAL, 1971.

CONVENIO de Minamata. En: Argentina.gob.ar. Disponible en: <<https://www.argentina.gob.ar/ambiente/control/acuerdos/minamata>>.

DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. **Instituciones de derecho internacional público**. Madrid: Tecnos, 2001.

DRNAS DE CLÉMENT, Zlata. Maurice Strong, artífice de la Declaración de Estocolmo y de la construcción de un nuevo orden mundial desde la protección del medio ambiente. En: CAFFERATTA, Néstor A. (Coord.). Cincuenta años del derecho ambiental: suplemento derecho ambiental. **La Ley**, Buenos Aires, Ed. La Ley, año LXXXVI, n.º 132, p. 8 y ss., 2022.

ESTENSSORO SAAVEDRA, Fernando. **Historia del debate ambiental en la política mundial: 1945-1992, la perspectiva Latinoamericana**. Santiago de Chile: Instituto de Estudios Avanzados Universidad de Santiago de Chile, 2014.

ESTENSSORO, Fernando; DEVÉS, Eduardo. Antecedentes históricos del debate ambiental global: los primeros aportes latinoamericanos al concepto de medio ambiente y desarrollo (1970-1980). En: **Estudios Ibero-Americanos**, Porto Alegre, EDIPUCRS, v. 39, núm. 2, p. 237-261, julho-dezembro 2013.

FEDEROVISKY, Sergio. **El nuevo hombre verde**; cómo el neoliberalismo nos hace responsables del desastre ecológico que provoca el sistema. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2018.

FRANZA, Jorge Atilio. **Manual de derecho de los recursos naturales y protección del medio ambiente**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 2010.

GUDYNAS, Eduardo. **Derechos de la naturaleza: ética biocéntrica y políticas ambientales**. Buenos Aires: Tinta Limón, 2015.

GUIMARÃES, Roberto. El discreto encanto de la Cumbre de la Tierra: evaluación impresionista de Río-92. En: **Nueva Sociedad**, Buenos Aires, Ed. Nuso.org, n.º 122, p. 86-103, noviembre-diciembre 1992.

HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. En: **Science**, New Series, v. 162, n.º 3.859, p. 1.243-1.248, Dec. 13, 1968.

HERRERA, Amílcar (Director). **Catástrofe o nueva sociedad: modelo mundial latinoamericano**. Bogotá: Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (CIID), 1977.

JUDT, Tony. **Algo va mal**. Buenos Aires: Taurus, Alfaguara, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoría del derecho ambiental**. México, D.F.: Porrúa, 2008.

MALLÉN RIVERA, Carlos. Rachel Carson, 50 años de romper el silencio. En: **Revista Mexicana de Ciencias Forestales**, México, D.F., Ed. Instituto

Nacional de Investigaciones Forestales, Agrícolas y Pecuarias, v. 3, n.º 14, Nov-Dic 2012.

MEADOWS, Donella H. et al. **Los límites del crecimiento**: informe al Club de Roma sobre el predicamento de la humanidad. México: Fondo de Cultura Económica, 1972.

MOTA DÍAZ, Laura; SANDOVAL FORERO, Eduardo Andrés, La falacia del desarrollo sustentable: un análisis desde la teoría decolonial. En: **Iberoamérica Social: Revista Red de Estudios Sociales**, Sevilla, Ed. Asociación Reconocer, v. VI, p. 89-104, 2016.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Vigésimo tercer período de sesiones. AGNU/RES/2398 (XXIII). Problemas del medio humano. 1.733ª sesión plenaria. 3 de diciembre de 1968b.

NACIONES UNIDAS. Biblioteca Digital. Resolutions: Economic and Social Council Official Records, 45th session, 8 July-2 August 1968a. Resolución ECOSOC n.º 1.346 (XLV). Traducido del original en inglés por el autor. Disponible en: <<https://digitallibrary.un.org/record/229119?ln=es#record-files-collapse-header>>.

NACIONES UNIDAS. Convocatoria de una Conferencia Internacional sobre los problemas del ambiente humano. ECOSOC/RES/1346 (XLV). Estocolmo, 30 de julio de 1968c.

NACIONES UNIDAS. **En defensa de la tierra**: los documentos básicos sobre el medio ambiente, Founex, Estocolmo, Cocoyoc. Nairobi: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), 1981.

NACIONES UNIDAS. Estocolmo + 50: un planeta sano para la prosperidad de todos, nuestra responsabilidad, nuestra oportunidad, Estocolmo, 2 y 3 de junio de 2022. Informe disponible en: file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Estocolmno%20+%2050%20ONU%20resumen.pdf

NACIONES UNIDAS. Objetivos de desarrollo sostenible. 25 de septiembre de 2015. Disponible en: <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>>.

NACIONES UNIDAS. The future we want. Rio de Janeiro, 20-22 de junio de 2012, punto 74. Disponible en: <<https://www.unep.org/es/regiones/america-latina-y-el-caribe/iniciativas-regionales/promoviendo-la-eficiencia-de-recursos-1#:~:text=El%20Programa%20de%20la%20ONU,ambientales%20y%20las%20escaseces%20ecol%C3%B3gicas%E2%80%9D>>.

PERÓN, Juan Domingo. Mensaje ambiental a los pueblos y gobiernos del mundo. Madrid, 21 de febrero de 1972.

PROHIBICIÓN total de la entrada de productos de consumo que contengan DDT (dicloro, difenil, tricloroetano) y eliminación de los límites máximos

de residuos de sustancias prohibidas. 29-4-2015. En: Parlamento Europeo. Pregunta Parlamentaria. Disponible en: <[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2015-006926_ES.html#:~:text=El%20DDT%20\(dicloro%2C%20difenil%2C,perjudiciales%20para%20la%20vida%20silvestre](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2015-006926_ES.html#:~:text=El%20DDT%20(dicloro%2C%20difenil%2C,perjudiciales%20para%20la%20vida%20silvestre)>.

ROLANDELLI, Fernando. **Derecho ambiental internacional**. Buenos Aires: Ed. Universidad Católica Argentina, 2020.

SALAS, Graciela R. **Medio ambiente e integración de América Latina: la política internacional, el derecho y el territorio nacional**. Córdoba: Copista, 1997.

UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution 3281 (XXIX). Charter of Economic Rights and Duties of States. **Official Records of the General Assembly**: twenty-ninth session, Supplement n.º 31 (A/9631), New York, United Nations, p. 50-55, Diciembre, 12, 1974.

UNITED STATES. Environmental Protection Agency. What is the National Environmental Policy Act? October 5, 2023. Disponible en: <[https://www.epa.gov/nepa/what-national-environmental-policy-act#:~:text=The%20National%20Environmental%20Policy%20Act%20\(NEPA\)%20was%20signed%20into%20law,actions%20prior%20to%20making%20decisions](https://www.epa.gov/nepa/what-national-environmental-policy-act#:~:text=The%20National%20Environmental%20Policy%20Act%20(NEPA)%20was%20signed%20into%20law,actions%20prior%20to%20making%20decisions)>.

YACUZZI, Enrique. Chisso Corporation y la enfermedad de Minamata. En: **Serie Documentos de Trabajo**. Buenos Aires, Ed. Universidad del Centro de Estudios Macroeconómicos de Argentina (UCEMA), n. 391, 2008.

Submissão em: 20 de março de 2024

Último Parecer favorável em: 23 de junho de 2024

Como citar este artigo científico

BLANCO, Marcelo Alejandro. Los desencuentros entre el mundo desarrollado y los países del tercer mundo en la Conferencia de Estocolmo: ¿un debate que persiste hasta nuestros días? In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 2, p. 182-198, maio-ago. 2024.

Áframhaldandi Rannsóknir
Astudiaethau Parhaus
Continued Studies
Devam Eden Çalışmalar
Estudios Continuados
Estudis Continuats
Études Continues
Folytató Vizsgálatok
Fortsat Studier
Fortsatte Studier
Fortsättningsstudier
Fortsetzung der Studien
Jätkuõpingud
Jatkuvat Tutkimukset
Континуиране студије
Континуирани студии
Kontinuéierter Studien
Kontynuowane Badania
Nadaljevanje Študij
Nastavak Studija
Nastavne Studije
Окытуға Арналган Оку
Окуды Жалғастыру
Pokračovanie Študie
Pokračující Studia
Pokračující Študie
Sgrùdaidhean Leantainneach
Staidéar Leanúnach
Studi Continua
Studii Continue
Studimet e Vazhdueshme
Studji Kkontinuti
Studji Kontinwi
Tęstiniai Tyrimai
Turpinājumi
Turpinot Studijas
Vervolgstudies
Voortgezette Studies
Продължава Проучвания
Продовження Навчання
Продолжени Студии
Продолжение Обучения
Продукты
Συνεχισμενος Μελετες

ESTUDIOS
CONTINUADOS

LA CLARIDAD DEL LENGUAJE JURÍDICO¹

CRISTINA CARRETERO GONZÁLEZ²
JULIO CARLOS FUENTES GÓMEZ³

1 INTRODUCCIÓN

Cada día resulta más frecuente leer o escuchar distintas opiniones relativas a la forma de expresión que utilizamos los juristas. Estas opiniones suelen ser desfavorables en su mayoría, aunque las hallaremos también formuladas a la defensiva, o más bien en defensa a ultranza de esta expresión al modo tradicional.

Es el momento de pensar si resulta necesario tomar partido, en contra o a favor, o tal vez, racionalizar los conocimientos y adoptar una postura objetiva y provechosa, analizando qué tiene de positivo nuestro lenguaje especializado y qué tiene de negativo, así como aportar sugerencias que puedan contribuir a disminuir los oscuros en favor de los claros. Seamos constructivos para contrarrestar las críticas superficiales y sin fundamento real.

Pero, como punto de partida: ¿se tiene claro qué es el lenguaje jurídico y los problemas que puede suponer el que se comunique tal y como se hace en

¹ Este artículo se publicó originalmente en la *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 8, 2019. Fiscalía General del Estado. España. Autores: Cristina Carretero González y Julio Carlos Fuentes Gómez. Dir. de este número 8: Jesús García Calderón. NIPO: 056160021. ISSN: 2530-0113. Páginas: 7-40.

La propiedad intelectual de este artículo pertenece a la Fiscalía General del Estado de España y, por ello, este artículo no puede a su vez distribuido.

La Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica agradece a la Revista del Ministerio Fiscal y a la Fiscalía General del Estado por autorizar la publicación de este artículo en Brasil.

² Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Procesal y de Técnicas de Oratoria y Redacción Jurídicas. Universidad Pontificia Comillas. Madrid. *E-mail*: ccarretero@icade.comillas.edu

³ Doctor en Derecho y Administrador Civil del Estado. *E-mail*: jcfuentes@mitma.es

la actualidad? En estas páginas nos aproximamos, en primer lugar, al lenguaje jurídico y sus características generales, para continuar con el concepto de lenguaje claro y su aplicación en el ámbito el Derecho como reacción a las críticas derivadas de las dificultades de comprensión de este lenguaje. Posteriormente, tratamos, de forma particular, el lenguaje normativo y el lenguaje judicial. Proponemos, finalmente, medidas concretas para mejorar el lenguaje jurídico, además de las que vayamos realizando a lo largo del trabajo.

2 CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL LENGUAJE JURÍDICO

2.1 Concepto

El lenguaje jurídico es el lenguaje que utilizamos para expresar y comunicar cuestiones relativas al derecho.

Para el *Libro de Estilo de la Justicia* (LEJ) (2017, p. 2 a 4), el lenguaje jurídico es la variedad del idioma que se utiliza en los textos legales, judiciales, administrativos, notariales y otros concernientes a la aplicación y la práctica del derecho, como aquellos producidos por los abogados y otros colaboradores del derecho. Cuando este LEJ se refiere seguidamente al “tecnolecto” que se emplea en este lenguaje jurídico, expone cómo los juristas empleamos términos y características del habla que resultan propios de la ciencia jurídica, es decir, de la especialidad del derecho que manejamos.

2.2 Características

El LEJ contiene un apartado en el que se describen las principales características del lenguaje jurídico (muñoz machado, 2017, p. 4-11). Compartimos el parecer del libro en este apartado en el que sostiene que muchas de esas características contribuyen a la falta de claridad en la comunicación jurídica y al desfase producido, en numerosas ocasiones, al leer o escuchar un discurso que resulta pomposo y rebuscado.

En un ejercicio de resumen, las reflejamos así:

2.2.1 Características externas

A. Carácter arcaizante. Debido a la utilización frecuente de términos arcaicos, expresiones añejas y formulismos que no pertenecen al lenguaje común.

Algunos arcaísmos recogidos a modo de ejemplo son:

- palabras:
 - afecto (por adscrito o vinculado);
 - conducto (por procedimiento);
 - advenir (por asegurar);
 - dirimir (por resolver);
 - pedimento (por pedir);
 - tesitura (por situación);
 - otrosí (por, además);
- formulismos:
 - abajo firmante;
 - ahora recurrente;
 - por esta mi sentencia;
 - de lo que como secretario doy fe;
 - en aras de;
 - al amparo de ;
 - a la mayor brevedad;
 - en el entendimiento de que;
 - para la debida constancia.

Observemos que aquí los redactores no están tratando la cuestión del uso de tecnicismos; sencillamente se pone de manifiesto que utilizamos términos y expresiones en desuso y que tienen una consecuencia directa, a nuestro parecer, el alejamiento del discurso del jurista del discurso común.

Otras consecuencias que destacan los autores es la de la pesadez, el hecho de resultar una comunicación farragosa y la oscuridad, algo que deberíamos evitar siempre.

A. Impersonalidad. Los textos legales y “judiciales” se producen por un emisor institucional para un destinatario que en muchos casos es general y no individual (en especial en materia legal). Esto conlleva ciertos usos:

- el uso de formas impersonales y pasivas refleja que prescinden de la primera persona:
 - se resuelve;
 - se da traslado;
 - se modifica;
- el recurso a expresiones que ocultan a los actores:
 - procede;
 - conviene;
 - es de interés;

- el empleo casi exclusivo de la tercera persona, que evita la referencia al emisor y al destinatario:
 - debo autorizar y autorizo;
 - yo, el rey;
 - ante mí, el secretario;
- la multiplicación de construcciones nominales, especialmente sustantivos derivados de verbos, que favorecen la *impersonalización* al evitar la presencia del sujeto:
 - la exacción del arbitrio sobre el incremento de los terrenos;
 - la tramitación del expediente.

2.2.2 Características morfológicas y sintácticas

Entre las características más frecuentes, tendríamos:

B. El verbo. Resultan frecuentes ciertas cuestiones. Así:

- se recurre a tiempos arcaizantes como el futuro de subjuntivo:
 - si procediere;
 - si hubiere ocasión;
- abunda el imperativo sin indicar a quién se refiere:
 - procédase;
 - hágase;
- se usa el futuro con carácter de obligación:
 - se personará;
 - se hará público;
- se avisa de gerundios;
- se emplea el presente de indicativo con carácter atemporal;
- en las disposiciones de los órganos encargados de tomar decisiones en la jurisdicción, es corriente el uso de enunciados “performativos” (con ellos, un hablante autorizado en unas circunstancias dadas ejecuta una acción al emitir una fórmula). Son estructuras impersonales, por ejemplo:
 - visto para sentencia;
 - se levanta la sesión

- se crean verbos mediante sufijos característicos como -izar:
 - formalizar;
 - teorizar;
 - liberalizar
 - se utilizan con frecuencia expresiones de construcciones absolutas de participio:
 - previos los trámites legales;
 - conclusas las actuaciones;
 - visto y oído el caso;
 - se suelen sustituir verbos simples por circunloquios formados sobre verbos de significado genérico:
 - hacer manifestaciones (por manifestar);
 - dar información (por informar);
 - dar curso (por cursar).
- C. El nombre. Existen creaciones de nombre por derivación que son frecuentes en el lenguaje jurídico. Estos serían algunos de los sufijos más comúnmente empleados para generar nuevas voces:
- -ón/ión:
 - simplificación;
 - tramitación;
 - interposición;
 - -dad:
 - fiabilidad;
 - inadmisibilidad;
 - indemnidad;
 - -encia:
 - recurrencia;
 - diligencia;
 - injerencia;
 - -miento:
 - requerimiento;
 - pronunciamiento;
 - requerimiento.

Además, son frecuentes las siglas y los acrónimos que suelen dificultar, para los no juristas, la comprensión y la claridad.

D. El adjetivo. Aquí también se aprecian creaciones por derivación. Entre los sufijos más frecuentes, hallamos:

- -ado:
 - demandado;
 - instrumentalizado;
- -al:
 - presuncional;
 - porcentual;
- -ante/-(i)ente:
 - obrante;
 - premoriente;
- -ario:
 - prestataria;
 - adjudicatario;
- -ble:
 - afirmable;
 - intangible;
- -ivo:
 - lesivo;
 - abusivo;
- -or:
 - actor;
 - instructor;
- -orio:
 - defraudatorio;
 - indemnizatorio;
- -oso:
 - contencioso;
 - litigioso.

E. El adverbio. Se utilizan usos adverbiales típicos en el lenguaje jurídico:

- adverbios arcaicos:
 - otrosí;
 - amén;
- adverbios terminados en mente:
 - censurablemente;
 - reservadamente.

F. La preposición. Hay ciertas características en este apartado:

- la abundancia de expresiones galicadas (proviene del francés), como el caso de utilizar un sustantivo seguido de la preposición a:
 - temas a tratar;
 - problemas a resolver;
- hay tendencia a sustituir las preposiciones simples por giros prepositivos:
 - en el seno de, por en;
- los errores en el uso de preposiciones:
 - En base a, en lugar de con base en.

G. Prefijos y elementos compositivos. Como por ejemplo:

- ante-:
 - antedicho;
 - antecedente;
- anti-:
 - antijurídico;
 - antirreglamentario;
- auto-:
 - autoliquidaciones;
 - autocracia;
- extra-:
 - extrafiscales;
 - extracontractual;
- in-:
 - incomparecencia;
 - inconcreción;

- pre-:
 - precitado;
 - inacertado;
- re-:
 - Reordenación
 - Rehabilitación
- retro-:
 - retrocesión;
 - retroactividad.

H. Sufijos y creación de derivados largos:

- basamentar (por basar);
- inmediatidad (por inmediatez);
- temática (por tema).

A nuestro parecer, estos usos, sin resultar incorrectos, tienen el efecto de recargar el lenguaje y conseguir un efecto innecesariamente recargado y alejado de la cotidianeidad. Consideramos que conocerlos puede llevarnos a moderar su uso –o a evitarlos– en nuestra comunicación.

2.2.3 Características de Estilo

Estos serán los rasgos de estilo fundamentales:

- estilo acumulativo:
 - párrafos largos;
 - perífrasis;
 - frases hechas;
- estilo desordenado, confuso, monótono y de difícil legibilidad;
- abundancia de expresiones explicativas;
- proliferación de incisos que aluden a disposiciones legales (con alargamientos, en muchas ocasiones innecesariamente complicados);
- párrafos largos plagados de oraciones coordinadas y subordinadas;
- estilo culto que provoca frialdad a causa de la abundancia de tecnicismos y latinismos, además de la utilización de una sintaxis muy compleja;

- utilización de una prosa conservadora y arcaizante con expresiones estereotipadas y en formas verbales como el futuro de subjuntivo;
- uso de giros retóricos y formularios relacionados con tiempos pasados que resultan obsoletos y pomposos con un tono ritual alejado del de los ciudadanos habitualmente;
- utilización de construcciones absolutas de participio:
 - transcurrido el plazo;
 - informados los comparecientes;
- abundancia de hipérbatos (alteración del orden normal de las palabras en las oraciones):
 - el suprimido decreto;
 - la referida norma;
- proliferación del uso de adjetivos encadenados:
 - cláusulas jurídicas generales;
 - obstrucción legal arbitraria
- abundancia de las construcciones reiterativas con carácter enfático:
 - debo condenar y condeno;
 - es nuestro deber notificar y notificamos;
- exceso de repeticiones sinonímicas:
 - paradero o situación;
 - actor y demandante;
- abundancia de expresiones redundantes:
 - idénticamente iguales;
 - idiosincrasia propia.

Estos rasgos de estilo caracterizan un lenguaje que resulta extraño para el ciudadano al que va dirigido y que incluso es difícil de seguir por los profesionales. Este estilo sería contraproducente para lograr una expresión clara en la comunicación.

Es hora de producir cambios en estas características si lo que pretendemos, de verdad, es lograr comunicaciones del lenguaje jurídico que resulten claras y comprensibles.

3 EVOLUCIÓN DE LAS POLÍTICAS EN BUSCA DE CLARIDAD DEL LENGUAJE JURÍDICO: ESPAÑA EN EL MUNDO

3.1 Evolución en el Mundo: Breve Aproximación

Tuvimos oportunidad de estudiar la evolución de las políticas públicas en materia de lenguaje jurídico en el mundo cuando la Comisión para la Modernización del Lenguaje Jurídico (CMLJ), creada en el seno del Ministerio de Justicia en 2009, nos encargó a un grupo de profesores de la Universidad Pontificia Comillas, investigar qué políticas públicas, e iniciativas privadas, se producían en el mundo. Investigamos en una selección de países de varios continentes, como Estados Unidos, países de la Unión Europea, incluyendo España de forma principal, y la propia Unión como institución, o algunos países latinoamericanos. Nos remitimos a los datos concretos de este estudio (CARRETERO GONZÁLEZ, 2011).

El objetivo subyacente fue conocer qué estaba ocurriendo con el lenguaje jurídico en el mundo, cómo se situaba España y, así, estar en disposición de proponer políticas públicas para que el lenguaje jurídico se pudiera convertir en uno de los pilares de la modernización de la justicia.

De entre los diversos países y políticas diversas, podíamos destacar, sin perjuicio de la existencia e importancia de otras muchas, las iniciativas tomadas en otros países, como USA, Canadá, Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda, Reino Unido, Suecia, Noruega, Alemania. Y más allá de las políticas públicas en aras de la claridad, destacamos la progresiva creación de las denominadas “Redes de lenguaje claro”, en Chile, Argentina y Colombia, por orden de creación y en las que hemos participado de manera activa comprobando sus excelentes resultados. Estas redes buscar aunar esfuerzos para conseguir que todas las comunicaciones de las instituciones con la ciudadanía se produzcan de modo claro. Así, desde las principales instituciones adheridas a la red de cada uno de los países, se programan reuniones y actividades anuales y estudian la evaluación de resultados a la vez que proponen nuevas medidas. El resultado está siendo muy positivo.

En definitiva, el interés es creciente e imparable. Recientemente, como ha manifestado Palacio de Caeiro (2019, p. 1): “el derecho a comprender y el lenguaje jurídico claro, como manifestaciones del derecho de acceso a la justicia y a la información judicial, ocuparon un importante espacio en el VIII Congreso Internacional de la Lengua Española –CILE– (Córdoba, Argentina, 27-30/03/2019)”.

En cuanto a las organizaciones internacionales, destacamos, en primer lugar, *Clarity*, *Clarity international* en internet⁴, por ser la mayor organización mundial, como asociación sin ánimo de lucro, que se dedica a la lucha y

⁴ Disponible en: <<https://clarity-international.net/>>. Consultado el: 18 de agosto de 2019.

promoción del lenguaje jurídico claro. Esta asociación fue fundada en 1983, por el abogado John Walton, quien sostenía, y estamos de acuerdo, que el lenguaje jurídico escrito resultaba arcaico y excesivamente complicado. Walton realizó un llamamiento a la comunidad de abogados (*barristers* y *solicitors*, en propiedad) y ante la respuesta positiva se formó *Clarity (Claridad)*. Hoy día somos más de seiscientos miembros y más de cincuenta países en el mundo. Los objetivos fundamentales de esta asociación, a la que pertenecemos, son la promoción y apoyo al uso del lenguaje jurídico claro y de otros textos formales en cualquier lugar del mundo a través del mantenimiento y expansión de esta red formada por personas interesadas en su empleo, con la facilitación del acceso a materiales y estándares.

Tenemos en esta asociación una *Clarity Constitution* (texto que contiene los principios, objetivos y directrices por los que se rige la asociación), se realiza una conferencia cada dos años y publica una revista (*journal*).

En segundo lugar, se encuentra PLAIN, la *Plain Language Association International*⁵ (Asociación Internacional de Lenguaje Claro) como organización sin fin de lucro, gestionada por voluntarios que reúne a personas que defienden y practican el lenguaje claro, en general, desde hace más de veinte años. Entre sus objetivos destacan la promoción del lenguaje claro en todas las profesiones y comunicaciones, desarrollar, investigar y buscar espacios comunes, ya sea mediante sus reuniones cada dos años o mediante foros en diversas redes sociales y profesionales, que favorezcan dicha claridad.

En síntesis, apreciamos un interés por la materia en las políticas públicas y privadas muy notable, tanto en acciones concretas como en el número de personas que se van asociando para poder llevar a cabo objetivos de manera conjunta.

3.2 Evolución en España

A través del citado *Estudio sobre políticas públicas comparadas*, pudimos comprobar cómo el lenguaje jurídico, cuya preocupación institucional fundamental se produjo en España precisamente con la creación de esa CMLJ, no había sido tratado de forma global en nuestro país hasta ese año y por el Ministerio de Justicia. Por el contrario, en el mundo, las políticas públicas que exteriorizaban la inquietud por el lenguaje jurídico claro habían comenzado aproximadamente en los años sesenta del siglo pasado y han ido produciéndose en constante e imparable avance.

Como sostuvimos en dicho estudio (CARRETERO GONZÁLEZ, 2011) la posición española con respecto al mundo se quedaba, hasta ese momento, muy atrasada debido a la falta de interés manifestada por la forma de expresión del derecho. En realidad, diez años después, del inicio de los trabajos de dicha

⁵ Disponible en: <<https://plainlanguagenetwork.org/>>. Consultado el: 18 de agosto de 2019.

Comisión, el único aporte fundamental a nivel institucional general ha sido esa comisión cuyo trabajo finalizó en 2011 y no ha tenido continuación (salvo una mínima intervención en 2015, a nivel prácticamente anecdótico).

¿Cuáles han sido los hitos fundamentales en nuestro país en materia de modernización del lenguaje jurídico para el país?

Aparte de las exigencias en materia judicial contenidas en la Carta de Derechos de los ciudadanos ante la justicia y ciertos contenidos del Plan de Transparencia judicial al que nos referiremos en otro apartado, a nivel general, lo más relevante ha sido, como hemos sostenido, la creación de la CMLJ. Esta comisión creada en el Ministerio de Justicia estuvo formada por juristas (con intervención de la judicatura, fiscalía, abogacía, profesorado [...]), filólogos (RAE, entre ellos) y periodistas de tribunales. La comisión encargó diversos estudios de campo. La mayoría a cinco equipos de universidades españolas, en Salamanca, León, Barcelona, Valencia y Madrid además del estudio relativo a los medios de comunicación. Fueron, 1) Lenguaje de las normas, 2) Lenguaje escrito, 3) Lenguaje oral, 4) Plantillas procesales, 5) Lenguaje jurídico en los medios, y 6) Políticas públicas comparadas.

Partiendo de estos estudios, la Comisión elaboró el informe citado que contenía recomendaciones dirigidas a los profesionales relacionados con la Justicia, a las instituciones y a los medios de comunicación.

Entre las recomendaciones, predomina una preocupación por la claridad del lenguaje jurídico para evitar cifras, como la reflejada en el informe.

Como se puede apreciar, esto supone un gran paso para un país que carecía de iniciativas hasta ese 2009, pero que ha quedado prácticamente parado por falta de continuidad.

La CMLJ elaboró un informe⁶ que tenía que presentarse al Consejo de Ministros y que hoy día resulta un gran desconocido. Este informe ponía de manifiesto que un 82% de los ciudadanos que se acercaban a la justicia, consideraban que el lenguaje jurídico resultaba excesivamente complicado y difícil de entender.

En el libro *¿Hay Derecho?* (DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO et al, 2014, p. 154), se dice:

[...] Cierta miopía dificulta descubrir y adaptar soluciones que han triunfado fuera. Un fatalismo castizo, del tipo “España es así”, las mira con cierta suspicacia. Pero no podemos seguir permitiéndonos el lujo de desaprovechar la experiencia acumulada por otros y el talento que circula por el ancho mundo.

⁶ Enlace al informe: <https://bit.ly/2Aar6wk>. Consultado el 16 de agosto de 2019.

Pues bien, algo así puede ocurrir (ha ocurrido y continúa) a menos que nos decidamos a actuar para paliar las carencias que tiene España en materia de medidas públicas generalizadas para atajar los problemas de claridad del lenguaje jurídico.

4 LA CLARIDAD DEL LENGUAJE JURÍDICO EN GENERAL

4.1 Lenguaje Claro

En este apartado nos preguntamos acerca de qué se ha de entender por un lenguaje claro y qué deberíamos entender por un lenguaje jurídico claro y qué no.

Una comunicación es clara si está expresada del tal modo que resulta comprensible. Según el concepto elaborado por la *International Plain Language Federation* (Federación Internacional de lenguaje claro) contenido en la página de internet de la *Plain Language Association International –PLAIN–* (Asociación Internacional de lenguaje claro) “una comunicación está en lenguaje claro si la lengua, la estructura y el diseño son tan claros que el público al que está destinada puede encontrar fácilmente lo que necesita, comprende lo que encuentra y usa esa información”⁷.

La claridad puede producirse en todos los ámbitos, el jurídico, el médico o el informático, por ejemplo, más allá de ámbitos cotidianos de la vida. Hay quien sostiene o pretende que la claridad solo se produce cuando la mayoría de las personas comprenden todos los significados. Esto no se sostiene.

Veamos, ¿sería poco claro un informe de un servicio de microbiología que se dirige a un servicio de medicina interna en el que informa de una determinada bacteria utilizando los tecnicismos necesarios y apropiados en el supuesto concreto?, ¿y el de un informático que se dirige a otro, igualmente de manera técnica, para tratar de un virus hallado en un dispositivo? En absoluto. Es más, la mayor precisión se alcanza con la palabra más precisa, que implica la más adecuada, es decir, la que existe para definir una realidad concreta y no general. Entre juristas, médicos o informáticos, se expresarán claramente si se comunican con sus tecnicismos adecuados, y lo harán con economía del lenguaje, y serán claros porque serán precisos y habrá seguridad sin posible ambigüedad.

Entonces, habrá que matizar qué carece de claridad y qué no, partiendo del uso una expresión normal (no decimos perfecta, sino correcta y sin clamorosos fallos) según las reglas aprendidas al recibir las enseñanzas lingüísticas y quiénes son los interlocutores, a quienes va dirigida la comunicación. Por eso,

⁷ Disponible en: <<https://plainlanguagenetwork.org/plain-language/que-es-el-lenguaje-claro/>>. Consultado el: 18 de agosto de 2019.

de la definición de la asociación PLAIN, hay que subrayar: “el público al que está destinada”, es decir, una comunicación de un jurista está clara si va dirigida a otros juristas y estos no tienen problemas de comprensión (lo mismo sucedería con un informe médico de un urólogo para internista, por continuar con los ejemplos).

Según el Diccionario de la Lengua Española, de sus 33 acepciones⁸ nos fijamos en los números 8 y 9 que indican: “8. adj. Inteligible, fácil de comprender. 9. adj. Evidente, que no deja lugar a duda o incertidumbre.”.

Lo que no debe es confundirse con los llamados lenguaje fácil o la lectura fácil, porque obedecen a realidades distintas. Así un lenguaje fácil suele referirse a un lenguaje sencillo para todos, o los de lectura fácil, a un lenguaje que utiliza con gran frecuencia recursos visuales y que va dirigido a colectivos que pueden presentar distintas dificultades cognitivas.

4.2 Lenguaje Jurídico Claro

Ahora bien, hablando de claridad jurídica, entendemos que hay que matizar qué podemos entender por claridad.

Para comenzar, partimos La Comisión Europea editó en el año 2013 un sencillo manual: *Cómo escribir con claridad*⁹, que proporciona consejos precisos al respecto y que nos parecieron muy útiles. De hecho, con la Magistrada Natividad Braceras Peña, los adaptamos a un contenido más jurídico y las publicamos¹⁰. Se reproducen aquí:

1. Piense antes de hablar o de escribir. Tenga siempre presente:
 - a) quién será el destinatario de sus palabras. Recuerde cambiar de registro para adecuar su mensaje a dicho destinatario (si es técnico en la materia o no);
 - b) cuál es la intención que tiene su mensaje; y
 - c) qué temas va a tratar.

Como sugirió la Comisión Europea, no olvide –en general– ofrecer una información completa de aquello que debe informar. Hay siete preguntas clave que pueden ayudar a no olvidar ciertas cuestiones al tratar un tema: qué, quién, cuándo, dónde, cómo, por qué y cuánto.

⁸ Disponible en: <<https://dle.rae.es/?id=9PhBhLd>>. Consultado el: 26 de septiembre de 2019.

⁹ Disponible en: <<http://bit.ly/2b4Fie6>>. Consultado el: 1 de agosto de 2019.

¹⁰ Disponible en: <<https://confilegal.com/20160905-una-justicia-moderna-una-justicia-comprensible/>>. Consultado el: 20 de agosto de 2019.

2. Forma del documento o del discurso. Una fórmula aplicable a numerosos discursos suele contener tres partes: 1) introducción, exposición inicial o encabezamiento; 2) cuerpo del mensaje y, finalmente, 3) pie con mensaje, petición o decisión, final.

No minusvalore el apoyo de información útil como gráficos o imágenes cuando procedan. Son utilísimos.

3. Orden en las frases. No falla: sujeto, verbo y predicado (o complementos); por ese orden. Además, resulta primordial nombrar al sujeto de cada acción y colocar las acciones en el orden en que se producen, sin esconder la información importante en mitad de la frase y reforzando el final de las frases.

4. Concisión y sencillez. Son aliados de la claridad.

Concisión, o brevedad. No siempre es posible, aunque sí, deseable. Consideramos ideal: alrededor de dos o tres líneas por frase como media y, como ideal, sería recomendable leer párrafos que no superaran las seis o siete (mejor que diez o quince, a pesar de que comprendemos las dificultades que se producen, a veces, para desarrollar un argumento determinado en esos números ideales).

Sencillez: emplear expresiones directas y naturales, sin ambigüedades ni circunloquios; y, mejor, en formulación positiva que negativa.

5. Resulte explicativo en todo aquello que resulte complejo o con datos o cifras que no sean bastante conocidos.

6. Sea concreto y no abstracto. No divague y sea preciso.

7. Utilice preferiblemente la voz activa frente a la pasiva.

8. Olvídense de las oraciones subordinadas de las subordinadas. Solo producen cadenas de subordinación incomprensibles.

9. Evite los términos arcaicos, así como los latinismos y extranjerismos en general. Si necesita introducirlos, hágalo con traducción.

10. Revise y compruebe el contenido de su discurso escrito u oral y ensaye su “puesta en escena”. Sea crítico con su intervención –ni muy severo ni muy condescendiente– y asegúrese, para finalizar, de que su mensaje está suficientemente claro.”

Partir de estas sugerencias, nos pareció y nos parece siempre un acierto.

Vamos ahora a analizar el “tecnolecto” del Derecho, tal y como puede ocurrir con cualquier otro que no sea jurídico y al que ya nos hemos referido en alguna ocasión (CARRETERO GONZÁLEZ, 2015, p. 229-247). Ya mencionamos anteriormente que cada ciencia tiene sus propias características del habla y sus términos, los que le son propios. Por eso, el ámbito jurídico tiene los suyos y estos son los que resultan propios de la ciencia jurídica, es decir, del derecho con el que nos comunicamos.

Acerca de la necesidad y del uso de los tecnicismos jurídicos, tenemos muy claro que los juristas debemos tener y emplear un doble registro comunicativo:

- técnico cuando la comunicación jurídica se produzca entre nosotros (con matices a los que vamos a referirnos ahora);
- y otro registro no técnico, para legos o desconocedores del derecho, cuando no nos estemos dirigiendo entre nosotros juristas, sino a otros receptores.

Si hemos dicho con matices, en cuanto a la comunicación técnica, es porque debemos tener en cuenta que, pese a que todos los juristas hemos compartido estudios similares, al ejercer las respectivas profesiones y con el paso del tiempo, cada uno de nosotros termina especializándose y dominando una o varias materias por encima del resto. Pero con el tiempo se pierden conocimientos de aquellas materias jurídicas que no se utilizan. Esto supone que, si nosotros dominamos, por ejemplo, fundamentalmente materias administrativas y procesales, cuando nos informen o leamos un escrito plagado de terminología financiera, si no hay explicaciones suficientes o términos más comprensibles, nos veremos obligados a analizar la terminología para desentrañarla y comprenderla porque ya no nos resultará tan familiar ni clara.

Cuando nos dirijamos a otras personas que no sean juristas, deberemos hacer un esfuerzo por resultar claros. Para ello debemos evitar los tecnicismos o resultar explicativos si es que no hallamos un término preciso, equivalente y más claro. A propósito, resulta conveniente traer aquí las recomendaciones de Borrego Nieto (2015, p. 18 y ss.) cuando, tras estudiar diferentes plantillas procesales de uso común, diferencia tres tipos de tecnicismos. Se apreció que hay tres tipos de tecnicismos:

- a) los que se pueden denominar como “no fácilmente sustituibles” y “oscuros para personas cultas”, como desistir, enervar, allanarse, enervar o reconvencción;
- b) los “no fácilmente sustituibles pero inteligibles para personas cultas”, como: atestado, acto, despacho, cédula, incoar o requerir, transigir; y,
- c) los “tecnicismos y marcas de registro sustituibles”: acción ejercitada, antecedentes fácticos, dimanante, estar a lo previsto, evacuar un traslado u obrante.

El propio autor recoge una serie de expresiones y propone otras más inteligibles. Por ejemplo:

- a tenor de: de acuerdo con;
- conexo: conectado;

- particulares: detalles;
- librar: enviar;
- reclamar de: preguntar a;
- interesar de: solicitar a;
- oficiar a: enviar oficio a;
- circunstancias exteriores: aspecto exterior;
- opera como: se considera;
- apercibir: advertir;
- consignar: ingresar;
- con las prevenciones legales: de acuerdo con lo previsto por la ley;
- por tercero: por parte de una tercera persona;
- cumplimentar: llevar a cabo;
- proposición: propuesta;
- actuado: hecho, realizado;
- avenencia: acuerdo alcanzado;
- requerir: pedir;
- participarlo: comunicarlo.

Por ello, al apreciar estas dobles posibilidades de expresión, debemos recomendar que, en función del receptor, especialista o no en materia jurídica, utilicemos unos términos técnicos, o sus alternativas, que podrán comprender mejor.

En consecuencia, un lenguaje técnico y plagado de tecnicismos puede ser perfectamente claro si el destinatario es una persona que comprende esos términos. Y, probablemente, resultará incomprensible para quienes no sean especialistas en la materia. Por eso será un error hablar de falta de claridad del lenguaje jurídico solo porque se utilicen tecnicismos que no se comprendan por los no juristas.

La claridad, en definitiva, estará en función de distintas variables y la principal será la del destinatario. El lenguaje de las leyes, que va destinado a todos, debería ser claro para el ciudadano medio (de una cultura media) y actualmente necesita una gran revisión, como expresaremos más adelante, pero el escrito que una parte redacte técnicamente para un juez, por ejemplo, tiene que ser claro para ese juez, lo que no implica que sea claro, en el sentido de perfectamente comprensible para un ciudadano medio. No confundamos.

5 LA CLARIDAD DEL LENGUAJE JURÍDICO EN LOS ÁMBITOS NORMATIVO Y JUDICIAL EN PARTICULAR

De los tres posibles ámbitos en los que hay posibilidades de realizar aportaciones a la claridad del lenguaje jurídico, es decir, la comunicación del

ejecutivo, legislativo y judicial, hemos decidido dedicar este espacio especial a los ámbitos normativo (que afecta tanto al poder ejecutivo como al legislativo) y judicial.

Ya el Séptimo barómetro de opinión realizado para el CGPJ en noviembre de 2000, por ejemplo, al tratar la imagen de la justicia en la sociedad, y a la pregunta realizada en la encuesta en modo afirmativo para responder acerca del grado de acuerdo (con un: de acuerdo, en desacuerdo o sin opinión), indicaba: “El lenguaje y los procedimientos de los tribunales son excesivamente complicados y difíciles de entender para el ciudadano medio”, el 84 por ciento de las respuestas estuvieron de acuerdo, un 12 por ciento en desacuerdo y un 4 por ciento sin opinión (ESPAÑA, 2000, p. 180).

El porcentaje es elevadísimo y, a nuestro juicio, insostenible hoy día.

El informe de la CMLJ se refiere a un porcentaje similar en 2011 (a un 82% de usuarios que manifestaron su sentir con relación al lenguaje jurídico)¹¹.

En el mismo barómetro también se indica con respecto al lenguaje en tribunales que:

[...] El carácter hermético, ininteligible del lenguaje y de las formas de proceder de estos, la consiguiente necesidad de una mediación profesional para poder entrar en contacto con ellos, lo imponente de su ritual, lo contundente de sus decisiones, son factores que no han contribuido por lo general a prestarles el perfil de una institución cercana y amable (ESPAÑA, 2000, p. 127).

Pero es que, en el V Barómetro externo del Consejo General de la Abogacía Española (CGAE), y ya en 2015, se afirma, literalmente, por lo que a la expresión del derecho y a su comprensión respecta, que

“El lenguaje y los procedimientos de la Justicia son excesivamente complicados y difíciles de entender para el ciudadano medio (82%)”.

De nuevo nos movemos en porcentajes superiores al 80 por ciento de quienes han valorado el lenguaje de la justicia.

5.1 La Claridad en el Ámbito Normativo

Situamos el **ámbito normativo** en primer lugar porque consideramos que una cuestión básica a tratar en cuanto a la posible falta de claridad se halla en la propia redacción de las normas.

¹¹ Informe. Disponible en: <<https://bit.ly/2Aar6wk>>. p. 2. Consultado el: 16 de agosto de 2019.

5.1.1 Situación actual

La falta de claridad en el lenguaje jurídico no puede desligarse del deterioro general del conjunto de normas aprobadas en las últimas décadas, derivado de su proliferación excesiva y de una deficiente coordinación entre ellas. El Derecho de nuestros días, de origen ya no solo estatal, sino también internacional y regional, ha perdido en parte su visión de conjunto o de sistema, como consecuencia de la descoordinación entre normas que desde distintas perspectivas regulan un mismo objeto (FUENTES GÓMEZ, 2009, p. 112-133).

Este conjunto descodificado de normas es causa de una incomprensión que no solo afecta a los ciudadanos, sino también a los mismos órganos administrativos, que suelen ser los autores de la gran mayoría de los proyectos que finalmente se aprueban y que están llamados a su aplicación. La paradoja de este escenario normativo es que las propias Administraciones pueden terminar olvidando que el ordenamiento jurídico debe ser un sistema integrado y coherente. Frente a esta coherencia, que exige respeto a los principios que rigen el sistema y los derechos de los ciudadanos, la práctica de muchos órganos administrativos termina por limitarse a aplicar normas muy concretas (desarrolladas frecuentemente mediante instrucciones y resoluciones) y llevarlo a cabo de una forma que cuadra mal el Estado de Derecho que nuestra Constitución (CE) proclama.

La incomprensión de esas normas está en la raíz de estos problemas. Un Derecho que se entiende mal tiende a multiplicarse, a buscar vías de desarrollo muy forzado, que han llevado a la situación actual.

Estos problemas de comprensión de las normas no son nuevos, ni en España ni en países de nuestro entorno, aunque sí hemos de reconocer que en nuestro país nos está costando más adoptar medidas que eviten esa situación y conciban el Derecho en un activo social y económico. Por la calidad de los trabajos que allí se elaboraron merece destacarse la labor de la efímera CMLJ, a la que ya se ha hecho referencia, que trabajó en el Ministerio de Justicia los años 2010 y 2011, que además de un informe final dejó una serie de estudios de campo sobre las distintas manifestaciones del lenguaje jurídico, y entre ellos uno destinado específicamente al lenguaje de las normas, dirigido por el académico Salvador Gutiérrez Ordoñez¹². Desgraciadamente, este trabajo no tuvo continuidad, ni suficiente difusión entre quienes se dedican a la redacción de proyectos normativos.

Las causas de esta realidad son complejas, pero es evidente que aquellas normas de los grandes códigos, en gran medida reguladoras de la autonomía de la voluntad a partir de principios que permitían resolver cuantas situaciones

¹² Disponible en: <<https://lenguajeadministrativo.com/wp-content/uploads/2015/10/CMLJ-Lenguaje-de-las-normas.pdf>>. Consultado el: 7 de septiembre de 2019.

podían surgir en cada ámbito, se han visto sepultadas por miles de normas que regulan la intervención administrativa sobre los distintos sectores. Unas normas administrativas cuyo propósito inicial era circunscribir y limitar el poder de la Administración Pública sobre los ciudadanos, pero que han acabado por generar un exceso de disposiciones caracterizadas por ser en extremo detallistas y por imponer a los ciudadanos multitud de obligaciones en forma de trámites de cumplimiento no siempre sencillo. Se trata de una normativa, además, excesivamente cambiante, de redacciones complejas, llenas de remisiones cruzadas entre ellas que pronto quedan desfasadas y carentes de sentido a causa de esas sucesivas reformas.

Sea como fuere, el resultado es que, desde hace ya bastantes años y con más frecuencia de la deseable, es habitual encontrar disposiciones de difícil comprensión. Las causas por las cuales no se entienden las normas son diversas: en ocasiones se deben al descuido en su redacción, lo que puede suponer que el texto del precepto o preceptos en cuestión resulten incomprensible, o bien que su redacción admita al menos dos interpretaciones distintas. Tampoco dejan de registrarse casos en los que en un precepto se afirma una cosa, para afirmar lo contrario en un precepto ubicado poco después. Tampoco hay algunos casos de regulaciones incompletas que hacen inaplicable el conjunto de la norma o, cuando menos, obligan a esperar a la aprobación de otras leyes o desarrollos reglamentarios (DESDENTADO BONETE, 2009).

Para que el lector no piense que hablamos de ciencia ficción más adelante veremos algunos ejemplos y trataremos de dar alternativas de mejora de esas redacciones problemáticas.

Que el Derecho no se entienda genera complicaciones y costes, pero, además, puede considerarse como una renuncia por parte del legislador a su papel. Las leyes que no se entienden se convierten en un semillero de problemas que tendrán que resolver los tribunales en los múltiples pleitos que se van a generar como consecuencia de esa oscuridad en las normas. Por tanto, estamos también ante un problema de eficiencia del Derecho.

5.1.2 La regulación del procedimiento para la elaboración de normas

Por lo que ya se ha visto, las esperanzas que se pusieron en la reforma de 2015 de las normas que rigen la elaboración de los proyectos normativos, a través de las nuevas leyes de procedimiento administrativo y de régimen jurídico del sector público, todavía no han dado sus frutos, a pesar de las buenas intenciones de aquellas. La regulación que ahora nos interesa se encuentra en el procedimiento de elaboración de los proyectos normativos de la Ley del Gobierno de 1997, modificada por las leyes de 2015, así como los principios de buena regulación, que se recogen en el título VI de la Ley 39/2015, de 1

de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La nueva regulación del procedimiento pasa por la previsión de una serie de hitos que debieran asegurar la calidad del producto final. A ello obedece la previsión de una planificación de las normas que se vayan a elaborar mediante su inclusión en el Plan Normativo Anual, la exigencia de estudios previos, el aseguramiento de la participación ciudadana a través de los trámites de consulta y audiencia públicas, y que acompañan a la elaboración de un proyecto y su memoria de impacto normativo.

El procedimiento de elaboración de las normas incluye la petición de los informes de órganos que velarían por la calidad de la norma como son las Secretarías Generales Técnicas de los distintos Ministerios y, de manera destacada, de la nueva Oficina de Coordinación y Calidad Normativa del Ministerio de Presidencia. También se exige la intervención de algunos ministerios (como son Hacienda y Política Territorial y Función Pública) cuando la norma vaya a conllevar un incremento del gasto público, o afecte a cuestiones procedimentales, organizativas, de personal o a las competencias de las Comunidades Autónomas. En muchas ocasiones este procedimiento finaliza con la petición de dictamen al Consejo de Estado, previo a la aprobación por el Consejo de Ministros.

Los proyectos de leyes continuarán su tramitación por las Cortes Generales mediante los sucesivos estudios por el pleno y las comisiones legislativas de cada una de las Cámaras. De esta forma aquellos serán objeto de un debate inicial, de una fase de presentación de enmiendas y su estudio por la comisión legislativa que corresponda, hasta que se apruebe un texto. Los proyectos se remiten después al Senado, que podrá modificarlo y devolverlo al Congreso de los Diputados para su aprobación definitiva.

Por su parte, los principios de buena regulación, que se encuentran en el título VI de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas se dirigirían a asegurar que en el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, la Administración Pública actuará de acuerdo con los principios de necesidad y eficacia, de proporcionalidad, de seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia, que trata de evitar que se impongan cargas administrativas innecesarias.

Además de estas previsiones legales, se habría de destacar que el papel que cumplen las Directrices de Técnica Normativa del año 2005, que, además de referirse a diversos aspectos formales, incluyen recomendaciones sobre el lenguaje a emplear en los textos normativos y criterios de orden en la redacción de las disposiciones. Se dan así criterios orientadores de redacción de los artículos, se intenta limitar su extensión, se alude al empleo de un “lenguaje claro y preciso, de nivel culto, pero accesible” y se predica la adecuación a las normas lingüísticas generales de la Real Academia Española, con cuya

colaboración la Subsecretaría de Presidencia elaborará “unas instrucciones complementarias de tipo práctico que ayuden a aplicar los criterios lingüísticos generales en disposiciones y normas oficiales”, que formarán parte integrante de estas directrices. Este desarrollo todavía no ha tenido lugar, aunque se empieza a considerar la gran utilidad que tendría.

5.1.3 Los problemas de implementación del procedimiento para la elaboración de normas

La cuestión que se quiere desarrollar aquí es por qué esta regulación no ha sido suficiente para evitar que se sigan aprobando normas con problemas graves de redacción y aplicación.

- la primera explicación es de tipo político y un buen análisis de ella se encuentra en la serie de artículos publicados en sucesivos números de la Revista del CGAE, después recopilados por esta misma institución en el libro titulado “El arte de legislar”. Parece que cada gobierno se marca el objetivo de aprobar mayor número de leyes que el anterior, lo que se está traduciendo en una devaluación legislativa y en múltiples problemas de cumplimiento que implican ineficiencia, inseguridad jurídica, distorsión del mercado y la convivencia, “y en último término puede degenerar en una herramienta arbitraria de control de los ciudadanos” (DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, 2016). En cualquier caso, la importancia política que se quiera dar a cada ley se traduce en que vale casi todo para lograr su aprobación, siendo la calidad de sus preceptos lo primero que se sacrifica;
- la segunda explicación estaría en la falta de sentido realmente ordenador y racionalizador con la que muchas veces se aplican las normas que regulan la elaboración de las normas. Por ejemplo, está muy bien que exista un plan normativo anual, pero no debiera ser simplemente un saco en el que meter cuantos proyectos se proponen desde los diferentes centros directivos de la Administración General del Estado. En su lugar, las normas a incluir en dicho plan debieran responder al propósito de simplificación y mejora del Derecho, de codificación que permita reunir y coordinar textos hoy dispersos, y no una mera agregación sin orden ni concierto de distintas iniciativas. Sería importante que estas ideas presidieran la producción normativa, con sentido común y de una realidad cuya racionalización es inaplazable abordar.
- la tercera explicación estaría en el abuso por parte de los distintos gobiernos del recurso al real decreto-ley, prácticamente como forma ordinaria de legislar, amparada por una necesidad urgente y extraordinaria, de difícil

control. Lo que supone este tipo de norma es el desconocimiento de los trámites ordinarios para la elaboración de las normas, lo que lleva a prescindir del informe de importantes órganos, como pueden ser el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), la Fiscalía General del Estado (FGE) o el Consejo de Estado, y también de las aportaciones de los sectores afectados. La consecuencia es que se aprueben normas de escasa calidad normativa y en las que se ha desperdiciado la oportunidad de contar con reflexiones valiosas para aprobar una mejor regulación.

- como cuarta explicación destacaríamos que tampoco se ha puesto hasta la fecha especial interés en la claridad del lenguaje de los proyectos. Esto hace que no resulte extraño encontrarse con textos sobrecargados de frases subordinadas, con un orden más bien confuso, con exceso de remisiones entre artículos, entre otros defectos lingüísticos.

En el origen de esta situación también se encuentra el escaso interés en la formación sobre estas cuestiones de los funcionarios responsables de la elaboración de los textos normativos.

Aquí también debe mencionarse la escasez de medios puestos a disposición de los órganos con vocación bien de preparar textos normativos con la calidad exigible, como es la Comisión General de Codificación (integrada por grandes expertos en las distintas ramas en las que convencionalmente se divide el Derecho y cuyos trabajos se caracterizan siempre por su altísima calidad) del Ministerio de Justicia, o los que llevarían a cabo una revisión o control de calidad de las normas que se pretenden aprobar, como es la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa. El desinterés en dotarles de esos medios y estructura, junto a la falta de apoyo político y administrativo, les impide que cumplan su función de manera satisfactoria.

- Finalmente, y por no alargar más la explicación de las causas de la falta de claridad del derecho, nos tenemos que referir a la descoordinación entre niveles de legislación, que comprende los convenios internacionales, las normas de la Unión Europea, la legislación del Estado y las normas de las comunidades autónomas. Un panorama normativo realmente complejo que requiere saber que se debe regular a cada nivel y como se van a relacionar los distintos niveles.

Aquí entrarían en juego otra serie de factores que han añadido complejidad a la elaboración de normas claras, como las deficiencias de traducción al español de textos internacionales, o la reiteración de preceptos en normas (a veces con pequeñas diferencias) de los distintos niveles normativos.

5.1.4 El impacto en la claridad de las normas del proceso de incorporación del Derecho de la Unión Europea

La incorporación del Derecho de la Unión Europea al ordenamiento jurídico español ha tenido un impacto muy relevante en el lenguaje de nuestras normas y no para bien. Como han apuntado distintos autores, el lenguaje jurídico de las normas de la Unión Europea responde a características propias, mezcla de las tradiciones jurídicas europeas, quizás eficaz para conseguir ese objetivo de armonización del Derecho de los Estados miembros de la Unión Europea con ese fin de alcanzar el mercado único, pero también repleto de mandatos muchas veces matizados, de estilo farragoso, de mezcla entre la norma general y un desarrollo casuístico interminable cercano a los modelos o formularios del Derecho anglosajón. Como ha dicho David Ordoñez Solís (1998, p. 593-618), “el lenguaje comunitario ha creado un fondo común de palabras prestadas de uno y otro idioma —en especial, del francés y del inglés— y está plagado de términos, siglas y expresiones propias.”.

Es por ello que trasladar esas normas al ordenamiento español es una tarea compleja en la que no se ha puesto hasta ahora suficiente cuidado, lo que ha terminado generando normas de muy distinta textura que se mezclan con otras de cuño tradicional, siendo estas últimas las que tristemente van cediendo espacio a las primeras.

Entre las causas de este impacto del lenguaje de las normas de la Unión Europea sobre el lenguaje de nuestras normas podemos destacar las siguientes:

- la primera es que las redacciones de las normas de la Unión Europea son fruto de compromisos complejos, alcanzados después de largas negociaciones entre los representantes de los distintos Estados, lo que recarga las normas de matices que dificultan su comprensión. La norma europea responde a un difícil propósito de armonización, cuya aprobación conlleva cesiones que tratan de alcanzar un equilibrio entre los distintos modelos normativos de los Estados miembros;
- en segundo lugar, se suele trabajar sobre una traducción a nuestro idioma, que no es el de redacción original en inglés de la norma europea. Si se comparan las redacciones en los distintos idiomas se puede comprobar la existencia de diferencias en las expresiones empleadas, con especial importancia cuando se trata de regulaciones sectoriales que tienen ya consagrados términos propios. En alguna ocasión se detectan también errores al comparar las normas europeas en las distintas lenguas, lo que no pocas veces ocurre años después de la aprobación de las normas españolas que incorporaban la directiva europea;
- en tercer lugar, es de destacar el celo de la Comisión Europea a la hora de exigir que las normas nacionales no se separen de las redacciones

de las directivas europeas. Ello propicia la práctica de las traducciones literales, más cómoda para los responsables de la incorporación de la norma, pero dificulta enormemente la adaptación a nuestra tradición jurídica de esa norma y conlleva arrastrar a nuestro Derecho interno las ambigüedades que a modo de peaje la norma europea tuvo que pagar para su aprobación;

- en cuarto lugar, las normas de la Unión Europea suelen tener un objeto limitado respecto a lo que suele ser las regulaciones de las materias, lo que ha incidido en la descodificación del régimen jurídico de las distintas materias, que se fragmenta en varias normas cuya descoordinación es habitual;
- finalmente, la mezcolanza de normas de Derecho Público y de Derecho Privado en las normas europeas también ha introducido dosis de confusión en regulaciones que hasta ahora estaban correctamente ubicadas en esas ramas de nuestro ordenamiento.

La propia Unión Europea es consciente de los problemas que genera su importante y prolija actividad normativa, lo que le llevó a adoptar la Guía práctica común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión para la redacción de textos legislativos de la Unión Europea, que ya ha conocido dos ediciones, de las que aquí nos referiremos a la última de ellas, del año 2015. Esta guía se comprende dentro de la necesidad, que ya se declaró en el Consejo Europeo de Edimburgo de 1992, de “legislar mejor, es decir, con textos más claros y sencillos”. La primera declaración que contiene la guía constituye una plasmación perfecta del objetivo del lenguaje claro, cuando se dice:

La redacción de un acto jurídico debe ser:

- clara, de fácil comprensión y sin equívocos;
- sencilla, concisa, desprovista de elementos superfluos;
- precisa, para no dejar en la duda al lector.

Más adelante se puede leer la afirmación de que se pretende, “por un lado, conseguir que los actos sean más comprensibles; por otro, evitar contenciosos debidos a una mala calidad de la redacción”. Se insiste, asimismo, en “reducir la intención normativa a conceptos sencillos, para poder luego expresarla con sencillez”. Se afirma que se “optará por la claridad del enunciado más que por la belleza del estilo”, algo que –en nuestra opinión– no debiera considerarse como alternativo u opuesto, sino todo lo contrario. Se dice, por lo demás, que “una redacción gramaticalmente correcta y que respete las normas de puntuación facilitará la buena comprensión del texto”.

A la vista de la experiencia se advierte el interés en recordar a los redactores de textos normativos de la Unión Europea la importancia de la concisión, la

expresión sucinta, la homogeneidad y la estructura sencilla de los textos. Se recomienda evitar frases demasiado extensas, conceptos normativos autónomos, las frases elípticas cuando se trata de textos complejos que requieren de una explicación, las oraciones subordinadas o incisos y las remisiones a otros actos (que no deben impedir que el elemento central de la norma se entienda sin necesidad de acudir a los actos a los que se hace el reenvío). Se puede concluir que esta guía constituye un reconocimiento evidente de la importancia del lenguaje de las normas de la Unión Europea.

El problema no está por tanto en la ausencia de unas directrices, sino en las tensiones que se generan en la negociación de las normas de la Unión Europea y la inexistencia de un trámite final que, respetando los acuerdos políticos, ajuste la redacción del acto a los principios expuestos en la guía (algo parecido a lo que sucede con nuestras leyes). Ante la ausencia de mecanismos de garantía el resultado es que las normas de la Unión Europea terminan por conformar un ordenamiento muy complejo.

A partir de aquí si el legislador nacional no pone cuidado todavía será más difícil la comprensión de las normas de incorporación de las normas europeas. Se ha puesto de manifiesto, en diversos estudios sectoriales, como la falta de adaptación de los preceptos de esas disposiciones de la Unión Europea a los términos del Derecho interno dificulta la aplicación de las normas de incorporación (FARALDO CABANA, 2019, p. 575-597).

Con la experiencia ya acumulada podemos distinguir con claridad cuando solo hemos trasladado los problemas de falta de claridad de las normas europeas a las españolas, y también cuando se ha hecho bien. Como ejemplo de trabajo bien hecho, podemos recordar lo que hizo, allá por el año 2008, la Ponencia de Sociedades que se constituyó en el seno de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, presidida primero por el profesor D. Fernando Sánchez Calero y, después, por el profesor D. Ángel Rojo Fernández-Río. Su tarea consistió en que, una vez aprobadas las directivas sobre fusión transfronteriza de sociedades y la de constitución de la sociedad anónima, mantenimiento y modificaciones de su capital, en elaborar una propuesta cuyo fin era renovar y completar una parte de nuestro derecho de sociedades ya obsoleta.

Así tuvo lugar la aprobación de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles del año 2009, que de manera completa y coherente incluyó el régimen de la transformación de sociedades, la fusión, la escisión, la cesión global de activo y pasivo, y el traslado internacional del domicilio social. Frente al carácter parcial que dentro del derecho de sociedades presentaban las directivas europeas, a nivel nacional ya no solo regulaban las fusiones transfronterizas, sino también las internas, y nuestra ley se adelantó varios años a otras directivas sobre estas materias en las que se ha trabajado en estos últimos tiempos. Este es sin duda el modelo de trabajo a seguir y que nos sirve para reivindicar el trabajo que desarrolla la Comisión General de Codificación, al que se hizo ya referencia.

Ante esta situación es urgente adoptar ya una política de lenguaje jurídico claro, que evite que vayamos a rebufo de una normativa europea que no responde a los criterios de una regulación completa de las distintas materias que aborda, sino al establecimiento de unos mínimos que deben ser uniformes en la UE para favorecer el buen funcionamiento del mercado único. Se ha de defender ante la Unión Europea la necesidad de que la aplicación de sus directivas se ajuste a su definición en los tratados, de tal forma que alcanzando su fin de armonización se deje a cada Estado decidir la forma y los medios. Con ello se trata de evitar ese seguidismo insulso en el lenguaje de las normas, se deben poner los medios que permitan insertar las normas europeas de manera coherente en las regulaciones de la materia de que se trate y que se haga sin menoscabo de la necesidad de salvaguardar los intereses generales de España.

5.1.5 La importancia de los textos anteriores a las normas

Una última cuestión a tratar, aunque sea brevemente, en este apartado de los problemas de claridad de las normas es la de valorar la incidencia de los textos que inspiran a los redactores de los borradores de los borradores y proyectos normativos. Nos referimos a aquí al papel que cumple la doctrina, la jurisprudencia (con especial importancia la del Tribunal Supremo) y también las circulares, consultas e instrucciones de la FGE. La buena redacción de todos estos escritos también será una ayuda relevante para redactores de los borradores y proyectos normativos.

En relación con todos los escritos a los que se ha hecho referencia se ha de destacar que con carácter general se trata de documentos escritos de gran calidad, caracterizados por la precisión en el empleo del lenguaje, pero también de una extensión notable y, en ocasiones, con un orden en la narración que podría mejorarse.

Junto a lo anterior, y cuando se trata de normas que afecten, también las normas deben contar con el informe tanto del CGPJ como de la FGE. Unos informes de gran valor para la mejora del proyecto durante su tramitación.

5.2 La Claridad en el Ámbito Judicial: Lenguaje Escrito y Lenguaje Oral

5.2.1 Cuestiones generales

En el **ámbito judicial** también existe, como ya se ha dicho, una preocupación por la claridad de la redacción de los escritos procesales, lo que ha dado lugar a diversas iniciativas que incluían entre sus objetivos la mejora

del lenguaje, a las que ya se ha aludido y sobre las que ahora nos detendremos un poco más.

Destacamos, en primer lugar, la Carta de Derechos del Ciudadano ante la Justicia¹³, uno de los documentos más desconocidos por muchísimos españoles (constatado cada año al preguntarlo nosotros mismos a cientos de estudiantes de derecho, máster de acceso a la abogacía y asistentes de diversa procedencia profesional y personal a ponencias jurídicas).

Uno de los apartados de la primera parte de la carta se denomina: Una justicia comprensible. Allí se indica que “El ciudadano tiene derecho a que las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos contengan términos sencillos y comprensibles, evitándose el uso de elementos intimidatorios innecesarios”.

Si pensamos en la redacción que tiene, por ejemplo, un requerimiento, es fácilmente comprensible que, al menos como aspiración, se espere un cambio de términos en el que los elementos intimidatorios en concreto en los que se apela a la utilización de diversas medidas de diferente categoría de gravedad se expongan sin el tono amenazante que acostumbran, ya que entre la advertencia y la amenaza hay una importante línea que no se debe traspasar.

Por otra parte, se afirma que “El ciudadano tiene derecho a que en las vistas y comparecencias se utilice un lenguaje que, respetando las exigencias técnicas necesarias, resulte comprensible para los ciudadanos que no sean especialistas en derecho”.

Además, se dice que “Los Jueces y Magistrados que dirijan los actos procesales velarán por la salvaguardia de este derecho”.

Esto enlaza directamente con el siguiente derecho enunciado en la carta:

El ciudadano tiene derecho a que las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de tal forma que sean comprensibles por sus destinatarios, empleando una sintaxis y estructura sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico.

Se deberá facilitar especialmente el ejercicio de estos derechos en aquellos procedimientos en los que no sea obligatoria la intervención de Abogado y Procurador.

Pues bien, una de las críticas que se hacen a preceptos como estos se basan en que se solicite, al mismo tiempo, rigor técnico y comprensión, como si resultaran exigencias incompatibles.

¹³ La Proposición no de Ley sobre la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia fue aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, por unanimidad de todos los Grupos Parlamentarios, el día 16 de abril de 2002. Disponible en: <<https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/05/Carta-de-Derechos-de-los-Ciudadanos-ante-la-Justicia.pdf>>. Consultado el: 17 de agosto de 2019.

La sencillez en el lenguaje, como deseo, es plausible y ha de ser así cuando el receptor sea un ciudadano. No obstante, dado que los tecnicismos manejados en la ciencia del derecho, por ejemplo, en el lenguaje procesal, consiguen que exista precisión, por una parte, y por otra, economía procesal. En todo caso, debemos realizar un esfuerzo por comunicar de forma comprensible. Este esfuerzo consistirá en sustituir, como apuntábamos anteriormente, algunos de los términos empleados habitualmente, por otros más fácilmente comprensibles. Cuando no haya un término sinónimo más claro, entonces, habrá que explicar qué se quiere decir con esa palabra, ya sea en el propio texto (preferiblemente) o en una nota al pie.

En la última parte de la carta se trata la eficacia de la propia carta como documento. Se sostiene que los ciudadanos tienen derecho a exigir el cumplimiento de los derechos reconocidos en la carta, y que quienes están vinculados son: jueces y magistrados, fiscales, secretarios judiciales (hoy letrados de la Administración de Justicia), médicos forenses, funcionarios públicos, abogados y procuradores y otras personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia. Ahora bien, ¿qué constancia hay de esa vinculación? y ¿cómo se articula y como se controla? Lo desconocemos.

Posteriormente, apareció el Plan de Transparencia Judicial¹⁴. En la introducción del acuerdo que dio lugar a dicho plan, se dijo que al objetivo de conseguir una Justicia transparente se sumaba la necesidad de obtener una Justicia comprensible para los ciudadanos, exponiéndose concretamente el catálogo de derechos relativos a los términos de las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos, al lenguaje a utilizar en las vistas y comparencias, a la sintaxis e inteligibilidad de las sentencias y demás resoluciones judiciales y a la disposición gratuita de los formularios necesarios para el ejercicio de los derechos ante los tribunales cuando no resultara necesaria la intervención de abogado y de procurador.

En este acuerdo, y entre las razones del plan, se manifiesta literalmente, por añadidura, que (la negrita es nuestra):

[...] es necesario mejorar también el lenguaje jurídico utilizado por los distintos intervinientes en el proceso, cuya finalidad última es pacificar los conflictos entre las partes, siendo exigible, por consiguiente, para lograr dicho objetivo, **que los justiciables comprendan efectivamente** cada paso que se da en el proceso. Se contribuirá, de este modo, al conocimiento transparente del funcionamiento de este servicio público, debiendo publicarse, con el mismo fin, la ubicación de los puntos de información para los ciudadanos, desplegados por las Administraciones Públicas con competencias en materia de Justicia así como por los Colegios profesionales, ya que los ciudadanos en general y los usuarios en particular se quejan reiteradamente de una información

¹⁴ La Resolución de 28 de octubre de 2005, de la Secretaría de Estado de Justicia, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2005, en que se aprueba este Plan (BOE de 1 de noviembre de 2005). Disponible en: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2005-17951>. Consultado el: 16 de agosto de 2019.

deficiente antes y durante el proceso, y son **especialmente críticos con un lenguaje jurídico que se muestra ininteligible en múltiples ocasiones** [...].

Con relación a los principios del Plan de Transparencia Judicial, resulta interesante contextualizarlo normativamente con relación a otros preceptos relacionados. Así, se nos informa en el propio plan, al tratar sus principios, que:

[...] Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.1 como el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su artículo 6 y la CE en el artículo 24 reconocen, con distintas formulaciones, el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los tribunales en un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías.

Además, el artículo 120 de la CE resalta el carácter público de las actuaciones judiciales, con las excepciones que puedan prever las leyes de procedimiento, y añade la obligación de que las sentencias sean siempre motivadas y se pronuncien en audiencia pública.

El primer principio que resultaba necesario recoger en el Plan de Transparencia Judicial era el relativo a la necesaria publicidad de las actuaciones judiciales, que “deberá cumplir al menos dos objetivos primordiales: proteger a los ciudadanos de una justicia sustraída al control y conocimiento públicos y mantener la confianza de la comunidad en los tribunales [...]”.

A nuestro parecer, en el supuesto de la claridad del lenguaje jurídico, consideramos que posee vinculación con la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE, aparte de la referida en el art. 120.3 de la misma CE, ya que, uno de los aspectos más relevantes y necesarios para poder comprender las sentencias y, en especial, su motivación, será el uso que se haga del lenguaje jurídico.

La idea de transparencia judicial debe relacionarse igualmente con lo establecido, en general, en el art. 9 de la CE y, en especial, para que resulte exigible la responsabilidad de los poderes públicos de dicho precepto y a la que también se alude, del mismo modo, en los artículos 106 y 121 del texto constitucional, en este último en el concreto ámbito de la Administración de Justicia.

De modo específico, entre los instrumentos del Plan de Transparencia Judicial, el apartado séptimo, se refiere a la modernización del lenguaje jurídico. Se afirma, con razón, que conviene conciliar criterios tendentes a desechar fórmulas y expresiones anacrónicas o vacías de contenido que no proporcionan ninguna información y, especialmente, prestar atención a la comprensibilidad de las citaciones que las oficinas judiciales dirijan a los ciudadanos, quienes en las últimas encuestas a usuarios de la Administración de Justicia realizadas

por el CGPJ todavía manifiestan, en un porcentaje que sería deseable reducir, que no han entendido el lenguaje jurídico que los tribunales han empleado, permaneciendo como usuarios con más problemas con este lenguaje los de clase baja o media-baja, los usuarios de juicios de faltas y juicios penales y, más en concreto, los denunciados, los acusados, los testigos y los testigos-víctimas, por este orden. A estas comunicaciones y a los problemas de comprensión que ofrecen, ya nos hemos referido anteriormente, en concreto, con los requerimientos.

En este apartado se contenía, precisamente, el compromiso del gobierno de proceder al impulso y entrada en funcionamiento de la citada CMLJ, creada por Orden JUS/3126/2003, de 30 de octubre, con objeto de alcanzar la aspiración de la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia consistente en obtener una justicia comprensible, tanto en las comunicaciones escritas como en las vistas o comparecencias y en las propias resoluciones judiciales, todo ello sin perjuicio de las exigencias que deriven de la correcta técnica jurídica. Como hemos dicho ya, esta comisión, debido a distintos avatares y cambios políticos, se constituyó finalmente en 2009. Con algunas de sus recomendaciones desarrollamos los dos epígrafes siguientes, sobre la claridad del lenguaje escrito y el oral, dedicando, por su mayor complejidad, más espacio al lenguaje escrito.

5.2.2 La claridad en el lenguaje escrito

Al redactar documentos jurídicos, en nuestra opinión, debe cuidarse tanto el fondo como lo que se suele descuidar con mayor frecuencia, la forma.

En la redacción jurídica se utiliza, fundamentalmente, la argumentación, la descripción y la narración. La CMLJ, como hemos indicado, formuló consejos destinados, sobre todo, al lenguaje escrito y a la mejora de cada una de esas redacciones¹⁵, que reproducimos ahora por su interés y por su relación directa con un lenguaje jurídico más claro.

✓ Descripciones

Una descripción relata cómo es algo, ya sea en su aspecto externo y material, ya sea en su dimensión interna o anímica. Las descripciones tienen gran importancia en algunos tipos de discurso jurídico. De este modo, su redacción no debe descuidarse y, para ello, deben tenerse en cuenta ciertos aspectos:

- han de ser ordenadas, precisas, exactas y claras;
- deben seguir un orden, ya sea espacial (de arriba hacia abajo, de fuera hacia adentro), de importancia (de lo principal a lo accesorio), de tamaño (de lo mayor a lo menor).
- han de utilizar el léxico apropiado. Los sustantivos adecuados fijarán bien el objeto o el concepto. Los adjetivos matizarán las cualidades y las propiedades;

¹⁵ Informe disponible en: <<https://bit.ly/2Aar6wk>>. Consultado el: 29 de septiembre de 2019, p. 6 y 7.

- deben ser concisas, lo que permite captar con mayor claridad los aspectos importantes y distintivos del objeto descrito.

✓ La narración

Con una narración se relata un suceso o acontecimiento en el que hayan intervenido determinadas personas y que se ha desarrollado en un momento y en lugar determinados.

La narración ocupa una importancia trascendental en algunos tipos de textos dictados por los profesionales del derecho. El relato ha de ser ajustado a lo acontecido, completo en la enumeración de personas y circunstancias, ordenado, claro y conciso. La narración de hechos debe explicar claramente qué ha sucedido, quién hizo qué, cómo, dónde y cuándo, sin incluir, en ningún caso, valoraciones subjetivas. Por último, debe recordarse que la narración de los hechos y la valoración jurídica han de figurar siempre de forma separada (ya hemos tratado de forma más amplia la narración jurídica (en CARRETERO GONZÁLEZ, 2015b, p. 63-85).

✓ La argumentación

La argumentación, el tipo de discurso más característico de los profesionales del derecho, aporta razones que explican un comportamiento o un supuesto. Empleando este tipo de discurso, el profesional del derecho expone por qué se consideran aplicables determinadas normas o actos a unos hechos, así como sostiene una interpretación con la finalidad de generar una consecuencia jurídica. El objeto esencial de cualquier argumentación es, por tanto, convencer. Por ello, toda argumentación, ya sea verbal o escrita, debe tomar en consideración que su destinatario no es solo el profesional del derecho, sino el propio ciudadano en el que en último término recaerán los efectos jurídicos de la decisión final adoptada. Para mejorar la claridad y comprensión de la argumentación jurídica se realizan dos breves recomendaciones:

- el argumento debe ser explícito, claro y ha de utilizar un lenguaje inteligible;
- la correcta comprensión de la argumentación escrita y oral requiere diferenciar los argumentos de las conclusiones de forma expresa.

Tengamos en cuenta que algunos de los fallos al redactar, puede ser no tener presentes las distintas finalidades, narrar, describir, argumentar, y utilizar una forma lineal para todos los discursos. Las anteriores, suponen unos consejos que son sencillos de seguir y que pueden mejorar, considerablemente, la claridad de nuestros escritos.

Por otra parte, debemos atajar, de una vez, los obstáculos más frecuentes en materia de claridad y que, con ayuda de las recomendaciones de la CMLJ¹⁶, enumeramos brevemente:

1. párrafos. Poseen un contenido de unidad temática y están separados por un punto y aparte. Delimitan y segmentan la información de un texto en unidades dotadas de coherencia:
 - a. extensión. Ya nos hemos referido a esta cuestión en páginas anteriores. Son muy largos por regla general y debemos intentar que no sobrepasen las seis o siete líneas;

¹⁶ Informe disponible en: <<https://bit.ly/2Aar6wk>>. Consultado el: 29 de septiembre de 2019, p. 7 y ss.

- b. unidad temática. Que contengan un tema por párrafo;
 - c. sucesión de párrafos. Que siga un hilo discursivo;
 - d. evitar los párrafos de una oración formados por concatenaciones de frases coordinadas y subordinadas plagadas de incisos porque dificultan enormemente la comprensión;
 - e. utilice marcadores que ordenen el discurso (en primer lugar, en segundo [...] por último) y conectores (además, sin embargo, en consecuencia [...]) para expresar de forma clara la relación entre las distintas partes del párrafo o entre párrafos;
 - f. utilice las enumeraciones de forma homogénea (no vaya cambiando para no generar confusión; si comienza por números romanos, y en segundo nivel en números arábigos, no pase después al alfabeto, continúe con los números romanos y después a los arábigos);
2. oraciones. Es la unidad de comunicación con sentido propio:
- a. extensión. No sobrepase, como ideal, las tres líneas;
 - b. sintaxis. Sencilla evitando las complicadas;
 - c. incisos. Si afectan a toda la oración, colocarlos mejor al final de la misma;
 - d. puntuación. En una palabra, correcta, si quiere expresar la idea que sostiene y no dar lugar a posibles confusiones. En especial, ponga cuidado con las comas, que tenemos a acumular, y, añada más puntos, que tendemos a olvidar;
 - e. evite las concatenaciones de oraciones. Divida las oraciones;
 - f. evitemos la acumulación de pasivas, que nos alejan de lo cotidiano, de la ciudadanía en general;
 - g. cuidado con los gerundios. Nos cuesta prescindir de ellos y los usamos con demasiada frecuencia;
 - h. cuidemos el uso de las preposiciones (en especial de las numerosas *ae*, con el sentido de “para” o “a fin de que”);
 - i. eludamos tanta forma arcaica de subjuntivo (tuviere, hubiere [...]);
 - j. uso incongruente de las formas verbales. Se observan numerosas incorrecciones;
 - k. exceso de mayúsculas para designar, en especial, cargos e instituciones;
3. terminología. Como ya hemos hecho referencia, anteriormente, a esta cuestión al tratar las críticas al lenguaje técnico, únicamente recordar aquí la necesidad de utilizar el doble registro, técnico o no técnico según se trate de destinatarios juristas o no juristas, respectivamente. Añadimos aquí, únicamente, que damos el mismo tratamiento a los latinismos o a las locuciones latinas;
4. citas y referencias. Se debe cuidar el modo de introducir citas en los textos y evitar la proliferación innecesaria de referencia que recargan los textos. Tengamos siempre en cuenta que la primera vez que se cite una ley,

es deseable que aparezca la referencia concreta (Ley de Enjuiciamiento Civil, por ejemplo).

Sabemos que seguir estas recomendaciones nos puede costar porque, como indicábamos, nos ha faltado a muchos la debida preparación durante nuestros estudios de derecho, pero resulta sencillo adoptarlas y conseguir claridad en nuestra expresión.

5.2.3 La claridad en el lenguaje oral

En este caso nos vamos a remitir a las recomendaciones que redactamos a petición de la Abogacía española (CARRETERO GONZÁLEZ, 2013), que comprendían las siguientes sugerencias para la mejora de la claridad:

1. tener claros los objetivos de su discurso, prepárelo de manera suficiente y al exponerlo, hágalo ordenadamente y sin perder de vista la finalidad;
2. explique cuando sea oportuno:
 - a. si está en un tribunal con un lego en Derecho, explíquelo lo que cree que puede no entender;
 - b. si el receptor es un jurista, hable técnicamente, pero de modo correcto;
3. evite los defectos que se trasladan desde lo escrito al discurso, en especial, las parrafadas. La memoria a corto plazo retiene brevemente, recuérdelo y no haga interminables los discursos;
4. vocalice y entone (evite el tono uniforme y monótono, tampoco grite ni susurre); no sea ni el más rápido ni el más lento; mejor una velocidad moderada para su disertación;
5. ensaye, intente conocer previamente el lugar de su exposición oral y practique (ganará en seguridad y evitará situaciones de incertidumbre);
6. los gestos y los movimientos son importantes, así como la cortesía, la buena educación, la puntualidad y la indumentaria;
7. ensaye y practique para conseguir la claridad necesaria y la naturalidad que conlleva la práctica.

6 DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA DEL LENGUAJE CLARO EN LOS ÁMBITOS NORMATIVO Y JUDICIAL

En este apartado traemos muestras concretas de escritos reales para visualizar y analizar determinadas prácticas con relación al lenguaje claro. Veremos cómo hay textos, que, como hemos sostenido contienen los lógicos

tecnicismos propios del ámbito jurídico y otros, que son aquellos que se puedan dirigir a la ciudadanía, requieren de otro tipo de lenguaje, no técnico. Como hemos sostenido anteriormente, no se puede generalizar y reivindicar sin más, para todos los supuestos un lenguaje sin tecnicismos, precisión ni economía del lenguaje, ni en materia jurídica, ni en otras disciplinas, porque carecería de toda lógica.

6.1 El Ámbito Normativo

Para que el lector no piense que hablamos de ciencia ficción, vamos a ver algunos ejemplos que se pueden encontrar en el Derecho español, limitándonos ahora a leyes nacionales.

a) El primero es el caso del artículo 113 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, en el cual se dice una cosa y la contraria:

En ningún caso [las sociedades mercantiles estatales] podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas.

Al margen de lo polémica que pueda ser esta norma (que lo es), la cuestión es por qué no se dijo sencillamente:

Solo de manera excepcional y motivada se podrá atribuir por ley a las sociedades mercantiles estatales el ejercicio de potestades administrativas.

b) Otro ejemplo de contradicción puede encontrarse en dos preceptos casi consecutivos de la Ley concursal, los artículos 231 y 233. Así. El artículo 231.5, último párrafo dice:

No podrán acudir al procedimiento previsto en este Título [acuerdo extrajudicial de pagos] las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

Mientras que el artículo 233.5 dispone que:

5. En el caso de entidades aseguradoras, el mediador designado deberá ser el Consorcio de Compensación de Seguros.

En efecto, ambos preceptos se contradicen sin ningún pudor. La solución pasa por suprimir uno de ellos.

c) La compleja Ley de contratos del sector público, en su última versión del año 2017, incurre en algunos de los defectos típicos que más afectan a la claridad. Vamos a ver lo que hacen los artículos 99 a 101, a cuya lectura hemos de remitir. En primer término, podemos ver que el apartado 6 del artículo 99 prevé que se determine el valor de los contratos de acuerdo con lo establecido en el “artículo 101, salvo que se dé alguna de las excepciones a que se refieren los artículos 20.2, 21.2 y 22.2”. Lo mejor viene cuando se leen estos últimos artículos y se comprueba que a su vez remiten también al artículo 101, con redacciones prácticamente idénticas para cada tipo de contrato. Consideramos más sencillo refundir todos los supuestos en el artículo 101 y suprimir los apartados 2 de los artículos 20, 21 y 22. Lo mostramos en una tabla a dos columnas que permita comparar la norma vigente con la que proponemos y que quedaría del siguiente modo:

Redacción actual	Redacción propuesta
<p>Artículo 99.</p> <p>6. Cuando se proceda a la división en lotes, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, calculado según lo establecido en el artículo 101, salvo que se dé alguna de las excepciones a que se refieren los artículos 20.2, 21.2 y 22.2</p>	<p>Artículo 99.</p> <p>6. Cuando se proceda a la división en lotes, las normas procedimentales y de publicidad aplicables a la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, calculado según lo establecido en el artículo 101.</p>
<p>Artículo 101.</p> <p>12. Cuando la realización de una obra, la contratación de unos servicios o la obtención de unos suministros destinados a usos idénticos o similares pueda dar lugar a la adjudicación simultánea de contratos por lotes separados, se deberá tener en cuenta el valor global estimado de la totalidad de dichos lotes.</p> <p>Igualmente, cuando una obra o un servicio propuestos puedan derivar en la adjudicación simultánea de contratos de concesión de obras o de concesión de servicios por lotes separados, deberá tenerse en cuenta el valor global estimado de todos los lotes.</p>	<p>Artículo 101.</p> <p>12. Cuando la realización de una obra, la contratación de unos servicios o la obtención de unos suministros destinados a usos idénticos o similares pueda dar lugar a la adjudicación simultánea de contratos por lotes separados, se tendrá en cuenta el valor global estimado de la totalidad de los lotes.</p> <p>Igualmente, cuando una obra o un servicio propuestos puedan derivar en la adjudicación simultánea de contratos de concesión de obras o de concesión de servicios por lotes separados, deberá tenerse en cuenta el valor global estimado de todos los lotes.</p> <p>Si el valor acumulado de los lotes en que se divida la obra iguale o supera la cantidad correspondiente a los umbrales de contratación armonizada, se aplicarán las normas de esta para la adjudicación de cada lote.</p> <p>No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los órganos de contratación podrán exceptuar de estas normas a los lotes cuyo valor estimado sea inferior a un millón de euros en los contratos de obras y de 80.000 euros en los contratos de suministros y de servicios, siempre que el importe acumulado de los lotes exceptuados no sobrepase el 20 por 100 del valor acumulado de la totalidad de los mismos.</p>

Redacción actual	Redacción propuesta
<p>Artículo 20.</p> <p>2. En el supuesto previsto en el artículo 101.12 relativo al cálculo del valor estimado en los contratos de obras que se adjudiquen por lotes separados, cuando el valor acumulado de los lotes en que se divida la obra iguale o supere la cantidad indicada en el apartado anterior, se aplicarán las normas de la regulación armonizada a la adjudicación de cada lote.</p> <p>No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los órganos de contratación podrán exceptuar de estas normas a los lotes cuyo valor estimado sea inferior a un millón de euros, siempre que el importe acumulado de los lotes exceptuados no sobrepase el 20 por 100 del valor acumulado de la totalidad de los mismos.</p>	<p>Se suprimiría este apartado.</p>
<p>Artículo 21.</p> <p>2. En el supuesto previsto en el artículo 101.12 relativo al cálculo del valor estimado en los contratos que se adjudiquen por lotes separados, cuando el valor acumulado de los lotes en que se divida el suministro iguale o supere las cantidades indicadas en el apartado anterior, se aplicarán las normas de la regulación armonizada a la adjudicación de cada lote. No obstante, los órganos de contratación podrán exceptuar de estas normas a los lotes cuyo valor estimado sea inferior a 80.000 euros, siempre que el importe acumulado de los lotes exceptuados no sobrepase el 20 por 100 del valor acumulado de la totalidad de los mismos.</p>	<p>Se suprimiría este apartado.</p>
<p>Artículo 22.</p> <p>2. En el supuesto previsto en el artículo 101.12 relativo al cálculo del valor estimado en los contratos que se adjudiquen por lotes separados, cuando el valor acumulado de los lotes en que se divida la contratación de servicios iguale o supere los importes indicados en el apartado anterior, se aplicarán las normas de la regulación armonizada a la adjudicación de cada lote. No obstante, los órganos de contratación podrán exceptuar de estas normas a los lotes cuyo valor estimado sea inferior a 80.000 euros, siempre que el importe acumulado de los lotes exceptuados no sobrepase el 20 por 100 del valor acumulado de la totalidad de los mismos.</p>	<p>Se suprimiría este apartado.</p>

d) Otro ejemplo reciente de artículo de comprensión complicada lo tenemos en el artículo 2.1 de la Ley de contratos de crédito inmobiliario (Ley 5/2019, de 15 de marzo), que dice lo siguiente en relación con su ámbito de aplicación:

1. Esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto:

a) la concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como trasteros, garajes, y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica;

b) la concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor.

Se entenderá que la actividad de concesión de préstamos hipotecarios se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora.

Pues bien, el precepto está lleno de conceptos que no se definen y solo generan incertidumbre entre los expertos, que siguen sin aclararse sobre lo que debe entenderse por “uso residencial” o por “terrenos”, ni cuáles son las otras garantías reales a las que se alude (¿se piensa en la anticresis?), ni quién es el garante (¿solo el hipotecante, el fiador [...]?) o el deudor.

Vistas estas dudas resulta muy complejo aventurar una redacción alternativa que resuelva todas las dudas que hoy tienen los expertos, pero podemos ensayar una redacción que evite expresiones que facilitan la claridad de la norma (por ej, poco sentido tiene hablar de ese “otro derecho real de garantía” cuando según la Directiva 2014/17/UE que se incorpora en esta ley esas otras garantías han de ser otras utilizadas comúnmente en los Estados y en España no hay una garantía equiparable a la hipoteca. La redacción de ese apartado podría reducirse en esta línea:

1. esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos de manera profesional, cuando el prestatario sea una persona natural y dicho contrato tenga por objeto:

- a) la concesión de préstamos con garantía hipotecaria sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, se entenderá por inmueble de uso residencial aquél destinado a dar alojamiento permanente a las personas, incluyendo elementos como trasteros, garajes y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica;
- b) la concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario sea un consumidor.

La aclaración de lo que sea la actividad de concesión de préstamos hipotecarios con carácter profesional debería dejarse para otro precepto, y posiblemente con otra redacción¹⁷.

No vamos a poner más ejemplos, con lo dicho resultan evidentes las complicaciones y costes que genera la falta de comprensión del derecho, algo que puede considerarse como una renuncia por parte del legislador a su papel. Las leyes que no se entienden se convierten en un semillero de problemas que tendrán que resolver los tribunales en los múltiples pleitos que se van a generar como consecuencia de aquello. Conseguir esa claridad en las normas no conlleva más esfuerzo que el de formar a los funcionarios y asegurar la participación de órganos especializados que aseguren la aprobación de leyes que se entiendan.

6.2 El Ámbito Judicial

En el ámbito judicial, vamos a referirnos a dos tipos de escritos, de fiscales y de jueces.

Vamos con un escrito de la Fiscalía¹⁸:

El lenguaje texto, escrito de solicitud de diligencias del fiscal al juez de instrucción, posee un lenguaje técnico propio del ámbito del proceso penal en el que tiene lugar resulta coherente, lógico y claro:

Respecto a si debe seguirse en esta causa.

Entiende el Ministerio Fiscal que no hay base alguna de conexión más allá de la coincidencia de personas en algunos supuestos. Sin embargo, ni estamos ante el mismo tipo de delitos (fraude de subvenciones y alteración de contratos del sector público), mecánicas parcialmente distintas y se apunta a varias personas relevantes de –Z– que, hasta la fecha, no han tenido participación en esta causa. Por lo expuesto, se interesa el desglose de actuaciones y su

¹⁷ Obsérvese, como muestra, la gran cantidad de jornadas que sobre esta ley se están llevando a cabo tratando de arrojar algo de luz sobre las dudas que plantea su aplicación.

¹⁸ Agradecemos al Fiscal Juan Antonio Frago Amada el suministro de algunos de estos escritos.

remisión al Juzgado Decano de -X-, dado que estamos hablando de contratos alterados en el ámbito de Z.

Por último, no podemos sino recordar que tanto el art. 25 como el 759 LECRIM obligan a seguir practicando diligencias hasta que el juzgado receptor o requerido acepte la causa, debiéndose haber practicado desde la recepción de dichos informes.

¿Es claro? Sí. Somos juristas y no encontramos problemas de comprensión en el escrito.

¿Podría tener otra redacción? Podría, pero no mejoraría necesariamente la claridad. Podría sugerirse que se adaptara a una expresión más sencilla, solo en el sentido de modificar expresiones como: “[...] no han tenido participación en esta causa”, por otra como “no han participado en esta causa”, más breve, o “no podemos sino recordar”, por “recordemos”, igualmente más breve, pero, con la vista puesta en la claridad de los contenidos, no hay objeción, porque son claros.

El siguiente ejemplo de un fiscal en un escrito de acusación en un juicio con jurado, es algo más complejo, con expresiones evitables, pero es correcto en cuanto a la claridad en general. Veamos:

La acusada sobre las 16 horas del día 10 de diciembre de 2015 se personó en dependencias policiales de la Comisaría de XX donde manifestó ante los agentes policiales que había matado a su hermano, hecho del que no se tenía conocimiento, e igualmente indicó que la pistola que había utilizado para matar su hermano la había comprado en YY y la había abandonado en la carretera de Andalucía a donde se desplazó con agentes de la policía nacional que con sus indicaciones lograron encontrar e intervenir la citada pistola facilitando extraordinariamente la resolución del caso.

En este caso habríamos evitado las expresiones: “se personó en” y la de “intervenir la citada pistola” y habríamos añadido algún signo de puntuación para facilitar la lectura. No obstante, como manifestamos, nos parece claro el relato de los hechos.

Sobre jueces, vamos a traer a modo de ejemplos otros dos. El primero, un extracto de una sentencia dictada en apelación que consideramos muy complejo de entender:

[...] El recurso de apelación no puede prosperar, en cuanto que los alegatos que vertebran la disconformidad con la respuesta judicial proporcionada en la primera instancia en manera alguna desvirtúan las conclusiones atinadas extraídas por la Juzgadora a quo, conclusiones que, consiguientemente, han de quedar incólumes, y de las que se hace supuesto en el recurso, como también de la resultancia demostrativa reunida en el procedimiento originador. Carece de todo relieve que la sentencia recurrida haya sido más

o menos prolija en el apartado atinente a los Antecedentes de Hecho en orden a los puntos sobre los que giró la oposición a la pretensión ejercitada, si esos puntos fueron examinados in extenso en la sentencia aludida. Se asevera asimismo en esa alegación previa que contiene el escrito presentado al amparo del artículo 458 de la LEC que en los Fundamentos de Derecho se silencia la prueba testifical practicada a instancia de la parte ahora apelante, consistente en los testimonios de D. A y D^a M., esclarecedores no sólo en cuanto a que ratifican las alegaciones mentadas en el escrito de contestación a la demanda (lo que está huero de todo desarrollo), sino que denotan la falsedad en las manifestaciones vertidas por el Sr. B. no sólo en su interrogatorio, lo que tampoco se especificó debidamente en aras a conseguir que el debate sea realmente contradictorio, lo que no se fomenta con alegatos genéricos de esa índole, tanto más cuanto que los testimonios de D. A. y D^a M. [...].

Creemos que no hay ninguna necesidad real de utilizar estas expresiones. Destaquemos únicamente algunas de las que aquí se contienen y que van más allá de la expresión en un lenguaje jurídico técnico, que, por otra parte, teniendo en cuenta que se trata de una sentencia, es decir, de una resolución dirigida directamente a una o más partes, el esfuerzo comunicativo nos parece mínimo, por ejemplo, al utilizar estas palabras:

- “[...] los alegatos que vertebran la disconformidad con la respuesta judicial proporcionada en la primera instancia en manera alguna desvirtúan las conclusiones atinadas extraídas por la Juzgadora a quo [...]”; o
- “[...] conclusiones que, consiguientemente, han de quedar incólumes, y de las que se hace supuesto en el recurso, como también de la resultancia demostrativa reunida en el procedimiento originador [...]”.

Y ahora, otro de primera instancia, que nos parece ejemplar y tremendamente claro¹⁹ para apreciar las diferencias:

[...] El daño que se está generando a la niña puede ser irrecuperable, irreversible y el juez que lleva el asunto no puede quedarse pasivo ante las acciones y omisiones de la madre y los obstáculos que levanta para que la niña no tenga relación con su padre.

Quiere ante todo hacerse saber que la redacción de este auto va dirigida a la lectura personal de X y, quizás, en el futuro de su hija Y. Por eso se intentará –a veces es más difícil– utilizar vocablo y expresiones casi de calle, huyendo del lenguaje que usualmente utilizamos dirigido a los profesionales del Derecho. Es a ella a la que estoy escribiendo y a la que en primera persona le hablo, nada más que para lo entienda mejor y comprenda lo que quiero decir para que así sepa por qué va a perder la compañía de su hija.

Y no es que estamos hablando de algo que haya ocurrido estos días, sino que esto viene ya desde el mismo inicio del procedimiento. Nos encontramos ante

¹⁹ Pertenece al magistrado Rafael Rosel Marín, que nos facilita el extracto sin datos de identidad de las partes que aparecen con X e Y, y a quien se lo agradecemos desde estas líneas. La cursiva es nuestra.

el caso de un padre que reclama del juzgado que se le permita visitar a su hija Y, al margen de las cuestiones económicas y que ahora no vienen acaso. Por entonces actué con urgencia y en una primera comparecencia logré un acuerdo entre los letrados asesores de los padres, acuerdo que la madre se negó a suscribir [...].

No podemos hacer otra cosa que felicitar al magistrado por esta redacción preocupada, fijémonos en el párrafo en negrita que sirve, casi de resumen de lo que se pretende con las líneas que en estas páginas dejamos, que el mensaje llegue a su destinatario real. Y que llegue es que se comprenda. Nos felicitamos todos por poder leer resoluciones que denotan interés y preocupación por un trabajo bien hecho.

7 CONCLUSIONES Y MEDIDAS DE PROMOCIÓN DE LA CLARIDAD DEL LENGUAJE JURÍDICO

Finalizamos ya estas páginas cuyo propósito es despertar en los juristas el interés por la comunicación clara en nuestro ámbito profesional.

Junto a lo anterior, también queremos advertir de la importancia de poner en marcha medidas que contribuyan a mejorar esa claridad del lenguaje jurídico. Entre esas medidas, proponemos, de manera especial, las siguientes.

7.1 Formación Inicial y Continua

Recomendamos que todos los alumnos del Grado en Derecho, reciban formación sobre cómo comunicar ese derecho de modo técnico, por una parte, y de modo sencillo, por otro, para poder llegar a todos los destinatarios a los que se puedan dirigir. Si no se produce esta formación a nivel de grado, se partirá de una carencia previa en el futuro que será más difícil completar, como hemos comentado en ocasiones anteriores (en CARRETERO GONZÁLEZ, 2017, p. 149-171; CARRETERO GONZÁLEZ, 2012).

Gracias a la docencia de estas materias en el máster de acceso a la abogacía, sabemos que el tiempo que se dedica, aunque sea escaso, resulta enormemente provechoso. Por eso, estamos convencidos de que la docencia por los profesores de derecho en todas las materias, en ese doble registro técnico/no técnico es un aporte realmente necesario.

Por nuestra experiencia en el Centro de Estudios Judiciales, prácticamente todos los alumnos que han asistido a cursos sobre oratoria y redacción jurídica han reconocido su falta de formación y lo adecuado que resultaría su

implantación tanto a niveles de grado en las Facultades de Derecho, como, posteriormente, poder profundizar y ampliar la formación en el acceso a las diversas ramas profesionales que pudieran derivarse después. Así, por ejemplo, los másteres de acceso a la abogacía o el propio Centro de Estudios Judiciales.

7.2 La mejora del Procedimiento para la Elaboración de Normas

Las normas ocupan un lugar central dentro de nuestro sistema jurídico. Cuando son claras, cualquier documento que necesite apoyarse en ellas, como las sentencias, los escritos procesales, las resoluciones administrativas, los contratos o los informes jurídicos, entre otros, podrá redactarse, a su vez, con una mayor claridad. Por esta razón, es irrenunciable exigir la redacción clara y sencilla de dichas normas. Para ello se hace necesaria la formación especializada en la redacción normativa.

Hemos aludido al deseable refuerzo de la Comisión General de Codificación y de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa en estos procedimientos.

Además, es conveniente poner en marcha una planificación de la actividad legislativa tendente a clarificar nuestro Derecho, para lo cual se proponen tres posibles líneas de actuación:

- la actualización de los códigos (como sucede con el Código Mercantil cuya tramitación estaba prácticamente finalizada en el año 2014 cuando se paralizó), volviendo a integrar en los mismos la regulación de materias que pasó a leyes singulares, de mayor o menor fortuna, pero que supusieron la pérdida de un lenguaje común y el deterioro de categorías jurídicas²⁰; ahora se trataría de revisar aquellos códigos o elaborar nuevas leyes generales, para reunificar regulaciones y dotarlas de un lenguaje claro;
- el encargo al gobierno de la aprobación, por real decreto legislativo, de textos refundidos que cumplan la misión que les encomienda el artículo 82.5 de la CE: “regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos”; o
- la previsión de un trámite final de revisión de los proyectos que, respetando los acuerdos políticos que subyacen a la norma, asegure su adecuación a los principios del lenguaje jurídico claro.

²⁰ Nos referimos, por ejemplo, lo sucedido en la regulación de distintos contratos abordada en diversas leyes cuando se habla de nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución o desistimiento, sin el necesario rigor.

7.3 Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia y la Necesidad de Elevación del Rango Normativo

Esta carta no pasa de constituir una declaración programática cargada de buenos propósitos e intenciones que no tiene, en la práctica, y por el momento, eficacia real.

Pensamos que la elevación del rango normativo de esta carta puede constituir un primer paso necesario si pretendemos tomar en serio a los ciudadanos como acreedores de unos derechos que, hoy por hoy, imaginamos que desconoce en su gran mayoría, fundamentalmente, porque no son “derechos” obligatorios.

En la parte de la carta destinada a proporcionar eficacia a la misma, se prevé que el Ministerio de Justicia y las CCAA con competencias en la materia, el CGPJ, la FGE y los Colegios profesionales competentes adopten las disposiciones oportunas, con la provisión de los medios necesarios, para garantizar la efectividad y el pleno respeto de los derechos reconocidos en la carta.

Por otra parte, se supone que el Congreso de los Diputados, a través de la Comisión de Justicia, debía llevar a cabo, tanto el seguimiento como la evaluación permanente del desarrollo y cumplimiento de la Carta. ¿Se hace? Hasta donde hemos investigado, no hallamos respuesta.

¿No es hora de reclamar la necesaria efectividad de esta carta para que sea real?

BIBLIOGRAFÍA

BORREGO NIETO, Julio (Dir.) Estudio de campo: plantillas procesales. 2015. Disponible en: <<http://lenguajeadministrativo.com/wp-content/uploads/2015/10/CMLJ-Documentos-para-el-informe.pdf>>.

CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina. El lenguaje jurídico puede comunicarse correctamente sin perder ni tradición ni precisión. En la web de Abogacía Española. Disponible en: <<https://www.abogacia.es/2013/06/19/como-el-lenguaje-juridico-puede-comunicarse-correctamente-sin-perder-ni-tradicion-ni-precision/>>.

CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina. La claridad y el orden en la narración del discurso jurídico. En: **Revista de Lengua i Dret, Journal of Language and Law**, Barcelona, Ed. Escola d'Administració Pública de Catalunya, núm. 64, p. 63-85, 2015b.

CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina. La formación de abogados y el lenguaje jurídico. En: CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina; DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (Dir.). **Retos de la abogacía ante la sociedad global**. Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters, 2012.

CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina. La formación lingüística de los futuros juristas en España. En: **Anuari de Filologia. Estudis de Lingüística**, Barcelona, Ed. RCUB, núm. 7, p. 149-171, 2017.

CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina. Reflexiones acerca de la expresión y comunicación del Derecho por los juristas españoles en la actualidad. En: **Revista Aranzadi Doctrinal**, Madrid, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, núm. 1, p. 229-247, 2015a.

CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina (Dir.). Estudio sobre políticas públicas comparadas, 2011. Disponible en: <<http://lenguajeadministrativo.com/wp-content/uploads/2015/10/cmlj-estudio-de-campo.pdf>>. Consultado el: 30 de septiembre de 2019.

DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, Elisa. Legislar a golpe de telediario o leyes que cambian todos los días. En: **El Arte de Legislar**, Madrid: Consejo General de la Abogacía Española, 2016.

DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, Elisa; GOMÁ LANZÓN, Fernando; GOMÁ LANZÓN, Ignacio; RODRÍGUEZ PRIETO, Fernando, TENA ARREGUI, Rodrigo. **¿Hay derecho?**: Sansón Carrasco: la quiebra del estado de derecho y de las instituciones en España. Barcelona: Península, 2014.

DESDENTADO BONETE, Aurelio. La legislación como propaganda. En: **Diario La Ley**, Madrid, Ed. La Ley, N.º 7.090, 12 de enero de 2009.

ESPAÑA. Poder Judicial. Séptimo Barómetro de Opinión del Consejo General del Poder Judicial. Noviembre de 2000. Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/temas/estadistica-judicial/estadistica-por-temas/opinion-y-quejas-sobre-el-funcionamiento-de-la-justicia/opinion-de-los-profesionales-y-usuarios-de-la-administracion-de-justicia-/barometro-de-opinion-del-consejo-general-del-poder-judicial/>>. Consultado el: 20 de agosto de 2019.

FARALDO CABANA, Patricia. ¿Cuáles son las resoluciones de “libertad vigilada” a los efectos de reconocimiento mutuo?: sobre las dificultades de transposición de la Decisión Marco 2008/947/JAI al derecho español. En: **Revista de Derecho Comunitario Europeo**, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 63, p. 575-597, mayo-agosto 2019.

FUENTES GÓMEZ, Julio Carlos. Algunas consideraciones prácticas sobre la forma de legislar de nuestros días. En: **Legislar Mejor**. Madrid: Ministerio de Justicia, 2009.

MUÑOZ MACHADO, Santiago (Dir.). **Libro de estilo de la justicia**. Barcelona: Real Academia Española / Espasa / Consejo General del Poder Judicial, 2017.

ORDOÑEZ SOLÍS, David. Cuestiones lingüísticas y normativas del derecho comunitario europeo. En: **Revista de Derecho Comunitario Europeo**, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 2, n 4, p. 593-618, 1998.

palacio de caeiro, Silvia Beatriz. Acceso a la información judicial: derecho a comprender y lenguaje claro. En: **La Ley**, Buenos Aires (Argentina), n.º 97, 24-05-2019.

Anexo de abreviaturas más frecuentes

CE: Constitución española

CMLJ: Comisión para la modernización del lenguaje jurídico

LEJ: Libro de Estilo de la Justicia.

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial

FGE: Fiscalía General del Estado

CGAE: Consejo General de la Abogacía Española

Submissão em: 17 de janeiro de 2024

Último Parecer favorável em: 21 de maio de 2024

Como citar este artigo científico

CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina; FUENTES GÓMEZ, Julio Carlos. La claridad del lenguaje jurídico. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 2, p. 200-245, maio-ago. 2024.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL: ESTÁ O MUNDO MADURO PARA TAL PASSO? REFLEXÃO CRÍTICA¹

KAFFT KOSTA²

RESUMO

O artigo debruça-se sobre a hipótese de criação e funcionamento de um Tribunal Constitucional Internacional. Olhada a problemática num ângulo aberto, tentou-se medir a factibilidade desse projecto à luz de princípios constitucionais que moldam o constitucionalismo dominante no mundo actual, o mundo dos Estados e das soberanias nacionais, não obstante as instâncias internacionais ou supranacionais. A conclusão que aqui se antecipa é a de um cepticismo, a respeito da viabilidade, hoje, de um Tribunal Constitucional Internacional.

Palavras-chave. Tribunal Constitucional Internacional; Federalismo global; Direito da União Europeia; Soberanismo; Agnosticismo.

ABSTRACT

The article looks at the possibility of creating and operating an International Constitutional Court. Looking at the problem from an open angle, an attempt has been made to measure the feasibility of such a project in the light of constitutional principles that shape the dominant constitutionalism in today's world, the world of states and national sovereignties, notwithstanding international or supranational bodies. The conclusion that can be drawn here is one of skepticism about the viability of an International Constitutional Court today.

Keywords. International Constitutional Court; Global federalism; European Union law; Sovereignty; Agnosticism.

¹ Artigo que revisita uma intervenção (não publicada) do autor no IX Colóquio Internacional do Instituto Jurídico Interdisciplinar, realizado no Porto, em 21 e 22 de Janeiro de 2019 e que teve como lema “Um Tribunal Constitucional Internacional para a Democracia na Sociedade da Informação - Comemorando os 70 Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos”. Uma versão foi apresentada no III Congresso de Direito Constitucional Internacional, em Santa Catarina, Brasil, em 28 de agosto de 2023.

² Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e do IPBeja.

I INTROITO

A “Declaração de Rabat sobre o Tribunal Constitucional Internacional” proclama:

Réunis à Rabat, les 16 et 17 juin 2015, à l’occasion du colloque international sur “Une Cour Constitutionnelle internationale au service du droit démocratique et du droit constitutionnel”, organisé par l’Association pour la recherche sur la transition démocratique, en collaboration avec la Faculté de Sciences Juridiques, Economiques et Sociales de l’Université Mohamed V, le CIRID de l’Université Laurentienne, et en partenariat avec la Fondation Konrad Adenauer, des chercheurs, professeurs, académiciens, étudiants, experts de différents continents, [...] affirment [...]: Leur croyance qu’une Cour constitutionnelle internationale constituera un pas décisif pour l’universalisation et l’effectivité de l’Etat de droit, de la démocratie et des droits de l’Homme.

Décidons, en conséquence, de créer un collectif pour la Cour Constitutionnelle Internationale, qui pourrait avoir des sections nationales et / ou régionales, en vue de poursuivre la réflexion et la finalisation du projet.

Uma palavra de respeito e consideração pelos pensadores que têm dinamizado a corrente em direcção a um Tribunal Constitucional Internacional. É de elogiar a projecção axiológica do projecto de criação de um Tribunal Constitucional Internacional, reconhecendo que é assim que muitas vezes coisas grandes e virtuosas começam.

O nosso olhar é, presentemente, todavia, de um perguntador agnóstico que gostaria que as coisas grandes e virtuosas acontecessem, mas este indagador tem, por princípio, dúvidas acerca da viabilidade das ideias. E vai, realisticamente, racionalizando. É este o exercício encerrado no presente trabalho.

II DESENVOLVIMENTOS ANALÍTICOS

II.1 A História Conta Verdadeiramente ou é um Mero Repositório de *Topoi* Hermenêuticos ao Serviço de Qualquer Estratégia Argumentativa?

Face a recorrências de factos históricos que insistem em contrariar certos impulsos, uma interrogação deveria alimentar uma análise mais racional: a História conta verdadeiramente ou é um mero repositório de *topoi* hermenêuticos ao serviço de qualquer estratégia argumentativa?

Deve-se escutar com atenção a voz da História ou tapar os ouvidos para que essa voz não nos perturbe?

A Lição da História é um dado consistente a considerar ou não passa de um simples *topos* auxiliar na interpretação de factos, de que se vai lançando mão sempre que ele nos *parecer* o mais apropriado para vencer um debate?

II.1.1 As Lições de Schuman (e Reuter)

O jurista e então Ministro dos Negócios Estrangeiros francês Robert Schuman, ao proferir em 9-5-1950 o que doravante seria conhecido como “Declaração Schuman”, esculpiu na História uma magistral lição, prenhe de *sagesse* e bom-senso.

Diluído numa proposta pragmática de criação de uma Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, para fortalecer o desenvolvimento dos Estados-membros e neutralizar as tentações belicistas responsáveis por duas catástrofes civilizacionais no Séc. XX em cerca de vinte anos (a I e a II Guerras Mundiais), o Plano Schuman ia, na verdade, para lá da meritória intenção de trazer o potencial de exploração do carvão e do aço das belicosas Alemanha e França para o chapéu-de-chuva de uma Alta Autoridade Comum. A perspectiva do Plano era a criação de uma Europa federal, mas *paulatinamente* e com segurança.

Enfaticamente, afirmava-se: “A Europa não se fará de um golpe, nem numa construção de conjunto: far-se-á por meio de realizações concretas que criem em primeiro lugar uma solidariedade de facto”.

Esperava o mentor da estratégia dos “*pequenos passos*” integracionistas conseguir com o plano a *realização* “simples e rápida” da “fusão de interesses indispensável à criação de uma comunidade económica” e a introdução do “fermento de uma comunidade mais vasta e mais profunda entre países durante muito tempo opostos por divisões sangrentas”.

A Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), instalada em 1952, pode até perecer, como aconteceu por caducidade, em 2002. Mas imorredora ficou a lição schumaniana: o método dos pequenos passos de integração paulatina, sectorial e tendencialmente irreversível – ou método de “integração funcionalista”.

II.1.2 As lições que os hiper-integracionistas e federalistas do “Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa” menos prezaram

Por indicação do Conselho Europeu de Laeken, de dezembro de 2001, pôs-se em marcha a “Convenção sobre o Futuro da Europa”, presidida por Giscard D’Estaing e vice-presidida por Amato e Jean-Luc Dehaene, integrando representantes dos Governos da União Europeia, do Parlamento Europeu e da Comissão europeia.

Quando o anteprojecto do Tratado (incorporado no processo de revisão do Tratado da União Europeia) foi adoptado pela Conferência Intergovernamental, espantámo-nos!

Mais espantados ficámos, quando, em 2004, foi em Roma assinado pelos mais altos representantes dos 25 Estados-membros.

A chamada “Constituição Europeia” seguia o seu caminho de ratificações “*intra muros*” parlamentares, quando, num assomo soberanista, em maio de 2015, a França e a Holanda (contrariando a conspiração de silêncio dos hiperintegracionistas) disseram, por via referendária, NÃO ao texto de uma Super-Constituição Europeia paroquializadora das Constituições estaduais.

Mais uma crise abalou, então, o projecto europeu.

Dois anos depois, a União Europeia engendrou o sucedâneo Tratado de Lisboa.

Lição de Schuman aprendida? Não!

De qualquer maneira, não creio que o Tratado de Lisboa seja a “Constituição Europeia” travestida de mero Pacto, para que a “coisa” (federalizante) passasse despercebida e fosse aceite pelos povos soberanistas.

Na sua essência, são instrumentos diferentes. Não me parece ser o Tratado da União Europeia expressão de reserva a mascarar a reconsagração da defunta “Constituição Europeia”.

É, no entanto, de indagar:

se o Tratado de Lisboa significa um resgate da Doutrina Schuman ou uma fuga para a frente;

- se a Europa interiorizou mesmo o postulado schumaniano da *integração funcionalista* ou o Tratado de Lisboa não é mais do que um recuo tático para sobrepassar melhor e de imediato a vara Schuman.

O transporte do *imbroglio* da “Constituição Europeia” para a perspectiva de instituição de um ainda mais amplo Tribunal Constitucional Internacional revela-nos um ingerível *imbroglio*³.

II.1.3 A “Doutrina De Gaulle”

Ao Presidente Charles De Gaulle, numa conferência de imprensa, a 5 de setembro de 1960, foi colocada a seguinte pergunta por um jornalista⁴:

³ Igual cepticismo encontramos em Ayuso (2016, p. 57).

⁴ Ver: <<https://fresques.ina.fr/de-gaulle/fiche-media/Gaullé00061/conference-de-presse-du-5-septembre-1960.html>>.

Monsieur le Président, pourriez-vous nous éclairer sur les projets de coopération européenne que vous avez récemment exposés aux dirigeants allemands, néerlandais et italiens, et nous dire également, si possible, quelles sont, à ce sujet, vos espérances, vos perspectives en tenant compte de ce que vous savez des entretiens qui ont eu lieu entre monsieur Macmillan et le chancelier Adenauer?

Na longa resposta do Presidente, destaco a seguinte afirmação:

Construire l'Europe, c'est-à-dire l'unir, c'est, évidemment, quelque chose d'essentiel. Il est banal de le dire. Pourquoi faudrait-il que ce grand foyer de la civilisation, de la force, de la raison, de la prospérité s'étouffe sous sa propre cendre? Seulement, dans un pareil domaine, il faut procéder d'après... non pas suivant des rêves mais d'après des réalités. Or quelles sont les réalités de l'Europe? Quels sont les piliers sur lesquels on peut la bâtir? En vérité, ce sont les Etats. Des Etats qui sont, certes, très différents les uns des autres, qui ont, chacun, son âme à lui, son histoire à lui, sa langue à lui, ses malheurs, ses gloires et ses ambitions à lui. Mais des Etats qui sont les seules entités qui aient le droit d'ordonner et le pouvoir d'être obéis. Se figurer qu'on peut bâtir quelque chose qui soit efficace pour l'action et qui soit approuvé par les peuples en dehors, au-dessus des Etats, c'est une chimère.

Menos de dois anos volvidos, numa outra conferência de imprensa, realizada a 16 de setembro de 1962, um jornalista perguntou ao Presidente De Gaulle⁵:

Que pensez-vous des objections faites à ce projet aussi bien à l'étranger, notamment par M. Paul-Henri Spaak, qu'en France, au cours du récent débat à l'Assemblée Nationale en particulier?

Aproveitou De Gaulle para fazer passar a sua mensagem de que nunca havia falado da “Europa das Pátrias” (expressão que lhe atribuíam). Mas negando, acabou por confirmar um pensamento análogo à afirmação enjeitada. A resposta parcialmente reproduzida:

Je n'ai jamais, quant à moi, dans aucune de mes déclarations, parlé de “l'Europe des patries”, bien qu'on prétende toujours que je l'ai fait. Ce n'est pas, bien sûr, que je renie, moi, la mienne ; bien au contraire, je lui suis attaché plus que jamais et je ne crois pas que l'Europe puisse avoir aucune réalité vivante si elle ne comporte pas la France avec ses Français, l'Allemagne avec ses Allemands, l'Italie avec ses Italiens, etc. Dante, Goethe, Chateaubriand appartiennent à toute l'Europe dans la mesure même où ils étaient, respectivement et éminemment, Italien, Allemand et Français. Ils n'auraient pas beaucoup servi l'Europe s'ils avaient été des apatrides et qu'ils avaient pensé, écrit en quelque “esperanto” ou “volapük” intégrés... Mais il est vrai que la patrie est un élément humain, sentimental, alors que c'est sur des éléments d'action, d'autorité, de responsabilité, qu'on peut construire

⁵ Ver: <https://www.cvce.eu/content/publication/1997/10/13/98595c27-9bac-4b12-ab24-770b121b921d/publishable_fr.pdf>.

l'Europe. Quels éléments? Eh bien, les États! Car il n'y a que les États qui soient à cet égard valables, légitimes et capables de réaliser. J'ai déjà dit et je répète, qu'à l'heure qu'il est, il ne peut pas y avoir d'autre Europe que celle des États, en dehors naturellement des mythes, des fictions, des parades. Ce qui se passe pour la Communauté économique le prouve tous les jours, car ce sont les États, et les États seulement, qui ont créé cette Communauté économique, qui l'ont pourvue de crédits, qui l'ont dotée de fonctionnaires. Et ce sont les États qui lui donnent une réalité et une efficacité, d'autant plus qu'on ne peut prendre aucune mesure économique importante sans commettre un acte politique.

Em 1963, a França de De Gaulle protagoniza um veto à adesão da Grã-Bretanha à Comunidade Económica Europeia. Mais uma crise política atravessou a Comunidade Económica Europeia (CEE).

Em 1965, mais uma acha para a fogueira do soberanismo: De Gaulle arrastou a França para a política da “Cadeira Vazia”, marcada pela falta aos Conselhos de Ministros da Comunidade, durante o semestre da sua presidência rotativa. Resultado: paralisia da CEE. Só desbloqueada com o “Acordo de Luxemburgo”, de 1966 – que deu poder de veto ao Estado que considere uma decisão contrária aos seus interesses importantes.

No fundo, estes factos traduzem uma divisão entre a metodologia supranacionalista e a intergovernamentalista, no projecto de integração europeia.

II.1.4 Os Ventos Neo-Soberanistas ou Neo-Bodinistas na Europa, América, Ásia e África (Grã-Bretanha do BREXIT; Hungria do P-M Orbán; Itália do P-M Conte e da Coligação Governamental; Rússia de Putin; EUA de Trump; China de Xi; Brasil de Bolsonaro e Lula da Silva; Turquia de Erdoğan; Filipinas de Duterte; Polónia; Sérvia; Coreia do Norte; Irão; África do Sul; Angola de Lourenço, em Certa Medida)...

Pré-anunciando manobras táticas que desembocariam, poucos anos mais tarde, na retirada da Grã-Bretanha da União Europeia, por via do referendo nacional do *BREXIT*⁶, o Primeiro-Ministro britânico David Cameron proclamava num artigo de 12-3-2014⁷:

“Sim, ao Mercado Único”, mas “Não a uma União cada vez mais estreita. Não a um afluxo constante do poder para Bruxelas. Não à ingerência inútil. E não, claro, ao Euro, à participação em planos de resgate da Zona Euro, ou a conceitos como um exército europeu”.

⁶ Nota do Editor: Brexit é a junção das palavras “British” e “exit” e foi termo nascido quando o Reino Unido anunciou que sairia da União Europeia.

⁷ Reproduzido no jornal português Público, de 17-3-2014.

A saída do Reino Unido da União Europeia representou uma estreia deste tipo de processo, previsto e regulado (insuficientemente, como mostrariam as vicissitudes do *Exit* britânico) no art. 50 do Tratado da União Europeia.

A lista de países em epígrafe não é exaustiva e vamos tomar por conhecidos e assentes os modos de ser e de fazer característicos dos mesmos Estados, no passado e/ou no presente. É, pois, maçador e dispensável, nesta sede carrear os dados factuais que atestam o respectivo enquadramento na onda Neo-Bodinista.

Permitimo-nos, todavia, evocar um par de exemplos que atestam a repulsa a uma arquitectura de menorização das Constituições e dos Tribunais Constitucionais nacionais, a favor, respectivamente, dos actos legislativos primários da União Europeia (UE) e do Tribunal de Justiça da União Europeia: a Polónia, que protagonizou um confronto indisfarçável (hoje, quiçá por imperativos geoestratégicos, esbatido e obnubilado) com a Comissão Europeia, nomeadamente, em matéria de tutela de direitos individuais e, alguns, fundamentais. Em semelhante registo se situa a Hungria; a Alemanha do poderoso *Bundesverfassungsgericht*, com o seu *teste da “Identidade Constitucional”* (veja-se a Decisão da 2.^a Secção do Tribunal Constitucional alemão de 20.6.2009), “sobre um processo de fiscalização da constitucionalidade do Tratado de Lisboa, em que o *Bundesverfassungsgericht* se arroga a competência de sindicar a conformidade à *Grundgesetz* de *instrumentos normativos* produzidos pela União Europeia, no tocante à divisão de competências e ‘identidade constitucional’”.⁸

Atalhando argumentos e razões, não é hoje razoável, nem acertado ignorar ou, mesmo, subavaliar os Ventos Neo-Soberanistas ou Neo-Bodinistas.

II.2 Aporias Conselheiras da Moderação de Ímpetos no Forjar de um “Tribunal Constitucional Internacional”?

Quando em 1999 foi lançado o movimento tendente à criação de um Tribunal Constitucional Internacional, dinamizado por Moncef Marzouki, a partir do contexto político-eleitoral tunisino, a comunidade universitária acordou para a reflexão sobre esta figura (MARZOUKI, 1999)⁹.

Meia-dúzia de indagações com que me debati, quando me foi dado repensar o objecto do presente trabalho ajudaram-me a refrear os ímpetos

⁸ Nestes exactos termos, cfr. Kosta (2019, p. 589).

Na obra citada e recorrendo a diversas fontes, fizemos, a páginas 589 e 590, referência a sistemas “que colocam os tratados ao nível da Constituição – Constituição do Perú de 1979 (art. 103 e 105), Constituição da Nicarágua de 1987 (art. 46), Constituição brasileira de 1988”; a sistemas “que dão aos tratados nível supraconstitucional – Constituição da Holanda de 1953, revista em 1966, Constituição de Guatemala de 1985, Constituição da Colômbia de 1991”; a sistemas cujas Constituições se afirmam contra a supranacionalidade dos tratados internacionais - “da Colômbia, de 1991, revista em 1997; do Perú, de 1993; da Bolívia, de 1967, revista em 1994; da Venezuela, de 1961, revista em 1983; do Equador, de 1998”.

⁹ Com elementos explicativos da história do movimento de criação de um Tribunal Constitucional Internacional, *vide* Andrade (2019, p. 3 ss.).

relativamente à forja, hoje, de um Tribunal Constitucional Internacional. Eilas:

- o mundo está maduro para ter um Tribunal Constitucional Internacional?
- A Doutrina dos “Pequenos Passos” (da *integração funcionalista*) será analogicamente aplicável no projecto de construção de um Tribunal Constitucional Internacional?
- A doutrina do *Salto de Gigante* desempenhada pelos Pais-geradores do Tratado Constitucional será analogicamente aplicável no projecto de construção de um Tribunal Constitucional Internacional?
- É de se fazer hipotenusa do triângulo rectângulo, saltando do ponto A para o ponto C, sem passar pelo ponto intermédio B?
- Ou, alternativamente, será preferível, mais sensato, palmilhar, sucessivamente, a distância entre os pontos A-B-C, em vez de voar (sem chão) entre A e C?
- Perguntas retóricas, concluirá um apressado escutante...

Citando-me, num livro de 2018-2019 (a respeito do “*Constitucionalismo Global*”, descrito como algo fundado em ‘valores comuns e universais’, valores que, por sua vez, ‘precisam de ser protegidos contra’ a *tomada de decisão política*) (KOSTA, 2019, p. 594 ss.):

A circunscrição dos *valores universais e comuns*, reconhecidos como normas de *ius cogens* e impositivas de obrigações *erga omnes*, depara com um magno problema, que não é outro senão o de saber o que entra e o que não entra nesse invólucro axiológico global. Se a densificação noticiada por Jan Klabbbers for válida (“the liberal human rights portfolio and the prohibition of the use of force, in addition to such things as democracy and perhaps, for some, free trade”¹⁰) talvez possa servir de esteio ao novo movimento orientado para a criação de uma Corte Constitucional Internacional, que julgue casos, independentemente do consentimento das ordens jurídicas nacionais envolvidas – uma equação deveras complicada, se tomarmos em conta que, em boa verdade, não existe uma única pauta constitucional na qual os Estados que constituem a comunidade internacional se revejam.

Acresce à constatação acabada de assinalar a persistência hoje do Estado como um grande sujeito de Direito Internacional. E esta realidade tem de contar na arquitectura e edificação de qualquer estrutura de tutela de *valores constitucionais*.

¹⁰ Jan Klabbbers sublinha o carácter *supérfluo* do *consentimento* do Estado num “thick constitutionalist reading” (Assim, KLABBERS, 2009, p. 26).

II.3 E se (Apesar das Dubitações de Sabor Agnóstico) o “Tribunal Constitucional Internacional” for Criado, Qual Será a sua Arquitectura e Impacto num Ambiente Mundial Adverso do Soberanismo Nacional?

- Um Tribunal Constitucional Internacional (TCI) forjado com a adesão da totalidade dos Estados-membros da ONU é improvável;
- um Tribunal Constitucional Internacional forjado sem a adesão de parte (significativa, numericamente ou em termos de peso específico) dos Estados-membros da Organização das Nações Unidas (ONU) será disfuncional e inefectivo;
- um Tribunal Constitucional Internacional deveria ter como carta magna uma Constituição Internacional (que não terá de ser analítica); ora, implantado o TCI num universo em que as Constituições dos países assentam, directa ou indirectamente, na deliberação dos respectivos povos, em que não existe uma Federação Mundial que respalde uma Constituição Mundial, a aniquilação da força normativa das Constituições nacionais geraria um clima adverso à afirmação do Tribunal Constitucional Internacional.

III CONCLUSÕES

Munido dos dados colectados numa atenta investigação, testemunho-vos a lógica conclusão:

- os militantes da causa da Constituição Internacional carregam um fardo virtuoso, mas muito pesado, num mundo e num tempo de relativismos, do multipolarismo, de fracturas civilizacionais, de recentramentos identitários neo-bodinistas, de arreigada desconfiança no seio dos actores estaduais e institucionais sobre as agendas estratégicas declaradas ou ocultas¹¹;
- aguardo, sem grande crença, pelo advento, num horizonte temporal vislumbrável, de um Tribunal Constitucional Internacional.

¹¹ Na corrente a favor de um Tribunal Constitucional Internacional, ver (alguns com propostas estruturantes): CUNHA, 2015; CUNHA, 2016; DALLARI JÚNIOR, 2016; DALLARI JÚNIOR; PASIN; CARLUCCI, 2019; PAGLIARINI, 2016; SOUZA; AQUINO, 2018; BANDEIRA, 2016 (O Autor liga umbilicalmente um eventual Tribunal Constitucional Internacional à Declaração Universal dos Direitos do Homem). Cfr., ainda, DORES, 2016; MENAUT, 2019 (O autor alerta para o risco de, com uma certa visão do TCI transformar o multiconstitucionalismo em monoconstitucionalismo, centrado numa alta instância internacional esmagadora daqueloutro); SOUSA, 2019; OLIVEIRA, 2016.

BIBLIOGRAFIA¹²

ANDRADE, Rodrigo Rocha. O ICC, das suas origens aos desafios da atualidade: alguns problemas do princípio democrático. In: *Convenit Internacional*, Porto, Ed. Cemoroc-Feusp / IJI - Universidade do Porto, 29 jan.-abr. 2019. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/convenit29/03-18Andrade.pdf>>.

AYUSO, Miguel. ¿Un Tribunal Constitucional Internacional?: una visión problemática. In: *Notandum*, Porto, Ed. CEMOrOC-Feusp / IJI-Universidade do Porto, n.º 41, maio-ago. 2016. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/notand41/53-58Ayuso.pdf>>.

BANDEIRA, Gonçalo Nicolau Sopas de Melo. Tribunal Constitucional Internacional: auto de ciência. In: *Notandum*, Porto, Ed. CEMOrOC-Feusp / IJI-Universidade do Porto, n. 41, maio-ago. 2016. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/notand41/07-14Bandeira.pdf>>.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Corte / Tribunal Constitucional Internacional: nota de abertura. In: *Notandum*, Porto, Ed. CEMOrOC-Feusp / IJI-Universidade do Porto, n. 41, maio-ago. 2016. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/notand41/05-06PFCabert.pdf>>.

CUNHA, Paulo Ferreira da. La Cour Constitutionnelle Internationale (ICCo): une idée qui fait son chemin. In: *Notandum*, Porto, Ed. CEMOrOC-Feusp / IJI-Universidade do Porto, n. 38, maio-ago. 2015. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/notand38/21-26PFC.pdf>>.

DALLARI JÚNIOR, Hélcio de Abreu. Tribunal Constitucional Internacional já! In: *Notandum*, Porto, Ed. CEMOrOC-Feusp / IJI-Universidade do Porto, n. 41, maio-ago. 2016. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/notand41/15-18Dallari.pdf>>.

DALLARI JÚNIOR, Hélcio de Abreu; PASIN, João Bosco Coelho; CARLUCCI, Stéfano Di Cònsolo. Direito Constitucional moderno: Corte Constitucional Internacional e Arbitragem Tributária Internacional. In: *Convenit Internacional*, Porto, Ed. Cemoroc-Feusp / IJI - Universidade do Porto, 29 jan.-abr. 2019. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/convenit29/33-50DallariF.pdf>>.

DORES, António Pedro. A defesa da democracia e dos direitos humanos pelo TCI apenas será possível numa conjuntura favorável a humanização de sociedades discriminatórias. In: *Notandum*, Porto, Ed. CEMOrOC-Feusp / IJI-Universidade do Porto, n. 41, maio-ago. 2016. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/notand41/19-28Dores1.pdf>>.

¹² Vários artigos aqui citados foram colhidos na página do “Dossiê Corte/Tribunal Constitucional Internacional / International Constitutional Court”. Editor *ad hoc*: Paulo Ferreira da Cunha. In *NOTANDUM*, Ano XIX - n. 41, maio-ago 2016 (ISSN 1516-5477).

FREITAS, Juarez. Interpretação constitucional: achados das ciências comportamentais. In: *Convenit Internacional*, Porto, Ed. Cemoroc-Feusp / IJI - Universidade do Porto, 29 jan.-abr. 2019. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/convenit29/51-66Freitas.pdf>>.

KLABBERS, Jan. Setting the Scene. In: KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir (Ed.). **The constitutionalization of international law**. Oxford/New York: Oxford University Press, 2009.

KOSTA, E. Kafft. **Sistemas de governo na lusofonia**: zonas e relações de poder. Lisboa: AAFDL, 2019. Reimp.

MARZOUKI, Moncef. Une structure judiciaire supranationale et indépendante pourrait agir en cas de scrutins truqués et rappeler les Etats au respect des libertés: une Cour mondiale de la démocratie. In: *Libération*, 8 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.liberation.fr/tribune/1999/11/08/une-structure-judiciaire-supranationale-et-independante-pourrait-agir-en-cas-de-scrutins-truques-et-_290047>.

MENAUT, Antonio-Carlos Pereira. A vueltas con el Tribunal Constitucional Internacional (una reflexión desde la experiencia española). In: *Convenit Internacional*, Porto, Ed. Cemoroc-Feusp / IJI - Universidade do Porto, 29 jan.-abr. 2019. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/convenit29/67-76Menaut.pdf>>.

OLIVEIRA, Maria Lucia de Paula. A ideia de um Tribunal Constitucional Internacional: da utopia à realidade. In: *Notandum*, Porto, Ed. CEMOrOC-Feusp / IJI-Universidade do Porto, n. 41, maio-ago. 2016. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/notand41/39-44MLucia.pdf>>.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Justificativas favoráveis à criação do Tribunal Constitucional Internacional. In: *Notandum*, Porto, Ed. CEMOrOC-Feusp / IJI-Universidade do Porto, n. 41, maio-ago. 2016. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/notand41/45-52Pagliarini.pdf>>.

SOUSA, António Francisco de. Constituição universal como cultura: prolegómenos para um Tribunal Constitucional Internacional para a democracia na sociedade da informação. In: *Convenit Internacional*, Porto, Ed. Cemoroc-Feusp / IJI - Universidade do Porto, 29 jan.-abr. 2019. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/convenit29/77-100Sousa.pdf>>.

SOUZA, Matheus Figueiredo Nunes de; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Diretrizes para a consolidação de uma Corte Constitucional Internacional. In: *Convenit Internacional*, Porto, Ed. Cemoroc-Feusp / IJI - Universidade do Porto, 28 set.-dez. 2018. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/convenit28/05-16MathSg.pdf>>.

Submissão em: 20 de abril de 2024

Último Parecer favorável em: 27 de junho de 2024

Como citar este artigo científico

KOSTA, Kafft. Tribunal Constitucional Internacional: está o mundo maduro para tal passo?: reflexão crítica. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 2, p. 246-257, maio-ago. 2024.

**NO JOGO DE ESPELHOS: IMAGENS DO PODER
E DO DIREITO EM DEMOCRACIA¹**

PAULO FERREIRA DA CUNHA²

RESUMO

Nos nossos dias, não apenas há interrogações que as ruas, a comunicação social e o sufrágio colocam à democracia. Também teoricamente ela é interpelada. Longe de estarmos perante um “fim da História” democrático, há questões que nos voltam a interpelar, agora com contornos e dimensões muito mais complexas. Algumas dessas questões prendem-se com a forma como os mediadores da realidade (os jornalistas e os próprios políticos) interpretam e transmitem o que se passa ao nível jurídico. A democracia necessita de um Direito democrático, mas também de mediadores juridicamente preparados e eticamente eficientes.

Palavras-chave: Democracia, Direito, Comunicação social, Direito democrático, ética jornalística

ABSTRACT

In our days, not only are there questions that the streets, the media and suffrage pose to democracy. Also theoretically democracy is challenged. Far from being faced with a democratic “end of history”, there are problems that question us again, now with much more complex contours and dimensions. Some of these issues relate to the way in which the mediators of reality (journalists and politicians themselves) interpret and transmit what is happening at the legal level. Democracy needs democratic law, but also legally prepared and ethically efficient mediators.

¹ Artigo baseado em dois artigos publicados em Portugal em “As Artes entre as Letras”, agradecendo-se à sua Diretora, Senhora Dr.^a Nassaete Miranda. Terá publicação em livro na obra *Revolução & Democracia*, a publicar pela Editora Almedina.

² Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (licenciado para exercício da Magistratura).

Keywords: Democracy, Law, Social communication, Democratic law, journalistic ethics

*The enemies of freedom do not argue;
they shout and they shoot.*

William Ralph Inge

1 REGRAS DO JOGO

I

Para alguns, as regras de acesso ao poder instituídas numa democracia, em qualquer uma (e diferem no pormenor de umas para outras), são meramente um meio, como qualquer outro, por vezes mais fácil que empreender uma tomada do poder pela força. Não é que alguns se tenham convertido milagrosamente às regras do sufrágio. Apenas se torna mais simples, mais barato, menos arriscado que colocar bombas, preparar assaltos, descarrilamentos, desvios de aviões, e invasões de palácios de Inverno.

Sobretudo a partir do momento em que o *know-how* do *marketing* político, com verdadeiras campanhas de assassinato de caráter dos inimigos (esses, de que falamos agora, não têm adversários, só inimigos) e da intoxicação pela comunicação social, sobretudo na terra de ninguém das redes sociais, tornou-se com toda a certeza muito mais compensador fingir que se joga o jogo democrático de disputa do mando, e passar a ter como estratégia subverter o Estado de Direito democrático “por dentro”, afinal com as suas próprias armas. Não uma explosão, mas uma implosão.

II

Além da propaganda desleal e fraudulenta de alguns, uns naturalmente mais que outros, um fator a ter em consideração no falsear da Democracia, é a própria forma como se vai criando a opinião política, que determinará o voto (ou a abstenção).

Será necessário, nas presentes condições (mas poderá sempre perguntar-se se não em todas as condições conhecidas, pelo menos em países de democracias menos consolidadas, com cidadanias débeis ou quase residuais),

ter uma fé e uma esperança muito inabaláveis no discernimento intuitivo do Povo para não colocar ao menos algumas reticências (ou ficar com certas inquietações, até angústias) às condições de exercício da hodierna democracia. A democracia helénica tinha os seus problemas e limitações. Um dos autores que muito bem o captou foi Moses I. Finley (1976). As nossas atuais, também. Só que os problemas são outros, como é normal.

Será que ser-se democrata é acreditar, antes de mais, na validade intrínseca das soluções saídas de votações maioritárias, independentemente das condições em que o exercício do voto ocorra?

Ou exige-se, para a validade dessas decisões, à pluralidade dos votos, um conjunto de elementos de democracia ética, e não somente o procedimento ritualístico eleitoral ou decisório, pela simples regra da maioria (a chamada “democracia técnica”)?

III

De há muito que defendemos que a democracia não é só um conjunto de formalidades, nomeadamente procedimentais, para se determinar quem vence, numa tomada de decisão, ou numa eleição. Esse é o aspeto exterior da questão, que se refere a uma legitimidade de título. Mas, a exemplo do que ocorre na governação com outro tipo de legitimidade, a de exercício, assim também qualquer situação em que esteja em questão a democracia convoca necessariamente uma dimensão mais profunda.

Um determinado indivíduo pode ser eleito, segundo todas as regras constitucionais e legais, para um dado cargo – grande ou pequeno que seja. A democracia dita “técnica”, meramente procedimental, foi cumprida. Tem legitimamente direito a tomar posse do cargo e a exercer a respetiva função. Contudo, se começando a atuar a primeira coisa que faz é nomear e contratar membros da sua família, adjudicar empreitadas sem concurso a amigos, usar os automóveis e os motoristas do serviço para passeios pessoais e da família, sujar as mãos com aceitação de “luvas” por parte de empresas que pretendem, em contrapartida, facilidades no licenciamento ou no fornecimento, etc., etc., se a sua prática é, *lato sensu*, corrupta, e se ainda por cima tem um gangue de capangas para amedrontar opositores pela ameaça ou mesmo por dois safanões persuasivos, se isso ocorre, estaremos perante uma situação de ilegitimidade de exercício. Sendo por consequência possível que o corretamente eleito venha a ser apeado do seu lugar por mau exercício do seu cargo.

Claro que este sindicado da prática de um eleito (como outrora de um rei que sucedia no trono por se encontrar a seguir na linha de sucessão) é algo que só ocorre num clima de alguma liberdade e capacidade de intervenção dos

cidadãos. Num totalitarismo feroz, nem sequer se conhece esta dicotomia entre a legitimidade de título e a de exercício. E os poderes eternizam-se.

É sempre muito avisado que os cidadãos votem em pessoas ou partidos ou grupos que sabem que voltarão a estar (eles ou os seus sucessores) submetidos a sufrágio findo o respetivo mandato. Aí (se não for antes, nos países em que há “impedimento” e “recall” político), poderão ver mesmo o que esses eleitos fizeram ou não fizeram, e como, e dar a sua sentença nas urnas de voto.

É verdade que “a política é a arte do possível” (tê-lo-á dito Bismarck) e que não se espera já que as promessas eleitorais mais mirabolantes sejam mesmo cumpridas. Mas há mínimos. E é sempre bom perscrutar o futuro baseando-se o cidadão votante na história dos partidos, grupos e pessoas em jogo. A presunção é uma boa metodologia: de coisas, de factos sabidos, retirar a hipótese de factos futuros. As pessoas, em geral, são muito previsíveis e iguais a si próprias. Ninguém melhora no poder, a qualquer nível: porque “todo o poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente”.

Mas o maior cuidado que há que ter é com os que, por hipocrisia e promessas de “bacalhau a pataco”, apenas terão como projeto nem sequer fundamentalmente programas pérfidos. Alguns apenas sonham com o poder pelo poder, dê lá por onde der. Essas pessoas desprovidas de ideologia são o maior de todos os perigos. Porque simbolizam não já o mal, mas o Nada absoluto. E o poder pelo poder é um dos reinos do Nada³.

2 FALAR (DE) DIREITO

I

A publicidade, o renome, a exposição pública, fazem, em geral, muito mal aos intelectuais (ou a tal candidatos) que não tenham previamente enrijecido numa posição própria, autónoma, singular, frequentemente com alguma dose de mau-humor e sem a mínima vontade de seduzir as massas, o seu público, ou os próprios jornalistas ou afins que sejam seus mais diretos interlocutores. Essa concentração sobre si não prescinde de bastante estudo, que lhes dará alguma (legítima) segurança. Não se trata apenas de levar e trazer notícias, ou, pior ainda, de ir inventando “factos políticos” ao sabor da imaginação, da oportunidade ou interesse político de uma inclinação de grupo, ideologia ou partido.

Quando o ator (de qualquer tipo) na ribalta mediática não adquiriu essa consistência, vale tudo, até porque há que sobreviver. E, no meio, é

³ O filme e o livro *História Interminável* (*The Neverending story* – Wolfgang Petersen, 1984, RFA / USA) são muito plásticos e eloquentes ao mostrar os perigos do Nada. (Cf. ENDE, 1984).

necessário aparecer, e em grande medida *épater le bourgeois*. Acabam-se por produzir-se muitas frases-feitas, não poucas sem grande sentido, e de duvidosa propriedade no seu emprego, fórmulas de estilo, *boutades*, muito improviso, não pouca deformação (em grande medida por insuficiente estudo e assim grande desconhecimento dos meandros das realidades), e imensas banalidades (úteis para o consumo dos que querem um mundo simples, a preto e branco, para amar uns e odiar outros). Essas formas fáceis muito prejudicam o cabal exercício das profissões jornalísticas e das funções de comentadores, colunistas e afins. Desde logo manchando com uma sombra de suspeita a seriedade e a consistência das obras dos seus fautores. Fica-se muito com a sensação, perante muita vozeria *engagée* e pouco estudada que o silêncio seria de oiro, ou, pelo menos, mais cuidado no que se diz.

Há matérias, porém, em que, não tendo muitos dos que falam para o público o necessário conhecimento técnico, nem a experiência, não lhes parecem assuntos vedados, antes pelo contrário são eles muito apetecíveis. Um dos grandes exemplos é o Direito e a Justiça. São assuntos que estão na ribalta mais ou menos sempre. E alguém disse que até uma muito boa parte da ficção versa sobre assuntos jurídicos.

II

O impacto da outrora imperante “centralidade” social e política dos juristas no *profanum vulgus* não formado e instruído em Direito é questão que merecia mais estudo, se algum tem havido...

Afigura-se-nos que existe um vasto conjunto de pessoas que associam o Direito e os seus cultores, os juristas, ao pesadelo de complicações burocráticas e litigiosas, e certamente (para usar um exemplo clássico) não comprariam um automóvel a um homem ou a uma mulher de leis. Há um persistente, arreigado mito urbano contra eles, que seriam ardilosos, palavrosos e até desonestos. Mesmo contra os seus próprios clientes, sendo o caso... Recordo a preciosidade que é a obra de Alberto Sousa Lamy (1984) sobre juristas.

Há, portanto, cautelas a ter. Ao falar sobre questões jurídicas, as pessoas comuns naturalmente são reticentes, chegam a gaguejar ou a confessar o seu caráter de leigos. Excetua-se alguns *parvenus* que, com desenvoltura surpreendente, imitam a linguagem forense, normalmente cometendo erros palmares, descontextualizando termos, mal interpretando normas, treslendo institutos, ignorando bibliotecas inteiras. Repetem até brocardos latinos, para dar uma pretensa consistência retórica ao seu discurso e argumentação inconsistentes, antes de mais porque profundamente ignorantes.

Em geral, porém, toda a gente tende a imitar, como bem explicitou Gabriel de Tarde no seu *Les lois de l'imitation* (1985). Mesmo pessoas cautas o

fazem insensivelmente. Não se imita só a linguagem jurídica. Quem tenha um pouco de prática de paciente já começará a imitar a linguagem clínica. E do mesmo modo que os Juizes por vezes procuram evitar as perguntas capciosas e opinativas dos advogados às testemunhas, e as suas respostas meramente conjecturais e não estritamente factuais, também há um médico ou outro que pede ao doente que não se lhe substitua e não se ponha a enquadrar queixas em nomes de doenças, querendo que apenas lhe apresente factos, não deduções nem classificações. Esse trabalho não é do paciente, mas do clínico.

Um pormenor, porém, se nos afigura muito curioso.

É quando se nota que um leigo em Direito (embora no geral culto) hesita, pensa, pondera, sentindo que está a pisar terreno técnico, e não desejando meter foice em seara alheia. Terreno que sente realmente como que armadilhado para os leigos. Quando disso se apercebe, ressalta mais a sua cultura e especialmente a sua prudência.

Achamos especialmente interessante quando tal ocorre com comentadores de televisão. Normalmente muito afoitos em opinar e a dar palpites, desde logo a falar da tão renomada “lei internacional” e outras traduções literais do inglês. Porém, num ou noutra caso, há quem recue, e mostre assim que leva a sério uma especialidade que se não improvisa.

Ficamos sempre com boa impressão do jornalista ou comentador não jurista que evidencia as suas reticências e mostra cautelas redobradas e bem visíveis ao embrenhar-se pela “selva oscura” das tecnicidades jurídicas.

Nem tudo está perdido!

REFERÊNCIAS

ENDE, Michael. **A história interminável**. Lisboa: Presença, 1984.

FINLEY, Moses I. **Democracy ancient and modern**. Tradução do Francês, de Monique Alexandre, Prefácio de Pierre Vidal-Naquet. Paris : Payot, 1976. Título original: *Démocratie antique et démocratie moderne*.

LAMY, Alberto Sousa. **Advogados**: elogio e crítica. Coimbra: Almedina, 1984.

TARDE, Gabriel de. **As leis da imitação**. Porto: Rés, [S. d.].

TARDE, Gabriel de. **Les lois de l'imitation**. Paris: [S. n.], 1895.

Submissão em: 11 de setembro de 2023

Último Parecer favorável em: 17 de abril de 2024

Como citar este artigo científico

CUNHA, Paulo Ferreira da. No jogo de espelhos: imagens do poder e do direito em democracia. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 5, n. 2, p. 258-264, maio-ago. 2024.

A Benyújtás Feltételei
Amodau Cyflwyno
Başvuru Koşulları
Bedingungen für die Einreichung
Betingelser for Indsendelse
Betingelser for Innsending
Coinníollacha Maidir le hAighneacht
Condiciones de Envío
Condições para o Envío
Condicions per a L'enviament
Condiții de Depunere
Conditions de Soumission
Conditions for Submission
Condizioni per la Presentazione
Criteri Redazionali
Cumhachan Airson Tagradh
Esitamise Tingimused
Esityksen Ehdot
Iesniegšanas Nosacījumi
Konditioune fir d'Soumissioun
Kundizzjonijiet għas - Sottomissjoni
Kushtet e Paraqitjes
Norme Editorial
Pateikimo Sąlygos
Podmienky Predkladania
Podmínky pro Předkládání
Pogoji za Oddajo
Skilyrði fyrir Framlagningu
Талсыру Шарттары
Uslovi za Podnošenje
Uvjeti za Podnošenje
Villkor för Inlämning
Voorwaarden voor Inzending
Warunki Przedłożenia
Услови за поднесување
Услови за подношење
Условия подачи
Условия за Подаване
Умовы для Предстаўлення
Умови подання
Προϋποθέσεις για Υποβολή

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO

CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES INICIAIS

Art. 1.º As regras para a recepção e publicação de textos científicos, pela **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** são as descritas no presente Regulamento, respeitadas as condições fixadas no art. 26 deste Regulamento.

Art. 2.º Para o presente Regulamento, entende-se por textos científicos os artigos científicos, e outras manifestações jurídicas, descritos com as formalidades e padrões da norma culta e observância das normas fixadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, especialmente a ABNT 6023.

Art. 3.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** é um periódico de divulgação científica da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, tem periodicidade quadrimestral e não tem fins lucrativos.

Art. 4.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** não cobra qualquer valor pela publicação de textos de cunho científico e, em contrapartida, não paga aos autores quaisquer valores a título de direitos autorais.

Parágrafo único. A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** divulgará sem custo para os destinatários, e sem fins lucrativos, os exemplares publicados.

Art. 5.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** tem por objetivo a divulgação científica do segmento do Direito, constituída de:

- I – artigos científicos;
- II – diálogos que a Academia Jurídica tem para com os seus membros;
- III – resenhas ou críticas de livros da área do Direito;
- IV – Sentenças, Acórdãos ou Pareceres, na íntegra, com temas inovadores e que não sejam segredo de Justiça.

Parágrafo único. Em se tratando de Sentenças ou Acórdãos, os nomes das pessoas envolvidas com qualidades de partes ou procuradores deverão ser, em regra, omitidos ou apresentados de forma abreviada ou fictícia, impossibilitando a identificação direta.

Art. 6.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** publica textos científicos escritos em:

- I – Idioma Espanhol;
- II – Idioma Francês;
- III – Idioma Inglês;
- IV – Idioma Italiano;
- V – Idioma Português;
- VI – demais Idiomas da Europa.

Art. 7.º Os textos científicos submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** são de inteira responsabilidade dos seus autores não somente quanto à autoria e isenção de plágio, quanto a conceitos, opiniões e desenvolvimento de teses doutrinárias e acadêmicas.

Art. 8.º A submissão de textos de cunho científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** significa imediata e incondicional aceitação das presentes regras e a cessão de direitos autorais à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

Parágrafo único. Após a publicação de um texto científico na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, uma republicação em qualquer parte do Brasil, em qualquer época, somente poderá acontecer com autorização prévia da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** e a necessidade de a ela ser feita referência, alternativamente, de forma:

- I – direta, indicando nome completa da Revista, número do volume, número da edição, e páginas iniciais e finais da publicação; ou
- II – indireta, mediante referência simplificada indicativa da publicação, como “Agradecimentos especiais à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, pela divulgação deste trabalho científico”.

Art. 9.º Toda a digitação, incluindo citações e referências, deve obedecer às regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

§ 1.º Os tipos ou fonte da digitação serão Times New Roman, tamanho 12 para o texto, e este digitado com espaço 1,5 entre as linhas.

§ 2.º O sistema de citação será no próprio corpo do texto, incluindo o nome do autor, a data da publicação e o número da página em que há a citação.

§ 3.º As notas de rodapé poderão ser utilizadas apenas para identificação dos autores e para as demais informações complementares do texto.

§ 4.º As referências serão insertas ao fim do texto, com:

- I – espaço simples entre linhas;

- II – o texto das referências alinhadas à esquerda;
- III – o título da obra em letras com efeito negrito;
- IV – o subtítulo “Referências”, em letras maiúsculas, em negrito e centralizado;
- V – uma só linha de distância entre uma entrada e outra.

§ 5.º O Resumo, em Língua Portuguesa, e correspondentes em Língua original do autor do artigo científico, deverão ser digitados em espaço simples entre as linhas.

§ 6.º As publicações mais atuais da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** serão os modelos e exemplos das regras contidas no presente artigo.

Art. 10. Em atenção aos autores de outros países, para os quais as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) são de difícil entendimento, até mesmo pela inexistência de traduções para todos os Idiomas, será admitida a recepção de textos científicos segundo outras normas, respeitadas as condições expressas no art. 24 deste Regulamento.

Art. 11. Os nomes e endereços dos autores que têm textos científicos publicados ou, simplesmente, submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, são por ela usados com exclusividade, e não serão disponibilizados a pessoas, naturais ou jurídicas, fora do âmbito da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

Parágrafo único. Excetua, quanto à divulgação, a inserção do endereço eletrônico do(s) autor(es) na qualificação junto ao texto publicado, em atendimento às normas da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), órgão do Ministério da Educação, quanto aos dados mínimos para efeitos de classificação do periódico.

CAPÍTULO II

ARTIGOS CIENTÍFICOS

Art. 12. Os artigos científicos devem ser de autoria de, no máximo, três pessoas, sendo preferência que pelo menos um deles tenha título Acadêmico de Doutor.

Art. 13. Para os artigos científicos que contenham resultados de pesquisas patrocinadas por órgão de fomento, serão admitidos o máximo de quatro autores, sendo pelo menos um deles obrigatoriamente com título Acadêmico de Doutor, desde que identificado o órgão de fomento junto à qualificação e à filiação acadêmica.

Art. 14. Os artigos científicos que sejam resultado de pesquisas de campo, com aplicação de entrevistas ou questionários, devem ser acompanhados de comprovante de registro da correspondente pesquisa na Plataforma Brasil.

Art. 15. Os artigos científicos devem:

I – conter, no mínimo, dez laudas, com observância, quanto à digitação, ao contido no art. 9.º deste Regulamento;

II – ser inéditos no Brasil.

CAPÍTULO III

DIÁLOGOS, RESENHAS, SENTENÇAS OU ACÓRDÃOS

Art. 16. Para efeitos da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, entende-se por:

I – Acórdãos ou Sentenças: peças jurídicas de autoria de Juízes e Desembargadores, com temas ou decisões inovadoras, oriundas de processos judiciais, e que possam ser divulgadas em razão do teor;

II – diálogos que a Academia tem para com seus membros:

a) estudos especiais envolvendo o Direito;

b) falas em aulas inaugurais de Curso de Direito;

c) falas em Bancas Examinadora de candidatos a títulos acadêmicos;

d) textos de cunho científico, ligados ao Direito, mas não sendo o foco principal no Direito;

III – Pareceres: peças jurídicas de autoria de Juízes, Desembargadores e integrantes do Ministério Público, com temas inovadores, que possam ser divulgadas em razão do teor, e que possam vir a servir de base para futuras decisões no segmento jurídico;

IV – resenhas ou críticas de livros da área do Direito:

a) análise de livros da área do conhecimento do Direito;

b) considerações comparativas de um livro de Direito com outro livro ou de Direito ou de disciplina afim ao Direito;

c) crítica, equiparada à crítica literária, em relação a livros de Direito.

Art. 17. Os textos científicos submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, para as seções “Estudos Continuados”, “Acórdãos, Pareceres e Sentenças” ou outra que venha a ser criada na forma do presente Capítulo III deste Regulamento, deverão:

I – conter, no mínimo, cinco laudas, com observância quanto à digitação, ao contido no art. 9.º deste Regulamento;

II – ser inéditos no Brasil;

III – ter autoria individual ou, em casos excepcionais e especiais, dois autores.

CAPÍTULO IV

A SUBMISSÃO

Art. 18. A submissão de texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** é ato de decisão unilateral do autor ou dos autores e não correspondente a uma responsabilidade da Revista para que haja publicação.

Parágrafo único. O caráter de ato unilateral e responsabilidade única do autor ou dos autores acontecerá ainda que o autor ou os autores tenham recebido comunicação da Revista, ou do seu Editor, ou de membro da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, quanto à abertura de Edital ou outra forma de divulgação da existência do periódico e da possibilidade de submissão de textos científicos.

Art. 19. A submissão representa a declaração do autor ou dos autores de que o texto científico:

I – é inédito;

II – não contém plágio ou qualquer apropriação de textos de terceiros;

III – não contém sistemas de identificação, por via oblíqua, que possa prejudicar a análise pelo sistema cego de avaliação;

IV – não foi submetido, no todo ou em parte, à avaliação de outro periódico, embora ainda não publicado.

§ 1.º Considera-se inédito o texto científico que foi apenas:

I – objeto de apresentação de resumo oral em evento científico, sem divulgação impressa do seu texto propriamente dito;

II – publicado em Anais em forma de resumo, sem divulgação impressa do seu texto propriamente dito;

III – resultado de trabalho de curso – Monografia, Tese, Dissertação – cuja divulgação foi apenas quanto à apresentação oral e/ou encadernação para depósito junto à Instituição de Ensino.

§ 2.º. Até que a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** altere a redação do presente artigo deste Regulamento, especialmente em seu inciso III, a identificação do nome do autor, com sua qualificação e filiação a uma Instituição de Ensino Superior não são itens considerados como forma de identificação que prejudica o sistema cego de avaliação, porque esses dados serão retirados, pelo Editor, quando da remessa para a análise dos membros do Conselho de Pareceristas.

Art. 20. Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o autor ou os autores se responsabilizam quanto às informações referentes à titulação, ao vínculo com Instituição de Ensino ou de Pesquisa e outros dados que forem insertos na qualificação.

Art. 21. A submissão representa a declaração de certeza e conhecimento de que não haverá pagamento ou retribuição ao autor, nem a título de *pro labore*, bem como não há outra prevista vantagem como compensação pelos direitos autorais automaticamente cedidos.

Art. 22. Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, os autores de textos com autoria coletiva se declaram cientes de que, ainda que o texto seja remetido indicado autoria em outra ordem, aparecerão na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** como autores os nomes na seguinte ordem e prioridade:

- I – quem tiver título Acadêmico de Doutor, se único entre os coautores;
- II – os coautores que tenham título Acadêmico de Doutor, na ordem constante do texto científico recebido;
- III – quem tiver título Acadêmico de Mestre, se único entre os coautores;
- IV – os coautores que tenham título Acadêmico de Mestre, na ordem constante do texto científico recebido;
- V – quem tiver título Acadêmico de Especialista ou Pós-Graduado *Lato Sensu*, se único entre os coautores;
- VI – os coautores que tenham título Acadêmico de Especialista ou Pós-Graduado *Lato Sensu*, na ordem constante do texto científico recebido;
- VII – quem for apenas graduado, sem títulos Acadêmicos, na ordem constante do texto científico recebido.

Parágrafo único. Quando um autor fizer a submissão de texto científico de autoria coletiva, torna-se o responsável pelas informações também referentes aos coautores.

Art. 23. Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o(s) autor(es) declara(m) saber que o texto poderá sofrer adaptações quanto à formatação, para seja adaptado à padronização do material publicado.

Art. 24. Especialmente quanto aos autores não brasileiros, para os quais as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) são de difícil entendimento, até mesmo pela inexistência de traduções para todos os Idiomas, a submissão de texto científico fora das regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), conforme art. 10 deste Regulamento, significa a imediata e incondicional autorização para que o Editor faça as transformações e padronizações segundo as normas da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** e da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Art. 25. Uma vez submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, os artigos científicos serão analisados por avaliadores pelo sistema cego de análise (*double blind review*), sendo obedecidas as seguintes condições:

- I – dois pareceres positivos representam aprovação para publicação;
- II – dois pareceres negativos representam reprovação e não aceitação;
- III – um parecer positivo e um parecer negativo representará a necessidade de submissão a um terceiro avaliador, cujo voto decidirá como o segundo voto de uma das categorias que levarão à aprovação ou à reprovação.

CAPÍTULO V

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 26. As condições omissas no presente Regulamento serão decididas pelo Editor da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, que considerará:

- I – a decisão para o caso concreto, com solução especial e válida somente para a dúvida ou proposta apresentadas;
- II – a possibilidade de submissão da dúvida ou proposta apresentadas à Diretoria da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, para inserção no presente Regulamento e passar a ser regra geral do momento em diante.

Art. 27. O presente Regulamento poderá ser modificado por decisões da Diretoria da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**.

Parágrafo único. As alterações entrarão em vigor no quadrimestre que se seguir ao quadrimestre em que ocorrer a alteração, ainda que não tenha ainda sido publicada a Revista contendo o Regulamento com o texto alterado.

Art. 28. O presente Regulamento entrará em vigor com a publicação do volume 1, número 1, da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

Montes Claros (Minas Gerais, Brasil), 21 de maio de 2020.

Professor Mestre Richardson Xavier Brant

Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso

ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS

Endereço: R. Francisco Versiane Ataíde, 389/703, Bairro Cândida Câmara,
Montes Claros, Minas Gerais, Brasil, CEP 39401-039.



ISSN 2675-6714



9 772675 671007