

COLEÇÃO DIREITO E PROCESSO PENAL

COORDENADORES DA COLEÇÃO

BRUNA CAPPARELLI
LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ
NEREU JOSÉ GIACOMOLLI
PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
RENZO ORLANDI

ORGANIZADORAS DA OBRA

BRUNA CAPPARELLI
MARIANGELA LOPES

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE OS DIREITOS HUMANOS EM UMA PERSPECTIVA EUROPEIA

VOTOS DIVERGENTES E
CONCORRENTES (2014-2020)

PREFÁCIO
MINISTRO GILMAR MENDES

VOLUME 1

tirant
lo blanch

AUTORES
ADELMO MANNA
ANDREA PISANESCHI
ANNALISA CIAMPI
ANTONIO BALSAMO
BRUNA CAPPARELLI
ELENA BINDI
GAETANO DE AMICIS
GIOVANNI GRASSO
LUIGI STORTONI
MARIANGELA LOPES
MARCO PELISSERO
MARIO CHIAVARIO
MICHELE CAIANIELLO
RAFFAELLO MAGI
RICCARDO PAVONI
ROBERTO CONTI
ROBERTO E. KOSTORIS
VITTORIO MANES

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
OS DIREITOS HUMANOS EM UMA
PERSPECTIVA EUROPEIA
VOTOS DIVERGENTES E CONCORRENTES (2014-2020)



tirant
lo blanch

Copyright© Tirant lo Blanch Brasil

Editor Responsável: Aline Gostinski

Assistente Editorial: Izabela Eid

Capa e diagramação: Natália Carrascoza Vasco

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

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

JUAREZ TAVARES

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

LUIS LÓPEZ GUERRA

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

OWEN M. FISS

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

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

M246

Paulo Pinto de Albuquerque. Os direitos humanos em uma perspectiva europeia : votos divergentes e concorrente (2014-2020), volume 1 [livro eletrônico] / Adelmo Manna ... [et al.]; prefácio Gilmar Ferreira Mendes; Bruna Capparelli ... [et al.] (org.), (coord.). - 1.ed. - São Paulo : Tirant lo Blanch, 2024. -- (Coleção Direito e Processo Penal)

1Kb; livro digital

ISBN: 978-65-5908-717-4.

1. Direito penal. 2. Processo penal. I. Título.

CDU: 343.21

Bibliotecária Elisabete Cândida da Silva CRB-8/6778

DOI: 10.53071/BOO-2024-02-29-65E0DF0BA4192

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



**tirant
lo blanch**

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Fone: 11 2894 7330 / Email: editora@tirant.com / atendimento@tirant.com
tirant.com/br - editorial.tirant.com/br/

COLEÇÃO DIREITO E
PROCESSO PENAL

Coordenadores da Coleção

Bruna Capparelli
Laura Zúñiga Rodríguez
Nereu José Giacomolli
Paulo Pinto de Albuquerque
Renzo Orlandi

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
OS DIREITOS HUMANOS EM UMA
PERSPECTIVA EUROPEIA

VOTOS DIVERGENTES E CONCORRENTES (2014-2020)

Organizadoras da obra

Bruna Capparelli
Mariângela Lopes

Prefácio

Gilmar Mendes

Autores

Adelmo Manna
Andrea Pisaneschi
Annalisa Ciampi
Antonio Balsamo
Bruna Capparelli
Elena Bindi
Gaetano De Amicis
Giovanni Grasso
Luigi Stortoni

Mariângela Lopes
Marco Pelissero
Mario Chiavario
Michele Caianiello
Raffaello Magi
Riccardo Pavoni
Roberto Conti
Roberto E. Kostoris
Vittorio Manes



SUMÁRIO

ÍNDICE DE AUTORES E TRADUTORES	8
PREFACIO À EDIÇÃO BRASILEIRA	12
<i>Gilmar Mendes</i>	
PREFACIO À EDIÇÃO ITALIANA	15
<i>Raffaele Sabato</i>	
PREFACIO À EDIÇÃO ITALIANA	19
<i>Gilberto Felici</i>	
INTRODUÇÃO À EDIÇÃO BRASILEIRA DA OBRA ESCRITA EM HOMENAGEM AO JUIZ DO TEDH PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE. UMA APROXIMAÇÃO NECESSÁRIA DA JURISPRUDÊNCIA DE ESTRASBURGO NO BRASIL.....	23
<i>Bruna Capparelli e Mariângela Lopes</i>	
INTRODUÇÃO À EDIÇÃO ITALIANA: O PAPEL DO CONSENTIMENTO E DO DISSENSO NAS “OPINIÕES SEPARADAS” DAS SENTENÇAS E PARECERES DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS.....	38
<i>Andrea Saccucci</i>	
OS PARECERES DO JUIZ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE DE 2016 A 2020.....	72
<i>Claudia Cantone</i>	
<i>CAPÍTULO I</i>	
GARANTIAS DE UM JULGAMENTO JUSTO - QUESTÕES DE PRINCÍPIO	76
Garantias de julgamento justo, direito à verdade e evolução tecnológica.....	76
<i>Antonio Balsamo</i>	
Equidade processual e manipulação de garantias.....	84
<i>Roberto E. Kostoris</i>	
Os votos de Paulo Pinto de Albuquerque	95
1. Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça [GC], recurso n. 5809/08, 21 de junho de 2016 - Natureza sancionatória de medidas de confisco com base em resoluções do Conselho de Segurança, caráter fundamental do direito de acesso a um juiz em questões criminais e civis, conflito de obrigações nos termos da Carta das Nações Unidas e da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Convenção como uma “Constituição Europeia”, a jurisprudência do Tribunal de Bóforo aplicada às	

Nações Unidas.	95
2. A e B c. Noruega [GC], recursos n. 24130/11 e n. 29758/11, 15 de novembro de 2016-Aplicação da proibição de bis in idem no caso de processos penais e tributários paralelos Correia de Matos c. Portugal [GC], recurso n. 56402/12, 4 de abril de 2018 - Direito de autodefesa do advogado em processos penais, distorção do consenso europeu e fragmentação do direito internacional.....	135
3. Murtazaliyeva c. Rússia [GC], recurso n. 36658/05, 18 de dezembro de 2018-Direito de obter a convocação e a inquirição de testemunhas pelo acusado nas mesmas condições que as testemunhas de acusação, princípio da imediatidade e teste geral de julgamento justo	209
4. Garbuz c. Ucrânia, recurso n. 72681/10, 19 de fevereiro de 2019 - Opiniões separadas sobre decisões de inadmissibilidade incorporadas nas sentenças de mérito, direito de interrogar testemunhas dependentes.	240
5. Farrugia c. Malta, recurso n. 63041/13, 4 de junho de 2019 - Teste de justiça geral do julgamento criminal e acesso ao advogado de defesa durante a custódia policial.	242

Comentários aos votos

Dissent to build. A missão de um garantista em face da teoria das medidas compensatórias desenvolvida pelo TEDH sobre o julgamento justo	250
--	-----

Michele Caianiello

A questão da autodefesa entre o autoritarismo e o personalismo.....	262
---	-----

Mario Chiavario

O conflito entre as obrigações previstas na Carta das Nações Unidas e na Convenção Europeia de Direitos Humanos: a jurisprudência da Corte de Bósforo aplicada às Nações Unidas	268
---	-----

Annalisa Ciampi

A metamorfose do ne bis in idem de um direito fundamental para um instrumento de controle da proporcionalidade da punição na opinião do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque em A e B c. Noruega.....	272
--	-----

Gaetano De Amicis

Clareza e franqueza na relação entre a Carta das Nações Unidas e a CEDH: sobre o parecer do juiz Paulo Pinto de Albuquerque no caso Al-Dulimi 980 Marco Pedrazzi - Artigo 103 da Carta das Nações Unidas, sanções específicas e a proteção dos direitos humanos fundamentais: uma questão ainda em aberto.....	281
--	-----

Riccardo Pavoni

CAPÍTULO II

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE E DA LIBERDADE DE MOVIMENTO

PESSOAL	292
----------------------	------------

As questões de princípio

A natureza jurídica das medidas de prevenção à luz da chamada “fraude de etiqueta”	
--	--

Adelmo Manna

A proteção dos direitos dos acionistas no âmbito do direito de propriedade	304
--	-----

Elena Bindi e Andrea Pisaneschi

Os votos de Paulo Pinto de Albuquerque	312
1. De Tommaso c. Itália [GC], recurso n. 43395/09, 23 de fevereiro de 2017 - Natureza da privação de liberdade no contexto de medidas preventivas pessoais, aplicabilidade de garantias de julgamento justo e recursos internos.....	312
2. S.C. Service Benz Com S.r.l. c. Romênia, recurso n. 58045/11, 4 de julho de 2017- Responsabilidade indireta e confisco de bens pertencentes a pessoas que não sejam o infrator.	331
3. Garib c. Países Baixos [GC], recurso n. 43494/09, 6 de novembro de 2017- Gentrificação de cidades e restrições temporárias à escolha de residência em um distrito urbano para pessoas dependentes de benefícios sociais.	334
4. Inseher c. Alemanha [GC], recursos n.10211/12en.27505/14, 4 de dezembro de 2018 - Aplicação retroativa de uma medida de detenção preventiva por motivos psiquiátricos, definição da noção de “pessoa com problemas mentais”.	362
5. Albert e outros c. Hungria, recurso n. 5294/14, 29 de janeiro de 2019 - Controle estatal de bancos e interferência nos direitos substantivos dos acionistas.	402
Comentários sobre os pareceres	
A proteção “concorrente” do direito de propriedade prevista no Artigo 17 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.....	419
<i>Roberto Conti</i>	
Uma crítica sem apelo ao sistema de medidas de prevenção na Itália	429
<i>Roberto Conti</i>	
O princípio da realidade e a lenta harmonização entre princípios e prática nas medidas italianas de prevenção.....	437
<i>Raffaello Magi</i>	
O forte estatuto das garantias: um alerta para a política criminal expansiva das medidas de prevenção	443
<i>Marco Pelissero</i>	
Um nó não resolvido: a legitimidade das medidas de prevenção	449
<i>Luigi Stortoni</i>	

CAPÍTULO III

EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS DO TRIBUNAL EUROPEU451

As questões de princípio

A execução das sentenças e a eficácia do sistema convencional de proteção dos direitos humanos: entre a ambiguidade da Corte e a negligência dos Estados.....	451
<i>Vittorio Manes</i>	
Os votos de Paulo Pinto de Albuquerque	457
1. Moreira Ferreira c. Portugal (n. 2) [GC], recurso n. 19867/12, 11 de julho de 2017 - Recusa de reabertura do processo penal na sequência de um acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, princípio da subsidiariedade e margem de apreciação nacional.....	457
2. Produkcija Plus Storitveno Podjetje D.o.o. c. Eslovênia, recurso n. 47072/15, 23 de outubro de 2018 - Reabertura de processo nacional após violação do Artigo 6 da CEDH, indenização por danos materiais, perda de oportunidades reais	488

3. Ilgar Mammadov c. Azerbaijan [GC], recurso n. 15172/13, 29 de maio de 2019 - Não cumprimento de uma decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, poderes do Comitê de Ministros no processo de infração 1258	489
---	-----

Comentários aos votos

Não execução de sentenças e processos por infração: o parecer concorrente em Mammadov c. Azerbaijão.....	489
<i>Giulia Borgna</i>	
A nova fisionomia da sentença em matéria penal implícita na jurisdição europeia de direitos humanos.....	496
<i>Maria Lucia Di Bitonto</i>	
Reabertura de procedimentos domésticos, margem de apreciação, consenso europeu.....	505
<i>Diego Mauri</i>	

ÍNDICE DE AUTORES E TRADUTORES

AUTORES

Adelmo Manna – Professor Catedrático de Direito penal pela Universidade de Foggia

Annalisa Ciampi – Professora Catedrática de Direito internacional pela Universidade de Verona

Antonio Balsamo – Substituto Procurador Geral pela Corte de Cassação italiana

Elena Bindi e **Andrea Pisaneschi** – Professora Catedrática de Direito público e Professor Catedrático de Direito constitucional, ambos pela Universidade de Siena

Gaetano De Amicis – Conselheiro da Corte de Cassação italiana

Giovanni Grasso – Professor Catedrático de Direito penal pela Universidade de Catania

Luigi Stortoni – Professor Emérito de Direito penal pela Universidade de Bolonha

Marco Pelissero – Professor Catedrático de Direito penal pela Universidade de Turim

Mario Chiavario – Professor Emérito de Direito processual penal pela Universidade de Turim

Michele Caianiello – Professor Catedrático de Direito processual penal pela Universidade de Bolonha

Raffaello Magi – Conselheiro da Corte de Cassação italiana

Riccardo Pavoni – Professor Catedrático de Direito internacional e Direito da União europeia pela Universidade de Siena

Roberto Conti – Conselheiro da Corte de Cassação italiana

Roberto E. Kostoris – Professor Catedrático de Direito processual penal pela Universidade de Padova

Vittorio Manes – Professor Catedrático de Direito penal pela Universidade de Bolonha

TRADUTORES

Nereu José Giacomolli – Professor Doutor Catedrático de Direito processual penal pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Gustavo Badaró – Professor Doutor Catedrático de Direito processual penal pela Universidade de São Paulo

Mariana Engers Arguello – Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Deise Helena Krantz Lora – Professora Doutora de Direito Processual Penal pela Universidade do Oeste de Santa Catarina

Guilherme Madeira Dezem – Professor Doutor Catedrático de Direito Processual penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e juiz em São Paulo

André Giamberardino – Professor Doutor pela Universidade Federal de Curitiba

Abrão Amisy Neto – Escola Superior do Ministério Público do Estado de Goiás e promotor de justiça Goiás

APRESENTAÇÃO COLEÇÃO DIREITO E PROCESSO PENAL

A **coleção Direito e Processo Penal** nasce de razões e conexões científicas e culturais e é dedicada à **justiça criminal** como um todo: a finalidade é, de fato, aproximar as tradições europeia e latino-americana, expandir o horizonte ao que diz respeito ao processo e à sua disciplina jurídica, coletar monografias e estudos científicos. A Coleção se abre, precisamente, ao sistema de justiça criminal como um todo; a horizontes comparativos e internacionais; a dimensões sociais, históricas, talvez até literárias e figurativas; a traduções de obras fundamentais, muitas vezes citadas sem terem sido lidas; a obras coletivas e atas de conferências. Nesse sentido, são aceitos textos redigidos em português, inglês, espanhol e italiano.

Cada volume publicado na coleção foi aprovado pelos coordenadores, de acordo com os regulamentos da coleção. As regras e a documentação referentes à revisão de trabalhos individuais são mantidas pelos coordenadores.

PREFÁCIO À EDIÇÃO BRASILEIRA

Foi com alegria que aceitei o convite para prefaciар a edição brasileira desta obra, que homenageia a trajetória do grande jurista **Paulo Pinto de Albuquerque** no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). Seus vários anos exercendo a judicatura na Corte nos trouxeram ensinamentos sobre relevantes tópicos que circundam a temática da proteção dos direitos humanos.

Membro honorário da Academia Brasileira de Direitos Humanos desde 2009, e do Instituto Brasileiro de Direito Internacional desde 2015, Paulo sempre se mostrou muito empenhado em abrir diálogo internacional para além das fronteiras europeias, o que é essencial na sociedade globalizada contemporânea. O homenageado, inclusive, foi um dos idealizadores dos primeiros acordos de cooperação entre a Corte Europeia e o Poder Judiciário brasileiro.

Entre os vários julgamentos que marcaram sua presença em Estrasburgo, considero oportuno rememorar o caso *de Souza Ribeiro v. França*¹. Isso porque o magistrado foi responsável por apresentar opinião concorrente, aderida pelo juiz Vučinić, consignando um padrão de comportamento dos Estados em relação à interposição de recursos contra decisões que impusessem remoções, deportações, expulsões ou outras medidas semelhantes.

Naquele caso, o requerente, brasileiro, residia com sua família na Guiana Francesa, ininterruptamente, desde os sete anos de idade. Após anos vivendo na região ultramarina da França, foi detido por não portar documentação apta a comprovar sua presença regular no país. No dia seguinte, foi deportado menos de uma hora após a interposição do recurso perante a Corte de Cayenne no qual pleiteava a suspensão imediata da ordem de deportação. Na análise do pedido recursal, esse mesmo tribunal declarou ausência de objeto, pois a deportação já havia ocorrido.

Encaminhado ao Brasil – país com o qual não tinha qualquer vínculo, exceto a nacionalidade –, viu-se obrigado a abandonar seu núcleo familiar e afetivo, sem nenhuma perspectiva de retorno.

1 TEDH, *De Souza Ribeiro c. França*. Queixa n. 22689/07. Acórdão de 13 de dezembro de 2012.

O jovem então peticionou à Corte Europeia. Reivindicou o direito de ter acesso a um recurso efetivo contra a ordem em seu desfavor, uma vez que não houve tempo hábil para o julgamento antes da deportação, apontando afronta ao artigo 8º (direito ao respeito pela vida privada e familiar) em conjunto com o artigo 13º (direito a um recurso efetivo) da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Em 2012, a Grande Câmara do TEDH condenou o Estado francês ao pagamento de três mil euros por danos não pecuniários e doze mil euros por despesas e custas processuais. Embora as violações tenham sido reconhecidas, o órgão julgador concluiu que não haveria necessidade de atribuição de efeito suspensivo a recurso contra a ordem de remoção interposto por estrangeiro com base no artigo 8º da Convenção.

Em seu brilhante voto, Pinto de Albuquerque divergiu do entendimento adotado, ao argumento de que “o recurso contra qualquer decisão de expulsão e congêneres deve ter efeito suspensivo automático, sempre que haja o perigo de verificação de um prejuízo irreversível para a vida familiar”².

Nessa perspectiva, sob o prisma do direito à vida, defendeu que a preservação do devido processo deve ser reconhecida como uma das garantias mínimas a qualquer migrante, independentemente de seu *status* migratório, o qual não pode servir de óbice para o exercício de seus direitos fundamentais. Essa visão vai ao encontro dos princípios que regem os direitos daqueles que, como bem assentado por Paulo, “vivem à margem da sociedade e não possuem nada senão o sonho de um pedaço de terra”.

Esse julgado é um dos inúmeros casos que demonstram os valores que sempre guiaram os votos do homenageado. Outros diversos exemplos são encontrados nesta obra, que conta com uma seleção de seus votos divergentes e concorrentes, analisados e enriquecidos por lições de renomados professores italianos, a partir de valiosos comentários sobre as discussões travadas na Corte Europeia.

Em bom momento, **Bruna Capparelli** e **Mariângela Lopes** idealizaram esta edição brasileira, que serve à comunidade científica de língua portuguesa como porta de acesso à jurisprudência de Estrasburgo. Trata-se, decerto, de uma aproximação necessária.

Neste livro, o leitor encontrará capítulos sobre os mais diversos assuntos, como a proteção da vida, saúde, integridade psicofísica, cidadania, imigração, asilo, humanidade, legalidade e irretroatividade das sanções penais, garantias de

2 ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Convenção Europeia dos Direitos Humanos: seleção de opiniões*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

um julgamento justo, proteção dos direitos de propriedade, liberdade de movimento pessoal e execução de sentenças de tribunais europeus. A variedade de temas aqui encontrada revela o grande legado que Paulo Pinto de Albuquerque deixa para a academia jurídica internacional.

Desejo a todos proveitosa leitura.

GILMAR FERREIRA MENDES

Ministro do Supremo Tribunal Federal. Doutor em Direito pela Universidade de Münster, Alemanha. Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

PREFÁCIO À EDIÇÃO ITALIANA

Uma ilustre estudiosa, no prefácio à primeira coleção destinada ao público italiano, e traduzida na nossa língua, das opiniões concordantes e dissidentes pronunciadas por Paulo Pinto de Albuquerque nos anos iniciais do seu mandato como juiz do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, expressou-se no sentido que ele “não é um juiz como todos os outros” por causa do seu “perceber a própria atribuição como uma verdadeira missão”, querendo ele que “a sua voz ... chegue ao cidadão”. Acrescentou a apresentadora que “algumas destas posições podem certamente ser controversas”, mas o que “vem à tona é a forma com que são apresentadas: o raciocínio científico-jurídico”, com conotações tais que permitam a plena informação do público seja dos especialistas seja dos leigos³.

Após quatro anos da coleção precedente, a publicação, mais uma vez em tradução italiana, das opiniões concordantes e dissidentes de Paulo Pinto de Albuquerque, depositadas na segunda e última parte do seu mandato como juiz em Estrasburgo, permite antes de tudo confirmar, também em relação a estas elaborações mais recentes do autor, a avaliação tão bem expressa há quase uma década. O juiz Pinto de Albuquerque deu-se efetivamente como “missão” aquela de falar ao público, e tal missão prosseguiu – e perseguiu com determinação – até hoje.

Conhecendo o professor Paulo Pinto de Albuquerque há alguns anos (ele é um excelente penalista e eu, por outro lado, dedicado ao cível, temos em comum, entre outras coisas, uma experiência na formação dos jovens magistrados), aceitei com prazer, enquanto trabalhava com ele como juiz em Estrasburgo, o convite para redigir este breve prefácio. O convite, na verdade, - além de me dar a oportunidade para celebrar o brilhante colega, que certamente o merece - me permite algumas observações, por assim dizer “específicas”, que, por assim dizer, em relação à obra do autor apenas um italiano pode fazer. Ele, português não apenas de nascimento e formação, mas também e sobretudo de abordagem jurídica, com muitas – porém – aberturas aos sistemas jurídicos mais distantes (o que me referirei melhor), manteve, verdadeiramente, nos anos uma relação constante

3 BILANCIA, Paola. Prefazione. In: GALLIANI, Davide. (Ed.). *I diritti umani in una prospettiva europea – Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2016, p. XV-XVI.

com a academia, magistratura e advocacia italiana, seguramente com referências comuns àquelas do mundo cultural lusitano.

Um primeiro exemplo já esclarecerá. Me refiro ao primeiro dos meus dois filhos - que nestes dias se prepara para assumir as funções de magistrado – que, no âmbito das provas para fins da seleção do concurso de alguns anos atrás, ele e um número relevante de outros aspirantes a magistrados, chamados a tratar de um “tema” escrito sobre o tópico da *judicial review* na Itália dos atos das *authorities*, tinha mencionado amplamente a opinião dissidente⁴ com a qual Paulo Pinto de Albuquerque tinha considerado que o controle jurisdicional exercitado pelos tribunais administrativos italianos, na medida em que não se estendem ao mérito e à possibilidade para o juiz de exprimir a própria avaliação técnica, não constitui uma “jurisdição plena” sobre os atos da autoridade independente, em violação às garantias consagradas no Artigo 6, § 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Aconteceu, de fato, no âmbito das aulas ministradas em pelo menos uma das “escolas” de preparação para o concurso, que a leitura da sentença da maioria do TEDH sobre o assunto tivesse interessado o público em igual medida a leitura da opinião dissidente; a criatividade dos jovens candidatos, igual àquela do juiz português em Estrasburgo, havia feito o resto...

Se, portanto, desafiando a moda corrente, jovens concurseiros na Itália tenham, talvez, colocado em risco o sucesso da própria prova, evidenciando uma crítica (não apenas à maioria no âmbito do TEDH, mas ao próprio sistema de tutela nacional), no lugar da mais fácil escolha de referir apenas à sentença “oficial” dos juízes de Estrasburgo, isto torna evidente “desde baixo” que Paulo Pinto de Albuquerque goza no país de alta consideração. Melhor exemplo da “ligação” entre o juiz português e a Itália, país não seu, não teria sabido encontrar a respeito do que este que me foi proporcionado em família!

Paulo Pinto de Albuquerque se deu como missão também aquela de “oficial de ligação” entre a Corte de Estrasburgo e as outras cortes regionais operantes no campo do direito humanitário (na África e nas Américas), bem como com as cortes – constitucionais e supremas – dos Estados não europeus. Ele é reconhecido por nossos colegas como um dos juízes que mais incentivaram as relações com as cortes superiores extra-europeias, através de profícuos intercâmbios, contatos e iniciativas comuns. A lista dos países distantes com os quais, pelo seu trâmite, o TEDH se relaciona proficuamente com o mundo seria longuíssima: com a

4 Cf. Opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, A. Menarini Diagnostics S.r.l. vs. Itália, recurso 43509/08, j. em 27 set. 2011. Disponível em: [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=0_8_1_11&facetNode_4=1_2\(20110927\)&facetNode_3=1_2\(201109\)&facetNode_2=1_2\(2011\)&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU685653#](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=0_8_1_11&facetNode_4=1_2(20110927)&facetNode_3=1_2(201109)&facetNode_2=1_2(2011)&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU685653#). Acesso em: 23 nov. 2021.

certeza de mais omissões, recorro a Angola, o Brasil, a China, a Coréia do Sul, o Japão, a Jordânia, a Índia, Israel, o Moçambique e África do Sul.

Tendo falado da relação entre o autor e as cortes nacionais me permite, agora, formular um segundo exemplo da “ligação” entre o autor e a Itália. Embora não conste – para uma pesquisa sumária até hoje – alguma referência direta às opiniões separadas do nosso autor nas sentenças da Corte Constitucional e naquelas das outras jurisdições superiores (e teria sido peculiar o contrário; uma referência, ao contrário, aparecendo em um recurso de uma região perante a Consulta⁵, enquanto três sentenças do Conselho de Estado repetem analogamente menções feitas pelas partes) na minha opinião, os juízes (e antes deles os advogados) italianos atentamente consideram o que ele escreve, ainda que eventualmente para (implicitamente) dissentir. Para isso, obviamente, contribuem livros como este que se apresenta. Paulo Pinto de Albuquerque, por sua parte, lê e, respeitosamente, mas resolutamente, muitas vezes, critica a produção judiciária italiana. O exemplo de que dizia pode ter como referência a Corte Constitucional italiana, com a qual o autor mantém um constante diálogo. A fim de recordar uma crítica em grande parte compartilhada (enquanto outras, como dito, podem não ser) se pode aqui mencionar quanto ao exposto na opinião parcialmente concordante e parcialmente dissidente no TEDH, G.I.E.M. s.r.l. e outros c. Itália [GC], 1828/06, 34163/07 e 19029/11, de 28 de junho de 2018: Paulo Pinto de Albuquerque, embora dando uma leitura a meu ver muito “otimista” (por exemplo, ao § 52) d “desenvolvimento” que – segundo ele – a sentença n. 49 de 2015 teria apresentado a respeito das sentenças gêmeas de 2007, sublinha uma passagem do texto da maioria (o § 252) da Grande Câmara, que, de outra forma, poderia ter passado despercebido, sobre a equivalência na natureza jurídica, vinculatividade e força interpretativa das sentenças do TEDH, independentemente da formação que as pronuncia. Ele explica o que o *self-restraint* judicial, ordinário, não consegue explicar. Afirma claramente que a passagem constitui “uma resposta direta à sentença n. 49/2015 da Corte Constitucional, bem como uma mensagem dirigida a todas as cortes supremas e constitucionais da Europa” (ibid., nota 96)⁶, posto que a sentença n. 49 dos juízes das leis⁷ havia afirmado que “apenas no caso em que se encontra em presença de um ‘direito consolidado’ ou de uma ‘sentença piloto’, o juiz italiano será vinculado a receber a norma individuada em Estrasburgo”, a depender dos casos, fazendo a norma mesma interpretativamente

5 [N.T.] *Palazzo della Consulta* é o nome do palácio em Roma que sedia a *Corte Costituzionale della Repubblica Italiana*. Por vezes o nome do palácio é usado como metonímia em referência à Corte Constitucional.

6 Vide sobre o ponto: CIVININI, Maria Giuliana. *Il valore del precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*. *Questione giustizia*, Roma, a. 4, n. 4, 2018, p. 108. Disponível em: https://www.questionegiustizia.it/data/rivista/pdf/26/qg_2018-4.pdf. Acesso em: 23 nov. 2021.

7 [N.T.] No original *giudici delle leggi*, pois os juízes da Corte Constitucional têm competência para julgar a conformidade constitucional das leis.

ou levantando incidente de constitucionalidade. Paulo Pinto de Albuquerque, de resto, também em muitos outros casos foi um defensor ferrenho da absoluta vinculatividade das sentenças do TEDH, de qualquer tipo, não sujeitas a escrutínio, nem mesmo em “raras ocasiões”⁸, pelo juiz nacional.

Não é esta, dada a brevidade que deve conotar este prefácio, a sede para ocupar-se das tantas opiniões separadas, redigidas pelo nosso autor, também apenas nos mais recentes casos delicados relacionados à Itália (como, por exemplo, nos casos De Tommaso ou Paradiso e Campanelli); o volume que se apresenta permitirá a todos formar uma ideia pessoal. É, em vez disso, o caso de recordar que o juiz Pinto de Albuquerque desenvolveu também importantes papéis organizativos em Estrasburgo, tais quais de vice-presidente de seção e de presidente de um importante Grupo de trabalho interno que se ocupa do Regulamento do Tribunal. Em consonância com sua formação, cultural e profissional, de professor de direito penal e juiz penal no país de proveniência, constituiu perante o TEDH um grupo de atenção sobre o direito penal, em operação há mais de cinco anos. Testemunhos, estes, considerados unitariamente, da vinculação do juiz Pinto de Albuquerque ao Tribunal e do Tribunal a ele.

Mas voltemos, para concluir, à relação entre Paulo Pinto de Albuquerque e o nosso País, via Estrasburgo. Um “cruzamento” assim estreito entre Portugal, Itália e Estrasburgo me traz à memória um precedente, de natureza literária: se trata do episódio do notório romance do italiano Antonio Tabucchi, “Sostiene Pereira”, em que o protagonista português, Pereira, publicou no jornal “Lisboa” uma história de Alphonse Daudet, ambientado na Alsácia, nos arredores de Estrasburgo. O diretor do jornal repreende Pereira, pois a publicação – por razões que aqui não importam – “tem suscitado muitos descontentamentos nos ambientes que importam”⁹.

O paralelismo, *mutatis mutandis*, vem espontaneamente. Um risco, aquele de suscitar descontentamentos, que, por vezes, corre também quem faz do raciocínio o seu objetivo, e da difusão do raciocínio, conseqüentemente, a sua obrigação moral. Se, portanto, “descontentamentos” são possíveis na livre troca de “opiniões”, os leitores saberão apreciar, porém, os aspectos positivos do compartilhamento das lúcidas argumentações que Paulo Pinto de Albuquerque nos oferece com as páginas que seguem.

RAFFAELE SABATO

8 Que em “raras ocasiões [...] é dada a possibilidade aos juizes nacionais de recusar a seguir a decisão de Estrasburgo” (tradução minha) é o conteúdo da sentença da Corte Suprema do Reino Unido no caso *R v Horncastle*, que Paulo Pinto de Albuquerque critica na Opinião divergente no TEDH, *Hutchinson vs. Reino Unido* [GC], 57592/08, j. em 17 de janeiro de 2017, § 36 e ss.

9 TABUCCHI, Antonio. *Sostiene Pereira: una testimonianza*. 21. ed. Milão: La Feltrinelli, 2004, p. 168.

PREFÁCIO À EDIÇÃO ITALIANA

Quando me foi pedido para escrever esta brevíssima introdução, subitamente me interroguei sobre qual deveria ser o objeto. Deveria introduzir as opiniões concordantes que o juiz Pinto havia escrito durante a sua permanência na Corte, e reportadas neste livro? Ou deveria escrever do Paulo Pinto de Albuquerque como juiz no Tribunal Europeu de Direitos Humanos?

Tinha à disposição o índice do volume, que examinei com atenção, procurando voltar com a memória aos casos aos casos reportados. Alguns que conhecia bem, outros francamente não. E então eu li o que não recordava.

E se revelou suficiente para dar uma resposta ao quesito. Eu compreendi que o quesito era mal colocado, que o problema era o quesito mesmo, ao qual era impossível responder. Porque o juiz do Tribunal Paulo Pinto de Albuquerque é aquele que emerge do trabalho analítico de redação das sentenças e, em particular, das opiniões concordantes; e porque as opiniões concordantes não são outra coisa que a essência do juiz do Tribunal Paulo Pinto de Albuquerque. Os dois planos se confundiam perfeitamente.

É impossível introduzir uma gama de materiais tão diversa, e, sobretudo, rica de doutrina, sapiência, originalidade, ideias, horizontes inexplorados, abordagens novas e, por vezes, provocativas.

Paulo Pinto de Albuquerque nunca se poupou a explorar com uma perspectiva extraordinariamente analítica tantas temáticas, todas diversas umas das outras.

Individuar um fio condutor poderia, então, ser difícil. Ao contrário, é mais fácil do que parece à primeira vista. O fio condutor de Paulo Pinto de Albuquerque, a sua perspectiva que mete no centro de cada decisão o ser humano. E o fato que a tutela do ser humano tanto mais deve ser intensa, quanto mais ele a necessita. Os pobres, os oprimidos, os encarcerados, as pessoas vulneráveis em geral são a preocupação constante das decisões do juiz Pinto, que tem em mente estes também quando estes não são diretamente tocados pela decisão.

Conheci Paulo Pinto de Albuquerque uma vez chegando ao Tribunal; mas sentávamos em seções diversas e os momentos de contato eram, portanto, pou-

cos. Um caro amigo italiano conhecia perfeitamente - e apreciava muito - as suas decisões, e me pediu para fazê-lo conhecer. Naquela ocasião estavam presentes também outros juristas atuantes na tutela dos direitos humanos, italianos. Foi a partir daquele momento que comecei a compreender o que escrevi acima, isto é, que Paulo *é* as suas decisões, as suas decisões *são* Paulo. Então, no último ano, fizemos parte da mesma seção. Nesta função, mas também antes, eu tive a chance de compartilhar muitas vezes, e de não compartilhar outras vezes, a sua posição.

Todavia, esta proximidade me permitiu perceber que a posição e o modo com o qual ele enfrenta as questões inerentes e direitos humanos são absolutamente de *militantes*. Neste caso, o significado não deve assumir nenhuma conotação crítica, que seja ideológica, partidária ou extremista. É ideológica apenas na medida em que sugere uma interpretação evolutiva da Convenção de Roma sempre em favor do ser humano. É partidária apenas na medida em que, no limite do quanto consentido pelos instrumentos hermenêuticos, tem em consideração a desequilibrada relação de força entre o recorrente privado e o Estado. É extremista apenas na medida em que se demonstra pronta a cada possibilidade a fim de chegar a um respeito efetivo e concreto no terreno da disposição constitucional. Em francês se usa a expressão *droit-de-l'hommiste*; mas talvez não se adequa à posição e à obra de Paulo Pinto, e não apenas pela caracterização, por vezes, negativa a qual se associa. A atenção de Paulo Pinto é, de fato, centrada mais no titular do direito – na pessoa – do que no direito entendido no sentido meramente objetivo. E então para dar a melhor definição pode ser aquela do “juiz dos deixados para trás”.

Basta ler – entre outras – as opiniões separadas do Juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, Fernandes de Oliveira c. Portugal [GC], 78103/14, 31 de janeiro de 2019, Petukhov c. Ucrania, 43374/02, 21 de outubro de 2010, J. e outros c. Áustria, 43374/02, 17 de janeiro de 2017, Ilseher c. Alemanha [GC], 10211/12 e 27505/14, 4 de dezembro de 2018, Hutchinson c. Reino Unido [GC], 57592/08, 17 de janeiro de 2017, Abdullahi Elmi e Aweys Abubakar c. Malta, 25794/13 e 28151/13, 22 de novembro de 2016, M.A. e outros c. Lituânia, 59793/17, 11 de dezembro de 2018, Murray c. Holanda [GC], 10511/10, 26 de abril de 2016, e Muršić c. Croácia, 7334/13, 20 de outubro de 2016, todos reportados neste volume em tradução italiana, para ter a confirmação da correção da definição.

Nestas poucas linhas gostaria, porém, de chamar atenção para uma opinião compartilhada com o juiz Dedov, no caso Baka (TEDH, Baka c. Hungria [GC], 20261/12, 23 de junho de 2016) que não está incluída nesta coletânea. Neste caso, o juiz Pinto se encontra com uma problemática de natureza mais puramente constitucional, e nos mostra uma atenção, profunda e analítica, para o detalhe e para o aprofundamento do sistema. A confirmação do fato que a militância

boa da qual se falava é sempre acompanhada do uso sábio dos instrumentos jurídicos, em todos os setores.

Andras Baka era o Presidente da Corte Suprema da Hungria, com um mandato que expirava em 2015. Enquanto tal, ocupava também o cargo de presidente do conselho nacional dos juizes húngaros; nesta sua segunda veste, tinha expressado algumas considerações críticas sobre as reformas atuais do governo no âmbito da justiça no ano 2011. As disposições transitórias da nova constituição húngara, que entrava em vigor em 1 de janeiro de 2012, haviam previsto que a Corte Suprema fosse substituída pela Kuria, com cessação imediata do mandato do presidente. Com uma sentença da Grande Câmara, a Corte reconheceu a violação do Artigo 6, §§ 1 e 10, da Convenção, respectivamente pela impossibilidade de contestar perante um juiz a prematura cassação do cargo de presidente da Corte Suprema, e porque esta última cessação foi determinada pelas opiniões expressas publicamente no exercício do papel profissional.

A opinião é aderente à decisão assumida pelo Tribunal. Paulo Pinto sustenta que “todavia, muitas coisas não foram ditas na sentença”, e que “tendo em considerando a importância crucial da causa para o Estado de Direito, a independência da justiça e a determinação da função do Tribunal quanto à conservação destes valores na Europa, é meu dever dizer *urbi et orbi* o que não foi dito”.

É, desde a minha perspectiva de *ex-juiz* nacional de mérito, particularmente interessante a questão ligada à autonomia e à independência da magistratura. A opinião de Paulo Pinto é um tipo de elogio ao valor da independência da magistratura, lida à luz do princípio do Estado de Direito, um e outro derivados também da Convenção de Roma.

Vem sublinhado o extraordinário passo adiante que - com aquela sentença - é realizado a nível de avaliação destes valores à luz da Convenção mesma. Ao recorrente é reconhecido pelo Tribunal um direito civil individual e, portanto, um *grief défendable* relativos à inamovibilidade enquanto juiz também perante o direito constitucional nacional, que não pode privar, *ex se*, o indivíduo do direito a um recurso jurisdicional, também quando a deterioração da própria posição individual é trazida à existência pela fonte do direito mais elevada. Mas vem sobretudo sublinhado que este reconhecimento chega através de uma interpretação do direito interno húngaro como incorporando as normas internacionais relativas à independência da magistratura, embora sendo essencialmente das normas contidas em fontes privadas de vinculatividade formal. Paulo Pinto nos explica que este procedimento interpretativo é “relevante” e “louvável”, e repousa na Convenção. Mas mete em claro, sobretudo, que onde o direito civil assim reconhecido prevalece sobre disposições constitucionais, o Tribunal acaba por reconhecer um efeito direto e super-constitucional à garantia de independência

da magistratura. A Convenção acaba por constituir hoje o *jus commune* constitucional europeu, que permitirá ao Conselho de Europa apresentar um forte argumento contra qualquer pretensão nacional contrária e agir em nível constitucional, independentemente da amplitude da maioria política.

Não cabe a mim explicar esta opinião, mas sugiro fortemente lê-la. Em um período em que a independência da magistratura, juntamente a outros fundamentos do Estado de Direito, é colocada sempre mais em discussão pela ação da maioria política muitas vezes ampla, em países grandes e pequenos, em democracias jovens e em democracias antiquíssimas, a lúcida análise contida na opinião poderá fornecer uma renovada visão sobre este problema.

A perspicácia e a atenção de Paulo Pinto se notam também pela atenção aos detalhes. A sua opinião, de fato, sublinha o fato que por trás da lei se escondia, na realidade, um provimento punitivo endereçado a uma pessoa específica (“*une loi ad hominem*”), decidida através de uma emenda apresentada mesmo antes do voto de encerramento.

GILBERTO FELICI

INTRODUÇÃO À EDIÇÃO BRASILEIRA

Introdução à edição brasileira da obra escrita em homenagem ao Juiz do TEDH Paulo Pinto de Albuquerque. Uma aproximação necessária da jurisprudência de Estrasburgo no Brasil.

Para celebrar a figura do Paulo Pinto de Albuquerque, seus colegas e amigos italianos quiseram comentar suas opiniões divergentes proferidas durante os anos em que foi juiz do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Desde os doutrinadores mais renomados até aos mais jovens doutores e doutorandos, participaram desta obra todos aqueles que reconhecem na contribuição jurisprudencial de Paulo Pinto de Albuquerque uma importante característica de formação, crescimento e comparação cultural, tendo ele sempre operado com o rigor necessário em relação às numerosas questões relativas à esfera de proteção dos direitos humanos.

Nos últimos anos, tem havido uma crescente conscientização entre acadêmicos e profissionais sobre a importância da Convenção Europeia de Direitos Humanos e seus protocolos para a interpretação e aplicação de normas de direito substantivo e processual, bem como – antes mesmo – para a avaliação de sua legitimidade constitucional.

A jurisprudência italiana é frequentemente confrontada com os princípios elencados pela jurisprudência de Estrasburgo¹⁰, usados como critérios interpretativos das normas nacionais; e pelo Tribunal Constitucional, a partir das famosas sentenças “gêmeas”¹¹ e da “revolução de outubro” de 2007, que consideram as disposições convencionais – na interpretação fornecida pelo “seu” juiz, o Tribunal de Estrasburgo – com o parâmetros interpostos de legitimidade constitucional das normas nacionais, por meio do “bloqueio” do artigo 117, parágrafo 1, da Constituição italiana, bem como na matéria de justiça criminal.

Longe, portanto, de ter significado apenas sob a perspectiva do direito internacional, a Convenção Europeia e a jurisprudência de Estrasburgo são hoje

10 V. B. Capparelli, *Fundamentos do processo penal italiano*, Marcial Pons, 2023.

11 V. sentenças Corte constitucional italiana n. 348 e 349 de 2007, disponível em: <<https://www.cortecostituzionale.it/action/Pronuncia.do>>; último acesso em: 27 de julho de 2023.

cada vez mais percebidas como parte integrante da lei que o juiz italiano (inclusive o criminal) é chamado a interpretar e aplicar diariamente em seu papel – como foi repetido muitas vezes nos últimos anos – de “primeiro garantidor” dos direitos convencionais. Sob o ponto de vista do advogado, por outro lado, a perspectiva de um recurso a Estrasburgo permanece sempre como pano de fundo das possíveis opções defensivas para salvaguardar os direitos fundamentais, uma vez esgotados os recursos internos. No entanto, não podemos olvidar que a Convenção e sua interpretação podem hoje se revelar ferramentas valiosas durante os processos cíveis, penais e administrativos, para incitar a superação de práticas interpretativas consolidadas e/ou a formulação de questões de legitimidade constitucional.

A principal dificuldade com a qual o jurista italiano deve lidar com o “direito de Estrasburgo” está ligada, entretanto, à sua difícil acessibilidade. Por um lado, o jurista italiano geralmente sofre de um déficit em sua formação universitária, ligado à circunstância de que o direito internacional dos direitos humanos tradicionalmente constitui uma parte marginal no ensino institucional do direito internacional na Itália, embora a sua importância para a interpretação e aplicação do direito nacional.

Por outro lado, a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo – embora intensamente discutida por especialistas e agora objeto de muitas conferências e cursos de treinamento profissional – não é traduzida para o italiano; não é resumida em sumulas de maneira familiar ao jurista italiano; novamente tampouco é fácil de encontrar nos bancos de dados mais difundidos dos magistrados e advogados italianos.

O resultado é que, com muita frequência, as decisões da Corte Europeia são mal compreendidas, super interpretadas ou, de qualquer forma, invocadas de maneira aproximativa ou contraditória, gerando assim a impressão falaciosa, em muitos observadores, de que se trata de um direito puramente casuístico, desprovido de lógica interna. Daí a importância desta obra, que se mostra imprescindível para divulgar o conteúdo de decisões relevantes proferidas pelo eminente Juiz da Corte Europeia de Direitos Humanos¹², Professor Paulo Pinto de Albuquerque.

Esta obra está dividida em dois volumes e seis capítulos (no volume 1: As garantias de um julgamento justo; A proteção dos direitos de propriedade e da liberdade de movimento pessoal; Execução de sentenças de tribunais europeus; no volume 2: A proteção da vida, da saúde e da integridade psicofísica; Cidadania, imigração e asilo; Humanidade, legalidade e irretroatividade das sanções penais;),

12 Em particular, para aprofundar a relevância da atividade do juiz Paulo Pinto de Albuquerque sobre o instituto do *ne bis in idem* processual e substancial na Itália, v. B. Capparelli, *Litispendência e ne bis in idem penal – Teoria Geral*, Marcial Pons, 2023.

os quais foram abordados conjuntamente com as perspectivas do direito penal substantivo e processual penal, civil, administrativo e internacional, colhendo assim o precioso testemunho da abordagem interdisciplinar e científica dos autores.

A ideia que nos guiou nesta edição brasileira – além a de homenagear a relevante contribuição do juiz Paulo Pinto de Albuquerque ao avanço do estudo da matéria – foi a de fornecer uma pequena participação para tornar a jurisprudência de Estrasburgo um pouco mais familiar aos juristas da comunidade científica de língua portuguesa (em particular do Brasil), que são chamados à tarefa nada fácil, mas fascinante, de dar vida aos direitos convencionais nos respectivos ordenamentos nacionais.

O quadro jurídico de uma Europa formada por sistemas, estruturas e órgãos judiciais centralizados (e, no caso da União Europeia, até por um “espaço judiciário” comum), que operam também no domínio da justiça penal e que impõem restrições aos Estados-Membros, pertence certamente ao presente e concretiza-se em formas muito peculiares que não têm contrapartida nos modelos anteriores.

No entanto, se olharmos para trás, mesmo para um passado longínquo, podemos constatar que a história dos processos penais no continente europeu não se caracterizou por uma dimensão exclusivamente local. Ao contrário, essa foi marcada por uma alternância contínua — e, por vezes, por uma contraposição e, também, por um entrelaçamento — de particularismo e universalismo, de regionalização e de integração, de bloqueios (ou fechamentos, isolamentos) municipais e de dimensões supranacionais.

Numa primeira fase, que corresponde, a grosso modo, ao período que vai da Idade Média “tardia” ao Iluminismo, pode-se discernir os traços de um caminho comum, de um método judicial aplicado de forma bastante uniforme nos territórios da Europa continental, embora no contexto de um sistema considerável de fontes. Numa segunda fase, que corresponde à época das codificações e se prolonga até à segunda metade do século XX, o processo penal vive numa dimensão puramente estatal. Em uma terceira fase, que é a contemporânea, esta última dimensão combina-se cada vez mais com uma dimensão supranacional no quadro de uma integração europeia, já não apenas a nível económico e comercial, mas também a nível da justiça penal.

É possível identificar muitas analogias entre o sistema multinível que caracteriza a atual estrutura das fontes supranacionais e a sua combinação com as fontes nacionais no complexo percurso da integração europeia, e o pluralismo das fontes medievais, caracterizado pela presença unificadora de um *ius commune* com matriz justiniana, ladeada e complementada por um arquipélago de normas

particulares, de *iura propria* – leis, estatutos, costumes, medidas de autoridades seculares e eclesiásticas, em que se reflectem os contrastes e os entrelaçamentos das fontes de produção das duas grandes instituições supranacionais da época: a Igreja e o Império – por um direito doutrinal (*auctoritas doctorum*) e, sobretudo, por um robusto direito jurisprudencial, então, como agora, de importância central na economia do sistema¹³.

No que diz respeito ao processo penal, apesar dessa conglomeração de fontes, uma substancial uniformidade de instrumentos e procedimentos foi fomentada sobretudo pelo processo inquisitório, que, a partir do século XIII, desenvolveu-se na esfera eclesiástica pelo processo canónico romano, logo estendendo-se às instituições seculares, e cujos princípios básicos, pode-se dizer, foram substancialmente aplicados com variações mínimas em toda a Europa continental durante muito tempo, até ao advento da Revolução Francesa¹⁴.

Por seu lado, essa espécie de grande entidade supranacional que era o Sacro Império Romano-Germânico também propiciou certas formas de harmonização normativa mediante duas intervenções específicas: a que foi aprovada em 1532 por Carlos V de Habsburgo, conhecida pelo nome de *Constitutio criminalis Carolina*, e a representada pelo Código dos Crimes e das Infracções Políticas Graves, promulgado por Francisco II de Habsburgo em 1803.

Ao atualizar e inovar os chamados *Libri terribiles* do Digesto de Justiniano, superados durante a Idade Média pelo particularismo das legislações municipais, a “Carolina” tinha como objetivo uniformizar a disciplina do direito e do processo penal nos territórios imperiais. Tratava-se de um projeto muito ambicioso, que se, na substância, coadunava-se com as opções de política criminal da época, inspiradas numa surda lógica inquisitorial, pretendia, no entanto, *unificar legislativamente, pela primeira vez e precisamente sob o signo da “matéria penal”, uma grande parte da Europa continental*, embora com a força de fonte primária apenas na nação germânica, e fonte suplementar em numerosos outros territórios europeus.

Quase três séculos mais tarde, embora num contexto muito diferente, no clarear da era das codificações, pouco antes de terminar definitivamente a experiência milenar do Império Romano Germânico, o Código de Crimes, por seu lado, propunha um novo, ainda que efémero, projeto de legislação transnacional. Nessa vocação “universalista” – embora, repetimos, certamente não no seu conteúdo (que é, aliás, significativamente diferente) –, a “Carolina” e o Código

13 Cf., querendo, B. Capparelli, *Origini storiche del processo penale italiano ed il IV Consiglio lateranense*, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2017, p. 57-77.

14 Para um estudo completo sobre o tema, ver G. Chiodi; L. Garlati (a cura di), *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, Giappichelli, 2015.

de Crimes podem, de certo modo, ser considerados precedentes significativos da ideia de um espaço disciplinar e judicial europeu.

O eclipse do Sacro Império Romano-Germânico coincide com o desenvolvimento das ideias iluministas; o pensamento de Montesquieu, Voltaire e Beccaria circula rapidamente na Europa e influencia muitas leis penais¹⁵. Herdeiros do direito natural, os iluministas pregavam uma ordem jurídica inspirada na pureza do estado de natureza. Isso, por um lado, levá-los-ia a elaborar essa concepção abstrata do direito que marca toda a modernidade jurídica e que está hoje sujeita a uma forte revisão crítica, mas, por outro lado, levá-los-ia também a *conceber espaços de liberdade humana face aos árbitros do poder*. Uma ideia em que não só se enraízam os germes do constitucionalismo moderno, mas com base na qual, pela primeira vez, começa-se a falar dos direitos inalienáveis do inquirido e fazem-se críticas frontais aos princípios inquisitoriais, no sentido de um novo universalismo penal, cujos primeiros frutos serão representados pelo progressivo abandono da prática da tortura judicial, emblema da época mais obscura do processo penal.

O momento de maior cesura com o passado será marcado pela Revolução Francesa. O período revolucionário é rico em experiências normativas que olham para o processo acusatório da *common law* da vizinha Inglaterra. Trata-se de um breve momento de descontinuidade.

Napoleão pôs-lhe termo definitivo com o *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, inspirado num novo modelo de processo penal “misto”, que, embora propondo combinar as antigas instâncias inquisitoriais com as novas instâncias acusatórias, herança da Revolução, permitiria, na realidade, que as primeiras prevalecessem sobre as segundas, de acordo com o novo regime autoritário instaurado pelo Imperador, apresentando-se, assim, como uma versão edulcorada de um processo inquisitorial.

Através das campanhas napoleónicas, esse modelo seria exportado para uma grande parte da Europa continental. No entanto, as realidades nacionais, com as suas pulsões autónomas e movimentos de codificação, começaram a ganhar forma. Estes últimos são tributários da aspiração iluminista de racionalizar o direito, substituindo a fragmentação e a liquidez das fontes de origem medieval por uma disciplina unívoca, orgânica, sistemática e assente no pensamento lógico abstrato.

No entanto, marcam também a nacionalização do direito e, no que nos diz respeito, do direito processual penal. É certo que alguns desses códigos se inspiraram nos cânones do modelo napoleónico do processo misto (é o caso,

15 Cf. ainda G. Chiodi; L. Garlati (a cura di), *Dialogando con Beccaria*, cit., p. 67 s.

por exemplo, não só da experiência francesa, mas também da italiana, da belga e da holandesa); mas não deixam de ser uma expressão peculiar da soberania das novas realidades estatais que se vão formando na Europa: *justiça penal e soberania do Estado tornam-se um par indissolúvel*; na primeira na segunda encontra o seu momento de máxima expressão. Daí a relutância em conceber uma ingerência externa nessa esfera reservada e o ciúme dos Estados em defender as suas prerrogativas “soberanas” em matéria penal.

Uma experiência completamente diferente e distinta caracterizou, por outro lado, a Inglaterra, onde o direito não era produzido por um poder político centralizado, como acontecia com o direito nos países de *civil law*, mas era formado mediante um sistema jurídico complexo, o *common law*, composto de elaboração judicial, de história, de tradições. Um direito com uma forte marca casuística, com conotações específicas de equidade, que se manteve ao longo do tempo, a partir do final da Idade Média e sem interrupção ao longo da era moderna, sem que a Inglaterra tenha conhecido a experiência continental das codificações.

Nesse contexto, a criação de uma instituição como o júri (inicialmente apenas órgão de acusação, depois órgão de decisão) impediu que os germes do processo inquisitorial continental se enraizassem na ilha, com exceção da experiência muito limitada do julgamento perante a *Star Chamber*, e desempenhou, pelo contrário, um papel central no desenvolvimento de um processo penal de tipo acusatório, caracterizado pela oralidade, pela publicidade e por uma forte carga concorrencial entre os contendores, chamados a confrontar-se perante os jurados. Um processo para o qual o Iluminismo e o legislador da França revolucionária teriam olhado com admiração. Com a viragem proto-constitucional do século XVII, importantes documentos políticos e legislativos, como o writ of Habeas Corpus (1679) e a Bill of Rights (1689), vieram consagrar algumas garantias fundamentais no processo penal, como o direito à liberdade pessoal, a proteção contra a detenção arbitrária, o *due process of law*¹⁶, o direito a um julgamento rápido, a punição proporcional e razoável e o princípio *ne bis in idem*¹⁷.

A complexa trajetória da integração europeia marca a nova época que estamos a viver. Propõe uma nova multiplicação das fontes normativas com as infinitas intersecções e combinações que daí resultam. No entanto, as perspetivas mudam radicalmente.

16 Ver B. Capparelli; G. Illuminati, *O processo penal como “direito constitucional aplicado*, em F. D’Avila; D. L. Santos; *Direito Penal e política criminal*, 2016, p. 35-48.

17 Cf. N. Galantini, *Il Principio del «ne bis in idem» internazionale nel processo penale*, Milano 1984 e L. Luparia, *La litispendenza internazionale: tra ne bis in idem europeo e processo penale italiano*, Milano 2012.

Um discurso sobre as fontes europeias que afetam a matéria do processo penal não pode ignorar a produção do Conselho da Europa, que tem também um forte impacto no próprio direito da União.

O Conselho da Europa foi fundado em 1949, no rescaldo da Segunda Guerra Mundial, como uma organização internacional com sede em Estrasburgo para proteger os princípios do Estado de direito, da liberdade política e dos direitos do Homem¹⁸. Aos dez Estados fundadores (Reino Unido, França, Bélgica, Luxemburgo, Países Baixos, Dinamarca, Irlanda, Itália, Noruega e Suécia) foram-se juntando gradualmente muitos outros ao longo do tempo, incluindo, após a queda do Muro de Berlim, os Estados do antigo bloco comunista e quase todas as antigas repúblicas soviéticas, até que atualmente existem 47.

O Conselho da Europa é um sistema de cooperação internacional com dois órgãos políticos em particular: o Comité de Ministros, composto pelos Ministros dos Negócios Estrangeiros dos Estados-Membros, e a Assembleia Parlamentar, composta por representantes de cada Estado-Membro dos seus parlamentos nacionais, bem como pelo Secretário-Geral, que os assiste a ambos, além de outros órgãos, como o Comissário para os Direitos Humanos e o Comité para a Prevenção da Tortura, que também prosseguem os objetivos básicos do Conselho, supervisionando os Estados-Membros. Mas, acima de tudo, no que nos diz respeito, uma parte integrante desse sistema é a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH), assinada em Roma em 4 de novembro de 1950, e os 16 protocolos que lhe foram acrescentados ao longo do tempo para regular aspectos específicos.

Uma característica importante do Conselho da Europa, que o diferencia da União Europeia, é o facto de não produzir normas às quais os Estados-Membros se devem conformar, mas “propor” convenções internacionais que, cada Estado, de acordo com o seu próprio critério, pode ratificar. Entre essas convenções, a CEDH é de longe a mais importante e conhecida, e todos os países membros do Conselho da Europa a ratificaram, tornando-se assim “Partes” da mesma. A Itália fê-lo com a lei de ratificação e execução n. 848 de 4 de agosto de 1955; a partir desse momento, *a Convenção passou a fazer parte do sistema jurídico italiano e, por conseguinte, para todos os efeitos, representa para a Itália (também) direito interno positivo*¹⁹.

De importância absolutamente central é o facto de, na cena internacional, a CEDH ser o único caso em que a previsão de um catálogo de direitos – muitos

18 Nesta direção, cf. B. Capparelli; G. Illuminati, *O processo penal como*, cit., p. 37 s.

19 Cf. A. BALSAMO-R.E. KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo-R.E. Kostoris, Torino, 2008.

dos quais se referem especificamente ao processo penal e, em particular, à posição do arguido - é acompanhada pela criação de um tribunal especial - o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, com sede em Estrasburgo - ao qual recorrem os indivíduos (cidadãos privados, organismos, grupos sociais) que se queixam de que o Estado em questão violou um dos direitos da Convenção (Artigo 34 da CEDH)²⁰.

Em particular, o facto de os particulares poderem demandar um Estado (aliás, independentemente de serem seus nacionais) é outra particularidade absoluta da CEDH, que a distingue marcadamente de outras convenções internacionais, bem como do próprio sistema comunitário, no âmbito do qual - sobretudo quando estão em causa normas processuais penais - não há lugar ao recurso privado, como já dissemos.

Essa possibilidade de recurso por parte dos indivíduos que se considerem vítimas da violação de um direito da CEDH prende-se com o facto de o objetivo da Convenção ser o de assegurar que a proteção dos direitos fundamentais que proclama seja respeitada pelos Estados Partes nas suas diversas articulações, incluindo, em primeiro lugar, os poderes legislativo e judicial, no quadro dos seus sistemas jurídicos²¹. A esse respeito, o sistema da CEDH difere do sistema da UE, em que o Tribunal de Justiça efetua um controlo interno, uma vez que diz respeito ao próprio sistema jurídico da UE.

A única exceção à obrigação prevista no Artigo 1 da CEDH de os Estados Partes reconhecerem “a qualquer pessoa sujeita à sua jurisdição os direitos e liberdades”²² garantidos pela Convenção está prevista no Artigo 15 da CEDH, numa dimensão de absoluta excecionalidade, para o caso de “guerra ou outro perigo público que ameace a vida da nação”. Nesse caso, “cada Alta Parte Contratante é autorizada a tomar medidas em derrogação das obrigações que lhe incumbem por força da Convenção”²³, “na estrita medida em que a situação o exija e desde que não estejam em contradição com as outras obrigações que lhe incumbem por força do direito internacional”²⁴, mantendo sempre o Secretário-Geral do Conselho da Europa “plenamente informado” das medidas adoptadas, dos motivos que as justificam e da data em que cessarão.

Para além do texto da Convenção, os Protocolos Adicionais fazem parte integrante da CEDH, um e outro também “tal como interpretados” pelo Tribunal

20 V. R. E. Kostoris, *Processo penale e paradigmi europei*, Giappichelli, 2022.

21 Cf. S. Bartole e altri, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi, Padova, 2001.

22 (tradução livre).

23 (tradução livre).

24 (tradução livre).

Europeu dos Direitos do Homem. De facto, o Artigo 32 da CEDH atribuiu a esse órgão a função de intérprete “oficial” da Convenção. E o facto de o Tribunal Europeu garantir uma “uniformidade definitiva de aplicação” através da sua interpretação centralizada da CEDH, confere a esta última – como o nosso Tribunal Constitucional teve ocasião de sublinhar – uma “relevância [...] certamente diferente da generalidade dos acordos internacionais, cuja interpretação continua a ser da responsabilidade das partes contratantes”²⁵.

O Tribunal é composto por um número de juízes igual ao número de Estados Partes na Convenção (Altas Partes Contratantes) (Artigo 20 da CEDH), cada um dos quais representa o seu Estado e é eleito pela Assembleia Parlamentar (Artigo 22 da CEDH). O Tribunal é composto por um juiz singular, um comité, uma câmara e uma grande câmara. O juiz singular é o único responsável pelo exame da admissibilidade do recurso individual que, se não for aceite, deve conter uma fundamentação que (ver comunicado oficial de 1 de junho de 2017) deve ser comunicada ao recorrente. Os comités também podem examinar a admissibilidade do recurso, mas também podem decidir sobre o seu mérito, desde que o façam por unanimidade e que exista jurisprudência estabelecida do Tribunal (Artigo 28 da CEDH). Por último, se um recurso não for rejeitado pelo juiz singular ou examinado por um comité, a câmara é competente para decidir sobre a sua admissibilidade e o seu mérito (Artigo 29 da CEDH)²⁶. Por seu lado, a Grande Secção intervém, nomeadamente, quando uma secção rejeita um processo (Artigo 30 da CEDH), se o processo suscitar problemas graves de interpretação da CEDH, ou se for suscetível de conduzir a interpretações diferentes dos precedentes do Tribunal (Artigo 31 da CEDH)²⁷.

Como é notório, embora tenha a sua sede em Estrasburgo, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não faz parte da União Europeia. Também não deve ser confundido com o Tribunal de Justiça da União Europeia, com sede no Luxemburgo, que, por outro lado, é uma instituição efetiva da União Europeia, cuja competência é, aliás, de natureza totalmente diferente, tratando da aplicação do direito comunitário na interpretação e execução dos tratados fundadores da União.

O Tribunal de Estrasburgo é o juiz internacional, instituído pela Convenção Europeia, chamado a pronunciar-se sobre a violação específica da própria

25 (tradução livre). Acórdão n. 349/2007.

26 Para uma reconstrução crítica ainda atual, cf. V. Manes, *Il giudice nel labirinto: profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike giuridica, 2012.

27 Cf. S. Bartole e altri, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky, Padova, 2012.

Convenção ocorrida num determinado facto processual (o chamado “juiz do caso concreto”). A violação individual verificada pode ser consequência tanto do comportamento das autoridades nacionais responsáveis pela ação penal como da incompatibilidade estrutural da legislação nacional com a Convenção, tal como interpretada pelo próprio Tribunal Europeu²⁸.

O Tribunal é composto, conforme dito acima, por tantos juizes quantos os Estados Partes na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, eleitos pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa entre os três candidatos propostos por cada Estado para um mandato de nove anos não renovável (o Protocolo n. 14 entrou em vigor em 1 de junho de 2010). Os juizes elegem entre si um Presidente e dois Vice-Presidentes, que cumprem mandatos de três anos e podem ser reeleitos.

O Tribunal está dividido em cinco secções, compostas tendo em conta o equilíbrio geográfico e os sistemas jurídicos dos Estados-Membros. No seio de cada secção existem comités de três juizes por um período de doze meses, cuja missão é examinar preliminarmente as questões submetidas ao Tribunal.

Com a introdução do Protocolo n. 14, foi criado um “juiz único” no artigo 27, que pode declarar inadmissível um recurso ao abrigo do Artigo 34 da CEDH (recursos individuais) e retirá-lo do registo quando a decisão puder ser tomada sem mais exames; a decisão do juiz único é definitiva. A alteração introduzida por este artigo tem por objetivo simplificar os procedimentos (anteriormente, mesmo um recurso manifestamente infundado tinha de ser apresentado ao comité de três juizes, que era o único a poder decidir sobre a sua admissibilidade). Se o juiz singular decidir não rejeitar o recurso, envia-o ao Comité. Para além disso, existem secções dentro de cada secção, compostas por sete juizes, que resolvem normalmente os processos apresentados ao Tribunal. A Grande Secção, composta pelo Presidente do Tribunal, pelos Vice-Presidentes e por catorze outros juizes, num total de dezessete membros, examina os processos mais complexos.

Passando a ilustrar o funcionamento do Tribunal e do sistema de proteção dos direitos humanos em geral, as principais disposições de natureza processual figuram no Título II do texto da Convenção²⁹.

Atualmente, o procedimento pode começar com um recurso “individual”, “admissível”, de acordo com os requisitos dos Artigos 34 e 35 da CEDH, ou “interestatal”, de acordo com os parâmetros do Artigo 33 da CEDH.

28 Ver Manes, *Il giudice nel labirinto*, cit. p. 79 s.

29 Ver G. Uberti, *Principi di procedura penale europea*, Milano, 2009.

O Artigo 13 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem fala de um “recurso efetivo”. A esse respeito, convém esclarecer que o termo “recurso” não deve ser entendido aqui como “recurso contra uma decisão judicial”, mas tem um significado mais geral, que visa descrever um procedimento através do qual uma pessoa pode dirigir-se a uma autoridade, designada para o efeito pela ordem, para se queixar da violação dos seus direitos e obter – se a violação for efetivamente verificada – um recurso. Enquanto a redação francesa da Convenção fala de “recours”, a redação inglesa utiliza o termo “remedy”, o que, por um lado, é mais amplo e não induz a considerar o “recourse” como uma instância posterior a uma primeira decisão e, por outro lado, sublinha muito bem a exigência de que, no caso de a autoridade a que se recorreu verificar a existência da violação, deve ser prevista uma solução adequada.

A jurisprudência é unânime em considerar que a noção de “recurso” não abrange os procedimentos em que não se faz valer um direito, mas se procura obter um favor discricionário das autoridades, como, por exemplo, nos atos de clemência, indulto ou perdão. Pode também dizer-se que o conceito de “recurso” abrange não só os recursos perante os tribunais, mas qualquer recurso que, nos termos do direito nacional, possa conduzir a uma decisão vinculativa para as autoridades estatais³⁰.

Analisemos brevemente os dois tipos de recurso em concreto. O direito de recurso do Estado previsto no Artigo 33 da CEDH representa historicamente a primeira afirmação de uma ordem pública de direitos humanos que une os diferentes sistemas jurídicos nacionais. Com efeito, um Estado que recorre a esse direito não actua para proteger os seus próprios direitos, mas para submeter uma questão relativa ao respeito da ordem pública europeia, acima referida, à apreciação dos órgãos da Convenção.

Por outro lado, com o direito de recurso individual, é reconhecido ao indivíduo um direito de ação preciso. Enquanto o recurso de Estado continua a ser um ato de natureza marcadamente política, devido às implicações que pode ter nas relações entre Estados, o recurso individual é o elemento essencial que assegura o funcionamento eficaz do sistema de proteção europeu, tendo em conta o objetivo para o qual foi criado: proteger os direitos humanos, desenvolvendo simultaneamente um direito europeu comum.

No que se refere ao recurso individual, devem ser feitas alguns esclarecimentos. Só a pessoa que sustenta ter sido pessoalmente lesada pela alegada violação pode afirmar ser “vítima” da mesma. Não existe, portanto, a possibilidade de propor uma *actio popularis*.

30 Tribunal Europeu, 30 de agosto de 1958, Lawless contra Irlanda.

O Protocolo n. 11 introduziu então a possibilidade de acesso imediato do indivíduo ao tribunal propriamente dito. É importante notar, contudo, que as condições de admissibilidade não se alteraram. Para além da condição de “esgotamento prévio das vias internas de recurso”³¹, podem ser identificadas as seguintes condições: a observância do prazo de seis meses a contar da decisão interna definitiva; a inexistência de manifesta falta de fundamento do recurso; a inexistência de incompatibilidade *ratione materiae*, que ocorre quando o objeto do recurso não se enquadra nas matérias da competência do Tribunal, dentro dos limites definidos pela sua jurisprudência; a ausência de incompatibilidade *ratione personae*, que ocorre quando a ação é proposta contra um Estado que não ratificou a Convenção, ou que não é responsável pela situação denunciada, ou quando é proposta por uma pessoa diferente da vítima da alegada violação, ou em relação a uma situação abstrata, ou contra um particular; e a ausência de incompatibilidade *ratione temporis*, que ocorre quando a ação se refere a factos ocorridos antes da entrada em vigor da Convenção em relação ao Estado demandado. Além disso, o recurso não deve ser idêntico a outro precedente já decidido pelo Tribunal ou já submetido a outro organismo internacional que exerça funções judiciais ou de investigação e, também, não pode ser anônimo.

Sendo certo que *a interpretação do Tribunal Europeu é vinculativa em relação ao caso concreto decidido*, como decorre inequivocamente do Artigo 46 da CEDH, que obriga os Estados contratantes a respeitá-la “nos litígios em que sejam partes”, que efeito tem fora desse domínio? Esta questão é objeto de um vivo debate na Europa. Para abordá-la corretamente, convém fazer algumas precisões.

Em primeiro lugar, não se deve esquecer que o Tribunal Europeu das Comunidades Europeias se caracteriza por alguns aspectos peculiares que o distinguem do seu “primo” Tribunal de Justiça da União Europeia. Com efeito, não só se dirige a uma pluralidade de Estados e de sistemas jurídicos diferentes, com os quais mantém uma relação direta, sendo chamado a avaliar se os direitos convencionais foram respeitados no contexto específico de cada um deles³², tendo em conta as peculiaridades que cada um deles apresenta, mas sobretudo faz essa avaliação com referência a um caso judicial concreto.

Isso implica que o Tribunal Europeu não se apresenta, em princípio, como um juiz de leis, mas como um juiz de casos concretos que lhe são submetidos³³. Por conseguinte, as suas decisões são o resultado da conjugação de enunciados de

31 (tradução livre).

32 Cf. G. De Francesco, Ne bis in idem: *evoluzione e contenuti di una garanzia, nello scenario dell'integrazione europea*, em <www.lalegislazionepenale.eu>, 24.7.2015; último acesso: 25 de julho de 2023.

33 Cf. A. D'Aloia, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, em *DUE*, 2014, p. 1 s.

princípio e de ponderações ligadas às especificidades não só do sistema em causa, mas sobretudo do caso judicial concreto, o qual, além disso, avalia na sua “globalidade”, ou seja, tendo em conta todos os elementos em jogo. Configura em um tipo de julgamento casuístico-factual em que o critério do “prejuízo efetivo” sofrido pelo requerente adquire importância; de tal modo que a “desvantagem significativa” se torna hoje mesmo uma condição de admissibilidade de um recurso para o Tribunal Europeu na nova redação do Artigo 35 da CEDH, com a modificação que lhe foi dada pelo Protocolo n. 14.

O emblema dessa abordagem é, em particular, representado pelo julgamento da equidade processual (Artigo 6 da CEDH), onde, tendo em mente o objetivo de assegurar “garantias concretas e efetivas, e não teóricas e ilusórias”, de acordo com uma expressão recorrente na sua linguagem³⁴, o Tribunal, no seu trabalho de ponderação *in concreto*, atua também segundo uma lógica “compensatória”, podendo, por exemplo, considerar justo um julgamento mesmo na presença de violações processuais que considere terem sido “compensadas” por outras vantagens para o arguido, ou em face de particularidades específicas do caso e, pelo contrário, injusto um julgamento em que o arguido tenha sofrido um prejuízo concreto, mesmo na ausência de violações formais. Nesse aspeto, o Tribunal Europeu distingue-se claramente do Tribunal de Justiça, que, especialmente no caso de um reenvio prejudicial, é chamado a interpretar o direito da União em abstrato³⁵.

Um momento de importância fulcral na economia do direito europeu³⁶ e com particular referência ao tema do processo penal, diz respeito à proteção dos direitos fundamentais.

Com efeito, tem-se defendido que o pluralismo das fontes europeias em matéria penal e a sua intersecção deve-se sobretudo a dois fatores: a internacionalização da regulação económica e a evolução dos direitos fundamentais. Por detrás desses dois polos de referência estão, por sua vez, as duas grandes ordens jurídicas transnacionais que coabitaram no continente europeu: a CEDH, que surgiu precisamente com o objetivo institucional de garantir a observância dos direitos fundamentais pelos Estados na sua esfera interna – obra que teve um dos seus fulcros precisamente no processo penal – e a União Europeia, que se

34 Tribunal Europeu 9.10.1979, *Sirey v. Irlanda*; Id, 7/7/2015, *Cestaro v. Itália*.

35 Para um aprofundamento, querendo, cf. B. Capparelli, *L'attuazione dell'ordine d'indagine europeo nell'ordinamento italiano*, em Laura Zúñiga Rodríguez; Julio Ballesteros Sánchez (org.), *Criminalidad organizada transnacional, una amenaza a los Estados democráticos - Universidad de Salamanca*, 2021, Tirant, p. 268 s.

36 Sobre este específico tema, Ver B. Capparelli, *Tutela dell'interesse finanziario europeo e processo penale interno*, em M. Romero Pradas (org.), *Integración europea y justicia penal: nuevos postulados, retos y desafíos de la cooperación judicial en la Unión Europea - Homenaje a la profesora Dra. Da Ma Isabel González Cano (Universidad de Sevilla)*, 2021, Tirant, p. 35 s.

agregou inicialmente em torno da regulação transnacional dos mercados, mas que depois foi progressivamente utilizando o direito penal e o processo penal como instrumentos de proteção dessa disciplina e os direitos fundamentais como limite e fundamento da sua atividade. Os direitos fundamentais tornam-se, nesta perspectiva, uma base comum entre a União e a CEDH no plano da justiça penal, inevitavelmente exposta à osmose e à contaminação mútua. Para a União, apresentam-se como um formidável instrumento de integração ao serem reconhecidos como princípios gerais do direito comunitário. O processo de “constitucionalização europeia” encontra neles o seu pilar fundador.

Os direitos fundamentais constituem, por conseguinte, um perfil indispensável para a análise do nosso objeto de estudo.

São muitas as fontes envolvidas nessa proteção. No contexto pós-Lisboa, trata-se:

- a) das ordens jurídicas nacionais e das Constituições nacionais;
- b) da CEDH;
- c) do direito primário da União: TUE (Artigo 6) e Carta de Nice;
- d) do direito derivado da União (Artigo 82, 2, alíneas b) e c), do TFUE);
- e) das disposições dos tratados internacionais (por exemplo, a Convenção de Palermo das Nações Unidas contra a criminalidade organizada, de 2000: Artigo 11, n. 3).

A esse quadro normativo, já de si muito variado, deve acrescentar-se o contributo – fundamental neste domínio, porque é o próprio motor da construção dos direitos fundamentais na Europa, mas que acrescenta também outros vastos espaços de complexidade – da jurisprudência. Desde logo, a do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Tribunal de Justiça da União Europeia, mas também a dos tribunais nacionais e dos tribunais constitucionais nacionais.

A esse respeito, fala-se de uma proteção multinível dos direitos fundamentais, no sentido de que cada uma das componentes referidas visa proteger esses direitos, embora em âmbitos, formas e procedimentos diferentes e com resultados diferentes, quer do ponto de vista do lesado, quer do ponto de vista do sistema – ou dos sistemas – considerado. Trata-se de uma proteção multinível que tem conotações profundamente diferentes daquelas a que nos habituou a abordagem tradicional, que vê na Constituição do Estado o único centro de irradiação da proteção dos direitos fundamentais.

A proteção multinível dos direitos fundamentais é, pois, o complexo de institutos de várias matrizes, normativas e jurisprudenciais, mediante os quais se ar-

ticulam as várias competências e relações entre jurisdições nacionais e supranacionais, perante as quais é possível fazer valer a proteção dos direitos fundamentais.

É evidente que, nesse contexto, a entrada em vigor do Tratado de Lisboa e o reconhecimento da Carta de Nice como documento vinculativo para a proteção dos direitos fundamentais são fatores de importância central, tal como o passo ulterior representado pela adesão da União à CEDH pode ser central no caminho da integração constitucional europeia.

Ambos os aspectos têm um forte impacto potencial no processo penal, tanto do ponto de vista da aproximação das legislações nacionais, que não pode ignorar o respeito pelos direitos fundamentais, como do ponto de vista da cooperação judiciária, que está muito mais desenvolvida do que a harmonização, mas que durante muito tempo foi predominantemente repressiva, com lacunas consideráveis no domínio dos direitos fundamentais. O respeito pelos direitos fundamentais será também um ponto de referência indispensável para a atividade do Procurador Europeu³⁷.

BRUNA CAPPARELLI E MARIÂNGELA LOPES
Bologna-São Paulo, 3 de janeiro de 2024

37 Cf. Artigos 5 e 41 do Regulamento 2017/1939/EU.

INTRODUÇÃO À EDIÇÃO ITALIANA

O papel do dissenso e do consenso nas “opiniões separadas” nas sentenças e nos pareceres do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

1. O REGIME DAS “OPINIÕES SEPARADAS” E DAS “DECLARAÇÕES DE DISSIDÊNCIA” NO SISTEMA DA CEDH

O instituto – de matriz tipicamente anglo-saxã – das “opiniões separadas”³⁸ dos juízes é, há muito, objeto de atenção por parte da doutrina também no contexto específico da justiça internacional³⁹, onde isso se manifestou de modo particularmente difuso a partir do início do século passado em correspondência com a multiplicação dos mecanismos institucionalizados de resolução judiciária das controvérsias internacionais.

De fato, a extragrande maioria dos instrumentos institutivos dos tribunais internacionais, sejam permanentes ou constituídos *ad hoc*, contemplam a faculdade para os juízes que lhe compõem de exprimir separadamente a própria opinião de mérito na *res judicanda*, seja no sentido deforme (dissidente) seja em sentido conforme (concordante) a respeito da decisão assumida colegiadamente e na relativa motivação⁴⁰.

38 Na literatura e na praxe, as “opiniões separadas” são comumente definidas também como “opiniões individuais”. Todavia, a expressão prevalentemente utilizada a nível normativo é aquela de “opiniões separadas”, e isso presumivelmente a fim de diluir sobre o plano terminológico a conotação “individualista” da posição expressa pelo juiz singular.

39 Entre os contributos mais relevantes se podem citar: DUMBAULD, Edward. Dissenting opinions in international adjudication. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 90, n. 8, 1942, p. 929 e ss.; SERENI, Angelo Piero. Les opinions individuelles et divergentes des juges des tribunaux internationaux. *Revue Générale de Droit International Public*, v. 68, n. 4, pp. 819-857, 1964, p. 854 e ss.; ANAND, Ram Prakash. The role of individual and dissenting opinions in international adjudication. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 14, n. 3, pp. 788-808, 1965, p. 805; COSTA, Jean-Paul. *Les opinions séparées des juges: est-ce une bonne institution dans une juridiction internationale?*. In: KATUOKA, Saulius. (Org.). *Law in the Changing Europe. Liber Amicorum Pranas Kūris*. Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2008, p. 111 e ss.; MALENOVSKY, Jiří. Les opinions séparées et leurs répercussions sur l'indépendance du juge international. *Anuario Colombiano de Derecho Constitucional*, v. 3, pp. 27-70, 2010; RIGAUX, François. Opinions divergentes, opinions séparées et opinions convergentes: l'unanimité dans l'exercice de la fonction judiciaire. In: CLOSSET-MARCHAL, Gilberte; LEDOUX, Jean-Luc; PANIER, Christian; DROOGHENBROECK, Jean-François van; VERDUSSEN, Marc. *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 573-589.

40 A faculdade dos juízes de exprimir a própria opinião separada é prevista, por exemplo, no Artigo 57 do Estatuto do Tribunal Permanente de Justiça Internacional; no Artigo 30, § 3, do Estatuto do Tribunal Internacional do Direito do Mar; no Artigo 66, § 2, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos; no Artigo 28, § 7, do Protocolo institutivo da Corte africana dos direitos humanos e dos povos; no Artigo 48, § 4, da Convenção do Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID); no Artigo 23, § 2, do Estatuto do Tribunal Penal internacional para a antiga Iugoslávia; no Artigo 22 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda; no Artigo 83, § 4, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Análoga faculdade é também geralmente prevista para as instâncias quase judiciária de proteção dos direitos humanos tais

A esta praxe generalizada – que alguns não deixaram de classificar como uma verdadeira norma consuetudinária de direito internacional⁴¹ – não faz exceção nem mesmo a Convenção Europeia de Direitos Humanos (doravante “CEDH”), a qual estabelece que, onde a sentença do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos não exprima “no todo ou em parte” a opinião unânime dos juízes, “cada juiz terá direito de juntar a exposição da sua opinião individual”⁴².

Tal previsão – originalmente contida, para o Tribunal Europeu, no Artigo 51, § 2, da CEDH⁴³ e, em seguida, transfundido no Artigo 45, § 2, da CEDH, seguido das modificações aportadas no Protocolo n. 11⁴⁴ – reproduz quase literalmente aquela do Artigo 57 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (por sua vez idêntico ao Artigo 57 do Estatuto do Tribunal Permanente de Justiça Internacional)⁴⁵.

A mesma previsão foi também incluída em ambos os Artigo 3, § 3, do Protocolo n. 2 da CEDH de 1963, que conferiu ao Tribunal Europeu a competência de emitir pareceres consultivos a pedido do Comitê de Ministros (e posteriormente transfundidos para o artigo 49, § 2, da CEDH, como resultado das

quais, por exemplo, o Comitê de Direitos Humanos instituído no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (cf. Artigo 103 do Regulamento de processo do Comitê de Direitos Humanos) e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (cf. Artigo 50, § 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos). Entre os poucos exemplos de tribunais internacionais aos quais juízes não são autorizados a exprimir a própria opinião separada se podem citar o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal de Justiça da Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental.

- 41 Em particular, segundo Jiří Malenovsky (Les opinions séparées, p. 27 e ss. e especialmente nas p. 53-54), a praxe dos tribunais internacionais demonstraria a existência de uma regra (permissiva) de direito internacional geral que permitiria em cada caso a publicação de opiniões separadas dos juizes na ausência de uma previsão contrária (proibitiva) contida no tratado constitutivo da jurisdição internacional. Contra: SERENI, A. P. Les opinions individuelles, p. 844-845, segundo o qual, ao invés, o juiz internacional não desfrutaria de um “poder intrínseco” de apor uma opinião separada.
- 42 A tradução não oficial da CEDH para o italiano pelo Conselho da Europa e também aquela publicada no Diário Oficial [*Gazzetta Ufficiale*] em anexo à lei de autorização de ratificação utilizam, ambas, a expressão “opinião individual”. Na realidade, tanto a versão oficial em língua inglesa, quanto aquela em língua francesa, utilizam a expressão “opinião separada” (“*separate opinion*”, “*opinion séparée*”). Este é o resultado de uma escolha editorial precisa feita pelo Comitê de Peritos Governamentais que, no texto preliminar da Convenção aprovada em fevereiro de 1950, modificou para “opinião separada” a expressão “opinião individual” contida na proposta formulada pelo delegado da Grécia (cf. *Preliminary Draft Convention for the Maintenance and Further Realisation of Human Rights and Fundamental Freedoms*, de 15 de fevereiro de 1950, Documento A 833, Travaux Préparatoires, III, p. 236 ss., Artigo 37; Appendix to the Report of the Committee of Experts on Human Rights: Draft Convention of Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 16 de março de 1950, Documento C/WP 1 (50) 15 appendix, CM/WP 1 (50) 14 revisado, A 925, Travaux Préparatoires, IV p. 50 ss., especialmente, p. 74, Artigo. 40 (44)).
- 43 Uma previsão análoga era prevista também para os membros da hoje extinta Comissão Europeia dos Direitos do Homem a qual, nos termos do Artigo 31, § 1, da CEDH, nos termos vigentes antes da reforma do Protocolo n. 11, podiam exprimir a própria “opinião separada” nos relatórios que contivessem as decisões sobre o mérito dos recursos. Sobre a relativa prática, cf. TRÉCHSEL, Stefan. Article 31. In: PETTITI, Louis-Edmond DECAUX, Emmanuel; IMBERT, Pierre-Henri. (Dir.). *La convention européenne des droits de l’homme: commentaire article par article*. 2. ed. Bruxelas: Economica, 1999, p. 691 ss., Espec. pp. 694-695.
- 44 O Protocolo n. 11 transfundiu o previgente Artigo 51 no novo Artigo 45, acrescentando a rubrica “Motivação das sentenças e das decisões”. No entanto, enquanto a disposição do § 2 relativa às opiniões separadas se manteve inalterada, a do § 1 relativa à motivação dos providimentos do Tribunal sofreu uma alteração significativa, referindo-se hoje também às “decisões” e não mais apenas às “sentenças” do Tribunal. A falta de coordenação entre os dois parágrafos do Artigo 45 da CEDH, embora não pareça ser o resultado de uma escolha precisa dos redatores da reforma, teve o efeito de excluir a possibilidade de os juizes exprimirem a própria opinião separada nas decisões motivadas de inadmissibilidade. Sobre esse ponto se retornará *amplius* no item 4.
- 45 Sobre a evolução e a atual disciplina do regime das opiniões separadas nas sentenças da Corte Internacional de Justiça, ver, entre outros: HAMBRO, E. Dissenting and Individual Opinions in the International Court of Justice. *Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht*, v. 17, pp. 229-248, 1956/1957, p. 229 e seguintes; MANOUVEL, M. Les Opinions séparées à la Cour Internationale - Un instrument de contrôle du Droit international prétorien par les Etats. Paris: L’Harmattan, 2005.

alterações feitas pelo Protocolo n. 11⁴⁶), quanto ao Artigo 4, § 2, do Protocolo n. 16 da CEDH de 2013, que atribuiu ao Tribunal Europeu uma nova competência para emitir pareceres consultivos relativos à interpretação da CEDH e dos seus Protocolos a pedido das mais altas jurisdições nacionais.

O Artigo 74, § 2, do Regulamento de processo do Tribunal prevê que “qualquer juiz que tenha participado do exame de um caso por uma Câmara ou pela Grande Câmara tem o direito de juntar à sentença seja uma opinião separada, concordante ou dissidente a respeito de tal sentença, seja uma mera declaração de dissenso”. Análoga disposição é contida no Artigo 88, § 2, do Regulamento para os pareceres consultivos emitidos nos termos do Artigo 47 da CEDH (e para as relativas decisões motivadas de inadmissibilidade) e no Artigo 94, § 8, do Regulamento para os pareceres consultivos emitidos nos termos do Protocolo n. 16 (mas não também para as decisões motivadas de inadmissibilidade⁴⁷).

Tais previsões regulamentares não se limitam a esclarecer que a opinião separada dos juízes não deve necessariamente exprimir uma posição divergente daquela da maioria, podendo também confirmar no todo ou em parte, com diversa ou mais articulada motivação, a solução decisória colegiada (seja unânime ou majoritária)⁴⁸; mas contemplam também a possibilidade de o juiz formular uma “mera declaração de dissidência” sem fundamentação⁴⁹, que é alguma coisa ontologicamente diferente de uma “opinião separada” e que persegue unicamente

46 As disposições do Protocolo n. 2, que já constituíam parte integrante da CEDH a partir da data de entrada em vigor da mesma (21 de setembro de 1970), foram sucessivamente inseridas no texto da Convenção por meio do Protocolo n. 11 com efeitos a partir de 1 de Novembro de 1998 (ver artigos 47 a 49 da CEDH).

47 É difícil hipotetizar qual possa ter sido a razão que induziu o Tribunal a não prever expressamente a faculdade de juntar opiniões separadas às decisões de inadmissibilidade dos pedidos de pareceres consultivos adotados pelo Colégio de cinco juízes nos termos do Protocolo n. 16, embora havendo este último expressamente exigido, no Artigo 2, § 1., a obrigação de motivar tais decisões. Sem prejuízo do que se verá dito a seguir relativamente à possibilidade de uma interpretação extensiva ou análogica das normas convencionais relativas às opiniões separadas, se deve, de qualquer modo, observar como a Grande Câmara, em sede de adoção do parecer, pode considerar que um ou mais quesitos não satisfazem os requisitos estabelecidos no Protocolo n. 16, não obstante a precedente decisão de admissibilidade assumida pelo Colégio de cinco juízes (neste sentido, cf. TEDH. Parecer consultivo concernente ao uso da técnica da “legislação por referência” para a definição de um crime e os critérios aplicáveis para comparar a lei penal vigente no momento da comissão do crime e a lei penal modificada, P16-2019-001, 10 de abril de 2019, § 47 e §§ 52-56). Em tal hipótese, os juízes poderão, portanto, juntar ao parecer uma opinião separada para exprimir o próprio dissenso ou consenso também a respeito da considerada inadmissibilidade dos quesitos, analogamente ao que se verifica já na praxe para as decisões de inadmissibilidade dos recursos individuais contidos na sentença (cf. item 4 *infra*).

48 Sobre as diversas tipologias de opiniões separadas e sobre a peculiar função das opiniões concordantes a respeito daquelas divergentes veja-se o item 2 *infra*.

49 Também esta previsão – já presente nas versões anteriores do Regulamento do Tribunal – parece ter sido inspirada naquela contida no Artigo 95, § 2, do Regulamento do Tribunal Internacional de Justiça, no sentido de que “um juiz que deseje registrar a sua concordância ou dissidência sem apresentar suas razões pode fazer isso na forma de uma declaração”. Todavia, embora esta última disposição permita também a formulação de declarações de “mera concordância”, as normas regulamentares do Tribunal Europeu contemplam unicamente a declaração de “mero dissenso”. Na época do Tribunal Permanente de Justiça Internacional, a possibilidade de formular um mero dissenso não estava originalmente prevista de maneira expressa, mas se foi, rapidamente, afirmada na prática, sendo assim, finalmente, recebida no Regulamento de processo. Tal escolha não foi, contudo, unanimemente partilhada. O juiz Sir Cecil Hurst, em particular, havia proposto a obrigar cada juiz divergente a motivar o próprio dissenso (cf. P.C.I.J., Ser. D, n. 2, II Addendum, 1926, p. 204, e III Addendum, 1936, p. 671), e o mesmo juiz Anzilotti havia expressado sua oposição à praxe de permitir declarações não motivadas de mera dissidência (*ibid.*, p. 325).

a função de tornar (re)conhecível *ab externo* o voto do juiz dissidente de outro modo destinado a permanecer “anônimo”⁵⁰.

Com base nas disposições convencionais e regulamentares acima mencionadas, os juízes do Tribunal europeu, portanto, gozam – como os seus homólogos do Corte Interamericana e do Tribunal Africano⁵¹ – de uma ampla faculdade de exprimir a própria opinião motivada divergente ou concordantes ou de tornar público o próprio voto contrário seja no exercício das funções contenciosas em matéria de recursos individuais e interestatais nos termos dos Artigos. 33 e 34 da CEDH seja no exercício das suas funções consultivas nos termos do Artigo 47 da CEDH ou do Protocolo n. 16.

Tal faculdade não é, todavia, ilimitada.

Em primeiro lugar, uma vez que o Artigo 45, § 2, da CEDH menciona literalmente apenas as “sentenças”, o Tribunal tem até hoje excluído a possibilidade de anexar opiniões separadas (ou declarações de mero dissenso) nas “decisões”, e isto é a todos aqueles provimentos jurisdicionais que definem “*in rito*” o relativo procedimento, declarando a inadmissibilidade do recurso ou arquivamento⁵² (por exemplo, para composição amigável da controvérsia ou por carência superveniente de interesse ou por resolução do subjacente problema sistémico)⁵³. Esta limitação se funda exclusivamente sobre a natureza formal do provimento a prescindir do seu conteúdo decisório e da fase processual em que esse vem adotado, de modo que, por exemplo, as opiniões separadas podem ser expressas também

50 Também no sistema da CEDH (como acontece para as outras instâncias da justiça internacional), a sentença reporta somente os nomes dos juízes que fizeram parte do colégio judicante e – no caso de decisões não unânimes – o número de juízes que fizeram parte da maioria e da minoria (cf. Artigo 74, § 1, “a” e “k”, do Regulamento do Tribunal), mas não os nomes dos juízes que votaram a favor ou contra a decisão da maioria, e isso precisamente com o objetivo de proteger a liberdade dos juízes singulares de decidirem se devem expressar publicamente o seu voto a favor ou contra por meio de uma opinião separada ou de uma declaração de discordância. No passado, a questão tinha sido discutida em sede de modificação do Regulamento de processo do Tribunal Permanente de Justiça Internacional, quando os juízes Moore, Finlay e Anzillotti haviam proposto publicar na sentença os nomes de todos os juízes eventualmente divergentes, prescindindo da sua decisão de anexar uma opinião separada (cf. P.C.I.J., Ser. D, n. 2, Addendum, 1926, p. 272). Tal proposta não foi seguida porque prevaleceu a ideia de que os juízes teriam um “direito” e não uma “obrigação” de tornar conhecida a sua discordância, mas foi, no entanto, previsto incluir na decisão o número dos juízes constituintes da maioria (cf. DUMBAULD, Edward. Dissenting Opinions in International Adjudication, ob. cit., p. 944), regra então constantemente aplicada também pelo Tribunal Internacional de Justiça.

51 Cf., respectivamente, os Artigos. 65, § 2, e 75, § 3, do Regulamento de processo da Corte Interamericana de Direitos Humanos e os Artigos 70 e 86, § 1, do Regulamento de processo do Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos. Entre estudos mais recentes sobre a prática das duas Cortes regionais relativa as opiniões separadas, veja-se: RESENDE, Ranieri L. Deliberation and Decision-Making Process in the Inter-American Court of Human Rights: Do Individual Opinions Matter? *Northwestern Journal of Human Rights*, v. 17, n. 1, pp. 25-50, 2019, p. 25 e ss.; ONDO, Téléphore. Les opinions séparées des juges à la Cour africaine des droits de l’homme et des peuples. *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, v. 57, n. 104, pp. 941-964, 2015, p. 941 e ss.

52 [N.T.] No original, *disponendone la radiazione dal ruolo*. O Artigo 39, 3, da Convenção trata da “resolução amigável” e conseqüente arquivamento do assunto. Na versão oficial em italiano, a expressão empregada é “*cancella il ricorso dal ruolo mediante una decisione*” e, na versão oficial em francês, “*raye l’affaire du rôle par une décision*”. Ao longo do livro encontra-se diversas vezes a expressão *radiazione dal ruolo*.

53 Cf. SCHABAS, William A. *The European Convention on Human Rights: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 859 ss.

nas decisões em matéria de admissibilidade ou arquivamento dos recursos, desde que essas sejam contidas em uma “sentença” e não em uma “decisão”⁵⁴.

Em segundo lugar, há algumas sentenças do Tribunal aos quais não é permitida, explícita ou implicitamente, a juntada de opiniões separadas. Trata-se, notadamente, das sentenças (definitivas) de mérito adotadas pelos Comitês de três juízes nos termos do Artigo 28, § 1, “b”, da CEDH sobre recursos que podem ser decididos com base em “jurisprudência bem consolidada” (o chamado “WECL” – *Well-Established Case-Law* introduzida pelo Protocolo n. 14) e das pronúncias sobre interpretação de uma sentença com fins executivos emitida pelo Tribunal a pedido do Comitê dos ministros com base no novo procedimento previsto no Artigo 46, § 3, da CEDH (assim como modificado pelo Protocolo n. 14)⁵⁵.

Quanto ao primeiro caso, ainda que o Regulamento do Tribunal não vete expressamente opiniões separadas nas sentenças dos Comitês, a regra da unanimidade – imposta pelo Artigo 28, § 1, da CEDH – exclui *a priori* que um dos juízes componentes do colégio possa exprimir um dissenso próprio (motivado ou simples), visto que tal dissenso comportaria a automática transferência do caso para uma Câmara⁵⁶. Não é claro, todavia, se a regra do voto unânime preclui também a possibilidade de anexar uma opinião separada concordante. Embora na ausência de precedentes, consideramos que a regra geral consagrada no Artigo 45, § 2, da CEDH não autoriza o Tribunal a vetar aos juízes singulares a expressão separada do próprio consenso a tal tipologia de sentença e que, de consequência, a previsão regulamentar que limita apenas às sentenças de Câmara ou da Grande Câmara a anexação de opiniões separadas não pode ser interpretada em sentido autenticamente preclusivo⁵⁷.

54 A prática do Tribunal permitiu, de fato, a formulação de opiniões separadas relativas às decisões em matéria de admissibilidade incorporadas na sentença de mérito (cf., por exemplo, a opinião separada conjunta dos juízes Raimondi, Nuffberger, De Gaetano, Keller, Mahoney, Kjolbro e O’Leary no TEDH, *Moreira Ferreira vs. Portugal* (n. 2) [GC], 19867/12, 11 de julho de 2017; as opiniões separadas dos juízes Keller, Dedov e Serghides no TEDH, *Navalnyye vs. Rússia*, 101/15, 17 de outubro de 2017; as opiniões separadas do juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, *De Tommaso vs. Itália* [CG], 43395/09, 23 de fevereiro de 2018, e *Murtazaliyeva vs. Rússia* [CG], 36658/05, 18 de dezembro de 2018; bem como a opinião separada do juiz Wojtyczek no TEDH, *Naït-Liman vs. Suíça* [CG], 51357/07, 15 de março de 2018). Além disso, seguindo as modificações aportadas pelo Protocolo n. 14, o art. 29 da CEDH estabelece que a decisão sobre a admissibilidade do recurso seja, em regra, adotada conjuntamente ao mérito, de modo que – salvo casos excepcionais – tal decisão é quase sempre contida em uma sentença. Também o arquivamento pode ser disposto com uma sentença e não por uma decisão (cf., por todos, TEDH, *Burmych e outros vs. Ucrânia* [GC], 46852/13 e outros, 12 de outubro de 2017). Os aspectos críticos desta prática são discutidos abaixo no item 4.

55 Sobre as novidades introduzidas pelo Protocolo n. 14, se for permitido, remetemos a: SACCUCCI, A. *L’entrata in vigore del Protocollo n. 14 e le nuove regole procedurali per la sua applicazione*. *Diritti umani e diritto Internazionale*, v. 4, n. 2, pp. 319-343, 2010, p. 319 e ss.

56 Cf. Artigo 53, § 6, do Regulamento do Tribunal.

57 Ao estabelecer o conteúdo das sentenças do Tribunal, o Artigo. 74, § 1, do Regulamento se refere expressamente também às sentenças dos Comitês proferidas nos termos do Artigo 28 da CEDH. Todavia, como vimos, o Artigo 74, § 2, do Regulamento atribui a faculdade de opinião separada aos juízes singulares que tenham participado no exame de um caso por parte de uma Câmara ou da Grande Câmara (com exclusão, então, dos casos levados ao exame de um Comitê).

No segundo caso, o Artigo 98 do Regulamento estabelece expressamente que os juízes não podem formular opiniões separadas sobre pronúncias interpretativas emitidas pelo Tribunal nos termos do Artigo 46, § 3, da CEDH. Trata-se da única disposição regulamentar autenticamente proibitiva (tanto é que, para evitar fricções com o teor textual do Artigo 45, § 2, da CEDH, essa não fala, neste caso, formalmente de “sentença” mas de “decisão” ou “*ruling*”), cuja *ratio* é, provavelmente, encontrada na necessidade de evitar a expressão, por parte de juízes singulares, de opiniões dissidentes que poderiam enfraquecer a autoridade interpretativa da pronúncia aos olhos do Comitê dos Ministros e do Estado interessado, deixando permanecer – embora com uma intensidade “minoritária” – aquelas “dúvidas” para desfazer as quais tal pronúncia foi solicitada⁵⁸.

Em terceiro lugar, a formulação de uma opinião divergente ou concordante é implicitamente excluída por todas aquelas decisões do Tribunal que, independentemente do seu conteúdo substancial ou meramente processual, são privadas de qualquer motivação, tais como, em particular, as decisões com as quais uma Câmara dispõe a remessa do caso à Grande Câmara nos termos do Artigo 30 da CEDH, as decisões do Colégio de cinco juízes da Grande Câmara relativas à admissibilidade de um pedido de remessa nos termos do Artigo 43 da CEDH, bem como as decisões (colegiadas) relativas à indicação de medidas cautelares nos termos do artigo 39 do Regulamento. Embora a total ausência de motivação de um provimento judiciário seja, *per se*, seriamente criticável, sobretudo quando esse seja idôneo a criar obrigações jurídicas para os destinatários, como no caso das medidas cautelares⁵⁹, além de ser de duvidosa a compatibilidade com a obrigação generalizada de motivação das “decisões”, consagrada no Artigo 45, § 1 CEDH⁶⁰, tal característica é evidentemente inconciliável com a expressão de

58 Por outro lado, se deve também observar como uma tal exigência se deveria por, em princípio, também para os “pareceres” emitidos pelo Tribunal nos termos do Artigo 47 da CEDH ou do Protocolo n. 16, aos quais, todavia, a anexação de opiniões separadas é expressamente consentida, assim como para a sentença interpretativa emitida pelo Tribunal a requerimento das partes nos termos do Artigo 79 do Regulamento, as quais são sujeitas ao regime ordinário da sentença de Câmara conforme o Artigo 74 do Regulamento.

59 É muito significativo que os mesmos Estados contratantes tenham convidado o Tribunal Europeu “a considerar a apresentação de breves razões para suas decisões indicando medidas provisórias e decisões pelo seu Comitê de cinco juízes sobre recusa ou remessa de pedidos”. Cf. o Plano de ação anexo à Declaração de Bruxelas adotada em 27 de março de 2015 na Conferência de Alto Nível sobre “A atuação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a nossa responsabilidade partilhada”, § A.1 (d).

60 Vendo bem, a prática do Tribunal atenuou significativamente o alcance da inovação introduzida pelo Protocolo n. 11 com referência às próprias decisões de inadmissibilidade, que os redatores da reforma pretendiam inequivocamente sujeitar à obrigação de motivação, anteriormente prevista apenas para as sentenças. Como sabido, de fato, tal obrigação foi por muitos anos integralmente derrogada pelo Tribunal por decisões de inadmissibilidade adotadas por um Juiz único do Tribunal nos termos do Artigo 27, da CEDH (e, antes da reforma do Protocolo n. 14, para as adotadas por Comitês de três juízes), tendo o Regulamento estabelecido que essas poderiam ser objeto de uma mera comunicação informativa à parte corrente não indicando a exposição dos motivos da recusa. Somente a partir de 2019, aceitando o convite formulado pelos mesmos Estados contratantes, o Tribunal previu que as decisões de inadmissibilidade do Juiz único (bem aquelas dos Comitês para os quais o recurso seja eventualmente transmitido pelo Juiz único) devem conter uma “motivação sumária” (ver Artigo 52A do Regulamento), embora, na prática, isto se traduza mesmo em mera fórmula estereotipada que se limita a indicar o motivo de inadmissibilidade (por exemplo, a manifesta falta de fundamento das queixas) ou mesmo a afirmar genericamente que as condições de admissibilidade estabelecidas nos Artigos 34 e 35 da CEDH não foram respeitadas. Restam, além disso, até hoje de todo privadas de motivações as decisões de inadmissibilidade adotadas pelo Presidente de Seção, em função de juiz único, no momento da comunicação do recurso ao Governo demandado para a abertura do contraditório sobre reclamações não

qualquer opinião “motivada” de dissenso ou de consenso por parte dos juízes que tenham participado na deliberação (ainda que talvez fosse compatível com a mera indicação numérica dos votos contrários no caso de decisões por maioria).

2. TIPOLOGIAS E FUNÇÕES DAS OPINIÕES DIVERGENTES NAS SENTENÇAS E NOS PARECERES DA CORTE EUROPEIA

Os juízes do Tribunal Europeu – e, no passado, também os membros da Comissão Europeia – sempre fizeram uso largo da faculdade de formular uma opinião separada para expressar o seu dissenso ou mesmo consenso em relação à decisão tomada colegiadamente⁶¹. Recentemente, pela primeira vez, tal faculdade foi também exercida (pelo juiz “nacional”) em relação ao segundo parecer consultivo emitido pelo Tribunal Europeu nos termos do Protocolo n. 16, a pedido do Tribunal Constitucional da Armênia, embora a fim de confirmar a solução interpretativa aceite por unanimidade pela Grande Câmara⁶².

Em linha geral, parece que, sobretudo a partir da entrada em vigor do Protocolo n. 11, a propensão dos juízes de formular opiniões separadas tem aumentado progressivamente em relação ao passado⁶³ (graças também à obra particularmente prolífica de alguns juízes do Tribunal, primeiro de todos o juiz Pinto de Albuquerque a quem esta coletânea é dedicada) e que isso não é unicamente o efeito do aumento quantitativo do número de casos decididos pelo Tribunal ou da agudização das divergências dentro do Tribunal, mas antes de um desenvolvimento qualitativo das diversas funções que as opiniões separadas podem desempenhar de tempos em tempos.

consideradas manifestamente inadmissíveis, nada obstante a previsão da qual o Artigo 54, § 3, do Regulamento (segundo a qual devem ser “sumariamente motivadas”).

61 Os contributos mais relevantes dedicados ao estudo das opiniões separadas no sistema da CEDH, vide: BRUNISMA, Fred J.; BLOIS, Matthijs de Blois. *Rules of Law from Estport to Wladiwostok: Separate Opinions in the European Court of Human Rights*. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 15, n. 2, pp. 175-186, 1997; WILDHABER, Luzius. *Opinions dissidentes et concordantes de juges individuels à la Cour européenne des droits de l'homme*. In: DUPUY, René-Jean. (Org.). *Droit et Justice: Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*. Paris: A. Pedone, 1999, p. 529 ss.; RIVIÈRE, Florence. *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme*. Bruxelas: Bruylant, 2004; COSTA, Jean-Paul. *Les opinions séparées des juges, ob. cit.*, p. 111 ss.; GARLICKI, Lech. *Note on Dissent in the European Court of Human Rights*. In: POST, Robert. (Ed.). *Global Constitutionalism: Constitutional Orders*. New Haven: Yale Law School, 2008, p. 1 ss.; WHITE, Robin C. A.; BOUSSIAKOU, Iris. *Separate opinions in the European Court of Human Rights*. *Human Rights Law Review*, v. 9, n. 1, pp. 37-60, 2009; Ziemele, Ineta. *Separate opinions at the European Court of Human Rights*. Volume 1 da coleção *Riga Graduate School of Law Interdisciplinary Studies*. Riga: Riga Graduate School of Law, 2017; KÖVLER, Anatoly. *Opinions séparées des juges de la Cour européenne des droits de l'homme et la création des “droits nouveaux”*. In: G. GONZALEZ, Gérard et al. (Ed.). *Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre: Les droits de l'homme à la croisée des droits*. Paris: LexisNexis, 2018, p. 357; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de; CARDAMONE, Daniela. *L'efficacia della dissenting opinion*. In: BUFFA, Francesco; CIVININI, Maria Giuliana. (Org.). *La Corte di Strasburgo: Gli Speciali della rivista “Questione Giustizia”*. Milão: Key, 2019, p. 148 ss.

62 Trata-se da opinião concordante do juiz *ad hoc* Sarvarian anexa ao Parecer consultivo concernente sobre o uso da técnica de legislação por referência, P16-2019-001, cit., do TEDH.

63 ALBUQUERQUE, Paulo Pinto; CARDAMONE, Daniela. *L'efficacia della dissenting opinion*, cit., pp. 149-150, relatam uma certa inversão de tendência no número de sentenças proferidas entre 2008 e 2018 que contém opiniões separadas. Todavia, tal dado numérico – que vem relacionado com a prevalência no Tribunal de cargos de maior autocontenção judicial (*judicial selfrestraint*) – não parece realmente demonstrar uma menor propensão dos juízes para a formulação de opiniões separadas, a menos que se considere o relevante aumento quantitativo do número de sentenças proferidas no período em questão com relação ao passado.

Esse não constitui mais apenas o instrumento através do qual os juízes individuais tornam público (e, portanto, externamente cognoscível) seu voto contrário a respeito da solução decisória acolhida pela maioria, renunciando assim ao anonimato das deliberações⁶⁴, mas passaram a assumir, em medida sempre crescente, um papel de absoluta relevância na evolução da jurisprudência europeia, contribuindo para alimentar – tanto no plano convencional quanto no plano dos ordenamentos nacionais singulares – aquele “dinamismo interpretativo” que constitui um componente vital do sistema de proteção dos direitos humanos e do seu “instrumento vivente”. Um “dinamismo” que agora não se exaure na construção motivacional das decisões do Tribunal (cada vez mais caracterizadas por um estilo “por fórmulas”, bastante estereotipado), mas se nutre também das contribuições dos juízes individuais (sejam essas dirigidas a criticar ou, em vez disso, a confirmar decisão a que se vinculam, até no caso em que essa última seja adotada por unanimidade)⁶⁵, cuja onda sonora pode encontrar um eco na jurisprudência dos tribunais nacionais ativamente coenvolvidos no circuito interpretativo da CEDH⁶⁶.

A taxonomia das opiniões separadas que podem ser encontradas na prática judiciária do Tribunal é um tanto heterogênea e multiforme, de acordo com as finalidades diversas que essas perseguem e do modo como cada juiz interpreta seu próprio papel na instituição judiciária.

Para além das declarações de dissenso (que continuam a ser utilizadas, ainda que de forma conjunta, como mero instrumento de divulgação nominativa do voto contrário⁶⁷), podem ser identificadas as seguintes tipologias de opiniões

64 Tal função – que pode ser, por outro lado, desempenhada por uma declaração de “mero dissenso” – assumia uma particular (e não necessariamente positiva) relevância no período em que o mandato dos juízes era de seis anos com possibilidade de renovação (ou seja, anteriormente a modificação aportada pelo Protocolo n.14 que ampliou a duração do mandato para nove anos, tornando-o não renovável). Embora os estudos quantitativos sobre opiniões separadas no sistema da CEDH não tenham revelado um uso isolado de opiniões divergentes por “juízes nacionais” significativamente superior à média (cf. WHITE, Robin C. A.; BOUSSIAKOU, Iris. *Separate opinions in the European Court of Human Rights*, *ob. cit.*, p. 49 e pp. 52-53, os quais constam, com surpresa, a relativa infrequência com que o juiz nacional é a única voz divergente), é evidente que a perspectiva de uma renovação do mandato poderia induzir o juiz nacional em exercício a “revelar” o seu voto contrário na esperança de obter a aprovação (ou, pelo menos, de não inimizá-lo) o Governo do Estado que teria então de incluir o seu nome na lista de três candidatos a apresentar à Assembleia Parlamentar do Conselho Europeu. Não é por acaso que um “viés nacional” mais acentuado se registre, em vez disso, no uso das opiniões divergentes por juízes *ad hoc* (cf. BRUNISMA, Fred J.; BLOIS, Matthijs de Blois. *Rules of Law from Estport to Wladivostok*, *ob. cit.*, p. 182-183), que de fato alguns nem mesmo levam em consideração em suas análises qualitativas (cf. STIANSEN, Øyvind; VOETEN, Erik. *Backlash and Judicial Restraint: Evidence from the European Court of Human Rights*. *International Studies Quarterly*, v. 64, n. 4, pp. 770-784, 2020, p. 770 e ss., especialmente p. 775).

65 Não são, de fato, raros os casos de opiniões concordantes nas sentenças do Tribunal adotadas por unanimidade (cf., emblematicamente, as opiniões concordantes dos juízes Sajó e Pinto de Albuquerque no TEDH, Abdullahi Elmi e Aweys Abubakar vs. Malta, 25794/13 e 28151/13, 22 de novembro de 2016, e as opiniões concordantes dos juízes Turković, O’Leary, Ravarani, Pastor Vilanova e Serghides no TEDH, S.M. vs. Croácia [GC], 60561/14, 25 de junho de 2020). E isso pode acontecer também para os pareceres consultivos emitidos pelo Tribunal nos termos do Protocolo n. 16, como demonstra o caso referido na nota 26.

66 A esse ponto se retornará *findinus* no item 5.

67 Para alguns exemplos recentes, veja-se as declarações de mero dissenso dos juízes Motoc e Paczolay ao TEDH, Adam e outros vs. Romênia, 81114/17 e outros, 13 de outubro de 2020, pelos juízes Yudkivska, Motoc e Paczolay para o TEDH, Fernandes Pedroso vs. Portugal, 59133/11, 12 de junho de 2018, pelo juiz Župancic no TEDH, Ramadan vs. Malta, 76136, 21 de junho de 2016, e do juiz Dedov no TEDH, Shioshvili e outros vs. Rússia, 19356/07, 20 de dezembro de 2016. Em alguns casos, no

separadas: a) opiniões individuais dissidentes⁶⁸; b) opiniões individuais concordantes⁶⁹; c) opiniões individuais parcialmente dissidentes e parcialmente concordantes⁷⁰; d) opiniões conjuntas dissidentes (ou opiniões dissidentes individuais às quais outros juízes aderiram)⁷¹; e) opiniões conjuntas concordantes (ou opiniões individuais concordantes às quais aderiram outros juízes)⁷²; f) opiniões conjuntas parcialmente dissidentes e parcialmente concordantes (ou opiniões individuais parcialmente divergentes e parcialmente concordantes às quais aderiram outros juízes)⁷³; g) opiniões separadas, individuais ou coletivas, não qualificadas (que podem, também, mascarar uma posição de dissenso substancial por parte de um juiz que, em qualquer dos casos, tenha votado formalmente a favor da decisão)⁷⁴.

Nesse amplo espectro de variantes, as opiniões separadas apresentam formas redacionais e conteúdos extremamente diversificados. Ao lado das opiniões divergentes que poderíamos definir como “clássicas”, em que o juiz expõe – de modo mais ou menos articulado – as razões, de fato ou de direito, pelas quais, em sua opinião, o Tribunal deveria ter decidido a controvérsia de outra forma⁷⁵, há outras em que, ao invés, o juiz enfrenta questões interpretativas de princípio subjacentes à decisão do caso, oferecendo uma reconstrução alternativa do conteúdo material das normas convencionais fundada, geralmente, em uma avaliação diferente dos precedentes jurisprudenciais⁷⁶, mas às vezes também sobre a

entanto, a declaração de dissenso pode conter uma breve motivação, que a torna substancialmente equivalente a uma opinião separada divergente (cf., por exemplo, a declaração de dissenso do juiz Serghides ao TEDH, *Belova vs. Rússia*, 33955/08, 15 de setembro de 2020).

68 Cf., por exemplo, a opinião divergente do Juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, *Ramadan vs. Malta*, 21 de junho de 2016.

69 Cf., por exemplo, a opinião concordante do Juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, *Hirsi Jamaa e outros vs. Itália* [GC], 27765/09, 23 de fevereiro de 2012, e a opinião concordante do juiz Raimondi no TEDH, *Khlaifia e outros vs. Itália* [GC], 16483/12, 15 de dezembro de 2016.

70 Cf., por exemplo, a opinião parcialmente concordante e parcialmente divergente do juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, *Varvara vs. Itália*, 17475/09, 29 de outubro de 2013.

71 Cf., por exemplo, a opinião divergente conjunta dos juízes Raimondi, Nussberger, De Gaetano, Keller, Mahoney, Kjølborg e O’Leary, a opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque à qual se juntaram os juízes Karakas, Sajó, Lazarova Trajkovska, Tsotsoria, Vehabović e Kūris, e a opinião divergente do Juiz Kūris, ao qual se juntaram os Juízes Sajó, Tsotsoria e Vehabović, todos no TEDH, *Moreira Ferreira vs. Portugal* (n. 2) [GC], 19867/12, 11 de julho de 2017.

72 Cf., por exemplo, a opinião conjunta concordante dos juízes Tulkens, Spielmann, Sicilianos e Keller, e a opinião conjunta concordante dos juízes Casadevall e López Guerra, no TEDH, *El-Masri vs. Antiga República Iugoslava da Macedônia* [GC], 39630/09, 13 de dezembro de 2012, e a opinião concordante do Juiz Pinto de Albuquerque à qual se juntaram os Juízes Hajiyev, Pejchal e Dedov no TEDH, *Al-Dulimi e Montana Management Inc. vs. Suíça* [GC], 5809/08, 21 de junho de 2016.

73 Cf., por exemplo, a opinião conjunta parcialmente divergente e parcialmente concordante dos juízes Sajó e Karakas no TEDH, *Al-Khawaja e Tahery vs. Reino Unido* [GC], 26766/05 e 22228/06, 15 de dezembro de 2011.

74 Cf., por exemplo, a opinião separada do juiz Sajó no TEDH, *Hutchinson vs. Reino Unido* [GC], 57592/08, 17 de janeiro de 2017.

75 Cf., por exemplo, a opinião parcialmente divergente do juiz Zagrebelsky no TEDH, *Giuliani e Gaggio vs. Itália* [GC], 23458/02, 25 de agosto de 2009, e a opinião parcialmente divergente dos juízes Raimondi e Lorenzen no TEDH, *Stefanetti e outros vs. Itália*, 21838/10, 15 de abril de 2014.

76 Cf., por exemplo, a opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque à qual se juntaram os juízes Karakas, Sajó, Lazarova Trajkovska, Tsotsoria, Vehabović e Kūris, no TEDH, *Moreira Ferreira vs. Portugal* (n. 2), ob. cit., relativamente à obrigação de reabertura dos procedimentos internos na execução de uma sentença do Tribunal Europeu.

declarada necessidade de promover o “desenvolvimento progressivo” da proteção convencional dos direitos humanos⁷⁷.

As opiniões divergentes pertencentes a esta segunda tipologia – que também podem ser redigidas conjuntamente por uma pluralidade de juízes ou individualmente por um único juiz e compartilhadas por outros juízes – são aquelas que, transcendendo as peculiaridades fáticas de um caso concreto singular, têm impacto maior sobre a jurisprudência do Tribunal e sobre a “vida” da CEDH, mesmo quando não se traduzem, mesmo depois de muitos anos, na posição da maioria⁷⁸. O *revirement*⁷⁹ jurisprudencial é, de fato, apenas um dos possíveis efeitos das opiniões divergentes⁸⁰, podendo essas, ao contrário, contribuir para a “consolidação” de certas orientações interpretativas particularmente controversas no interior do Tribunal. Isso ocorre, por exemplo, quando, em sede de reexame da questão, a Grande Câmara confirma a solução aceita pela maioria dos juízes da Câmara, rejeitando a alternativa decisória proposta pelos juízes minoritários dissidentes.

Um discurso análogo vale também para as opiniões concordantes, as quais – além de confirmar de maneira puramente “adesiva” as conclusões decisórias da sentença a qual aderem (mesmo que deliberada por unanimidade) – podem também oferecer uma justificação motivacional alternativa (nos limites da divergência de fundo) a respeito daquela recebida na sentença, que poderia então encontrar confirmação ou rejeição na jurisprudência sucessiva.

Tanto as opiniões divergentes quanto as opiniões concordantes podem, além do mais, afetar toda a decisão do Tribunal ou – mais frequentemente – certas questões específicas que são objeto da mesma (em termos de admissibilidade ou mérito), tanto para retornar, às vezes, a reconstrução das “tramas” decisórias majoritárias subjacentes às decisões individuais nelas contidas⁸¹.

77 Para alguns exemplos significativos, veja-se a opinião divergente do juiz Lorenzen, à qual se juntaram os juízes Rozakis, Bonello, Štráznická, Birsan e Fischbach no TEDH, *Ferrazzini vs. Itália* [GC], 44759/98, 12 de julho de 2001, em matéria de aplicação do Artigo 6 da CEDH nos processos tributários, onde eles concluem no sentido de que “não existem argumentos convincentes para manter a presente jurisprudência”; as opiniões divergentes dos juízes Rozakis, Caffisch, Wildhaber, Costa, Cabral Barreto, Vajčić, Ferrari Bravo e Loucaides no TEDH, *Al-Adsani vs. Reino Unido* [GC], 35763/97, 21 de novembro de 2001, em matéria de limites à imunidade dos Estados por violação de normas internacionais cogentes; e o opiniões divergentes do juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, *Ramadan vs. Malta*, ob. cit., em matéria de direito à cidadania.

78 Por exemplo, a esperança expressa por muitos juízes acerca de uma modificação na jurisprudência em matéria de limites à imunidade dos Estados e de aplicação do Artigo. 6 da CEDH aos processos tributários não encontraram, até hoje, aceitação, tendo o Tribunal até agora confirmado a orientação majoritária expressa, respectivamente no caso *Al-Adsani* e no caso *Ferrazzini*, citados na nota anterior.

79 [N.T.] Expressão francesa que pode ser traduzida como reviravolta, mudança, alteração, inversão brusca etc.

80 Por exemplo, veja-se, no TEDH, *Guiso Gallisay vs. Itália* (justa satisfação) [GC], 58858/00, de 22 de dezembro de 2009, em que o Tribunal modificou a orientação anteriormente afirmada em *Carbonara e Ventura vs. Itália*, 24638/94, 30 de maio de 2000, e *Belvedere Alberghiera vs. Itália*, 31524/96, de 30 de maio de 2000, em matéria de critérios de cálculo do dano patrimonial em caso de expropriação ilegal, acolhendo as observações críticas formuladas na opinião divergente do juiz Tulkens anexa à sentença da Câmara em 21 de outubro 2008.

81 Emblemático a este respeito, o TEDH, *Moreira Ferreira vs. Portugal* (n. 2), ob. cit., que excluiu, por maioria de nove votos a oito, a violação do Artigo 6 da CEDH. Tal sentença foi acompanhada de opiniões divergentes individuais, conjuntas e adesivas por parte de quinze juízes (sic). Embora, de fato, alguns juízes (*Raimondi*, *Nußberger*, *De Gaetano*, *Keller*, *Mahoney*, *Kjølbro*

No que se refere aos diversos fins que – mesmo simultaneamente – as opiniões separadas podem perseguir em concreto, existe uma evidente diferença de fundo entre aquelas que exprimem uma posição divergente e aquelas que, ao contrário, exprimem uma posição de (pelo menos aparente) conformidade no que diz respeito à decisão colegiada.

A finalidade típica da opinião divergente é, sem dúvida, aquela de “dissociação” (mesmo que apenas parcial) da deliberação da maioria. Desse modo, não fica apenas “registrado” que tal deliberação não é compartilhada por todos os juízes (finalidade que cumpre também a mera declaração de dissidência), mas também são expostas, de maneira mais ou menos articulada, as razões de fato ou de direito que, na opinião do juiz da minoria, justificariam uma decisão diversa. É nas modalidades dessa “exposição” que poderiam se aninhar ulteriores e diversas finalidades da opinião divergente.

Sem qualquer pretensão de exaustividade, limitamo-nos aqui a assinalar três.

Antes de tudo, o dissenso motivado pode ser, por vezes, abertamente dirigida a solicitar uma revisão crítica de determinadas orientações interpretativas formadas na jurisprudência pregressa do Tribunal, desenvolvendo assim uma típica função “promocional” do direito vivente que tende a destacar a evolução das “condições do dia atual” à luz das quais deve ser interpretada a Convenção⁸² ou a formação de um “consenso europeu” relativamente a determinadas questões⁸³. Neste caso, portanto, o juiz da minoria não pretende tanto contestar a conformidade da decisão da maioria ao estado atual de desenvolvimento do direito convencional (como está “codificado” nos precedentes), mas visa antes promover o “desenvolvimento progressivo” na esperança de que esse possa realizar-se no futuro.

Em outros casos, ao invés, a opinião divergente pode desenvolver uma função mais primorosamente “crítica” do que a decisão assumida pela maioria com o pressuposto de que essa se funda em um erro de fato ou de direito, ou seja, em uma avaliação não correta dos fatos da causa à luz dos parâmetros convencionais

e O’Leary) tenham expressado a sua divergência quanto à decisão de admissibilidade da reclamação formulada pelo recorrente, outros juízes (Pinto de Albuquerque, Karakaş, Sajó, Lazarova Trajkovska, Tsotsoria, Vehabović, Kūris e Bošnjak) consideraram que houve, na espécie, uma violação do Artigo 6 da CEDH. Analogamente, cf. TEDH, *Khamtoukhu e Aksenchik vs. Rússia* [GC], 60367/08 e 961/11, 24 de janeiro de 2017, em relação à qual se contam quatro opiniões individuais concordantes dos juízes Sajó, Nußberger, Turković e Mits, uma opinião conjunta parcialmente divergente dos juízes Sicilianos, Møse, Lubarđa, Mourou-Vikström e Kucsko-Stadlmayer, e uma opinião individual divergente do Juiz Pinto de Albuquerque.

82 Cf., por todos, TEDH, *Tyrer vs. Reino Unido*, 5856/72, 25 de abril de 1978, § 31.

83 Como a jurisprudência reafirmou muitas vezes, a amplitude da interpretação das normas convencionais e da margem de apreciação reconhecida aos Estados na limitação de certos direitos podem variar também de acordo com a existência ou não de “qualquer consenso e valores comuns emergentes das práticas dos Estados Partes da Convenção” (cf., por exemplo, TEDH, *Bayatyan vs. Armênia* [GC], 23459/03, 7 de julho de 2011, § 122), especialmente nos casos “envolvendo questões que estão sujeitas a constantes desenvolvimentos nos Estados membros do Conselho Europeu” (cf. *Naït-Liman vs. Suíça* [GC], 51357/07, 15 de março de 2018, § 175).

invocados (assim chamado erro de aplicação) ou em uma reconstrução errônea de tais parâmetros à luz da jurisprudência anterior do Tribunal (assim chamado erro de interpretação). Nessa hipótese, a opinião divergente – se anexada a uma sentença da Câmara – pode constituir o pressuposto de um pedido das partes de reexame do caso pela Grande Câmara, nos termos do Artigo 43 da CEDH⁸⁴ ou uma renúncia (*relinquishment*) por parte de uma Câmara em um caso análogo sucessivo⁸⁵, evidenciando a subsistência de “uma séria questão concernente à interpretação ou à aplicação” da Convenção ou de seus Protocolos.

Enfim, às vezes, a opinião divergente se propõe (não muito veladamente) a enfraquecer a carga persuasiva do precedente, oferecendo ao conhecimento público uma total “desconstrução” da deliberação majoritária com argumentações às vezes muito mais extensas do que, aos olhos dos futuros utilizadores de tal deliberado (em particular, juízes e advogados), poderia também parecer mais convincente ou que em qualquer caso poderia colocar em alerta de qualquer simplista referência a essa para a solução de casos análogos. Não é, doutro vértice, um mistério – e algumas opiniões divergentes do juiz Pinto de Albuquerque o atestam plasticamente – que a motivação das sentenças adotadas por maioria seja, de qualquer modo, produto de uma “seleção” da evolução jurisprudencial destinada a valorizar apenas aqueles precedentes que são resultam idôneos a sustentar a solução decisória escolhida; assim que as opiniões divergentes podem, em situações do gênero, completar o quadro jurídico de referência dando proeminência àqueles precedentes (potencialmente de sinal contrário), de outra forma destinados ao esquecimento jurisprudencial.

Houve, em vez disso, um longo debate no passado sobre a oportunidade de também com a expressão motivada do “consenso” na decisão judiciária. Embora tendo no final amplamente prevalecido a solução afirmativa, é claro que a função das opiniões concordantes (no todo ou em parte) não coincide, em sentido especularmente invertido, àquela das opiniões divergentes. Isso parece particular-

84 É sabido, de outro lado, que a maior parte dos pedidos de reenvio na Grande Câmara aceitos pelo Colégio de cinco juízes concernem a sentenças de Câmara às quais foram anexadas uma ou mais opiniões divergentes, enquanto é, de alguma forma, improvável que pedidos do gênero sejam acolhidas quando a decisão da Câmara seja adotada por unanimidade (mas não impossível: cf., por exemplo, TEDH, *Murray vs. Holanda* [GC], 10511/10, 26 Abril de 2016, onde a sentença da Câmara havia sido adotado por unanimidade). Se, por um lado, a existência de opiniões divergentes não justifica por si só um reenvio para a Grande Câmara, “quando as opiniões divergentes são, do ponto de vista do Painel [da Grande Câmara], bem fundamentadas em questões principais da Convenção e/ou apontam inconsistências na jurisprudência”, isto pode constituir um fator “militante a favor da existência de um ou mais dos motivos para encaminhamento estabelecidos no Artigo 43, § 2, da Convenção” (assim TEDH. *Practice Followed by the Panel of the Grand Chamber When Deciding on Requests for Referral in Accordance with Article 43 of the Convention*. Estrasburgo: Conselho Europeu, 2011, p. 6).

85 Por exemplo, a questão relativa à compatibilidade do confisco por loteamento abusivo em caso de absolvição por prescrição foi decidida por maioria por uma Câmara do TEDH em *Varvara vs. Itália*, 17475/09, 29 de outubro de 2013, com o parecer divergente do Juiz Pinto de Albuquerque, e foi sucessivamente remetida por uma outra Câmara à Grande Câmara nos termos do Artigo 30 da CEDH no âmbito do exame de três recursos diversos tendo por objeto a mesma questão (cf. TEDH, *G.I.E.M. S.r.l. e outros vs. Itália* [GC], 1828/06, 34163/07, 19029/11, 28 de junho de 2018).

mente evidente no sistema da CEDH, onde o recurso a opiniões concordantes por parte dos juízes de Estrasburgo sempre foi bastante difundida.

Foi observado como, a respeito das opiniões divergentes, o impacto das opiniões concordantes no desenvolvimento da jurisprudência europeia é muito menos significativo, apresentando essas pouco interesse para os operadores práticos e para os próprios estudiosos, ao ponto de resultar – especialmente quando motivadas de modo sucinto – completamente supérfluas⁸⁶. Tal conclusão, embora em parte compartilhada, não parece meter adequadamente “em foco” as diversas finalidades que uma opinião concordante, individual ou conjunta, pode em concreto perseguir.

Para além da mera finalidade de divulgação nominativa do voto favorável (a que são imputáveis as opiniões concordantes redigidas de forma extremamente sintética, dada a falta de previsão regulamentar da “declaração de consentimento”), a expressão de um motivado consenso à decisão colegiada pode perseguir pelo menos outras três diversas finalidades.

Antes de tudo, essa pode desenvolver uma função “integradora” da motivação que apoia a deliberação colegiada, trazendo à luz argumentos e elementos que não tenham encontrado “voz” no interior da sentença ou do parecer, por exemplo porque não são compartilhados por todos os juízes que votaram a favor de uma certa solução decisória. Deste ponto de vista, a opinião concordante pode ser útil para especificar o alcance do precedente singular e para esclarecer as implicações de caráter geral, promovendo uma sucessiva expansão também a respeito de casos⁸⁷ não exatamente idênticos⁸⁸ ou, pelo contrário, uma leitura restritiva⁸⁹. Em alguns casos, essa pode chegar ao ponto de constituir uma verdadeira “alternativa

86 Cf. BRUNISMA, Fred J.; BLOIS, Matthijs de Blois. *Rules of Law from Estport to Wladiwostok*, ob. cit., p. 186, segundo os quais “[o] status legal menor de opiniões divergentes em comparação com o julgamento pela maioria impediu os advogados se tornarem plenamente conscientes de seu potencial de legitimação. As camadas praticantes simplesmente não estão interessadas, mas mesmo na escrita acadêmica opiniões separadas não são apreciadas: elas parecem depreciar a autoridade do julgamento da maioria”. Embora não concordando totalmente com tal afirmação, WHITE, Robin C. A.; BOUSSIAKOU, Iris. *Separate opinions in the European Court of Human Rights*, ob. cit., p. 54-55, no entanto, acreditam que “[e]nquanto o advogado (ou acadêmico) busca por argumentos para apoiar uma mudança na abordagem do Tribunal de Estrasburgo para uma questão particular é provável que se arraste através de relevantes opiniões divergentes, essa pesquisa é quase certamente menos provável a se estender para opiniões concordantes”.

87 [N.T.] No original: *fattispecie*, palavra usada na linguagem jurídica para designar as circunstâncias que possuem relevância jurídica, podendo ser traduzida como hipótese de incidência da norma, como preceito normativo ou, especificamente no direito penal, como tipicidade (*fattispecie oggettiva* e *fattispecie soggettiva*) ou tipo legal (*fattispecie legale*). Em sentido comum, designa algum caso particular do qual se trata: FATTISPECIE. In: TRECCANI. Roma: Treccani, 2021. Disponível em: <https://www.treccani.it/vocabolario/fattispecie>. Acesso em: 21 dezembro 2021.

88 Veja-se, por exemplo, a opinião concordante do juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, Hirsi Jamaa e outros vs. Itália, ob. cit., segundo a qual as conclusões da sentença em matéria de aplicação das disposições convencionais à rejeição de migrantes no alto mar se aplicariam a todas as formas de controle extraterritorial da imigração e das fronteiras pelos Estados contratantes “independentemente de qual pessoal é usado para realizar as operações e o local onde ocorrerem”, “incluindo a negação de entrada em águas territoriais, negação de visto, negação de embarque prévio ou fornecimento de fundos, equipamento ou pessoal para operações de controle de imigração realizadas por outros Estados ou organizações em nome da Parte Contratante”.

89 Assim, por exemplo, a opinião concordante do juiz Rozakis, a qual aderiram os juízes Bratza, Caflisch e Vajić, no TEDH, Comingersoll S.A. vs. Portugal [GC], 35382/97, 6 de abril de 2000, onde esses não compartilham o enfoque segundo o qual a reparação pecuniária do dano não patrimonial acordado pelo Tribunal seria dirigido a compensar, entre outras coisas, a ansiedade e o aborrecimentos sofridos pelos membros dos órgãos de governo da sociedade. Como se verá (cf. item 5), tal opinião

motivacional” do juiz individual, que – embora mantendo firmes as conclusões de mérito – propõe, na realidade, um caminho lógico-argumentativo, no todo ou em parte, diverso, ocultando, assim, uma posição de substancial dissenso a respeito das razões postas pelos outros juízes como fundamento da decisão⁹⁰.

Em segundo lugar, a opinião concordante – especialmente em forma conjunta – pode ser utilizada a fim de “contrabalançar” no plano motivacional as eventuais opiniões divergentes dos juízes da minoria a fim de enfraquecer a capacidade de meter em discussão – mesmo no futuro – a decisão da maioria. Não é, com efeito, raro que, sobretudo onde se trata de questões particularmente controversas examinadas pela Grande Câmara, façam de contraponto uma ou mais opiniões concordantes⁹¹.

Em terceiro lugar, a opinião concordante pode, por vezes, exercer uma função “justificatória” da mudança de posição do juiz a respeito de uma determinada questão, mudança que pode também ocorrer na passagem do caso da Câmara para a Grande Câmara⁹². Neste modo, ao juiz é oferecida a possibilidade de expor de modo transparente as razões que o induziram a retornar sobre os próprios passos, talvez também graças ao confronto colegiado com as posições dos demais juízes, afastando assim a suspeita de condicionamentos externos ou de escolhas decisórias não adequadamente ponderadas.

Como foi observado⁹³, as opiniões concordantes são, portanto, um instrumento de “geometria variável” que, completamente, pode favorecer a formação do consenso no interior do Tribunal, dando “voz” às posições de juízes individuais que concordam, talvez por motivações diversas, para formar a decisão colegiada.

foi utilizada também pela Corte de Cassação italiana em apoio a uma leitura restritiva dos pressupostos da reparação equitativa do dano não patrimonial por excessiva duração dos processos em favor das empresas.

- 90 Cf., por exemplo, a opinião concordante conjunta dos juízes Yudkivska, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek, Dedov, Motoc, Poláčková e Hüseyinov no TEDH, *Ilgar Mammadov vs. Azerbaijan* (Artigo 46 § 4) [GC], 15172/13, 29 de maio de 2019.
- 91 Veja-se, por exemplo, TEDH, *Odièvre vs. França* [GC], 42326/98, 13 de fevereiro de 2003, onde à opinião divergente conjunta dos juízes Wildhaber, Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Tulkens e Pellonpää se contrapõem as opiniões concordantes (individuais ou conjuntas) dos juízes Rozakis, Greve, Ress e Küris; e *Paradiso e Campanelli vs. Itália* [GC], 25358/12, 24 de janeiro de 2017, onde à opinião divergente conjunta dos juízes Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens e Grozev se contrapõem as opiniões concordantes (individuais ou conjuntas) dos juízes Raimondi, De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek e Dedov.
- 92 Cf., por exemplo, a opinião concordante do juiz Raimondi na Grande Câmara no caso *Klahifia e outros vs. Itália*, ob. cit., na qual ele expõe as razões que o induziram – em sede de reexame do caso – a considerar insubsistentes tais violações denunciadas pelos recorrentes, modificando a própria posição a respeito daquela precedentemente expressa no julgamento desenvolvido perante a Câmara.
- 93 Cf. RIVIÈRE, Florence. *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme*, ob. cit., p. 110. Cf. também ONDO, Téléphore. *Les Opinions séparées*, ob. cit., p. 951-952, o qual sublinha como, através da opinião concordante, o juiz “pode igualmente precisar ou esclarecer, nuanciar, discutir uma parte da sentença, se distanciar da abordagem do Tribunal e da motivação da maior, não pode ser favorável ao tratamento judiciário de uma requisição, propor um outro fundamento à decisão”.

3. O “PLURALISMO MOTIVACIONAL” COMO COMPONENTE VITAL DO DINAMISMO INTERPRETATIVO DA JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Algumas pesquisas examinaram analiticamente – seja do ponto de vista quantitativo seja do ponto de vista qualitativo – o uso por parte dos juízes de Estrasburgo da variada tipologia de opiniões separadas descrita acima, tentando reconstruir as linhas de tendência também a respeito das progressivas transformações do Tribunal e das características subjetivas de seus membros⁹⁴.

Esses estudos geralmente demonstraram como a propensão dos juízes a redigir opiniões separadas e o conteúdo dessas estão estreitamente ligados à percepção individual que esses têm do papel do Tribunal, à sua formação cultural e profissional específica, bem como à natureza das questões individuais submetidas ao crivo deles, antes que a uma prejudicial adesão deste ou daquele juiz a posições interpretativas majoritariamente progressistas inspiradas no “ativismo judicial” ou majoritariamente conservadoras inspiradas na “autocontenção judicial”⁹⁵.

A praxe judiciária mais recente em matéria de opiniões separadas parece confirmar a validade dessa conclusão, ainda que seja inegável a coexistência, no interior do Tribunal, de uma pluralidade de “almas” que refletem concepções mais ou menos expansivas da tutela dos direitos humanos e que se combinam entre si de várias formas, conduzindo a soluções hermenêuticas e a abordagens decisórias algumas vezes de todo inesperadas, outras vezes quase garantidas. Em outras palavras, parece evidente – e as opiniões separadas constituem o papel de tornassol⁹⁶ – que existem, no interior do Tribunal, alguns juízes de índole mais distintamente libertária e, portanto, mais frequentemente favoráveis às posições dos recorrentes e outros que, em vez disso, mantêm atitudes de maior cautela e, portanto, mais frequentemente favoráveis às posições dos Governos réus⁹⁷.

Longe de propor qualquer contraposição maniqueísta entre juízes *violadores e não violadores* ou – para usar o binômio tão recorrente nas opiniões separadas

94 Veja-se, em particular, os estudos de BRUNISMA, Fred J.; BLOIS, Matthijs de Blois. *Rules of Law from Estport to Wladiwostok*, ob. cit., de WHITE, Robin C. A.; BOUSSIAKOU, Iris. *Separate opinions in the European Court of Human Rights*, ob. cit., bem como o mais recente de STIANSEN, Øyvind; VOETEN, Erik. *Backlash and Judicial Restraint*, ob. cit.

95 Para uma análise dos dois conceitos também em relação ao uso de opiniões separadas, veja-se MAHONEY, Paul. *Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two sides of the same coin*. *Human Rights Law Journal*, v. 11, n. 1-2, p. 57-88, 1990, e mais recentemente STIANSEN, Øyvind; VOETEN, Erik. *Backlash and Judicial Restraint*, ob. cit. De acordo com MERRILLS, John G.. *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*. 2. ed. Manchester: Manchester University Press, 1993, p. 233, “[d]esde que a Corte, com vários graus de ênfase, tenha geralmente adotado geralmente adotou uma abordagem ativista em relação à Convenção, algumas das mais claras declarações de ideologia podem ser encontradas em julgamentos dissidentes articulando o para contenção”.

96 [N.T.] Papel de tornassol é usado para testar a acidez ou alcalinidade de um líquido ou gás. A metáfora é empregada aqui para designar que as opiniões separadas servem como teste, pois provam o argumento.

97 Alguns autores tem observado como, sobretudo de 2005 em diante, os Governos teriam começado a nomear juízes mais propensos a conceder aos Estados uma ampla margem de apreciação antes que juízes favoráveis a uma maior expansão da tutela dos direitos fundamentais (assim, em particular, VOETEN, Erik. *The politics of international judicial appointments: evidence from the European Court of Human Rights*. *International Organization*, v. 61, n. 4, pp. 669-701, October 2007, e STIANSEN, Øyvind; VOETEN, Erik. *Backlash and Judicial Restraint*, ob. cit., p. 782 e ss.).

de Pinto de Albuquerque – entre juízes “*pro persona*” e juízes “*pro auctoritate*”, seria da mesma forma artificial, na opinião de quem escreve, ignorar esse dado da realidade, que, além disso, é típico de qualquer instituição judiciária e que, no fundo, ajuda a compreender como se vêm formando determinadas orientações jurisprudenciais (às vezes também casualmente com base na combinação de maiorias) e como essas podem evoluir no tempo com o mudar das sensibilidades representadas no interior dos vários colégios judicantes.

Por outro lado, se pode ressaltar, sobretudo na sequência da redução do fator condicionante vinculado à perspectiva de uma renovação do mandato⁹⁸, a expressão motivada do dissenso ou consenso do juiz individual não seja mais destinada a desenvolver um papel meramente “externo” à instituição judiciária (funcional, isto é, para tornar publicamente cognoscível a sua posição a respeito de uma certa questão), mas se dirige em medida sempre crescente também “no interior” dela mesma, alimentando o confronto dialético entre as opiniões diversas (que não se exaurem, assim, no voto favorável ou contrário, expresso no sigilo das deliberações) e deixando “em herança” ao patrimônio jurisprudencial europeu uma voz “alternativa” que, no futuro, poderá se tornar aquela “majoritária” ou, em qualquer caso, solicitar uma revisão crítica de determinadas escolhas interpretativas.

Através das próprias opiniões separadas os juízes oferecem, antes de tudo, aos colegas deles uma contribuição (escrita) de reflexão ulterior a respeito daquela que emergiu no “conclave” das deliberações (orais), que pode estimular uma revisão crítica das posições individuais e, eventualmente, no futuro desencadear verdadeiras e próprias *revirements* jurisprudenciais, sobretudo quando o dissenso motivado provenha (de forma conjunta ou separada) de uma pluralidade de juízes.

Como foi corretamente observado, as opiniões separadas dos juízes do Tribunal europeu têm, assim, assumido um papel simbólico na criação de um “diálogo” europeu em matéria de direitos humanos, sendo as vozes deles um componente qualificante da “voz institucional” do Tribunal⁹⁹. Isso é tanto mais verdadeiro quando consideramos o peso que, no sistema judiciário convencional, assume a “voz” interna da Chancelaria, que é institucionalmente encarregada da tarefa de auxiliar os juízes no desempenho das funções deles¹⁰⁰, e o consequente

98 Cf. nota 27 *supra*.

99 Assim, por exemplo, WHITE, Robin C. A.; BOUSSIAKOU, Iris. *Separate opinions in the European Court of Human Rights*, ob. cit., p. 60.

100 Sobre a relevância das funções desenvolvidas por juristas da Chancelaria, especialmente em sede de valoração preliminar da admissibilidade dos recursos, veja-se *amplius* SACCUCCI, A. L'entrata in vigore del Protocollo n. 14, ob. cit., p. 322-324. Tais funções foram reforçadas pelo Protocolo n. 14, o qual não apenas expressamente aboliu a figura dos “referendários” (originalmente prevista no Artigo 25 da CEDH e nunca implementada na praxe), mas além disso instituiu a figura dos assim

risco que os impulsos evolutivos na interpretação da CEDH como “instrumento vivente” sejam “resfriadas” por uma prosaica referência às fórmulas jurisprudenciais tradicionais (*tralatizie*)¹⁰¹ das quais a estrutura administrativa do Tribunal é “guardiã suprema”.

Como é sabido, de fato, a redação das decisões do Tribunal não está sob “direta e exclusiva” disponibilidade dos juízes, sendo o fruto de um trabalho preparatório e de revisão desenvolvido em larga medida pelas articulações internas da Chancelaria (da qual fazem parte juristas, juriconsultos, assistentes, revisores linguísticos)¹⁰², as quais tendem a preservar a coerência e a uniformidade (também redacional) da jurisprudência. Em um tal contexto, portanto, as opiniões separadas – redigidas na forma reputada mais oportuna e com uma linguagem não necessariamente “alinhada” com aquela “oficial” do Tribunal – constituam talvez a máxima expressão do poder de *jus dicere* dos juízes através da qual podem motivar “livremente” o próprio convencimento e praticar até o fundo a própria “independência” (também das estruturas internas do Tribunal).

Não é, por outro lado, um acaso que a propensão dos juízes de Estrasburgo a redigir opiniões separadas não mostra algum sinal de enfraquecimento, nada obstante os ritmos acelerados de trabalho impostos pela enorme quantidade de tarefas pendentes, mas antes parece registrar uma ulterior e gradual expansão, quase a querer deixar um “traço histórico” (às vezes com verdadeiros e próprios panfletos riquíssimos de citações jurisprudenciais e doutriniais) do próprio contributo pessoal às decisões do Tribunal.

Esse fenômeno, por outro lado, não se pode julgar – completamente – de modo negativo, sobretudo considerando a crescente tendência do Tribunal europeu de ocupar-se com questões de princípio tendo um impacto notável sobre as estruturas políticas, jurídicas e sociais dos ordenamentos internos e a assumir um papel que já muitos não hesitam em definir como “quase-constitucional”¹⁰³

chamados “relatores não judiciários” (cf. Artigo 24, § 2, da CEDH), os quais “assistem” os juízes individuais no exercício das funções de filtragem dos recursos nos termos do Artigo 27 da CEDH.

101 [N.T.] Plural de *tralatizio*, termo usado por historiadores designar tradição ou transmissão de um autor ou geração a outro/a, bem como, em sentido literal, como crença, opinião etc. Vide: TRALATIZIO. In: TRECCANI. Roma: Treccani, 2021. Disponível em: <https://www.treccani.it/vocabolario/tralatizio>. Acesso em: 19 nov. 2021.

102 Valem, a este respeito, as palavras do ex-Chanceler do Tribunal Europeu, que observou o quanto segue: “os juízes são chamados a tratar, na qualidade de relatores, de recursos que não se relacionam necessariamente a sistemas jurídicos por eles conhecidos. Frequentemente, esses não são nem mesmo capazes de compreender, em todo ou em parte, os autos a eles confiados. Tais juízes, então, tratam recursos que tocam a variados sistemas jurídicos. Segue-se que o juiz, para fazer frente aos seus compromissos, deve fazer apelo a vários juristas da Chancelaria que têm conhecimentos específicos, seja de natureza linguística ou jurídica” (cf. SALVIA, Michele de. Artigo 25. In: BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido. (Ed.). Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Pádua: CEDAM, 2001, p. 497 e ss., especialmente p. 499-500).

103 Cf., em particular, ALKEMA, Elvert Albert. The European Convention as a Constitution and its Court as a Constitutional Court. In: MAHONEY, Paul; MATSCHER, Franz; PETZOLD, Herbert; WILDHABER, Luzius. (Eds.). Protecting Human Rights: the european perspective: studies in memory of Rolv Ryssdal. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 41 e ss; WILDHABER, Luzius. Un avenir constitutionnel pour la Cour européenne des droits de l'homme?. Revue universelle des droits de l'homme, v. 14, n. 1, pp. 1-5, 2002 (também publicado em inglês no Human Rights Law Journal, v. 23, pp.

ou – como o define o próprio Tribunal – de instrumento¹⁰⁴ “constitucional” da ordem pública europeia¹⁰⁵.

Mesmo que ainda não se possa dizer de todo superadas as tradicionais objeções (provenientes sobretudo de juristas continentais) que se levantam no risco de comprometer a autoridade da sentença ou a independência do juiz¹⁰⁶, o “pluralismo motivacional” que dá vida às opiniões separadas é agora cada vez mais considerado como um fator que, ao contrário, contribui para reforçar ambos esses valores, seja a nível internacional seja a nível nacional¹⁰⁷, favorecendo o desenvolvimento dos padrões de tutela dos direitos humanos fundado na persua-

161-165, 2002); GREER, Steven. *The European Convention on Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, especialmente p. 173, segundo o qual o Tribunal Europeu “já é o ‘Tribunal Constitucional para a Europa’ no sentido de que esse é o tribunal judicial com autoridade final no único sistema constitucional pan-europeu existente”; HARMSEN, Robert. *The European Court of Human Rights as a ‘Constitutional Court’: Definitional Debates and the Dynamics of Reform*. In: Morison, John; McEvoy, Kieran; Anthony Gordon. (Eds.). *Judges, Transition, and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 33 e ss.; STONE SWEET, Alec. *Sur la constitutionnalisation de la Convention européenne des droits de l’homme; cinquante ans après son installation, la Cour européenne des droits de l’homme conçue comme une cour constitutionnelle*. *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, n. 80, pp. 923-940, 2009, o qual também se expressa em sentido favorável à plena atração do Tribunal Europeu entre os tribunais constitucionais.

104 [N.T.] No original *presidio*, termo que pode designar local ou complexo de proteção, ou, no sentido figurado, guardião, protetor etc. Vide: PRESIDIO. In: TRECCANI. *Tr. TRECCANI*. Roma: Treccani, 2021. Disponível em: <https://www.treccani.it/vocabolario/presidio>. Acesso em: 19 nov. 2021. Optou-se por traduzir por instrumento, mantendo a versão inglesa da expressão: “*constitutional instrument of European public order*”.

105 A ideia da Convenção europeia como um “instrumento constitucional de ordem pública europeia” foi concebida já nos primeiros anos de funcionamento do sistema (cf. TEDH, Áustria c. Itália [dec.], 788/60, 11 de janeiro de 1961 In: DIRECTORATE of Human Rights Council of Europe. *Yearbook of the European Convention on Human Rights*. Estrasburgo: Springer, 1962, p. 140) e, depois, encontrou amplo reconhecimento na jurisprudência do Tribunal (cf., *ex multis*, TEDH, Loizidou c. Turquia [GC], 15318/89, 23 de março de 1995, § 75; Bósforo Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi vs. Irlanda [GC], 45036/98, 30 de junho de 2005, § 156; Avotins c. Letônia [GC], 17502/07, 23 de maio de 2016, § 112), a qual, entre outras coisas, sublinhou como “o Tribunal tem o papel privilegiado de adotar julgamentos públicos que estabeleçam as normas em matéria de direitos humanos aplicáveis em toda a Europa” (cf., por exemplo, TEDH, Goncharova e outros c. Rússia, 23113/08 e outros, 15 de outubro de 2009, § 22).

106 Segundo alguns autores, as opiniões separadas representariam um “fenômeno de deformação processual” (assim ROUSSEAU, Charles. *Crise de la justice internationale?*, In: DUTOIT, Bernard; GRISEL, Etienne. (Eds.). *Mélanges Georges Perrin: Recueil de travaux offerts à M. Georges Perrin*. Lausanne: Diffusion Payot, 1984, p. 259-265, especialmente a p. 263) que se põe em aberto contraste com o princípio do sigilo das deliberações (LÉCUYER, Yannick. *Le secret du délibéré, les views dissidentes et la transparence*. *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, n. 57, pp. 197-223, 2004, especialmente p. 198) e que meteria em perigo a legitimidade e a credibilidade da instituição judiciária, causando uma profunda desafeição dos “justiciáveis” nos confrontos da jurisdição (cf. DAILLIER, Patrick; FORTEAU, Mathias; PELLET, Allain. *Droit international public*. Paris: LGDJ, 2009, p. 438, e ROUSSEAU, Charles. *Crise de la justice internationale*, ob. cit., p. 274). Segundo ROSENNE, Shabtai. *The Perplexities of Modern International Law: general course on public international law*. Boston e Londres: The Hague, 2004, p. 135, se, por um lado, as opiniões separadas servirem “como uma garantia de que as contendas da parte ‘perdedora’ foram consideradas” o que “aumenta a autoridade da decisão e torna mais fácil para a parte vencida aceitar a decisão”, por outro lado, seu uso excessivo “pode fraturar a declaração judicial e enfraquecer sua posição como enunciado da lei”. Para um exame dos principais argumentos a favor e contra a publicação de opiniões separadas no quadro da justiça nacional, veja-se, em particular, CASSÈSE, Sabino. *Una lezione sulla cosiddetta opinione dissidente*. *Quaderni costituzionali*, a. XXIV, n. 4, pp. 973-983, 2009.

107 É hoje prevalente a ideia que, pelo menos no contexto da justiça internacional, o mecanismo das opiniões separadas permite preservar a integridade e a independência moral dos juizes e liberdade de expressão deles (sobre o assunto veja-se, em particular, MALENOVSKY, Jiří. *Les opinions séparées et leurs répercussions sur l’indépendance du juge international*, ob. cit., p. 27 e ss.), para melhorar a qualidade das sentenças e a força persuasiva delas e para reforçar a transparência e o diálogo entre as jurisdições (cf. RIVIÈRE, Florence. *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l’homme*, ob. cit., *passim*, e ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. *Plaidoyer for the European Court of Human Rights*. *European Human Rights Law Review*, a. 2018, n. 2, 2018, p. 119-133, especialmente p. 131). Nesse sentido, cf. também ONDO, Téléphone. *Les Opinions séparées*, ob. cit., p. 946 e 963, segundo o qual as opiniões separadas contribuem, em última análise, para reforçar a credibilidade e a legitimidade do controle assegurado pelo Tribunal e a fúdiúcia dos “justiciáveis” na jurisdição, além de constituir uma manifestação contudente da independência e da imparcialidade dos juizes. Uma posição análoga é expressa também no estudo realizado pela Direção-Geral das Políticas Internas do Parlamento Europeu em 2012: RAFFAELLI, Rosa. *Pareri dissidenti nelle Corti supreme degli Stati membri* (PE 462.470). Bruxelas: Parlamento Europeu, 2012, 12-16.

são da argumentação jurídica e na transparência dos processos decisórios mais do que na força impositiva intrínseca do provimento jurisdicional.

Por um lado, de fato, pecaria de excessivo formalismo quem pretendesse assinalar ao juiz dos direitos humanos (ou talvez a todo juiz) uma função de mera aplicação “administrativística” de regras pré-estabelecidas, ignorando o fundamental papel de “elaboração” do direito funcional à sua aplicação prática ao caso concreto¹⁰⁸, sobretudo no contexto de um sistema normativo, como aquele da Convenção, formulado por princípios gerais e não por preceitos definidos. A autoridade de uma decisão jurisdicional – que talvez toca temas particularmente sensíveis da vida social a respeito dos quais se registra uma acentuada divergência de pontos de vista – não se pesa apenas com a contagem dos votos favoráveis e contrários, mas depende também de sua capacidade de confrontar-se criticamente e abertamente com as “vozes diversas”. As opiniões separadas asseguram que tal confronto possa sempre se desenvolver de modo transparente no plano da argumentação jurídica (e, portanto, sempre dentro do perímetro da “elaboração do direito”), em vez de ser deixado à mercê das reações epidérmicas dos corpos sociais e dos seus representantes políticos, que poderiam, em última análise, recusar-se a reconhecer *tout court* a autoridade da sentença¹⁰⁹.

Por outro lado, a independência do juiz que seja legitimado a exprimir abertamente o próprio dissenso ou o próprio consenso sobre questões de princípio e, principalmente, garantida a respeito do que seria se o seu convencimento restasse condenado ao silêncio do sigilo das deliberações, para, então, ser talvez incompreendido ou deliberadamente instrumentalizado, em um sentido ou outro, por quem seja chamado a executar a decisão da maioria¹¹⁰.

Certo, o amplo recurso às opiniões separadas pode afetar a (alegada) graticidade de algumas orientações interpretativas do Tribunal, metendo em crise o conceito de “jurisprudência consolidada” (com tudo o que daí decorre, especialmente no plano da atuação interna da Convenção) e legitimando posições “alternativas” que poderiam conduzir também a um retrocesso nos níveis de tutela dos

108 Veja-se a respeito as ainda atuais de DUMBAULD, Edward. Dissenting opinions in international adjudication, ob. cit., p. 929-934, sobre o papel da função judiciária e sobre as diversas concepções dessa função prevalentes nos sistemas de *common law* e *civil law*. Em conclusão, segundo o autor, “a tarefa de um tribunal é efetuar a aplicação da lei (*Rechtsverwirklichung*) em casos individuais, averiguando o que a lei é com respeito aos pontos em questão e agindo de acordo com a concessão ou negação da reparação requerida”.

109 Basta pensar nas veementes reações registradas no Reino Unido após o TEDH, *Hirst c. Reino Unido* (n. 2) [GC], 74025/01, 6 de outubro de 2005, que havia estatuído a contrariedade à CEDH da proibição de exercício do direito de voto por parte dos detidos, reações que levaram o Governo britânico até o ponto de ameaçar a fuga do sistema convencional.

110 Como significativamente observado pelo próprio Tribunal internacional de justiça, “[a] exibição do voto afirmativo ou negativo de um juiz pode induzir conjecturas errôneas que seu direito estatutário de anexar uma opinião pode permitir a ele comunicar ou dissipar. Disseminar as decisões do Tribunal sem as opiniões anexas daria, portanto, origem a compreensões equivocadas que afetam os juizes individuais” (cf. NAÇÕES Unidas. Assembleia Geral. Doc. A/41/591/Add.1, 5 de dezembro de 1986, Annex II, § 8. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N86/292/33/img/N8629233.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 nov. 2021.).

direitos humanos (assim como às vezes se verificou). Mas é ainda preferível que tudo isso aconteça “à luz do dia” em um diálogo aberto (em que sejam admitidas para participar também as jurisdições nacionais) fundado no argumento antes que no binômio “favorável ou contrário”¹¹¹.

4. O DISSENSO “MUDO” NAS DECISÕES DE ADMISSIBILIDADE E DE ARQUIVAMENTO DO ASSUNTO

O quanto se disse acima relativamente à contribuição fundamental oferecida pelas opiniões separadas à evolução dinâmica do sistema convencional induz a desenvolver qualquer consideração crítica sobre a praxe atual do Tribunal de não permitir alguma expressão individual de motivado dissenso nas decisões de inadmissibilidade e de arquivamento adotadas por uma Câmara ou pela própria Grande Câmara.

A esse respeito, impende imediatamente assinalar que dita praxe – seguida no passado também pela Comissão europeia – não parece poder se dizer juridicamente “imposta” pela simples formulação textual do Artigo 45, § 2, da CEDH. E isso enquanto, de um lado, os trabalhos preparatórios do Protocolo n. 11 não permitem afirmar que a falta de referência às “decisões” nessa última disposição – nada obstante a expressa inclusão dessas no Artigo 45, § 1, da CEDH relativo à obrigação de motivação – foi deliberadamente pretendido pelos compiladores como limitando da faculdade dos juízes de exprimir as próprias opiniões separadas¹¹²; e, do outro, a existência de uma regra geral permissiva quanto à formulação de opiniões separadas permitiria de qualquer forma uma interpretação extensiva do Artigo 45, § 2, da CEDH, não podendo derivar da expressa menção das “sentenças” apenas uma implícita prescrição excepcional para as “decisões”.

Em outras palavras, se a regra geral aplicável permite de qualquer forma a anexação de opiniões separadas mesmo na ausência de expressas previsões convencionais ou regulamentares (ou além dessas), como atesta a praxe de alguns

111 Segundo ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de; Cardamone, Daniela. *L'efficacia della dissenting opinion*, ob. cit., p. 152, “[p]róprio porque o direito convencional está em contínua evolução e se constitui pouco a pouco, no diálogo entre as partes e os juízes e entre os juízes mesmos, a visibilidade deste procedimento deliberativo contribui não apenas para a melhor compreensão da decisão tomada, mas também para o desenvolvimento da jurisprudência e para a transparência do Tribunal”.

112 A esse respeito, veja-se também a opinião concordante do juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, *Garbuz c. Ucrânia*, 72681/10, 19 de fevereiro de 2019, segundo a qual “[a] omissão no artigo 45, § 2, da Convenção de uma referência para as decisões é um mero acidente histórico, devido à competência original dos respectivos órgãos da Convenção, onde a admissibilidade era essencialmente uma matéria para a Comissão”.

tribunais internacionais¹¹³ e como geralmente se acredita hoje na doutrina¹¹⁴, a eventual previsão expressa de tal faculdade não pode ser interpretada como limitativa do âmbito de aplicação da regra geral na ausência de disposições claramente proibitivas, também de nível regulamentar. E no caso do Tribunal europeu, nem o Artigo 45, § 2, da CEDH, nem o Regulamento vetam expressamente a anexação de opiniões separadas nas “decisões”, diversamente de quando acontece para as decisões de interpretação emitidas nos termos do Artigo 46, § 3, da CEDH¹¹⁵.

Mas mesmo querendo acreditar que tal faculdade deva ser autorizada pelo instrumento institutivo da jurisdição (e possa exercitar-se somente nos limites por esse permitidos), há razões de ordem sistemática mais que convincentes para sustentar que o Artigo 45, § 2, da CEDH possa aplicar-se em via analógica também nas decisões motivadas do Tribunal que definem “*in rito*” o procedimento.

Antes de tudo, posto que a faculdade para o juiz individual de formular uma opinião separada é estreitamente conexas à motivação do provimento jurisdicional, não há, deste ponto de vista, nenhum elemento distintivo entre as sentenças e as decisões de inadmissibilidade ou arquivamento do assunto que justifica uma disciplina diferenciada, tanto mais depois da previsão expressa, por obra do Protocolo n. 11, da obrigação de motivar também as decisões¹¹⁶.

Em segundo lugar, também do ponto de vista do conteúdo decisório, não se pode dizer que a diversa finalidade de acertamento que cumprem as “decisões” e as “sentenças” do Tribunal justifique a limitação das opiniões separadas a essas últimas. Basta, a tal respeito, observar como também as decisões comportam, elas mesmas, uma extensa cognição do mérito da controvérsia e podem incidir significativamente sobre a interpretação e sobre a aplicação da CEDH e dos seus Protocolos, marcando, em uma direção ou na outra, a evolução da jurisprudência¹¹⁷.

113 Assim, por exemplo, no passado, o Tribunal permanente de justiça internacional havia admitido opiniões separadas também nas ordenanças e nos pareceres, embora a relativa disposição estatutária previsse expressamente a anexabilidade apenas nas sentenças (cf., a este respeito, DUMBAULD, Edward. Dissenting Opinions in International Adjudication, ob. cit., p. 943, o qual reporta também a posição sustentada por Anzilotti segundo o qual o Artigo 57 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça prevê expressamente as opiniões separadas apenas para as sentenças, mas o Tribunal estendeu em via regulamentar o âmbito de aplicação também para ordenanças (cf. Artigo 95, § 2, do Regulamento) e aos pareceres (cf. Artigo 107, § 3, do Regulamento). Em tempos mais recentes, se pode também citar a praxe do Tribunal Penal Internacional o qual tem admitido a formulação de opiniões separadas também em sentenças de primeiro grau, não obstante o Artigo 83, § 4, do Estatuto do Tribunal prevê expressamente uma tal possibilidade somente em relação às sentenças da Câmara de Apelação (cf., a este respeito, RAMSEIER, Alexandra; SCALIA, Damien. Quand la dissidence devient jugement: retour sur les Opinions séparées en droit international penal. Champ pénal, n. 19, 2020).

114 Cf. a nota 4 *supra*.

115 Cfr. Artigo 98 do Regulamento do Tribunal.

116 Cf. notas 7 e 23 *supra*. Naturalmente, a equiparação não vale para as decisões de inadmissibilidade ou de arquivamento adotadas por uma Comissão de três juízes nos termos do Artigo 28, § 1, “a”, da CEDH, visto que essas podem ser adotadas somente por unanimidade.

117 Como observa o juiz Pinto de Albuquerque na sua opinião separada no TEDH, Garbuz c. Ucrânia, ob. cit., “[é] simplesmente sem sentido que juízes não possam expressar suas visões individuais sobre questões dessa magnitude em decisões concernentes à queixas apresentados sob os artigos 33 e 35 da Convenção”. A crítica do autor à praxe do Tribunal é ulteriormente desenvolvida em ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. Plaidoyer for the European Court of Human Rights, ob. cit. p. 130 e ss.

Pense-se, por exemplo, nas decisões de inadmissibilidade que definem questões atinentes à compatibilidade do recurso com as disposições convencionais (e que podem ampliar ou reduzir o âmbito de aplicação *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione loci* ou *ratione temporis*)¹¹⁸ ou que se pronunciam sobre a falta de esgotamento dos remédios internos e sobre relativas exceções (talvez na sequência de uma avaliação aprofundada da efetividade dos remédios internos preexistentes ou supervenientes, nos termos do Artigo 13 da CEDH)¹¹⁹ ou que aplicam o novo critério de prejuízo pouco importante introduzido pelo Protocolo n. 14¹²⁰. Mas pense-se, além disso, nas decisões de arquivamento do recurso para a resolução interventiva do subjacente problema sistêmico¹²¹ ou por ausência de razões que justifiquem a continuação do exame do recurso¹²² ou por declaração unilateral¹²³, as quais pressupõem avaliações muito delicadas e mesmo controversas a fim de “respeito dos direitos humanos definidos pela Convenção e pelos Protocolos” o que poderia exigir, em qualquer caso, uma decisão de mérito.

Em terceiro lugar, se deve observar como o próprio Tribunal europeu havia já implicitamente admitido a possibilidade de estender analogamente, em via de regulamentar, o alcance das disposições convencionais que autorizam a formulação de opiniões separadas, quando essas têm previsão, no Artigo 88, § 3, do Regulamento, que as opiniões separadas possam ser anexadas tanto aos pareceres emitidos nos termos do Artigo 47 da CEDH, quanto às decisões motivadas de esclarecimento da inadmissibilidade do pedido de parecer, embora o Artigo 49, § 2, da CEDH proveja textualmente as opiniões separadas apenas para os pareceres¹²⁴.

Enfim, como já foi apontado, a formulação de opiniões separadas é de qualquer forma já permitida na prática quando as decisões no ponto de admis-

118 Basta citar, a esse respeito, algumas decisões “históricas” (mas nem sempre unânimes) de inadmissibilidade que marcaram profundamente a evolução da jurisprudência europeia como TEDH, *Bankovic e outros c. Bélgica e outros* [GC], 52207/99, 12 de dezembro de 2001, relativa à aplicação *ratione loci*; *Bherami e Bherami c. França e Saramati c. França, Alemanha e Noruega* [GC] (dec.), 71412/01 e 78166/01, 2 de maio de 2007, e *Senator Lines GmbH c. Áustria e outros* [GC] (dec.), 56672/00, 10 de março de 2004, relativa ao pedido de aplicação *ratione personae*; bem como, por último *M.N. e outros c. Bélgica* [GC] (dec.), 3599/18, 5 de maio de 2020, sobre a aplicação *ratione materiae*.

119 Cf., por exemplo, TEDH, *Mifsud c. França* (dez.), 57220/00, 11 de setembro de 2020, e *Gherghina c. Romênia* [GC] (dec.), 42219/07, 9 de julho de 2015, ambas adotadas por maioria.

120 Cf., por exemplo, TEDH, *Ionescu c. Romênia* (dec.), 36659/04, 1 de junho de 2010, adotada por maioria. Não é por acaso que, justo para evitar o risco de um desenvolvimento jurisprudencial “oculto” sobre a interpretação da nova condição de admissibilidade, o Artigo 20, § 2, do Protocolo n. 14 havia previsto a regra transitória pela qual, no curso dos dois anos sucessivos à sua entrada em vigor, tal condição poderia ser aplicada apenas pelas Câmaras e pela Grande Câmara (e, portanto, com decisão motivada).

121 Cf., por exemplo, TEDH, *Anastsov e outros vs. Eslovênia* (dez.), 65020/13, 18 de outubro de 2016.

122 Cf. TEDH, *Hussun e outros c. Itália*, 10171/05 e outros, 19 de janeiro de 2010, onde o Tribunal considerou que a perda superveniente de contatos entre os defensores e os recorrentes após sua expulsão para a Líbia não justificaria o prosseguimento do exame do caso, ordenando, consequentemente, o arquivamento dos assuntos nos termos do Artigo 37, § 1, c), da CEDH.

123 Cf., por exemplo, TEDH, *Alijagic c. Bósnia e Herzegovina*, 52203/11, 19 de maio de 2015, adotada por maioria.

124 Conforme já se observou (nota 16), uma análoga extensão não estava, por outro lado, prevista expressamente, no Artigo 94 do Regulamento, para as decisões de inadmissibilidade de um pedido de parecer nos termos do Protocolo n.16, embora tais decisões também devam ser motivadas.

sibilidade¹²⁵ ou de eventual arquivamento esteja contida na sentença¹²⁶, com a consequência – um tanto absurda – que a faculdade por um juiz de exprimir o próprio dissenso ou consenso motivado na admissibilidade de um recurso ou na subsistência dos pressupostos para seu arquivamento acaba por depender da forma do provimento em que é incorporada a relativa decisão e do êxito da relativa resolução. Assim, por exemplo, se as reclamações¹²⁷ levantadas em um recurso forem todas consideradas inadmissíveis (mesmo que por uma estreita maioria), a relativa decisão pertinente será contida em uma “decisão” em que não será permitido incluir opiniões separadas (não obstante a natureza particularmente controversa das questões tratadas), enquanto se também somente uma reclamação do recurso for considerada admissível, as decisões sobre a admissibilidade de tal reclamação e sobre a inadmissibilidade das outras reclamações ficarão contidas em “sentença” (atendendo à regra do exame conjunto do Artigo 29 da CEDH) e nesses os juízes poderão livremente formular opiniões divergentes ou concordantes.

A esse respeito, deve-se, por outro lado, acrescentar como a escolha da forma do provimento (decisão ou sentença) é, em larga medida, discricionária e depende de uma série de fatores internos ao Tribunal (como a proposta elaborada pelos juristas da Chancelaria encarregados da instrução do caso, as decisões do Presidente da Seção e do juiz relator, a combinação das maiorias no interior dos colegiados judicantes individuais), que podem conduzir a um ou ao outro resultado e que não são vinculados a precisas regras processuais (por exemplo, a realização ou não do contraditório escrito e eventualmente também oral¹²⁸).

Ora, a escolha – aparentemente neutra – da veste formal (decisão ou sentença) da deliberação não unânime em termos de admissibilidade ou arquivamento produz, na realidade, consequências muito relevantes no plano substancial, podendo em última análise incidir naquele dinamismo interpretativo que se

125 Cf. nota 17 *supra*.

126 Cf. TEDH, *Burmych e outros c. Ucrânia*, ob. cit., onde o arquivamento disposto pela maioria da Grande Câmara foi vigorosamente contestada por sete juízes, os quais anexaram à sentença as próprias opiniões divergentes.

127 [N.T.] As reclamações podem ser feitas por dois instrumentos formais: queixa interestadual, prevista no Artigo 33 da Convenção, ou petição individual, nos termos do Artigo 34 da Convenção.

128 Não está excluído, de fato, que, mesmo após a troca dos memoriais escritos entre as partes e talvez a celebração de uma audiência pública para discussão, o Tribunal (*rectius*: a maioria do colegiado judicante) adote, em qualquer caso, uma “decisão” em vez de uma “sentença” de arquivamento, também na composição da Grande Câmara (cf., por exemplo, TEDH, *Berlusconi c. Itália* [GC] (dec.), 58428/13, 27 de novembro de 2018, e, no oposto, *Burmych e outros c. Ucrânia*, ob. cit., ambos adotados por maioria) ou uma “decisão” de inadmissibilidade por manifesta falta de fundamento em vez de uma “sentença” de não violação, eventualmente com contextual declaratória de inadmissibilidade das outras reclamações (cf., por exemplo, TEDH, *Harkins c. Reino Unido* [GC] (dec.), 71537/14, 15 de junho de 2017, §§ 58-68, também essa adotada por maioria). A isso se soma que tais questões de incompatibilidade do recurso com as disposições convencionais podem ser tratados seja como questões de inadmissibilidade em sentido estrito (e, portanto, acertadas com uma “decisão”) seja como questões pertinentes à jurisdição do Tribunal (e, portanto, acertadas com uma “sentença”), como demonstrou emblematicamente o TEDH, *Blečić e outros c. Croácia* [GC], 59532/00, 8 de março de 2006, especialmente § 67, relativo à incompatibilidade *ratione temporis*, e *Maaouia c. França* [GC], 39652/98, 5 de outubro de 2000, e *Ferrazzini c. Itália*, ob. cit., relativa à incompatibilidade *ratione materiae*, à qual foram, de fato, anexadas várias opiniões divergentes.

reputa constituir um componente vital do sistema convencional e na capacidade desse último de se transformar e se renovar no tempo.

Não somente, de fato, não é permitido a juízes da minoria a formulação de opiniões separadas nas decisões de inadmissibilidade ou arquivamento, mas ditas decisões – se adotadas por uma Câmara – não são impugnáveis perante o Tribunal Pleno, nos termos do Artigo 43 da CEDH e – diversamente das sentenças – não reportam nem mesmo o número dos juízes do favoráveis ou contrários, mas somente a indicação, no dispositivo, da adoção “por maioria” ou “por unanimidade”¹²⁹.

Em essência, a decisão – a respeito da sentença – deixa tácita qualquer expressão motivada de dissenso e até oculta a intensidade (em termos numéricos) do dissenso mesmo, tornando, além do mais, inquestionáveis as conclusões alcançadas pela maioria. O que, por um lado, impede de estabelecer qual seja o exato valor a atribuir ao precedente e quais podem ser as chances de uma sucessiva determinação diversa do Tribunal em questões de importância fundamental (como, por exemplo, aquelas concernentes ao âmbito de aplicação material e territorial da CEDH); e, por outro lado, determina uma evidente assimetria no desenvolvimento dinâmico da elaboração jurisprudencial, favorecendo uma revisão crítica das isoladas decisões de admissibilidade incorporadas em uma sentença, que podem, entre outras coisas, ser reformada (em sentido desfavorável) por parte da Grande Câmara, também à luz das eventuais opiniões divergentes anexadas à sentença da Câmara objeto do reenvio¹³⁰.

Por efeito desse sistema, se tem o sério risco que algumas tendências evolutivas do “direito convencional” tenham dificuldades ou, em qualquer caso, demorem a afirmar-se na jurisprudência, e isso especialmente considerando a relevância atribuída às decisões de inadmissibilidade com fins de filtro preliminar desenvolvido pelo juiz singular (com o auxílio determinante da Chancelaria do Tribunal) e que poderia sufocar no nascimento qualquer *revirement* interpretativo enquanto a questão não chegue ao escrutínio de um juiz do Tribunal (e, antes ainda, de um jurista da Chancelaria) disposto a questionar o precedente negativo¹³¹.

129 Cf. SCHABAS, William A. *The European Convention*, ob. cit., p. 859. Isso acontece – bastante curiosamente – mesmo quando a decisão de inadmissibilidade está contida no interior de uma sentença (Cf., por exemplo, TEDH, *Moreira Ferreira c. Portugal* (n. 2), ob. cit., § 1 do dispositivo).

130 Assim, por exemplo, enquanto uma decisão que excluísse por maioria (talvez 4 a 3) a aplicabilidade *ratione materiae* de uma disposição convencional seria definitiva e poderia ser utilizada como precedente para declarar inadmissíveis (talvez mesmo de plano) sucessivos recursos de conteúdo análogo, uma sentença que, ao contrário, afirmasse por maioria (sempre 4 a 3) a aplicabilidade *ratione materiae* da mesma disposição convencional seria impugnável pelas partes perante a Grande Câmara, talvez com base nas argumentações contidas nas opiniões separadas anexadas à sentença da Câmara, e poderia, enfim, levar a maioria da Grande Câmara a declarar o recurso inadmissível.

131 Pense-se, por exemplo, nas evoluções jurisprudenciais de absoluta relevância como aquela relativa à retroatividade da lei penal mais favorável, consagrada pelo TEDH, *Scoppola c. Itália* (n. 2) [GC], 10249/03, 17 de setembro de 2009. Considerando

Em conclusão, acreditamos que aos juízes individuais deveria ser permitido fazer ouvir sua “voz” pessoal (dissidente ou concordante) também a respeito das decisões de inadmissibilidade e arquivamento (especialmente se assumidas por maioria¹³²) de forma a deixar “traços” – antes de tudo no interior do próprio Tribunal – das razões jurídicas que poderiam justificar no futuro uma mudança de direção, assegurando um desenvolvimento da jurisprudência mais equilibrado, tempestivo e transparente.

5. O PAPEL DAS OPINIÕES DISSIDENTES E CONCORDANTES NA APLICAÇÃO DA CEDH POR PARTE DAS JURISDIÇÕES ITALIANAS

Nos últimos anos, as opiniões separadas dos juízes de Estrasburgo (especialmente aquelas divergentes) começaram a receber alguma atenção também em sede de aplicação das normas convencionais por parte das jurisdições nacionais. Cresce, de fato, o número das decisões (sobretudo da Corte de Cassação e da Corte Constitucional) que, de modo mais ou menos pertinente, fazem expressa menção de tais pontos de vista na reconstrução do escopo e dos valores das orientações interpretativas do Tribunal europeu.

Entre os primeiros casos dignos de nota em que as opiniões separadas foram levadas em consideração na jurisprudência nacional, se pode citar uma série de decisões da Primeira Seção Cível da Corte de Cassação, relativas ao reconhecimento, a favor das sociedades comerciais, de equitativa reparação por irrazoável duração do processo, nos termos da Lei n. 89, de 24 de março de 2001 (assim chamada Lei Pinto)¹³³. Chamada para verificar se a jurisprudência do Tribunal europeu exigia a concessão, em qualquer caso, para as sociedades comerciais de uma reparação pecuniária pelos danos não patrimoniais decorrentes da irrazoável duração do processo e se, portanto, a Lei Pinto deveria ser interpretada de modo convencionalmente conforme no sentido de considerar *in re ipsa* tal dano, a prescindir de qualquer ônus de alegação e prova, a Suprema Corte corretamente assumiu como o ponto de partida de suas considerações a sentença no caso Comingersoll S.A., com a qual o Tribunal do europeu, na composição da Gran-

que a pregressa jurisprudência do Tribunal havia constantemente excluído que o Artigo 7 da CEDH garantisse também o direito à retroatividade *in mitius* (cf. TEDH, Le Petit c. Reino Unido (dec.), 35574/97, 5 de dezembro de 2000, e Zaprianov c. Bulgária (dec.), 41171/98, 6 de março de 2003), é legítimo imaginar que, até a comunicação do caso Scoppola, muitos outros recursos tendo por objeto tal questão foram declarados inadmissíveis de plano por um juiz único nos termos do Artigo 27 da CEDH, com base em uma proposta dos relatores não judiciários conforme aos precedentes negativos, e que, de consequência, tal importante avanço de tutela havia “lutado” para emergir na jurisprudência do Tribunal (embora sendo por muito tempo maturado aquele consenso a nível internacional que o teria então induzido a uma mudança de posição).

132 Em tal hipótese, seria também oportuno que a decisão de reportar o número de votos favoráveis e contrários, analogamente ao que já está previsto para as sentenças do Artigo 74 do Regulamento do Tribunal.

133 Cf., em particular, Corte de Cassação, Área Civil, Primeira Seção, 30 de setembro de 2004, n. 19647.

de Câmara, havia reconhecido que também as sociedades comerciais poderiam sofrer danos não patrimoniais por efeito da excessiva duração dos processos¹³⁴.

Todavia, ao reconstruir o exato escopo de tal frase (e da sucessiva jurisprudência que havia confirmado as conclusões), os juízes de legitimidade não deixaram de observar como essa “foi assumida por unanimidade, mas com as declarações separadas de quatro dos dezessete membros da Grande Câmara (ou do presidente e de três juízes), os quais não negaram que também às pessoas jurídicas compita o reconhecimento de um dano não patrimonial, mas afirmaram que esse deve fundar-se sobre aspectos peculiares próprios do sujeito considerado (por exemplo, a sua reputação), sobre os quais havia incidido a ação ou omissão lesiva”¹³⁵. Segundo a Suprema Corte, a distinção fixada pelos quatro juízes teria comportado uma limitação objetiva do prejuízo não patrimonial reparável pela lesão de “incerteza”, “perturbações”, “angústias” e “aborrecimentos” enfrentados não pela entidade como tal, mas diretamente pelo administrador e pelos sócios.

Com base em tais premissas e na observação de que a obrigação de interpretar a Lei Pinto de modo conforme à CEDH tal como essa vive na jurisprudência operaria “na medida do possível”, a Suprema Corte não somente afirmou que os danos não patrimoniais reportados pelas sociedades deviam sempre ser alegados e provados, ainda que mediante presunções simples ou recurso a fatos notórios; mas além disso excluiu a subsistência de qualquer perfil de contraste entre a Lei Pinto e a Convenção relativamente à efetividade do remédio reparatório nos termos do Artigo 13 da CEDH¹³⁶.

Nesta circunstância, portanto, as opiniões concordantes de alguns juízes na sentença unânime da Grande Câmara no caso Comingersoll S.A, ofereceram aos juízes nacionais um importante ponto de partida para delimitar o escopo e as implicações de uma orientação interpretativa consolidada na jurisprudência de Estrasburgo (em tema de ressarcibilidade do dano não patrimonial sofrido por

134 Cf. TEDH, Comingersoll S.A. c. Portugal [GC], 35382/97, 4 de abril de 2000, §§ 31-37, onde em particular se considerou que a efetividade do direito garantido pelo Artigo 6, § 1, da CEDH implica o poder do Tribunal de conceder mesmo às empresas comerciais uma justa satisfação por danos não patrimoniais, tendo em conta, em particular, “da reputação da companhia, incerteza no planeamento de decisões, interrupção na gestão da companhia (para a qual não há método preciso de cálculo das consequências) e, por último, ainda que em menor grau, a ansiedade e inconveniência causadas aos membros da equipe de gestão”.

135 Assim, literalmente, Corte de Cassação, Área Civil, Primeira Seção, 30 de setembro de 2004, n. 19647.

136 Cf. *ibidem*, onde a Suprema Corte reitera que “o dano não patrimonial sofrido pela sociedade de pessoas, como aquele sofrido por pessoas jurídicas, compreendendo efeitos lesivos que prescindem da personalidade psicológica, os quais são, ao invés, necessariamente legados a sujeitos de direito providos de ‘físicaidade’, deve ser alegado e provado, segundo o que normalmente acontece em matéria de liquidação nos termos do Artigo 2.059 do CC, mesmo que sua própria natureza o torne plausível, quer o accertamento através de presunções simples ou mediante recurso ao notário e às noções de experiência comum, quer a liquidação equitativa de acordo com o Artigo 1.226 do CC (disposição, esta, a que se refere o Artigo 2.056 do CC, que, por sua vez, remete ao Artigo 2 da Lei n. 89 de 2001), a qual resultará admissível, conforme os princípios gerais, com a condição de que estejam anexadas que sejam adotados os elementos constitutivos e as circunstâncias de fato ou aquelas notórias das quais se deduz, ainda que em via presuntiva, a existência do dano alegado”.

uma pessoa jurídica) para fins de aplicação de normas internas de adaptação em via ao Artigo 6, § 1, e Artigo 13 da CEDH¹³⁷.

Mas as opiniões separadas dos juízes de Estrasburgo têm certamente recebido renovada e mais atenta consideração na jurisprudência nacional seguindo as famosas célebres sentenças “gêmeas” da Corte Constitucional n. 348 e n. 349 de 2007¹³⁸ e sobretudo na seqüência da controversa sentença da mesma Corte n. 49 de 2015¹³⁹.

Merecem, antes de tudo, ser assinaladas duas decisões – substancialmente coincidentes – do Tribunal Administrativo Regional para a Lombardia, com as quais foram acolhidos os recursos propostos contra provimentos administrativos que haviam negado a inscrição para transferência aos anos sucessivos¹⁴⁰ ao primeiro, nos cursos de láurea¹⁴¹ com número limitado de vagas de medicina e cirurgia¹⁴². Em sustentação às próprias conclusões acerca da necessidade de uma interpretação “aberta” da normativa nacional reguladora do acesso às faculdades com “número limitado” de vagas, o juiz administrativo fez referência também à sentença proferida pelo TEDH no caso Tarantino e outros c. Itália, que havia excluído – por maioria – a incompatibilidade de uma tal normativa com o direito à educação garantido pelo Artigo 2 do Protocolo n. 1 para a CEDH¹⁴³.

137 Como é sabido, a Lei n. 89/2001 assumiu expressamente como pressuposto do direito à equitativa reparação a violação do direito à razoável duração do processo sancionado pelo Artigo 6, § 1, da CEDH, objetivando assim implementar tal disposição convencional no ordenamento interno segundo o significado que lhe é atribuído pela jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo. Além disso, a instituição de um remédio reparatório *ad hoc* para os danos decorrentes da excessiva duração dos processos constitui uma medida de implementação do direito para um remédio interno efetivo consagrado no Artigo 13 da CEDH, conforme reconhecido pelo TEDH, Nuvoli c. Itália, 41424/98, 16 de maio de 2002, §§ 26-37.

138 Cf. Corte Constitucional, 24 de outubro de 2007, n. 348 e n. 349. Como se sabe, com tais sentenças se estabeleceu, pela primeira vez, que as normas convencionais, assim como interpretadas pelo Tribunal de Estrasburgo enquanto seu juiz “natural”, integram o parâmetro de constitucionalidade do qual o Artigo 117, *comma* 1, da Constituição, impondo a obrigação de interpretação convencionalmente conforme e, no caso de conflito insanável, a caducidade por inconstitucionalidade da lei interna, sempre que seja previamente verificada a compatibilidade das normas convencionais com as normas da Constituição. Parece supérfluo nesta sede citar a literatura hoje exterminada a esse respeito, uma recapitulação da qual se pode ler em TESAURO, Giuseppe. *Costituzione e norme esterne. Il Diritto Dell’Unione Europea*, Milão, v. 2, n. 2, pp. 195-229, 2009; e PEDRAZZI, Marco. *La CEDU nell’ordinamento italiano. In: CALIGIURI, Andrea; CATALDI, Giuseppe; NAPOLETANO, Nicola*. (Ed.). *La tutela dei diritti umani in Europa*. Pádua: CEDAM, 2010, p. 595 e ss.

139 Cf. Corte Constitucional, 26 de março de 2015, n. 49, com a qual essa declarou inadmissível a questão de legitimidade constitucional do Artigo 44, *comma* 2, do Decreto do Presidente da República n. 380, de 6 de junho de 2001, levantado (também) em referência ao Artigo 117, *comma* 1, da Constituição em relação ao Artigo 7 da CEDH, como interpretado no TEDH, Varvara c. Itália, 17475/09, 29 de outubro de 2013, §§ 58-73, sobre questão de aplicação da medida de confisco para loteamento abusivo no caso de absolvição por prescrição do crime. Entre os tantos comentários sobre tal decisão, vejam-se, em particular, RUGGERI, Antonio. *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno. Diritto penale contemporaneo*, a. VI, n. 2, pp. 325-332, 2015; VIGANÒ, Francesco. *La Consulta e la tela di Penelope. Diritto penale contemporaneo*, a. VI, n. 2, pp. 333-343, 2015; MANES, Vittorio. *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza. Diritto penale contemporaneo*, a. VI, pp. 1-28, 13 de abril de 2015; ZAGREBELSKY, Vladimiro. *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, Artigo 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione. Osservatorio Costituzionale dell’Associazione italiana dei costituzionalisti*, maio de 2015, p. 1-10; CONTI, Roberto. *La Cedu assediata? (Osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015)*. *Consulta Online*, a. XXI, n. 2, pp. 181-193, 2015.

140 [N.T.] Transferência aos anos sucessivos é o equivalente à transferência externa brasileira, do curso de Medicina de uma IES para o curso de Medicina de outra IES.

141 [N.T.] Equivalente à graduação.

142 Cf. Tribunal Administrativo Regional para a Lombardia – Seção I (Brescia), 31 de julho de 2013, n. 724 e 26 de novembro de 2014, n. 1297.

143 Cf. TEDH, Tarantino e outros c. Itália, 25851/09, 29284/09, 64090/09, 2 de abril de 2013, §§ 43-61.

Segundo o Tribunal Administrativo Regional, de fato, “uma leitura aberta da normativa é coerente com a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos formada justamente em relação à Lei n. 264/1999 e aos cursos de láurea em medicina e cirurgia” no caso Tarantino, considerando que a previsão do número limitado foi considerada compatível com o Artigo 2 do Protocolo n. 1 enquanto destinada a garantir os objetivos razoáveis de colocar em relação a oferta de serviços universitários com a disponibilidade financeira do país inteiramente considerado, evitando que o acesso aos graus mais elevados da formação seja determinado unicamente pelo rendimento individual, e para prevenir o risco de desemprego futuro, com os respectivos custos sociais. Para que a definição da legislação nacional, considerada conforme à disciplina convencional, não impuna, de fato, a rejeição de uma demanda de transferência como aquela formulada pelos recorrentes, considerando somente as vagas da cota programada que ficaram vacantes e não colocando, portanto, em perigo os objetivos públicos perseguidos por meio do sistema de número limitado.

Ao motivar a sua posição sobre a jurisprudência do TEDH, o juiz administrativo não deixou de sublinhar, por boas duas vezes, como a sentença do TEDH no caso Tarantino não tinha sido adotada por unanimidade, havendo um dos juízes do colegiado expressado o próprio dissenso¹⁴⁴. Neste caso, portanto, as “dúvidas” expressas na opinião do juiz divergente foram evocadas a fim de sublinhar a necessidade de uma leitura “restritiva” do precedente Tarantino e para evitar que esta pudesse ter um efeito “regressivo” na interpretação da normativa nacional.

Em essência, a opinião divergente tem aqui jogado – ainda que de modo indireto – um papel “expansivo” na implementação a nível interno dos direitos convencionalmente garantidos, induzindo o juiz nacional a refutar – corretamente – qualquer simplista conclusão fundada na considerada compatibilidade do “número limitado” com o Artigo 2 do Protocolo n. 1, em conformidade com a cláusula geral de salvaguarda prevista no Artigo 53 da CEDH, por força do qual nenhuma disposição convencional “pode ser interpretada de modo a limitar ou prejudicar os direitos humanos e as liberdades fundamentais que possam ser reconhecidos com base nas leis de cada Parte contratante”.

Na mesma linha em que se coloca uma decisão da Corte de Cassação, de 2014, com a qual foi reconhecido o direito para os filhos nascidos de “parto anônimo” de acessar os dados relativos à mãe após a morte desta, com base em uma leitura “expansiva” dos princípios extraídos da jurisprudência de Estrasbur-

144 O juízo da Câmara foi expressado por maioria (6 a 1) em relação à reclamação principal dos recorrentes relacionada à previsão do número limitado para acesso às faculdades de medicina e cirurgia, com voto contrário do juiz Pinto de Albuquerque que formulou uma opinião parcialmente divergente; enquanto foi unânime para quanto diz respeito à ulterior reclamação levantada por um dos candidatos, que se queixou de ter sido constringido a fazer novamente o teste de admissão na sequência do cancelamento do curso de láurea por afastamento prolongado.

go¹⁴⁵. Em particular, a Suprema Corte excluiu que as conclusões alcançadas pela Grande Câmara do Tribunal europeu no processo *Odièvre c. França*, no mérito da compatibilidade da legislação francesa com o Artigo 8 da CEDH¹⁴⁶, pudessem ser adotadas como justificação de uma interpretação da normativa italiana que impedisse o acesso aos dados da mãe anônima para além do limite da vida, valorizando, pelo contrário, os critérios de equilíbrio com base nos quais o próprio Tribunal europeu havia, em vez disso, constatado uma violação do Artigo 8 da CEDH no caso *Godelli c. Itália*¹⁴⁷ e que foram, então, rejeitadas, em termos ainda mais estritos, pela Corte Constitucional na sentença n. 278 de 2013¹⁴⁸.

No cumprimento desta operação hermenêutica, os juízes da legitimidade não deixaram de sublinhar como a sentença no caso *Odièvre* constituiu “um precedente sofrido porque foi pronunciado no êxito de um difícil equilíbrio entre tradições jurídicas e muito diversas posições de princípio, como é eloquentemente representado na opinião divergente dos juízes Wildhaber, Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Tulkens e Pellonpaa”. Depois de ter relatado sinteticamente o conteúdo da opinião divergente conjunta, a Suprema Corte expressou assim o seu pensamento: “Se esta posição não encontrou o consenso da maioria essa parece, todavia, relevante porque traz à luz como ao instituto do parto anônimo foi reconhecida legitimidade na sentença *Odièvre* também em perpetuar uma posição de disparidade entre os interesses em conflito, tornando para certos aspectos imprópria a referência à teoria e técnica do equilíbrio entre direitos fundamentais, habitualmente utilizada na jurisprudência de Estrasburgo”¹⁴⁹.

E com base nessa premissa, levou, então, em consideração a sentença da Corte Constitucional n. 278 de 2013 para vir assim a afirmar que “sem sombra de dúvida, (...) a nossa Corte Constitucional delineou em termos ainda mais

145 Cf. Corte de Cassação, Área Civil, Primeira Seção, 21 de julho de 2016, n. 15024.

146 Cf. TEDH, *Odièvre c. França* [GC], 42326/98, 13 de fevereiro de 2003, onde o Tribunal considerou compatível com os artigos 8 e 14 da CEDH o mecanismo previsto na legislação francesa que reforçava as possibilidades para a mulher revogar sua decisão de anonimato, também mediante a instituição de um organismo ad hoc em grau de gerir a reversibilidade do segredo e de tornar efetiva a interpelabilidade da mãe a pedido do filho para remover o segredo. Tal sentença foi, todavia, adotada por maioria com o voto contrário de sete juízes da Grande Câmara (entre os quais o Presidente do Tribunal), que anexaram uma (articulada) opinião divergente conjunta, que fazem o contraponto das opiniões concordantes de outros quatro juízes.

147 Cf. TEDH, *Godelli c. Itália*, 33783/09, 25 de setembro de 2012, onde o Tribunal considerou que a preclusão absoluta de “reversibilidade do segredo” sobre a identidade da mãe prevista pela legislação italiana não permitia a realização de um justo equilíbrio entre os contrapostos interesses em jogo, excedendo assim a margem de apreciação reconhecida às autoridades estatais. Tal sentença foi adotada por maioria com o único voto contrário do juiz Sajó, que anexou uma própria (brevíssima) opinião divergente.

148 Cf. Corte Constitucional, 18 de novembro de 2013, n. 278, com a qual – também com base na sentença *Godelli c. Itália* – foi declarada a ilegitimidade constitucional, em contraste com os artigos 2 e 3 da Constituição, do Artigo 28, *comma* 7, da Lei n. 184, de 4 de maio de 1983, como substituído do Artigo 177, *comma* 2, do Decreto Legislativo n. 196, de 30 de junho de 2003, na parte em que não previa – através de um procedimento, estabelecido por lei, que assegura a máxima confidencialidade – a possibilidade para o de juiz interpelar a mãe – que havia declarado não querer ser nomeada nos termos do Artigo 30, *comma* 1, do Decreto do Presidente da República n. 396, de 3 de novembro de 2000, – a pedido do filho, a fim de uma eventual revogação de tal declaração. Assim fazendo, os juízes do Conselho substancialmente reconsideraram as conclusões que foram recebidas da Corte Constitucional, n. 425, de 16 de novembro de 2005.

149 Cf. Corte de Cassação, Área Civil, Primeira Seção, 21 de julho de 2016, n. 15024.

rigorosos e sistemáticos do que o Tribunal Europeu a condição de legitimidade do instituto em questão sob a condição da potencial e ao mesmo tempo sempre atual reversibilidade do segredo” e a considerar, conseqüentemente, impossível estender além do limite de vida da mãe o prazo previsto no Decreto Legislativo n. 196/2003 para ostensibilidade dos dados que a tornam identificável¹⁵⁰.

Também neste caso, portanto, o dissenso expresso pelos juízes da minoria do Tribunal de Estrasburgo foi valorizado a sustentar uma interpretação da normativa nacional considerada idônea para realizar uma mais ampla tutela dos direitos convencionais (também constitucionalmente garantidos) a respeito da solução acolhida pela maioria da Grande Câmara no caso Odièvre.

Em todas as outras direções se movem, ao invés, uma série de sucessivas decisões sobre o tema do confisco por loteamento abusivo no caso de absolvição por prescrição do relativo crime. Em tal contexto, seja a Corte de Cassação seja a Corte Constitucional recordaram as opiniões divergentes a fim de meter seriamente em dúvida a natureza consolidada dos princípios interpretativos expressos pelo Tribunal europeu no caso Varvara c. Itália¹⁵¹ e de “reduzir” o âmbito de aplicação das garantias convencionais a nível interno (particularmente, aquelas derivadas do princípio da legalidade das sanções penais enunciado no Artigo 7 da CEDH).

Deu início às “danças” a Corte de Cassação, a qual, ao considerar relevante e não manifestamente infundada a questão da legitimidade constitucional do Artigo 44, *comma* 2, do Decreto do Presidente da República n. 380 de 2011 à luz das declarações contidas na sentença Varvara (excludentes da aplicabilidade do confisco nela previsto no caso de declaração de prescrição do crime mesmo se a responsabilidade penal fosse acertada em todos os seus elementos), abertamente contestou a compatibilidade de tal orientação interpretativa com vários princípios da Carta Constitucional, segundo o dispositivo dos “contra-limites” mesmos, desenvolvidos pelo Conselho a partir das sentenças gêmeas de 2007¹⁵². Na ordenança de remessa, os juízes de legitimidade observaram, entre outras coisas, como a sentença Varvara assinala sem dúvida uma ulterior etapa na “interpretação evolucionária” do Artigo 7 da CEDH e, em particular, um relançamento do processo de “convencionalização” do princípio de culpabilidade, observando, porém, como dita evolução não foi unanimemente compartilhada pelo colegiado judicante do Tribunal europeu, no interior do qual se registrava o dissenso do juiz Pinto de Albuquerque “que havia formulado uma articulada opinião divergente”.

150 Cf. *ibidem*.

151 Cf. TEDH, Varvara c. Itália, 17475/09, 29 de outubro de 2013.

152 Cf. Corte de Cassação, Terceira Seção, 30 de abril de 2014 n. 20636.

Entrou, portanto, em cena a Corte Constitucional a qual, na sentença n. 49 de 2015, considerou que o juiz comum está vinculado à compartilhar a interpretação das disposições convencionais acolhidas pela jurisprudência do Tribunal Europeu somente no caso em que essa seja expressiva de uma “orientação consolidada” e sempre que não se trate de uma “sentença piloto” em sentido estrito, negando que a incompatibilidade com o Artigo 7 da CEDH de um provimento de confisco adotado na ausência de uma sentença penal de condenação, afirmada na sentença Varvara, refletisse uma “orientação consolidada da jurisprudência europeia” (tanto mais que a mesma questão já havia sido levada ao crivo da Grande Câmara em alguns casos sucessivos) e vinculasse, portanto, os juízes remetentes a atribuir às disposições convencionais o significado que, ao invés, haviam extraído¹⁵³.

Ao assumir esta posição, que gira em torno da controversa noção de “jurisprudência consolidada”¹⁵⁴, a Corte Constitucional indicou vários índices que deveriam guiar o juiz comum no seu percurso de discernimento do caráter inovador ou não da orientação interpretativa considerada, entre a qual “a recorrência de opiniões divergentes, especialmente se alimentadas por robustas deduções”. E precisou que, quando todos ou alguns desses índices se manifestam, não haveria alguma razão que obrigasse o juiz comum a compartilhar a linha interpretativa adotada pelo Tribunal europeu para decidir uma peculiar controvérsia, sempre que não se trate de uma “sentença piloto em sentido estrito”.

Esta posição de princípio foi então reafirmada na jurisprudência constitucional sucessiva – embora nem sempre de modo igualmente pontual¹⁵⁵ – mas sobretudo encontrou amplo eco na jurisprudência de legitimidade, a qual não deixou, em vários casos, de sublinhar a potencial relevância das opiniões divergentes, a fim de qualificar uma determinada orientação jurisprudencial do Tribu-

153 Cf. Corte Constitucional, 26 de março de 2015, n. 49, §§ 7 e 7.1 do considerado em direito.

154 Para uma crítica forte e compartilhável dessa noção, ver, em particular, ZAGREBELSKY, Vladimiro. Corte cost., ob. cit., especialmente p. 5 e ss., e a opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, G.I.E.M. S.r.l. e outros c. Itália [GC], 1828/06, 34163/07, 19029/11, 28 de junho 2018, §§ 43-56.

155 Além da Corte Constitucional, 24 de junho de 2015, n. 187, na qual reafirma que a sentença Varvara “não constitui expressão de uma jurisprudência consolidada do Tribunal de Estrasburgo”, uma referência ao caráter “consolidado” da jurisprudência europeia se encontra, por exemplo, na Corte Constitucional de 8 de julho de 2015, n. 184, com relação à interpretação do Artigo 6, § 1, da CEDH em matéria de *dies a quo* do período a computar para fins de determinação da duração completa de um processo penal; na Corte Constitucional, 13 de janeiro de 2016, n. 36, no que diz respeito à interpretação do Artigo 6, § 1, da CEDH em matéria de duração do procedimento de reparação equitativa do dano por atraso acumulado em outro processo; na Corte Constitucional, 8 de março de 2016, n. 102, no que diz respeito à interpretação do Artigo 4 do Protocolo n. 7 em matéria de sanções da CONSOB [N.T. *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa*, autoridade nacional italiana responsável pela regulação do mercado imobiliário e da bolsa de valores]; na Corte Constitucional, 31 de março de 2016, n. 200, com relação à interpretação da noção de “decisão definitiva” para fins de aplicação do Artigo 4 do Protocolo n. 7; e na Corte Constitucional, 24 de janeiro de 2018, n. 43, com relação à evolução da jurisprudência europeia em tema de aplicação do *ne bis in idem* na sequência de TEDH, A e B c. Noruega [GC], 24130/11 e 29758/11, 15 de novembro de 2016. Em outros casos, embora não fazendo expressa referência à noção de “direito consolidado”, a Corte Constitucional apontou, no entanto, a existência de opiniões divergentes à sentença do Tribunal Europeu invocadas para integração do parâmetro convencional interposto (cf., por exemplo, Corte Constitucional, 20 de junho de 2017, n. 166, em tema de “pensões suíças”, com referência ao valor do *novum* constituído pelo TEDH, Stefanetti e outros c. Itália, 21838/10, 1 de junho de 2017).

nal Europeu como “direito consolidado” ou, em qualquer caso, para delimitar o alcance¹⁵⁶. E isso mesmo depois do esclarecimento (na verdade, bastante “pálida”) contida na sentença da Grande Câmara no caso G.I.E.M. S.r.l. e outros, segundo a qual as sentenças da Corte têm todas o mesmo valor jurídico e a sua natureza vinculante e autoridade interpretativa não podem, portanto, depender da composição que as proferiu¹⁵⁷.

Por último, e em uma perspectiva não dissimilar daquela supra delineada, a Corte de Cassação fez referência à opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque anexa à sentença da Grande Câmara no caso A e B c. Noruega para excluir – com base nos critérios indicados pela Corte Constitucional – que a “nova” orientação interpretativa aí acolhida relativamente ao âmbito (reduzido) do *ne bis in idem* no caso de juízos paralelos de tipo penal e tributário poderia considerar-se expressão de uma jurisprudência não suficientemente consolidada para fins de considerar integrada a obrigação de interpretação conforme do direito interno¹⁵⁸.

Particularmente, segundo a Suprema Corte, a opinião divergente em questão – embora articulada – não afetaria “a eficácia da decisão”, enquanto essa “se resolve em uma defesa das posições expressas na sentença Zolotouikhine c. Rússia, e na denúncia da vagueza do critério do ‘estrito vínculo material e temporal’ que não incide na capacidade argumentativa da sentença criticada”, tendo a Grande Câmara efetuado “uma análise acurada dos precedentes deformes, que vêm superados através de um inovador equilíbrio entre a tutela do direito do indivíduo a não ser perseguido mais vezes pela mesma conduta e a proteção do interesse coletivo a perseguir o atingimento de diversas ‘finalidades sociais’ cuja identificação é solicitada pela pluriofensividade da conduta”¹⁵⁹.

Não é, certamente, esta a sede para ater-se pontualmente à noção de “jurisprudência consolidada” cunhada pela Corte Constitucional a partir da sentença n. 49 de 2015 como condição indispensável para a insurgência da obrigação de interpretação conforme por parte do juiz comum. Certo é que identificar nas opiniões divergentes um índice de falta de “consolidação” levanta notável perplexidade. Não somente porque – como corretamente observado pelo juiz Pinto de Albuquerque – a “robustez” dos argumentos aí contidos é um critério demasiado subjetivo e a expressão individual do dissenso não afeta (nem poderia afetar) de

156 Cf., por exemplo, sempre em matéria de confisco por loteamento abusivo, Corte de Cassação, Área Penal, Terceira Seção, 23 de janeiro de 2019, n. 8350; Corte de Cassação, Área Penal, Quarta Seção, 14 de março de 2019, n. 33233; Corte de Cassação, Área Penal, Terceira Seção, 5 de julho de 2019, n. 38484; e Corte de Cassação, Área Penal, Terceira Seção, 12 de setembro de 2019, n. 47094, onde se faz referência, entre outras coisas, às opiniões parcialmente concordantes e parcialmente divergentes dos juízes Spano e Lemmens no TEDH, G.I.E.M. e outros c. Itália, ob. cit., para delimitar o alcance do accertamento de violação do Artigo 1 do Protocolo n. 1 aí contido.

157 Cf. TEDH, G.I.E.M. S.r.l. e outros c. Itália, ob. cit., § 252.

158 Cf. Corte de Cassação, Área Penal, Segunda Seção, 15 de dezembro de 2016, n. 9184.

159 Cf. *ibidem*.

algum modo a força jurídica das sentenças adotadas ao êxito de uma deliberação colegiada por maioria¹⁶⁰; mas também porque, como já se disse precedentemente, as opiniões divergentes podem, ao contrário, ser índices do prevalecer, no interior do Tribunal, de uma determinada orientação jurisprudencial (além da sempre possível revisão crítica futura dessa).

Isto é particularmente verdadeiro no caso em que ao dissenso expressado por alguns juízes se contraponha a opinião concordante do mesmo modo “fortemente” motivada de outros juízes e no caso em que a solução decisória acolhida pela maioria de uma Câmara não seja submetida a reexame por parte da Grande Câmara enquanto considerada inidônea para prospectar uma “questão grave de interpretação ou aplicação” das normas convencionais ou uma “questão de importância geral”. Não se deve, de fato, esquecer que a rejeição de um pedido de reenvio por parte do Colégio de cinco de juízes da Grande Câmara, nos termos do Artigo 43 da CEDH, implica que ao menos três outros juízes (sendo as decisões do Colégio assumidas por maioria) considerem na substância “compartilhada” o *decisum* da Câmara, pelo menos nos termos gerais de uma sua não aberta contradição a respeito da pregressa jurisprudência (que, de outra forma, configuraria uma típica “questão grave” de interpretação). De modo que pode acontecer que a “soma” dos votos globais “confirmatórios” de uma sentença da Câmara seja igual ou até maior a respeito daquela que sustenta uma sentença da Grande Câmara¹⁶¹.

Parece, em conclusão, que a jurisprudência nacional tenda atualmente a valorizar opiniões divergentes somente em chave “regressiva” ou – se se quer ser mais clemente – de “desobediência funcional”¹⁶² a fim de subtrair-se da obrigação de adequação, e sempre menos, ao invés, em chave “expansiva” a fim de promo-

160 Cf. a opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, G.I.E.M. S.r.l. e outros c. Itália, ob. cit., § 45.

161 Tomemos, por exemplo, a decisão de não violação do Artigo 7 da CEDH em relação ao recorrente pessoa física, contida na sentença da Grande Câmara no citado caso G.I.E.M. S.r.l. c. Itália. Tal decisão foi deliberada por uma maioria de dez votos contra sete, enquanto a oposta decisão de violação contida na sentença da Câmara no caso Varvara c. Itália foi deliberada por uma maioria de seis juízes contra um, ao qual se devem, porém, acrescentar também os juízes do Colégio da Grande Câmara que rejeitaram o pedido de reenvio formulado pelo Governo italiano. Seria, portanto, bem possível que, se a decisão do Colégio tivesse sido unânime, os votos globais a favor da decisão de violação fossem ainda superiores aos dez votos expressos pela maioria da Grande Câmara em suporte à decisão de não violação. Para tornar “publicamente” cognoscíveis os exatos equilíbrios decisórios internos ao Tribunal, seria, de outro modo, oportuno implementar o convite dos Estados contratantes (cf. nota 22 supra) para motivar as decisões de rejeição do Colégio de cinco juízes da Grande Câmara com indicação dos votos favoráveis e contrários a essa.

162 A este respeito, ver MARTINICO, Giuseppe. Corti costituzionali (o supreme) e “disobbedienza funzionale”. Diritto penale contemporaneo, a. XXI, n. 2, pp. 303-317, 2015. No recurso aos assim chamados “contra-limites” das jurisdições internas como instrumento de “razoável resistência” voltados a promover o diálogo entre ordenamento internacional e sistemas jurídicos nacionais ver também: PETERS, Anne. Supremacy Lost: International Law meets Domestic Law. Vienna Online Journal on International Constitutional Law, v. 3, n. 3, pp. 170-198, 2009, especialmente p. 194 e PALOMBINO, Fulvio Maria. Compliance with International Judgments: Between Supremacy of International Law and National Fundamental Principles. Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, v. 75, pp. 503-530, 2015, p. 522.

ver o desenvolvimento progressivo da tutela (também convencional) dos direitos humanos¹⁶³.

A esperança é, portanto, que no futuro prevaleça, também a nível nacional, uma consideração mais “madura” e “equilibrada” das opiniões separadas (tanto divergentes quanto concordantes), que saiba colher no “pluralismo motivacional” um contributo “construtivo” ao dinamismo interpretativo convencional e não apenas uma ocasião crítica “destrutiva” de soluções interpretativas já cristalizadas nos julgados do Tribunal de Estrasburgo.

ANDREA SACCUCCI

163 Para dar um exemplo, a Corte Constitucional não alguma dúvida sobre a graniticidade da solução acolhida pela maioria da Grande Câmara em TEDH, *Moreira Ferreira c. Portugal* (n. 2), ob. cit., relativamente à insubsistência de uma obrigação convencional de consentir com a reabertura dos procedimentos civis ou administrativos para dar execução a uma sentença do Tribunal (cf. Corte Constitucional, 21 de março de 2018, n. 93, § 5, do considerado em direito), apesar das encorpadas opiniões divergentes anexadas a tal sentença, as quais, entre outras coisas, demonstram como os precedentes jurisprudenciais autorizam uma diversa conclusão.

OS PARECERES DO JUIZ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE DE 2016 A 2020

CLAUDIA CANTONE

Este trabalho recolhe as traduções em língua italiana das mais relevantes opiniões separadas, divergentes ou concordantes, redigidas entre 2016 e 2020 pelo juiz do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Paulo Pinto de Albuquerque. O volume constitui uma atualização da edição precedente intitulada *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti* (2011-2015) editado por Davide Galliani, e se insere, além disso, parte da coletânea de opiniões do juiz Pinto de Albuquerque, traduzidos e publicados em outros países do Conselho Europeu (Espanha, Portugal, Rússia, Ucrânia, França, Turquia) e no Brasil.

Como se sabe, a possibilidade de redigir opiniões individuais ao final das sentenças do Tribunal Europeu está expressamente prevista no Artigo 45, § 2, da Convenção Europeia de Direitos Humanos (“CEDH”), com base na qual “se a sentença não exprime no todo ou em parte a opinião unânime dos juízes, cada juiz terá direito a anexar as exposições da sua opinião individual”. Em particular, nos termos do Artigo 72, § 2, do Regulamento do Tribunal, cada juiz tem a faculdade de motivar publicamente o próprio assentimento ou desacordo a respeito da posição expressa na sentença (ou mesmo de fazer simplesmente registrar o seu dissenso, sem necessariamente motivá-lo). Para o estado, os dados literais da disposição convencional não permitem redigir opiniões individuais ao final de uma decisão de inadmissibilidade (veja-se sobre esse ponto a opinião do juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, *Garbuz c. Ucrânia*, 72681/10, 19 de fevereiro de 2019) enquanto, com a entrada em vigor do Protocolo n. 16 da CEDH, foi explicitamente regulamentado, nos termos do Artigo 4, § 2, do Protocolo acima mencionado, o direito de incluir *separate opinions* também nos pareceres consultivos emitidos pela Grande Câmara.

A praxe das opiniões individuais – uma peça fundamental da tradição jurídica do TEDH – permite a cada juiz dissociar-se, na forma que preferir, das conclusões da maioria e fazer valer *expressis verbis* a própria posição autônoma.

Em tal sentido, as opiniões separadas geram e alimentam o diálogo seja interno do Tribunal, seja ao exterior do sistema convencional. Basta pensar, por exemplo, que mais de dois terços das opiniões do juiz Pinto de Albuquerque foram redigidos conjuntamente com outros colegas, provando o sentido de colegialidade difundido e do aberto e constante confronto que se desenvolve entre os bancos de Estrasburgo.

As *separate opinions* garantem, por outro lado, a máxima transparência no processo decisório dos juízes do Tribunal Europeu, oferecendo a possibilidade a estudiosos e profissionais de compreender melhor o percurso lógico-argumentativo e conhecer, quando possível, as posições expressas por cada membro do colégio judicante. Enfim, as opiniões individuais, tanto divergentes como concordantes, contêm frequentemente os germes da evolução jurisprudencial e previnem um excessivo enrijecimento dos padrões de tutela, permitindo à Convenção europeia ser um “*living instrument*” capaz de adaptar-se às mudanças do tempo e garantir uma tutela efetiva, e não ilusória e teórica, dos direitos humanos.

O juiz Pinto de Albuquerque, desde o princípio do seu mandato no Tribunal europeu, se serviu do instrumento das opiniões separadas – escrevendo um total de 157 opiniões (em 153 casos) entre 2011 e 2020 – para oferecer constantes e inovadoras ideias para reflexões sobre as mais importantes decisões adotadas pelo Tribunal nos últimos anos. Com a sua caneta, foi capaz de trazer à luz as nuances mais complexas, e menos óbvias, das questões jurídicas afrontadas na sentença e, ao mesmo tempo, de aproveitar o aspecto “humano” de cada caso levado a exame perante o Tribunal europeu.

As suas opiniões, que muitas vezes quase ganham a forma de textos doutrinários (alguns com índice anexado e múltiplas referências bibliográficas) acompanham o leitor, com um estilo claro e linear, no estudo do princípio de direito subjacente a cada decisão em comento, para compreender a *ratio* e a aplicação no sistema convencional.

Na maior parte dos seus escritos, o juiz português insiste na necessidade de motivar as decisões de maneira adequada e em coerência com o direito internacional, para evitar uma excessiva fragmentação. São prova disso, somente um terço das suas opiniões são divergentes, enquanto nos restantes dois terços, embora compartilhando as conclusões do Tribunal, o juiz se afasta do raciocínio contido na sentença, oferecendo motivações alternativas, abundantemente argumentadas e rigorosamente sólidas em direito.

As páginas que seguem pretendem oferecer ao leitor uma amostra do seu pensamento sobre diferentes temáticas do direito convencional. A seleção das opiniões a traduzir – operada conjuntamente com o juiz Pinto de Albuquerque e

o professor Saccucci – recaiu sobre as decisões mais importantes e sobre aquelas que mais interessaram à Itália.

Para tornar o trabalho facilmente consultável, se optou por organizar o escrito em seis capítulos, subdividindo as opiniões por áreas temáticas. Cada capítulo se abre com um ou mais escritos introdutórios, que delineiam as principais e mais complexas questões de direito enfrentadas. Todas as opiniões foram traduzidas do inglês e, quando possível, comparadas com a versão francesa, na tentativa de permanecer o mais fiel possível ao original. Cada tradução, minuciosamente revisada pelo professor Saccucci, é acompanhada por uma breve introdução sobre o objeto da sentença, por permitir ao leitor compreender melhor o argumento tratado na relativa opinião separada. Enfim, no fechamento de cada capítulo são recolhidos os comentários às opiniões de autoridades acadêmicas, juristas e magistrados italianos.

O primeiro capítulo é dedicado ao direito à vida e à integridade psicofísica, enfrentando questões que vão das obrigações positivas por parte do Estado até o tema, particularmente sensível, da barriga de aluguel¹⁶⁴ (com o caso *Paradiso e Campanelli* que diretamente envolveu o nosso país) ou o menos conhecido de discriminação masculina. Seguem os escritos em matéria de cidadania, imigração e asilo: argumentos de forte atualidade e muito caros ao juiz português, que, nas suas opiniões, critica abertamente a posição restritiva e vacilante do TEDH sobre a tutela dos migrantes, e condena o fenômeno da *crimmigration* difundido na Europa. O terceiro e o quarto capítulos são, ao invés, reservados à matéria penal: de um lado, a legalidade e a humanidade das sanções penais, com um foco sobre o ergástulo impeditivo¹⁶⁵ e sobre o tratamento penitenciário, do outro lado, as garantias vinculadas ao justo processo. Nesta seção estão contidas decisões que, direta ou indiretamente, influenciaram em sentido mais garantista o nosso sistema penal (pense-se em *G.I.E.M.* e outros c. Itália em matéria de confisco por loteamento abusivo ou ao princípio do *ne bis in idem* e do duplo binário sancionatório contido em *A e B* c. Noruega). A quinta parte do volume contém as opiniões e comentários concernentes à tutela dos direitos de patrimoniais e limitações à liberdade de locomoção: dois argumentos encontram o seu ponto de encontro na decisão da Grande Câmara De Tommaso c. Itália sobre medidas de prevenção pessoal e patrimonial. Enfim, o capítulo final do volume é – não por acaso – dedicado à execução das sentenças do Tribunal europeu, com uma reflexão sobre o controverso tema da reabertura dos processos na sequência de

164 [N.T.] No original, *maternità surrogata* que pode ser traduzida também por maternidade subrogada.

165 [N.T.] Modalidade de prisão sem fim, chamada *ergastolo ostativo* ou, por vezes, *ergastolo*, que torna perpétua a pena cominada para alguns tipos penais. Doravante, será mantida a expressão prisão perpétua como gênero e ergástulo impeditivo ou somente ergástulo como uma das espécies.

acertadas violações convencionais e sobre o papel do Comitê de Ministros no processo de infração.

Não obstante o seu mandato em Estrasburgo tenha chegado ao fim, o juiz Pinto de Albuquerque legou a sua vasta produção de opiniões corajosamente progressistas e originais. Com o nosso trabalho (do professor Saccucci, de todos os comentaristas e dos tradutores dispostos), procuramos tornar acessíveis e difundir entre os juristas italianos os seus ensinamentos e as suas reflexões sobre direitos humanos na época contemporânea.

CAPÍTULO I

AS GARANTIAS DO PROCESSO JUSTO

ANTONIO BALSAMO

1. AS QUESTÕES DE PRINCÍPIO

Garantias de um julgamento justo, direito à verdade e evolução tecnológica

1.1. O JULGAMENTO JUSTO EM UMA ENCRUZILHADA

Hoje, mais do que nunca, as garantias do devido processo são indispensáveis para o desenvolvimento da democracia e da proteção universal dos direitos humanos, especialmente em um contexto em que assistimos a uma forte redução do papel dos Parlamentos e a uma “desterritorialização” do poder político-econômico. Porém, justamente nessa fase histórica, as garantias de um julgamento justo estão seriamente comprometidas por um conjunto de fatores que emergem fortemente no cenário social e que produzem consequências precisas no plano jurídico.

Em uma era de grandes mudanças como a que estamos passando, nossa visão de garantias processuais se encontra em uma encruzilhada: ela pode evoluir e redescobrir suas próprias raízes ideais profundas para fazê-las crescer em novos terrenos e de maneiras diferentes daquelas já exploradas; ou pode transformar-se em uma dinâmica judicial autorreferencial, cuja perfeição abstrata lembra a de uma realidade paralela em que vivem os protagonistas sem se dar conta do caráter ilusório de seus esforços, projetados em um horizonte fictício.

Um impulso preciso em direção à primeira alternativa advém da leitura dos pareceres avulsos expressos pelo Juiz Paulo Pinto de Albuquerque sobre os acórdãos do Tribunal Europeu contidos nesta seção: as ideias em que se baseiam esses pareceres constituem uma base importante para a construção do futuro das garantias do julgamento justo.

1.2. PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E CENTRALIDADE DO PAPEL DA JURISDIÇÃO: UMA ARMA VENCEDORA CONTRA OS FENÔMENOS CRIMINOSOS MAIS PERIGOSOS

O pensamento de Paulo Pinto de Albuquerque representa uma concretização extremamente sugestiva daquele modelo de *cross-fertilization* para o qual se encaminha o diálogo entre os Tribunais. Na realidade, não se trata apenas de um diálogo entre órgãos judiciais, mas também e, sobretudo, de uma interação entre culturas jurídicas, nos seus múltiplos “formante (pg. 740)”.

Não é por acaso que nas opiniões de Pinto de Albuquerque é bem visível a influência de alguns dos maiores juristas e magistrados italianos, de Piero Calamandrei a Giovanni Falcone, que inseriram o seu compromisso com a justiça no quadro de uma forte paixão civil que deu origem às reformas que, no século passado, representaram a melhor contribuição do nosso país para a construção de um direito internacional dos direitos humanos.

Este *koinè* de valores fundadores é particularmente forte na opinião concorrente em relação ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), *Al-Dulimi e Montana Management Inc.c. Svizzera* [GC], 5809/08, 21 de junho de 2016. No que é um verdadeiro “manifesto” (pg. 740) sobre o papel do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem como Tribunal Constitucional Europeu, Paulo Pinto de Albuquerque traz para mais desenvolvimentos a intuição de Gustavo Zagrebelsky¹⁶⁶ que vê nos direitos fundamentais “a linguagem comum dos tempos atuais”.

A consideração dos direitos humanos como fator central de legitimação do direito internacional está em perfeita continuidade com um dos mais significativos perfis inovadores presentes em nossa Constituição, concebida em uma fase histórica – aquela que se seguiu ao término da Segunda Guerra Mundial –, na qual amadureceu fortemente a ideia de uma “elevação da liberdade individual do plano interno ao plano internacional”.¹⁶⁷

Nos juristas que se empenharam na reconstrução do nosso país, estava firmemente estabelecida a consciência de que a salvaguarda das liberdades constitucionais dos cidadãos –sem as quais não pode haver democracia– teria se tornado muito mais efetiva se, além de ser garantida por uma Constituição rígida, fosse levada a um nível internacional.¹⁶⁸

166 G. Zagrebelsky, *Relazione*, in AA.VV., *I diritti fondamentali oggi. Atti del V Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Padova, 1995, p. 21.

167 Assim, P. Calamandrei em seu discurso de setembro de 1945 em *Costituente italiana e federalismo europeo*, agora em Id., *Opere giuridiche*, Volume III, *Diritto e processo costituzionale*, Roma, 2019.

168 P. Calamandrei, *op. cit.*

Na base de normas como o Artigo 11 Const. vi é, portanto, o esforço para traduzir em termos jurídicos o que Calamandrei chamou de “esperança apaixonada de superar os nacionalismos em direção a agregados supranacionais maiores”; uma esperança que levou à inclusão na Carta fundamental de disposições que, no futuro, poderiam ter desempenhado um papel “de ligação e coordenação com uma construção internacional mais ampla”.¹⁶⁹

A abertura para o horizonte internacional, e para uma proteção multinível dos direitos humanos, aparece hoje como um dos fatores mais importantes da modernidade e dinamismo da Constituição de 1948: foi persuasivamente observado que “o verdadeiro mérito dos constituintes foi o de colocar a Itália na grande corrente do constitucionalismo europeu e mundial”, criando um dos documentos que melhor sintetizam o compromisso comum de concretizar o ideal universalista dos direitos humanos.¹⁷⁰

Precisamente este ideal constitui uma das principais linhas de desenvolvimento para as garantias de um julgamento justo frente ao desafio do multiculturalismo e da globalização: num contexto sócio-político tão complexo e magmático, o mundo da justiça tem a difícil, mas fascinante, tarefa de reconstruir uma base cultural unitária voltada para a proteção dos direitos fundamentais, entendida como o denominador comum sobre o qual se construí o processo de integração e diálogo entre as diferentes identidades.¹⁷¹

Tudo isso leva a uma centralidade do papel da jurisdição, no qual se concentram questões que antes eram dirigidas a outros órgãos institucionais, com base em mecanismos de representação política que agora entraram em crise.

O reforço das garantias do julgamento justo deve estar em consonância com o reforço do papel da jurisdição, que assume especial importância sob dois perfis: por um lado, a necessidade de uma avaliação aprofundada dos mais perigosos fenômenos criminais, em sua dimensão social e econômica; de outro, a afirmação daquele “direito à verdade” que é uma das conquistas mais importantes da recente jurisprudência internacional.

Do primeiro ponto de vista, é justamente o processo judicial, que é inerente à força reveladora da dialética entre as partes que apareceu como o local mais adequado para o desenvolvimento do conhecimento dos fenômenos criminais de particular complexidade, que requerem uma visão global e diacrônica, que permite conectar fatos e aparentemente eventos distantes no tempo e no espa-

169 P. Calamandrei, *op. cit.*

170 V. Onida, *I sessant'anni della Costituzione italiana*, in *federalismi.it* 2008, 1, pp. 1-2.

171 Cfr. F. Viola, *Diritti fondamentali e multiculturalismo*, in AA.VV., *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, editado por A. Bernardi, Milano 2006, pp. 38-41.

ço. Uma visão que pressupõe a disponibilidade de amplo material probatório, elaborado com o auxílio de órgãos de investigação especializados e de alto nível científico, examinados com o método dialético de formação de evidências, as quais partem do pressuposto da “divisão do conhecimento”, ou seja, que só a comparação das diferentes perspectivas a partir das quais as partes se movem nos permite apreender o sentido dos fatos e compreender seu real valor social.

A experiência de aplicação tem mostrado de forma consistente que nenhum resultado verdadeiramente incisivo e duradouro na luta contra o crime organizado, corrupção ou terrorismo pode ser obtido sem fazer uso da função cognitiva do processo. Nesta matéria, os “atalhos” não compensam: todas as medidas tomadas fora da avaliação processual não nos permitem ir longe.

Como disse Giovanni Falcone, a luta contra a máfia será vencida com os juízes: permanece atualizadíssimo o seu “forte apelo ao Estado de Direito e ao respeito à legalidade, justamente no momento em que o aumento da virulência do crime organizado suscita cada vez mais sugestões de intervenções autoritárias e leis excepcionais”.¹⁷²

O reforço da dimensão judicial no controle e contraponto das formas mais graves de criminalidade tem proporcionado uma importante oportunidade de conjugar a proteção das garantias individuais com a eficácia da resposta sancionatória e preventiva: dois objetivos que só aparentemente se contradizem e, que, por outro lado, representam – também a nível operacional – duas faces de uma mesma moeda, tal como o “direito à segurança” está necessariamente associado à salvaguarda da liberdade do indivíduo no momento histórico presente, em que o Estado assume a difícil, mas também inevitável, “dupla identidade” do Estado de Direito e do Estado de Prevenção.¹⁷³

No entanto, é um ponto de partida, não um ponto de chegada. Como observou um dos mais importantes protagonistas do mundo judicial, “em comparação com outros países europeus, a necessidade de se relacionar com organizações terroristas e mafiosas permitiu à Itália construir, ao longo do tempo, uma estrutura de contraste muito ampla (prevenção e repressão) e que vê a jurisdição em primeiro plano. Isso às vezes torna difícil o diálogo com os Estados europeus que, em vez disso, escolheram um caminho diferente, que se concentra fortemente na coleta de informações fora do controle judicial direto. É necessário, portanto,

172 G. Falcone, *La lotta alla mafia - perché si vince coi giudici*, in *La Stampa*, 6 novembre 1991.

173 Cfr. T. E. Frosini, *Diritto alla sicurezza e tutela delle libertà: un crimine sottile che esalta le democrazie*, in *Guida al diritto* 2005, 32, pp. 5-6.

harmonizar essas abordagens, sem perder as características da nossa, que combina eficiência e garantias”.¹⁷⁴

O fortalecimento da cooperação internacional hoje é necessário para adaptar a resposta judiciária aos novos desafios criminais, mas pode explicar plenamente seu potencial somente na presença de um salto simultâneo de qualidade na elaboração e compartilhamento das garantias de um julgamento justo.

1.3. DIREITO À VERDADE E GARANTIAS INSTITUCIONAIS DE UM JULGAMENTO JUSTO

Um salto qualitativo como o descrito acima deve envolver também as garantias que dizem respeito especificamente à posição institucional dos sujeitos do processo.

Passando, de fato, a considerar o segundo dos dois perfis identificados acima no que diz respeito ao aprimoramento do papel da jurisdição, não há dúvida de que o reconhecimento do poder judiciário em uma efetiva posição de independência é o que permite alcançar uma proteção autêntica do “direito à verdade” às vítimas das graves violações dos direitos humanos e, também, ao público em geral.

Como é sabido, o reconhecimento do direito à verdade é fruto da interpretação implementada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Europeia de Direitos Humanos, e foi confirmado pelo sistema das Nações Unidas, pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas e pelo Relator Especial sobre a promoção e proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais na luta contra o terrorismo.

Trata-se de uma nova dimensão dos direitos fundamentais que está sendo desenvolvida e que está relacionada aos crimes mais graves, ou seja, o crime organizado e o terrorismo, os quais exigem uma apuração completa da verdade, que é encorajada pelas famílias das vítimas e pelos setores mais conscientes da opinião pública.

É evidente a importância que, deste ponto de vista, deve ser atribuída aos aspectos organizacionais e institucionais do sistema de garantias previsto no Artigo 6 CEDH. Sobre este ponto, vale lembrar a lição de um dos maiores constitucionalistas alemães segundo o qual, depois da experiência negativa do Estado totalitário, o Estado constitucional não pode mais renunciar à verdade como valor de referência cultural: é em função da busca da verdade que o Estado de

¹⁷⁴ G. Salvi, *Conoscere il terrorismo Jihadista. Strumenti e tecniche di indagine*, in *Gli speciali di Questione Giustizia – Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*, 2016, p. 165.

direito impõe a regra da publicidade das audiências, as regras do devido processo e o princípio da independência pessoal e institucional do juiz.¹⁷⁵

Porém, justamente neste último setor, há frequentemente uma lacuna entre os princípios proclamados (é possível chamá-los de exibidos) e o *law in action*, entre a independência constitucionalmente reconhecida e aquela efetivamente garantida não só à estrutura judiciária em seu conjunto, mas (o que é mais importante) aos magistrados individuais.

A aula de “autonomia vivida” realizada por magistrados como Rocco Chinnici, Giovanni Falcone, Paolo Borsellino representa um ponto de referência fundamental para essa “nova fronteira” das garantias jurídicas do devido processo que é exigida pela proteção do direito à verdade, bem como pela delicada fase de *institution building* que assistimos. Por um lado, há a modernização de numerosos sistemas judiciários e constituição de órgãos supranacionais de justiça que representam um modelo importante para o futuro (em primeiro lugar Ministério Público Europeu), mas, por outro lado, há um retorno ao controle político do judiciário, de forma clara ou sutil, mesmo em países com um quadro constitucional muito avançado.

Como o Tribunal de Estrasburgo constantemente afirma, se a CEDH protege direitos concretos e efetivos, e não teóricos e ilusórios, é necessário um teste a respeito da sua adequação quando do contraste com as formas de “esvaziamento por dentro”, as quais são vistas a partir de uma perspectiva consensual, dos princípios da autonomia e independência do poder judiciário, que são determinados pelos “poderes de fato” que estão presentes no mesmo judiciário e, são capazes de distorcer sua identidade, cultura e valores.

Aqueles valores que levaram à afirmação dos direitos fundamentais como “leis dos mais fracos”, em oposição à lei dos mais fortes que se aplicaria na sua ausência.¹⁷⁶

1.4. RUMO A UM ESTATUTO INTERNACIONAL DE GARANTIAS PARA AS TÉCNICAS INVESTIGATIVAS DE ALTA TECNOLOGIA

As garantias tradicionais do “julgamento justo” foram concebidas numa época histórica em que as investigações tinham características muito diferentes das atuais, as quais eram resolvidas essencialmente na busca de declarações e objetos materiais relacionados com o crime.

175 P. Häberle, *Diritto e verità*, Torino, 2000.

176 I. L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*. Un dibattito teorico, Roma-Bari, 2008.

Hoje, o panorama da investigação mudou profundamente; o que ainda é definido como “técnicas investigativas especiais” se tornou o modelo comum de investigação de todos os eventos com um grau significativo de complexidade e compreendem um conjunto extremamente amplo e em constante evolução de meios de busca de evidências.

Além das operações secretas, destaca-se aqui a categoria geral de “vigilância eletrônica”, especificamente referida por fontes de importância primordial, como a Convenção de Palermo e a Convenção de Mérida, que indicam quais os *standards* adotados pela comunidade internacional na luta contra o crime organizado transnacional e a corrupção.

A ampla utilização da categoria de “vigilância eletrônica” restou sublinhada quando da elaboração feita pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC)¹⁷⁷, que em 2009 já tinha identificado 15 tipos diferentes, divididos nos seguintes grupos:

1. vigilância de áudio: escuta telefônica; protocolo *Voice Over Internet Protocol* (VOIP); microfones para escuta telefônica ambiental;
2. vigilância visual: dispositivos de videovigilância ocultos respectivamente em edifícios, dentro de carros, no corpo; termografia ou detecção de radiação infravermelha; circuito fechado de televisão (CCTV);
3. vigilância de geolocalização: sistemas de posicionamento global ou *transponders* (GPS/*transponders*); monitoramento das antenas utilizadas por telefones celulares; dispositivos de identificação por radiofrequência; biometria;
4. vigilância de dados: programas espões e *cookies*; outras técnicas usadas em telefones celulares; monitoramento de chaves;

Esta classificação demonstra uma determinada fase da evolução tecnológica que pode ser observada a partir das notáveis mudanças que ocorreram nos últimos anos.

Consequentemente, hoje, a noção de “vigilância eletrônica” inclui também todas aquelas novas ferramentas investigativas, como os chamados “Coletores de TI”, que são capazes de alcançar, através de um mecanismo tecnológico de simples implementação, o conjunto de diversos meios de busca de evidências, típicos e atípicos: escuta telefônica, ambiental, informática ou telemática de comunicações, busca de um computador ou sistema telemático, apreensão de dados de computador, gravações de vídeo, etc.

177 UNODC, *Current practices in electronic surveillance in the investigation of serious and organized crime*, United Nations, New York, 2009, p. 2.

São ferramentas que se tornaram absolutamente indispensáveis numa fase histórica que houve uma evolução muito rápida tanto do sistema de comunicações globais (cada vez mais veiculadas por sistemas informáticos ou telemáticos, tanto que agora existe um redimensionamento claro da distinção entre telecomunicações e fluxos de informação), e dos modos de ação dos ambientes criminosos (cada vez mais caracterizados pelo uso da tecnologia da informação, mesmo fora da área do *cybercrime* em sentido estrito: pensa-se no papel fundamental que as comunicações pela *internet* têm assumido no desenvolvimento do terrorismo, tráfico internacional de drogas, tráfico de humanos, tráfico ilícito de bens culturais, lavagem de dinheiro).

É claro que abrir mão desse tipo de ferramenta investigativa significaria retirar a justiça criminal da era contemporânea. Igualmente, é evidente o perigo para os direitos e liberdades inerentes à extraordinária invasão das novas formas de investigação de elevado conteúdo tecnológico que podem conduzir, sem demasiadas dificuldades, a um «controle total» da vida de um grande número de pessoas.

Surge, então, a partir dessa alteração da fase de investigação, um problema de adequação em relação às garantias de um julgamento justo, tendo em vista que é necessário proteger, além das garantias individuais, o sistema democrático. Não devemos, de fato, esquecer como a proteção a alguns aspectos da vida privada serviu, na realidade, para fortalecer a liberdade coletiva, a liberdade de agir na esfera pública, ou seja, contra a fórmula do “homem de vidro”, que nasceu sob o regime nazista e é característica de todos os totalitarismos, os quais se baseiam na negação de qualquer distinção entre as esferas pública e privada.¹⁷⁸

A individualização dos limites dessas formas de investigação utilizando a tecnologia, representa, portanto, um compromisso indispensável com aquela “filosofia jurídica moderna que vê o juiz com a função essencial de proteção da democracia e dos direitos humanos”.¹⁷⁹ A verdadeira questão é evitar um esvaziamento “suave” dos princípios essenciais do Estado de Direito, com alteração do papel da jurisdição, a qual é explorada no quadro de lógicas de poder que são colocadas nos antípodas da própria ideia de um julgamento justo.

Neste contexto, imprescindível a indicação do parecer de Pinto de Albuquerque em relação ao TEDH, *Lagutin e outros c. Rússia*, 6228/09 et al., 24 de abril 2014, onde as diretrizes do *consensus* emergiram a nível internacional sobre

178 S. Rodotà, *Intervista su privacy e libertà*, Roma-Bari, 2005, pp. 28-29.

179 A. Barak, *Comparative Law, Originalism and the Role of a Judge in a Democracy: A Reply to Justice Scalia*, Relazione per la *Fulbright Convention* de 29 janeiro 2006.

o conteúdo mínimo da regulamentação das técnicas especiais de investigação, as quais devem ser compatíveis com os direitos humanos.

Trata-se, na verdade, de problemas que são comuns a muitos ordenamentos jurídicos e que devem ser enfrentados e solucionados em conjunto, ou seja, a nível internacional: neste contexto, não se trata de uma simples questão técnico-jurídica, mas do futuro da relação entre justiça criminal e direitos fundamentais na era da tecnologia.

Os princípios acabam criando um quadro uniforme que visam proteger os direitos individuais e bens coletivos contra os mais diversos perigos: como por exemplo, a proteção do direito à vida e à saúde pública no caso de pandemias, como a provocada pela disseminação do Coronavírus. Neste caso, é necessária uma abordagem global, fruto da responsabilidade partilhada entre a comunidade internacional perante as ameaças que não conhecem fronteiras.¹⁸⁰

Repensar as garantias do devido processo significa, portanto, contribuir para a construção do futuro da nossa civilização, em uma época de grandes transformações, onde nada ainda está decidido. Um futuro que dependerá das opções e dos valores que serão seguidos pelo mundo dos juristas, levando em conta as avaliações técnico-científicas.

EQUIDADE PROCESSUAL E MANIPULAÇÃO DAS GARANTIAS

ROBERTO E. KOSTORIS

1. UMA GARANTIA CENTRAL, MAS FRÁGIL

A equidade do processo é colocada pela CEDH no cerne das garantias convencionais. O Tribunal Europeu a considera como uma proteção “central numa sociedade democrática”.¹⁸¹ A maior parte dos direitos que a convenção atribui ao arguido são imputáveis a este e, conseqüentemente, a sua violação é objeto da grande maioria dos recursos em Estrasburgo.

180 Muito provavelmente, este é o caminho a seguir para dar uma resposta apropriada a uma questão muito atual, colocada por G. Pitruzzella, *La società globale del rischio e i limiti alle libertà costituzionali. Brevi riflessioni a partire dal divieto di sport e attività motorie all'aperto*, in *Giustizia Insieme*, in *Giustizia Insieme*, 24 de março de 2020: “Se a ‘sociedade global de risco’ é o mundo em que vivemos, devemos nos resignar a presenciar um processo de restrição estrutural de nossa liberdade ou podemos tentar adaptar as instituições e a cultura jurídica às características da atualidade de forma a resguardar, na medida do possível, os valores da nossa civilização?”.

181 (nota número 1) TEDH, *Perez c. França* [GC], 47287/99, 12 de fevereiro de 2004, acrescenta que essa característica também exige nunca interpretar restritivamente as garantias previstas no Artigo 6 CEDH. Para a inclusão da equidade processual entre os direitos convencionais “fortes”, como é previsto para os direitos protegidos pelos artigos 8, 9, 10 e 11 da CEDH, ou seja, direitos que não estão sujeitos à interferência e que são necessários em uma sociedade democrática.

No entanto, na sua aplicação concreta, a *fairness* muitas vezes exibiu, inclusive recentemente, um rosto distante das imagens tranquilizadoras da hagiografia tradicional, mostrando toda a sua fragilidade, favorecida justamente por aquela abordagem flexível e elástica, atenta à concretude das situações, à eficácia dos direitos, ao equilíbrio global dos valores que constituem a sua marca. (pg. 748). Um aspecto que, além de determinar um impacto problemático na cultura continental moderna e na estrutura dos códigos de rito criminais baseados em paradigmas formais de legalidade¹⁸² e, que é possível apreender o eco de uma concepção de direito milenar que vai de Aristóteles¹⁸³ a *common law*¹⁸⁴, a lei vê a equidade como o parâmetro de “agir de acordo com a justiça”. Este último é extremamente líquido, com contornos indefinidos e indescritíveis, sobre o qual também podem ocorrer violações das garantias, mesmo sob o pretexto de protegê-las.

2. A NECESSIDADE DE BUSCAR AS COORDENADAS BÁSICAS DO JULGAMENTO DE EQUIDADE PROCESSUAL

Deve ser dito, de imediato, que a *fairness* é afetada pelo mesmo paradoxo que caracterizou a *equity* inglesa, ou seja, é vista como uma justiça de caso único, mas, ao mesmo tempo, de a encerrar a lei da igualdade nas regras.¹⁸⁵ Toda a sua essência está atrelada por essa polaridade dupla e até certo ponto contraditória. Um “estrabismo” inicial, que, no final, segue aquele que caracteriza a mesma fisionomia do Tribunal Europeu, que é ao mesmo tempo juiz de casos concretos e intérprete oficial da Convenção (Artigo 32 CEDH), ou seja, que é chamado a mergulhar nos fatos, mas também a desempenhar funções monofiléticas.

Isso implica que as regras muitas vezes se dobram aos fatos, obstruem suas características peculiares com o risco de que a justiça processual acabe sendo reduzida a algo imprevisível e elusivo, incapaz de orientar as autoridades nacionais, mesmo que sejam obrigadas a respeitar isso.¹⁸⁶ É necessário, pois, tentar com-

182 (nota de rodapé 2) Para uma análise do impacto problemático da *fairness* sobre a cultura do processo penal em países de *civil law* construída na lógica abstrata do caso, onde o respeito pelos direitos é identificado a partir do respeito às formas processuais, entendido no ensino iluminista, como restrições colocadas ao arbítrio do juiz, Ver R. E. Kostoris, *Equità, processo penale, diritto europeo. Riflessioni di un giurista di civil law*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2016, p. 1655 ss., ora in Id., *Processo penale e paradigmi europei*, Torino, 2018, p. 206 ss.

183 (nota de rodapé 3) Aristotele, *Etica Nicomachea*, 1137a 31-1138a 3.

184 (nota de rodapé 4) As tradições da *epieikeia* aristotélica passarão às *aequitas* do mundo clássico e medieval (P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 2003, p. 176 ss.) apenas para serem abandonadas pelos sistemas continentais na era moderna. *Aequitas canonica*, inspirada na finalidade pastoral de um direito que visa a salvação da alma e, portanto, flexível e atento às peculiaridades das situações concretas e, em vez disso, irá migrar as tradições de justiça, através do *Court of Chancery*, o qual é administrado por eclesiásticos na Inglaterra, na *common law*. (J. Martines Torron, *Anglo-American Law and Canon Law. Canonical Roots of the Common Law Tradition*, Berlin, 1998, p. 161 ss. e p. 167 ss.) dos quais a equidade será um dos elementos mais característicos (G. L. Barton, *Equity in the Medieval Common Law*, in R. A. Newman (ed.), *Equity in the World's Legale Systems. A Comparative Study dedicated to R. Cassin*, Bruxelles, 1973, p. 139 ss.) e a Convenção Europeia de Direitos Humanos acabará por se basear em valores, diminuindo a equidade em uma dimensão especificamente processual.

185 (nota de rodapé 5) G. Radbruch, *Lo spirito del diritto inglese*, a cura di A. Baratta, Milano, 1962, p. 32.

186 (nota de rodapé 6) E, do mesmo modo, incapaz de fornecer informações confiáveis às potenciais vítimas de suas violações, a fim de colocá-las em posição de arrependimento, em primeiro lugar no contexto de recursos internos.

prender se a realidade dos fatos se alimenta e se a sua abordagem às garantias do processo permitem identificar alguns princípios racionais – ainda que marcados por uma “racionalidade prática” e não “teórica” como aquela que rege os códigos dos sistemas formais – a serem seguidos para realizá-los, que sejam reconhecíveis e controláveis, e que possam reconstruir, pelo menos, os traços de uma “gramática” mínima de equidade para haja proteção contra as manipulações mais sérias.

Os elementos disponíveis, na verdade, representam apenas produtos semi-acabados: por um lado, a fórmula “mãe” muito ampla do Artigo 6, § 1, (“Todo acusado tem direito a uma audiência justa e pública perante um tribunal independente e imparcial”) do qual a Corte também derivou uma constelação de outros direitos “implícitos”, mas sobretudo o uso de um método: a necessidade de avaliar a justiça à luz de uma consideração geral do processo (as a whole test), levando em conta neste contexto também quaisquer “elementos compensatórios” que pudessem contrabalançar a violação ou compressão de certos direitos do arguido; por outro lado, os direitos especificamente garantidos pelo Artigo 6 § 3 da CEDH, que representam tantas expressões “codificadas” de equidade processual e que fornecem um catálogo das principais garantias asseguradas ao arguido pelo sistema convencional.

3. AS RELAÇÕES PROBLEMÁTICAS ENTRE O DISPOSTO NO ARTIGO 6 § 1 E § 3 CEDH E JULGAMENTO HOLÍSTICO: PRIMEIRA MANIPULAÇÃO DE GARANTIAS

Nessa perspectiva, as principais questões a serem abordadas dizem respeito à definição das relações que devem existir entre o disposto no Artigo 6 § 1 e § 3 da CEDH e *as a whole test* e, dentro deste último, o uso de “procedimentos compensatórios”. Em relação a ambos, o Juiz Pinto de Albuquerque fez importantes contribuições em sua *dissenting opinion* no caso *Murtazaliyeva*.¹⁸⁷

Partindo do primeiro aspecto, de acordo com a orientação predominante do Tribunal Europeu, os direitos consagrados no Artigo 6 § 3 CEDH integrariam expressões do direito geral de equidade consagrado no Artigo 6 § 1 CEDH, se não meros exemplos, de modo que sua violação resultaria automaticamente também em violação da norma-mãe.¹⁸⁸

187 (nota de rodapé 7) Ver opinião parcialmente dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, *Murtazaliyeva c. Rússia* [GC], 36658/05, 18 de dezembro de 2018.

188 (nota de rodapé 8) TEDH, *Unterpertinger c. Áustria*, 9120/80, 24 de novembro de 1986, § 34; *Barberá, Messegué, Jabardo c. Espanha*, 10590/83, 6 de dezembro de 1988, § 67; *Tivalib c. Grécia*, 24294/94, 9 de junho de 1998, § 33; *Doorson c. Holanda*, 20524/92, 26 de março de 1992, § 66; *Salduz c. Turquia* [GC], 36391/02, 27 de novembro de 2008, § 50; *Dayana c. Turquia*, 7377/03, 13 de outubro de 2009, § 22; *Al Khawaja e Thary c. Reino Unido* [GC], 26766/05 e 22228/06, 15 de dezembro de 2011, § 143.

Essa abordagem, que poderíamos definir como “monista”, entretanto, produz uma indistinção substancial entre os direitos a que se referem os §§ 1 e 3 do Artigo 6 da CEDH, alimentando a ideia de que a equidade processual constitui uma garantia única que pode ser expressa de diferentes formas, em vez de integrar uma pluralidade de garantias autônomas, conforme a mesma fórmula do Artigo 6, § 3, que parece distinguir claramente os direitos a que se refere dos relativos ao Artigo 6, § 1¹⁸⁹, especificando que estes são direitos “mínimos” que devem ser reconhecidos ao acusado. Além disso, a abordagem de um nível, da qual, no entanto, algumas variantes podem ser identificadas, como a de conversão dos agravos formulados no Artigo 6, § 3 nas reclamações sobre o Artigo 6, § 1 e, sobretudo, o de considerar as reclamações sobre ambas as normas como um todo (*taking together approach*)¹⁹⁰, parece implicar que a avaliação do cumprimento dos direitos patrimoniais específicos previstos no Artigo 6 §, 3, deve ser realizado através de um exame holístico do caso. Esta suposição, que sempre foi sustentada pela jurisprudência majoritária do Tribunal Europeu, no entanto, implica que, considerado à luz do *as a whole test*, que se baseia, como veremos, numa lógica fluida e indeterminada, aqueles direitos podem sofrer uma forte relativização.

Além disso, este regime, em que a apreciação global do processo parece ter como objetivo verificar o cumprimento dos direitos protegidos pelo Artigo 6 § 3, foi completamente ultrapassado pela jurisprudência mais recente de Estrasburgo. De fato, com a decisão de *Al Khawaja e Thaery*, a Corte argumentou que, mesmo na presença de uma violação comprovada de um desses direitos, seria em qualquer caso autorizado a passar o *as a whole test*, na perspectiva de compensar.¹⁹¹ A distorção consiste no fato de que o critério holístico não é mais utilizado para verificar o cumprimento dos direitos garantidos pelo Artigo 6, § 3, mas para remediar sua violação depois de já estabelecida.¹⁹² Uma operação – digna do melhor repertório inquisitorial – para a qual a Corte também cunhou um novo termo: o de “*overall examination of the fairness*”.¹⁹³ É significativo que essa estratégia seja acompanhada também pela degradação semântica a que nos referimos: direitos específicos protegido pelo Artigo 6, § 3 são passados como simples exemplos da

189 (nota de rodapé 9) Ressalte-se ainda que enquanto as garantias referidas no Artigo 6, § 1 referem-se também aos processos cíveis, os referidos no Artigo 6, § 3 aplicam-se exclusivamente no processo penal, tendo como termo de referência específico a figura do acusado.

190 (nota de rodapé 10) Ver R. Goss, *Criminal Fair Trial Rights*. Artigo 6, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, Portland, 2016, p. 65 e segs., D. J. Harris, M. O’Boyle, C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 4ª ed., Oxford, 2018, p. 411.

191 (nota de rodapé 11) Tribunal EDU, *Al Khawaja e Thaery c. Reino Unido*, cit. § 146.

192 (nota de rodapé 12) É claro que, por isso, com o critério *Al Khawaja e Thaery*, o controle *as a whole* só se traduz em uma possível diminuição das garantias para o acusado.

193 (nota de rodapé 13) Como *Sajo e Karakas* destacam particularmente em sua opinião divergente em *Al Khawaja e Thaery c. Reino Unido*, cit., § 143, a Corte usa essa expressão, ocultando, em vez disso, a continuidade com a tradicional avaliação global de justiça. No exame geral ver *M. Binal*, O exame global: novas fronteiras do direito de afrontar as testemunhas, in *Arquivo Criminal* 2013, p. 1 ss.

proteção prevista no Artigo 6 § 1,¹⁹⁴ de modo a excluir qualquer relevância autônoma e qualquer força preceptiva autônoma.

4. A NECESSIDADE DE SE CHEGAR A UMA LEITURA MAIS SEGURA DESSES RELATÓRIOS

Uma concepção “monista” semelhante na relação entre o Artigo 6, §§ 1 e 6 § 3, com as consequências – e as manipulações – daí decorrentes, podem, no entanto, ser superadas por uma abordagem diferente, que poderíamos definir como “pluralista”, segundo a qual os direitos garantidos pelo Artigo 6, § 3, ao mesmo tempo em que encontra sua raiz na disposição geral do Artigo 6, § 1, devem ser consideradas expressões autônomas e inalienáveis de equidade processual, conforme a leitura coordenada dos §§ 1 e 3 do Artigo 6. Com a consequência de que a ampliação dessa autonomia implicaria que seu respeito devesse ser verificado de forma independente, sem passar pelos procedimentos opacos da avaliação holística.

Trata-se de uma abordagem sustentada em diversos caminhos argumentativos também em importantes *dissenting opinion* de alguns juízes da Corte como Sajò, Karakas e Pinto de Albuquerque concordam em considerar que o respeito aos direitos específicos indicados pelo Artigo 6, § 3, deve ser “avaliado em si”. A tese dos juízes Sajò e Karakas em *Al Khawaja e Thaery* que vê no Artigo 6, § 3, a consagração de direitos mínimos absolutos, como o direito do acusado ao defensor e o direito de afrontar as testemunhas de acusação, que teriam sido previstos pela CEDH como resultado de uma ponderação já feita no abstrato pelo legislador convencional entre os interesses do acusado e os interesses públicos da administração da justiça; o respeito por esses direitos básicos deve, portanto, ser considerado necessário a priori para contrabalançar o poder dominante da acusação, no interesse da equidade. Esses direitos, portanto, não poderiam ser submetidos a uma segunda ponderação na prática, como aconteceria se fossem julgados com o parâmetro holístico, pois, caso contrário, a acusação seria desrazoadamente beneficiada.¹⁹⁵

Não muito diferente nos resultados, ainda que argumentada de forma diferente, a posição do juiz Pinto de Albuquerque em *Murtazaliyeva*¹⁹⁶, segundo a qual se a equidade global representasse um critério substitutivo e válido no cumprimento das garantias previstas no Artigo 6, § 3, acabaria por retirar qualquer sentido daquele dispositivo, entregando cheque em branco às autoridades

194 (nota de rodapé 14) Ver Corte EDU, G.C., *Al Khawaja e Thaery c. Reino Unido*, cit. § 145.

195 (nota de rodapé 15) Ver opinião divergente dos juízes Sajò e Karakas em *Al Khawaja e Thaery c. O Reino Unido*, cit., § 62.

196 Ver opinião divergente do Juiz Pinto de Albuquerque em *Murtazaliyeva c. Rússia*, cit., § 28 e segs.

nacionais, dado o caráter totalmente subjetivo que, como diremos, assume o critério holístico. Nessa perspectiva, seria necessário, portanto, pensar em um controle rigoroso em duas etapas: os direitos de patrimônio previstos no Artigo 6, § 3, deve ser avaliado como tal. A *as a whole test*, de expressão do Artigo 6, § 1 só poderá ser aprovado após a verificação de sua conformidade ter dado resultado positivo. Com efeito, esse respeito não seria, por si só, suficiente para atestar a equidade global do julgamento, que poderia, pelo contrário, ser comprometida por outras desvantagens sofridas pelo arguido no decurso do processo. Pelo contrário, a transição para o *as a whole test* deve ser considerada excluída quando a verificação do cumprimento de um desses direitos tenha dado resultado negativo, porque a sua violação produziria uma *vulnus* tão grave que não é, em princípio, «remediável» à luz de uma avaliação global do processo¹⁹⁷; deve, portanto, levar diretamente a uma declaração de injustiça processual.

São configurações que visam garantir a máxima valorização dos direitos previstos no Artigo 6, § 3. A necessidade de avaliá-los por si só sublinharia, de fato, sua importância particular; esclarecer que, tratando-se de direitos básicos – “mínimos” como especifica o texto convencional –, cuja observância uma administração equitativa da justiça nunca pode ignorar, seu respeito deve ser verificado antecipadamente, de forma autônoma e independente de qualquer e posterior revisão global o processo.

Trata-se de uma perspectiva que retoma, aliás, um discurso que remonta muito ao discurso de Estrasburgo: já em 1960 a Comissão Europeia no caso *Nielsen*, depois de ter esclarecido que esse Artigo 6 da CEDH não define a noção de julgamento justo, mas indica alguns direitos específicos que constituem elementos essenciais (ainda que não exaustivos) dessa noção, sentiu a necessidade de verificar o cumprimento de forma preliminar e autônoma, podendo a uma avaliação do cumprimento do Artigo 6 § 1 CEDH através do *as a whole test* somente quando a primeira triagem deu um resultado positivo.¹⁹⁸

No entanto, resta saber que sentido atribuir a um “controle em si” do respeito aos direitos nos termos do Artigo 6, § 3. A esse respeito, deve-se notar que, se tal controle fosse pretendido como substancialmente abstrato e dividida, além de não incluir uma avaliação da “concretude” e “eficácia” desses direitos¹⁹⁹, acabaria se limitando ao déficit inicial (a compressão da lei), levando diretamente

197 (nota de rodapé 17) Tribunal EDU, *Pishchalnikov c. Rússia*, 7025/04, 24 de setembro de 2009, § 81.

198 (nota de rodapé 18) Comissão EDU, *Nielsen c. Dinamarca*, 343/57, 15 de março de 1960. Ver também neste ponto *R. Goss, Criminal Fair Trial Rights*, cit., p. 68 ss.

199 (nota de rodapé 19) A Corte Europeia sempre afirmou que os direitos reconhecidos pela Convenção devem ser “concretos e efetivos, não teóricos e ilusórios”: cf. TEDH, *Airey c. Irlanda*, 6289/73, 9 de outubro de 1979; *Stafford c. Reino Unido*, 46295/99, 8 de maio de 2002, § 68; *Mehmet Eren c. Turquia*, cit., § 50; *Salduz c. Turquia*, cit., § 51; *Cestaro c. Itália*, 6884/11, 7 de julho de 2015.

a uma decisão de injustiça processual mesmo em situações em que essa *handicap* possa ser improdutiva de efeitos negativos para o acusado; a natureza abstrata do crivo devolveria uma visão incompleta da lei, confinada exclusivamente a uma perspectiva estática, suscetível, além disso, de aumentar desarrazadamente o número de violações. Melhor então entender esse controle em uma perspectiva concreta, visando verificar o impacto da lei sobre a matéria processual, avaliando, em particular, o dano real que sua violação produziu (artigo 35 § 3, b, da CEDH). No entanto, deve continuar a ser um controle “dividido”, devendo manter-se estritamente limitado à lei e ao seu impacto concreto no julgamento, sem incluir qualquer ponderação desse direito com outros interesses fora da esfera do arguido, como é o caso dentro do *as a whole test*.

5. O AS A WHOLE TEST ENTRE “COMPENSAÇÕES” E “SALDOS”: SEGUNDA E TERCEIRA MANIPULAÇÃO DE GARANTIAS

Podemos agora nos deparar com o segundo nó central do julgamento de justiça do julgamento representado pela avaliação global do processo, que, na perspectiva aqui apoiada, deve constituir apenas uma etapa posterior e possível do julgamento de equidade processual.

A esse respeito, deve-se dizer que se, por um lado, representa o aspecto mais típico e original do juízo de justiça, pois é o que mais o reconecta às características peculiares da matéria jurídica e que deve, pois, garantir a máxima “aderência aos factos”, por outro lado, é certamente aquela em que, por estas mesmas razões, se concentram os aspetos mais críticos e de fragilidade da *fairness* processual. De fato, estamos diante de um julgamento cuja anatomia não pode ser traçada, cujos componentes e dosagens não podem ser conhecidos de antemão, sendo um julgamento eminentemente subjetivo, construído inteiramente sobre as peculiaridades do caso (e sobre as propensões do intérprete²⁰⁰) e do que, portanto, os resultados não podem sequer ser previstos *ex ante*.²⁰¹

Avaliados nesse contexto, os direitos de equidade processual estão destinados a passar por um inevitável processo de relativização, especialmente em decorrência daquele componente central do julgamento holístico que é representado pela chamada “elementos compensatórios”.

200 (nota de rodapé 20) Sobre o fato de que a Corte defende a justiça geral ou não de um processo sem fornecer uma explicação racional para a abordagem seguida, Ver B. O'Brian, *Confrontation: the Defiance of the English Courts*, in *University of Warwick School of Law Law Studies Research Paper*, 2010-09, 1, 23 s.

201 (nota de rodapé 21) Por isso, como bem aponta Pinto de Albuquerque no voto divergente de *Murtazaliyeva c. Rússia*, cit., § 56, não pode sequer constituir um modelo de referência a que os juízes nacionais possam recorrer para adequar seu comportamento. Acima de tudo, seria difícil para eles raciocinar com vistas a um julgamento globalmente justo do processo, sendo chamados a reger apenas um segmento e ignorando a orientação dos juízes que irão reger os segmentos e graus subsequentes. Sobre a imprevisibilidade gerada pela abordagem compensatória ver, mais recentemente, V. Manes, M. Caianiello, *Introdução ao direito penal europeu*, Turim, 2020, p. 219.

São elementos que não podem ser identificados e definidos a priori, mas variáveis e mutáveis em função das especificidades da história abordada. Por vezes, aconteceu mesmo que o mesmo elemento considerado compensatório num caso não fosse considerado completamente semelhante noutro. A ideia de indenização está ligada à de garantias, aludindo a elementos que foram capazes de compensar os prejuízos que o arguido sofreu em consequência da violação do direito exercido perante o Tribunal através da sua indenização. Portanto, o resultado de todo o julgamento de justiça acaba com eles.

Para poder reequilibrar um déficit de garantia, o mecanismo de compensação deve funcionar fisiologicamente de duas maneiras: reconhecendo uma taxa de proteção mais alta do que as garantias salvaguardadas a um nível inferior, ou atribuindo garantias adicionais àquelas já usuais. Ao invés, este regime é completamente abandonado quando se atribui um papel compensatório ao gozo ou exercício de um direito que em qualquer caso deveria ter sido assegurado ao arguido. E este é precisamente o “golpe de rótulo” que o Tribunal realiza no caso *Al Khawaja e Thaery*. Este é certamente o abuso mais grave, pois atinge o cerne das garantias convencionais. Simplificando ao máximo, a Corte afirma essencialmente que se o acusado goza de dois direitos diferentes, a violação do primeiro pode ser compensada pelo exercício do segundo: como podemos ver, aqui não estamos diante de qualquer garantia de que compensa, mas apenas com a eliminação de uma garantia; o saldo negativo na frente de proteção é constrangedor.

Não surpreendentemente, este é um caminho que a Corte toma ao mesmo tempo em que afirma que o julgamento holístico deve ser realizado mesmo quando há violação de um dos direitos previstos no Artigo 6, § 3. De fato, as duas perspectivas se fundem, ampliando o ataque às garantias.

Consideremos alguns exemplos desse novo curso da jurisprudência de Estrasburgo. Em *Al Khawaja e Thaery* e depois em *Schatschaschwili*²⁰² argumenta-se que a falta do direito do acusado de confrontar os textos de acusação e o descumprimento da regra única ou decisiva são contrabalançados pela possibilidade que pode fornecer sua própria versão dos fatos e contestar a credibilidade da testemunha ausente e a consistência das declarações por esta prestadas, evidenciando o contraste com as declarações de outras testemunhas.²⁰³ Em *Ibrahim*²⁰⁴ consta que a violação do direito do arguido a ser assistido por advogado antes do interrogatório policial deve ser considerada compensada pela recomendação ao júri de

202 (nota de rodapé 22) Ver TEDH, *Schatschaschwili c. Alemanha*, cit.

203 (nota de rodapé 23) Ver TEDH, *Al Khawaja e Thaery c. Reino Unido*, cit., § 147. A opinião (P. Ferrua, As declarações das testemunhas ausentes, loc. Cit.) Escapa a esta análise de que o Tribunal não teria mudado a jurisprudência, mas teria se limitado a decidir apenas sobre com base em diferentes elementos factuais.

204 (nota de rodapé 24) Ver TEDH, *Ibrahim c. Reino Unido* [GC], 50541/08 e outros, 13 de outubro de 2016.

proceder a uma avaliação séria e prudente das suas declarações, entre outras coisas obtidas em um clima de pressão psicológica e posteriormente retraído.²⁰⁵

Nestes casos, como é evidente, estamos a falar de garantias que em qualquer caso deveriam ter sido respeitadas, independentemente de qualquer violação da equidade processual; garantias às quais não só não poderia jamais ser atribuído valor “compensatório”, mas que, ao contrário, se faltassem, provavelmente estariam elas próprias destinadas a produzir um déficit de equidade processual, ainda que o direito ao confronto com as testemunhas e o direito à assistência do advogado fosse garantido.²⁰⁶

Semelhante atitude também é proposta em relação a uma garantia como a do *ne bis in idem*, que, embora não diretamente abrangida pelo Artigo 6 da CEDH, certamente representa um corolário indireto. Em *A e B c. Noruega*²⁰⁷, com uma mudança de rumo muito acentuada em relação à decisão de *Grande Stevens*²⁰⁸ um pouco anterior, que havia reforçado a garantia da proibição do duplo julgamento garantida pelo Protocolo n. 7 ao TEDH, desencadeando-o em face da imposição definitiva de uma sanção formalmente administrativa, mas substancialmente penal, devido ao seu conteúdo particularmente aflagante, o Tribunal, sob pressão de seis Estados vinculados pelo Protocolo n. 7, que interveio em juízo por se preocupar em encontrar restrições na gestão de suas duplas respostas penais e administrativas, exclui o *ne bis in idem* quando os dois processos penais administrativos apresentarem “ligação suficiente em substância e em tempo”. Parâmetro, por um lado, indefinido e, portanto, substancialmente arbitrário²⁰⁹, por outro, muito irrelevante, não tendo nada a ver com a proibição de duplo julgamento, que visa apenas evitar a celebração de dois processos e a dupla aplicação de uma sanção “criminal” para a mesma conduta. Neste caso, a Corte utiliza uma condição fática utilizada como elemento compensatório (a conexão suficiente dos dois processos “em substância e em tempo”) não apenas para estabelecer a equidade global de um julgamento apesar da violação de um direito fundamental de expressão de equidade processual como *ne bis in idem*, mas até mesmo modificar o próprio conteúdo desse direito, reduzindo muito seu alcance.

205 (nota de rodapé 25) A reversão em relação ao TEDH, *Salduz v. Turquia*, cit., § 54, que coloca o direito à assistência do defensor desde o interrogatório policial como garantia fundamental para evitar que o direito do acusado de não contribuir para sua acusação seja comprometido, não poderia ser mais evidente.

206 (nota de rodapé 26) Da mesma forma, M. Caianiello, *You Can't Always Counterbalance What You Want*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2017, p. 294 s.

207 (nota de rodapé 27) Ver TEDH, *A e B c. Noruega* [GC], 24130/11 e 29758/11, 15 de novembro de 2016.

208 (nota de rodapé 28) Ver TEDH, *Grande Stevens e outros c. Itália*, 18640/10 e outros, 4 de março de 2014.

209 V nota de rodapé 28) Ver P. Paulesu, *Ne bis in idem e conflitos de jurisdição*, em R. E. Kostoris (editado por) *Manual of European Criminal Procedure*, 4ª ed., Milão, 2019, p. 525. A arbitrariedade confirmada, além disso, pelo fato de que em uma ocasião posterior (TEDH, *Johannesson e outros v. Islândia*, 22007/11, 18 de maio de 2017) o *ne bis in idem* foi considerado violado porque o processo penal durou nove anos e três meses. Sobre a imprevisibilidade ex ante do critério da conexão temporal entre os dois processos, v. também B. Capparelli, *Litispendência e ne bis in idem penal – Teoria Geral*, Marcial Pons, 2023.

Enquanto em Grande Stevens a ênfase recaiu sobre a garantia do acusado de não ser julgado e sancionado duas vezes pelo mesmo fato, em A e B o acento recaiu sobre o interesse/direito do Estado de impor a dupla sanção, que é aqui restabelecido e fortalecido, colocando apenas o limite da desproporção global da sentença e o afastamento temporal excessivo entre os dois processos.²¹⁰

Na realidade, é o próprio termo “compensação” – com o conjunto de valores que o acompanha – que parece inadequado e enganoso. No *as a whole test*, os “saldos” estão mais propriamente em jogo e nem sempre são outras garantias, mas também diferentes “valores” ou “interesses”, também de significância convencional, que entram em equilíbrio com uma restrição das garantias do réu.²¹¹ Isso não é novidade: o *as a whole test* como um todo sempre foi realizado equilibrando os direitos do acusado também com a proteção de outras necessidades, como a proteção da segurança ou anonimato das vítimas ou testemunhas²¹² ou seu “segredo de família”²¹³ (É, entre outras coisas, precisamente para garantir a ausência deste último no julgamento que se elaborou a *sole or decisive rule*). Com o novo rumo da jurisprudência europeia – como bem adverte também Pinto de Albuquerque²¹⁴ – um plexo de valores emergente, não novo, mas agora certamente muito acentuado, impõe-se fortemente neste contexto: o dos “interesses da justiça”.²¹⁵ O círculo se fecha, portanto: a violação de um direito protegido pelo Artigo 6 §, 3 não afeta a *fairness* processual porque o que o “equilibra” é, em todo caso, a proteção dos interesses investigativos/repressivos nacionais.²¹⁶ Nessa perspectiva, não apenas falha qualquer ideia de indenização, mas o próprio conceito de justiça processual é deformado.

Certamente estamos diante de uma orientação em que se pode captar o eco de múltiplas instâncias que pressionam o Tribunal: desde a defesa dos Estados contra a ameaça terrorista (o que dentro dos sistemas nacionais é encarado a partir de uma “dupla via” processual diferenciado para crimes graves e ao nível

210 (nota de rodapé 30) E isto tal como o primo Tribunal de Justiça manifestou uma orientação antitética ao sancionar a ilegitimidade da aplicação de uma sanção penal por fato já afetado por uma sanção formalmente administrativa, mas substancialmente penal (cf. Corte de Justiça da UE, Grande Secção, 26 de fevereiro de 2013, processo C-617/10, Fransson). Com todo o respeito a essa aspiração a uma interpretação uniforme das garantias fundamentais no contexto europeu que muitas vezes as pessoas dizem querer almejar.

211 (nota de rodapé 31) Ver, em geral, sobre o ponto M. Chiavario, sub Artigo 6, em S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (ed.), Comentário sobre a Convenção Europeia para a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, Pádua, 2001, pág. 193.

212 (nota de rodapé 32) Ver TEDH, *Kostovski c. Holanda*, 11454/85, 20 de novembro de 1986; *Doornon v. Holanda*, cit., § 40; *van Mechelen e outros c. Holanda*, 21363/93, 23 de abril de 1997, § 53.

213 (nota de rodapé 33) Ver TEDH, *Unterpertinger c. Áustria*, cit., § 30.

214 (nota de rodapé 34) Ver opinião divergente do Juiz Pinto de Albuquerque em *Murtazaliyeva c. Rússia*, cit., § 54.

215 (nota de rodapé 35) Ver TEDH, *Al Khawaya e Thaery c. O Reino Unido*, cit., § 146; *Schatschaschwili c. Alemanha*, cit., § 101; *Ibrahim v. O Reino Unido*, cit., § 274.

216 (nota de rodapé 36) Em Corte EDU, *Al Khawaya e Thaery c.c.eino Unido*, cit., § 146, argumenta-se, por exemplo, em razão deste princípio que, em caso de violação da *sole or decisive rule*, o equilíbrio seria alcançado e a equidade seria salvaguardada simplesmente porque a prova assumida sem contradição e colocada de forma exclusiva na base da sentença deve “ser considerada confiável”.

do Tribunal é gerido recorrendo ao equilíbrio com os interesses da justiça) a preocupações de tipo mais latente “econômico” (*A e B c. Noruega* é um exemplo emblemático). Mas o *new deal* em Estrasburgo parece ser propiciado sobretudo por um elemento diferente, de alcance mais amplo e penetrante, representado pelas formas de populismo que recentemente se difundiram em muitos países, não apenas na Europa, que em suas torções autoritárias em matéria de justiça criminal visa a desconstrução das garantias fundamentais. A Corte é afetada por ela; mostra-se complacente e “*deferente*” com respeito aos interesses nacionais. E, dependendo deles, altera a avaliação global da equidade processual ao inseri-los ilegalmente com peso preeminente no julgamento de ponderação.²¹⁷

6. POR UMA RESTAURAÇÃO DA FIOLOGIA NA AVALIAÇÃO DA JUSTIÇA PROCESSUAL

A justiça processual – para retomar as primeiras anotações – deveria re-presentar uma das garantias convencionais mais importantes, mas é certamente também uma das mais frágeis e ilusórias, sobretudo porque é marcada, como vimos, por uma antinomia ambígua e irredutível, o que torna sua gestão problemática: é uma garantia amplamente modelada em fatos, sobretudo por meio de julgamento holístico, mas, ao mesmo tempo, precisa de regras para não ser imprevisível e caprichosa; e, por outro lado, estes dificilmente encontram espaço na abordagem confusa adotada pela jurisprudência mais recente da Corte Europeia, que muitas vezes manipulou a justiça em um sentido anarquista. Para restaurar um mínimo de fisiologia no julgamento de justiça e evitar que graves violações das garantias possam ser consumidas sob sua tela, pelo menos três condições tornam-se essenciais: a primeira é respeitar uma varredura fisiológica entre as verificações anteriores sobre o respeito “típico direitos de equidade” (Artigo 6, § 3) e posterior avaliação da equidade global do processo, a que passa apenas quando a primeira triagem deu um resultado positivo. A segunda, não menos importante, é que a ponderação nunca pode ser resolvida em nome da equidade em um resultado “por subtração”, flagrantemente *contra reum*, como aconteceria se a possibilidade de o acusado exercer seu direito fosse considerada um elemento como para “reequilibrar” a impossibilidade de exercer outro; a terceira é que os interesses repressivos nacionais não devem automaticamente desempenhar um

217 (nota de rodapé 38) A Corte, portanto, nega o critério metodológico básico inaugurado pelo TEDH, *Golder v. Reino Unido*, 4451/70, de 21 de fevereiro de 1975, para nunca dar uma interpretação restritiva das garantias convencionais, em especial em matéria de equidade processual e entre várias interpretações possíveis, sempre preferir aquela que garante maior proteção ao requerente, lembrando que a função do Tribunal é proteger os direitos individuais porque o Convenção é antes de tudo um sistema de proteção dos direitos humanos. Para uma revisão dos critérios interpretativos de Estrasburgo, ver. recentemente S. Lonati, *Fair Trial and the Interpretation Approach Adopted by the Strasbourg Court*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2017, p. 57 ss.

papel preponderante nesse equilíbrio. Se isso acontecer, a justiça poderá recuperar seu papel de salvaguardar a “equidade” processual e a “paridade de armas”.²¹⁸

OS VOTOS DE PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – Grande Secção – *Al-Dulimi e Montana Management Inc c. Suíça* – Recurso n. 5809/08 – Acórdão de 21 de junho de 2016.

O caso: O primeiro requerente, Al Dulimi, é um cidadão iraquiano que, segundo o Conselho de Segurança das Nações Unidas, foi responsável pelas finanças da inteligência iraquiana sob o regime de Saddam Hussein. O segundo requerente é a Montana Management Inc, da qual o Sr. Al Dulimi é o diretor administrativo. Em 2003, seguindo a resolução 1483 do Conselho de Segurança da ONU, o Sr. Al Dulimi e sua empresa foram incluídos – por uma comissão *ad hoc* do Conselho de Segurança – em uma lista de sujeitos passíveis de sanções econômicas. Em particular, o Conselho havia convidado os Estados membros das Nações Unidas a congelar os bens e recursos econômicos dos sujeitos da lista. À luz desta resolução, a Suíça decidiu congelar todos os fundos pertencentes aos requerentes presentes em seu território. Contra as ordens de confisco, os requerentes haviam interposto uma série de recursos, reclamando da falta de garantias processuais em nível internacional (incluindo a ausência de contra-interrogatório e a falta de imparcialidade e independência no procedimento com o qual a comissão do Conselho de Segurança havia inseriram seus nomes na lista) em violação ao Artigo 6, da CEDH e Artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. O Tribunal Federal Suíço havia rejeitado os recursos, decidindo que as obrigações decorrentes da Carta da ONU prevalecem sobre as disposições contidas em outros tratados internacionais, incluindo a CEDH e o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Segundo os órgãos jurisdicionais nacionais, cabia apenas a eles verificar se os nomes dos demandantes constavam da lista elaborada pela comissão e se os bens confiscados estavam ao seu alcance. Os requerentes decidiram recorrer ao Tribunal Europeu, alegando a violação do Artigo 6 CEDH pela negação de acesso a um juiz e ausência de garantias no confisco de seus bens. Com sentença de 21 de junho de 2016, a Grande Câmara condenou a Suíça por violar o Artigo 6 CEDH. Em particular, o Tribunal Europeu considerou que não havia conflito entre as normas da Carta da ONU e as normas da CEDH e que, na ausência de proibição expressa no texto da resolução da ONU, a mesma deveria ser interpretada no Artigo sentido de permitir aos

218 (nota de rodapé 39) Tribunal EDU, *Dombo Bebeer v. Holanda*, 14448/88, 27 de outubro de 1993, §§ 32, 33. A. Ashworth, M. Redmayne, *The Criminal Process*, Oxford, 2010, p. 34.

Estados Membros uma revisão judicial sobre as medidas de confisco e sobre o procedimento para adicionar pessoas à lista do Conselho de Segurança.

Palavras-chave: Artigo 103 da Carta das Nações Unidas – direito de acesso a um tribunal – finalidade legítima e proporcionalidade – sanções do Conselho de Segurança das Nações Unidas – *jus cogens*

Comentários: Annalisa Ciampi - Riccardo Pavoni - Marco Pedrazzi

Parecer concorrente do Juiz Pinto de Albuquerque acompanhado pelos Juízes Hajiyev, Pejchail e Dedov

ÍNDICE: I. Introdução (§ 1). – PRIMEIRA PARTE. As origens do conflito normativo (§§ 2-37). – II. O quadro regulamentar das Nações Unidas (§§ 2-27). – A. A interpretação do Artigo 103 da Carta (§§ 2-8). – i. A natureza da norma (§ 2). – ii. O âmbito de aplicação da regra (§§ 33-4). – iii. As limitações intrínsecas e extrínsecas à aplicabilidade da norma (§§ 5-6). – 4. A constitucionalização da Carta) (§§ 7-8). – B. A interpretação da Resolução 1483 (§§ 9-24). – i. A interpretação literal (§§ 9-12). – ii. A interpretação teleológica (§ 13). – iii. Interpretação contextual (§§ 14-16). – 4. Interpretação sistemática (§§ 17-24). – C. Conclusões preliminares. – III. O direito de acesso a um tribunal no direito internacional (§§ 28-37). – A. A natureza do direito de acesso a um tribunal (§§ 28-32). – i. No direito internacional humanitário e penal internacional (§§ 28-29). – ii. No contexto da proteção internacional dos direitos humanos (§§ 30-31). – iii. No contexto da proteção europeia dos direitos humanos (§ 32). – B. Uma norma de *jus cogens*? (§§ 33-35). – i. Em processos civis (§§ 33-34). – ii. Em processo penal (§§ 35). – C. Conclusões preliminares. – SEGUNDA PARTE. Resolução do conflito regulatório (§§ 38-70). – 4. O conflito entre as obrigações decorrentes da Carta e as obrigações decorrentes dos tratados de direitos humanos (§§ 38-50). – A. Soluções possíveis (§§ 38-44). – i. A primazia das obrigações decorrentes da Carta (§§ 38-39). – ii. A primazia das obrigações decorrentes dos tratados de direitos humanos (§§ 40-41). – iii. A harmonização da Carta e as obrigações decorrentes dos tratados de direitos humanos (§§ 42-44). – B. Crítica da motivação elaborada pela maioria (§§ 45-56). – i. A promessa quebrada de uma interpretação da Resolução 1483 (§§ 45-46). – ii. A «natureza constitucional» implícita do direito de acesso ao juiz (§§ 47-53). – iii. A solução mascarada do *Bosphorus* (§§ 54-56). – C. Conclusão preliminar (§§ 57-58). – V. Levar a Convenção a sério (§§ 59-70). – A. A natureza constitucional da Convenção (§§ 56-60). – B. A aplicabilidade do *Bosphorus* às obrigações decorrentes da Carta das Nações Unidas (§§ 61-64). – i. O escopo *ratione materiae* do *Bosphorus* (§§ 61-62). – ii. O âmbito *ratione temporis* do *Bosphorus* (§ 63). – iii. O escopo *ratione personae* do *Bosphorus* (§ 64). – C. A aplicação do *Bosphorus* ao

caso em questão (§§ 65-67). – D. Conclusão preliminar (§§ 68-70). – VI. Conclusão final (§§ 71-73).

I. INTRODUÇÃO (§ 1)

Junto-me à maioria na detecção de uma violação do Artigo 6 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (“a Convenção”). No entanto, não aderi a uma parte significativa de sua motivação. Ao contrário da maioria que encontrou na Resolução 1483 do Conselho de Segurança das Nações Unidas (“o Conselho de Segurança”) muito mais do que ela garante ou mesmo permite²¹⁹, um conflito normativo entre a obrigação do Estado acordado de implementar a Resolução 1483 e as obrigações decorrentes da Convenção para respeitar o direito dos requerentes de acesso a um tribunal. Para resolver esse conflito regulatório, minha opinião aborda, em primeiro lugar, as origens da questão. Para tanto, o quadro jurídico das Nações Unidas – em particular o Artigo 103 da Carta das Nações Unidas (“a Carta”) e a Resolução 1483 – por outro lado, o direito de acesso a um tribunal em direito internacional humanitário e penal, direito internacional dos direitos humanos e direito europeu dos direitos humanos. A segunda parte do parecer é, no entanto, dedicada a resolver o conflito normativo entre as obrigações decorrentes das resoluções do Conselho de Segurança e as obrigações decorrentes dos tratados de direitos humanos – mais justamente entre as obrigações decorrentes, respectivamente, da Resolução 1.483 e do Artigo 6 da Convenção. Depois de discutir as duas soluções (radicalmente) opostas, que consistem na prevalência da primeira sobre a segunda e vice-versa, bem como a terceira solução que prevê evitar o conflito, apresento minhas dúvidas sobre a solução dada nesta frase. Por fim, partindo dessa crítica, proponho uma solução diferente para o conflito normativo, com base na hipótese da natureza constitucional da Convenção. Levar a Convenção a sério permite a aplicação do método analítico comparativo do *Bosphorus*²²⁰ às obrigações decorrentes da Carta da ONU. Concluo, com base nesse método, que o Artigo 6 da Convenção certamente foi violado no presente caso.

PRIMEIRA PARTE

AS ORIGENS DO CONFLITO NORMATIVO (§§ 2-37)

II. O quadro regulamentar das Nações Unidas (§§ 2-27)

219 (nota de rodapé 1) Resolução 1483 (2003) do Conselho de Segurança da ONU sobre a situação entre Iraque e Kuwait, 22 de maio de 2003, S/RES/1483 (2003).

220 (nota de rodapé 2) Veja *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda* [GC], não. 45036/98, CEDH 2005-VI (“Bosphorus”).

A. A interpretação do Artigo 103 da Carta (§§ 2-8)

i. A natureza da norma (§ 2)

1. O Artigo 103 da Carta das Nações Unidas não é uma fonte primária de obrigações, mas sim uma norma secundária relativa a conflitos regulatórios entre obrigações decorrentes da Carta e aquelas decorrentes de outros acordos internacionais.²²¹ A fim de salvaguardar a eficácia e a integridade da ordem jurídica das Nações Unidas, o conflito é resolvido por uma norma processual que dá prioridade ao primeiro sobre o segundo. Como o Artigo 30 da Convenção de Viena sobre a Interpretação dos Tratados (a Convenção de Viena), Artigo 46 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), Artigo 131 da Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948 (a Carta da OEA) e o sétimo princípio da Declaração sobre os princípios do direito internacional relativos às relações amistosas e à cooperação entre os Estados sob a Carta das Nações Unidas²²², a regra de conflito estabelecida que a Carta não levar à revogação *ipso jure* ou à suspensão de fato do tratado ou acordo internacional conflitante. A obrigação prevalecente simplesmente anula a obrigação conflitante, cuja validade jurídica permanece inalterada. Além disso, enquanto o conflito regulatório persistir²²³, o não cumprimento da obrigação conflitante não resulta em qualquer responsabilidade.

ii. O âmbito de aplicação da norma (§§ 3-4)

2. O âmbito de aplicação da norma inclui, por um lado, todas as obrigações decorrentes da Carta e de decisões vinculantes dos órgãos das Nações Unidas – como, por exemplo, as resoluções do Conselho de Segurança adotadas sob o Capítulo VII da Carta²²⁴ – e, por outro lado, todas as obrigações decorrentes de outros tratados ou acordos presentes ou futuros, bilaterais ou multilaterais (incluindo tratados e acordos com países não membros da ONU²²⁵), bem como as

221 (nota de rodapé 3) O papel do Tribunal é obviamente interpretar o Artigo 103 da Carta e encontrar uma solução aplicável ao caso em questão (ver, *mutatis mutandis*, *Behrami e Behrami c. França, e Šaramatí c. França, Alemanha e Noruega* (dec.) [GC], nos. 71412/01 e 78166/01, § 122, 2 de maio de 2007 (“*Behrami*”).

222 (nota de rodapé 4) A/RES/25/2625, 24 de outubro de 1970.

223 (nota de rodapé 5) Artigo 59 do Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional (CDI) sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos, com comentários, no Anuário da Comissão de Direito Internacional, 2001, vol. II, Parte II.

224 (nota de rodapé 6) Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua (Nicarágua c. Estados Unidos da América), Jurisdição e admissibilidade, Sentença, Relatórios da CIJ 1984, p. 392, § 107, e “Fragmentação do direito internacional: dificuldades emergentes da diversificação e expansão do direito internacional”, relatório do Grupo de Estudos da Comissão de Direito Internacional, A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006 (“Relatório sobre a fragmentação do DTA”), §§ 331-332.

225 (nota de rodapé 7) Isso deixa evidentemente em aberto a questão da responsabilidade dos Estados terceiros em decorrência da aplicação do Artigo. 103 (Relatório sobre a fragmentação do DTA, cit., § 343).

obrigações decorrentes do direito internacional consuetudinário.²²⁶ As obrigações decorrentes dos tratados fundadores de organizações internacionais e regionais também são levadas em consideração pelo artigo 103, apesar de essas organizações não serem partes da Carta. *A fortiori*, a regra se estende às obrigações legais ou contratuais de um Estado em relação a uma pessoa física ou jurídica.²²⁷ Em outras palavras, as resoluções do Conselho de Segurança podem criar obrigações para qualquer Estado, organização internacional ou regional, entidade privada ou indivíduo: essas obrigações prevalecem, em situações específicas, sobre direitos e obrigações anteriores ou futuras, de natureza contratual ou consuetudinária, de fonte legislativa ou contratual.

3. Nesse sentido, o escopo da norma não inclui o conflito entre as obrigações decorrentes da Carta e as obrigações constitucionais – isto é, as obrigações decorrentes da estrutura constitucional de um Estado. Na ordem jurídica internacional, um Estado não pode fazer uso de sua legislação nacional, inclusive de sua Constituição, para fugir às obrigações decorrentes do direito internacional aplicável e, em particular, às obrigações decorrentes da Carta das Nações Unidas.²²⁸ Os compromissos constitucionais não podem servir para contornar as obrigações do direito internacional. A autoridade predominante das obrigações internacionais sobre o direito nacional, incluindo o direito constitucional, foi expressamente reconhecida no direito internacional dos direitos humanos, uma vez que os tratados de direitos humanos não apenas vinculam os Estados-membros, mas também reconhecem os direitos e liberdades dos Estados-membros (ver, neste sentido, o artigo 1 da Convenção).

iii. As limitações intrínsecas e extrínsecas à aplicabilidade da regra (§§ 5-6)

4. Existem limites intrínsecos e extrínsecos à aplicabilidade da regra, estabelecidos no Artigo 103. Em primeiro lugar, o Artigo 103 pressupõe a legitimidade das obrigações em questão. No caso de atos *ultra vires*²²⁹ ou contrários aos objetivos da Carta, não se aplica a mesma disposição. Isso não é realmente uma exceção à regra, mas um requisito intrínseco para sua aplicabilidade. Portanto,

226 (nota de rodapé 8) Relatório sobre a fragmentação do DTA, cit., § 345.

227 (nota de rodapé 9) *Ibid.*, § 355. O Conselho de Segurança muitas vezes exige que todos os Estados, incluindo os Estados que não são membros das Nações Unidas, “atuem de acordo com as disposições desta resolução, apesar da existência de qualquer direito ou obrigação conferida ou imposta por tratados internacionais ou qualquer contrato em vigor ou qualquer licença ou autorização concedida antes da data de vigência das medidas impostas” (ver, por exemplo, Resolução 661 (1990), 748 (1992), 917 (1994), 1267 (1999), 1306 (2000)). Esta prática foi aceita pela União Europeia (ver, por exemplo, o Artigo 8, do Regulamento (CE) n. 1263/94 do Conselho, de 30 de maio de 1994). Relatório sobre a fragmentação do CDI.

228 (nota de rodapé 10) Ver Tratamento de cidadãos poloneses e outras pessoas de ascendência polonesa ou Discurso no Território de Danzig, Parecer Consultivo, 1932, CPGI, Série A / B, No. 44 (4 de fevereiro), p. 24, e Aplicabilidade da obrigação de arbitragem sob a Seção 21 do Acordo da Sede das Nações Unidas de 26 de junho de 1947, Parecer Consultivo, Relatórios da CIJ 1988, p. 12, § 57. Artigo 27 da Convenção de Viena confirma uma regra consolidada de direito internacional consuetudinário, reafirmada pelo Artigo 3 do projeto de artigos do DTA sobre a responsabilidade dos estados.

229 (nota de rodapé 11) Relatório sobre a fragmentação do CDI, cit., §331.

por exemplo, as resoluções do Conselho de Segurança que claramente conflitam com os objetivos e princípios das Nações Unidas (Artigo 24, § 2, da Carta) não se beneficiam da “regra de prevalência”. Antes de aplicar o Artigo 103, a legitimidade intrínseca da resolução deve, portanto, ser avaliada.

5. Um verdadeiro limite extrínseco à aplicabilidade do Artigo 103 é constituído por *jus cogens*²³⁰: a decisão mais competente sobre o assunto é dada pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) no caso *Barcelona Traction*.²³¹ As resoluções do Conselho de Segurança que violam o *jus cogens* são ilegítimos em si mesmos e, portanto, impedem a aplicabilidade do Artigo 103.14. Portanto, antes da aplicação do Artigo 103²³², a legitimidade externa da resolução do Conselho de Segurança deve ser examinada.

iv. A constitucionalização da Carta? (§§ 7-8)

6. Uma vez que as pessoas são o epicentro do direito internacional, os direitos humanos são hoje um fator central na legitimação do direito internacional. Como um novo *Esperanto* universal, a linguagem do direito internacional dos direitos humanos está centrada no indivíduo e não no estado. O papel fundamental do poder soberano é ser responsável pela proteção dos direitos humanos.²³³ As relações entre um Estado e seus próprios cidadãos não são mais vistas, como no passado, como uma questão puramente interna. A revolução copernicana que o direito internacional abordou, por meio do nascimento do casal convenções de direitos humanos e suas congêneres regionais, criou uma nova narrativa no direito internacional com conotação constitucional, levando em conta sua força contrafactual.²³⁴ Os notáveis avanços no direito dos tratados das organizações internacionais e regionais, em particular das comunidades europeias, fizeram avançar o processo de constitucionalização do direito internacional. O documento final da Cúpula Mundial de 2005 trouxe esse processo a um ponto sem volta, uma vez que o assunto alcançou o status de *locus classicus* no direito internacional.²³⁵

230 (nota de rodapé 12) A partir do momento em que a Carta foi adotada antes do Artigo 53 da Convenção de Viena entrar em vigor, a relação entre a Carta e o *jus cogens* era regida pelo direito consuetudinário internacional. Relatório sobre a fragmentação do CDI.

231 (nota de rodapé 13) Ver *Barcelona Traction* (Bélgica c. Espanha) (Segunda fase), Acórdão, Relatórios da CIJ 1970, p. 3, § 34. Não obstante a terminologia *erga omnes*, os exemplos dados são, sem dúvida, *jus cogens*.

232 (nota de rodapé 14) Ver Resolução da Assembleia Geral da ONU 60/1, de 16 de setembro de 2005, que aprovou o documento em questão (A/RES/60/1).

233 nota de rodapé 15) Veja minha opinião em *Sargsyan c. Azerbaijão* [GC], não. 40167/06, CEDH 2015.

234 (nota de rodapé 16) Confirmando isso, já em 1932, Kelsen afirmava que questões tradicionalmente relacionadas ao direito constitucional, como os deveres do Estado para com seus cidadãos, podem ser avaliadas sob o direito internacional e, portanto, o desenvolvimento da proteção internacional dos direitos humanos e liberdades fundamentais exige fortemente a unidade do Estado de Direito (François Rigaux, “Hans Kelsen on International Law”, EJIL 9 (1998), p. 333).

235 (nota de rodapé 17) Ver Resolução da Assembleia Geral da ONU 60/1, de 16 de setembro de 2005, que aprovou o documento em questão (A/RES/60/1).

7. Embora a constitucionalidade tenha se separado progressivamente da condição de Estado, a hora do constitucionalismo global ainda não chegou. A Carta ainda não cumpre a dupla função de uma Constituição, como fonte de direito não derivado e como limite primário ao exercício do poder estatal e ao uso da força pública. Nem o princípio da especialidade das organizações internacionais, muito menos a falta de um território ou de uma população estável são fatores decisivos neste contexto. As razões para o buraco negro constitucional dentro das Nações Unidas são duas. Por um lado, a Corte Internacional de Justiça ainda não deu o passo de *Marbury*, confiando aos órgãos e autoridades das Nações Unidas – em particular seu órgão político e legislativo mais importante, o Conselho de Segurança – o controle constitucional efetivo.²³⁶ Por outro lado, as recomendações do Comitê de Direitos Humanos no âmbito do primeiro protocolo facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) não garantem um sistema de proteção não facultativa, vinculante e judicial dos direitos humanos, como teria necessário reconhecimento de uma efetiva limitação do poder estatal e da força pública. O objetivo da cooperação internacional em matéria de promoção e reforço do respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais de cada indivíduo (artigo 1. § 3 da Carta e do PIDCP, n. 4 do preâmbulo) não parece ser suficiente para compensar a falta de obrigações específicas de direitos humanos na Carta. Até o dia em que uma Corte Mundial de Direitos Humanos for estabelecida, com jurisdição obrigatória sobre os órgãos e funcionários das Nações Unidas e seus membros, ou até que a Corte Internacional de Justiça adquira jurisdição obrigatória nas mesmas áreas, as Nações Unidas não terão natureza constitucional. Do jeito que as coisas estão, pode haver uma fonte de direito não derivado emergindo no nível das Nações Unidas, mas não existe ainda uma verdadeira constituição global, na ausência de limites exigíveis no campo dos direitos humanos ao exercício do poder estatal e ao uso da força pública. Portanto, a Carta das Nações Unidas ainda não adquiriu a natureza de Constituição para a comunidade internacional e, conseqüentemente, não há uma relação hierárquica entre as obrigações decorrentes da Carta e as obrigações decorrentes de outros tratados e acordos internacionais, em particular os tratados de direitos humanos.

B. A interpretação da Resolução 1483 (§§ 9-24)

236 (nota de rodapé 18) O recall é para *Marbury c. Madison*, 5 EUA 137 (1803). Para a concepção dos poderes da CIG, ver Conseqüências Jurídicas para os Estados da Presença Contínua da África do Sul na Namíbia (África do Sudeste) apesar da Resolução 276 do Conselho de Segurança (1970), Parecer Consultivo, Relatórios da CIJ 1971, p. 16, § 89, e Acórdão do Tribunal Administrativo da OML sobre recursos contra a UNESCO, Parecer Consultivo de 23 de outubro de 1956, ICJ Reports 1956, p. 77 na pág. 85.

i. A interpretação literal (§§ 9-12)

8. A maioria argumenta que o senso comum da linguagem utilizada nas Resoluções 1483 (2003) e 1518 (2003)²³⁷ não proibiu explicitamente a fiscalização judicial das medidas adotadas nacionalmente sob a primeira dessas Resoluções.²³⁸ Levando em consideração as regras de interpretação das resoluções do Conselho de Segurança, eu discordo.²³⁹

9. A Resolução 1483 criou duas medidas de confisco diferentes: a primeira, prevista no § 23 (a), era um confisco real aplicável a todos os fundos ou outros ativos financeiros ou recursos econômicos do antigo governo do Iraque ou de seus órgãos, organizações e agências estatais localizados fora do Iraque; a outra, prevista no § 23 (b), era um confisco punitivo, com base em responsabilidade objetiva, aplicável a todos os fundos ou outros valores financeiros ou recursos econômicos que foram trazidos do Iraque, ou que foram adquiridos por Saddam Hussein ou outros altos funcionários do antigo regime iraquiano e os membros mais próximos de sua família, incluindo entidades de sua propriedade ou controladas direta ou indiretamente por eles ou por pessoas agindo em seu nome ou seguindo suas instruções. Esses indivíduos e entidades foram identificados por um “Comitê de Sanções”.

10. O Comitê de Sanções procedeu à identificação de pessoas físicas e jurídicas sem qualquer discricionariedade, nos termos do § 19 (“obrigatório”). Da mesma forma, todos os Estados membros foram obrigados a confiscar fundos e recursos sem qualquer discricionariedade, de acordo com o § 23 (“deve”). Em ambos os casos, nos termos do § 23 (a) e (b), não havia limite máximo para o valor dos bens confiscados, nem prazo máximo para a aplicação das medidas de confisco. Em princípio, a medida de confisco, com a transferência da propriedade e posse dos bens e recursos confiscados, teria sido definitiva e irreversível, com exceção da medida *ex post facto* extrajudicial e extrajudicial na forma de apresentação de uma “Reclamação” ao representante legal do governo iraquiano sobre bens ou outros recursos financeiros já “transferidos”. Não foram estabelecidos critérios para o exercício do poder de controle pela autoridade política. Não ficou claro se os “indivíduos e entidades não governamentais” que poderiam apresentar

237 Resolução do Conselho de Segurança 1518 (2003), 24 de novembro de 2003, S/RES/1518 (2003).

238 Ver § 143 da sentença.

239 A prática judicial internacional e a opinião doutrinária afirmaram certas regras de interpretação das resoluções do Conselho de Segurança, que derivam principalmente de uma aplicação *mutatis mutandis* das regras da Convenção de Viena sobre interpretação (ver Consequências legais para os estados, citado acima, p. 53, parágrafo 114. Problemas de interpretação e aplicação da Convenção de Montreal de 1971 decorrentes do Acidente Aéreo em Lockerbie (*Libia Árabe Jamahiriyac.c. EUA*), Medidas Provisórias, Portaria de 14 de abril de 1992, Relatórios da CIJ 1992, p. 114; Câmara de Apelações do Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia, Dusko Tadic, Decisão sobre a moção de defesa sobre jurisdição, IT-94-1, 2 de outubro de 1995, §§ 71-137; e, na doutrina, Michael Wood, “*The Interpretation of Security Council Resolutions*”, 2 Anuário de Leis da ONU Max Planck 77 (1978), e Sufyan Droubi, *Resisting United Nations Security Council Resolutions*, Rout Led, 2014, pgs. 7-10).

uma reclamação eram apenas as afetadas pelo confisco, ou se se referia a qualquer outra pessoa ou entidade legal agindo em seu nome ou seguindo sua orientação, ou qualquer outra pessoa com um interesse legal na transferência de fundos e recursos econômicos.

11. Com clareza suficiente, o uso de palavras como “sem demora” ou “imediatamente” indicou que não havia via alternativa legal para contestar o confisco perante uma autoridade independente, seja *ex ante* ou *ex post facto*. Qualquer meio legal teria levado a “atrasos” e impedido a transferência “imediate” de propriedade ou posse.²⁴⁰ A expressão “constrangimento anterior ou sentença judicial, administrativa ou arbitral” referia-se a decisões proferidas antes da data da mesma Resolução 1.483 e que tivessem adquirido força de caso julgado antes dessa data. O elemento literal de interpretação é, obviamente, a referência no § 23 (a) à “data de rescisão”. Portanto, a salvaguarda das decisões judiciais, administrativas ou arbitrais “anteriores” vinculadas ao patrimônio de pessoas físicas e jurídicas garantiu a trânsito em julgado das decisões judiciais, administrativas ou arbitrais transitadas em julgado a partir de 22 de maio de 2003. Os recursos sujeitos a essa coisa julgada foram imunes e não podiam ser confiscados.

ii. A interpretação teleológica (§ 13)

12. Tanto o Preâmbulo quanto o texto da Resolução 1483 preveem implementar uma resposta urgente e uniforme à comunidade internacional, a fim de financiar o renascimento econômico do Iraque após a guerra de 1990 e o subsequente programa de sanções de treze anos de sanções comerciais e financeiras.²⁴¹ A situação pós-conflito no Iraque foi tão dramática que foi considerada um perigo para a paz e a segurança internacionais, justificando medidas e ações “imediatas” de todos os Estados membros sob o Capítulo VII. Nesse sentido, a eficácia da resposta da comunidade internacional não poderia ser diminuída por procedimentos judiciais, administrativos ou arbitrais apresentados contra-medidas de confisco. Estes procedimentos eram em si incompatíveis *per se* com a exigência de celeridade do processo de perda. Além disso, o objetivo do Conselho de Segurança foi garantir uma resposta coesa por parte da comunidade internacional, a fim de evitar um processo diversificado, fragmentado e dependente das peculiaridades nacionais dos diferentes procedimentos legais de confisco e recur-

240 (nota de rodapé 22) A Resolução 1.483 evitou as expressões “necessário” ou “quando apropriado” na Resolução 1.390 (2002).

241 (nota de rodapé 23) Sobre a interpretação teleológica das Resoluções do Conselho de Segurança, ver Nada c. Suíça [GC], 10593/08, § 175, CEDH 2012; Yassin Abdullah Kadi e Fundação Internacional Al Barakaat c. Conselho da União Europeia e Comissão das Comunidades Europeu, processos apensos C-402/05 P e C-415/05 P (“Kadi I”), órgão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJ), Grande Secção, 3 de setembro de 2008, §§ 296-297; e Câmara de Recurso do TPIJ em Dusko Tadić, cit., §§ 72-78.

sos conexos. Procedimentos internos diferentes e prolongados para contestar medidas de confisco entrariam em conflito com o próprio propósito da Resolução.

iii. Interpretação contextual (§§ 14-16)

13. A Resolução 1483 foi aprovada no contexto histórico da reconstrução do Iraque e sua estrutura econômica após a queda do regime de Saddam Hussein.²⁴² Numa situação de absoluta falta de recursos e crise humanitária, a opção política do Conselho de Segurança consistiu em identificar os recursos que deveriam ter sido transferidos para o Fundo de Desenvolvimento do Iraque, substituindo algumas das sanções anteriores do “Comité 661” – que deixou de existir oficialmente em 22 de novembro de 2003. A partir dessa data, todas as proibições relacionadas ao comércio com o Iraque e à provisão de recursos financeiros e econômicos para o Iraque estabelecidas pela Resolução 661 foram encerradas (1990) – e por outras resoluções. Um ano depois, o mesmo risco levou à aprovação da Resolução 1546 (2004) sobre a formação de um governo provisório no Iraque. A reação da comunidade internacional foi pautada pelo direito internacional e pelos direitos humanos, aos quais o Conselho de Segurança faz referência explícita várias vezes nas Resoluções 1483 e 1546.²⁴³

14. Em um contexto diferente – o da luta contra a ameaça terrorista causada por Osama bin Laden e o Talibã – a Resolução 1452 (2002)²⁴⁴ previa exceções à Resolução 1267 (1999)²⁴⁵ e Resolução 1390 (2002)²⁴⁶, sobre fundos e recursos definidos pelo(s) Estado(s) como necessários para as despesas básicas, para o pagamento dos salários dos profissionais e o reembolso de despesas relacionadas com serviços jurídicos, para os honorários e compensações relativos aos serviços ordinários de administração ou manutenção de fundos congelados ou outros recursos financeiros e recursos econômicos, para despesas extraordinárias. A Resolução 1483 não previa tais exceções de acordo com a política estritamente orientada para os recursos do Conselho de Segurança.²⁴⁷

242 A interpretação sistemática das resoluções do Conselho de Segurança também foi levada em consideração pelo Tribunal em Nada, citado acima, e pela Câmara de Apelações do TPIJ no caso Dusko Tadic, cit., §93.

243 (nota de rodapé 25) Enquanto a Resolução 1483 (2003) fez três referências a “direito internacional” e uma única referência a “direitos humanos”, a Resolução 1546 (2004) fez duas referências a “direitos humanos” e apenas um ao “direito internacional”. Deve-se notar que a Resolução 1390 (2002) sobre o conflito no Afeganistão não fez referência a “direito internacional” ou “direitos humanos”.

244 (nota de rodapé 26) Resolução do Conselho de Segurança 1452 (2002) sobre Ameaças à Paz e Segurança Internacionais Causadas por Atos de Terrorismo, 20 de dezembro de 2002, S/RES/1452 (2002).

245 (nota de rodapé 27) Resolução do Conselho de Segurança 1267 (1999) em sua 4051ª reunião em 15 de outubro de 1999, S/RES/1267 (1999).

246 (nota de rodapé 28) Resolução do Conselho de Segurança 1390 (2002) sobre a situação no Afeganistão, 16 de janeiro de 2002, S/RES/1390 (2002).

247 (nota de rodapé 29) A página web do Comitê de Sanções 1518 confirma que “nenhuma” exceção está prevista para o congelamento de bens; <https://www.un.org/sc/suborg/en/sanctions/1518> (último acesso em 22 de abril de 2016).

15. Em 24 de novembro de 2003, na Resolução 1518 (2003) foi decidido estabelecer, com efeito imediato, um Comitê do Conselho de Segurança (“o Comitê 1518”) – composto por todos os membros do Conselho – para continuar identificando, conforme ao § 19 da Resolução 1.483, as pessoas físicas e jurídicas indicadas no § 23 da mesma Resolução, e adotar diretrizes²⁴⁸ e definições²⁴⁹ previamente acordadas pelo Comitê instituído nos termos do § 6 da Resolução 661 (1990). As “Orientações para a aplicação dos §§ 19 e 23 da Resolução 1.483 (2003)” contêm breves indicações relacionadas ao processo decisório do Comitê. O “Documento informal sobre a implementação do § 23 da Resolução 1483 (2003)” – “não vinculante” – foi discutido pelos membros do Comitê e “reflete sua crença comum”, ampliando a interpretação de algumas definições da Resolução 1483.

iv. Interpretação sistemática (§§ 17-24)

16. Na declaração da Cúpula Mundial de 2005, a Assembleia Geral instou o Conselho de Segurança, com o apoio do Secretário-Geral, a garantir que procedimentos claros e justos fossem implementados para a imposição e suspensão de sanções, incluindo a garantia de exceções humanitárias.²⁵⁰ A resposta do Conselho de Segurança ao chamado de Viena foi variada. Na maioria dos casos, foi estabelecido um Ponto Focal para examinar os pedidos de remoção das listas de sanções dos seguintes Comitês: 751 (1992) e 1907 (2009) relativos à Somália e Eritreia; 1518 (2003); 1521 (2003) relativo à Libéria; 1533 (2004) relativa à República Democrática do Congo; 1572 (2004) relativo à Costa do Marfim; 1591 (2005) relativo ao Sudão; 1636 (2005); 1718 (2006); 1970 (2011) relativo à Líbia; 1988 (2011); 2048 (2012) relativo à Guiné-Bissau; 2127 (2013) relativa à República Centro-Africana; 2140 (2014); 2206 (2015) relativa ao Sudão do Sul. A Ouvidoria Civil foi criada para as pessoas constantes da lista do Comitê 1267/1989/2253 (“lista de sanções relativas ao ISIS (Da’esh) e Al-Qaeda”).²⁵¹ Essas duas respostas constituem abordagens totalmente diferentes para o mesmo

248 (nota de rodapé 30) Ver SC / 7791 IK / 365 de 12 de junho de 2003.

249 (nota de rodapé 31) Ver SC / 7831 IK / 372 de 29 de julho de 2003.

250 (nota de rodapé 32) Resolução 60/1 da AGNU, ver acima.

251 (nota de rodapé 33) Resolução do Conselho de Segurança 2253 (2015), Nova Lista de Sanções do ISIL (Da’esh) e Al-Qaeda, 17 de dezembro de 2015, S / RES / 2253 (2015).

problema jurídico. Uma interpretação lógica e sistemática de sua interação é necessária para compreender verdadeiramente o significado de cada um deles.²⁵²

17. Em 14 de dezembro de 2005, o novo “Comitê 1518” adotou sua “Diretrizes para exclusão da lista”.²⁵³ Posteriormente, a Resolução 1730 (2006)²⁵⁴ adotou o procedimento de retirada da lista e solicitou ao Secretário do Conselho de Segurança a definição de um *Focal Point* para receber os pedidos de retirada da lista e abranger o papel de intermediário entre os requerentes e o Comitê. As pessoas em causa poderiam ter feito este pedido através do *Focal Point* ou através do seu país de origem ou residência. O *Focal Point* foi responsável por apresentar tais solicitações ao(s) governo(s) designado(s) e ao(s) governo(s) de origem e residência. Estes, antes de qualquer recomendação para removê-los da lista, deveriam consultar o governo que originalmente designou a pessoa para inclusão na lista. Se, portanto, o cancelamento foi recomendado, por escrito e motivado, por um desses governos após a consulta, o pedido foi colocado na agenda do Comitê por seu presidente. Em vez disso, se um desses governos se opusesse à solicitação de cancelamento, o *Focal Point* notificaria o Comitê e encaminharia cópias da solicitação. Qualquer membro do Comitê em posse de informações para apoiar a solicitação de cancelamento de assinatura foi convidado – não obrigatório – a compartilhar as informações com os governos. O Estado designado não foi obrigado a fornecer qualquer informação em defesa ao Comitê. Se após três meses nenhum dos governos que examinaram o pedido de cancelamento tiver feito comentários, qualquer membro do Comitê poderá, após consulta ao(s) governo(s) designado(s), recomendar o cancelamento mediante solicitação ao Presidente do Comitê. Se após um mês nenhum membro do Comitê tivesse recomendado o cancelamento, o pedido seria considerado indeferido. O Comitê também tinha o poder de aceitar o pedido e excluir o nome de uma pessoa da lista. Embora o preâmbulo se referisse a “aceitar exceções humanitárias”, o texto da Resolução 1730 (2006) omitiu qualquer referência a tais “exceções”. Novamente em 2006, outro importante passo foi dado com a Resolução 1.735 (2006).²⁵⁵ Ao propor os nomes ao Comitê para inclusão na Lista Consolidada, os Estados deveriam apresentar uma declaração sobre o caso, fornecendo o maior número possível de detalhes com base na lista.

252 (nota de rodapé 34) Sobre a interpretação lógica e sistemática das Resoluções do Conselho de Segurança, ver Câmara de Apelações do TPIJ no caso *Dusko Tadić*.

253 (nota de rodapé 35) As “Diretrizes de cancelamento de assinatura” do Comitê 1518, publicadas em seu site, começam com as palavras “sem prejuízo dos procedimentos disponíveis”, mas sem outra especificação. Consulte <https://www.un.org/sc/suborg/en/sanctions/1518/materials/delisting-guidelines> (último acesso em 11 de maio de 2016).

254 (nota de rodapé 36) Resolução do Conselho de Segurança 1730 (2006), Questões Gerais Relativas a Sanções, 19 de dezembro de 2006, S/RES/1730 (2006).

255 (nota de rodapé 37) Resolução do Conselho de Segurança 1735 (2006), Ameaças à Paz e Segurança Internacionais Causadas por Atos de Terrorismo, 22 de dezembro de 2006, S/RES/1735 (2006).

18. 2008 acabou por ser o *annus horribilis* para o mecanismo de sanções. Após três sucessivas reprimendas diretas – em alguns casos até cáusticas – pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa em 23 de janeiro (“Este procedimento é totalmente arbitrário e sem credibilidade”)²⁵⁶, pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em 3 de setembro²⁵⁷ e pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas (CDU) em 29 de dezembro²⁵⁸, o Conselho de Segurança finalmente decidiu tomar medidas sérias para resolver as raízes das críticas políticas e judiciais. Em sua luta contra a Al-Qaeda, Osama bin Laden e o Talibã, bem como outras pessoas, grupos, empresas e entidades a eles associadas, a Resolução 1904 (2009)²⁵⁹ decidiu que, ao considerar os pedidos de cancelamento de assinatura, o Comitê seria auxiliado por um gabinete da Ombudsperson²⁶⁰. O Ombudsperson teria desempenhado essas tarefas de forma independente e imparcial, sem seguir ou receber orientação de nenhum governo.²⁶¹ O Ombudsperson não tinha poder para revogar as decisões do Comitê ou enviar recomendações ao Comitê.²⁶²

19. A Resolução 1989 (2011)²⁶³ também especificou jurisdição e métodos operacionais da Ombudsperson. Duas medidas principais foram tomadas. Em primeiro lugar, a Ombudsperson recebeu o poder de enviar recomendações, dentro de um relatório geral, sobre a retirada da lista de pessoas, grupos, empresas e entidades que solicitaram a retirada da lista de sanções contra a Al-Qaeda por

256 (nota de rodapé 38) Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, Resolução 1597 (2008), Listas Negras do Conselho de Segurança das Nações Unidas e da União Europeia, 23 de janeiro de 2008.

257 (nota de rodapé 39) Kadi I, 3 de setembro de 2008.

258 (nota de rodapé 40) Recurso ao CDU n. 1472/2006, CCPR/C/94/D/1472/2006, 29 de dezembro de 2008.

259 (nota de rodapé 41) Resolução do Conselho de Segurança 1904 (2009) (sobre a continuação das medidas impostas contra o Talibã e a Al-Qaeda), 17 de dezembro de 2009, S/RES/1904 (2009).

260 (nota de rodapé 42) Além dos relatórios anuais relacionados, estes documentos são particularmente úteis para avaliar a prática do Ombudsman: Declaração do Ombudsman durante sessão pública nos Estados membros, 23 de novembro de 2015; Observações na 49ª reunião do Comitê de Peritos Jurídicos em Direito Internacional Público (CADHI) do Conselho da Europa em Estrasburgo, França, 20 de março de 2015; Relatório do Ombudsman durante sessão pública do Conselho de Segurança sobre “Métodos de trabalho do Conselho de Segurança” (S/2014/725) sobre o tema “Proteção do devido processo em regimes sancionadores”, 23 de outubro de 2014; Observação do Ombudsperson na conferência sobre “Julgamento Justo nos Comitês de Sanções da ONU” na Fordham Law School, 26 de outubro de 2012; Carta do Provedor de Justiça ao Presidente do Conselho de Segurança, S/2012/590, 30 de julho de 2012; Observações do Ombudsman durante a mesa redonda sobre o Conselho de Segurança da ONU, Sanções e o Princípio de Legalidade, 31 de maio de 2012 (Kimberly Prost, “O Escritório do Ombudsman; a Case for Fair Process”); Palestra proferida pelo Ombudsperson no Instituto de Pesquisas Jurídicas da Universidade Nacional Autônoma do México, 24 de junho de 2011; Comentários introdutórios de Kimberly Prost, Ombudsperson na 41ª reunião do CAHDI, 18 de março de 2011; Relatório do Ombudsman durante a reunião informal anual dos assessores jurídicos dos ministros das Relações Exteriores dos Estados membros das Nações Unidas, 25 de outubro de 2010.

261 (nota de rodapé 43) Como a própria Ombudsperson afirmou, o nascimento do Gabinete foi “difícil”, pois foi “produto de um compromisso entre duas perspectivas muito diferentes sobre o uso do poder sancionador do Conselho de Segurança” (Kimberly Prost, 18 de março de 2011).

262 (nota de rodapé 44) A própria Ombudsperson salientou que “estruturalmente, a Ombudsperson não existe e os acordos administrativos e contratuais que a sustentam não garantem na prática qualquer salvaguarda institucional para sua independência” (Relatório da Ombudsperson, 23 de outubro de 2014, cit., p. 4). “Não há proteção institucional para defender a independência da Ombudsperson, o que a deixa muito vulnerável, especialmente porque enfrenta o período de transição iminente (Observações da Ombudsperson, 20 de março de 2015, cit., P”.

263 (nota de rodapé 45) Resolução do Conselho de Segurança 1989 (2011) sobre a ampliação do mandato do Ombudsperson estabelecido pela Resolução 1267 (1999) e a criação de uma nova lista de sanções contra a Al-Qaeda, 17 de junho de 2011, S / RES / 1989 (2011).

meio da Ombudsperson.²⁶⁴ Se o Ombudsperson tivesse recomendado a rejeição da exclusão, a pessoa teria permanecido na lista. Se o Ombudsperson tivesse recomendado que o Comitê considerasse a exclusão da lista, a obrigação dos Estados de implementar a Resolução cessaria automaticamente em relação ao indivíduo, grupo, empresa ou entidade dentro de 60 dias após o Comitê ter concluído um parecer sobre o relatório completo da Ouvidoria, a menos que o Comitê tenha decidido por unanimidade antes do prazo de 60 dias que a obrigação deveria permanecer em vigor em relação à pessoa, grupo, empresa ou entidade. Assim, a anterior obrigação de unanimidade no sentido positivo de eliminação da lista foi substituída por presunção de anuência, que poderia ter sido derrubada pelo voto unânime explícito de 15 membros da Comissão. Esse “consenso reverso” foi a segunda mudança decisiva para reforçar a posição da Ombudsperson: a partir de então, prevaleceu a recomendação do cancelamento da lista da Ombudsperson na ausência de uma posição compartilhada do Comitê em contrário ou de um encaminhamento e votação do Conselho de Segurança. Nos casos em que o consentimento não foi obtido, o Presidente foi obrigado, a pedido de um membro do Comitê, a submeter a questão do cancelamento daquele indivíduo, grupo, empresa ou entidade ao Conselho de Segurança, a fim de obter uma decisão no prazo de 60 dias (“o mecanismo de disparo”). A possibilidade de reversão do resultado por consenso do Comitê ou a superação da recomendação da Ombudsperson pelo Conselho de Segurança incluiu um elemento político decisivo no processo, agravado pela falta de qualquer obrigação de motivar sua decisão pelo Conselho de Segurança.²⁶⁵ O mesmo procedimento foi seguido quando o Estado designador apresentou o pedido de remoção da lista.

20. A Resolução instou fortemente os Estados Membros a encaminhar todas as informações relevantes ao Ombudsman, incluindo informações confidenciais relevantes, quando necessário, pois o Ombudsman está vinculado a quaisquer limites de confidencialidade impostos a esse tipo de informação pelo Estado Membro que compartilhou. Nesse sentido, qualquer informação faltante não teria sido incluída no relatório geral e recomendações do Ombudsman. Isso teria conduzido, em princípio, a uma vantagem importante para o recorrente: o caso levado ao seu conhecimento teria sido o mesmo em que se baseou a recomendação. Além disso, o relatório teria “nivelado” as informações dentro do Comitê, pois todos os quinze membros teriam acesso às mesmas informações.²⁶⁶ Como, porém, não havia obrigação de compartilhar informações com o Ouvi-

264 (nota de rodapé 46) Desde a sua criação, o relatório completo tem sido utilizado pelo Provedor de Justiça como meio de assegurar que a posição do requerente foi ouvida pelo decisor (Lição no instituto de investigação jurídica, cit., P. 6).

265 (nota de rodapé 47) Ver Kimberley Prost, “The Office of the Ombudsperson; um Caso para um Processo Justo”, p. 4 (https://www.un.org/sc/suborg/sites/www.un.org.sc.suborg/files/fair_process.pdf (último acesso em 22 de abril de 2016)).

266 (nota de rodapé 48) Ver Kimberley Prost, “The Office of the Ombudsperson”, p. 2.

dor, nada impedia que os Estados que as fornecessem transmitissem informações não compartilhadas com o Ombudsman ao Comitê e a alguns de seus membros, com o risco de que o caso pudesse ser decidido com base de informações que não foram comunicadas ao demandante nem analisadas pelo Ombudsman.²⁶⁷ Em outras palavras, o Comitê da Al-Qaeda continuou a atuar como juiz em seus próprios casos e o exercício dos poderes de investigação e provas do Ombudsperson ainda estava sujeito ao livre arbítrio dos Estados.²⁶⁸ O recorrente e o público foram, em grande medida, privados da possibilidade de aceder ao relatório global do Ombudsman, às suas conclusões, às provas incriminatórias e exoneratórias e também à identidade do Estado que o designou.²⁶⁹ Essas fraquezas não foram corrigidos pelas novas obrigações impostas de divulgar publicamente um documento descrevendo os motivos da inclusão na lista e os motivos da rejeição dos pedidos de cancelamento.²⁷⁰

21. Por fim, a Resolução incentivou os Estados Membros a fazer uso das disposições relativas às exceções disponíveis, identificadas pelos §§ 1 e 2 da Resolução n. 1452 (2002) – alterada pela Resolução n. 1735 (2006) – e convidou o Comitê a revisar os procedimentos para exceções, conforme estabelecido nas diretrizes do Comitê, para facilitar seu recurso pelos Estados Membros e continuar a garantir que as exceções sigam um procedimento rápido e transparente. A Resolução 2161 (2014)²⁷¹ decidiu que o mecanismo do *Focal Point* poderia receber solicitações de pessoas físicas, grupos, empresas e entidades designadas para exceções. De qualquer forma, o assunto permaneceu à discrição do Comitê.

22. Uma interpretação sistemática dos protocolos de retirada do rol da Resolução 1730 (2006) e da Resolução 1904 (2009) – posteriormente complementada pela Resolução 1989 (2011) – mostra uma diferença abismal: o primeiro deles não atinge nem as garantias mínimas de equidade previsto pelo segundo.²⁷²

267 (nota de rodapé 49) Após a entrada em funcionamento do escritório, a própria Ombudsperson admitiu que o processo “não foi transparente”, referindo-se à não publicação de relatórios fora da Comissão, mas, a critério, a alguns Estados interessados mediante solicitação e à relutância dos Estados em divulgar detalhes e acesso a informações confidenciais (Reunião informal entre assessores jurídicos, p. 2; Briefing da Ouvidoria, p. 3; e Notas da Ombudsperson, pág. 5).

268 (nota de rodapé 50) Parece haver uma prática entre os estados de respeitar a posição do Ombudsman. Segundo o Ombudsperson, “em todos os casos concluídos após a Resolução 1989 (2001), prevaleceu a decisão de um mecanismo independente e imparcial em termos de verificação dos pedidos de cancelamento” (Nota dell’Ombudsperson, 25 de outubro de 2010, p. 3).

269 (nota de rodapé 51) Para essas críticas, ver: o relatório do Relator Especial da ONU sobre a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais na luta contra o terrorismo, 26 de setembro de 2012, A/67/396 (“Relatório Emmerson”); o relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos sobre a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais na luta ao terrorismo, 15 de dezembro de 2010, A/HRC/16/50 (“Relatório do Alto Comissariado 2010”); e o relatório do Relator Especial da ONU sobre a promoção e proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais na luta contra o terrorismo, 6 de agosto de 2010, A/65/258 (“Relatório Scheinin 2010”).

270 (nota de rodapé 52) Recentemente, a Comissão de 1518 disponibilizou um “relatório de motivação de listagem” puramente formalista das motivações e evidências da Montana Management, Inc.

271 (nota de rodapé 53) Resolução 2161 (2014) do Conselho de Segurança “sobre os perigos para a paz e a segurança internacionais causados por atos terroristas da Al-Qaeda”, 17 de junho de 2014, S/RES/2161 (2014).

272 (nota de rodapé 54) Como a própria Provedora afirmou: “o mecanismo do *Focal Point*, devido à sua natureza e estrutura, não possui as características fundamentais necessárias para funcionar como um mecanismo de revisão independente, o que poderia constituir um recurso eficaz” (*Briefing of the Ombudsperson*, 23 de outubro de 2014).

O *Focal Point* não examinou os fatos subjacentes aos pedidos de cancelamento, não tendo acesso a elementos de prova que sustentem a inclusão na lista. O «Comitê 1518», órgão competente para acrescentar nomes à lista, era também o órgão responsável pelo cancelamento de pessoas físicas ou jurídicas da lista, nos termos das Resoluções 1.483 e 1.730, atuando com base em procedimento sigiloso e inquisitivo. O Comitê tomou uma decisão política, por maioria de votos, resultado de negociações internas, interestaduais e diplomáticas. O veto injustificado de um único membro foi suficiente para bloquear o procedimento cancelamento, sem que o reclamante tenha o direito de saber quem impôs o veto e por quais motivos.

23. Sem nenhum raciocínio óbvio para tal diferença no tratamento de indivíduos que enfrentam certas sanções, a arbitrariedade da gama de sanções foi agravada ainda mais quando os indivíduos foram retirados da lista de sanções “de primeira linha” (renomeadas) da Al-Qaeda “Lista de sanções contra ISIS (Da’esh) e Al-Qaeda”) e posteriormente reinsertado em outra lista de “segundo nível”, como se este último regime tivesse sido usado como um “pega tudo” para punir aqueles que conseguiram superar a tortura do primeiro.²⁷³ Erros flagrantes como o da Resolução 1530 (2004), que atribuiu os ataques de Madri de 2004 à organização ETA, serviram para tornar ainda mais trágica a perspectiva daqueles indivíduos capturados por essa máquina punitiva kafkiana.

C. Conclusões preliminares

24. A Carta das Nações Unidas ainda não tem a natureza de uma Constituição para a comunidade internacional. Nesse sentido, o Artigo 103 da Carta é norma processual, sem que haja efeito substancial, direto ou indireto, para as disposições de tratados e acordos que contenham obrigações conflitantes. As obrigações decorrentes das resoluções do Conselho de Segurança não constituem exceção a esta regra de resolução não hierárquica de conflitos.

25. A Resolução 1483 criou dois tipos de medidas de confisco, com diferentes requisitos: um confisco real aplicável aos fundos e recursos do governo anterior do Iraque e um confisco baseado na estrita responsabilidade punitiva de fundos e recursos, pertencentes ou possuídos pela antiga classe política iraquia-

273 (nota de rodapé 55) Conforme criticado pela própria Ombudsperson, Kimberley Prost, “*The Office of the Ombudsperson*”, cit., P. 5, e o Relatório do Ombudsman, cit., P. 1. Posteriormente, o Ombudsperson concluiu que este procedimento tinha “vantagens significativas em relação a um julgamento em tribunal”, acrescentando que “é um procedimento simples, pode ser iniciado com um e-mail, o demandante pode comunicar na língua da sua escolha, “Não é necessária a assistência de advogado, não há custos e há prazos limitados que o tornam relativamente rápido” (Observações do Ombudsperson, 20 de março de 2015, cit., p. 4). Opor-me-ia a este argumento pelo facto de não ser necessária muita imaginação para conceber um processo judicial simplificado, urgente e completo. Afirmou ainda que a fiscalização jurisdicional não podia ter em conta situações em evolução. E a isso eu responderia que nada impede um tribunal de proceder a um novo reexame da situação inicial. É exatamente o que acontece com a avaliação do perigo de um sujeito nas medidas de segurança europeias (*strafrechtliche Maßnahmen*, medidas de segurança) aplicadas no âmbito do processo penal.

na. A referência no preâmbulo à “necessidade de procurar os responsáveis pelos crimes e atrocidades cometidos pelo anterior regime iraquiano” e o apelo “aos Estados membros para que neguem um porto seguro aos membros do anterior regime iraquiano que se consideram responsáveis por crimes e atrocidades” e “apoiar ações que os levem à justiça” tornam ainda mais claro o caráter punitivo do confisco.²⁷⁴ As consequências para os indivíduos da lista e para suas famílias podem ser tão graves que eles foram descritos como “reais prisioneiros do Estado”.²⁷⁵

26. As próprias medidas de confisco são imputáveis aos Estados que as executam. Portanto, nos termos do Artigo 1 da Convenção, as Partes Contratantes da Convenção são responsáveis por seus atos e omissões organismos que surgem da necessidade de cumprir obrigações internacionais. No entanto, não foi garantido o acesso a qualquer procedimento de revisão independente e eficaz. Nem a Resolução 1730 (2006) nem a Resolução 1904 (2009) preencheram a lacuna legal. Como mero ponto de conjunção, o *Focal Point* nem sequer tinha as características de um mecanismo de revisão substantiva, independente ou não. Ao contrário, a Ombudsperson garantia garantias processuais mínimas, mas o poder decisório ainda estava nas mãos do Comitê e do Conselho de Segurança. De qualquer forma, a Ombudsperson não era competente para o cancelamento de pessoas físicas e jurídicas da lista nos termos da Resolução 1.483.

III. O direito de acesso a um tribunal no direito internacional (§§ 28-37)

A. A natureza do direito de acesso a um tribunal (§§ 28-32)

a. No direito internacional humanitário e no direito penal internacional (§§ 28-29)

274 (nota de rodapé 56) A favor da natureza punitiva das sanções da ONU, incluindo ordens de congelamento, ver: o Relatório Emmerson; o relatório do Alto Comissário de 2010; o relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos sobre a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais na luta contra o terrorismo, 2 de setembro de 2009, A/HRC/12/22 (“Relatório do Alto Comissariado de 2009”); e o relatório anterior do Relator Especial da ONU, 6 de agosto de 2008, A/63/223 (“Relatório Scheinin de 2008”). O acórdão do Tribunal Geral da UE no processo T-85/09, Yassin Abdullah Kadi v. A Comissão Europeia (30 de setembro de 2010) levantou a questão do caráter punitivo dessas sanções em relação às ordens de congelamento, aceitando que o confisco não afetava a substância do direito de propriedade. O Ombudsperson contesta, considerando que o as sanções “não são projetadas para punir a conduta criminoso” (do site do Ombudsperson), mas para “encorajar uma mudança de conduta” dos indivíduos visados. Ao mesmo tempo, admite-se que estas sanções “têm um impacto direto e considerável nos direitos e liberdades das pessoas e entidades” e têm “duração indefinida” e, portanto, deve haver uma espécie de “fiabilidade das informações sobre as quais estas sanções são aplicadas”. Nenhuma intenção específica é exigida por parte de um indivíduo para o Ombudsperson, mas deve ser demonstrado que a pessoa “sabia ou poderia saber” que apoiava o ISIL ou a Al-Qaeda. Do meu ponto de vista, é altamente refutável que o congelamento temporário de todos os bens de uma pessoa ou entidade sem qualquer cláusula seja uma medida puramente preventiva. No entanto, o caso Al-Dulimi é mais fácil, pois não se trata de uma ordem de apreensão temporária, mas de uma medida real de confisco que implica uma transferência definitiva e ilimitada de propriedade com intenção claramente punitiva.

275 (nota de rodapé 57) *Her Majesty Treasury* (réu) Ver. *Mohammed Jabar Ahmed* et al (FC) (requerentes) (2010) UKSC 2 (2010) 2 AC 534, referindo-se à Resolução 1373 (2001) do Conselho de Segurança. A Comissão Internacional de Juristas os chama de “párias internacionais” (*International Commission of Jurists, “Assessing Damage, Urging Action: Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-Terrorism and Human Rights”*, Genebra, dezembro de 2008, p. 117).

27. É uma regra bem estabelecida de direito internacional consuetudinário, aplicável tanto em caso de conflito armado internacional como não internacional, que ninguém pode ser preso ou sentenciado, exceto em cumprimento de um processo judicial justo que ofereça as garantias processuais necessárias.²⁷⁶ O direito a um julgamento justo é garantido pelo Artigo 49 § 4 da Primeira Convenção de Genebra, pelo Artigo 50 § 4 da Segunda Convenção de Genebra, pelos arts. 102-108 da Terceira Convenção de Genebra, pelos arts. 5 e 66-75 da Quarta Convenção de Genebra, pelo Artigo 75 § 4 (aprovado por unanimidade) do Protocolo Adicional II. Privar uma pessoa de um julgamento justo e regular constitui uma violação grave nos termos do Artigo 120 da Terceira Convenção de Genebra, do Artigo 147 da Quarta Convenção de Genebra e Artigo 85 § 4 (e) (adotado por unanimidade) do Protocolo Adicional I. Artigo 3 comum às Convenções de Genebra proíbe a condenação de uma pessoa ou a execução de uma execução sem uma sentença prévia proferida por um tribunal devidamente constituído. Mas a maioria, privar uma pessoa do direito a um julgamento justo é considerado um crime de guerra nos termos do Artigo 8 § 2 (a) (vi) e (c) (iv) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI), do Artigo 2 (f) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPIJ), do Artigo 4 (g) do Estatuto de Tribunal Penal Internacional para Ruanda e Artigo 3 (g) do Estatuto do Tribunal Especial para Serra Leoa. Assim, é possível afirmar que o direito de acesso a um tribunal no processo penal adquiriu hoje o status de norma de *jus cogens*. Como o Alto Comissário para os Direitos Humanos afirmou claramente sobre o tema das listas negras de indivíduos, “todas as decisões de natureza punitiva devem ter natureza judicial ou ser sujeitas a revisão judicial”.²⁷⁷

28. Nos termos das disposições supracitadas, a garantia inegociável da eficácia da sanção penal implica o acesso a um tribunal independente, imparcial e devidamente constituído, perante o qual o arguido se presume inocente, não é obrigado a testemunhar ou confessar contra si mesmo ou ela própria e pode ser ouvido, impugnar as provas contra ele e as provas presentes exonerando-o, depois de ter sido informado da natureza e dos motivos da acusação. Algumas dessas garantias também estão previstas no Artigo 67 (1) do Estatuto de Roma do TPI, que inclui a exigência intrínseca de um julgamento justo no contexto do direito penal internacional.

ii. No contexto da proteção internacional dos direitos humanos (§§ 30-31)

²⁷⁶ (nota de rodapé 58) Relatório Scheinin 2008, § 9 (direito internacional consuetudinário).

²⁷⁷ (nota de rodapé 59) Relatório do Alto Comissariado de 2009, cit., § 42, e da Câmara de Apelações do TPIJ em *Dusko Tadić*, acórdão de recurso sobre a acusação de desacato contra o advogado anterior, Milan Vujan, IT-94-1-A-AR77, 27 de fevereiro de 2001 (ver as considerações do julgamento) e o Tribunal Especial para o Líbano, *Promotor v. El Sayed*, e a “Ordem de cessão do assunto a questões preliminares”, CH/PRES/2010/01, 15 de abril de 2010.

29. Argumentou-se que certas obrigações de direitos humanos são da natureza de normas vinculantes do direito internacional. De acordo com o Comitê de Direitos Humanos, os Estados Partes do ICCP não poderiam em caso algum invocar seu Artigo 4 como justificativa para ter agido em violação do direito humanitário ou das regras imperativas do direito internacional, como não respeitar os princípios fundamentais de um julgamento justo, incluindo a presunção de inocência.²⁷⁸ Entre outros princípios fundamentais de um julgamento justo, foi reconhecido que *nemo debet esse iudex in propria sua causa* como uma regra vinculante de direito internacional.²⁷⁹ Da mesma forma, se não mais importante, o princípio de que *ideo homo non potest simul esse accusator, iudex et testis* está certamente entre os não renunciáveis “princípios de justiça natural” mencionados pela Suprema Corte canadense.²⁸⁰ A exigência de competência, independência e imparcialidade de um tribunal nos termos do Artigo 14 § 1 do PIDCP é um direito absoluto que não está sujeito a qualquer exceção, sendo essencialmente incompatível com qualquer poder de controle exercido por um órgão político ou executivo sobre as decisões e sentenças de um tribunal.²⁸¹ Isso é ainda mais verdadeiro quando o corpo político age *sic volo, sic jubeo*, unindo o poder legislativo para criar o arcabouço legislativo das sanções, o poder executivo para impô-las (“listando”) determinadas pessoas e entidades, e o “poder judiciário “Para isentar ou mesmo cancelar as sanções (“deslistagem”).

30. Em *Sayadi e Vinck c. Bélgica*, o UCC decidiu que o caso estava relacionado com a compatibilidade com o PIDCP das medidas nacionais adotadas pelo Estado Parte na implementação das Resoluções do Conselho de Segurança 1267 (1999), 1333 (2000), 190 (2002) e 1455 (2003) e, sem maiores explicações, afirmou: “(...) conseqüentemente, o Comitê observa que o Artigo 46 não é aplicável neste caso”.²⁸² Além disso, salientou que, embora o comitê não fosse competente para suprimir os nomes dos recorrentes das listas da ONU e europeias, era responsável pela presença dos nomes dos recorrentes nessas listas e pela conseqüente proibição de viajar. Sobre o ponto específico relativo à revisão judicial, a UCC concluiu que os requerentes não dispunham de um recurso efetivo, dentro dos

278 (nota de rodapé 60) Comitê de Direitos Humanos, Comentário Geral No. 29, Estados de emergência (Artigo 4), 31 de agosto de 2002, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 11, §§ 7 e 15, e Comentário Geral n. 32, Artigo 14: Princípio da igualdade perante os tribunais e direito a um julgamento justo, 23 de agosto de 2007, CCPR / C / GC / 32, §§ 6 e 59. Ver também Artigo 27 § 2 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e Artigo 4 § 2 da Carta Árabe dos Direitos Humanos; ver também Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Goiburú e outros c. Paraguai*, Sentença (mérito, reparação e custas), 22 de setembro de 2006, § 131, Princípio do Habeas Corpus em situações de emergência, Parecer Consultivo OC-8/87, 30 de janeiro de 1987, §§ 17-43, e Garantias processuais em estados de emergência, Parecer Consultivo OC-9/87, 6 de outubro de 1987, §§ 18-34.

279 (nota de rodapé 61) Ver o Relatório Emmerson, cit., § 15, e o Relatório Scheinin 2008, cit., § 12.

280 (nota de rodapé 62) *Abdelrazak v. Ministro das Relações Exteriores*, [2009] FC 580, § 51.

281 (nota de rodapé 63) Comentário Geral No. 32, cit., § 19.

282 (nota de rodapé 64) Recurso para a CDU n. 1472/2006, cit. (§ 10.3). A UCC se manifestou contra o caráter punitivo das sanções das mencionadas Resoluções (§ 10.11).

limites da jurisdição do Estado Parte, que teria garantido um controle concreto ao encaminhar os dois pedidos de remoção da lista.

iii. No contexto da proteção europeia dos direitos humanos (§ 32)

31. No caso *Golder*, o Tribunal referiu-se ao Artigo 31, § 3, (c), da Convenção de Viena, em conjugação com o Artigo 38, § 1, (c), do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, ao reconhecer que as regras do direito internacional incluem “os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas”. O direito de acesso a um tribunal era um desses princípios gerais de direito.²⁸³ Assim, o Tribunal concluiu que o Artigo 6 da Convenção deve ser interpretado à luz desses princípios gerais. Além disso, este direito diz respeito a “uma área de ordem pública (*ordre public*) dos estados membros do Conselho da Europa” e, conseqüentemente, qualquer medida ou decisão que seja considerada como violação do Artigo 6 requer uma “avaliação particularmente cuidadosa”.²⁸⁴ O poder de proferir uma decisão vinculante que não pode ser alterada por uma autoridade extrajudicial em detrimento de uma parte individual é inerente à própria noção de “tribunal”.²⁸⁵

B. Uma norma de jus cogens? (§§ 33-35)

a. Em processos civis (§§ 33-34)

32. Com uma conclusão bastante clara, a maioria afirmou que o direito de acesso a um tribunal ainda não faz parte do jus cogens.²⁸⁶ Nenhuma outra explicação é dada. O direito de acesso a um tribunal em processo civil certamente não é absoluto, pois pode estar sujeito a limitações implicitamente admitidas.²⁸⁷ No entanto, as limitações aplicadas não devem restringir as possibilidades de acesso deixadas ao indivíduo de forma ou extensão que comprometa a própria essência do direito. Além disso, uma limitação não será compatível com o Artigo 6, § 1, se não perseguir um “fim legítimo” e não houver uma “razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e o objetivo perseguido”.²⁸⁸ Por exemplo, uma regra decorrente de um tratado sobre a imunidade de uma organização internacional da jurisdição nacional poderia perseguir um objetivo legítimo²⁸⁹,

283 (nota de rodapé 65) *Golder c. Reino Unido*, 21 de fevereiro de 1975, § 35, Série A no. 18.

284 (nota de rodapé 66) *Deweert c. Bélgica*, 27 de fevereiro de 1980, Série A no. 35, § 49.

285 (nota de rodapé 67) *Van de Hurk c. Holanda*, 19 de abril de 1994, § 45, Série A no. 288.

286 (nota de rodapé 68) Ver § 136 da sentença

287 (nota de rodapé 69) *Golder*, já citado, § 38; *Stanev c. Bulgária* [GC], não. 36760/06, § 230, CEDH 2012.

288 (nota de rodapé 70) *Ashdane c. Reino Unido*, 28 de maio de 1985, § 57, Série A no. 93, e *Fayed c. Reino Unido*, 21 de setembro de 1994, § 65, Série A no. 294-B.

289 (nota de rodapé 71) *Waite e Kennedy c. Alemanha* [GC], não. 26083/94, § 63, CEDH 1999-I.

mas é permitida nos termos do Artigo 6 § 1 somente se a limitação resultante não é desproporcional. Portanto, será compatível com o Artigo 6 § 1 se as pessoas envolvidas tiveram acesso a medidas alternativas razoáveis para proteger efetivamente seus direitos sob a Convenção.²⁹⁰

33. A questão mais problemática está ligada à imunidade estatal em relação a um dano pessoal causado por um ato ou omissão dentro da jurisdição estadual²⁹¹ e imunidade estatal para ações estatais contrárias às regras de *jus cogens* cometidas fora da jurisdição nacional.²⁹² O caso *Al-Adsani*, confirmado e ampliado pelo caso *Jones e outros*,²⁹³ não reconhece uma regra de *jus cogens* como tendo um efeito predominante sobre o direito do Estado à imunidade em questões civis sob o direito consuetudinário internacional. Em outras palavras, o efeito peremptório da regra superior do *jus cogens*, que proíbe e pune a tortura, é anulado por uma regra inferior do direito consuetudinário. A questão que deve ser analisada é se o direito de acesso a um tribunal em matéria civil não é um princípio geral de direito que pertence ao *jus cogens* em todos os casos em que o direito civil protegido tem tal status. O tribunal está relutante em admiti-lo desta forma. In *Fondazione Stichting Madri di Srebrenica e altri*,²⁹⁴ a Corte havia mais uma vez decidido que o direito internacional não suportava a conclusão de que um recurso civil deveria prevalecer sobre a imunidade de ação judicial simplesmente porque se baseava na alegação de uma violação particularmente grave de um regra do direito internacional, invocando a recente decisão da Corte Internacional de Justiça em que isso foi claramente afirmado em relação à imunidade soberana de estados estrangeiros.²⁹⁵ Na opinião da Corte, isso também se confirma em relação à imunidade de que gozam as Nações Unidas.

ii. Em processos criminais (§ 35)

34. O direito de acesso a um tribunal é ainda mais evidente na esfera penal do que na esfera civil. Embora ainda possa estar sujeito a limitações implícitas, no contencioso penal estas serão muito menos prorrogado do que nos julgamentos civis²⁹⁶. Em qualquer caso, essas limitações não devem restringir o exercício de um direito de forma ou extensão tal que o núcleo fundamental do

290 (nota de rodapé 72) *Ibid.*, §§ 68-74, e *Príncipe Hans-Adam II de Liechtenstein c. Alemanha* [GC], não. 42527/98, § 48, CEDH 2001-VIII.

291 (nota de rodapé 73) *McElhinney c. Irlanda* [GC], não. 31253/96, § 38, CEDH 2001-XI (extrato).

292 (nota de rodapé 74) *Al-Adsani c. Reino Unido* [GC], não. 35763/97, § 54, CEDH 2001-XI.

293 (nota de rodapé 75) *Jones e outros c. Reino Unido*, n. 34356/06 e 40528/06, 14 de janeiro de 2014.

294 (nota de rodapé 76) *Fondazione Stichting Madri di Srebrenica e altri c. Holanda* (dezembro), No. 65542/12, 27 de junho de 2013.

295 (nota de rodapé 77) Imunidade jurisdicional do Estado (Alemanha v. Itália: intervenção da Grécia), Sentença, Relatórios da CIJ 2012, p. 99.

296 (nota de rodapé 78) *Deweer*, citado acima, § 49, e *Kart v. Turquia*, [GC], não. 8917/05, § 67, CEDH 2009 (trechos).

direito seja afetado. Além disso, estes devem perseguir um fim legítimo e deve haver uma proporcionalidade razoável entre os meios empregados e o objetivo fixado²⁹⁷. Quando a sanção for aplicada por um órgão ou repartição que não tenha a natureza de órgão judicial, deve ser assegurado o recurso para o tribunal.²⁹⁸ Artigo 15 da Convenção deve ser lido à luz da evolução do direito internacional humanitário e penal internacional, que garante a proteção do direito de acesso a um tribunal em matéria penal como um direito inderrogável. Tal leitura, por si só, é compatível com a natureza desse direito como regra inviolável de *jus cogens*. Por outro lado, *jus cogens* poderia ser descartado como um maravilhoso – mas inútil – Bentley que nunca saiu da garagem, para usar a metáfora de Brownlie.²⁹⁹

C. Conclusões preliminares

35. A Resolução 1483 dificilmente é compatível com o direito internacional humanitário, o direito penal internacional ou o direito internacional dos direitos humanos.³⁰⁰ O Comitê 1518 é um órgão essencialmente político, uma emanção do Conselho de Segurança. O mesmo órgão político legisla e decide sobre a inclusão ou o cancelamento da lista de pessoas físicas e jurídicas. Pior ainda, a acusação também pode ser o juiz, uma vez que o Estado que solicita a inclusão na lista pode ser solicitado a decidir sobre a inclusão ou exclusão da lista.

36. Os requerentes foram objeto de apreensão nos termos do § 23 (b) da Resolução 1483.³⁰¹ Embora não contenha quaisquer encargos formais, o § 23 (b) atende aos critérios da Convenção para acionar as garantias processuais do perfil criminal do Artigo 6 e, em particular, a presunção de inocência.³⁰² Impedir o acesso ao juízo para contestar os confiscos punitivos viola uma regra de *jus cogens*, com a consequência de privar a obrigação conflitante decorrente da Resolução 1.483, em conjunto com suas medidas executivas, de seu valor jurídico nos ter-

297 (nota de rodapé 79) Guérin c. França [GC], 29 de julho de 1998, § 37, Relatórios de sentenças e decisões, 1998-V.

298 (nota de rodapé 80) Ver minha opinião divergente em A. Menarini Diagnostica S.r.l. c. Itália, não. 43509/08, 27 de setembro de 2011.

299 (nota de rodapé 81) Ian Brownlie, “Comentário”, em Weiler e Cassese (eds.), *Change and Stability in International Law-Making*, Berlin, de Gruyter, 1988, p. 110.

300 (nota de rodapé 82) Ver, entre outras vozes independentes, dentro e fora das Nações Unidas: o Relatório Emmerson, cit., §§ 55-57; Relatório do Alto Comissário de 2010, cit., § 17; Comissão Internacional de Juristas, “Avaliando Danos”, cit., Pp. 115-116; e o Relatório Scheinin 2008, cit., § 16.

301 (nota de rodapé 83) Ver § 26 do acórdão.

302 (nota de rodapé 84) O Relatório Emmerson (cit., §§ 56-58) sugere um teste de avaliação de probabilidade e uma cláusula de encerramento que impõe um limite de tempo para a duração das designações. Em sua mais recente Resolução 2253 (2015), § 16, o Conselho de Segurança pediu aos Estados membros que apliquem “um padrão de avaliação de evidências” de “fundamentos bem fundamentados” ou “motivos razoáveis”.

mos dos arts. 24 e 103 da Carta.³⁰³ Mas mesmo supondo, para fins meramente argumentativos, que não é assim, essas medidas de confisco levantam uma questão relativa à ordem pública na Europa, uma vez que violam requisitos mínimos básicos para a proteção dos direitos humanos. Pelo menos as garantias processuais em matéria civil garantidas pelo Artigo 6. Limitar o acesso a um tribunal seria compatível com o Artigo 6 § 1 somente se as pessoas envolvidas dispuserem de recursos alternativos razoáveis para proteger efetivamente seus direitos sob a Convenção, em particular com acesso a outro órgão ou órgão autorizado a exercer autoridade judicial. Quando não há outro remédio legal oferecido às pessoas físicas e jurídicas envolvidas, a própria essência do direito à revisão independente e imparcial – o direito à revisão judicial – pode ser prejudicada, como a maioria admitiu no § 151 (“a própria essência do direito de acesso do requerente a um tribunal foi prejudicado”). Por conseguinte, não é necessária qualquer avaliação adicional da proporcionalidade.

SEGUNDA PARTE

RESOLUÇÃO DO CONFLITO REGULATÓRIO (§§ 38-70)

IV. O conflito entre as obrigações decorrentes da Carta e as obrigações decorrentes dos tratados de direitos humanos (§§ 38-50)

Soluções possíveis (§§ 38-44)

a. A primazia das obrigações decorrentes da Carta (§§ 38-39)

37. Uma solução radical para o conflito entre obrigações decorrentes da Carta e obrigações decorrentes de tratados de direitos humanos consiste em uma rígida subordinação hierárquica destas às primeiras, nos termos do Artigo 103 da Carta da ONU.³⁰⁴ Com base no reconhecimento do papel constitucional da Carta, esta solução foi seguida pelo Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (TPI, agora conhecido como “Tribunal Geral”) em *Kadi I*. No seu acórdão de 21 de setembro de 2005³⁰⁵, o Tribunal concluiu que o po-

303 (nota de rodapé 85) Ver, mutatis mutandis, Artigos 53 e 64 da Convenção de Viena, já citado. O Relator Especial da ONU é de opinião que a ausência de uma revisão judicial independente sobre penalidades de natureza criminal é tão grave que teria tornado o atual regime de sanções ultra vires em relação aos poderes do Conselho de Segurança sob o Capítulo VII (Scheinin Relatório 2010, cit., § 57).

304 (nota de rodapé 86) Ver, por exemplo, R. Kolb, “L’article 103 de la Charte des Nations Unies”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 2013, vol. 367, pág. 119-123; Arcari, “Esquecer o artigo 103 da Carta da ONU? Algumas perplexidades sobre a ‘proteção equivalente’ após Al-Dulimi”, in QIL, Zoom-in 6 (2014), p. 33; e Bernhardt, “Comentário ao Artigo 103”, em B. Simma (ed.), *A Carta das Nações Unidas: Um Comentário*, 2002, p. 1300.

305 (nota de rodapé 87) TPI, processos T-315/01, *Laudos II-3649*, e T-306/01, *Laudos II-3533*, respectivamente.

der judiciário da União Europeia tinha jurisdição limitada no que diz respeito à interpretação dos regulamentos comunitários adotados em conformidade com as resoluções do Conselho de Segurança. Como resultado da transferência de poderes soberanos dos Estados membros para a União, esta ficou vinculada pela Carta, embora não fosse ela própria membro das Nações Unidas. Além disso, considerou que as violações do direito a um julgamento justo e do direito de ser ouvido eram aceitáveis à luz do “interesse público fundamental em manter a paz e a segurança internacionais diante de um perigo, claramente identificado pelo Conselho de Segurança”.

38. Do ponto de vista hierárquico, o Artigo 103 da Carta poderia portanto, excluir qualquer revisão pelo Tribunal dos atos dos Estados Partes que implementam as obrigações decorrentes da Carta. Em termos de pura lógica, a Corte não poderia fazer mais do que declarar inadmissível qualquer agravo a respeito deste assunto. A falta de constitucionalidade da Carta, aliada à multiplicação dos estratos e instituições legalmente reconhecidas com reivindicações constitucionais no cenário internacional, especialmente no campo da proteção internacional dos direitos humanos, ambas requerem uma adaptação do sistema de Cartas para a resolução de conflitos regulatórios. Em outras palavras, no nível universal, uma perspectiva rigidamente kelseniana de uma hierarquia de normas no direito internacional ainda é inadequada à realidade. Desde o Artigo 103 da Carta não pode ser interpretado separadamente das fontes primárias das obrigações da Carta, uma interpretação sistemática da Carta não pode ignorar as limitações e deficiências de uma arquitetura centrada no estado das Nações Unidas no caso de reivindicações conflitantes de uma Constituição natureza no direito internacional. Ao perseguir uma reivindicação constitucional emergente, embora ainda fraca, a lei primária da Carta da ONU pode ser suplantada, em tipos específicos de conflito, por normas de direito internacional com uma reivindicação constitucional mais forte, cujos efeitos não são afetados pela norma secundária representada pelo Artigo 103 da Carta.

ii. A primazia das obrigações decorrentes dos tratados de direitos humanos (§§ 40-41)

39. A solução diametralmente oposta elimina expressamente qualquer enfraquecimento das normas que protegem os direitos humanos por meio de sua submissão às resoluções vinculantes do Conselho de Segurança.³⁰⁶ Em Kadi I, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJ), agora conhecido como

306 (nota de rodapé 88) Ver, por exemplo, Bruno Simma, “Universalidade do Direito Internacional na perspectiva de um profissional”, em 20 EJIL (2009), p. 294: “Se ... instituições globais como a ONU não podem manter um sistema de proteção adequada dos direitos humanos, as considerações de direitos humanos merecem superar os argumentos de universalidade.”

Tribunal de Justiça da União Europeia) considerou que tinha competência para se pronunciar sobre a legalidade do Regulamento (CE) n. 881/2002, que implementa as Resoluções 1267 (1999), 1333 (2000) e 1390 (2002) contra a Al-Qaeda e o Talibã. No seu acórdão de 3 de setembro de 2008, o TJCE salientou que a sua revisão da validade de qualquer medida adotada pela Comunidade à luz dos direitos fundamentais deve ser vista como uma expressão, numa comunidade baseada no princípio do Estado de direito, de uma garantia constitucional decorrente do Tratado da Comunidade Europeia como sistema jurídico autónomo não afetado por um acordo internacional.³⁰⁷ Explicou que esta revisão diz respeito a um ato comunitário adoptado para dar cumprimento ao acordo internacional em causa, destacando o princípio de acordo com que todos os atos comunitários devem respeitar os direitos fundamentais – uma vez que tal respeito constitui uma condição da sua legalidade.³⁰⁸ Em *Kadi I*, o TJCE reconheceu que os direitos de defesa dos requerentes, em particular o direito de serem ouvidos, foram violados.³⁰⁹ Além disso, foi violado o seu direito a uma tutela jurisdicional efetiva, uma vez que não puderam defender os seus direitos em condições satisfatórias perante o judiciário comunitário e houve violação do seu direito de propriedade, na ausência de garantias processuais mínimas.³¹⁰ À luz dessas violações, o Tribunal revogou a regulamentação contrária em relação ao Sr. Kadi e a fundação Al Barakaat.³¹¹

40. Em suma, o TJE atribuiu à ordem constitucional da União Europeia um efeito comparativo para a avaliação de qualquer ato comunitário ou interno que implemente resoluções do Conselho de Segurança. Afirmando que a imunidade de jurisdição em relação à ordem jurídica interna da Comunidade “parece injustificada, já que claramente o procedimento de revisão [perante o Comité de Sanções] não oferece garantias de tutela jurisdicional”, o TJJ implicitamente recorreu a uma objeção semelhante à de o caso *Solange*.³¹² A questão que se co-

307 (nota de rodapé 89) *Kadi I*, 3 de setembro de 2008, já citado, § 316.

308 (nota de rodapé 90) *Ibid.*, §§ 284-287.

309 91 O próprio Ombudsperson considerou esta decisão como o “ponto de virada” em relação às críticas de diferentes partes do mundo, colocando a aplicabilidade do regime do Conselho de Segurança “clara e diretamente em questão” (Kimberley Prost, Observações na reunião informal de conselheiros jurídicos, 25 de outubro de 2010, p. 2).

310 (nota de rodapé 92) *Kadi I*, 3 de setembro de 2008, cit., § 353.

311 (nota de rodapé 94) Em *Comissão e outros v. Kadi* (processos apensos C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, acórdão de 18 de julho de 2013) (“*Kadi II*”), o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) confirmou a anulação do novo regulamento adoptado pela Comissão para respeitar o *Kadi I*. É útil notar que, no acórdão *Kadi II*, o TJUE deu detalhes precisos sobre a conduta esperada da autoridade comunitária competente (ver §§ 111-116, 135-136). Mas em *Kadi II* o TJUE não incluiu o Ombudsperson na sua análise, uma omissão que acabou por ser considerada “infeliz”. Acrescentando que esta consideração do TJUE “teria sido útil ... mesmo se considerássemos que o mecanismo não chegou tão longe” (observações do Ombudsperson ao CAHDI, cit. p. 4).

312 (nota de rodapé 94) Ver *Kadi I*, 3 de setembro de 2008, citado acima, § 322, e Kokott e Sobotta, “The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance”, in *EJIL* (2012), vol. 23, n. 4, p. 1019. Acima de tudo, Malenovskiy afirma que o TJE aplicou o teste do *Bosphorus*, observando que a proteção ao nível da ONU estava claramente ausente (ver “L'enjeu délicat de l'éventuelle adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: de graves différences in the application du droit international, notamment général, par les juridictions de Luxembourg and Strasbourg”, RGDIP 2009-4).

loca é se o mesmo se aplica também à comunidade dos 47 Estados europeus que compõem o Conselho da Europa.

iii. A harmonização da Carta e as obrigações decorrentes dos tratados de direitos humanos (§§ 42-44)

41. A solução intermediária evita o conflito regulatório. E faz isso com duas, ou na verdade três, ferramentas diferentes. A primeira consiste em examinar se o ato ou omissão controvertido pode ser atribuído às Nações Unidas e, conseqüentemente, se a Corte tem competência *ratione personae* para rever qualquer uma dessas ações ou omissões que sejam imputáveis à ONU; no caso de se concluir que o ato ou omissão contestado não pode ser atribuído ao Estado demandado porque a autoridade final e o controle sobre eles pertencem ao Conselho de Segurança, então o Tribunal não tem jurisdição *ratione personae* (interpretação *Behrami*).³¹³ A segunda diz respeito a uma interpretação do texto da resolução do Conselho de Segurança de forma a fazer coexistir obrigações, alegando que a medida contestada adotada pelo Estado demandado não foi realmente solicitada pelo Conselho de Segurança (interpretação *Al-Jedda*)³¹⁴ ou observando que, na implementação da resolução, o Estado demandado dispõe de uma certa liberdade de ação – talvez limitada, mas em todo caso real – e que a alegada violação decorre do uso insuficiente dessa margem de manobra pelo Estado demandado (interpretação *Nada*).³¹⁵

42. Conforme afirmado no acórdão do caso *Al-Jedda*, a hipótese contrária ao conflito regulatório aponta para uma integração sistemática do sistema jurídico das Nações Unidas com o europeu. Trata-se, no entanto, de instrumento interpretativo de valor limitado, pois, no que se refere aos casos de linguagem inequívoca que impõem obrigação em violação de direitos humanos, não se tira nenhuma conclusão quanto à inversão da presunção – e, portanto, a presunção permanece desnecessária – e nos casos de linguagem que não impõem obrigações, não há conflito normativo – e, portanto, a presunção simplesmente não tem nada a ver com isso. A conclusão sobre o caso *Nada* também não ajuda muito neste sentido. É, de fato, permeado pela convicção de que a Carta deixa aos Estados membros das Nações Unidas a livre escolha entre vários modelos possíveis de implementação das resoluções do Conselho de Segurança em seus sistemas inter-

313 (nota de rodapé 95) Ver *Behrami*, citado acima, § 133. A Corte adotou o teste de Sarooshi de “autoridade geral”, conforme definido em suas Nações Unidas e o Desenvolvimento da Segurança Coletiva (1999), que é distinto do critério mais rigoroso do Artigo 5 dos projetos de artigos sobre a responsabilidade das organizações internacionais. Para uma crítica da abordagem de *Behrami*, ver L.-A. Sicilianos, “Le Conseil de Sécurité, the responsabilité des États et la Cour européenne des droits de l’homme: vers une approche intégrée?”, In *RGDIP*, 2015-4, p. 782, e as fontes nele citadas.

314 (nota de rodapé 96) 96 Ver *Al-Jedda* c. Reino Unido [GC], não. 27021/08, CEDH 2011. A Corte seguiu a opinião concorrente de Sir Nigel Rodley no processo *Sayadi* e *Vinck*, citado acima.

315 (nota de rodapé 97) Ver *Nada*, citado acima.

nos.³¹⁶ Mas o refinamento do mecanismo de *Nada* para se adaptar às obrigações de dois níveis dos membros da ONU, tanto em relação à interpretação quanto à implementação das resoluções do Conselho de Segurança, não é convincente. Do ponto de vista metodológico, a distinção entre interpretação e implementação ignora um acervo consolidado da teoria geral do direito, em particular que todo ato de interpretação de uma norma já é uma forma particular de implementação e, vice-versa, qualquer ato de implementação de uma norma implica uma certa interpretação da norma. Além disso, ao enfatizar a “etapa de implementação”, *Nada* tacitamente cancela o efeito do suposto teste de interpretação autônoma, admitindo que a presunção de *Al-Jeddah* pode ser rejeitada mesmo no caso de uma linguagem clara e explícita que imponha uma obrigação de resultado. Em um caso desse tipo, a ficção da existência de “alguma margem de ação”³¹⁷ corre o risco de estender excessivamente o texto, explorando uma ambiguidade linguística artificialmente implícita. A melhor prova dessa artificialidade está nas obrigações impostas ao Estado demandado, que não têm base sólida na realidade. Ao criar o dever de agir para reduzir a rigidez da Resolução quanto aos limites da obrigação decorrente do Artigo 103, a decisão sobre o caso *Nada* analisa insistentemente algum tipo de discricção da Suíça quando o Conselho de Segurança não queria isso. Quando o louvável esforço de integração sistemática, como propõe o Artigo 31, § 3, (c), da Convenção de Viena, ultrapassa os limites da razoabilidade, não é mais convincente. Foi o caso de *Nada*.

43. Apesar de não ter sido concedida “margem de manobra” pela linguagem do texto da Resolução, a discricionariedade estatal é ressuscitada ao nível da transposição da obrigação estatal de adaptação, a fim de evitar explicitamente a aplicação do teste de proteção equivalente. De fato, há uma avaliação semelhante e oculta, que é realizada na parte relativa ao Artigo 13 do julgamento de *Nada*. A Corte conclui que, na ausência de uma revisão judicial efetiva no nível da ONU, o Estado demandado é obrigado a garantir um recurso efetivo, sem, no entanto, especificar como tal revisão deve ser organizada. Neste contexto, a referência *mutatis mutandis* em *Nada* ao § 299 do Kadi I é suficiente esclarecedor, revelando que a maioria em *Nada* estava certamente convencida pela filosofia constitucional do TJ, evitando a mesma atitude agressiva de confronto frontal.

B. Crítica à motivação dada pela maioria (§§ 45-56)

a. A promessa quebrada de uma interpretação da Resolução 1483 (§§ 45-46)

316 (nota de rodapé 98) *Ibid.*, § 176.

317 (nota de rodapé 99) *Ibid.*, §§ 179-180.

44. As promessas da maioria de um exame sobre a redação e finalidade do texto da Resolução 1.483 feitas no § 139 da presente Sentença não foram cumpridas. Ao invés de interpretar o texto, a maioria reinventou as palavras da Resolução 1483, ampliando o sentido de sua linguagem e, pior ainda, descontextualizando o texto. Nenhum esforço interpretativo foi feito para conciliar expressões como congelamento “sem demora” e transferência “imediate”, com a possibilidade de um longo processo de revisão judicial. Ainda menos esforço foi feito para explicar a exceção relativa àqueles bens ou recursos que estão “sujeitos a prévia coação ou sentença judicial, administrativa ou arbitral”, exceção tendo sido simplesmente ignorada pela atualização. O silêncio da maioria sobre este ponto é absolutamente ensurdecedor.

45. A interpretação superficial da Resolução 1483 pela maioria é particularmente importante à luz do fato de que nenhuma atenção foi dada aos regimes de sanções paralelos, particularmente aqueles aplicados pelo Comitê do Conselho de Segurança sob as Resoluções 1267 (1999), 1989 (2011) e 2253 (2015) relativos ao *ISIS (Da'esh)*, *AlQaeda* e indivíduos, grupos, empresas e entidades associadas. Em particular, não foi realizada nenhuma análise sobre a aplicabilidade do regime de exceções, se houver, no que diz respeito aos recursos congelados, tendo como agravante a omissão de qualquer pesquisa dentro do sistema de autorizações da ONU por parte do Secretário de Estado para *Economic Affairs (SSAC)* para usar os bens congelados dos recorrentes na Suíça.

A “NATUREZA CONSTITUCIONAL” IMPLÍCITA DO DIREITO DE ACESSO AO JUIZ (§§ 47-53)

46. A maioria observa que a inclusão de indivíduos nas listas de sanções pode ter consequências “extremamente graves” para as pessoas envolvidos.³¹⁸ Sublinhou ainda que, face a estas consequências “pesadas”, estas listas “não podem ser implementadas sem garantir o direito a uma revisão adequada”. O que chama a atenção neste julgamento não é tanto a avaliação muito ampla das listas de sanções pela maioria, que poderia ser lida como um texto que estabelece um padrão geral para todas as resoluções do Conselho de Segurança que impõem sanções, ou seja, como um padrão relativo à quinze regimes de sanções em vigor que se concentram na promoção da resolução política de conflitos, não proliferação de armas nucleares e combate ao terrorismo. O que realmente emerge é a natureza incômoda dessa leitura.

47. Logicamente, a maioria cometeu dois grandes erros intelectuais. A primeira e mais importante, deparou-se com uma falácia natural, fazendo um juízo

318 (nota de rodapé 101) Ver § 145 da sentença. No § 146 também é mencionada a “gravidade das consequências”.

de mérito (sobre a existência de um “direito a uma revisão adequada”) a partir de um aspecto factual (sobre as consequências decorrentes da inclusão nas listas de sanções). Além disso, a maioria cometeu um erro consequente, derivando a existência de um requisito de direito (o da “revisão adequada”) com as consequências provavelmente negativas da sua inexistência. Este erro é particularmente flagrante, devido à natureza incerta das conclusões sobre os factos, que se referem apenas a potenciais consequências (“podem ser extremamente perigosas”, “podem ser muito onerosas”).

48. Mesmo que se deseje conceder um valor limitado e puramente teórico à argumentação logicamente intrincada da maioria, o valor agregado de sua conclusão não poderia ser encontrado lá, pois não reside na força da lógica consequencial (*argumentum ad continuos*), mas em outro lugar. Lendo o § 145 da sentença como um todo, fica evidente que a consequência da motivação é subordinada ao objetivo da maioria de levar a discussão para onde ela realmente pertence: para o coração da ordem pública europeia. No mesmo § 145 da sentença, onde se faz referência às consequências “extremamente perigosas” e “muito onerosas” das listas de sanções, a maioria observa que a Convenção é um instrumento constitucional de ordem pública europeia, baseado na regra da lei, e a arbitrariedade é a negação desse princípio. A gravidade das consequências das listas de sanções é uma ferramenta retórica para desviar a atenção do leitor para o que realmente está em perigo: a violação de valores fundamentais e inegociável direito europeu ao qual o Tribunal não pode ficar indiferente.

49. De fato, a maioria leu na Resolução 1483 não apenas a garantia de uma “revisão judicial” (§ 146) ou de uma “revisão judicial” (§ 148), mas também o poder de os tribunais nacionais acessarem “informações suficientemente precisas para realizar o exame que são obrigados a realizar” (§ 147). Adotando uma abordagem bastante voluntária, a maioria também afirmou que o objetivo desta revisão judicial incluiria qualquer “questão relacionada à decisão de adicionar uma pessoa à lista ou recusar a exclusão”; não só os tribunais locais têm de examinar uma “reivindicação substancial e sólida de indivíduos na lista de que sua inclusão na lista é prejudicada por arbitrariedade”, mas também o reconhecimento de “efeito jurídico” para a “adição de uma pessoa – tanto uma pessoa física ou jurídica – à lista de sanções” deve ser precedida de uma avaliação de arbitrariedade. Isso pressupõe logicamente que a medida restritiva seja motivada e que as razões se refiram às circunstâncias individuais da pessoa envolvida. Isso também exige que essa avaliação da compatibilidade com a Convenção das medidas de confisco ordenadas com a inclusão na lista seja feita não apenas *a posteriori* a pedido da pes-

soa envolvida, mas também *a priori* e *ex officio* pelas autoridades nacionais.³¹⁹ Em última análise, a maioria tem acrescentado que os indivíduos envolvidos devem ser autorizados a apresentar perante um tribunal, “para análise dos fatos, provas adequadas para demonstrar que sua inclusão nas listas contestadas foi arbitrária” (§ 151). Por outras palavras, os tribunais europeus e as autoridades nacionais devem divulgar as provas disponíveis contra os afetados e devem ser colocados numa posição em que possam efetivamente dar a conhecer o seu ponto de vista sobre as razões que lhes são imputadas. Lá deve haver dúvidas sobre isso: a semelhança da substância das motivações de *Al-Dulimi* e *Kadi II* é inquestionável, destacando como o nível de escrutínio em Estrasburgo é muito próximo ao do Tribunal de Luxemburgo.³²⁰ Dois tribunais querem falar a uma só voz.

50. Além dos requisitos processuais mencionados acima, a maioria em *Al-Dulimi* definiu um novo teste substantivo para a revisão judicial em casos de conflito entre as obrigações decorrentes das Convenções e as resoluções vinculantes do Conselho de Segurança, nomeadamente o teste de “arbitrariedade”.³²¹ Apesar disso, reiterou que a impossibilidade de contestar as medidas de confisco durou “há muito tempo”, “durante muitos anos”.³²² Este fator tempo, mais uma vez, adiciona um nível considerável de incerteza à conclusão da maioria. Isso teria sido diferente se o intervalo de tempo tivesse sido menor? Qual é a duração mínima aceitável sem que seja concedido qualquer acesso a um tribunal?

51. Não satisfeita com sua interpretação artificial da Resolução 1483 (2003) do Conselho de Segurança, a maioria chega a admitir “uma margem de flexibilidade” na aplicação daquela Resolução,³²³ em consonância com a mesma motivação em *Nada*. Na lógica de *Nada*, o teste interpretativo de *Al-Jeddah* é acompanhado pelo teste de “margem de implementação” em todos os casos em que a presunção de conformidade entre as resoluções do Conselho de Segurança

319 (nota de rodapé 102) A maioria não é clara no § 147. Como eles estão discutindo a decisão da ONU de adicionar ou remover da lista, qualquer “crítica” deve ser no nível da ONU, enquanto esta passagem iguala o nível da ONU com aquele nacional. No presente caso, os demandantes reclamaram diretamente ao Comitê de Sanções (com apoio do governo) e naquele momento – quando já havia uma discussão – os tribunais nacionais ainda não estavam envolvidos. Lendo o parágrafo como um todo, e em particular sua última frase, parece que a maioria não exige uma avaliação *a priori* da listagem original – que seria a nível da ONU – mas uma avaliação interna antes que “medidas” sejam adotadas ou antes a inclusão na lista da ONU tem “efeito legal”. O momento em que essa avaliação interna *ex proprio motu* pela autoridade deve ser realizada permanece, no entanto, incerto. Deveria ter sido preenchido antes de 12 de maio de 2004, quando os nomes dos requerentes foram incluídos na lista suíça (§ 18 da sentença) nos termos do Artigo 2 § 2 da Portaria Suíça sobre o Iraque (§ 36 da sentença)? Ou antes da efetiva decisão de confisco, ocorrida apenas em 16 de novembro de 2006 (§ 23 da sentença), nos termos do Artigo 2 § 2 da Portaria Suíça de Confisco (§ 37 da sentença)? Ao afirmar no § 150 que “antes de adotar as medidas mencionadas, as autoridades suíças tinham o dever de garantir que a inclusão na lista não fosse arbitrária”, a maioria ainda não consegue resolver a questão crucial do momento da avaliação *a priori*. Esta falta de clareza por parte da maioria evidencia um grave problema em relação às indicações que deveriam ter sido dadas ao Estado demandado para o futuro.

320 (nota de rodapé 103) É muito importante comparar os §§ 147 e 152 do acórdão *Al-Dulimi* com os §§ 111-114, 118, 135-136 do acórdão *Kadi II*.

321 (nota de rodapé 104) § 146 da sentença.

322 (nota de rodapé 105) § 152 da sentença.

323 (nota de rodapé 106) § 154 da sentença.

e os direitos humanos foi derrubada pelo uso de linguagem clara e explícita na resolução.³²⁴ Como em *Nada*, a maioria finge que o Estado demandado gozava de “uma margem de flexibilidade” na implementação da Resolução do Conselho de Segurança, mas, ao contrário de *Nada*, só o fez depois de ter concluído pois não houve formulação clara e explícita contrária às obrigações da Convenção. O reconhecimento de uma “flexibilidade” na implementação é obviamente supérfluo, na mesma perspectiva da maioria, uma vez que a própria interpretação da Resolução não impõe obrigações que violariam a Convenção. No *AlDulimi*, não foi necessário analisar o segundo passo do argumento de Nada, relativo à afirmação da “flexibilidade na implementação”, segundo a lógica da maioria, simplesmente porque a presunção baseada no teste de interpretação não pode ser refutado.

52. Impedida por dúvidas contínuas até o último momento, a maioria encerra seu raciocínio retornando ao raciocínio errôneo inicial, resultando na obrigação por parte do Estado demandado (de implementar medidas práticas para melhorar a situação dos requerentes) do fato de que a Suíça tomou “certas medidas concretas”, mas as considera “insuficientes”. Não há preocupação em avaliar se essas medidas concretas estavam de acordo com a Resolução do Conselho de Segurança. Se essas exceções tivessem sido concedidas pela Suíça em violação das obrigações da ONU, evidentemente não mostrariam que a Resolução 1483 poderia ser aplicada com certo grau de flexibilidade. A conclusão da maioria de que essas exceções eram evidência de uma “margem de flexibilidade” na implementação da Resolução 1483 só poderia ser alcançada se tivesse sido autorizada explícita ou implicitamente pelas Nações Unidas. A Grande Câmara não verificou se este era o caso. Em outras palavras, a maioria sucumbiu mais uma vez à tentação de um erro natural, passando facilmente de uma questão de fato a um julgamento de obrigações.

iii. A solução mascarada de Bosphorus (§§ 54-56)

53. Por último, segundo a maioria, a “extensão das obrigações do Estado demandado no presente caso” é determinada por uma comparação entre as “garantias sistemáticas aplicáveis ao presente caso” ao nível da ONU e de acordo com as normas europeias, em particular, referindo-se ao teste de “proteção equivalente” anteriormente negado. Na prática, esse é o teste que nega a presunção mais invocada pela *Al-Jedda*, concluindo que a proteção garantida aos requerentes pela Resolução 1.483 não é suficiente.

54. Embora a maioria tente a todo custo evitar o teste de proteção equivalente (cf. § 149, in fine), ela trai suas reais intenções no § 153, onde o argumento

324 (nota de rodapé 107) Ver *Nada*, citado acima, § 175.

do Governo demandado de que o sistema aplicável ao presente caso, mesmo em sua forma aprimorada de acordo com a Resolução 1730 (2006), não garante “proteção satisfatória” ou, em outras palavras, um nível de proteção comparável ou equivalente ao exigido pela Convenção. Este é obviamente o teste do *Bosphorus*, e a ficção que consiste em eliminar a palavra proibida “equivalente” não muda nada.³²⁵ A assinatura pela maioria deste teste fica ainda mais clara a partir da lapidação da sentença final do § 153, que consiste em uma avaliação comparativa geral da proteção garantido “pelo acesso a esses procedimentos” (o Focal Point), por um lado, e a exigência da Convenção de “uma análise judicial adequada”, por outro. A formulação geral e abstrata utilizada é a mesma do *Bosphorus*.³²⁶

55. Já é lamentável que a maioria critique “o sistema de sanções da ONU”, oferecendo nada mais do que uma rejeição superficial com base em “críticas sérias, repetidas e concretas” por parte do Relator Especial da ONU e “fontes externas à organização”, indicando uma dessas fontes (PACE) e “inúmeras cortes, como o TJUE, a Suprema Corte Britânica, a Suprema Corte e a Corte Federal do Canadá”. Mas é ainda mais criticável que a maioria não tenha reconhecido de forma transparente a aplicação do “teste de proteção equivalente”, que eles realmente usaram no § 153.

C. Conclusão preliminar (§§ 57-58)

56. O conflito entre as obrigações decorrentes das resoluções do Conselho segurança e os decorrentes de tratados de direitos humanos foi resolvido com três soluções possíveis: a primazia das obrigações decorrentes do Artigo 103, a solução inversa ou a harmonização de obrigações nos termos do Artigo 103 e de acordo com outros tratados e acordos internacionais. O Tribunal aceitou esta última solução. Mas a aparência de uniformidade não deve enganar. Sob integração sistemática, três abordagens diferentes foram propostas – as soluções *Behrami*, *Al-Jedda* e *Nada*. Este caminho acidentado por si só demonstra o nível de incerteza metodológica do Tribunal.

325 (nota de rodapé 108) Compare os §§ 114 e 153 da sentença.

326 (nota de rodapé 109) Inspirada no chamado caso *Solange II* (Tribunal Constitucional Federal, acórdão de 22 de outubro de 1986, BVerfG 73, 339), essa abordagem geral e abstrata foi criticada pelos juízes Rozakis, Tulkens, Traja, Botoucharova, Zagrebelsky e Garlicki em suas discordâncias parecer anexo ao *Bosphorus*, convidando o Tribunal a proceder a uma análise mais específica e concreta da proteção equivalente. O teste *Solange II* do Tribunal Constitucional alemão, que pretendia apenas “assegurar a nível geral (*generell gewährleisten*) uma proteção efetiva dos direitos fundamentais como limite aos poderes soberanos dos membros da Comunidade que devem ser considerados substancialmente semelhantes à proteção dos direitos fundamentais exigidos incondicionalmente pela Constituição, e desde que sejam garantidos os conteúdos mínimos dos direitos fundamentais”, foi menos rigoroso do que o teste de *Solange I*, que se concentrou em uma comparação entre as garantias específicas dos direitos fundamentais nos territórios conflitantes. sistemas jurídicos enquanto não houvesse proteção suficiente a nível da UE (“*in Geltung stehenden formulierten Katalog von Grundrechten enthält, der dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes adäquat ist*”, Tribunal Constitucional Federal, acórdão de 29 de maio 1974, BVerfG 37, 211).

57. No caso em apreço, a maioria tentou mais uma vez manter um pé nos dois sapatos. Por um lado, reconheceu-se a natureza fundamental do direito de acesso à revisão judicial e as garantias substantivas e processuais relacionadas à luz do teste de avaliação altamente rigoroso no *Kadi II*, lendo no texto da Resolução 1483 garantias que não são reconhecidas. Neste ponto, *Al-Dulimi* vai ainda mais longe que *Nada*. Por outro lado, como em *Nada*, a maioria acabou resistindo à tentação de uma comparação encoberta e geral entre a Convenção e os sistemas das Nações Unidas, abordando um argumento semelhante ao feito no *Bosphorus* para concluir que o sistema de sanções da ONU tem “graves deficiências”. Em termos de direito constitucional, a maioria hesita até o fim entre a abordagem mais rigorosa de *Solange I*, ao interpretar criativamente a Resolução 1483, e a interpretação menos exigente de *Solange II*, ao criticar superficialmente o “sistema de sanções da ONU”. Embora o argumento jurídico seja fraco, a mensagem não é: o Tribunal está determinado a não aceitar sanções da ONU sem garantias processuais adequadas, incluindo “revisão judicial adequada”. O buraco do tamanho da UE na rede de sanções tornou-se um buraco do tamanho da Europa.

V. Levando a Convenção a sério (§§ 59-70)

A. A natureza constitucional da Convenção (§§ 56-60)

58. O Conselho da Europa é um sistema autônomo, baseado em acordos e ações comuns em questões econômicas, sociais, culturais, científicas, jurídicas e administrativas e na manutenção e promoção da proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais (Artigo 1 (b) Estatuto do Conselho da Europa de 1949). Com mais de 217 tratados, o ordenamento jurídico dessa organização internacional tem seu ápice em um tratado internacional, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, que tem efeito direto e supraconstitucional nos sistemas internos dos Estados membros da Conselho da Europa.³²⁷ Sendo mais do que apenas um acordo multilateral que impõe obrigações mútuas aos Estados Partes, a Convenção cria obrigações para os Estados Partes perante todos os indivíduos e entidades privadas sob sua jurisdição. Com o seu papel transformador solenemente proclamado no preâmbulo como instrumento para criar uma união mais

327 (nota de rodapé 110) Ver *Anchugov e Gladkov c. Rússia*, não. 11157/04 e 15162/05, § 50, 4 de julho de 2013; *Sejdić e Finci c. Bósnia e Herzegovina* [GC], nos. 27996/06 e 34836/06, §§ 40, 41, 54, CEDH 2009; *Dumitru Popescu c. Romênia* (n. 2), não. 71525/01, § 103, 26 de abril de 2007; e *Partido Comunista Unido da Turquia e outros c. Turquia*, 30 de janeiro de 1998, § 29, Relatórios de Sentenças e Decisões, 1998-I. Em outras palavras, os princípios do primado e do efeito direto desenvolvidos pelo TJUE também podem ser buscados na jurisprudência do Tribunal. Princípios semelhantes também foram definidos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente a partir de “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo-Bustos e outros) c. Chile, Mérito, compensação e custas, julgamento, 5 de fevereiro de 2001 (ver Mac-Gregor, “A Constitucionalização do Direito Internacional na América Latina, Controle de Convencionalidade, A Nova Doutrina da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, em AJIL Unbound, 11 de novembro de 2015, e a jurisprudência aí citada).

estreita entre os Estados europeus e promover os direitos humanos numa perspectiva pan-europeia, a Convenção não está subordinada nem a normas constitucionais internas nem a supostas regras de nível superior de direito internacional, uma vez que é a lei suprema do continente europeu.³²⁸ Na hierarquia regulatória interna do Conselho da Europa, o sistema das Nações Unidas é igual a qualquer outro acordo internacional e subordinado ao primado da Convenção como instrumento constitucional de ordem pública europeia.³²⁹

59. Daí a natureza da Corte como um Tribunal Constitucional Europeu, cujas decisões têm uma eficácia *erga omnes* que vai muito além do seu efeito coisa julgada inter partes, bem como uma poderosa eficácia prescritiva que vai muito além do seu efeito declarativo comumente aceito. Os procedimentos de julgamento piloto e copiloto são ferramentas típicas de revisão constitucional que desempenham um papel central na resolução da aplicação prática disfuncional da lei interna ou dos erros do legislador na resolução de disfunções sistêmicas.³³⁰ Se necessário, o Tribunal exerce um poder de nulidade indireto, por meio de liminares nos termos do Artigo 46, na parte resolutiva de suas sentenças, convidando o Estado demandado a reformar suas leis, regulamentos administrativos e suas práticas. Embora ainda não utilizado, o Tribunal também é competente para conhecer dos processos por infracção (artigo 46, n. 4, da Convenção). Por último, o Tribunal tem o poder de determinar a sua própria competência (Kompetenz-kompetenz), o que não exclui a possibilidade de que, em caso de obstrução política ao processo de execução e ao processo de infracção no âmbito do Comité de Ministros, este possa decidir cumprir o seu papel de fiscalização em relação ao incumprimento ou execução incompleta das decisões do Tribunal, mesmo na ausência de tais procedimentos. O óbvio seria dito hoje ao dizer que o antigo mecanismo de garantia essencialmente intergovernamental mudou radicalmente sua natureza como resultado do próprio protagonismo do Tribunal em garantir a eficiência do sistema europeu de proteção dos direitos humanos.³³¹ O Conselho da Europa pode, portanto, fazer uma forte reivindicação constitucional.

328 (nota de rodapé 111) Isso não significa que a Convenção seja um documento exclusivo e autônomo. Pelo contrário, é um tratado inclusivo, generosamente aberto a outros textos que promovem um maior grau de proteção dos direitos humanos (artigo 53 da Convenção).

329 (nota de rodapé 112) Ver *Loizidou c. Turquia* (exceções preliminares), 23 de março de 1995, § 75, Série A n. 310. Deve-se notar, neste contexto, que o preâmbulo da Convenção se refere apenas à Declaração Universal dos Direitos Humanos e não à Carta das Nações Unidas. Além disso, a Convenção não contém uma disposição geral, ao contrário dos outros tratados, segundo a qual os direitos nela garantidos sejam definidos na forma exigida ou prevista pela Carta ou pelas Resoluções das Nações Unidas.

330 (nota de rodapé 113) Ver, entre muitas outras autoridades, M.C. e outros c. Itália, não. 5376/11, de 3 de setembro de 2013; Kuric e outros c. Eslovênia [GC], não. 26828/06, CEDH 2012; Verdes e M. T. c. Reino Unido, n. 60041/08 e 60054/08, CEDH 2010; e Suljagić c. Bósnia e Herzegovina, n. 27912/02, 3 de novembro de 2009.

331 (nota de rodapé 114) Sobre a jurisdição constitucional europeia da Corte, ver minhas opiniões divergentes anteriores em *Fabris c. França* [GC], não. 16574/08, CEDH 2013 e *Vallianatos e outros c. Grécia* [GC], nos. 29381/09 e 32684/09, CEDH 2013.

B. A aplicabilidade do às obrigações decorrentes da Carta das Nações Unidas (§§ 61-64)

i. O escopo *ratione materiae* do *Bosphorus* (§§ 61-62)

60. À luz do papel constitucional da Convenção, as Partes Contratantes são responsáveis, nos termos da Convenção, pelas medidas que tomarem em cumprimento de suas obrigações perante o direito internacional, mesmo que essas obrigações resultem de sua participação em uma organização internacional na qual transferiram parte de seus poderes soberanos.³³² Em qualquer caso, uma medida adotada para cumprir essas obrigações deve ser considerada justificada se a organização em questão conferir aos direitos fundamentais pelo menos um nível de proteção equivalente ou comparável ao garantido pela Convenção. Apesar disso, esta exceção será negada em dois casos: se as medidas controvertidas não se enquadrarem precisamente nas obrigações decorrentes do sistema internacional do Estado demandado, em particular quando este tiver exercido uma margem de discricionariedade; ou quando a proteção dos direitos da Convenção em questão é manifestamente inexistente.

61. Como nenhuma parte dos sistemas jurídicos das Partes Contratantes está fora da jurisdição da Corte, os instrumentos de cooperação internacional também estão sob sua supervisão. Para este fim, o *Bosphorus* estabeleceu um teste de dois níveis, tanto processual quanto substantivo. Quanto à admissibilidade, o *Bosphorus* exige a identificação de uma ação, omissão ou conduta da competência do Estado-Membro demandado que tenha sido imposta por outro tratado, na ausência de qualquer margem de discricionariedade. A este respeito, o *Bosphorus* propõe uma comparação qualitativa entre os direitos humanos em sentido substantivo e os mecanismos de proteção conexos garantidos tanto pela Convenção como pelo ordenamento jurídico dos organismos internacionais competentes. Esta comparação baseia-se em uma presunção relativa de compatibilidade da Convenção, exceto no caso em que existam deficiências óbvias no sistema jurídico aplicável da organização internacional. Nada impede a aplicabilidade desta ferramenta metodológica às Nações Unidas, com a consequência prática de que tanto a presunção de *Al-Jedda* (relativa à interpretação de decisões vinculantes da ONU) como a presunção de *Nada* (ligada à margem de discricionariedade na implementação de decisões vinculantes da ONU) tornam-se repetitivas, se não penalizadoras.

332 (nota de rodapé 115) *Bosphorus*, citado acima, § 153.

i. O escopo *ratione temporis* do Bosphorus (§ 63)

62. Em relação às organizações internacionais que não a União Europeia, o Tribunal adotou uma abordagem complexa, distinguindo entre duas situações diferentes. Se o requerente se queixou de uma falta estrutural no mecanismo interno da organização internacional envolvida, o Tribunal aplicou a lógica do *Bosphorus* “retroativamente” como se estabelecesse que os Estados, ao transferirem parte da sua soberania para a organização internacional, tivessem assegurado que direitos convencionais teriam recebido proteção equivalente àquela garantida pela Convenção.³³³

ii. O escopo *ratione personae* do Bosphorus (§ 64)

63. Quando o demandante alegou não uma falta estrutural no mecanismo interno do organismo internacional competente, mas uma decisão específica tomada contra ele, o Tribunal declarou o recurso inadmissível *ratione personae*. Às vezes, implícita ou mesmo explicitamente, o Tribunal não se esquivou de aplicar o teste do *Bosphorus* simultaneamente, ou de considerar a possibilidade de sua aplicação, a organizações internacionais que não a União Europeia. Portanto, nos termos do Artigo 35 § 4 da Convenção, rejeitou os recursos relativos aos atos da Administração Interina das Nações Unidas da Missão no Kosovo e da Força do Kosovo,³³⁴ da Administração Civil Internacional na Bósnia e Herzegovina,³³⁵ do Tribunal Administrativo da Organização Internacional do Trabalho e da Organização Europeia para a Segurança da Aviação,³³⁶ da Comissão Europeia e do Tribunal de Justiça (CPEC e CGE),³³⁷ do ICTY,³³⁸ do CPI³³⁹ e do Conselho Oleícola Internacional.³⁴⁰ O mesmo raciocínio foi aplicado ao mesmo Tribunal Administrativo do Conselho da Europa.³⁴¹

333 (nota de rodapé 116) Ver, por exemplo, *Gasparini c. Itália e Bélgica* (dezembro), No. 10750/03, 12 de maio de 2009.

334 (nota de rodapé 117) *Behrani*, citado acima.

335 (nota de rodapé 118) *Beric e outros c. Bósnia e Herzegovina* (dec.), Nos. 6.357/04 e outros 25, § 30, de 16 de outubro de 2007. Responde ao argumento em *Behrani*.

336 (nota de rodapé 119) *Boivin v. 34 estados membros do Conselho da Europa* (dec.), N. 73520/01, CEDH 2008. O Tribunal nesta ocasião foi tentado a usar o teste do *Bosphorus*.

337 (nota de rodapé 120) *Connolly c. 15 estados membros da União Europeia* (dec.), N. 73274/01, de 9 de dezembro de 2008. A Corte fez clara referência ao teste do *Bosphorus* antes de concluir que, “em qualquer caso” (quoi qu’il en soit, em francês na versão original), os documentos não foram imputáveis ao Estado requerido.

338 (nota de rodapé 121) *Galic c. Holanda* (dezembro), No. 22.617/07, de 9 de junho de 2009. No § 46, a sentença lembra a prova do *Bosphorus*.

339 (nota de rodapé 122) *Djokaba Lambi Longa c. Holanda* (dez), n. 33917/12, CEDH 2012. Também aqui a frase do § 79 é inspirada no *Bosphorus*.

340 (nota de rodapé 123) *López Cifuentes c. Espanha* (dezembro), No. 18754/06, de 7 de julho de 2009. No § 73, o Tribunal se refere a Waite e Kennedy para concluir que a negação de acesso a um tribunal nacional não afeta o cerne do direito do requerente nos termos do Artigo 6.

341 (nota de rodapé 124) *Beygo Ver 46 estados membros do Conselho da Europa* (dec.), N. 36.099/06, de 16 de junho de 2009. A argumentação é semelhante à de *Boivin*.

B. A aplicação do *Bosphorus* ao caso em questão (§§ 65-67)

64. Ao aplicar o teste do *Bosphorus*, a Corte não examinou o conteúdo da própria Resolução 1483 nem a relevância do ato de listagem, não procedendo, portanto, como se fosse um tribunal de apelação dos órgãos das Nações Unidas. Basta que adote uma posição menos invasiva, na verdade mais favorável ao desenvolvimento da cooperação internacional e da confiança mútua. Como foi demonstrado, nem o Comitê 1518 nem o *Focal Point* garantem um mecanismo independente e imparcial para avaliar e revisar as decisões sobre inclusão e remoção da lista. Consequentemente, as Partes Contratantes na Convenção devem assegurar que a regularidade da inscrição do requerente na lista de sanções seja examinada pelos seus tribunais e que tenham provas suficientes para o determinar, se for caso disso à luz dos elementos de prova apresentados pelo queixoso e os esclarecimentos necessários do Conselho de Segurança sobre provas incriminatórias.³⁴² Se tal concordância entre a Resolução e a inclusão na lista não puder ser verificada de forma suficientemente plausível, caberá ao Estado envolvido assumir as consequências da forma que considerar adequada. Essas deficiências podem, em particular, levar a uma avaliação formal da ausência de provas necessárias com base na qual se possa adotar uma medida interna que vincule o indivíduo envolvido.

65. Não se pode argumentar que a aplicação do método do *Bosphorus* às Nações Unidas seria um exercício inútil e supérfluo, baseado na conclusão refutada de que uma organização intergovernamental como as Nações Unidas nunca poderá garantir um instrumento de proteção equivalente a indivíduos e entidades privadas afetadas ou sujeitas à conduta ou omissão da ONU. Este argumento é inválido por duas razões de princípio. Primeiro, parece uma *petitio principii*. Não há razão plausível para não aplicar os padrões de direitos humanos da ONU às suas próprias decisões. Em princípio, nada impede a adoção de garantias substantivas e processuais adequadas pelos órgãos das Nações Unidas, de acordo com a Carta e o próprio PIDCP, na adoção de decisões vinculantes que imponham sanções a pessoas e entidades. A Ouvidoria não é uma evolução do pouco, o que mostra como são possíveis mudanças progressivas no sistema. E pode ser ainda mais fortalecido se houver vontade política. Em segundo lugar, as questões abordadas pelas resoluções das Nações Unidas que impõem sanções, como genocídio, crimes contra a humanidade e terrorismo, não são essencialmente políticas em

342 (nota de rodapé 125) O poder dos tribunais nacionais de assegurar a fiscalização jurisdicional efetiva seria seriamente prejudicado se o Estado chamado a realizá-la não tivesse acesso a todos os fundamentos da inclusão na lista ou, mesmo que tivesse, o Estado que o designasse não permitisse a divulgação das informações a indivíduos identificados (ver Relatório Emmerson, cit., § 22).

si ou excluídas de qualquer consideração legal. Pelo contrário, essas questões exigem uma forte resposta jurídica da comunidade internacional.

66. O fortalecimento da legitimidade política, precisão jurídica e eficácia prática do sistema de sanções das Nações Unidas são decisivos para o futuro da humanidade. Nenhum advogado experiente na luta contra o crime organizado internacionalmente e financiado pelo Estado questionaria o fato de que essas sanções visam essencialmente combater efetivamente os vários perigos que o mundo enfrenta hoje. A resposta internacional deve respeitar os princípios básicos do princípio da legalidade, para cuja defesa a própria Organização das Nações Unidas foi criada em 1946. Este é também o real significado do apelo feito pela Assembleia Geral das Nações Unidas aos Estados para que “assegurando a plena observância das suas obrigações internacionais, garantindo o Estado de Direito e integrando as garantias adequadas dos direitos humanos nos procedimentos nacionais para a inclusão nas listas de pessoas singulares e coletivas, para combater o terrorismo”.³⁴³ Este lembrete também se aplica ao Conselho de Segurança. O argumento de que este é um órgão especial que exerce seus próprios poderes sancionatórios e que, portanto, sua sujeição às normas internacionais de devido processo também pode ser especial é problemático.³⁴⁴ O mesmo vale para o argumento político de que as Nações Unidas são uma instituição tão única que deveria merecer tratamento privilegiado sobre outras organizações internacionais.³⁴⁵ A história mostra que o argumento da singularidade no direito internacional, e no direito em geral, muitas vezes é uma porta aberta para a arbitrariedade.

B. Conclusão preliminar (§§ 68-70)

67. A maioria em *Al-Dulimi* adotou uma estratégia de negação, evitando a todo custo o confronto com a realidade. Para fazer isso, ele juntou a presunção de *Al-Jeddah* e o teste de “margem de apreciação na implementação” de *Nada* – ou, com reformulação desnecessária, o teste de “margem de flexibilidade”. Como em *Nada*, foi feito um esforço incansável para reinventar uma conduta alternativa que as Partes Contratantes da Convenção poderiam ter adotado para evitar a violação das obrigações decorrentes da Convenção, respeitando ao mesmo tempo o primado do Artigo 103.

343 (nota de rodapé 126) Resolução da Assembleia Geral da ONU, A/RES/68/178, 28 de janeiro de 2014.

344 (nota de rodapé 127) Esta foi a posição da primeira Ouvidora Kimberley Porst, em suas “Observações expressas na reunião informal de assessores jurídicos”, 25 de outubro de 2010, p. 8. A mesma opinião encontra eco no site do Ombudsperson sobre “abordagem e procedimentos”, quando se refere ao “contexto particular das decisões tomadas por um Comitê agindo sob a direção expressa do Conselho de Segurança” como motivação para as normas provas adotadas.

345 (nota de rodapé 128) Esta foi a opinião da Corte em *Behrami*, citada acima, e da *Stitching Foundation of the Mothers of Srebrenica*, citada acima, que claramente se afastava dos princípios gerais expressos em *Waite e Kennedy* e *Bosphorus*.

68. Se levarmos a sério o valor constitucional da Convenção, o teste de proteção equivalente deve ser aplicado em relação a qualquer obrigação sob outros tratados e acordos internacionais, incluindo a Carta das Nações Unidas. Esta não é uma abordagem de confronto, mas dialética e progressiva. No caso das resoluções vinculantes do Conselho de Segurança, não há interferência em suas prerrogativas, mas sim um diálogo construtivo e aberto entre dois atores fundamentais na salvaguarda do direito internacional e dos direitos humanos.

69. No caso em apreço, mesmo admitindo, para efeitos da argumentação, que a obrigação de confiscar não deve ter natureza punitiva e não existe um direito *jus cogens* de acesso a um tribunal penal, a presunção de proteção equivalente do *Bosphorus* nas Nações Unidas ordenamento jurídico é claramente refutada pelos fatos do caso, como demonstrado acima. Além disso, à luz da inexistência de qualquer via judicial alternativa, eficaz e acessível no direito interno para proteger o “direito de usufruto de sua propriedade” dos requerentes, houve, no entanto, uma violação da essência do direito dos requerentes de acesso a um tribunal, conforme estabelecido no Artigo 6 (perfil civil) da Convenção.

70. Em vez de uma visão subjetiva e limitada do direito internacional, o Conselho da Europa prefere uma visão multicêntrica e globalista do direito internacional, que emerge da relação entre direito internacional e direito convencional para além da dicotomia ortodoxa, agora ultrapassada, entre monismo e dualismo. A Convenção pertence tanto ao direito internacional como ao direito constitucional, sendo o conflito entre as obrigações decorrentes da Convenção e as decorrentes da Carta da ONU um conflito intersistemático. A fragilidade da pretensão constitucional do Carta nem sempre pôde prevalecer nesse conflito, apesar do caráter secundário do Artigo 103. Na ausência de um catálogo constitucionalmente vinculativo de direitos e liberdades que possam ser protegidos por um tribunal, ou por outros órgãos ou funcionários autorizados a exercer o poder judicial, no âmbito das Nações Unidas os Estados membros do Conselho da Europa podem ter de verificar validade interna e externa às resoluções da ONU. Tendo em conta o buraco negro constitucional representado pelas Nações Unidas, esta atividade poderia também ter de ser realizada invocando a forte reivindicação constitucional do Conselho da Europa, baseada na Convenção e nos seus protocolos adicionais, sem esquecer que a Convenção inspira-se na mesma Declaração Universal dos Direitos Humanos. Em um mundo de legisladores internacionais descentralizados, o *Bosphorus* parece ser o melhor exemplo de uma forma progressiva de verificação dos sistemas jurídicos de outras organizações internacionais, e isso é favorecido pela filosofia ecumênica da arte. 53 da Convenção. Apesar da falta de uma Constituição para a comunidade internacional como um todo, a inevitável pluralidade do direito internacional atual não implica necessariamente a fragmentação em regimes autônomos e herméticos como se fos-

sem torres isoladas. Pelo contrário, uma pluralidade descentralizada poderia dar origem a cooperação mútua e sinergia entre sistemas jurídicos concorrentes.³⁴⁶ Isso não significa que o risco de uma cacofonia de múltiplas constituições regionais nem sempre esteja presente, com o concomitante nascimento de conflitos e embates, pelo menos entre Europa e Américas, com o crescente protagonismo de seus próprios tribunais regionais competentes para a proteção dos direitos humanos. direitos desempenhando o papel de tribunais constitucionais regionais. Esse risco só poderia ser evitado quando nascesse uma Corte Mundial de Direitos Humanos. Nesse dia, as Nações Unidas terão se estabelecido como uma verdadeira ordem constitucional. Felizmente, as críticas sincronizadas de Luxemburgo e Estrasburgo serão ouvidas em Nova York e darão novo impulso à construção de uma Corte Mundial de Direitos Humanos. Só assim poderá ser construído um meta-sistema universal, homogêneo e hierárquico de direitos humanos, para o bem de toda a humanidade, como limite ao exercício do poder público e ao uso da força pública pelos órgãos e repartições das Nações e de seus membros.

71. Até então, uma coisa é certa: as alegações apocalípticas que pintam o direito internacional como um “não-direito”³⁴⁷ ou mesmo antecipam sua “morte”³⁴⁸ após a reação dos tribunais luxemburgueses e de Estrasburgo nas “listas negras” do Conselho de Segurança nada mais são do que um reflexo defensivo contra o que deveria ser a evolução mais bem-vinda do direito internacional. O direito internacional seria seriamente alterado se prevalecesse a obediência cega e mecânica às medidas da ONU que claramente violam o próprio direito internacional. Além disso, o próprio sistema europeu de proteção dos direitos humanos seria seriamente prejudicado se os juízes europeus adotassem uma abordagem *perinde ac cadaver*, como se estivessem diante de um conselho de segurança legal *solutus cujos diktats* são um selo de legalidade incondicional e inatacável. Uma vez que a maioria dos membros permanentes do Conselho de Segurança (Reino Unido, França e Rússia) estão vinculados ao sistema europeu de princípios constitucionais, conforme evidenciado pela Resolução PACE 1597 (2008), a Corte certamente não poderia ignorar a incompatibilidade com o Convenção do exercício do poder legislativo, sob pena de grave risco de que as resoluções do Conselho de Segurança possam ser utilizadas como meio para violar as obrigações decorrentes da Convenção.

346 (nota de rodapé 129) Sobre a “competição homogênea” entre os diferentes tratados e os sistemas assim criados, ver Koskenniemi, “Droit international et hégémonie: une reconfiguration”, in M. Koskenniemi (ed.), *La politique du droit international*, Paris: Pédone, 2007, pp. 291-320.

347 (nota de rodapé 130) Ver A. Nollkaemper, “Rethinking the Supremacy of International Law”, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 65 (2010), p. 74.

348 (nota de rodapé 131) Ver A. Rosas, “The Death of International Law?”, *Anuário Finlandês de Direito Internacional*, 20 (2011), p. 227.

72. A saída para este impasse é clara: ou as Nações Unidas aceitam o desafio e aproveitam esta oportunidade para continuar com a criação de uma Corte Mundial de Direitos Humanos, abrindo esse caminho jurídico em favor de pessoas físicas e jurídicas afetadas pela conduta de Órgãos e escritórios da ONU, como listar suspeitos de terrorismo, transferir seus bens e restringir sua liberdade de movimento; ou recorrem a vias legais alternativas, por exemplo, estendendo e fortalecendo o mandato e as atribuições da Ombudsperson a ponto de garantir-lhe natureza judicial.³⁴⁹ Uma vez que a atual arquitetura centrada no estado da ONU não está preparada para proteger os direitos e liberdades daqueles sujeitos a medidas não coercitivas do Conselho de Segurança sob o Capítulo VII, certamente é necessário um novo mecanismo empoderamento para os direitos humanos. Repito o que já disse em outro lugar: em princípio, todos os Estados podem ser considerados como “estados em risco” no caso de *delicta juris gentium*, como genocídio, crimes contra a humanidade e terrorismo, cujos perpetradores são condenados a ser *hostis humanis generis*.³⁵⁰ A comunidade internacional como um todo tem não apenas o direito, mas também a obrigação de agir, de agir legalmente. Em resposta a esse imperativo legal, o poder sancionador cada vez maior da ONU e, especificamente, a crescente determinação do Conselho de Segurança na aplicação coletiva da lei, são muito bem-vindos, mas eles próprios exigem maior previsibilidade e responsabilidade legal. Uma regressão a sanções menos direcionadas e menos baseadas em regras legais não é uma opção, pois enfrentaria uma oposição ainda mais resoluta e seria, em última análise, contraproducente e ineficaz. Em relação ao princípio do devido processo legal, o regime de sanções da ONU só pode se tornar mais forte. Não fazê-lo no curto prazo só daria força a uma série de grandes contrarreações, que não só aumentariam as distâncias entre aliados naturais como o Conselho da Europa e as Nações Unidas, mas certamente prejudicariam uma dura luta contra o vários perigos que o mundo enfrenta.

2. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM – GRANDE SECÇÃO – A E B C. NORUEGA – RECURSOS N. 24130/11 E N. 29758/11 – ACÓRDÃO DE 15 DE NOVEMBRO DE 2016

O caso: Os requerentes, A e B, foram processados e sancionados no âmbito de um processo fiscal por não terem declarado às autoridades fiscais norueguesas os rendimentos decorrentes de determinadas operações de transferência de ações; posteriormente, pelos mesmos factos, os recorrentes foram condenados em pro-

349 (nota de rodapé 132) Uma vez que os recursos internos só podem garantir uma compensação limitada, devido à resolução do Conselho de Segurança e ao fato de que as obrigações resultantes e as “listas negras” universais permanecem válidas mesmo quando a medida de implementação do Estado for invalidada em nível nacional, um remédio no nível da ONU é indispensável. Um remédio universal pode tornar inútil outro remédio caseiro, mesmo que sua eficácia seja garantida.

350 (nota de rodapé 133) Veja minha opinião separada em Sargsyan, citado acima, § 30.

cesso criminal por fraude fiscal. Os requerentes recorreram ao Tribunal Europeu queixando-se de violação do princípio *ne bis in idem*, consagrado no Artigo 4 do Protocolo n. 7 da CEDH. Com a sentença de 15 de novembro de 2016, a Grande Câmara, adotando uma postura mais restritiva do que a jurisprudência anterior sobre a matéria, excluiu a violação convencional. Com efeito, os juízes esclareceram que a proibição do bis in idem não impede os Estados-Membros de preverem uma “dupla via de sanções” no seu ordenamento jurídico, nem de aplicarem uma sanção administrativa (embora considerada de natureza penal de acordo com os denominados critérios de Engel) por uma infração fiscal e perseguir os mesmos fatos também do ponto de vista da punição criminoso. No entanto, no entendimento da Grande Câmara, para excluir a violação do Artigo 4 do Protocolo n. 7 da CEDH, os dois procedimentos – administrativo/fiscal e penal – devem estar “suficientemente ligados em substância e em tempo”. Especificamente, os dois processos devem ter finalidades sancionatórias diferentes e devem ser coordenados para evitar duplicação desnecessária de provas. Além disso, a divisão dos procedimentos deve ser previsível e, sobretudo, na imposição da sanção, o juiz do segundo processo deve levar em conta o valor da sanção anteriormente aplicada.

Palavras-chave: direito a não ser julgado ou punido duas vezes – dupla pena – ligação suficiente no tempo e no espaço – processo administrativo e penal – infrações fiscais – double jeopardy.

Comentários: Gaetano De Amicis

Voto dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque

SUMÁRIO: I. Introdução (§§ 1-2). PARTE UM (§§ 3-32). – II. As raízes de *ne bis in idem* (§§ 3-15). – A. Breve nota histórica (§§ 3-14). – a. A era romana (§§ 3-4). – b. O Iluminismo (§ 5). – B. Um princípio de direito internacional habitual (§§ 6-15). – a. A consolidação universal do princípio (§§ 6-7). – b. A consolidação europeia do princípio (§§ 8-15). – III. Desafios contemporâneos ao *ne bis in idem* (§§ 16-32). – A. Contraordenações e política criminal à *deux vites* (§§ 16-22). – a. A tendência política para a descriminalização (§§ 16-17). – b. *Öztürk* e a “criminalização” de delitos menores (§§ 18-22). – B. Sanções fiscais como instrumento de política criminal (§§ 23-32). – a. A natureza criminal das sanções fiscais (§§ 23-25). – b. Jussila e a fronteira entre *malum in se* e *malum quia prohibitum* (§§ 26-32). SEGUNDA PARTE (§§ 33-80). – 4. O legado *pro persona* de *Sergey Zolotukhin* (§§ 33-49). – A. A acumulação de sanções administrativas e criminais (§§ 33-39). – a. O *idem factum* nos processos administrativos e criminais (§§ 33-36). – b. A decisão final em processo administrativo (§§ 37-39). – B. Processos administrativos e penais paralelos (*bis*) (§§ 40-49). – a. Conexão temporal suficiente (§§ 40-46). – b. Conexão substancial suficiente

(§§ 47-49). – V. A releitura de *Sergey Zolotukhin* (§§ 50-77). – A. A restrição do *idem factum* pelos critérios *bis* (§§ 50-59). – a. A busca de diferentes propósitos relacionados a diferentes perfis de conduta socialmente ofensiva (§§ 50-57). – b. Previsibilidade da acumulação de sanções (§§ 57-59). – B. O conceito *pro auctoritate* do *ne bis in idem* da maioria (§§ 60-77). – a. Não há duplicação de coleta e avaliação de evidências (§§ 60-64). – b. O mecanismo de compensação entre sanções administrativas e criminais (§§ 65-77). – VI. Conclusão (§§ 78-80).

I. INTRODUÇÃO (§§ 1-2)

1. Não subscrevo o raciocínio nem as conclusões da maioria no caso em apreço. Embora o presente caso trate especificamente da acumulação de sanções impostas em processos fiscais e penais paralelos, a Grande Câmara do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (“o Tribunal”) alargou deliberadamente o âmbito do processo ao problema jurídico mais geral da “Duplo processo penal e administrativo”.³⁵¹ O objetivo claro da Grande Câmara é estabelecer um princípio de direitos humanos a nível europeu, aplicável a todos os casos em que haja uma combinação de processos administrativos e criminais. O problema é que o raciocínio da Grande Câmara toma alguns atalhos. A descrição imprecisa das condições exigidas para a acumulação de sanções administrativas e criminais – e a aplicação precipitada dessas condições ao quadro jurídico e prático norueguês – deixam uma impressão persistente de raciocínio superficial.

2. Na primeira parte do meu parecer, trato dos fundamentos esquecidos do princípio *ne bis in idem*, em particular suas raízes históricas como garantia individual e seu reconhecimento gradual como princípio de direito internacional consuetudinário. Em seguida, apresento os desafios contemporâneos que se colocam a este princípio no domínio das contraordenações – em particular as infracções fiscais – e a correspondente resposta hesitante do Tribunal. Na segunda parte do parecer, avalio o legado *pro persona* de *Sergey Zolotukhin*³⁵² e comparo a posição *pro auctoritate* da maioria no presente caso com as recentes soluções adotadas pelo Tribunal e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no campo de infracções fiscais³⁵³, bolsas de valores³⁵⁴ e alfândegas³⁵⁵. Por fim, ilustro as limitações da solução majoritária no presente caso com base em uma discussão aprofundada

351 (nota de rodapé 1) Ver crucial § 132 da sentença.

352 (nota de rodapé 2) *Sergey Zolotukhin c. Rússia* [GC], não. 14939/03, §§ 82 e 84, CEDH 2009.

353 (nota de rodapé 3) *Hans Åkeberg Fransson* (C-617/10, acórdão da Grande Secção do Tribunal de Justiça da União Europeia, 26 de fevereiro de 2013, e *Lucky Devc.c. Suécia*, n. 7356/10, § 58, 27 de novembro de 2014.

354 (nota de rodapé 4) *Grande Stevens e outros v. Itália*, n. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, de 4 de março de 2014.

355 (nota de rodapé 5) *Kapetanios e outros v. Grécia*, n. 3453/12, 42941/12 e 9028/13, § 72, 30 de abril de 2015, e *Sismanis e Sitaridis c. Grécia*, n. 66602/09 e 71879/12, 9 de junho de 2016.

dos objetivos e elementos das infrações penais e fiscais em questão, as diferentes regras de prova aplicáveis em processos administrativos e criminais na Noruega, e as características específicas do alegado mecanismo de compensação prevista pelo direito material e pela jurisprudência nacional. Diante dessas considerações, concluo que houve violação do Artigo 4 do Protocolo n. 7.

PARTE I (§§ 3-32)

II. As raízes de *ne bis in idem* (§§ 3-15)

A. Breve nota histórica (§§ 3-14)

a. A era romana (§§ 3-4)

3. A máxima *ne bis in idem* foi respeitada na Roma republicana e durante o Principado, embora se mencionassem algumas exceções relativas a novos processos pelo mesmo crime contra arguidos já absolvidos.³⁵⁶ Inicialmente, durante o período das *legis actiones*, a máxima significava que *bis de eadem res ne sic actio*, ou seja, que a experimentação de uma determinada ação resultava na extinção do respectivo direito, o que impedia a experimentação de novas ações mesmo quando não houvesse decisão sobre o mérito foi feito. Para limitar o impacto dessa máxima, foi introduzida a exceção *rei judicatae*, que dependia de uma decisão prévia sobre o mérito. Essa exceção impedia o *bis in eadem*, independentemente de a sentença anterior ter sido absolvição ou condenação. Em ambos os casos, a *autoritas rerum judicatarum* consistia no efeito extintor da ação penal. O alcance da máxima era limitado pelo sujeito da ação penal anterior: *tantum consumptum, quantum judicatum, tantum judicatum, quantum litigatum*. A eadem quaestio foi determinada pelo mesmo fato, *idem factum*.³⁵⁷

4. No direito justiniano, a presunção de veracidade da decisão do tribunal tornou-se a nova ratio da máxima. Ulpiano foi o primeiro a formular a máxima *res iudicata pro veritate accipitur* (D. 50, 17, 207). Com o surgimento do processo inquisitório e da racionalidade jurídica silogística, o fundamento lógico da codificação imperial - autoridade da Kurt e a infalibilidade das suas decisões - houve um impacto negativo sobre a dimensão individual da máxima. na lógica

356 (nota de rodapé 6) Para o debate histórico, Ver Laurens, *De l'autorité de la escolheu jugée considérée comme mode d'extinction de l'action publique*, Paris, 1885; Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Aalen, 1899; Arturo Rocco, *Tratado sobre a coisa julgada como causa de extinção da ação penal*, Roma, 1900; Daman, *La règle non bis in idem en droit penal français*, Rennes, 1971; Spinellis, *Die materielle Rechtskraft des Strafurteils*, Munique, 1962; Mansdörfer, *Das Prinzip des ne bis in idem im europäischen Strafrecht*, Berlim, 2004; e Lelieur-Fischer, *La règle ne bis in idem, Du principe de l'autorité de la escolheu jugée au principe d'unité d'action répressive. Etude à la lumière des droits français, allemand et européen*, Paris, 2005.

357 (nota de rodapé 7) V. Laurens, cit., p. 50-51; Arturo Rocco, cit., p. 76; e Mommsen, cit., p. 450.

do novo processo inquisitivo, aqueles que, no passado, eram casos excepcionais de reabertura dos processos penais pelos mesmos fatos, no direito Romano tornaram-se meros exemplos da máxima *absolutio pro nunc, rebus sic stantibus* que de fato reconhecia a natureza transitória da sentença penal na busca da verdade. Por exemplo, na França, segundo a regra *plus amplement informé*, na ausência de provas concretas da inocência da pessoa a absolvição possuía uma natureza transitória e podia ser a qualquer momento revista mediante novas provas incriminadoras. O mesmo acontecia na Itália, onde a pessoa acusada era absolvida no julgamento (*At in casu quo reus absolvendus est ab observatione iudici*), com a ressalva “enquanto as coisas estiverem como estão” (*stantibus rebus prout stant*), podendo os processos serem reabertos quando surgissem novas provas (*supervenient nova indicia*).

b. O Iluminismo (§ 5)

5. O iluminismo comporta um retorno a admissão individual do *ne bis in eadem*, que foi incorporado no artigo 8 do capítulo V do título II da Constituição francesa de 1791 (“*tout homme acquité par un jury legal ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait*”) e nos artigos 246 e 360 do código de instrução penal de 1808. A consequência prática destas normas foi a abolição da regra infamante *plus amplement informé*. Do outro lado do Oceano Atlântico, no mesmo ano de 1791 à quinta emenda da Constituição dos Estados Unidos introduzia a proibição do *double jeopardy* no processo penal (“*nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb*”) que incorpora a proibição Dilma nova acusação penal sucessiva a absolvição, de uma nova acusação penal sucessiva a condenação e da imposição de múltiplas penas pelo mesmo crime. Esta emenda impedia que a pessoa imputada fosse sancionada 2 vezes o que fosse submetida a um processo duas vezes pelo mesmo crime³⁵⁸. Na hipótese em que há condenação venha a ser anulada por conta de algum erro, a pena já cumprida pelo crime deve ser totalmente computada na imposição de uma nova sentença condenatória pelo mesmo tipo penal³⁵⁹

B. Um princípio de direito Internacional consuetudinário (§§ 6-15)

a. A consolidação universal do princípio (§§ 6-7)

6. Como demonstra práxis consolidada e virtualmente universal dos estados, é princípio de direito Internacional consuetudinário que a pretensão estatal

358 North Carolina c. Pearce, 395 U.S. 711, p. 717 (1969).

359 Ibid., p. 718.

de perseguição, processo e imposição de uma pena referente a um crime se exaure (*Strafklageverbrauch*) quando a pessoa acusada seja absolvida ou julgada culpada pelo crime imputado como uma sentença definitiva proferida ao final do processo penal (o princípio do exaurimento do procedimento ou *Erledigungsprinzip*)³⁶⁰. Este princípio é independente de qualquer condição relativa a sentença ou a sua execução. Nas hipóteses em que tal princípio não seja aplicável como no caso da proibição de dupla sanção, sem vetar uma segunda a acusação penal e um segundo processo cada sanção precedente deve ser levada em conta na imposição de uma segunda sanção pelo mesmo fato (princípio do cômputo ou *Anrechnungsprinzip*).

7. O princípio do exaurimento do procedimento (*Erledigungsprinzip*) é afirmado no artigo 14 parágrafo 7 do pacto Internacional sobre direitos civis e políticos de 1966 (ICCPR – “processado ou punido”³⁶¹, pelo artigo 8 parágrafo quarto da convenção Americana de direitos humanos de 1969 (“novo processo”), pelo artigo 75 parágrafo quarto letra h, do protocolo adicional às convenções de Genebra de 1949 (“submetido ao processo ou punido”), pelo artigo 10 parágrafo primeiro do estatuto do tribunal penal Internacional para a antiga Iugoslávia de 1993 (“processado”)³⁶², pelo artigo 9 parágrafo primeiro do estatuto do tribunal penal Internacional para Ruanda, de 1994, (“processado”)³⁶³, pelo artigo 20 parágrafo segundo do estatuto da corte penal Internacional de 1998 (“condenado ou absolvido”), pelo artigo 9 parágrafo primeiro do estatuto da corte especial para Serra Leoa de 2002 (“processado”)³⁶⁴ e pelo artigo 19 parágrafo primeiro da carta árabe de direitos humanos de 2004 (“processado”). o artigo 86 da terceira convenção de Genebra de 1949 (“punido”) e o artigo 117 parágrafo terceiro da quarta convenção de Genebra de 1949 (“punido”) não se aplicam uma vez que vetam apenas a imposição de uma nova pena sem fazer referência ao princípio do cômputo

b. Consolidação europeia do princípio (§§ 8-15)

360 Ver, para a prática constitucional, Bassiouni, “Human Rights in the Context of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections and Equivalent Protections in National Constitutions” (1993), 3 *Duke Journal of Comparative & International Law*, p. 247.

361 V. A Observação Geral do Comitê de Direitos Humanos n. 32, artigo 14, Direito à igualdade perante tribunais e tribunais de justiça e a um julgamento justo, 23 de agosto 2007, CCPR/C/GC/32, §§ 54-57.

362 “Ao determinar a pena a ser imposta a uma pessoa considerada culpada de um crime nos termos deste Estatuto, o Tribunal Internacional levará em conta a quantidade de punição que a pessoa que já foi condenada pelo mesmo ato por um tribunal nacional já cumpriu.”

363 “Ao determinar a pena a ser imposta à pessoa considerada culpada de um crime nos termos deste Estatuto, o Tribunal Internacional de Ruanda levará em conta a quantidade de punição que a pessoa que já foi condenada pelo mesmo ato por um tribunal nacional já cumpriu.”

364 “Ao determinar a pena a ser imposta a uma pessoa considerada culpada de um crime previsto neste Estatuto, o Juizado Especial levará em conta a quantidade de sentença que a pessoa que já foi condenada pelo mesmo feito por um tribunal nacional já cumpriu.”

8. No âmbito do conselho da Europa, o princípio do *ne bis in idem* entrou em jogo inicialmente como motivo de exclusão obrigatória canal à cooperação em matéria penal entre os estados. Exemplos dessa abordagem limitada são o artigo 9 da convenção europeia de extradição de 1957³⁶⁵, o artigo 9 da convenção europeia para a repressão das infrações automobilísticas de 1962³⁶⁶, o artigo 2 do protocolo adicional à convenção europeia de extradição³⁶⁷, o artigo 8 da convenção sobre transferência de pessoas condenadas de 1983³⁶⁸, o artigo 2 parágrafo quarto do acordo sobre tráfico ilícito marítimo, que aplica o artigo 17 da convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas³⁶⁹ e o artigo 28 parágrafo primeiro letra f da convenção do conselho da Europa sobre reciclagem, investigação, sequestro, e o confisco de bens provenientes de crime e sobre financiamento do terrorismo³⁷⁰.

24. Mais recentemente o princípio do exaurimento do procedimento (*Erledigungsprinzip*) foi afirmado pelo artigo 53 da convenção europeia sobre a validade Internacional dos julgamentos repressivos de 1970 (não será perseguida nem condenada nem sujeita a execução de uma pena)³⁷¹, do artigo 35 da convenção europeia sobre a transferência de processos penais de 1972 (não será perseguida nem condenada nem sujeita à execução de uma pena)³⁷² e pelo artigo 17 da convenção europeia sobre infância infrações referentes a bens culturais de 1985 (não serão perseguidas nem condenadas nem sujeitas à execução de uma pena)³⁷³. Nestes casos, quando o *ne bis in idem* não for aplicado, o princípio do cômputo deve ser preservado como última forma de garantia. O artigo 25 da convenção do conselho da Europa sobre a luta contra o tráfico de seres humanos prevê apenas o princípio do cômputo³⁷⁴.

10. A recomendação da assembleia parlamentar do conselho da Europa número 791 de 1976 sobre a proteção dos direitos humanos na Europa exortou o Comité de ministros a “procurar inserir o maior número possível de normas substanciais do pacto sobre direitos civis e políticos no interior da convenção”. o

365 STE n. 24.

366 STE n. 52.

367 STE n. 86.

368 STE n. 112.

369 STE n. 156.

370 STCE n. 198.

371 STE n. 70. Quando este princípio não se aplica, o art. 54 prevê o princípio do cálculo para as sentenças que impõem uma pena detentiva.

372 STE n. 73. Quando este princípio não se aplica, o art. art. 36 prevede prevê o princípio do cálculo para as sentenças que impõem uma pena detentiva.

373 STE n. 119. Quando este princípio não se aplica, o art. 18 prevê o princípio do cálculo para as sentenças que impõem uma pena detentiva.

374 STCE n. 197.

artigo 4 do protocolo 7³⁷⁵, foi aprovado em 1984 sob a direta influência do artigo 17 parágrafo 7 do pacto Internacional de direitos civis e políticos. A principal novidade residia na natureza inderrogável do princípio europeu.

11. Dentro da União Europeia, o princípio do esgotamento do procedimento (*Erledigungsprinzip*) foi estabelecido pelo Artigo Artigo 1 da Convenção entre os Estados-Membros das Comunidades Europeias sobre a aplicação do princípio *ne bis idem*, 1987 (“não pode estar sujeito a um processo penal”)³⁷⁶, do Artigo Artigo 54 da Convenção que implementa o Acordo de Schengen, 1990 (CAAS – “não pode estar sujeito a processos criminais”)³⁷⁷, do Artigo 7 da Convenção sobre a proteção dos interesses financeiros da Comunidade Europeia, 1995 (“não pode ser processado”)³⁷⁸, pelo Artigo 10 da Convenção sobre o combate à corrupção envolvendo funcionários das Comunidades Europeias ou funcionários dos Estados-Membros da União Europeia de 1997 (“não pode ser processado”)³⁷⁹ do Artigo 2 § 1 do Regulamento CE n. 2157/1999 do Banco Central Europeu sobre o poder do Banco Central Europeu de impor sanções (“Não é possível iniciar mais de um processo por infração”), do Artigo Artigo 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (“a Carta” – “processado ou condenado”) e a iniciativa da República Helênica em vista a adoção da Decisão-Quadro do Conselho sobre a aplicação do princípio “ne bis in idem” (“não pode ser processado pelos mesmos atos”)³⁸⁰.

12. A Carta alterou radicalmente as obrigações legais dos Estados-Membros da União Europeia a que se aplica. Uma vez que o direito de não ser julgado ou punido duas vezes pelo mesmo crime é previsto no Artigo 54 CAAS e do Artigo 50 da Carta, Artigo 54 deve ser interpretado à luz do Artigo 50³⁸¹. À luz da Artigo 52, § 3, da Carta, na implementação de direitos e liberdades previstos na Carta que correspondam a direitos e liberdades garantidos pela Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (“a Convenção”) e protocolos relacionados, os Estados-Membros da União Europeia estão vinculados ao significado e ao escopo

375 STE n. 117. O Protocolo é vigente desde 1º de novembro de 1988.

376 O. 3 prevê o princípio do cômputo para as sentenças que imponham uma pena privative de Liberdade e para penas alternativas à privação da Liberdade.

377 Quando esse princípio não se aplica, o Artigo 56 prevê o princípio da contagem de sentenças que imponham pena privativa de pena e penas que não envolvam formas de privação de liberdade. Artigos. de 54 a 57 da Convenção que implementa o Acordo de Schengen foram extraídos da Convenção entre os Estados-Membros das Comunidades Europeias sobre a aplicação do princípio “ne bis in idem”. O Tratado de Amsterdã incorporou o *ne bis in idem* no terceiro pilar. A partir desse momento, o princípio tornou-se um objetivo da área comum de liberdade, segurança e justiça. Ver também o Programa de Medidas para a implementação do princípio do reconhecimento mútuo das decisões criminais (2001C 12/02) e o Livro Verde sobre conflitos de jurisdição e o *ne bis in idem* em processos criminais, COM (2005) 696 definitivo.

378 Ato do Conselho de 26 de Julho de 1995.

379 Ato do Conselho de 26 de maio de 1997. O art. 10 prevê o princípio do cálculo para as sentenças que impõem uma pena detentiva e para as penas que não comportam privações da liberdade.

380 Artigo 3 regula a litispendência. Artigo 5 prevê o princípio da contagem de qualquer penalidade imposta que não implique formas de privação de liberdade e sanções impostas no âmbito de procedimentos administrativos.

381 Ver il § 35 do julgamento de 5 de junho 2014 in *M* (C-39812).

dos direitos e liberdades previstos na Convenção e nos Protocolos, interpretados pelo Tribunal³⁸², mesmo onde eles não ratificaram esses Protocolos. Este também é o caso do Artigo 50 da Carta e, conseqüentemente, do Artigo 54 CAAS, que deve ser claramente interpretado e aplicado à luz da jurisprudência do Tribunal sobre o Artigo 4 do Protocolo n. 7, também em referência aos Estados-Membros da União Europeia que não ratificaram este Protocolo.

13. Além disso, o *ne bis in idem* foi inserido como limitação à cooperação em matéria penal entre estados em diferentes instrumentos, como o Artigo 3 § 2 da Decisão-Quadro sobre o mandado de prisão europeu de 2002³⁸³, Artigo 7, § 1, (c), da Decisão-Quadro sobre a execução na União Europeia de ordens de congelamento de bens ou provas de 2003³⁸⁴, artigo 8 § 2 (b) da Decisão-Quadro sobre a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo das ordens de confisco de 2006³⁸⁵, Artigo 11 § 1 (c) da decisão-quadro relevante para a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo a julgamentos e decisões de suspensão condicional in *Veja a vigilância de medidas de liberdade condicional e sanções substitutivas de 2008*³⁸⁶, Artigo 13 § 1 (a) da Decisão-Quadro sobre o Mandado europeu de Provas para aquisição de objetos, documentos e dados para uso em processos criminais de 2008³⁸⁷, Artigo 15 § 1 (c) da Decisão-Quadro sobre a aplicação entre os Estados-Membros da União Europeia do princípio do reconhecimento mútuo às decisões sobre medidas alternativas à prisão preventiva de 2009³⁸⁸ e Artigo 1 § 2 (a) da Decisão-Quadro sobre a prevenção e resolução de conflitos relativos ao exercício da jurisdição em processos penais de 2009³⁸⁹. Finalmente, arte. O artigo 6 do Regulamento do Conselho (CE Euratom) n. 2988/95 sobre a proteção dos interesses financeiros das Comunidades estabelece o princípio *le pénal tient l'administratif*, juntamente com o princípio do cálculo.

14. No campo judicial, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu em *Walt Wilhelm e altri c. Bundeskartellamt*, que sanções concorrentes poderiam ser impostas em dois processos paralelos em busca de diferentes propósitos. No direito da concorrência, a possibilidade de que uma série de fatos possa estar sujeita a dois procedimentos paralelos, um a nível comunitário e outro a nível

382 Ver a Nota do Presidium da Convenção: Texto das explicações relativas ao texto completo da Carta (Bruxelas, 11 de Outubro de 2000): "A referência à CEDH diz respeito tanto à Convenção quanto aos seus Protocolos. O significado e o alcance dos direitos garantidos são determinados não apenas pelo texto desses instrumentos, mas também pela jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias."

383 Decisão-Quadro do Conselho 2002/584/GAI de 13 de Junho 2002.

384 Decisão-Quadro do Conselho 2003/577/ GAI de 22 de Julho de 2003.

385 Decisão-Quadro do Conselho 2006/783/JHA de 6 de outubro 2006.

386 Decisão-Quadro do Conselho 2008/947/JHA de 27 de novembro 2008.

387 Decisão-Quadro do Conselho 2008/978/JHA de 18 de dezembro 2008.

388 Decisão-Quadro do Conselho 2009/829/JHA de 23 de outubro 2009.

389 Decisão-Quadro do Conselho 2009/948/JHA de 30 de novembro de 2009.

nacional, decorreu do sistema especial de jurisdição compartilhada entre a Comunidade e os Estados-Membros no que diz respeito aos acordos. Se, no entanto, a possibilidade de a condução de dois procedimentos separados resultar na imposição de sanções consecutivas, uma obrigação geral de justiça natural exigiria que todas as decisões sancionadas anteriores fossem levadas em conta na determinação de quaisquer sanções que deveriam ser impostas.³⁹⁰ Posteriormente, o Tribunal desenvolveu ainda sua jurisprudência sob o terceiro pilar em “bis” (*Gözütok and Brügge*³⁹¹, *Miraglia*³⁹², *Van Straaten*³⁹³, *Turansky*³⁹⁴, *M.*³⁹⁵, *Kussowski*³⁹⁶), sobre “idem” (*Van Esbroeck*³⁹⁷, *Van Straaten*³⁹⁸, *Gasparini*³⁹⁹, *Kretzinger*⁴⁰⁰, *Kraaijenbrink*⁴⁰¹ e *Gasparini*⁴⁰²) e a condição de execução (*Klaus Bourquain*⁴⁰³, *Kretzinger*⁴⁰⁴ e *Spasic*⁴⁰⁵). No campo do direito tributário, a decisão chave foi *Hans Åkeberg Fransson*, que chegou à seguinte conclusão: “Só se a sobretaxa for de natureza penal, nos termos do Artigo 50 da Carta, e se torne definitiva, essa disposição impedirá processos criminais com base nos mesmos fatos imputados contra a mesma pessoa”..⁴⁰⁶ Rejeitando a proposta do advogado-geral, com base no princípio do cômputo⁴⁰⁷, o Tribunal de Luxemburgo decidiu, num considerável giro convergente para com o Tribunal de Estrasburgo, que uma acumulação de sanções fiscais de natureza substancialmente criminal – com base em critérios *Engel* – e sanções penais constituiriam violação do Artigo 50 da Carta⁴⁰⁸.

15. No geral, a presença abundante do princípio de *ne bis in idem* tanto na legislação nacional e internacional e jurisprudência testemunha o reconhecimento

390 Caso 14-68, 13 de fevereiro de 1969, § 11.

391 Caso C-18701 e Caso C-38501, 11 de fevereiro de 2003.

392 Caso C-46903, 10 de março de 2005

393 Caso C-15005, 28 de setembro de 2006.

394 Caso C-49107, 22 de dezembro de 2008

395 Caso C-39812, 5 de junho de 2014.

396 Caso C-48614, 29 de junho de 2016.

397 Caso C-43604, 9 de março de 2006.

398 Caso cit.

399 Caso C-46704, 28 de setembro 2006.

400 Caso C-28805, 18 de Julho de 2007.

401 Caso C-36705, 18 de Julho 2007.

402 Caso cit.

403 Caso C-29707, 11 de dezembro 2008.

404 . Caso C-28805, 18 de Julho 2007.

405 Caso C-12914 PPU, 27 de Maio 2014.

406 *Hans Åkeberg Fransson*, cit., §§ 34 e 37.

407 Nos §§ 86 e 87 de seu parecer, o Advogado-Geral invocou uma “interpretação parcialmente autônoma” do Artigo 50 da Carta, argumentando que havia uma tradição constitucional comum aos Estados-Membros em contraste com a interpretação então predominante do Artigo 4 do Protocolo n. 7 do Tribunal de Estrasburgo que “entra em conflito com a existência generalizada e a natureza consolidada nos Estados-Membros de sistemas nos quais uma sanção administrativa e uma penalidade podem ser impostas pelo mesmo delito”.

408 Esta é a leitura exata do acórdão *Fransson* pelo Tribunal em *Grande Stevens et al.*, § 229; *Kapetanios et al.*, § 73; e *Sismanidis e Sitiridis*, cit., § 73.

to de um princípio do direito internacional consuetudinário⁴⁰⁹. O princípio do esgotamento do procedimento (*Erledigungsprinzip*) é predominante em grande parte no direito internacional, tanto a nível universal quanto europeu, mas o princípio do cômputo também encontra algum reconhecimento., de uma forma menor no Conselho da Europa (dedução de sentenças que impõem sentenças privativas da liberdade) e mais ampla dentro da União Europeia (dedução de sentenças que impõem sentenças de prisão e levando em conta penas que não envolvem formas de privação de liberdade).

III. Desafios contemporâneos para *one bis in idem* (§§ 16-32)

A. *Infrações administrativas e política criminal* de duas velocidades (§§ 16-22)

a. *A tendência política para a descriminalização* (§§ 16-17)

16. A descriminalização tem sido uma das tendências mais bem-vindas do direito penal na Europa desde os anos '60⁴¹⁰. Os delitos administrativos são um instrumento lógico deflacionário da política criminal. Esta tendência é frequentemente caracterizada pela transferência de delitos com um menor grau de ofensividade social – como infrações de trânsito – no campo do direito administrativo, onde as garantias substantivas e processuais não são iguais às do direito penal clássico e do direito processual penal. As infrações administrativas são muitas vezes formuladas em termos amplos e indeterminados., e sanções pecuniárias administrativas (*Geldbusse*) constituem a forma preferencial de sanção. A detenção não é uma alternativa (*Ersatzfreiheitsstrafe*) uma penalidade financeira, como é o caso no direito penal, e nenhuma forma de detenção coercitiva (*Erzwingungshaft*) pode ser ordenado, a menos que a pessoa em questão não tenha pagado a soma devida sem ter provado sua incapacidade de pagar. As penalidades administrativas não estão incluídas nos antecedentes criminais nacionais, mas, apenas, em algumas circunstâncias, em registros administrativos para setores específicos, como o registro de infrações de trânsito. Normalmente, gli illeciti amministrativi sono trattati con una procedura semplificata di contestazione ed applicazione di sanzione condotta dinanzi ad autorità amministrative, exceto no caso de um recurso subsequente perante um tribunal. Em muitos casos, o processo de delitos

409 V., entre as muitas fontes de *opinio iuris* a esse respeito, as conclusões da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) no 14 Congresso Internacional de Direito Penal em outubro de 1989 (“Se um fato corresponde à definição de crime e de um ilícito administrativo, o infrator não deve ser punido duas vezes; no mínimo, deve ser dado o reconhecimento integral, na determinação da pena em condenação posterior, de qualquer sanção previamente imposta em relação ao mesmo fato”) e do 17 Congresso Internacional de Direito Penal de setembro de 2004 (“Em qualquer caso, dupla acusação e punição devem ser evitadas”); Princípio 9 dos Princípios de Princeton sobre Jurisdição Universal (2001); e Anke Biehler e al. (eds.), *Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union*, 2003.

410 AIDP. Décimo quarto Congresso Internacional, cit.: “A descriminalização dos crimes está em consonância com o princípio da subsidiariedade do direito penal e, portanto, é bem-vinda”.

administrativos fica a critério das autoridades administrativas competentes. As leis gerais do processo penal são, em princípio, aplicáveis apenas por analogia. Os períodos de prescrição aplicáveis aos delitos administrativos são menores do que os de infrações.

17. Borrar a linha entre direito penal e direito administrativo traz riscos. Condutas com alto grau de ofensividade social também se tornaram objeto de direito administrativo, especialmente quando envolve tratamento de altas quantidades de dados, como direito tributário, ou habilidades altamente qualificadas, como a lei da concorrência⁴¹¹, normas legais relativas às bolsas de valores e aos instrumentos financeiros⁴¹².

b. Öztürk e a “criminalização” de delitos menores (§§ 18-22)

18. Foi a jurisprudência estabelecida pelo Tribunal que estabeleceu que os delitos administrativos também devem estar sujeitos ao seu escrutínio., onde entram em jogo as garantias previstas pelo Artigo 6. Com base nos critérios estabelecidos no acórdão *Engel*⁴¹³, o Tribunal tem reafirmado repetidamente que a conduta punível com sanções administrativas deve se beneficiar das garantias processuais previstas no Artigo 6, independentemente da natureza pessoal ou coletiva dos interesses legais protegidos pela regra que foi violada⁴¹⁴, da relativa falta de gravidade da pena⁴¹⁵ e do fato de que a sanção dificilmente pode prejudicar a reputação do infrator⁴¹⁶. Caso contrário, tal privação de garantias processuais iria contra o objetivo do Artigo 6⁴¹⁷.

19. Em *Öztürk*⁴¹⁸, a Corte usou três argumentos cruciais para combater a corrente da descriminalização e apoiar a posição de que o crime administrativo em questão, uma infração de trânsito, fosse “penal” para fins do Artigo 6: o significado ordinário dos termos, a punibilidade da conduta ilícita pelo Direito Penal na “grande maioria dos Estados Partes” e o escopo geral da regra violada – uma disposição do Código de Trânsito⁴¹⁹. Em uma análise mais minuciosa, ne-

411 Ver *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italia*, n. 43509/08, 27 de Setembro de 2011.

412 Ver *Grande Stevens e outros*, cit.

413 Ver *Engel e outros c. Paesi Bassi*, 8 de junho 1976, Serie A n. 22.

414 Ver *Öztürk c. Alemanha*, 21 de Fevereiro de 1984, § 53, Série A n. 73: “Pouco importa se a regra violada pelo Sr. Öztürk visa proteger os direitos e interesses dos outros ou apenas responder às necessidades do tráfego rodoviário”.

415 *Ibid.*, § 54. “A relativa tenuidade da sanção em questão ... não pode privar um crime de sua natureza criminosa intrínseca”. Veja também *Lutz c. Alemanha*, 25 agosto 1987, § 55, Serie A n. 123, e *Jusila c. Finlândia* [GC], n. 73053/01, § 31, CEDU 2006-XIII.

416 Ver *Öztürk*, cit., § 53: “O fato de se tratar claramente de um delito menor, que provavelmente não prejudicaria a reputação do infrator, não o coloca fora do escopo do Artigo 6. De fato, não há nada que sugira que o delito mencionado na Convenção implique necessariamente um grau de gravidade”.

417 *Ibid.*: “seria contrário ao objeto e ao propósito do Artigo. 6, que garante a “cada pessoa acusada de um crime” o direito a um tribunal e a um julgamento justo, se um estado fosse autorizado a remover do escopo deste artigo uma categoria inteira de delitos com base na sua consideração como menores.

418 *Ibid.*

419 *Ibid.*

nhum desses argumentos é convincente. É difícil estabelecer a linha de fronteira entre infrações administrativas e penais com base no «significado ordinário dos termos», o que quer que isso signifique para a Corte. Além disso, se é verdade que o *consenso* europeu certamente representa um critério decisivo para a criminalização da conduta com alto grau de ofensividade social, é difícil entender por que o Tribunal deve tomar partido, com base neste *consensus*, contra a descriminalização de delitos menores, uma tendência que reflete não apenas o interesse em beneficiar o indivíduo, que não seria mais criminalmente responsável por sua conduta e também poderia evitar um julgamento perante um tribunal, mas, também, o foco em garantir o funcionamento efetivo dos tribunais que, a partir desse momento, seriam fundamentalmente aliviados da tarefa de lidar com a grande maioria desses crimes. Acima de tudo, o Tribunal erra ao considerar crimes como sendo normas equivalentes às regras de aplicação geral. Surpreendentemente, parece ignorar a bem estabelecida tradição europeia de crimes com escopo limitado, como as regras aplicáveis a determinadas categorias de cidadãos, distinguíveis por características pessoais ou profissionais (*Sonderdelikte or Pflichtendelikte*)⁴²⁰. Consequentemente, crimes e regras com escopo limitado não são mutuamente exclusivas..

20. Se a despenalização não apresenta problemas em termos de aplicação das garantias previstas nos artigos. 6 e 7 da Convenção e no Artigo 4 do Protocolo n. 7 quando se refere a baixas sanções administrativas punindo condutas com menor grau de ofe ofensiva social⁴²¹, ele, sem dúvida, levanta um problema sério dentro do significado desses artigos quando se trata conduta com maior grau de ofensividade social, que foi rebaixado para a esfera do direito administrativo por finalidades políticas. É ainda mais verdade quando as infrações administrativas, incluindo as cometidas por negligência, são puníveis com penalidades financeiras ou sobretaxas astronômicas e, às vezes, até ilimitadas, muitas vezes aplicadas em conjunto com a suspensão, a restrição ou mesmo a revogação de certos direitos, como direitos profissionais. São previstas medidas preferenciais especiais para aqueles que denunciam e para aqueles que cooperam com as autoridades judiciais. Alguns delitos administrativos também são sancionados de forma mais severa em caso de reincidência. Além disso, processos administrativos podem envolver atos investigativos invasivos, como interceptação de comunicações e bus-

420 Sobre este tipo de crime, veja Roxin, *Täterschaft und Tätherrschaft*, Berlin, 9ª edição, 2015, e Langer, *Das Sonderverbrechen*, Berlin, 1972. A doutrina distingue entre “crimes especiais reais” (*echte Sonderdelikte*), que só pode ser cometido por um sujeito com um certo status ou em uma determinada situação, e “falsos crimes especiais” (*unechte Sonderdelikte*), que pode ser cometido por qualquer pessoa, mas implica uma penalidade agravada se cometido por uma pessoa com um determinado status ou em uma determinada situação. O Tribunal não mencionou essa distinção em Öztürk.

421 Para o Tribunal, fica claro que a descriminalização está ligada a delitos menores que não possuem estigmatização social (ver § 57).

cas domiciliares, o que pode prejudicar a *privacy* do suspeito exatamente como acontece no processo criminal em casos mais graves.

21. Na verdade, esse *droit pénal à deux vitesses* (o Direito Penal de duas velocidades) esconde uma política repressiva em expansão, que visa punir de forma mais rápida e severa, com menos garantias substantivas e processuais. Neste contexto moderno do Leviatã, os delitos de direito administrativo constituem nada mais do que um puro golpe de rotulação como parte de uma estratégia punitiva extrema, e o direito administrativo nada mais é do que um atalho para burlar as garantias ordinárias do direito e do processo penal.⁴²²

22. A Convenção não é indiferente a esta política penal. Pelo contrário, não deixa as questões de direitos humanos dessa magnitude a critério de cada Estado. O Artigo 7 da Convenção e o Artigo 4 do Protocolo n. 7, que constituem regras obrigatórias, não concedem margem de apreciação aos Estados. A definição dos limites do direito penal e a aplicação dos princípios da legalidade e *ne bis in idem* não dependem das especificidades de cada sistema jurídico nacional. Pelo contrário, estão sujeitos à estrita supervisão europeia exercida pelo Tribunal, como será demonstrado *infra*.

B. Sanções tributárias como instrumento de política criminal (§§ 23-32)

a. A natureza criminal das penalidades tributárias (§§ 23-25)

23. Como na formulação de artigos. 6 e 7 da Convenção, o conceito de “processo penal” no texto do Artigo O artigo 4 do Protocolo n. 7 deve ser interpretado de forma independente. Além disso, em princípio, a Convenção e seus Protocolos devem ser lidos como *um unicum*.⁴²³ Consequentemente, o Artigo 4 do Protocolo n. 7 deve ser interpretado à luz dos princípios gerais relativos às palavras correspondentes à “acusação contra ele” e “pena”, respectivamente presentes nos artigos. 6 e 7 de⁴²⁴Convenção. Além disso, a classificação legal dada ao tipo de procedimento penal no direito nacional não pode constituir como único critério relevante para a aplicabilidade do princípio *ne bis in idem* nos termos do artigo 4 do Protocolo n. 7. Caso contrário, a aplicação dessa disposição ficaria a critério dos Estados Partes em um nível que poderia levar a resultados incompatíveis com o objeto e a finalidade da Convenção. Precisamente para evitar tal

422 Já critiquei essa tendência em minhas opiniões anexadas a *A. Menarini Diagnostics S.R.L.*, cit., e *Grande Stevens e outros*, cit.

423 Veja, entre outros, *Hirsi Jamaa e Outros c. Itália* [GC], n. 27765/09, § 178, TEDH 2012, e *Ferrazzini c. Itália* [GC], n. 44759/98, § 29, TEDH 2001-VII.

424 Ver *Nykänen c. Finlândia*, n. 11828/11, § 38, 20 de maio de 2014; *Haarvig c. Noruega* (dez.), n. 11187/05, 11 de dezembro de 2007; *Nilsson c. Suécia* (dez.), n. 73661/01, TEDH 2005-XIII; *Rosenquist c. Suécia* (dez.), n. 60619/00, 14 de setembro de 2004; *Manasson c. Suécia* (dez.), n. 41265/98, 8 de abril de 2003; *Gökten c. França*, n. 33402/96, § 48, TEDH 2002-V; e *Malige c. França*, 23 de Setembro de 1998, § 35, *Acórdãos e Decisões* 1998-VII.

discrição, pode haver casos em que nem uma absolvição final nem uma⁴²⁵ condenação final seriam capazes⁴²⁶ de desencadear o efeito do *ne bis in idem*.

24. No presente caso, o primeiro conjunto de processos dizia respeito à imposição de penalidades fiscais. O Tribunal assumiu firmemente uma posição sobre a natureza criminal das penalidades tributárias, no contexto do Artigo 6 da Convenção. Em *Bendenoun*⁴²⁷, que dizia respeito à imposição de penalidades fiscais por sonegação fiscal, o Tribunal não se referiu expressamente aos critérios *Engel* e listou quatro elementos como relevantes para a aplicação do Artigo 6 nesse caso: que a lei que estabelece as sanções diz respeito a todos os cidadãos em sua capacidade como contribuintes; que a sobretaxa em questão não se destinava a reparação pecuniária pelo dano, mas essencialmente como punição para fins dissuasivos; que a pena foi imposta com base em uma regra geral cujo propósito era tanto dissuasivo quanto retributivo; e que a sobretaxa era considerável. O Tribunal considerou, no entanto, que os Estados Partes deveriam ser livres para autorizar as autoridades fiscais a impor sanções, como sobretaxas, mesmo que elas envolvam o desembolso de grandes somas. Esse sistema não era incompatível com o Artigo 6 § 1, desde que o contribuinte possa contestar qualquer decisão que o interesse perante uma autoridade judiciária com jurisdição plena, incluindo o poder de anular a decisão contestada em todos os seus aspectos, tanto de fato quanto de direito⁴²⁸.

25. Em *Janosevic*⁴²⁹ e *Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic*⁴³⁰, o Tribunal não se referiu a a *Bendenoun* ou a abordagem particular tomada no caso, mas prosseguiu diretamente com base nos critérios *Engel*⁴³¹. Após a confirmação de que o processo administrativo havia levado a uma “imputação contra o requerente”, o Tribunal considerou que o processo judicial nos casos em questão havia sido conduzido pelos tribunais que ofereciam as garantias prescritas do Artigo 6 § 1, uma vez que os tribunais administrativos tinham competência para examinar todos os perfis das perguntas submetidas a eles. A perquirição não se limitava a questões de direito, mas, também, poderia se estender a questões de fato, incluindo a avaliação de provas. Se não concordassem com as conclusões da autoridade tributária, teriam o poder de anular as decisões contestadas. O Tribunal acrescen-

425 Ver *Marguš c. Croácia* [GC], n. 4455/10, § 139, TEDH 2014.

426 Ver *Kurdov e Ivanov c. Bulgária*, n. 16137/04, § 44, 31 de maio de 2011.

427 *Bendenoun c. França*, 24 de fevereiro de 1994, Serie A n. 284.

428 *Ibid.*, § 46.

429 *Janosevic c. Svezia*, n. 34619/97, CEDU 2002-VII.

430 *Västberga Taxi Aktiebolag e Vulic c. Svezia*, n. 36985/97, 23 luglio 2002.

431 O Tribunal enfatizou o argumento errôneo: “As sobretaxas resultantes foram impostas de acordo com a legislação tributária ... dirigida a todas as pessoas sujeitas ao pagamento de impostos na Suécia e não a um determinado grupo com status especial” (ver *Janosevic*, § 68; *Västberga Taxi Aktiebolag e Vulic*, § 79; e novamente, por exemplo, *S.C. IMH Suceava S.R.L. c. Romênia*, n. 24935/04, § 51, 29 de outubro de 2013).

tou que o ponto de partida para as autoridades fiscais e para os tribunais foi que as imprecisões encontradas em uma declaração de imposto foram decorrentes de um ato indesculpável atribuível ao contribuinte, e que não era manifestamente irracional impor uma sobretaxa como penalidade por esse ato. O fisco e os tribunais tiveram que considerar se havia motivos para isenção fiscal, mesmo que o contribuinte não tivesse feito qualquer reivindicação nesse sentido. No entanto, uma vez que o dever de considerar possíveis motivos para isenção surgiu apenas na medida em que os fatos do caso o justificavam, o ônus de provar que havia motivos para a renúncia da sobretaxa realmente recaiu sobre o contribuinte. O Tribunal concluiu que um sistema tributário operando com base em tal presunção, que era responsabilidade do contribuinte refutar, era compatível com o Artigo 6 § 2 da Convenção.

b. *Jussila e a linha limite entre malum in si mesmo e malum quia prohibitum* (§§ 26-32)

26. Em *Jussila*⁴³², a Corte confirmou a abordagem defendida em *Janosevic* e enfatizou que “não há precedente estabelecido ou cogente na jurisprudência para considerar que a atenuidade da sanção, em processos tributários ou outros, possa constituir elemento decisivo para excluir do âmbito de aplicação do Artigo 6 uma conduta de natureza criminosa”⁴³³. Além disso, como um claro sinal de sua intenção de não privar os contribuintes de garantias fundamentais em suas relações com o Estado, o Tribunal acrescentou que “não há dúvida quanto à importância do imposto para o efetivo funcionamento do Estado, o Tribunal não está convencido de que, a fim de preservar a efetividade do sistema tributário, seja necessário retirar as salvaguardas processuais na imposição de sanções nessa área, ou que isso possa ser considerado em consonância com o espírito e o propósito da Convenção”⁴³⁴. Ao fazê-lo, a Corte tem “em certo sentido”⁴³⁵ abandonou a lógica de *Ferrazzini*⁴³⁶, uma vez que aceitou que questões de pura avaliação fiscal não estão fora do escopo material da Convenção. *Ratione materiae*, questões relativas às sanções fiscais podem envolver uma avaliação pelo Tribunal do poder soberano do Estado de operar o accertamento fiscal. A neutralização da prerrogativa do poder público em *Jussila* levou a Corte a uma aparente reformulação da especificidade das obrigações fiscais no contexto das normas europeias de direitos humanos.

432 *Jussila*, cit., § 41.

433 *Ibid.*, § 35.

434 *Ibid.*, § 36.

435 *Ibid.*, § 45.

436 Ver *Ferrazzini*, cit., § 29. De fato, o Tribunal avaliou a compatibilidade das medidas de política fiscal com o Artigo 1 Protocolo n. 1 em várias ocasiões (entre os mais significativos *NKM c. Hungria*, n. 66529/11, 14 de maio de 2013; *Koufaki e ADEDY c. Grécia* (dez.), nos. 57665/12 e 57657/12, 7 de maio de 2013; *Da Conceição Mateus c. Portugal* (dez.), nos. 62235/12 e 57725/12, 8 de outubro de 2013; e Da Silva Carvalho Rico c. *Portugal* (dez.), n. 13341/14, 1 de setembro de 2014).

27. Mesmo que as sobretaxas fiscais não fossem classificadas como criminais no direito nacional, para o Tribunal esse único fator não poderia ser considerado decisivo. O fato de as sobretaxas terem sido impostas por normas legais aplicáveis a todos os contribuintes, com finalidade de dissuasão, foi considerado muito mais relevante. Em princípio, as sobretaxas não foram destinadas como mera compensação pelos danos específicos causados ao Estado, mas como forma de sanção para os responsáveis e como um desestímulo para quaisquer reincidentes e potenciais novos infratores. Aos olhos da Corte, as sobretaxas foram, portanto, impostas por uma regra cujo objetivo foi tanto dissuasivo quanto retributivo, mesmo quando uma sobretaxa de 10% foi imposta, com um possível aumento máximo global de 20%.⁴³⁷ Para a Corte, a natureza punitiva das sobretaxas superou a consideração de *Bendenoun de minimis*. Consequentemente, os processos envolvendo sobretaxas também foram considerados como processos criminais no sentido do Artigo 6 da Convenção.

28. Se a Corte tivesse parado por aí, *Jussila* teria sido uma mera extensão de *Öztürk* para o campo das sanções fiscais. Mas a Corte não parou por aí. Ele continuou, e observou que era “óbvio que havia julgamentos criminais que não envolviam qualquer grau significativo de estigmatização”. Consequentemente, no acórdão do Tribunal, as garantias criminais [referido no artigo 6] não eram necessariamente estritamente aplicáveis a acusações criminais sem um grau significativo de estigmatização.⁴³⁸ Na aplicação do Artigo 6 de forma diferenciada com base na natureza da matéria e no grau de estigmatização que determinadas acusações criminais implicavam, o Tribunal distinguiu entre as garantias processuais disponíveis e indisponíveis, colocando o direito do réu a uma audiência pública na primeira categoria de garantias. Na medida em que não envolvam um grau significativo de estigmatização, os delitos administrativos podem ser distinguidos do núcleo fundamental do direito penal, e das garantias penais referida no Artigo 6 podem não pode ser totalmente aplicáveis. Com *Jussila* veio à luz de um [novo] tipo de delitos penais, de segunda classe, beneficiando-se apenas de algumas das garantias referidas no Artigo 6.

1. Infelizmente, a Corte não fez nenhum esforço, seja em *Jussila* ou, posteriormente, para desenvolver uma abordagem coerente a *quaestio magna* relativa à linha divisória entre o “núcleo fundamental do Direito Penal” e o resto do Direito Penal, que ecoa a distinção ultrapassada entre *mala in se* e *mala prohibita*. Além de ser excessivamente simplista, a distinção da Grande Câmara parece um

437 Ver. *Jussila*, cit., § 38.

438 *ibid.*, § 43; ver também *Grande Stevens e outros*, cit., § 120; *Kammerer c. Áustria*, n. 32435/06, § 26, 12 de maio de 2010; e *Flisar c. Eslovênia*, n. 3127/09, § 36, 29 de setembro de 2011. A conclusão, em *Jussila*, de que não era necessária uma audiência pública no caso de infrações administrativas, foi estendida a outras questões processuais abrangidas pelo artigo 6, como, nos casos *Kammerer* e *Flisar*, a presença do acusado na audiência.

pouco inventada. Em *Jussila*, como em alguns outros casos, o critério de estigmatização social se assemelha a um mero argumento retórico que a Corte realmente não usa para resolver casos.⁴³⁹ De fato, a Corte decidiu o caso *Jussila* de forma muito pragmática, com base no fato de que o requerente teve ampla oportunidade de pleitear seu caso por escrito e de se pronunciar sobre as observações das autoridades fiscais.

30. A falta de clareza conceitual na definição de “núcleo duro do direito penal” nos termos do Artigo A alteração n. 6 é ainda mais agravada pelo fato de que a aplicação do critério *Engel* é normalmente mais uma questão de classificação, dependente do peso das penas aplicáveis e aplicadas, do que uma questão da natureza das acusações apresentadas contra o acusado. Na maioria dos casos, o Tribunal prefere responder à questão da aplicabilidade dos critérios de *Engel* recorrendo a uma avaliação puramente quantitativa, e não qualitativa, das infrações em jogo. Ao realizar uma análise substantiva da natureza do delito, ele frequentemente usa o argumento errôneo do escopo limitado da regra de Öztürk⁴⁴⁰.

31. Em resumo, a escolha política em Öztürk para “criminalizar” pequenos delitos administrativos foi fundamentalmente revisada em *Jussila*. A aparente extensão dessa escolha política às sanções fiscais acabou sendo diluída pela abordagem pragmática e orientada à eficiência da Corte, que rotulou esses delitos

439 Na realidade, a aplicação do estigma social na jurisprudência do Tribunal tem sido muito limitada. É verdade que a Corte tem repetidamente se referido ao estigma social particular inerente ao crime de tortura (ver, entre outros casos numerosos, Irlanda c. Reino Unido, 18 de Janeiro de 1978, § 167, Série A n. 25; Aksoy c. Turquia, 18 de Dezembro de 1996, § 64, Relatórios 1996-VI; Aydın c. Turquia, 25 de Setembro de 1997, §§ 83-84 e 86, Relatórios 1997-VI; Selmouni C. França [GC], n. 25803/94, § 74, TEDH 1999-V; Dikme c. Turquia, n. 20869/92, §§ 94-96, TEDH 2000-VIII; e Bati e Outros contra Turquia, não. 33097/96 e 57834/00, § 116, TEDH 2004-IV). Mas, além desses casos, o uso do critério é limitado. O Tribunal às vezes se refere ao estigma social ligado a uma condenação como um fator para determinar a necessidade de o requerente participar pessoalmente do julgamento (em um caso de assassinato, ver Chopenko c. Ucrânia, n. 17735/06, § 64, 15 de janeiro de 2015; em um caso de corrupção, ver Suuripää c. Finlândia, n. 43151/02, § 45, 12 de janeiro de 2010), ou para determinar se a situação do requerente já foi substancialmente comprometida pelas medidas tomadas pela polícia no investigação preliminar (no caso de abuso sexual infantil, ver Subinski c. Eslovênia, n. 19611/04, § 68, 18 de janeiro de 2007). As conclusões de Suuripää foram estendidas ao caso de infração fiscal administrativa em Pákozdi c. Hungria (n. 51269/07, § 39, 25 de novembro de 2014). Em outros casos, a Corte considerou que os delitos puníveis com prisão tinham um grau significativo de estigmatização, quando o réu foi condenado a sete anos de prisão (Popa e Tanasescu c. Romênia, n. 19946/04, § 46, 10 de abril de 2012), a quatro anos de prisão (Sándor Lajos Kiss c. Hungria, n. 26958/05, § 24, 29 de setembro de 2009), em caso de sentença suspensa (Goldmann e Szénászky c. Hungria, n. 17604/05, § 20, 30 de novembro de 2010), ou mesmo apenas uma penalidade monetária (Taláber c. Hungria, n. 37376/05, § 27, 29 de setembro de 2009). Em outras ocasiões, a Corte simplesmente considerou que certos interesses legais, como o cumprimento da política de segurança contra incêndio, defesa do consumidor ou planejamento urbano, não se enquadravam no campo do direito penal, sem mencionar a ausência de estigma social (ver Kurd e Ivanov, § 43; S.C. IMH Suceava S.R.L., § 51; e Inocêncio c. Portugal (dez.), n. 43862/98, TEDH 2001-I). Em Segame SA c. France (n. 4837/06, § 59, 7 de junho de 2012), o Tribunal concluiu que as sobretaxas sobre obras de arte e as penalidades relacionadas “diferem do núcleo fundamental do direito penal para fins da Convenção”. Em Grande Stevens et al. (§ 122), o Tribunal observou que, independentemente de sua gravidade econômica, as penalidades que alguns dos requerentes provavelmente incorreram tinham um “grau significativo de estigma”, e poderiam afetar negativamente a integridade profissional e a reputação das pessoas envolvidas. Portanto, o critério substantivo da estigmatização social está, por vezes, ligado às sanções aplicáveis ao crime, enquanto, em casos de homicídio, tortura, corrupção ou abuso sexual de uma criança isso é collegato alla stessa natura della condotta. Infine, la Corte ha anche respinto il criterio organico e tautologico secondo il quale gli illeciti trattati dalle corti amministrative o “illeciti minori” siano amministrativi e la loro classificazione come “penali” sia dunque esclusa (Ver Tomasović c. Croazia, n. 53785/09, § 22, 18 ottobre 2011).

440 A aplicação desse critério produziu decisões infelizes, como a emitida em *Inocêncio* (cit.), que considerou os crimes administrativos (*contraordenações*) em questão comonão-criminosos, embora as *contraordenações* portuguesas fossem estruturadas exatamente como a *ordnungswidrigkeiten* alemã que havia sido considerada “criminosas” em Öztürk (ver a Lei Alemã de Crimes Administrativos de 1968, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, e a Lei Portuguesa de Delitos Administrativos de 1982, Regime Geral das *Contraordenações*).

menores como, mesmo que “criminosos”, não estritamente tais, e, portanto, não merecedores da proteção integral oferecida pelo Artigo 6. O interesse na cobrança de impostos coletivos eficientes vale mais do que qualquer outra consideração.

32. De qualquer forma, a mensagem do Tribunal em *Jussila* também se aplica à Noruega. As penalidades fiscais impostas no presente caso eram de natureza criminal e os respectivos processos tributários eram criminais para fins de Artigo 4 do Protocolo n. 7. Penalidades fiscais norueguesas de 30%, com um possível aumento máximo de 60% para infrações intencionais ou graves negligência, eles estão localizados muito acima do padrão *Jussila*. Esta também é a posição da maioria da Câmara Grande no presente caso, uma vez que se confirma, ao contrário das afirmações do Governo,⁴⁴¹ que não há noção mais restrita de “penal” dentro do significado do artigo 4 do Protocolo n. 7. Consequentemente, a maioria rejeita a abordagem defendida em *Storbråten*⁴⁴², *Mjelde*⁴⁴³ e *Haarvig*⁴⁴⁴, em que o Tribunal havia aceitado uma gama mais ampla de critérios do que apenas os critérios *de Engel*, a fim de estabelecer a existência de “processos criminais” no sentido do artigo 4 do Protocolo n. 7.

PARTE DOIS (§§ 33-80)

IV. O LEGADO PRO PERSONA DE SERGEY ZOLOTUKHIN (§§ 33-49)

A. A acumulação de sanções administrativas e criminais (§§ 33-39)

b. O idem factum nei procedimenti amministrativi e penali (§§ 33-36)

33. O artigo 4 do Protocolo n. 7 proíbe a ação penal ou julgamento de uma pessoa por um crime do qual já foi definitivamente absolvido ou pelo qual já foi definitivamente condenado. Uma abordagem baseada na classificação legal do delito (*ditto crimen*) seria excessivamente restritiva. Se o Tribunal apenas constatar que uma pessoa foi julgada por crimes de outra forma classificados no nível jurídico, correria o risco de privar a garantia consagrada no Artigo 4 do Protocolo n. 7, por duas razões. Primeiro, porque o mesmo fato poderia ser classificado como crime em diferentes estados, mas os elementos constituintes de tal delito poderiam diferir significativamente.

441 Veja §§ 66 e 67 do acórdão.

442 *Storbråten c. Noruegia* (dec.), n. 12277/04, 11 de fevereiro de 2007.

443 *Mjelde c. Noruegia* (dec.), n. 11143/04, 11 febbraio 2007.

444 *Haarvig*, cit.

Segundo, porque diferentes estados poderiam classificar o mesmo fato como crime ou como ilícito administrativo (ou seja, não um crime).⁴⁴⁵.

34. Portanto, o Artigo O artigo 4 do Protocolo n. 7 deve ser entendido como uma proibição de nova ação penal, ou novo julgamento por um delito, na medida em que derive de fatos idênticos ou de fatos que são substancialmente os mesmos (*idem factum*).⁴⁴⁶ Por isso, é importante, aos olhos da Corte, focar nos fatos que constituem uma série de circunstâncias factuais concretas relativas ao próprio acusado e indissociavelmente ligadas uns aos outros, em nível temporal e espacial, e cuja existência deve ser demonstrada para obter uma condenação ou estabelecer um julgamento criminal⁴⁴⁷. Significa que o escopo da proibição abrange a acusação de novos crimes que estão em uma aparente relação de concurso aparente (*apparent concurrence, concours apparent, Gesetzeskonkurrenz*) ou formal (*true concurrence, concours idéal de crimes, Idealkonkurrenz*)⁴⁴⁸ com o delito ou crimes já em julgamento. A mesma proibição se aplica ao concurso material (*combination of offences, concours réel de crimes, Realkonkurrenz*), quando estão conectados por unidades temporais e espaciais. Isso também significa que o efeito *ne bis in idem* de um julgamento relativo a um delito continuado impede um novo julgamento com base em acusações relativas a cada novo ato individual que faz parte da sucessão de atos criminosos.⁴⁴⁹

35. Resumindo, *Sergey Zolotukhin* afirma o princípio *ne bis in idem* como um direito individual no campo dos direitos humanos europeus, com o mesmo escopo do princípio padrão de esgotamento do procedimento (*Erledigungsprinzip*)⁴⁵⁰. Esta garantia se estende ao direito de não ser processado ou julgado duas vezes⁴⁵¹. O significado europeu do princípio vai muito além da máxima *res judicata pro veritate habetur*, que é basicamente destinado a proteger a autoridade final e pública da coisa julgada sobre o *crimen*, e, assim, garantir segurança jurídica e evitar julgamentos contraditórios. Além disso, o significado europeu do princípio *ne bis in idem* visa proteger a pessoa suspeita de cometer o suposto delito de

445 Por exemplo, O artigo 4 do Protocolo n. 7 foi estendido a sanções administrativas, como sobretaxas de 40% e 80% sobre os valores devidos (ver Ponsetti e Chesnel c. França (dez.), n. 36855/97 e 41731/98, TEDH 1999-VI), sanções administrativas complementares às sanções penais (ver Maszni c. Romênia, n. 59892/00, 21 de setembro de 2006) e sanções civis (ver Storbråten, cit.).

446 O Tribunal definiu o *idem factum* como “a mesma conduta das mesmas pessoas na mesma data” (ver *Maresti c. Croácia*, n. 55759/07, § 63, 25 de Junho de 2009, e *Muslija c. Bósnia e Herzegovina*, n. 32042/11, § 34, 14 de janeiro de 2014). A jurisprudência do Tribunal de Luxemburgo adotou tal posição para efeitos do Artigo. 54 CISA (Ver *Van Esbroeck*, cit., §§ 27, 32 e 36; *Kretzinger*, cit., §§ 33 e 34; *Van Straaten*, §§ 41, 47 e 48; e *Kwaaijenbrink*, § 30).

447 Ver *Sergey Zolotukhin*, cit., §§ 82 e 84. Non è questa la sede per analizzare il carattere artificioso della *summa divisio* tra l'*idem factum* e l'*idem legem*. L'*idem factum* è in qualche modo condizionato da un'interpretazione aprioristica dei fatti rilevanti alla luce del diritto penale. Questo è vero, in particolare, nel caso di reati continuati.

448 Ver *Oliveira c. Svizzera*, n. 25711/94, 30 de julho de 1998, *Relatórios* 1998-V.

449 Ver meu voto em separado em *Rožena c. República Tcheca* [GC], n. 59552/08, TEDH 2015, § 9.

450 Referindo-se literalmente à natureza individual do direito: Ver *Sergey Zolotukhin*, cit., § 81.

451 *Ibid.*, § 110, e por exemplo anterior, ver *Franz Fischer c. Áustria*, n. 37950/97, § 29 de maio de 2001.

um julgamento duplo, onde uma absolvição ou condenação anterior já adquiriu o status de *res judicata*⁴⁵². No entanto, o Tribunal, em *Sergey Zolotukhin*, exigiu que fosse feita uma comparação entre a decisão pela qual o primeiro “processo criminal” havia terminado e a lista de acusações apresentadas contra o acusado no novo processo. Uma vez que os fatos nos dois conjuntos de processos diferem apenas em um elemento, em especial a ameaça de violência, que não havia sido mencionada na primeira série de processos, o Tribunal considerou que a acusação nos termos do Artigo 213 § 2 (b) do Código Penal inclui os elementos do delito nos termos do Artigo 158 do Código de Ilícitos Administrativos em sua totalidade e que, reciprocamente, a ofensa constituída pela “menor perturbação da paz pública” não incluía qualquer elemento não contido no delito de “perturbação da paz pública” e que, portanto, “preocupava essencialmente o mesmo delito”⁴⁵³.

36. Alla luce di queste considerazioni, condiviso l’opinione della Grande Camera nel presente caso, secondo la quale i reati per cui i ricorrenti erano stati perseguiti, condannati e resi destinatari di pene erano basati sulla stessa serie di fatti per cui le sanzioni fiscali erano state loro imposte.

b. A decisão final em processos administrativos (§§ 37-39)

37. O propósito do art 4 do Protocolo n. 7 é vetar a repetição de processos que resultaram em uma decisão “definitiva”. De acordo com o Relatório Explicativo do Protocolo n. 7, que, por sua vez, refere-se à Convenção Europeia sobre o Efeito Internacional dos Julgamentos em Matéria Penal, uma decisão é definitiva “se, de acordo com a expressão tradicional, adquiriu a força do trânsito em julgado. Isso acontece quando é irrevogável, ou seja, quando não há mais remédios comuns disponíveis ou quando as partes esgotaram esses remédios ou permitiram que o termo relevante expirasse sem se aproveitar deles.”⁴⁵⁴. Em *Sergey Zolotukhin*, a Corte reiterou que as decisões para as quais restou a possibilidade de interpor recurso ordinário foram excluídas do escopo da garantia contida no artigo 4 do Protocolo n. 7, desde que o prazo para tal recurso não tivesse expirado. Por outro lado, recursos extraordinários, como um pedido de reabertura do processo ou um pedido de prazos para prazos expirados, não são levados em conta para determinar se o processo chegou ao seu resultado final.

452 Como ilustrado acima, esta é a ideologia subjacente à Sétima Emenda à Constituição e ao Art dos EUA. 8 do Capítulo V do Título II da Constituição Francesa de 179, que mostra que *Sergey Zolotukhin* está em consonância com a concepção histórica, *pro persona*, deste princípio nos tempos modernos.

453 Ver *Sergey Zolotukhin*, cit., §§ 97 e 121. Pode não ser intencional, mas o fato é que em alguns outros casos o Tribunal compara os “elementos essenciais” das supostas irregularidades a fim de estabelecer o *idem* (ver, para alguns casos *pós-Zolotukhin*, *Muslija*, cit., § 34; *Asadbeylie outros contra Azerbaijão*, n. 3653/05, 14729/05, 20908/05, 26242/05, 36083/05 e 16519/06, § 157, 11 de dezembro de 2012; e *Ruotsalainen c. Finlândia*, n. 13079/03, § 56, 16 de junho de 16 de junho 2009).

454 *Sergey Zolotukhin*, cit., §§ 107 e 108.

38. Ao contrário da maioria da Grande Câmara, não posso seguir a posição da Corte Suprema e dos recorrentes quanto ao argumento de que as sentenças sancionatórias tributárias haviam se tornado definitivas em 15 de Dezembro de 2008 para o Sr. A. e em 26 de Dezembro de 2008 para o Sr. B, isto é, antes de serem condenados pela mesma conduta pelo Tribunal Distrital, apesar de o prazo de seis meses para a instauração de processos judiciais nos termos da Seção 11-1(4) do Capítulo 11 da normativa tributária ainda não tivesse expirado. Como os requerentes ainda tinham direito à revisão judicial plena, não consigo entender como as decisões administrativas sobre as penalidades fiscais podem ser consideradas “irrevogáveis”.⁴⁵⁵ Essa conclusão é ainda mais enfática se tivermos em mente que, uma vez que os órgãos administrativos em questão não são nem independentes nem tribunais no sentido próprio, é necessário o direito de acesso a processos judiciais para que as sanções administrativas cumpram o Artigo 6 § 1 da Convenção⁴⁵⁶.

39. A data exata em que as decisões administrativas se tornaram definitivas certamente não é um fator indiferente. O cenário legal em que a decisão administrativa de impor sanções fiscais torna-se definitiva primeiro pode ser diferente daquela em que a condenação criminal por sonegação fiscal se torna definitiva em primeiro lugar. Embora o Tribunal tenha mantido que “a questão de saber se o princípio do *não bis no Idem* foi infringido diz respeito à relação entre as duas infrações em jogo e não pode, portanto, depender da ordem em que os respectivos processos são conduzidos.”⁴⁵⁷, o impacto legal de uma condenação criminal definitiva em processos administrativos pode diferir bastante significativamente do impacto jurídico de uma decisão administrativa final sobre o processo penal. A maioria fez vista grossa para essa distinção, sem avaliar as diferentes consequências legais no direito norueguês de cada um desses cenários. Cabe simplesmente que os processos administrativos e criminais fazem parte de uma “intervenção com abordagem integrada”.⁴⁵⁸, concluindo que não é necessário decidir sobre a questão da finalidade dos procedimentos administrativos. Delineie as consequências negativas desta posição *infra*.

B. Processo administrativo e penal paralelo (bis) (§§ 40-49)

a. A suficiente conexão temporal (§§ 40-46)

455 Esse também foi um argumento levantado pelo Governo (ver § 72 do acórdão).¹⁰⁶ Ver *Västberga Taxi Aktiebolag e Vulic*, cit., § 93.

456 Ver *Västberga Taxi Aktiebolag e Vulic*, cit., § 93.

457 Ver *Franz Fischer*, cit., § 29.

458 Ver il § 141 do Acórdão.

40. Embora o Tribunal não tenha abordado o cenário de processos paralelos *ex professo* em *Sergey Zolotukhin*⁴⁵⁹, ele varreu a condição adicional errônea que *Zigarella* tinha adicionado *aobis in idem*: na ausência de qualquer dano comprovado pelo requerente, apenas novos processos iniciados com o conhecimento de que o acusado já havia sido julgado em processos anteriores teriam infringido o *ne bis in idem*⁴⁶⁰.

41. Literalmente, não há nada na redação da arte. 4 do Protocolo n. 7, que sugere que deve ser feita uma distinção entre processos paralelos e consecutivos, entre a continuação de uma ação paralela pendente e o início de um novo processo. Estritamente falando, a regra não impede que vários conjuntos de processos paralelos sejam conduzidos antes que uma decisão final seja proferida em um deles. Em tal situação, não se pode dizer que a pessoa foi submetida a julgamento várias vezes “por um delito pelo qual já foi definitivamente absolvido ou condenado.”⁴⁶¹. No caso de dois conjuntos de processos paralelos, a Convenção exige que a segunda série de processos seja interrompida assim que a primeira se tornar definitiva.⁴⁶². Quando tale interruzione non avviene, la Corte rileva una violazione⁴⁶³.

42. No entanto, em vários casos, o Tribunal estabeleceu um padrão diferente para alguns processos administrativos e criminais paralelos. Em *Nilsson*, a Corte considerou pela primeira vez que “embora as diferentes sanções tenham sido impostas por diferentes autoridades em diferentes processos, houve, no entanto, uma conexão substancial e temporal entre eles que estava suficientemente próxima de considerar a revogação [da licença] como parte das penalidades previstas na lei sueca por infrações de dirigir sob a influência de intoxicação agravada e dirigir sem licença.”⁴⁶⁴. Não está claro o que o Tribunal quer dizer com a exigência de “conexão temporal suficiente”, uma vez que não está explícito se o Tribunal

459 *Sergey Zolotukhin* trata-se de dois conjuntos de processos consecutivos: os processos administrativos foram concluídos em 4 de janeiro de 2002, o processo penal começou em 23 de janeiro de 2002 e terminou em 15 de abril de 2003.

460 Ver *Zigarella c. Italia* (dec.) n. 48154/99, CEDU 2002-IX (extratos), e *Falkner c. Áustria* (dez.), n. 6072/02, 30 de setembro de 2004. No § 36 do acórdão da Câmara de *Sergey Zolotukhin*, a mesma posição é tomada, mas o § 115 do acórdão da Grande Câmara se abstém de repetir a mesma sentença. A Grande Câmara admite apenas que poderia considerar o requerente como tendo perdido seu status de “vítima” nos casos em que as autoridades nacionais instituíam dois conjuntos de processos, mas posteriormente reconhecem uma violação do princípio *ne bis in idem* e oferecem uma forma apropriada de reparação, como, por exemplo, concluir ou anular o segundo conjunto de processos e cancelar os seus efeitos. Portanto, o Tribunal não se refere à abertura voluntária de uma segunda série de processos como condição necessária para detectar uma violação do *ne bis in idem* e requer apenas um reconhecimento explícito da violação em nível doméstico como condição de inadmissibilidade da ação. Posteriormente, a Corte infelizmente retornou à formulação de *Zigarella* em *Maresti* (cit., § 66) e *Tomasović* (cit., § 29), mas ver o importante voto separado do juiz Sicilianos no último caso.

461 Ver *Garaudy vs. Garaudy França* (Dez.), b. 65831/01, TEDH 2003-IX (extratos).

462 Ver *Zigarella*, cit. Pode haver um conflito com a Convenção no caso de dois ou mais processos criminais ocorrerem em paralelo contra o mesmo réu pelos mesmos fatos mesmo antes de uma decisão final ter sido proferida em um dos dois. A situação di *lis pendens*, forçando o réu a apresentar várias estratégias defensivas ao mesmo tempo diante de diferentes autoridades levanta um problema de iniquidade.

463 Ver *Tomasović*, cit., §§ 30 e 32; *Muslija*, cit., § 37; e *Milenković c. Sérvia*, n. 50124/13, § 46, 1 de março de 2016.

464 Ver *Nilsson*, cit.

está se referindo ao período de tempo entre a decisão que se tornou definitiva (a condenação do recorrente de 24 de junho de 1999 pelo Tribunal Distrital de Mora) e a decisão que se tornou definitiva por último (decisão do Supremo Tribunal Administrativo de 18 de dezembro de 2000 rejeição do recurso do requerente), ou o período de tempo entre a primeira decisão administrativa (a notificação de 5 de maio de 1999 pelo Conselho de Administração do Município) e o primeiro acórdão da Vara Criminal (condenação de 24 de junho de 1999 pelo Tribunal Distrital de Mora), ou o período de tempo entre o primeiro julgamento da Vara Criminal (a condenação de 24 de junho de 1999 pelo Tribunal Distrital de Mora) e o primeira decisão administrativa de revogar a carteira de motorista (a decisão do Conselho de Administração do Condado de 5 de agosto de 1999). Na verdade, houve uma breve sobreposição entre o processo administrativo, que começou em 5 de maio de 1999 e terminou em 18 de dezembro de 2000, e o processo penal, que terminou em 24 de junho de 1999. Também em *Boman*⁴⁶⁵, a Corte considerou que essa conexão temporal estava presente, uma vez que a decisão policial de 28 de maio de 2010 de impor a segunda proibição de trânsito baseava-se diretamente na condenação final do requerente pelo Tribunal Distrital por infrações de trânsito, proferida em 22 de abril de 2010, e, portanto, não continha uma avaliação separada do ato ou conduta ilícita em questão pela polícia. A conexão temporal suficiente estava ligada à falta de uma avaliação autônoma das evidências, como se uma e a outra andava de mãos dadas.

43. Pelo contrário, em *Glantz*⁴⁶⁶, *Nykänen*⁴⁶⁷, *Lucky Dev*⁴⁶⁸, *Rinas*⁴⁶⁹ e *Österlund*⁴⁷⁰ o Tribunal levou em conta as datas em que as decisões administrativas e criminais se tornaram definitivas. Em todos esses casos, o Tribunal considerou uma violação. Em *Glantz*⁴⁷¹, o processo administrativo teve início em 18 de dezembro de 2006 e tornou-se definitivo em 11 de janeiro de 2010, enquanto o processo penal começou em 15 de dezembro de 2008. Os dois conjuntos de processos estavam, portanto, simultaneamente pendentes até 11 de janeiro de 2010, quando a primeira série havia se tornado definitiva. Como o processo criminal não havia sido interrompido após o primeiro conjunto de processos ter se tornado definitivo, mas continuou até uma decisão final em 18 de maio de 2011, o Tribunal considerou que o requerente havia sido condenado duas vezes pelo mesmo ato. em dois conjuntos de processos que se tornaram definitivos,

465 *Boman c. Finlândia*, n. 41604/11, 17 Fevereiro de 2015.

466 *Glantz c. Finlândia*, n. 37394/11, 20 Maio de 2014.

467 *Nykänen*, cit.

468 *Lucky Dev*, cit.

469 *Rinas c. Finlândia*, n. 17039/13, 27 Janeiro de 2015.

470 *Österlund c. Finlândia*, n. 53197/13, 10 febbraio 2015.

471 Ver *Glantz*, cit., § 62.

respectivamente, em 11 de janeiro de 2010 e 18 de maio de 2011⁴⁷². Em *Rinas*⁴⁷³, a Corte observou que, quando o processo penal se tornou definitivo, em 31 de maio de 2012, o recurso do recorrente contra as decisões que impõem a sobretaxa ainda estava pendente no Supremo Tribunal Administrativo. Como o processo administrativo no Supremo Tribunal Federal não havia sido interrompido após o processo penal ter se tornado definitivo, mas continuou até uma decisão final em 13 de setembro de 2012, o requerente havia sido condenado duas vezes pelo mesmo ato – relativo aos períodos fiscais de 2002 a 2004 – em dois conjuntos de processos que haviam se tornado definitivos, respectivamente, em 31 de maio de 2012 e 13 de setembro de 2012⁴⁷⁴.

1. A Corte chegou a um resultado diferente em *Häkki*⁴⁷⁵. Os processos administrativos começaram em 2007, quando foram impostas sobretaxas ao requerente. Ele aparentemente nunca havia solicitado uma correção ou recorrido e, conseqüentemente, esses processos haviam se tornado definitivos, respectivamente, em 31 de dezembro de 2010 e 31 de dezembro de 2011, quando os prazos para retificação e recurso haviam expirado. O processo penal começou em 3 de abril de 2008 e terminou em 29 de junho de 2010, quando a Corte Suprema tomou sua decisão final. Os dois conjuntos de processos estavam, portanto, simultaneamente pendentes até 29 de junho de 2010, quando a segunda série se tornou final. O Tribunal não encontrou uma violação, porque “o requerente teve uma oportunidade real de impedir um julgamento duplo, primeiro pedindo uma correção e depois recorrendo dentro do prazo que ainda não havia expirado”⁴⁷⁶. Conseqüentemente, segundo o Tribunal de *Häkki*, se o acusado não fizer uso de recursos administrativos, o ne bis in *idem* não funciona, mesmo que já tenha sido condenado com efeito definitivo em processo penal.

44. Finalmente, em *Kiiveri*⁴⁷⁷, o Tribunal considerou que o recorrente não poderia mais alegar que tinha sido vítima de um julgamento duplo em relação ao ano fiscal de 2002, justamente porque o Corte Suprema havia constatado que essa questão já havia sido decidida definitivamente no processo administrativo tributário e havia rejeitado a acusação de fraude fiscal agravada “sem examinar

472 O mesmo raciocínio foi aplicado em *Nykanen* (§ 52 - o processo fiscal tinha começado em 28 de novembro de 2005 e encerrado em 1 de Abril de 2009, que os processos criminais começaram em 19 de agosto de 2008 e terminaram em 1 de Setembro de 2010, e *Lucky Dev* (§ 63 - o processo fiscal tinha começado em 1 de junho de 2004 e encerrado em 20 de outubro de 2009 e o processo criminal tinha começado em 20 de outubro de 2009 e o processo criminal tinha começado em 1 de junho de 2009). 5 de agosto de 2005 e terminou em 8 de janeiro de 2009).

473 *Rinas*, cit., § 56.

474 A situação foi semelhante em *Österlund* (§ 51).

475 *Häkki c. Finlândia*, n. 758/11, §§ 50-52, 20 Maio de 2014.

476 *Ibid.*, § 52.

477 *Kiiveri c. Finlândia*, n. 53753/12, 10 fevereiro 2015.

seus méritos⁴⁷⁸ sob a alegação de que a acusação dizia respeito ao exercício fiscal de 2002, com base no princípio do *ne bis in idem*.

45. Isso é suficiente para mostrar que o critério de “conexão temporal suficiente” é arbitrário. É precisamente por isso que a Corte dele abdicou nos casos italiano e grego.⁴⁷⁹ Ao contrário da posição do governo francês, que identificou a avaliação da autoridade fiscal e das investigações judiciais como as duas fases que tiveram de prosseguir simultaneamente ou apenas separadas por um curto intervalo⁴⁸⁰, a maioria no presente caso decidiu dar importância ao período de nove meses a partir da decisão do fisco de 5 de dezembro de 2008 ter se tornado definitiva até a segunda condenação do requerente, em 30 de setembro de 2009. Embora este período seja “um pouco mais longo”⁴⁸¹ em comparação com o período de dois meses e meio no caso do primeiro requerente, esse atraso adicional é atribuído pela maioria à retirada de sua confissão pelo segundo requerente. De acordo com esse raciocínio, a garantia do *ne bis in idem* torna-se flexível, com um escopo mais limitado quando o acusado exerce seus direitos processuais, e um escopo mais amplo quando não o faz. A lógica punitiva da maioria não poderia ser demonstrada de forma mais explícita.

b. A conexão substancial suficiente (§§ 47-49)

47. A maioria segue explicitamente o raciocínio estabelecido em *R. T. c. Switzerland*⁴⁸² e em *Nilsson c. Sweden*⁴⁸³ em dois processos administrativos e criminais, onde as decisões para revogar a licença foram diretamente baseadas em uma condenação esperada ou final por uma infração de trânsito e, portanto, não continha uma análise separada do delito ou conduta em questão⁴⁸⁴. Esta jurisprudência foi ainda mais desenvolvida em *Lucky Dev, Nykänen e Häkkä*⁴⁸⁵, casos em que a Corte constatou que não havia estreita ligação substantiva e temporal entre processos criminais e tributários. Nos três casos acima mencionados, os processos

478 Ibid., § 36.

479 Refiro-me a *Grande Stevens e outros* (cit.), *Kapetanios e outros* (cit.), e *Sismanidis e Sitaridis* (cit.), em todos os quais a Corte decidiu por unanimidade.

480 Ver. il § 96 do julgamento.

481 Ver il § 150 do julgamento.

482 *R. T. c. Switzerland* (dec.), n. 31982/96, 30 Maio de 2000.

483 *Nilsson*, cit.

484 In *R. T. c. Svizzera*, os processos administrativos haviam começado em 11 de maio de 1993 e tinham terminado com a decisão da Justiça Federal de 5 de dezembro de 1995, enquanto os processos penais haviam terminado com a imposição de um decreto penal de condenação em 9 de junho de 1993, contra o qual nenhum recurso havia sido interposto. Em *Nilsson*, o processo criminal foi concluído em 24 de junho de 1999, uma vez que nenhum recurso havia sido apresentado contra o acórdão do Tribunal Distrital de Mora, enquanto o processo administrativo havia começado em 5 de maio de 1999 e encerrado em 11 de novembro de 1999. Neste último caso, a pena administrativa foi imposta após a pena final. No caso anterior, a pena administrativa havia sido imposta antes da imposição da pena penal. Os casos não são semelhantes. No entanto, a maioria os trata como se fossem.

485 *Lucky Dev*, cit., § 54; *Nykänen*, cit., § 43; e *Häkkä*, cit., §§ 50-52.

tributários e criminais foram paralelos, abrangendo o mesmo período de tempo e essencialmente a mesma quantidade de impostos evitou. Em todos os casos, o Tribunal observou que os delitos foram examinados por diferentes autoridades e tribunais sem que os processos fossem relacionados, uma vez que ambos os conjuntos de processos tinham seguido seu curso separadamente e se tornado definitivo em momentos diferentes. Finalmente, em todos os casos, a responsabilidade penal e a obrigação de pagar multas fiscais nos termos da legislação tributária pertinente foram determinadas em processos totalmente independentes uns dos outros. Em *Lucky Dev*, a Suprema Corte Amministrativa não tinha levado em conta o fato de que o requerente havia sido absolvido do delito tributário quando se recusou a recorrer, e, portanto, tornou definitiva a imposição das sobretaxas.⁴⁸⁶ Em *Nyväskylä e Häkkä*, nenhuma das sanções administrativas e criminais foi levada em conta pela outra jurisdição ou autoridade na determinação da gravidade da sanção, nem houve qualquer outra interação entre as autoridades em causa.⁴⁸⁷

48. Antes de discutir essa linha de pensamento em detalhes, dois argumentos falaciosos devem ser descartados desde o início. De acordo com o primeiro, se o Artigo Se o artigo 4 do Protocolo n. 7 fosse interpretado como proibindo a conclusão de processos paralelos em andamento a partir do momento em que o processo administrativo ou penal fosse concluído com uma decisão final, isso implicaria “efeitos colaterais radicais e imprevisíveis em diversas áreas do direito administrativo”⁴⁸⁸. Tal *argumentum ad terrorem*, que joga a carta do apelo ao medo, não constitui um argumento legal e, portanto, não deve receber qualquer tipo de crédito em um tribunal. O outro exemplo de uma falácia inadmissível é o argumento de que vários Estados europeus que têm um sistema de dupla sanção invocaram sua manutenção perante a Corte, expressando opiniões e preocupações semelhantes às do governo resistente.⁴⁸⁹ Isso se chama *argumentum ad nauseam*, que se apoia na reiteração do argumento por diferentes partes interessadas, e não em seus méritos. Portanto, *não* deveria ter lugar aqui no julgamento de um tribunal.

1. Duas outras suposições gerais errôneas devem ser desmascaradas. É errado argumentar, no contexto do Artigo 4 do Protocolo n. 7, que os Estados devem desfrutar de uma ampla margem de apreciação neste campo, desde que o mecanismo de dupla sanções pareça perseguir um objetivo legítimo e não implique um ônus excessivo ou desproporcional sobre o acusado. O *ne bis in idem* é um direito absoluto e, portanto, os estados não gozam de qualquer margem de aprecia-

486 Ver *Lucky Dev*, cit., § 62; *Österlund*, cit., § 50 e 51; e *Rinas*, cit., §§ 55 e 56.

487 Ver *Nyväskylä*, cit., §§ 51 e 52, e *Häkkä*, cit., §§ 50 e 52.

488 Ver argumento do Governo no § 84 do acórdão.

489 Ver questa argomentazione al § 119 della sentenza.

ção⁴⁹⁰. É igualmente intolerável argumentar que dependeria de uma coincidência qual dos processos paralelos se torna definitivo primeiro, e que se as autoridades fossem forçadas a interromper uma série de processos uma vez que o outro tivesse se tornado definitivo, o resultado da combinação do processo poderia levar a um resultado arbitrário. Este argumento é simplesmente uma petição de princípio, uma vez que pressupõe a existência necessária de mais de um conjunto de procedimentos para os mesmos fatos. Além disso, implica que o acusado poderia usar o princípio de *ne bis in idem* como ferramenta de “manipulação e impunidade”⁴⁹¹, como se o acusado estivesse sempre em posição de acompanhar o andamento do processo. Tal visão do equilíbrio de poder nos processos administrativos está desconectada da⁴⁹² realidade. Em última análise, a suposição subjacente ao raciocínio da maioria é que o *ne bis in idem* não constitui a expressão de um direito subjetivo do acusado, mas é uma mera regra destinada a garantir a autoridade da *chose jugée* (de trânsito em julgado), com o mero objetivo de assegurar o interesse punitivo do Estado e a apelabilidade das decisões judiciais estatais. Reflexões subsequentes destacarão com mais detalhes essa posição *pro-auctoritate* da maioria.

V. A RELEITURA DE SERGEY ZOLOTUKHIN (§§ 50-77)

A. A restrição do *idem factum* através dos critérios *bis* (§§ 50-59)

a. A busca de diferentes propósitos relacionados a diferentes perfis da conduta socialmente ofensiva (§§ 50-57)

50. Segundo a maioria, quatro condições substantivas devem ser cumpridas para que a acumulação de sanções administrativas e criminais seja aceitável: processos que busquem fins complementares e lidem com diferentes perfis da conduta socialmente ofensiva em questão; a previsibilidade da acumulação de sanções; não duplicação da coleta e avaliação de provas; e um mecanismo de compensação entre sanções administrativas e criminais.

51. A primeira condição da maioria diz respeito a diferentes procedimentos que buscam objetivos complementares e lidam com diferentes perfis da conduta socialmente ofensiva em questão. A maioria identifica no § 144 os diferentes propósitos perseguidos pelas penalidades fiscais nos termos da seção 10 do capítulo 10 (dissuasão geral e compensação por trabalho e custos incorridos pelas

490 Ver, na mesma direção, o relatório explicativo do parecer da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa sobre o projeto de protocolo n. 15 da convenção europeia para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, doc. 13154, 28 de março de 2013, § 8.

491 Ver il § 127 do acórdão.

492 Para um bom exemplo de desequilíbrio de poderes entre as autoridades administrativas e os acusados, veja me voto no *Grande Stevens e outro*, cit.

autoridades fiscais a fim de identificar declarações infiéis) e por uma condenação criminal nos termos da seção 12 do capítulo 12 da Lei de Avaliações Fiscais de 1980 (finalidade de remuneração). A maioria também se reporta ao § 123 o “elemento adicional” do crime (conduta fraudulenta), que segundo eles não é considerado pelo delito fiscal administrativo. Em outras palavras, a maioria se alinha ao Governo, que argumenta que as sobretaxas ordinárias são “impostas objetivamente, sem levar em conta a intenção/culpa, com o propósito reparador de compensar o Estado pelas despesas incorridas” no processo de verificação.⁴⁹³.

52. Esse argumento não se sustenta, por duas questões jurídicas de princípio. Em primeiro lugar, não há nenhuma regra ou outro instrumento vinculante na legislação nacional que imponha proporcionalidade entre as penalidades fiscais e os custos incorridos pela administração tributária a fim de detectar, investigar, processar e obter compensação pelo delito fiscal especificamente atribuído ao infrator. Tal exigência seria, em qualquer caso, simplesmente inviável, uma vez que só poderia ser baseada em uma estimativa virtual e aproximada dos custos *per capita* incorridos pelas autoridades fiscais com todo o aparato de verificações e verificações realizadas para identificar declarações infiéis. Portanto, se as penalidades fiscais buscassem um propósito compensatório, isso implicaria um elemento inadmissível de responsabilidade coletiva, o que imporá a alguns contribuintes o custo de todo o sistema de controle das declarações fiscais.

53. Em segundo lugar, a posição majoritária ignora o fato de que a penalidade fiscal em questão não pode de forma alguma ser considerada puramente compensatória. As penalidades fiscais de 30% ou mesmo 60% são tão severas que, sem dúvida, incluem um elemento punitivo. Em *Janosevic*, as sobretaxas normalmente fixadas em 20% ou 40% do imposto evadido, sem limite superior e não conversível em uma sentença de prisão em caso de não pagamento, foram consideradas como queda no retalho criminal do Artigo 6⁴⁹⁴. Basicamente, a maioria ignora a finalidade punitiva inerente a qualquer penalidade fiscal, independentemente de seu valor, conforme estabelecido pela *Jussila* anterior há algum tempo, em relação a uma sobretaxa de 10% que havia sido imposta com um possível aumento máximo global de 20%⁴⁹⁵. É difícil entender por que o Tribunal deve, de repente, desviar-se dessas normas estabelecidas no presente caso, sem qualquer explicação. No geral, no marco legal norueguês, os procedimentos fiscais administrativos visam prevenir potenciais sonegadores fiscais e reincidentes. Prevenção geral é o propósito declarado das penalidades fiscais em ques-

493 Ver observações do Governo de 11 de novembro de 2015, p. 29.

494 Ver *Janosevic*, cit., § 69.

495 Ver *Jussila*, cit., § 38.

tão⁴⁹⁶. Perseguir o objetivo da prevenção geral “necessariamente” implica efeitos colaterais punitivos e de prevenção especial em relação ao infrator sancionado, e esses efeitos colaterais são obviamente pretendidos pela política do Estado.⁴⁹⁷ A Suprema Corte fez um esforço louvável para limitar tais efeitos punitivos exemplares com o uso do princípio da⁴⁹⁸ proporcionalidade. Mas a Corte não deve se comprometer a brincar com a semântica. Em vez disso, deve avaliar de forma realista e pragmática as penalidades fiscais e seu impacto na vida dos contribuintes. Neste sentido realizar a prevenção geral através uma punição proporcional não representa nada mais do que uma “disfarçada teoria retributiva” (*verkappte Vergeltungstheorie*)⁴⁹⁹.

54. A linha de raciocínio do Governo não pode ser aceita mesmo com referência ao “elemento adicional” do crime, o suposto elemento de intenção fraudulenta. Aceitação do argumento do Governo iria contra *Ruotsalainen*⁵⁰⁰. Nesse caso, o governo réu argumentou que a fraude fiscal incluía o elemento de “intencionalidade”, enquanto um delito administrativo também poderia ser detectado com base em critérios puramente objetivos. A resposta do Tribunal foi explícita: os fatos, nas duas séries de processos, mal diferiam, mesmo que no processo penal fosse necessária a intenção, mas isso não era relevante para fins do Artigo 4 do Protocolo n. 7. Os elementos dos dois atos ilícitos, portanto, tinham de ser considerados, para esses fins, como essencialmente os mesmos. O mesmo deve ser aplicado no presente caso.

55. Além disso, a maioria não compara os elementos subjetivos dos crimes tributários administrativos, que são puníveis com sobretaxas, e os de infrações fiscais, que são puníveis com pena privativa ou monetária. Consequentemente, deixa de levar em conta a reprovação ética inerente à redação e ao espírito da prestação pertinente da Lei de Avaliações Fiscais de 1980 (Seções 10-2 a 4 do Capítulo 10). A seção 10-3 refere-se a “desculpas” e “razões pelas quais um delito não pode ser cobrado a ele” como motivo para isenção fiscal. A indesculpabilidade e a culpabilidade são, portanto, conceitos éticos intrínsecos aos *ilícitos administrativos* que caracterizam o mens rea do infrator. Eles também podem ser encontrados

496 Ver il § 47 do julgamento.

497 Como a própria Corte declarou claramente em *Kurdov e Ivanov* (§ 40), referindo-se ao propósito necessariamente punitivo das sanções administrativas de natureza pecuniária.

498 Veja o § 50 do julgamento.

499 É impossível, dentro dos limites deste voto, entrar na imensa discussão doutrinária sobre os fins das infrações administrativas e, em particular, sobre seus fins «disfarçados». Como uma introdução a esta discussão, ver James Goldschmidt, *Das Verwaltungsstrafrecht. Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Berlim, 1902; Erik Wolf, “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, em *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Festgabe für Reinhard von Frank*, II, Tübingen, 1930; Schmidt, “Straftaten und Ordnungswidrigkeiten”, em *Juristen Zeitung*, 1951; Mattes, *Untersuchungen zur Lehre von der Ordnungswidrigkeiten*, Berlim, 1972; Paliero, *Minima non curat praetor. Ipertrófia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagattellari*, Padova, 1985; e Delmas-Marty et al., *Punir sans juger? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Paris, 1992.

500 Ver *Ruotsalainen*, cit., § 56.

em crimes. A emenda de 2010 a esta disposição suprimiu a referência a ambos os conceitos de indesculpabilidade e culpabilidade, mas acrescentou a noção de “erro manifestamente involuntário”, que, naturalmente, inclui um elemento de melhorar a moral para erros “não intencionais” ou intencionais. Além disso, podem ser impostas penalidades fiscais de até 60% quando os atos são cometidos intencionalmente ou com negligência grave. Portanto, exigem provas de *mens rea* e intenção ou negligência grave, como em casos criminais. O elemento subjetivo da fraude na disposição penal contida na seção 12-1 do capítulo 12 – “quando ele está ciente ou deve estar ciente de que isso poderia levar a vantagens em relação a impostos ou taxas” – é sobreposto ao elemento subjetivo da pena fiscal agravada de 60% (má conduta intencional ou negligência grave – seção 10-4 do capítulo 10). Em outras palavras, os elementos subjetivos dos delitos administrativos e criminais coincidem. Não há perfis de condutas socialmente ofensivas de outra forma tratadas nos processos administrativos e criminais em questão.

56. Uma nota final: a primeira condição da maioria, em última análise, refere-se à determinação *do idem*. A elaboração dos “diferentes propósitos” perseguidos por infrações administrativas e penais e os “diferentes perfis de conduta socialmente ofensiva” abordados por cada um desses delitos é inerentemente uma questão substantiva que tem a ver com a definição do *idem*. Essas questões devem ser consideradas mais relacionadas ao conceito de *idem* do que ao conceito de *bis*, contrariando a abordagem conceitual da maioria. Apesar dessa confusão conceitual, o propósito da maioria é muito claro: limitar a amplitude do fato *idem*. Ao fazê-lo, atinge um golpe pesado para *Sergey Zolotukhin*.

b. Previsibilidade da acumulação de penalidades (§§ 57-59)

57. A segunda condição da maioria diz respeito à previsibilidade da duplicidade dos processos administrativos e criminais, como consequência, tanto no nível normativo quanto prático, da mesma conduta antissocial. Essa previsibilidade é afirmada *pelo* §§ 146 e 152 do acórdão, sem o menor esforço para aprofundar a questão muito delicada do grau de conhecimento exigido para fins de responsabilidade administrativa. Uma questão legal que absorveu a atenção da comunidade acadêmica por décadas foi simplesmente ignorada.⁵⁰¹ A maioria simplesmente assume que os cidadãos em geral, e os contribuintes em particular, sabem ou precisam saber todo o marco legal administrativo, incluindo sanções, e que pode, portanto, ser responsabilizado por qualquer falha e conduta transgressora à luz deste arcabouço legal.

501 Ver como introdução a esta questão jurídica, as anotações para §§ 10 e 11 em Rebman et al., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kommentar*, terceira edição, Stuttgart, 2016, e *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, quarta edição, Munique, 2014.

1. A maioria não gasta uma única palavra de seu raciocínio respondendo ao argumento dos requerentes de que as sanções impostas a eles eram discriminatórias, discricionárias e, portanto, imprevisíveis, uma vez que outros quatro réus (G.A., T.F., K.B. e G.N.) envolvidos na mesma série de eventos não tinham sido impostas penalidades fiscais, enquanto os candidatos tinham que sofrer penas de prisão e sanções fiscais⁵⁰². Este argumento vai no âmago da segunda condição da maioria. Os fatos do presente caso mostram que as Diretrizes do Procurador-Geral de Justiça de 3 de Abril de 2009 não haviam sido aplicadas aos requerentes, nem a A, cuja condenação em processo penal é de 2 de março de 2009, nem para B, cuja condenação é de 30 de novembro de 2009. A Corte Suprema ele havia notado esse fato, mas o havia ignorado com a justificativa de que “o promotor havia reservado o direito de instaurar processos criminais com base em uma avaliação individual se processos paralelos estivessem em andamento que não fossem contrários ao [Artigo 4 do Protocolo n. 7]. Argumentou-se que o julgamento contra [A] foi continuado porque uma sanção justa era desejável em relação a outros casos relacionados ao mesmo conjunto de casos relacionados. Portanto, a *justificativa* da decisão foi o princípio da igualdade de tratamento em casos semelhantes.” Os recorrentes rejeitaram esse argumento, apontando que, com base nas diretrizes de 2009, não haviam sido impostas penalidades fiscais a outros quatro réus envolvidos na mesma série de eventos. O governo não contestou especificamente essa afirmação. A maioria não tem nada a dizer sobre este importante argumento apresentado pelos candidatos.

2. De qualquer forma, a discricção deixada pelas diretrizes é inadmissível à luz de *Camilleri*⁵⁰³. Essa discricção levanta um problema de insegurança jurídica. As diretrizes criaram a expectativa de que o Estado não consideraria mais o sistema norueguês de duplo controle para combater a evasão fiscal como legal ou de acordo com a Convenção, e como resultado o Ministério Público tinha a obrigação legal de recorrer contra condenações e, antes de seu julgamento, pedir que eles fossem arquivados⁵⁰⁴. A decisão do Ministério Público de proceder de forma diferente no caso dos recorrentes não era previsível. O tratamento preferencial concedido aos outros quatro réus envolvidos na mesma série de eventos, isentos de qualquer penalidade fiscal (G.A., T.F., K.B. e G.N.), serve simplesmente como evidência da escolha discricionária e, portanto, imprevisível das autoridades internas.

502 Ver il § 64 do julgamento.

503 *Camilleri c. Malta*, n. 42931/10, 22 Janeiro de 2013.

504 A posição do procurador-geral norueguês após *Sergey Zolotukhin* não poderia ter sido mais clara: «Após a mudança na jurisprudência do Tribunal Europeu, é necessário aplicar um sistema de pista única também no que diz respeito às sanções fiscais ordinárias». Veja os §§ 48 e 64 do acórdão.

B. O conceito pro auctoritate do ne bis in idem da maioria (§§ 60-77)

a. Nenhuma duplicação de coleta e avaliação de provas (§§ 60-64)

60. A terceira condição da maioria é a proibição leve (“tanto quanto possível”) de duplicação da coleta e avaliação de provas, com o benefício de um exemplo (“em particular”): a interação entre diferentes autoridades, administrativas e judiciais, a fim de garantir que o estabelecimento de fatos em uma série de processos também seja utilizado nas outras séries⁵⁰⁵. Secondo me, questa condizione è altamente problematica.

61. In linea di principio, le condizioni relative alla protezione di un diritto individuale non derogabile come il *ne bis in idem* non devono essere lasciate alla discrezionalità degli stati. Poiché la terza condizione della maggioranza è una mera raccomandazione *de iure condendo*, essa non costituisce un requisito convenzionale. Ha lo stesso effetto della dichiarazione, egualmente *de iure condendo*, che “il modo più sicuro di assicurare la conformità all’Artigo 4 del Protocollo n. 7 è la previsione, in una fase appropriata, di una procedura a binario singolo”⁵⁰⁶. Ambos constituem *dicta* não vinculativo, que não acrescentam nada à jurisprudência vinculativa do Tribunal.

62. Além disso, esta recomendação apenas arranha a superfície de um problema muito sério. A existência de diferentes decisões das autoridades administrativas e judiciais sobre os mesmos fatos, com base em uma avaliação diferente das mesmas evidências, coloca em questão a autoridade do estado. Pior ainda, uma avaliação diferente das provas em processos administrativos e criminais permite a manipulação insidiosa de processos administrativos para fins de processo penal. Tal manipulação é ainda mais preocupante do que o perigo para a autoridade estatal, uma vez que deixa o réu indefeso. Em outras palavras, a condenação criminal é quase uma conclusão precipitada quando o delito administrativo do contribuinte já foi estabelecido com base em um ônus menos rigoroso da prova. O dever do contribuinte de cooperar com o fisco em processos administrativos agrava ainda mais essa conclusão.

63. A maioria não compara as regras de prova de processos administrativos e criminais na Noruega, a fim de verificar se há perigo de duplicação na coleta e avaliação de provas em ambos os processos. Além disso, não analisa o arcabouço jurídico que rege a interação entre as diferentes autoridades administrativas e judiciais, a fim de verificar se a instauração de fatos em processos administrativos

505 Ver. §132 do acórdão. A maioria não diz nada sobre a solução, que existe em alguns países, de cooperação entre as autoridades administrativas e o Ministério Público, a fim de identificar o procedimento adequado.

506 Veja o parágrafo 130 do acórdão.

tem impacto no processo penal e vice-versa. Nos §§ 145 e 150 do acórdão, a maioria simplesmente se refere a determinadas instâncias de troca *ad hoc* de informações entre autoridades administrativas e judiciais, e nada mais.

64. No entanto, as partes têm discutido extensivamente o assunto. O Governo reconheceu que o padrão do ônus da prova era diferente nos processos tributários, onde se aplica a norma de “causa provável qualificada” e em processos criminais, onde se aplica um “rigoroso padrão de prova”. Na verdade, essa é uma das “principais vantagens” que os procedimentos administrativos oferecem, na opinião do Governo.⁵⁰⁷ Se este for o caso, então a terceira condição da maioria não é atendida no direito norueguês, pela simples razão de que, uma vez que diferentes padrões de ônus da prova se aplicam, as provas devem necessariamente ser avaliadas de forma diferente em processos administrativos e criminais, com o claro risco de decisões diferentes sobre os mesmos fatos. Entre o *Caribdis*¹² do risco de investigações contraditórias em processos administrativos e criminais devido às diferentes normas probatórias (padrões duplos) e a *Scilla* da manipulação de provas administrativas para fins criminais, o acusado parece estar em qualquer caso em posição injusta, no sistema norueguês de traição.

b. Mecanismo de compensação entre sanções administrativas e penais (§§ 65-77)

65. A quarta condição da maioria é a existência de “um mecanismo de compensação designado para garantir que o valor de cada penalidade imposta seja proporcional”⁵⁰⁸. Sem qualquer explicação prévia do motivo da escolha dessa opção, a maioria não considera outras soluções processuais bem conhecidas, como a suspensão de uma série de processos enquanto a concorrente está pendente,⁵⁰⁹ ou outras soluções substantivas, como o princípio da especialidade ou a imposição de limites às penas em caso de concordância de crimes e delitos administrativos, como a exigência de que o valor total das penalidades impostas não exceda o valor máximo que poderia ser imposto para cada um dos tipos de sanção, ou que um teto para a penalidade fiscal deve ser fixado no mínimo da penalidade prevista para a infração. O escopo e características do mecanismo de compensação proposto são, no mínimo, realmente problemáticos.

66. A linha de pensamento da maioria entra em conflito com a posição recente da Corte em *Grande Stevens e Outros*, que diz respeito a processos administrativos e criminais paralelos. O Governo italiano argumentou, sem sucesso nesse caso que, para garantir a proporcionalidade da sanção às acusações,

507 Ver observações do Governo de 11 de novembro de 2015, p. 8. O governo também argumenta que os processos administrativos têm a vantagem de investigações e julgamentos mais rápidos. ¹⁵⁸ Ver § 132 do acórdão.

508 Ver il § 132 do julgamento.

509 Trata-se de uma proposta feita em *Kapetanios e outros* (cit., § 72) e *Sismanidis e Sitaridis* (cit., § 72).

os tribunais criminais italianos poderiam levar em conta a imposição prévia de uma sanção administrativa, e reduzir a pena. Em particular, o valor da sanção pecuniária administrativa foi deduzido da penalidade financeira criminal (artigo 187 do Decreto Legislativo n. 58 de 1998) e os bens já apreendidos no âmbito de processos administrativos não puderam ser confiscados.⁵¹⁰ Esse argumento, que não foi dado crédito pelo Tribunal em *Grande Stevens e outros*, é agora colocado no centro no contexto norueguês, sem qualquer justificativa, pela maioria, dessa mudança repentina de opinião. A maioria parece ter esquecido que em *Grande Stevens* a Corte havia decidido que o Estado réu deveria garantir que o novo conjunto de processos criminais movidos contra os requerentes em violação do *ne bis in idem* fosse encerrado o mais rápido possível e sem consequências adversas para os recorrentes.⁵¹¹

67. Il Governo italiano aveva anche sostenuto che il sistema del doppio binario era imposto dalla Direttiva CE 2003/6/EC del 28 gennaio 2003 relativa insider dealing e manipolazione de mercado, a fim de combater a manipulação do mercado e abuso de forma mais eficaz, e tinha invocado a opinião do advogado-geral em *Hans Åkerberg Fransson*⁵¹². La Corte aveva facilmente respinto questo argomento come ⁵¹³. Nesse contexto, é muito desconcertante que a Corte agora cite o parecer do advogado-geral em *Fransson* como apoio às suas posições. ⁵¹⁴ Apesar de o Tribunal de Luxemburgo ter desaprovado a perspectiva do advogado-geral e ter chegado a uma decisão em consonância com a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo, e apesar de, em *Grande Stevens*, a Corte ter rejeitado a mesma perspectiva que o advogado-geral, a maioria no presente caso nele apoia sua posição. O Tribunal de Estrasburgo se distancia voluntariamente da Corte de Luxemburgo, que havia feito um esforço para alinhar as posições de ambos os tribunais em *Fransson*. Os juízes da Corte preferem ficar do lado da voz única do advogado-geral, que criticou veementemente a jurisprudência da Corte por estar em contradição com a tradição constitucional europeia. A inexplicável mudança de posição em Estrasburgo representa um sério obstáculo à relação entre os dois Tribunais Europeus.

510 Ver *Grande Stevens e outros*, cit., § 218.

511 Ibid., § 237. É útil ter em mente as conclusões da AIPD de 2004, citadas: «O ·bis·, em termos de *double jeopardy* a ser evitado, não deve se referir exclusivamente a uma nova sanção; deve imediatamente impedir qualquer nova acusação».

512 Ver *Grande Stevens e outros*, cit., § 216.

513 Ibid., § 229.

514 Ver § 118 do presente acórdão. A Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho 2014/57/UE de 16 de abril de 2014 sobre sanções penais por abuso de mercado, que acitam o sistema binário (ponto 23), devem ser lidas em conjunto com o Regulamento (UE) n. 596/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de abril de 2014 (ponto 72). A legislação europeia não resolveu a questão do *ne bis in idem*, preferindo deixar esta batata quente para os Estados. No entanto, a imposição de sanções penais com base nos delitos obrigatórios previstos na nova Diretiva, e as sanções administrativas com base nos delitos facultativos previstos no novo Regulamento (Artigo 30 § 1: “não pode decidir não”) não deve levar à violação *ne bis in idem*.

68. Além disso, o mecanismo de compensação majoritária aplica-se apenas à dedução das penalidades impostas em processos que se tornaram definitivos primeiro. Não se aplica no caso de um desfecho diferente em processos concluídos primeiro, como no caso em que o tribunal pronuncia absolvição ou decide interromper o julgamento. A razão é óbvia. Nesses casos, não há literalmente nada para contrabalançar – ou seja, compensar ou deduzir – em processos administrativos subsequentes ou paralelos.

69. Esta questão é obviamente crucial à luz dos casos gregos recentes em que os tribunais administrativos que impuseram multas administrativas não consideraram a absolvição dos requerentes em processos criminais relativos pela mesma conduta paralela (recursos n. 3453/12 e 42941/12) e subsequente (Recurso n. 9028/13)⁵¹⁵.

Seguindo o raciocínio de *Kapetanios e outros*, qualquer absolvição ou interrupção do processo criminal teria tido um *Sperrwirkung*³ no outro processo administrativo paralelo ou subsequente, como o Tribunal também conclui em *Sismanidis e Sitaridis*, que também dizem respeito a dois casos (recursos n. 66604/09 e 71879/12) de processos administrativos e criminais paralelos⁵¹⁶. O réu absolvido tem o direito de não ser perseguido novamente pelos mesmos fatos, o que inclui o risco de uma nova ação contra ele, independentemente da natureza diferente das instâncias (judiciais e administrativas) envolvidas⁵¹⁷. Em outras palavras, há uma proibição absoluta de pronunciar sobre os mesmos fatos novamente. Além disso, levando em conta a autoridade de *trânsito em julgado* de absolvição é uma obrigação *ex officio* dos tribunais e autoridades administrativas, tendo em vista a natureza absoluta e não derogável do direito do acusado⁵¹⁸.

70. A jurisprudência grega também está em consonância com a clara declaração de princípio feita no § 60 de *Lucky Dev*, enfatizando que o artigo 4 do Protocolo n. 7 seria infringido se uma série de processos continuasse após a data em que a outra série de processos havia terminado com uma decisão final. Em

515 Em *Kapetanios e outros* (cit.); ver Recurso n. 3453/12, sobre processos administrativos pendentes de novembro de 1989 a junho de 2011, e processos criminais pendentes de 1986 a novembro de 1992; Recurso n. 42941/12, sobre processos administrativos pendentes de setembro de 1996 a novembro de 2011 e processos criminais pendentes de 1988 a junho de 2000; e finalmente recurso n. 9028/13, sobre processos administrativos pendentes de 2011 a fevereiro de 2012 e processo penal concluído em maio de 1998.

516 *Sismanidis e Sitaridis* (cit.): Ver recurso n. 66602/09, sobre processo administrativo pendente entre setembro de 1996 e maio de 2009 e processo penal pendente entre dezembro de 1994 e abril; e Recurso n. 71879/12, sobre processos administrativos pendentes de novembro de 1996 a fevereiro de 2012 e processos criminais de 1988 a fevereiro de 1999.

517 *Kapetanios e outros*, cit., §§ 71 e 72. A versão francesa de Sergey Zolotukhin é mais expressiva, pois inclui no § 83 o risco de novos processos (*risque de nouvelles poursuites*) além de novos julgamentos. Veja também o § 59 do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia Van *Siraaten*, citado: “o início de processo penal em outro Estado Contratante pelos mesmos fatos comprometeria, no caso de absolvição definitiva por falta de provas, os princípios da segurança jurídica e das expectativas legítimas”.

518 Ver *Kapetanios e outros*, cit., § 66. Esta é precisamente a conclusão alcançada em Melo Tadeu c. *Portugal* (n. 27785/10, § 64, 23 de outubro de 2014): “O Tribunal considera que uma absolvição criminal deve ser levada em conta em qualquer processo adicional, criminal ou não criminal”.

Lucky Dev, as sobretaxas foram aplicadas após a absolvição final em processo penal paralelo, e a declaração de princípio da Corte é Muito claro: “[t]al decisão final exigiria que o outro conjunto de processos fosse interrompido.”⁵¹⁹.

71. Em conclusão, o presente acórdão contradiz o núcleo fundamental da jurisprudência de *Kapetanios e outros*, *Sismanidis e Sitaridis* e *Lucky Dev*. Para a maioria, a absolvição do acusado, seja porque o ato não constitui crime, pois o acusado não cometeu ou porque não está provado que o acusado o cometeu, não deve ser levado em conta em processos administrativos subsequentes ou paralelos. Isso, evidentemente, também levanta uma questão em relação ao Artigo 6 § 2 da Convenção. Qualquer nova decisão sobre o mérito colocaria em questão a presunção de inocência decorrente da absolvição.⁵²⁰

72. O mecanismo de compensação majoritária nem sequer é aplicável em um cenário em que os processos que se encerram primeiro são os administrativos, e nenhuma penalidade fiscal é imposta porque a respectiva responsabilidade administrativa não foi comprovada. Na perspectiva da maioria, o contribuinte ainda pode ser condenado pelos mesmos fatos e ser o beneficiário da pena em processos criminais, neste cenário.

73. Neste ponto, é fácil ver que a quarta condição é um *chèque en blanc* para que os estados façam o que quiserem. Pior ainda, a maioria não explica como funciona o mecanismo de compensação na legislação norueguesa. O § 50 do acórdão, por si só, prevê um resumo da jurisprudência, o que deixa o leitor com a impressão de uma discricionariedade reinante na forma como os tribunais criminais às vezes decidem levar em conta as sanções administrativas anteriores, e às vezes não. Essa impressão é confirmada pelo caso em questão, como demonstrado abaixo. Além disso, não há qualquer indicação no acórdão de que existe tal mecanismo de compensação em processos tributários, através dos quais as penalidades anteriores devem ser levadas em conta na determinação das penalidades fiscais.

74. O Governo afirmou que “as sobretaxas impostas serão levadas em conta quando os tribunais avaliarem qual é a pena justa e adequada para uma empresa, ver seção 28 lit. g do Código Penal de 2005. Quando uma pessoa física é condenada, os tribunais levarão em conta quaisquer penalidades fiscais impostas, de acordo com o artigo 27 do Código Penal de 1902, transposto para a Seção 53 do Código Penal de 2005.”⁵²¹ A seção 27 prevê: “quando uma penalidade financeira é imposta, a consideração adequada deve ser dada não apenas à natureza do

519 Ver *Lucky Dev*, cit., § 60.

520 Ver *Kapetanios e outros*, cit., § 88, e *Sismanidis e Sitaridis*, cit., § 58.

521 Ver observações do Governo de 11 de novembro de 2015, p. 8.

delito, mas, também, especialmente a situação econômica da pessoa condenada e quanto ela pode presumivelmente pagar em suas circunstâncias”. Não se menciona sanções paralelas ou processos anteriores relativos aos mesmos fatos, muito menos penalidades fiscais. Também não há menção aos limites da combinação de penalidades, como, por exemplo, a exigência de que o valor total das penalidades impostas não deve exceder o maior valor que pode ser imposto em relação a cada um dos tipos de sanção. De fato, tendo em conta as sanções anteriores nem sequer é mencionada no caso de uma sentença de prisão ter sido imposta. Em poucas palavras, não há mecanismo de compensação na lei norueguesa, mas uma indicação geral e indiferenciada dada pelo legislativo ao tribunal sobre levar em conta a situação econômica do condenado ao impor uma penalidade financeira a ele.

Nada mais, nada menos.

75. A jurisprudência da Corte Suprema com base nas normas supracitadas do Código Penal, na parte em que foi disponibilizado aos juízes da Grande Câmara, pode ser criativa, mas certamente não é previsível. É formulada de forma tão ampla que mesmo o advogado mais experiente não pode prever se e como as penalidades fiscais serão levadas em conta na imposição de sanções financeiras. Além disso, seu impacto é muito limitado em termos práticos. Por não permitir qualquer tipo de indenização em caso de detenção, a jurisprudência do STF limita o suposto impacto do efeito compensatório a casos de menor gravidade, mas nega-o em casos mais graves. Ciente da fraqueza do arcabouço jurídico doméstico, foi feito um esforço louvável pelos juízes noruegueses para preencher este buraco negro legal e inserir alguma forma de proporcionalidade em um sistema arbitrário, excessivo e injusto: arbitrário na escolha de via única ou dupla sanção, excessivo nas sanções aplicadas e processualmente injusto na forma como trata o acusado. Mas ne *bis in idem* “não é uma regra processual que funciona como paliativa para a proporcionalidade quando um indivíduo é julgado e sancionado duas vezes pela mesma conduta, mas uma garantia fundamental para os cidadãos”⁵²².

76. Assim como o Governo, a maioria é seduzida por uma abordagem motivada por interesses de eficiência.⁵²³, segundo o qual a base do princípio do *ne bis in idem* aplica-se a um “menor grau às sanções que vão além do núcleo

522 Caso C-213/00 P *Italcementi SpA c. Comissão das Comunidades Europeias*, Parecer do Advogado Geral Ruiz-Jarabo Colomer de 11 de fevereiro de 2003, § 96, e Caso C150/05, citado acima, Parecer do Advogado-Geral de 8 de Junho de 2006, § 58. Assim, a opinião expressa no § 107 do presente acórdão de que ne *bis in idem* refere-se principalmente a uma questão processual (“visa principalmente à equidade do julgamento”) e não a uma questão substantiva (“importa menos sobre o nível do conteúdo do direito penal do que o Artigo 7), é essencialmente incorreto.

523 Esses “interesses de eficiência” são enfatizados pela própria maioria (ver § 134 do acórdão).

fundamental do direito penal, como⁵²⁴as sanções fiscais”. Ignora o fato de que o conteúdo de um direito convencional não derogável, como *ne bis in idem*, não deve ser substancialmente diferente dependendo de qual área do direito está envolvida. Não há margem para tal abordagem no Artigo 4, § 3, do Protocolo n. 7.

77. Por fim, e mais significativamente, no presente caso, as penalidades fiscais foram levadas em conta pelo tribunal nacional da seguinte forma, em relação ao primeiro requerente: “Já foi imposta uma penalidade considerável ao acusado com a decisão sobre a sobretaxa. A maior parte do imposto já foi paga.” A consideração dada à penalidade fiscal no caso do segundo requerente é ainda mais sucinta: “Deve-se levar em conta que uma sobretaxa de 30% foi imposta ao⁵²⁵requerente”. Em nenhum dos casos, os tribunais internos se preocuparam em explicar o impacto das penalidades fiscais anteriores sobre as penalidades. A referência de fachada às sanções fiscais previamente impostas pode satisfazer algumas das consciências menos exigentes, mas certamente não constitui uma abordagem jurídica previsível e verificável. Nesse contexto, as condições, o grau e os limites do impacto das penas fiscais sobre as sanções penais só podem ser objeto de pura especulação, habitando-se no desconhecido, inacessível aos réus, da condenação pessoal dos juízes..

VI. Conclusão (§§ 78-80)

78. Apesar de sua lógica voltada para os direitos humanos, Öztürk não ofereceu um quadro conceitual claro para definir a linha de fronteira entre os crimes administrativos e criminais. No centro de várias incertezas na jurisprudência do Tribunal, *Jussila* ofereceu uma solução restritiva que visava distinguir entre casos pertencentes ao núcleo fundamental do direito penal que possuem um grau significativo de estigmatização e aqueles que não fazem isso, limitando a aplicabilidade das garantias do retalho penal no caso do segundo grupo. A jurisprudência subsequente não esclareceu nem o critério substantivo de grau significativo de estigmatização ou a distinção entre salvaguardas processuais disponíveis e indisponíveis.

79. Assim como *Jussila* qualificou e limitou o impacto de Öztürk, da mesma forma A e B c. *Noruega* qualifica e limita o impacto de *Sergey Zolotukhin*. A posição passada e generosa em termos de *idem factum* é significativamente limitada pela nova camisa de força proposta para o *bis*. Desconfiado dos acusados, a maioria decide abandonar o princípio fundamental na cultura jurídica

524 Veja o parágrafo 85 do acórdão, quando se faz referência ao argumento explícito do Governo de que o raciocínio de *Jussila* sobre o artigo 6 poderia ser transposto para o artigo 4 do Protocolo n. 7. Este argumento ignora claramente a natureza absoluta e não derogável do segundo artigo.

525 Veja os acórdãos do Tribunal Distrital de Follo de 2 de março de 2009 e do Tribunal de Oslo de 30 de setembro de 2009.

européia de que a mesma pessoa não pode ser processada mais de uma vez pelos mesmos fatos (princípio da unidade da ação repressiva ou *Einmaligkeit der Strafverfolgung*). O *ne bis in idem* perde seu caráter *pro persona*, subvertido pela rígida posição *pro-auctoritate* da Corte. Não é mais uma garantia individual, mas uma ferramenta para evitar a “manipulação e impunidade”⁵²⁶ em favor dos réus. Depois de derrubar a lógica do princípio de *ne bis in idem*, o presente julgamento abre as portas para uma política punitiva leviatã sem precedentes, baseada em múltiplos procedimentos realizados pelo Estado, estrategicamente articulados e implementados para alcançar o máximo possível efeito repressivo. Essa política poderia se transformar em uma interminável, vingativa, história de duas ou mais séries de processos conduzidos paralelamente ou posteriormente contra o mesmo réu pelos mesmos fatos, mesmo com o objetivo de punir o acusado, em retaliação, por exercer seus legítimos direitos processuais, e especialmente seu direito de apelação.

80. A única condição real ligada à abordagem orientada à eficiência da maioria⁵²⁷ é um simulacro de proporcionalidade, que se limita à vaga indicação de levar em conta as sanções administrativas anteriores na imposição de sanções pecuniárias em processos criminais, uma abordagem que está muito longe das conhecidas raízes históricas do *ne bis in ditto* e sua consolidação como um princípio do direito internacional habitual. A acumulação de sanções penais e sanções administrativas de natureza criminal foi especificamente rejeitada pelo Tribunal em *Grande Stevens* e *outros*, bem como pelo Tribunal de Luxemburgo em *Hans Åkeberg Fransson*. Após a emissão de sua certidão de óbito no caso italiano, essa abordagem agora é ressuscitada como uma “abordagem regulatória calibrada”.⁵²⁸ A cooperação mútua e progressiva entre os dois tribunais europeus é evidentemente mais uma vez profundamente perturbado, com Estrasburgo que vai na direção errada e Luxemburgo na direção certa. A Grande Câmara, examinando o caso de *Sergey Zolotukhin*, nunca teria concordado em rebaixar o direito individual inalienável ao *ne bis in idem* ao posto de um direito fluido, interpretado restritivamente – em outras palavras, de um direito ilusório.

* * *

3. Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Grande Câmara – Correia de Matos c. Portugal — Recurso n. 56402/12 — acórdão de 4 de Abril 2018

O caso: O recorrente, sr. Correia de Matos, é advogado português. Em 2010, no âmbito de um processo penal em que havia sido acusado pelo crime de

526 Ver o § 127 do julgamento.

527 Ver o § 134 do julgamento.

528 Ver o § 124 do julgamento.

desacato a um magistrado, em vez de se beneficiar da defesa ex-officio concedida a ele, solicitou que se defendesse pessoalmente no tribunal. O tribunal distrital havia rejeitado seu pedido à luz da jurisprudência estabelecida do Tribunal Constitucional segundo o qual o acusado que exerce a profissão jurídica não pode se defender pessoalmente em processos criminais contra si. O recorrente entrou com uma ação no Tribunal Europeu por infração ao Artigo 6, §§ 1 e 3 CEDH, argumentando que a jurisprudência nacional sobre a impossibilidade de representar-se no tribunal era contrária às garantias convencionais de julgamento justo e que, no presente caso, não poderia se defender adequadamente. Até o julgamento de 4 de abril de 2018, a Câmara Não reconheceu a violação do Artigo 6 CEDH. Em particular, o Tribunal observou que o objetivo perseguido pela legislação portuguesa, que exige representação compulsória em tribunal, era legítimo e visava garantir a adequada administração da justiça e da igualdade de armas no julgamento. Além disso, a Câmara Municipal levou em conta os amplos direitos concedidos ao acusado, como permitir, em qualquer caso, sua participação ativa ao longo do processo. Finalmente, no que diz respeito à justiça geral do julgamento, a Corte observou que a defesa do requerente havia sido garantida por um advogado nomeado pelo tribunal e que não havia fundamentos para acreditar que a defesa ex-officio havia afetado o resultado do julgamento.

Palavras-chave: julgamento justo – direito de se defender pessoalmente – margem de apreciação – igualdade de armas – equidade geral do processo penal

Comentários: Mario Chiavario

Voto divergente do juiz Pinto de Albuquerque ao qual o juiz Sajó adere

SOMMARIO: I Introdução (§§ 1-3). PRIMA PARTIGO A abordagem *pro-auctoritate* da maioria ao caso (§§ 4-54). Margem infundada de apreciação (§§ 4-2). A. O argumento da autoridade “na melhor posição” (§§ 4-9). – B. Um Tribunal que se limita (§§ 10-12). – III. Os fatores que delimitam a margem de valorização (§§ 13-2). A. A distorção do consenso europeu (§§ 13-20). – B. A fragmentação do direito internacional (§§ 21-32). – IV. A degeneração da margem de valorização (§§ 33-54). A. O exame da proibição geral (§§ 33-45). – B. O exame da decisão tomada no presente caso (§§ 46-54). – SECONDA PARTE. Abordagem *pro persona* ao caso (§§ 55-80). A jurisprudência pertinente do Tribunal (§§ 55-61). A. O legado incerto de *Croissant* (§§ 55-59). O critério de necessidade «no interesse da justiça» (§§ 60-61). – VI. Um direito autônomo de acordo com a Convenção (§§ 62-67). A. A interpretação literal (§§ 62-64). – B. Interpretação teleológica (§§ 65-67). – VII. Um direito não absoluto no âmbito da Convenção (§§ 68-80). A. Interpretação sistemática (§§ 68-76). – B. A aplicação das regras da Convenção neste caso (§§ 77-80). – VIII. Conclusão (§§ 81-82)

I. INTRODUÇÃO (§§ 1-3)

1. Não posso concordar com a decisão majoritária porque considero que o Estado réu violou o direito do requerente de poder se defender pessoalmente, conforme garantido pelo Artigo 6, § 3, c) da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (“A Convenção”). O presente parecer dissidente é dividido em duas partes.

2. Na primeira parte, analisarei o raciocínio da maioria, prestando especial atenção à confiança excessiva que coloca na doutrina da margem de apreciação. Embora quisesse dar ao Estado, no presente caso, uma certa margem de manobra, os critérios que a maioria afirma ter levado em conta na definição do escopo (direito internacional e consenso europeu) deveriam tê-lo levado a concluir que essa margem de apreciação era extremamente limitada. A última parte da minha crítica diz respeito aos efeitos da margem de apreciação no presente acórdão, aos graves erros de fato que afetam as conclusões a que chega e à inadequação dos critérios aplicados ao exame das razões utilizadas para justificar a proibição geral prevista na lei portuguesa e as consequentes medidas de recusa adotadas no presente caso.

3. Na segunda parte, delinerei os limites do direito de se defender pessoalmente em um caso criminal à luz da Convenção. Primeiro analisará a jurisprudência relevante do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (“A Corte”) sobre o assunto e, em seguida, argumentará que o direito à autodefesa em matéria penal é um direito autônomo e não absoluto no âmbito da Convenção por razões literais, teleológicas e sistemáticas. Os princípios do processo penal comparativo, do direito penal internacional e do direito internacional dos direitos humanos serão, portanto, examinados para concluir que o direito de se defender pessoalmente só pode ser limitado quando houver fundamentos apropriados e suficientes que o justifiquem. Por fim, aplique este critério ao presente caso.

PRIMEIRA PARTE

A ABORDAGEM PRO-AUCTORITATE DA MAIORIA PARA O CASO (§§ 4-54)

II. Uma margem infundada de apreciação (§§ 4-12)

A. O argumento da autoridade “na melhor posição” (§§ 4-9)

4. A maioria faz um grande esforço argumentativo na tentativa de demonstrar que o Estado réu goza de uma margem de apreciação na elaboração

de seu sistema processual e que a disposição em questão ⁵²⁹ não o excedeu. Esse raciocínio me parece insuficiente. A maioria concede ao Estado uma margem de apreciação por razões inconsistentes, sem definir seu escopo e sem apreciar as razões subjacentes à restrição ao direito de se defender pessoalmente. Vou abordar esses três pontos mais tarde.

5. Uma margem de apreciação só pode ser reconhecida quando há uma séria razão para fazê-lo e que deixa a Corte pensar que a apreciação das autoridades nacionais é melhor do que a sua. Agora, a única justificativa que a maioria dá à margem de apreciação concedida ao Estado é a seguinte:

“A decisão de autorizar um acusado a se defender sem a ajuda de um advogado ou nomear um advogado para representá-lo está dentro da margem de apreciação dos Estados Contratantes que gozam de uma “posição melhor” do que a Corte na escolha dos instrumentos adequados para garantir, em seu sistema judicial, os direitos da defesa”⁵³⁰.

Apesar da maioria citar duas decisões anteriores da Corte sobre o direito de se defender pessoalmente⁵³¹, sua afirmação permanece insuficiente para alcançar plenamente os efeitos desejados.

6. A Corte declarou em várias ocasiões que as autoridades nacionais podem ser “melhor colocadas” do que a Corte para decidir sobre certas questões de fato ou lei (ou ser “mais capaz” de fazê-lo). Do julgamento *Handyside*, que diz respeito às restrições à liberdade de expressão das leis contra atos obscenos, o Tribunal tinha chegado à seguinte conclusão bem conhecida:

“Graças aos seus contatos diretos e constantes com as forças vivas de suas nações, as autoridades do Estado estão, em princípio, em uma posição melhor do que o juiz internacional para decidir sobre o conteúdo preciso [de] as necessidades [de] moralidade, bem como sobre a “necessidade” de uma “restrição” ou “sanção” destinada a respondê-las.”⁵³².

7. Desde então, essa frase tornou-se onipresente e às vezes é usada em vista do reconhecimento de uma margem de valorização. No entanto, não deve ser considerada como uma carta branca deixada às autoridades nacionais que levaria a endossar qualquer política ou decisão que possam adotar. Bastaria, de fato, fazer uma *excursus* sobre o uso daquele inciso gravado na história da Corte, para perceber que, quando considera as autoridades nacionais em uma “posição melhor” do que ela, a Corte geralmente explica as razões para isso. O fato de, no presente

529 Artigo 64 do Código de Processo Penal português (“o CPP”).

530 § 123 do julgamento.

531 *X c. Finlândia*, n. 34806/04, TEDH 2012 (extratos) e *Correia de Matos c. Portugal* (dez.), n. 48188/99, ECTH 2001-XII.

532 *Handyside c. Reino Unido*, 7 de dezembro de 1976, § 48, série A n. 24.

caso, a maioria se abster de qualquer explicação sugere que não há justificativa para recorrer à margem de apreciação nesse julgamento. Um exame minucioso da jurisprudência demonstrará isso.

8. A maioria dos casos em que a Corte considerou que as autoridades nacionais estavam “melhor posicionadas” para avaliar certos elementos diziam respeito a questões políticas muito mais amplas. De acordo com a fórmula usual do Tribunal “através de seus contatos diretos e constantes com as forças vivas de suas nações”, as autoridades nacionais “estão, em princípio, em uma posição melhor do que o juiz internacional para decidir sobre a situação e as necessidades locais” quando se trata de uma das quatro áreas seguintes: questões morais, ético e religioso (a); o uso das forças armadas e outras medidas punitivas ou preventivas (b); recursos e despesas públicas (c); organização social no que diz respeito aos bens, ao meio ambiente e à imigração (d). As questões específicas levantadas nessas quatro áreas podem ser agrupadas da seguinte forma:

a) as “exigências da moralidade”, “delicadas questões morais ou éticas” ou “questões sociais, objeto de profundas e persistentes diferenças de opinião”, como a obscenidade⁵³³, blasfêmia⁵³⁴, adoção por casais do mesmo sexo⁵³⁵, a língua nacional⁵³⁶, “questões sobre as relações entre o Estado e as religiões” (por exemplo, o uso do véu ou símbolos religiosos em locais públicos)⁵³⁷, casamento⁵³⁸, caça⁵³⁹, aborto⁵⁴⁰, reprodução assistida⁵⁴¹ e incesto⁵⁴²;

b) responsabilidade pela “vida da nação”, em particular escolhas em face de uma emergência de perigo público⁵⁴³, “as questões complexas e as escolhas da estratégia social”, como as escolhas relativas ao direito penal e penitenciário⁵⁴⁴,

533 Além do acórdão citado acima, *Handyside*, ver *Müller et al. c. Suíça*, 24 de maio de 1988, § 35, serie A n. 133.

534 *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, 20 Setembro 1994, § 56, serie A n. 295-A, e *Wingrove c. Reino Unido*, 25 novembre 1996, § 58, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V

535 *Fretté c. Francia*, n. 36515/97, § 41, TEDH 2002-I.

536 *Mentzen c. Lettonia* (dec.), n. 71074/01, TEDH 2004-XII, *Kubarec alias Kuhareca c. Lettonia* (dec.), n. 71557/01, 7 de dezembro 2004, e *Boulgakov c. Ucraina*, n. 59894/00, § 43, 11 settembre 2007.

537 *Leyla Şahin c. Turquia* [GC], n. 44774/98, § 121, TEDH 2005-XI, *S.A.S. c. França* [GC], n. 43835/11, §§ 129-130, TEDH 2014 (extratos), e *Izzettin Doğan e altri c. Turquia* [GC], n. 62649/10, § 112, TEDH 2016.

538 *B. e L. c. Reino Unido*, n. 36536/02, § 36, 13 de setembro 2005.

539 *Friend e Outros c. o Reino Unido* (dez.), n. 16072/06, § 50, 24 Novembro 2009.

540 *A. B e C c. Irlanda* [GC], n. 25579/05, § 232, TEDH 2010.

541 *S.H. e outros c. Austria* [GC], n. 57813/00, § 94, TEDH 2011.

542 *Stäubing c. Alemanha*, n. 43547/08, § 60, 12 Abril de 2012.

543 *Irlanda c. Reino Unido*, 18 de janeiro de 1978, § 207, série A n. 25, confirmada por *Brannigan e McBride c. Reino Unido*, 26 de maio de 1993, § 43, série A n. 258-B, *Aksoy c. Turquia*, 18 de Dezembro de 1996, § 68, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI, e *A. e outros c. Reino Unido* [GC], n. 3455/05, § 173, TEDH 2009.

544 Dos julgamentos *Handyside* e *Müller e outros*, já mencionado, ambos preocupados com a criminalização da obscenidade, o Tribunal tem demonstrado alguma contenção em outros aspectos do direito penal e penitenciário, recorrendo ao argumento da autoridade “mais bem posicionada”. Ver *Dickson c. Reino Unido* [GC], n. 44362/04, § 78, TEDH 2007-V, *Khoroshenko c. Rússia* [GC], n. 41418/04, §§ 120-121, TEDH 2015, e *Meier c. Suíça*, n. 10109/14, § 78, TEDH 2016.

processo penal⁵⁴⁵ e outras medidas punitivas ou preventivas para salvaguardar “a ordem democrática”⁵⁴⁶;

c) “políticas econômicas e sociais” como a habitação social⁵⁴⁷, a locação protegida⁵⁴⁸, cuidados médicos⁵⁴⁹, pensões e subsídios de seguro social⁵⁵⁰, política fiscal⁵⁵¹, as “leis para estabelecer o equilíbrio entre as despesas e a receita do Estado” (assim chamadas “medidas de austeridade”)⁵⁵² e, de forma mais geral, “as prioridades em relação à alocação dos recursos limitados do Estado”⁵⁵³;

d) “questões políticas gerais” como “medidas que envolvam privação e restituição de bens”⁵⁵⁴ e as “medidas aplicáveis no contexto do exercício do direito à propriedade”⁵⁵⁵, controle de construção⁵⁵⁶, planejamento urbano e planejamento espacial⁵⁵⁷, acessibilidade a prédios públicos para deficientes⁵⁵⁸, questões ambientais⁵⁵⁹ e imigração⁵⁶⁰.

-
- 545 Um exemplo significativo disso é o caso *Armani Da Silva c. Reino Unido* [GC], n. 5878/08, §§ 265-268, TEDH 2016, que diz respeito ao critério de se há provas suficientes para permitir que o processo seja instaurado ou não.
- 546 *Ždanoka c. Letônia* [GC], n. 58278/00, § 134, TEDH 2006-IV.
- 547 *Costache c. România* (dec.), n. 25615/07, § 23, 27 marzo 2012, *Strzelecka c. Polónia* (dec.), n. 14217/10, § 52, 2 de dezembro de 2014, e *Kaschchuk c. Ucrânia* (dez.), n. 5407/06, § 58, 10 de maio de 2016.
- 548 *Berger-Knall e outros c. Eslovênia*, n. 14717/04, § 192, 12 de junho de 2014
- 549 O acórdão é *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal* [GC], n. 56080/13, TEDH 2017, que lembra, a este respeito, um raciocínio específico da jurisprudência decorrente dos casos *Sentges c. Holanda* (dez.), n. 27677/02, 8 de julho de 2003, *Pentiacova e Outros c. Moldávia* (dez.), n. 14462/03, TEDH 2005-Ī, *Gheorghe c. Romênia* (dez.), N. 19215/04, 22 de setembro de 2005, *Wiater c. Polónia* (dez.), n. 42290/08, § 39, 15 de maio de 2012, e *McDonald c. Reino Unido*, n. 4241/12, § 54, 20 de maio de 2014.
- 550 O julgamento de origem é *Stec e Outros c. Reino Unido* [GC], n. 65731/01 e n. 65900/01, §§ 52 e 63, TEDH 2006-VI. Veja, entre muitos outros, *Pearson c. Reino Unido*, n. 8374/03, § 24, 22 de agosto de 2006, *Walker c. Reino Unido*, n. 37212/02, § 33, 22 de agosto de 2006, *Barrow c. Reino Unido*, n. 42735/02, § 35, 22 de agosto de 2006, *Andrejeva c. Letônia* [GC], n. 55707/00, § 83, TEDH 2009, *Cichopek e Outros c. Polónia* (dez.), n. 15189/10, §§ 132.134 e 143, 14 de maio de 2013, *Bélné Nagy c. Hungria* [GC], n. 53080/13, § 113, TEDH 2016, e *Fábián c. Hungria* [GC], n. 78117/13, § 115, TEDH 2017 (extratos).
- 551 *N.K.M.c. Hungria*, n. 66529/11, § 49, 14 de maio de 2013, *Gáll c. Hungria*, n. 49570/11, § 48, 25 de junho de 2013, e *R.Sz.c. Hungria*, n. 41838/11, § 46, 2 de julho de 2013.
- 552 *Koufaki e ADEDY c. Grécia* (dez.), nos. 57665/12 e 57657/12, §§ 37 e 39, 7 de maio de 2013. Veja também *Da Conceição Mateus e Santos Januário c. Portugal* (dez.), nos. 62235/12 e 57725/12, § 22, 8 de outubro de 2013, e *Da Silva Carvalho Rico c. Portugal* (dez.), n. 13341/14, § 37, 1 de setembro de 2015.
- 553 *O'Reilly e outros c. Irlanda* (dez.), n. 54725/00, 28 de fevereiro de 2002, e *Wilk c. Polónia* (dez.), n. 64719/09, § 49, 17 de outubro de 2017.
- 554 O julgamento de origem é *James e outros c. Reino Unido*, 21 de fevereiro de 1986, § 45, série A n. 98. Veja, entre os casos mais importantes, *Ex-roi de Grèce e outros c. Grécia* [GC], n. 25701/94, § 87, TEDH 2000-XII, *Malama c. Grécia*, n. 43622/98, § 46, TEDH 2001-II, *Zvolský e Zvolská c. República Tcheca*, n. 46129/99, § 67, TEDH 2002-IX, *Bromionskic. Polónia* [GC], n. 31443/96, § 149, TEDH 2004-V, *Bäck c. Finlândia*, n. 37598/97, § 53, TEDH 2004-VIII, *Beč vár e Bečřová c. República Tcheca*, n. 58358/00, § 66, 14 de dezembro de 2004, *Jahn e outros c. Alemanha* [GC], n. 46720/99 e outros 2, § 91, TEDH 2005-VI, e *Draon c. France* [GC], n. 1513/03, § 75 de outubro de 2005.
- 555 *Hutten-Czapska c. Polónia* [GC], n. 35014/97, § 165, TEDH 2006-VIII.
- 556 *Gillow c. Regno Unito*, 24 novembre 1986, § 56, serie A n. 109.
- 557 *Chapman c. Reino Unido* [GC], n. 27238/95, §§ 90-91, TEDH 2001-I, *Beardc. Reino Unido* [GC], n. 24882/94, § 102, 18 de janeiro de 2001, *Gorraiz Lizarraga e Outros c. Espanha*, n.62543/000, § 70, TEDH 2004-III, e *Vistiše Perepjolkins c. Letônia* [GC], n. 71243/01, § 98, 25 de outubro de 2012.
- 558 *Gherghina c. Romania* [GC] (dec.), n. 42219/07, § 114, 9 luglio 2015.
- 559 O julgamento de origem é *Hatton e altri c. Reino Unido* [GC], n. 36022/97, § 97, TEDH 2003-VIII.
- 560 *Sysoyena e Outros c. Letônia* [GC], n. 60654/00, §§ 90-91, TEDH 2007-I, e *El Matijaoui e Stichting Toubas Moskee c. Países Baixos* [GC], n. 25525/03, § 32, 20 de dezembro de 2007.

9. As autoridades nacionais foram consideradas em uma “posição melhor” do que a Corte, se não “a melhor posição” na avaliação das provas.⁵⁶¹ (por exemplo, no que diz respeito ao estado de saúde de um requerente)⁵⁶² e para interpretar a lei nacional⁵⁶³, o direito convencional em geral⁵⁶⁴ e o direito da União Europeia, em particular⁵⁶⁵, um contrato privado⁵⁶⁶ ou um testamento⁵⁶⁷.

Consequentemente, a mesma presunção a favor das autoridades nacionais se aplica quando elas próprias são chamadas a decidir sobre questões de fato e leis nacionais intimamente ligadas, a fim de determinar, por exemplo, se um determinado magistrado tem competência para decidir uma disputa específica⁵⁶⁸ se é necessário adotar medidas restritivas contra um deputado cuja conduta prejudicaria a conduta adequada do debate parlamentar.⁵⁶⁹, se a acomodação de substituição é adequada,⁵⁷⁰ se a não divulgação de informações de interesse público prejudica o requerente, se é⁵⁷¹ necessário estender a prisão preventiva de uma pessoa,⁵⁷² ou avaliar a adequada execução das decisões⁵⁷³, “a adequação da compensação” no caso de desapropriação ou dano recebido⁵⁷⁴, a “adequação da reação” em caso

561 O argumento de autoridade “melhor posição” foi utilizado pela primeira vez em relação à avaliação de provas em *X c. Reino Unido*, 5 de novembro de 1981, § 43, Série A n. 46, em aplicação do raciocínio seguido em *Winterwerp c. Holanda*, 24 de Outubro de 1979, § 40, série A n. 33. Em *Wilhelm c. Alemanha* (dez.), n. 34304/96, 20 de abril de 1999, e *Johnson c. Reino Unido* (dez.), n. 42246/98, 29 de novembro de 2001, a Corte considerou que as autoridades nacionais estavam “na melhor posição”. Para casos mais recentes, consulte *Vaas c. Germany*, n. 20271/05, § 68, 26 de março de 2009, *Gorgievski c. a antiga República Iugoslava da Macedônia*, n. 18002/02, § 53, 16 de Julho de 2009, *Talic. Estônia*, n. 66393/10, § 77, 13 de fevereiro de 2014, e *Poletan e Azirovik c. a antiga República Iugoslava da Macedônia*, n. 26711/07 e 2 outros, § 66, 12 de maio de 2016.

562 *Witek c. Polónia*, n. 13453/07, § 46, 21 de dezembro de 2010, *Biziuk c. Polónia (n. 2)*, n. 24580/06, § 47, 17 de janeiro de 2012, e *Koski c. Finlândia* (dez.), n. 53329/10, § 34, 19 de novembro de 2013.

563 O julgamento mais relevante é *Kotov c. Rússia* [GC], n. 54522/00, § 122, 3 de abril de 2012, em lei em consonância com a jurisprudência *Quinn c. França*, 22 de março de 1995, § 47, série Ano 311, *Pekinel c. Turquia*, n. 9939/02, § 53, 18 de março de 2008, e *Kuokkanen e Johannesdahl c. Finlândia* (dez.), n. 38147/12, § 27, 2 de junho de 2015.

564 *Slivenko c. Letônia* [GC], n. 48321/99, § 105, TEDH 2003-X.

565 *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Ireland* [GC], n. 45036/98, § 143, TEDH 2005-VI, que também se refere aos órgãos judiciais da Comunidade Europeia.

566 *De Diego Nafria c. Espanha*, n. 46833/99, § 39, 14 de março de 2002, e *Transado-transportes Fluviais do Sado, S.A.c. Portugal* (dez.), n. 35943/02, TEDH 2003-XII.

567 *Pla e Puncernau c. Andorra*, n. 69498/01, § 46, TEDH 2004-VIII.

568 *Šilih C. Eslovênia* [GC], n. 71463/01, § 210, 9 de abril de 2009.

569 *Kanácsy e Outros C. Hungria* [GC], nos. 42461/13 e 44357/13, § 143, TEDH 2016 (trechos).

570 *Garib c. Holanda* [GC], n. 43494/09, § 161, TEDH 2017.

571 *Atlan c. Reino Unido*, n. 36533/97, § 45, 19 de junho de 2001.

572 *Aço e Outros c. Reino Unido*, 23 de setembro de 1998, § 105, *Recueil des arrêts et décisions* 1998- VII, e *Mangouras c. Spagna* [GC], n. 12050/04, § 85, TEDH 2010.

573 *Stolboushkin c. Rússia* (dez.), n. 11511/03, 6 de julho de 2010, *Sobol e outros c. Rússia* (dez.), n. 11373/03, 24 de junho de 2010, e *Elinna Shevchenko c. Rússia* (dez.), n. 1250/05, 14 de outubro de 2010.

574 O julgamento de origem é *Lithgow e outros c. Reino Unido*, 8 de julho de 1986, série A n. 102. Para casos mais recentes, ver *Musci c. Itália* [GC], n. 64699/01, § 95, TEDH 2006-V (extrato), *Bourdov c. Rússia* (n. 2), n. 33509/04, §§ 65-70, TEDH 2009, *Altıntaş c. Turquia* (dez.), 31866/09, 24 de agosto de 2010, *Olymbiou c. Turquia* (satisfação justa), n. 16091/90, § 26, 26 de outubro de 2010, *Kirins c. Letônia*, n. 34140/07, § 91, 12 de janeiro de 2017, *Stamova c. Bulgária*, Não. 8725/07, § 67, 19 de janeiro de 2017, e *Petrovic. Bulgária*, n. 26759/12, § 39, 2 de fevereiro de 2017.

de difamação⁵⁷⁵, salvaguardando os melhores interesses da criança⁵⁷⁶ ou medidas para proteger a família⁵⁷⁷.

B. Um Tribunal que se autolimita (§§ 10-12)

10. Dado o que acaba de ser explicado, não é possível duvidar que não há outra jurisdição no mundo democrático em questões de direitos fundamentais com tal autolimitação no exercício da competência de jurisdição (*Kompetenz-Kompetenz*). Vimos isso agora, quando o Tribunal está inquieto em deliberar sobre questões relativas a áreas fundamentais da vida social. O argumento de que as autoridades nacionais gozam de “uma posição melhor” baseia-se em seu “contato com as forças vivas da nação”, mas igualmente em um elemento político como a “legitimidade democrática direta”.⁵⁷⁸, bem como sobre os dados práticos do conhecimento da língua nacional⁵⁷⁹ bem como o filosófico da “força das coisas”⁵⁸⁰. Aqui não se trata de analisar as razões dessa diferença que fundamenta a abordagem minimalista que o Tribunal aplica à sua jurisdição, como se a importância da jurisdição internacional e do direito internacional fossem inferiores às suas contrapartes domésticas..

11. Para efeitos da presente questão é necessário identificar as razões subjacentes à jurisprudência, sua estreita relação com a doutrina da margem de apreciação e seu impacto prático sobre a limitação das funções jurisdicionais essenciais do Tribunal e, conseqüentemente, sobre a função atribuída pela Convenção “de assegurar o cumprimento dos compromissos das Partes Contratantes elevadas para ... Convenção e Protocolos”⁵⁸¹. Essa abordagem pode ser observada, em particular, nos casos em que seria uma questão de “equilibrar”⁵⁸² interesses privados conflitantes, oposição a interesses privados e públicos⁵⁸³ ou interesses públicos concorrentes.⁵⁸⁴

575 *Tolstoi Miloslavsky c. Reino Unido*, 13 de julho de 1995, § 48, série A n. 316-B.

576 *A.L.c. Polónia*, n. 28609/08, § 72, 18 de fevereiro de 2014, e *Nekvedavicius c. Alemanha* (dez.), n. 46165/99, 19 de junho de 2003.

577 *Gnaboré c. França*, n. 40031/98, § 63, TEDH 2000-IX.

578 *Handyside*, cit., § 48, *James e Outros*, § 46, *Maurice c. França* [GC], n. 11810/03, § 117, TEDH 2005-IX, e *Fábián*, cit., § 124.

579 *Gündüz c. Turquia*, n. 35071/97, § 49, TEDH 2003-XI, e *Sjerna c. Finlândia*, 25 de Novembro de 1994, § 42, série A n. 299-B.

580 *Winterwerp*, cit., § 46.

581 Artigo 19 da Convenção.

582 *Palomo Sánchez e outros c. Espanha* [GC], n. 28955/06 e 3 outros, § 54, TEDH 2011, e *Bédat c. Suíça* [GC], n. 56925/08, § 54, TEDH 2016.

583 *Casado Coca c. Espanha*, 24 de fevereiro de 1994, § 55, série A n. 285-A, *Lindner c. Alemanha* (dez.), n. 32813/96, 9 de março de 1999, *Lešnik c. Eslováquia*, n. 35640/97, § 55, TEDH 2003-IV, e *Mouvement naïen suisse c. Suíça* [GC], n. 16354/06, § 63, TEDH 2012 (extrato).

584 *P4 Rádio Hele Norge ASA c. Noruega* (dez.), n. 76682/01, TEDH 2003-VI, e *Szima c. Hungria*, n. 29723/11, § 26, 9 de outubro de 2012.

Em tais circunstâncias, a Corte observa que, geralmente, as autoridades nacionais gozam de uma posição mais vantajosa do que o tribunal internacional na avaliação da existência de uma “necessidade social urgente”⁵⁸⁵ capaz de justificar limitações e derrogações dos direitos fundamentais.⁵⁸⁶ Em suas declarações explicativas, a Corte, aparentemente pragmática e voluntariamente minimalista, nem sequer anuncia que poderia, como Salomão, dividir a criança em dois. Desde o início, rejeita o pedido do requerente ao aderir a *priori* à posição das autoridades nacionais ou, no mínimo, presumindo sua racionalidade (ausência de arbitrariedade), ou proporcionalidade.⁵⁸⁷

12. Dito isto, nenhuma das situações no presente caso demonstra a melhor posição das autoridades nacionais em relação ao Tribunal e a maioria não fornece provas ou argumentos a esse respeito. Afirmar laconicamente no § 123 do acórdão que os Estados Contratantes “estão em uma posição melhor do que o Tribunal na escolha de critérios para garantir os direitos da defesa” torna-se um postulado o que resta a ser demonstrado, ou seja, que as autoridades teriam escolhido os meios “apropriados” para garantir os direitos acima mencionados. A circularidade desse raciocínio *pro-auctoritato* reflete a perspectiva com que esse caso foi abordado. Mais uma vez, a maior quantidade de experiência está correta: um Tribunal autolimitante de Direitos Humanos tende a se tornar uma *jurisdição pro-auctoritate*.⁵⁸⁸ O risco óbvio que se segue é que essa moderação judicial na área dos direitos fundamentais poderia facilmente se transformar em um agnosticismo no nível de princípios e valores, em indulgência política e, finalmente, em um abandono de qualquer responsabilidade judicial..

III. Os fatores que delimitam a margem de valorização (§§ 13-32)

A. A distorção do consenso europeu (§§ 13-20)

13. Antes de se aventurar no campo dos “limites da margem de valorização”, a maioria abre caminho para sua análise afirmando:

“no nível legislativo, as regras legais e os desenvolvimentos jurídicos dentro de outros Estados membros do Conselho da Europa, bem como o direito da

585 *Chassagnou e outros c. França* [GC], n. 25088/94 e outros 2, § 113, TEDH 1999-III, e *Refah Partisi (Partido da Prosperidade) e outros c. Turquia* [GC], n. 41340/98 e outros 3, § 100, TEDH 2003-II.

586 *Irlanda c. Reino Unido*, § 207, e uma jurisprudência posterior acima citada.

587 Encontramos um exemplo eloquente disso no caso *Amigo e outros*, cit., § 50. Em *Ždanoka*, cit., § 134, os dois critérios são colocados no mesmo nível.

588 Para outro exemplo flagrante, *Mursić c. Croácia* [GC], n. 7334/13, TEDH 2016.

União Europeia e o direito internacional de forma mais geral podem desempenhar um certo papel”⁵⁸⁹.

Parece, portanto, que, segundo a maioria, o consenso europeu e o direito internacional sobre o tema devem atuar como um guia para definir os “limites” aplicáveis à margem de apreciação. No entanto, a análise a seguir conclui:

“Em resumo, o Tribunal considera que as regras adotadas por outras Partes Contratantes na Convenção e a evolução internacional (já estabelecidos acima) devem ser levadas em conta ... No entanto, essas regras não são decisivas.”⁵⁹⁰.

14. Esse caráter “não decisivo” é desconcertante: como será demonstrado mais tarde, tanto o consenso europeu quanto a evolução do direito internacional dos direitos humanos vão na direção oposta às conclusões da maioria. Se algum desses fatores não é realmente “determinante” para definir os “limites” da margem de apreciação, nos perguntamos o que pode ser. Agravando a falta de clareza de seu raciocínio, a maioria não dá ao leitor qualquer indicação da extensão da margem de apreciação que concede ao Estado réu.

15. Começa anunciando que é apropriado “levar em conta” a forma como os Estados-Membros trataram da⁵⁹¹ questão controversa, antes de afirmar que detectou uma “propensão a permitir que o acusado se defenda de forma mais individualizada sem a ajuda de um advogado”.⁵⁹² No entanto, ela se abstém explicitamente de qualificar essa “propensão” como “consenso”:

“se parece haver uma propensão entre as Partes Contratantes à Convenção de reconhecer o direito de uma pessoa acusada de se defender sem a ajuda de um advogado registrado na Ordem, não há, pois, nenhum reconhecimento real neste assunto; mesmo entre as legislações nacionais que têm previsto tal direito, o tempo e as circunstâncias em que ele entra em jogo variam consideravelmente”⁵⁹³.

Essa afirmação está incorreta tanto do ponto de vista descritivo quanto normativo..

16. Seria suficiente, em primeiro lugar, examinar a lei dos Estados-Membros, uma vez que é estabelecida pela maioria para entender como essa “propensão” é importante e perguntar se não seria mais apropriado falar de consenso. Dos trinta e cinco Estados examinados pela Corte, trinta e um⁵⁹⁴ estabeleceram

589 § 126 do acórdão, repetido no § 130.

590 § 137 do julgamento.

591 § 130 do julgamento.

592 § 131 do julgamento.

593 § 137 do julgamento.

594 Albânia, Alemanha, Armênia, Áustria, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Croácia, Estônia, Finlândia, França, Geórgia, Grécia, Hungria, Irlanda, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Moldávia, Mônaco, Montenegro, Holanda, Polónia, Romênia, Unido, Unido, Rússia, Eslováquia, Suécia, Turquia e Ucrânia.

como regra geral o direito de uma pessoa acusada se defender pessoalmente. Embora prevejam, no resumo, o direito à assistência compulsória de um advogado, os quatro Estados restantes preveem exceções significativas. Espanha e Itália autorizam o acusado a se defender em processos criminais relacionados a delitos menores. Em San Marino, o acusado pode apelar pessoalmente. Finalmente, na Noruega, os juízes podem realizar um “exame abrangente” para autorizar o acusado a renunciar ao seu direito à assistência de um advogado.⁵⁹⁵

17. Embora seja verdade que as práticas internas nestes Estados “variam consideravelmente”, um aspecto permanece constante: nenhum dos trinta e cinco Estados-Membros examinados impõe proibições gerais como Portugal. Se tais práticas levam à formação de um consenso ou se também é necessário examinar a prática de onze outros Estados-Membros é uma questão de importância. O que emerge claramente é a anomalia, dentro do Conselho da Europa, da proibição imposta por Portugal.

18. Falar de “propensão” em vez de “consenso” e, assim, esperar eliminar os efeitos da ampla convergência dentro dos países do Conselho da Europa beira o pensamento esperançoso. A ausência de unanimidade não impede o reconhecimento das consequências normativas para a convergência transnacional global; se qualificar ou não esse fenômeno de “consenso” nunca foi primordial na história da Corte. Sobre um assunto tão controverso como o reconhecimento legal da identidade sexual percebida, a Grande Câmara derrubou sua jurisprudência diante de “uma tendência internacional contínua (...) para o reconhecimento legal da nova identidade sexual dos⁵⁹⁶ transexuais operados”. Deve-se notar que, nessa área, a Corte observou que “dos trinta e sete países examinados, apenas quatro (incluindo o Reino Unido) não autorizaram a alteração da certidão de nascimento de forma alguma”⁵⁹⁷⁶⁹. Esses números são quase idênticos no presente caso, mas levaram a conclusões totalmente diferentes. Pergunta-se por que Portugal é tratado de forma diferente do Reino Unido.⁵⁹⁸

19. Em *Bayatyan c. Armênia*, a Corte observa ainda mais eloquentemente:

“quase todos os Estados-membros do Conselho da Europa que exigiam, no passado - ou ainda exigem - o serviço militar obrigatório, implementaram formas alternativas de serviço para oferecer uma solução aos opositores conscientes. Desde então, um Estado que ainda não tomou tais medidas tem, portanto, apenas uma margem limitada de apreciação e deve fornecer razões

595 Veja abaixo uma descrição mais detalhada da prática no Conselho da Europa.

596 *Christine Goodwin c. Reino Unido* [GC], n. 28957/95, §§ 84-85, TEDH 2002-VI (o texto em itálico é meu).

597 *ibid.*, § 55.

598 Veja a opinião dissidente comum aos juízes Ziemele, Sajó, Kalaydjijeva, Vučinić e De Gaetano no caso *Animal Defenders International c. Reino Unido* [GC], n. 48876/08, § 10, TEDH 2013 (extrato): “não se pode aplicar normas duplas no campo da proteção dos direitos humanos de acordo com a origem da interferência”. Este argumento foi apresentado precisamente para criticar a desnaturação de um consenso europeu.

convincentes e imperativas que justifiquem qualquer forma de interferência. Em particular, deve provar que a interferência responde a uma necessidade social imperativa.”⁵⁹⁹.

Ainda em outro caso, o Tribunal observou em particular:

“essas iniciativas legislativas para eliminar completamente o uso de acordos de monopólio sindical na Dinamarca refletem a tendência emergente nos Estados Contratantes.”⁶⁰⁰.

Este é um dos principais fatores que a levou a concluir:

“depois de pesar todas as circunstâncias e interesses concorrentes em sua presença, o Tribunal considera que o Estado réu não protegeu os direitos sindicais negativos dos requerentes”⁶⁰¹.

20. Em conclusão, a proibição absoluta de se defender pessoalmente imposta por Portugal é uma anomalia entre os trinta e seis países que a Corte examinou. Eu não hesitaria em falar de consenso, mas esta terminologia não importa. Em casos semelhantes, o Tribunal sempre descreveu tais fenômenos como pelo menos uma “tendência” significativa com consequências regulatórias. Além disso, o direito à autodefesa não parece ser capaz de “levantar questões morais e éticas delicadas” ou fazer parte de “um contexto de ciência em rápida evolução”, circunstâncias que poderiam ter justificado o fato de que a Corte foi prudente em estender o consentimento aos Estados recalcitrantes.⁶⁰² Nesses casos, um forte apoio democrático a uma solução contrária a uma tendência europeia poderia ser invocado para justificar o reconhecimento de uma ampla margem de apreciação ao Estado.⁶⁰³ Não há, no entanto, nada que sugira que o caso em questão dissesse respeito a qualquer uma dessas hipóteses, nem os advogados portugueses tenham destacado quaisquer razões particulares para a necessidade de serem representados em tribunal.

B. A fragmentação do direito internacional (§§ 21-32)

21. O outro fator que a maioria diz levar em conta é o “da evolução do direito internacional”.⁶⁰⁴ Ela observa:

“interpretar as disposições da Convenção [o Tribunal] tem em várias ocasiões levado em conta os achados adotados pelo CDH [Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas] e a interpretação deste último das disposições do PIDCP [Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos]”.

599 *Bayatyan c. Armenia* [GC], n. 23459/03, § 123, TEDH 2011.

600 *Sørensen e Rasmussen c. Dinamarca* [GC], n. 52562/99 e 52620/99, § 70, TEDH 2006-I.

601 *Ibidem*, §76.

602 *S.H. e outros c. Austria* [GC], cit., § 97.

603 *Ibidem*, § 96 (reconhecimento de que a existência de uma tendência clara “não pode restringir decisivamente a margem de apreciação do Estado” em um caso relativo à autorização de certas formas de reprodução assistida). No entanto, no *Société de conception de presse e d'édition e Ponson c. França*, n. 26935/05, em 5 de Março de 2009, a Corte considerou que, tendo em vista a existência de um consenso europeu indiscutível, a proibição geral da publicidade do tabaco não era desproporcional. Tal consenso não poderia ser encontrado no presente caso.

604 § 130 do julgamento.

Ela nos diz, por outro lado.:

“A Convenção, ai incluindo seu Artigo 6, não pode ser interpretada absolutamente, mas deve, na medida do possível, ser interpretada de forma compatível com as outras regras do direito internacional relativas à proteção internacional dos direitos humanos.”⁶⁰⁵.

A maioria também cita importantes exemplos de convergência efetiva entre a jurisprudência da Corte e o direito internacional dos direitos humanos, que também levaram a Corte a se afastar de sua⁶⁰⁶ jurisprudência anterior. No entanto, atesta, na realidade, um apego puramente formal ao seu compromisso autodenominado com a harmonia no Direito Internacional.

22. Por mais importantes que essas citações possam ser como declarações de princípio, elas estão vazias se não forem acompanhadas de uma consistência efetiva com a solução apresentada por outros órgãos de proteção de direitos humanos, como a UNHRC, ou por uma forte motivação que justifique a decisão da Corte de não se juntar a seus colegas a nível internacional. Infelizmente, a maioria menciona o comentário geral n 32 da UCC apenas para explicar que é impossível aplicá-lo no⁶⁰⁷ caso específico, sem, no entanto, justificá-lo exaustivamente. É emblemático que esse Comentário Geral reproduz as razões da CDH em um caso em que foi apresentado pelo próprio requerente no presente caso após a solicitação deste último ter sido declarada inadmissível⁶⁰⁸ pelo Tribunal.

1. Lembramos que o UNHRC disse:

“[O] texto [do Artigo 14, § 3 d)] do Pacto é claro em todas as línguas oficiais, pois declara que o acusado pode se defender pessoalmente “ou” ter a assistência de um advogado de sua escolha, bem como tem a possibilidade de recusar a assistência de um conselho. No entanto, o direito de se defender pessoalmente sem um advogado não é absoluto. O interesse da justiça pode, em determinadas circunstâncias, exigir a nomeação de um advogado contra a vontade do acusado, em particular se o acusado manifestamente impedir a marcha adequada do caso, se o acusado tiver que responder a uma acusação grave, mas é claramente incapaz de agir em seu próprio interesse, ou, se for necessário, proteger testemunhas vulneráveis diante da violência ou manobras intimidadoras pelo acusado que as interroga pessoalmente.

605 § 134 do acórdão.

606 Em *Mamatkoulou e Askarov c. Turquia* ([GC], n. 46827/99 e 46951/99, §§ 123-124, TEDH 2005-I), a Corte baseou explicitamente sua decisão em medidas provisórias sobre as conclusões de outros órgãos de proteção de direitos humanos, como os da CDH, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Comitê das Nações Unidas contra a Tortura. Em *Nada c. Suíça* [GC], n. 10593/08, §§ 81, 170 e 197, TEDH 2012, considerou que, quando um Estado se depara com duas obrigações divergentes de diferentes potências internacionais, deve, na medida do possível, harmonizar. Finalmente, em *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungria* [GC], n. 18030/11, §§ 140143, TEDH 2016), dependia em grande parte de um consenso internacional para se basear na arte. Artigo 10 da Convenção um direito ao livre acesso à informação.

607 CDH, Comentário Geral n. 32, 23 de agosto de 2007.

608 CDH, Comunicação n. 1123/2002, *Correia de Matos c. Portugal*, §§ 7.4-7.5.

De qualquer forma, as restrições ao direito do acusado de garantir sua própria defesa devem servir a um propósito objetivo e suficientemente importante e não devem ir além do necessário para proteger os interesses da justiça. Consequentemente, a legislação interna deve evitar excluir pura e simplesmente o direito de se defender pessoalmente em processos criminais, sem a ajuda de um advogado.”⁶⁰⁹.

23. As declarações do CDH eles não deixam espaço para ambiguidade. Na interpretação de uma disposição essencialmente idêntica ao Artigo 6, § 3, c) da Convenção, o CDH afirmou a existência de um direito de assegurar a própria defesa, que não pode ser restringida exceto por razões e na medida necessária para proteger os interesses da justiça, e ressaltou que proibições absolutas como as vigentes na legislação portuguesa devem ser evitadas. Uma vez que esta é a única fonte de direito internacional que a maioria cita sobre a questão contestada.⁶¹⁰, podemos dizer que sua decisão é deliberadamente contrária à “evolução do direito internacional”.

24. No entanto, a prática consistente da Corte é mais aberta ao direito internacional do que a opinião da maioria sugere. Em *Scoppola c. Itália (n. 2)*,⁶¹¹ por exemplo, um consenso internacional levou a Corte a desviar-se explicitamente de uma decisão anterior da Comissão. Na sua decisão no Caso X c. *Alemanha*, considerou, de fato, que o artigo 7 da Convenção não garantiu o direito de se beneficiar da aplicação retroativa da norma penal mais favorável.⁶¹² Em seu julgamento no caso *Scoppola*, a Corte se afasta explicitamente dessa conclusão, observando que um “consenso” havia se formado progressivamente no direito internacional dos direitos humanos após a aprovação da Decisão X c. *Alemanha*:

“é necessário retornar à jurisprudência estabelecida pela Comissão no caso X c. *Alemanha* e considerar que o Artigo 7, § 1, da Convenção não só garante o princípio da não retroatividade das leis penais mais rigorosas, mas também, e implicitamente, o princípio da retroatividade do direito penal mais favorável”⁶¹³.

Em *Bayatyan c. Armênia*, a Corte também recorreu a considerações semelhantes para justificar a mudança na jurisprudência relativa à aplicabilidade do artigo 9 para a objeção de consciência, uma questão que deu origem a soluções

609 CDH, Comentário Geral n. 32, § 37.

610 A maioria não menciona nenhum dos desenvolvimentos das jurisdições criminais internacionais em favor do reconhecimento do direito de se defender, com exceção de uma breve citação que dedica a eles no § 73 do acórdão, mas que não leva em conta em seu raciocínio.

611 *Scoppola c. Itália (n. 2)* [GC], n. 10249/03, 17 de setembro de 2009.

612 X c. *Alemanha*, n. 7900/77, Decisão da Comissão de 6 de Março de 1978, *Decisões e Relatórios* (DR) 13.

613 *Scoppola*, cit., §109 (o texto em itálico é meu). Esse consenso foi revelado pela adoção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (*ibid.*, §§ 105-106).

divergentes por parte da Comissão e de outros órgãos, como o CDH. A Corte agora afirma:

“Uma vez que a Convenção é, antes de tudo, um mecanismo de defesa dos direitos humanos, o Tribunal *deve levar em conta* a evolução da situação nos Estados Contratantes e *reagir*, por exemplo, *ao consenso que surge em relação às normas a serem alcançadas* (...) Por outro lado, ao definir o significado dos termos e conceitos contidos no texto da Convenção, o Tribunal pode e deve levar em conta os elementos do direito internacional além da Convenção e as interpretações feitas desses elementos pelos órgãos competentes.”⁶¹⁴.

Observo que, em ambos os casos, a linguagem utilizada pelo Tribunal é claramente imperativa, uma vez que indica que a evolução do direito internacional tornou necessário mudar a jurisprudência do Tribunal.

26. Como mostram esses mesmos casos, a prática do Tribunal sempre consistiu, não só, em alinhar-se ao CDH, mas, se necessário, em partir de sua jurisprudência anterior. Como observado em *Bayatyan*, os Estados-Membros não podem considerar imprevisível uma mudança na jurisprudência do Tribunal após uma evolução do consenso internacional, em particular se também fazem parte do PIDCP, como o caso específico de⁶¹⁵ Portugal..

27. A maioria argumenta que “mesmo quando as disposições da Convenção e do PIDCP são quase idênticas, as interpretações que o CDH e a Corte dão do mesmo direito fundamental podem ser⁶¹⁶nuances”. Cita como prova disso a interpretação relativa à extensão do direito de acesso a um tribunal e afirma que o CDH “considera que o direito de acesso em um tribunal decorrente do Artigo 14 § 1 do PIDCP (...) não implica direito de recurso” enquanto para o Tribunal, “quando houver [tribunais de apelação ou cassação], devem cumprir as garantias do Artigo 6, por exemplo, garantindo que as partes na disputa tenham um direito efetivo de acesso aos tribunais”⁶¹⁷. Esta análise não é convincente, e isso por várias razões.

28. Em primeiro lugar, a maioria superestima a extensão do conflito entre o CDH e a Corte sobre o tema. Em um dos casos citados pela maioria, a Corte descartou a violação do Artigo Alteração n. 6 sobre restrições ao direito de apelação em processos criminais⁶¹⁸ espanhóis. No outro caso, mencionado pela maioria, a Corte decidiu que o Artigo 6 porque a recorrente não tinha sido capaz de

614 *Bayatyan*, cit., §102 (o texto em itálico é meu).

615 *Bayatyan*, cit., §108.

616 § 135 do julgamento.

617 *Ibid*

618 *Brualla Gómez de la Torre c. Espanha*, 19 de dezembro de 1997, *Recueil des arrêts e décisions* 1997-VIII. A Espanha ainda não tinha ratificado o Protocolo n. 7 à Convenção, que prevê o direito a um grau duplo de jurisdição em matéria criminosa.

comparecer à audiência no Tribunal de Cassação, e não porque ela não tinha sido capaz de recorrer.⁶¹⁹ De acordo com a jurisprudência estabelecida do Tribunal, se um Estado possui um Tribunal de Apelação ou uma Cassação, este último “tem a obrigação de verificar se as partes podem desfrutar diante delas as garantias fundamentais do Artigo 6”⁶²⁰. Significa que não há “direito de apelar” como tal, mas o direito de usufruir das garantias da arte. 6 ao longo do processo: não ser arbitrariamente privado do direito de recorrer em recurso previsto em lei, não sofrer tratamento desigual em recurso ou cassação, etc. Leia desta forma, a jurisprudência do Tribunal nesse caso parece estar em consonância com a do CDH.

29. Na verdade, o CDH apenas declarou:

“O direito à igualdade de acesso ao tribunal, citado no § 1 do Artigo 14 diz respeito ao acesso a processos em primeira instância e não implica direito de recurso ou outros recursos.”⁶²¹

Nada do que foi argumentado até agora sugere uma restrição, no emprego de recurso, dos direitos decorrentes do Artigo 14 do PIDCP nem que, por exemplo, o CDH concorde com os Estados que concedem o direito de recorrer de forma discriminatória ou aplicarem regras arbitrárias a ele. Além disso, uma leitura das constatações relativas à Comunicação n. 450/1991, *I.P. c. Finlândia*, que o CDH menciona como fonte direta dessa citação, mostra que a maioria deveria ter sido mais cautelosa na sua interpretação das intenções do CDH. Você pode realmente ler:

“Per quel che riguarda le doglianze dell’autore secondo cui egli è stato privato della possibilità di proporre appello, anche se queste questioni rilevassero “*ratione materiae*” nel campo di applicazione dell’Artigo 14, il diritto di appellare una sentenza riguarda soltanto un’accusa penale che qui non è in questione. Questa parte della comunicazione è di conseguenza inammissibile (...)”⁶²².

Portanto, podemos facilmente observar que o CDH apenas declarou que a possibilidade de interpor recurso não era garantida pelo Artigo 14 do PIDCP no contexto do procedimento tributário em questão, o que é inteiramente coerente com a jurisprudência do Tribunal. Além disso, a interpretação do CDH do Artigo O artigo 14§ 5 do PIDCP é no sentido de considerar possível que o acusado recorra, direito não previsto na Convenção. Além disso, as queixas levantadas pelo apelante no curso do *I.P.c. Finlândia* não há nenhuma alegação ou discriminação contra o seu direito de apelação. Assim, nada nesse julgamento sugere que a resposta teria sido diferente se o Tribunal a tivesse prolatado.

619 Andrejeva, cit.

620 *Delcourt contra. Bélgica*, 17 Janeiro de 1970, § 25, Série A n. 11.

621 CDH, Comentário Geral n. 32, cit., § 12.

622 CDH, Comunicação n. 450/1991, *I.P.c. Finlândia*, § 6.2.

30. A distorção das conclusões do CDH, pela maioria, diz respeito a outro ponto importante: a maioria reprova o CDH por não ter “expressamente habitado o raciocínio seguido pelo Tribunal em sua decisão de 15 de novembro de 2001 sobre o Recurso n. 48188/99”.⁶²³ Por mera obediência aos princípios da correção internacional, e não por razões de rigor analítico, deve-se enfatizar que as decisões da maioria não parecem completamente corretas. A decisão do CDH de 26 de março de 2006 concentrou-se na decisão do Tribunal de 15 de Novembro de 2001, e fez referência expressa a ela no § 3.2., conforme expressamente referido no § 4.6 ao principal argumento apresentado pelo Tribunal em 2001, e repetido pelo Governo em Genebra em 2006, segundo o qual, se o requerente não tivesse sido capaz de contar com uma defesa técnica, no entanto, ele poderia ter realizado uma autodefesa, não uma técnica.

31. Deve-se notar também que o Comentário Geral n. 32 não define uma linha clara de demarcação que teria obrigado o Tribunal a fazer especulações argumentativas impensáveis, a fim de ser consistente com o resto de sua jurisprudência.. *A minima*, o Comentário Geral n. 32 poderia ser interpretado como negando, apenas, uma proibição geral do direito de se defender pessoalmente, enquanto o ônus da prova recai sobre o Estado se decidir impor restrições a ele. Em apoio a esta análise, observa-se o uso das palavras “em particular” diante das circunstâncias que o CDH enumera como capaz de justificar tal restrição. A maioria nem sequer tenta dialogar com o CDH, afirmando, por exemplo, que essa lista deve ser ampliada ou o ônus da prova mitigado. Em outras palavras, a posição da maioria a favor de uma fragmentação do direito internacional é um desenvolvimento deplorável, na verdade uma regressão, que não posso apoiar.

32. Uma consideração final teria merecido ser avaliada pela maioria em suas reflexões. Embora o Tribunal “não aceite qualquer recurso individual introduzido na aplicação do Artigo 34, onde ... é essencialmente o mesmo que um previamente examinado pelo Tribunal ou já submetido a outro órgão internacional de investigação ou resolução ...”⁶²⁴, o CDH “não examinará qualquer postulação de um indivíduo privado sem ter assegurado que o mesmo assunto ainda não esteja pendente diante de outro órgão internacional de investigação ou resolução”.⁶²⁵ Isso significa que, uma vez que o Tribunal tenha proferido uma decisão final ou julgamento, os reclamantes insatisfeitos podem apresentar seu pleito perante o CDH. O requerente já o fez antes e não há razão para acreditar que ele não o fará novamente. Não há relação hierárquica entre os dois órgãos,

623 § 67 do julgamento.

624 35§ 2 b) de Convenção.

625 Artigo 5 § 2 (a) do Protocolo Opcional ao PIDCP, ratificado por Portugal.

mas a Corte deve ser extremamente cautelosa quando o nível de proteção dos direitos fundamentais que ele garante é menor do que o do CDH.

IV. A degeneração da margem de apreciação (§§ 33-54)

A. Exame da proibição geral (§§ 33-45)

33. A maioria declara que o “critério relevante” a ser aplicado para determinar se as autoridades portuguesas não excederam sua margem de apreciação é o seguinte:

“O Tribunal deve, em primeiro lugar, verificar se foram apresentadas razões relevantes e suficientes em apoio à escolha legislativa que foi aplicada no caso específico. Em segundo lugar, e mesmo que essas razões tenham sido apresentadas, resta investigar, no contexto da avaliação geral da equidade do processo penal, se os tribunais nacionais, ao aplicar a regra contestada, também forneceram razões relevantes e suficientes para apoiar suas decisões.”⁶²⁶

Considera, assim, que tanto a disposição geral quanto a sua aplicação ao caso individual devem basear-se em razões relevantes e suficientes para justificar uma restrição ao direito de se defender em pessoa como a aplicada em particular. No entanto, parece-me que não mostrou que as autoridades nacionais tinham realmente apresentado essas razões.

34. A primeira etapa do controle efetuado pela maioria consiste em verificar se a escolha legislativa de tornar obrigatória a assistência de um advogado em todos os casos seja justificada:

“[O Tribunal] considerou que era necessário levar em conta o risco de abuso que poderia acarretar ao abrandamento de uma medida geral, e que esse risco era um fator que cabia principalmente ao Estado avaliar. Já considerou que uma medida geral é um meio mais prático de alcançar o objetivo legítimo de uma disposição que permita uma investigação caso a caso.”⁶²⁷

35. A natureza geral ou particular de uma medida é, no entanto, uma questão de perspectiva. Além disso, uma disposição que concedesse o direito à auto-defesa apenas às pessoas com formação jurídica seria certamente mais específica do que a proibição geral em vigor em Portugal, mas seria mais geral do que uma disposição que concede esse direito apenas a advogados que são membros da Ordem ou que tenham experiência em processo penal. Logicamente, não podemos avaliar os benefícios líquidos do caráter geral de uma provisão sem identificar os

626 143 do acórdão.

627 § 129 do julgamento.

tipos de situações dentro ou fora de seu escopo. (*over- or under-included*). É a partir desse momento que se torna possível equilibrar as vantagens da regra geral e a potencial injustiça de algumas de suas aplicações.

36. É claro que nem sempre é óbvio determinar os fatores a serem levados em conta para avaliar se uma disposição inclui muitas hipóteses. No presente caso, porém, a maioria parece ter focado a atenção em um fato preciso e ter anunciado desde o início que «o presente caso diz respeito principalmente à extensão do direito, para uma pessoa acusada com antecedentes legais, para garantir sua própria⁶²⁸ defesa». Em outras palavras, e sempre seguindo o raciocínio da maioria, a regra geral que deve ser justificada especificamente não é a proibição geral de se defender pessoalmente em processos criminais, mas a proibição de pessoas acusadas com formação jurídica se defenderem. Dessa forma, a consequência lógica e necessária que a maioria deveria ter tirado disso é que as autoridades nacionais consideraram que havia boas razões para impor assistência jurídica *especificamente* às pessoas acusadas com formação jurídica ou que as vantagens de uma regra mais geral contra o direito à autodefesa poderiam compensar os danos potencialmente infligidos a alguns acusados. No entanto, eles não apresentaram nenhuma dessas razões.

37. Por outro lado, a maioria afirma que “cabe [ao Tribunal] examinar cuidadosamente os argumentos que o legislativo levou em conta para chegar às soluções que adotou (...)”⁶²⁹ e que “a natureza relevante e suficiente das razões apresentadas em apoio à obrigação de ser representado por um advogado também depende da qualidade da análise legislativa e judicial realizada em Portugal”⁶³⁰.

38. No entanto, não cumpre suas promessas. De fato, em vez de um exame minucioso das razões apresentadas durante o debate, encontramos apenas uma enumeração muito concisa de algumas etapas legislativas pelas quais o CPP passou. Analisar “a qualidade do escrutínio parlamentar (...)”⁶³¹ pressupõe avaliar a qualidade do debate que realmente ocorreu e não as supostas razões que poderiam ter existido, mas que na prática não foram apresentadas.

39. De fato, quando a Corte foi induzida no passado a avaliar a qualidade dos debates parlamentares com vistas a reconhecer uma margem de apreciação mais ampla, ela se engajou no estudo do *debate real*. Nos casos em que considerou que o Parlamento tinha interesses concorrentes equilibrados, também deu ao

628 § 110 do julgamento.

629 § 117 do julgamento.

630 § 145 do julgamento.

631 § 145 do julgamento.

Estado mais margem de manobra do que nos casos em que as ⁶³²razões invocadas não tinham sido explicitamente examinadas.⁶³³

40. Nada disso foi feito pela maioria no presente julgamento. Há apenas uma referência geral ao preâmbulo do CPP e ponto 2 do Artigo 3 n. 43/86 relativas a certas disposições que “visavam fortalecer a posição jurídica do acusado e garantir a efetiva igualdade de armas” e desde que “todas as medidas capazes de prejudicar a dignidade pessoal do acusado sejam evitadas”⁶³⁴. Também é mencionada a existência de três projetos de lei protocolados em 2007. É isso. Não há nada que indique que o direito de se defender pessoalmente foi *realmente* levado em conta no momento de um equilíbrio dos interesses em jogo em um código de mais de quinhentos artigos, muito menos que a atenção especial foi dada ao acusado com antecedentes legais, que a maioria considera, no entanto, o cerne da questão em questão. Se a maioria tivesse tido o cuidado de ler o trabalho preparatório relevante⁶³⁵ teria que salientar que não havia evidências nesse sentido, pela simples razão de que este debate não ocorreu.

41. A procedimentalização das leis de direitos humanos é um valor agregado louvável, desde que complementa o direito substantivo. Se fosse apenas para substituí-lo, se tornaria um abandono irresponsável pelo Tribunal de seus poderes de⁶³⁶revisão. Por se trata de uma fronteira delicada a ser delimitada, a orientação sugerida pela maioria é ver a justiça processual como uma alternativa (e não um complemento) ao controle substantivo a nível europeu. Assim, o processo decisório nacional se transforma em fetiche e o Tribunal torna-se agnóstico no que diz respeito aos resultados. O fato de que resultados injustos possam resultar de decisões nacionais irrepreensíveis é ignorado e acaba reduzindo o nível de rigor ao definir os critérios⁶³⁷.

42. No presente caso, a procedimentalização da margem de apreciação promove um formalismo injustificado de fachada. A maioria pega um atalho

632 *James e outros*, cit., § 48, *Evans c. Reino Unido* [GC], n. 6339/05, § 86, TEDH 2007-I, *Animal Defenders International*, cit., §§ 114-116, e *Shindler c. Reino Unido*, n. 19840/09, § 117, 7 de maio de 2013.

633 *Hirst c. Reino Unido (n. 2)* [GC], n. 74025/01, §§ 79-80, TEDH 2005-IX, *Dickson*, cit., § 78, e *Alajos Kiss c. Hungria*, n. 38832/06, § 41, 20 de maio de 2010. ¹⁰⁶ § 145 do acórdão.

634 § 145 do acórdão.

635 Refiro-me ao trabalho preparatório para o próprio Código e para as Leis n.s 59/88 e 48/2007, citado no § 146 do acórdão. O trabalho preparatório acima está disponível online.

636 Veja voto dissidente comum aos juízes Ziemele, Sajó, Kalaydjyieva, Vučinić e De Gaetano em *Animal Defenders International*, cit., § 9.

637 Veja as críticas do ex-vice-presidente da Corte, Juiz Tulkens, nas Conclusões Gerais do Le principe de la *subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Frédéric Sudre, Collectif, Anthemis, p. 406: “O perigo da proceduralização é que a revisão da Corte está esgotada ao constatar que os imperativos processuais estão satisfeitos e não produzem qualquer efeito substantivo. O procedimento corre o risco de ser um alibi para um controle fundamental e pode jogar nas mãos daqueles que querem aliviar a fiscalização da Corte sobre decisões éticas”. Para a doutrina recente sobre esta questão, consulte Saul, *a Margem de Apreciação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e os Processos dos Parlamentos Nacionais*, (2015) *Human Rights Law Review*, 745-774; Gerards e Brems (eds.), *Revisão Processual em Casos Europeus de Direitos Fundamentais*, CUP, 2017; e Arnadóttir, *A “virada processual” sob a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos e presunções de conformidade com a Convenção*, (2017) *Revista Internacional de Direito Constitucional*, 9-35.

aqui. O mínimo que se pode dizer é que essa abordagem do debate legislativo é extremamente problemática. Uma coisa é considerar que a Corte pode examinar a intensidade e a qualidade do debate parlamentar ou outras formas de procedimento interno a fim de buscar indicações da “necessidade” de restringir um direito garantido pela Convenção, mas, outra, bastante diferente, é *substituir* a proteção dos direitos por uma simples aprovação do procedimento parlamentar. Seja qual for o Parlamento e as circunstâncias de sua adoção, dificilmente uma lei pode ficar abaixo do padrão extremamente baixo que a maioria se aplica, neste caso, à revisão do processo parlamentar. Se tal revisão fosse necessária para isentar os Estados de suas obrigações, a margem de apreciação seria, na prática, sempre ilimitada.

43. Ainda mais grave é que a maioria alega, inapropriadamente, que o acusado tinha o direito de apresentar observações, depoimentos e perguntas, “nas quais ele poderia ter tratado com questões de direito e⁶³⁸fato”. No que diz respeito às questões de direito, esta afirmação é simplesmente falsa. As questões de direito levantadas por um acusado em suas observações, mesmo que esta tenha antecedentes legais, são completamente ignoradas pelos tribunais portugueses. O requerente, como o outro acusado, foi privado da possibilidade de apresentar sua própria defesa técnica. Ele teve que ser assistido por um advogado para todos os níveis de julgamento. Em virtude da arte. Nos termos do artigo 302 §§ 2 e 4 do CCP, apenas o advogado tem a capacidade de pedir ao juiz investigador que ordene provas adicionais e ressarça suas conclusões sobre a suficiência ou não das provas colhidas e sobre as questões de direito levantadas.⁶³⁹ Em virtude da arte. 360 § 1 do CPP, somente o advogado é autorizado pelo Presidente a tomar a palavra, em especial após ouvir as testemunhas e a intervenção do Ministério Público, para apresentar oralmente ao Tribunal as conclusões de fato e direito que, em sua opinião, devem ser retiradas das provas produzidas.⁶⁴⁰ Em virtude da arte. 98 § 1 do CPP, o acusado poderá, em qualquer fase do procedimento, apresentar observações, declarações e perguntas, mesmo que não seja assinada por um advogado.⁶⁴¹ Mas não pode apoiar “sua própria defesa técnica”, o que significa que não pode levantar ou discutir quaisquer pontos da lei. Trata-se de uma jurisprudência estabelecida do SUPREMO Tribunal Federal e dos tribunais de apelação, cuja motivação é que o direito de petição “não tem como finalidade permitir que o acusado substitua o defensor”.⁶⁴² Surpreendentemente, a própria

638 § 156 do julgamento.

639 § 46 do julgamento.

640 § 48 do acórdão.

641 § 42 do acórdão.

642 § 43 do acórdão. Veja também o acórdão de 25 de setembro de 2008 da Corte Suprema da Justiça no processo n. 2300/08, o acórdão de 9 de janeiro de 2017 do Tribunal de Apelação de Guimarães no processo n. 228/14.6JABRG-A. Ao G1, o acórdão

maioria cita, nos §§ 57 e 148 do acórdão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que contradiz sua declaração do § 156.

44. Mas esta também não é a única afirmação errônea sobre os fatos. A maioria também fala da obrigação de o acusado ser representado “em quase todos os⁶⁴³ processos criminais”. Trata-se, mais uma vez, de uma grave distorção do direito interno e da jurisprudência. A própria maioria cita, nos §§ 37 e 57 do acórdão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal segundo a qual um advogado não pode “em nenhuma circunstância” se defender em um processo penal e declara “inaplicável em matéria penal” as disposições legais que autorizam juízes e advogados a se defenderem perante os tribunais.

45. Estes não são “erros de caneta”, mas uma indicação errônea de elementos decisivos no raciocínio da maioria. São declarações emanadas unicamente da Corte e não podem ser imputadas às partes, simplesmente porque nunca apresentaram ou apoiaram argumentos semelhantes. Nem o requerente nem o Governo alegaram que o acusado poderia conduzir sua própria defesa técnica e apresentar observações sobre questões de direito. Em vez disso, eles argumentaram exatamente o oposto, de forma clara e⁶⁴⁴ consistente. A partir da fonte de qualquer tribunal que se respeite, erros dessa magnitude seriam suficientes para justificar a anulação da decisão dada, uma vez que se baseia em uma visão errônea com consequente resultado decisivo no caso. Arte. O artigo 80 do Regimento Interno do Tribunal prevê esse tipo de erro grave. É a única forma de lei que possibilitaria remediar os erros acima mencionados no que diz respeito ao direito português e à jurisprudência que, para efeitos do Artigo 80, devem ser considerados como fatos decisivos⁶⁴⁵.

B. A investigação da decisão tomada no presente caso (§§ 46-54)

46. Após estabelecer que o direito de se defender pessoalmente se baseia em “razões pertinentes e suficientes”, a maioria promete “pesquisar, no contexto da apreciação geral da equidade do processo penal, seja os tribunais nacionais, apli-

de 3 de junho de 2015 do Tribunal de Apelação de Coimbra no processo n. 2320/12.2TALRA-A. C1, e o acórdão de 24 de setembro de 2013 do Tribunal de Apelação de Évora no Processo n. 599/09TAOLH.

643 § 118 do julgamento.

644 §§ 105 e 107 do acórdão no que diz respeito à posição do Governo e §§ 94 e 96 no que diz respeito à posição do requerente. A maioria discorda das observações do Governo.

645 Veja a jurisprudência do tribunal sobre a distorção dos argumentos factuais e legais apresentados pelas partes que exerceram uma influência decisiva no resultado do caso, *Baumann c. Austria (revisão)*, n. 76809/01, 9 de Junho de 2005. Na condição de um “fato novo” para a obtenção da revisão de um acórdão, *E.P.c. Itália (revisão)*, n. 31127/96, 3 de maio de 2001, *Pupillo c. Itália (satisfação justa)*, n. 41803/98, 18 de dezembro de 2001, *Viola c. Itália (revisão)*, n. 44416/98, 7 de novembro de 2002, *Perhirin e outros c. França (revisão)*, n. 44081/98, 8 de abril de 2003, *Karagiannis e outros c. Grécia (revisão)*, n.51354/99, 8 de julho de 2004, *Sabri Taş c. Turquia (revisão)*, n. 21179/02, 25 de abril de 2006, *Davut Mıççoğulları c. Turquia (revisão)*, -No6045/03, 16 de dezembro de 2008, *Fonyódi c. Hungria (revisão)*, n. 30799/04, 7 de abril de 2009, *Hertzog e outros c. Roumani (revisão)*, n. 34011/02, 14 de abril de 2009.

cando a regra contestada, tenham igualmente dado razões relevantes e suficientes em apoio às suas⁶⁴⁶ decisões”. No entanto, também não cumpre essa promessa.

47. Para examinar “a qualidade do controle judicial”⁶⁴⁷ no presente caso, cita certas decisões emitidas por tribunais nacionais em processos relativos a outras pessoas acusadas que não sejam as recorrentes, em especial uma série de julgamentos em que o Supremo Tribunal Português “estabeleceu ... a filosofia subjacente à limitação da possibilidade de um acusado se defender pessoalmente e os propósitos destinados à disposição relativa à obrigação de representação por um advogado” como “a necessidade de garantir a condução imparcial de um caso”, “a necessidade de garantir que o acusado se beneficie da assistência técnica” e “a existência (...) de uma tensão, entre o papel de acusado e a responsabilidade do defensor”⁶⁴⁸.

48. Nenhuma dessas decisões foi apropriada para o presente caso. A própria maioria acrescenta que “[t]he Tribunal reconhece igualmente que mesmo um acusado que exerce a profissão de advogado, como o recorrente, pode não ser capaz – porque as acusações lhe dizem respeito pessoalmente – de defender sua própria causa⁶⁴⁹ efetivamente”. Além disso, é a única parte do discurso em que a maioria examina as razões pelas quais um advogado pode não estar autorizado a conduzir sua própria defesa, mesmo que fosse, segundo o mesmo, a questão sobre a qual “o presente caso se baseia principalmente”⁶⁵⁰. De qualquer forma, todas as decisões emitidas pelos tribunais nacionais no presente caso são mais uma extensão da ⁶⁵¹ análise *abstracta* da legislação do que uma análise *concreta* das circunstâncias particulares do caso do requerente, e há a simples razão de que os tribunais nacionais não poderiam usar seu poder de apreciação de forma a evitar qualquer excesso em um caso específico.⁶⁵²

49. Fica claro, a partir da declaração dos fatos apresentados nesse acórdão, que os tribunais nacionais não apresentaram razões relevantes e suficientes para justificar a proibição imposta ao requerente de se defender pessoalmente. A maioria tenta, no entanto, substituir as jurisdições domésticas na avaliação das circunstâncias particulares do caso. Afirma, por exemplo, que a legalidade dos fundamentos da proibição geral de se defender pessoalmente é imposta “com certa condenação, no presente caso, dado que o acusado se encontra suspenso

646 § 143 do julgamento.

647 § 147 do acórdão.

648 § 148 do julgamento.

649 § 153 do julgamento.

650 § 110 do julgamento.

651 § 152 do julgamento.

652 Veja, *Gillou*, § 56, e *Ždanoka*, § 128, e a necessidade de um «nível suficiente de individualização» quando uma lei proíbe uma categoria de pessoas de exercer um direito garantido pela Convenção.

como advogado e, conseqüentemente, não devidamente registrado na Ordem ... e já condenado por desacato a um⁶⁵³ magistrado”. Essas razões poderiam ter sido relevantes para justificar a proibição imposta ao requerente de se defender, mas não há nada que indique, na parte factual do acórdão, que eles realmente prevaleceram no presente caso. Os tribunais domésticos não disseram uma palavra sobre isso. Não cabe ao Tribunal avaliar os fatos em si, como faria um tribunal de primeira instância. Por isso, prefiro abster-me, como a maioria deveria ter feito, de tentar adivinhar o que as jurisdições domésticas poderiam ter pensado.

50. Para analisar as conseqüências da incapacidade do requerente de se defender sozinho contra a “equidade geral” do procedimento, a maioria expressa uma série de presunções e inferências que os próprios tribunais nacionais não mencionaram. Afirma, por exemplo, que “não parece que [o recorrente] tenha questionado as qualificações ou status do advogado dativo perante os tribunais nacionais”,⁶⁵⁴ o que considera importante. A fórmula negativa e duvidosa, “não parece que”, é usada porque a maioria não pode ter certeza de um elemento que os tribunais nacionais não avaliaram.

51. Além disso, na sua avaliação dos efeitos sobre a “equidade geral” do procedimento, a maioria faz declarações contraditórias que mostram como é difícil substituir as jurisdições domésticas na avaliação das razões pelas quais uma decisão foi tomada. Também afirma que o recorrente “nunca alegou não ter sido capaz de apresentar aos tribunais sua própria versão dos fatos ou sua própria interpretação das disposições legais⁶⁵⁵ pertinentes”. Logo em seguida, argumenta que “o simples fato de ela (advogada dativa) não ter respondido à questão do Tribunal Constitucional sobre a aprovação e assinatura do recurso constitucional, elaborado pelo interessado, não teria sido considerado um erro”.⁶⁵⁶ Não foi claramente um «erro», mas uma escolha do advogado dativo que não revela nada além da discordância entre o requerente e o último em relação à estratégia jurídica a ser adotada e que, por outro lado, colocou o requerente «na incapacidade de apresentar... sua própria interpretação das disposições legais pertinentes» ao Tribunal Constitucional. A decisão da advogada dativa de não assinar um recurso constitucional preparado pelo requerente está no centro das queixas levantadas pelo primeiro sobre sua inadequação pessoal de poder apresentar sua interpretação das disposições legais pertinentes porque ele não poderia gerenciar sua própria defesa técnica.

653 § 154 do julgamento.

654 § 162 do julgamento.

655 § 163 do julgamento.

656 § 164 do acórdão.

52. O mais grave é que isso aconteceu conosco não só uma vez, como a maioria afirma, mas duas, porque o recurso formulado pelo requerente contra o julgamento final também foi declarado inadmissível porque não havia sido assinado pela advogada dativa própria⁶⁵⁷. O recorrente não pôde mais apresentar sua interpretação das disposições legais pertinentes perante o Tribunal de Apelação.

53. Por fim, a figura estilística mais lamentável é usada para apresentar o requerente como um encenqueiro que “não tinha a abordagem objetiva e desapaixonada necessária para o direito português na conduta de sua própria defesa.”⁶⁵⁸. Para evitar que o julgamento dos tribunais nacionais pareça “irracional”, a maioria invoca o registro judicial do requerente e critica seu comportamento afirmando que “tal reincidência poderia ter custado à pessoa em causa a prisão por um período de quatro meses e quinze dias, (e) não teria sido considerada menor”⁶⁵⁹, deixando de afirmar que a infração alegada contra o requerente era passível, alternativamente, de uma simples pena de 180 dias - multa⁶⁶⁰. Esta linguagem afiada destinada a denegrir o requerente é inadmissível. Isso vai muito além do que as jurisdições domésticas têm sido capazes de dizer sobre ele. Se a figura estilística pretende fazer do leitor um amante de pequenas frases hostis ao requerente, ela não consegue. Como já foi dito, esses fatos não foram objeto de qualquer decisão dos tribunais internos relativas ao requerente.⁶⁶¹. Essas alegadas “considerações” dos tribunais nacionais não são, de forma alguma, encontradas na parte de raciocínio “factual” do acórdão emitido pela Corte. O que essa fórmula realmente reflete é uma técnica de elaboração sujeita a se transformar em uma avaliação direta da personalidade do requerente, que falsifica o jogo em detrimento deste último.

54. Em minha opinião, o Governo não forneceu “razões relevantes e suficientes” para justificar a proibição imposta ao requerente de se defender ou a uma regra geral que poderia ter levado a esta interdição. Não só a maioria não fez com que as razões das autoridades nacionais aparecessem, mas tentaram, de forma inadequada e infrutífera, substituí-las por suas próprias razões, como se a Corte fosse um tribunal de primeira instância..

657 Compare §§ 16 e 20 do acórdão.

658 § 165 do julgamento.

659 § 165 do julgamento. Em termos do voto parcialmente dissidente dos juízes Sajó, Lazarova-Trajkovska e Vučinić, que foi acompanhado pelo juiz Turković, em *Simeonovi c. Bulgária* [GC], n. 21980/04, TEDH 2017 (extratos): “A análise da justiça global implementada como neste caso corre o risco de substituir a avaliação da equidade de um caso com a da plausibilidade de uma condenação”.

660 § 50 do julgamento.

661 Os tribunais nacionais limitaram-se a considerar que “o requerente não poderia intervir no processo sem a assistência de um advogado” (§13 do acórdão). Em nenhum momento eles alegaram que ele tinha sido afetado por desequilíbrios mentais ou que ele “não tinha” a capacidade mental de se defender. Veja o § 165 do acórdão.

SEGUNDA PARTE

Uma abordagem *PRO PERSONA* ABORDAGEM DO CASO (§§ 55-80)

V. A jurisprudência pertinente do Tribunal (§§ 55-61)

A. O legado incerto de *Croissant* (§§ 55-59)

55. Depois de ter rejeitado a abordagem majoritária, pretendo, agora, apresentar minha opinião sobre este caso, começando pela análise da jurisprudência relevante do Tribunal de Estrasburgo. O Artigo 6, § 3, c) afirma que qualquer pessoa acusada de crime tem “acima de tudo” o direito de “se defender ou ser assistido por um advogado de sua escolha”. De acordo com a antiga jurisprudência da Comissão, cabe ao Estado escolher entre as duas opções mencionadas.:

“Por conseguinte, a Comissão decidiu que o Artigo 6, § 3, c) proíbe que o processo penal ocorra sem a devida representação da defesa, mas, portanto, não garante ao acusado o direito de decidir por si mesmo como garantir sua própria defesa. A questão de saber se o acusado vai se defender ou se será representado por um advogado, seja escolhido por si mesmo ou, se necessário, designado pelo tribunal, se enquadra na legislação ou no regimento do tribunal.”⁶⁶².

56. A maioria hesita entre a consolidação dessa interpretação “disjuntiva” do Artigo 6, § 3, c)⁶⁶³ e seu abandono: “O Tribunal observa que uma interdição absoluta ao tocar no direito de um acusado de se defender pessoalmente sem a ajuda de um advogado na área criminal pode, em algumas circunstâncias, ser excessiva”⁶⁶⁴.

57. O único caso citado pela maioria sobre a proibição absoluta de se defender pessoalmente é a decisão de inadmissibilidade emitida no caso *Correia de Matos*⁶⁶⁵. Em todos os outros casos mencionados, a assistência obrigatória de um advogado não era absoluta, mas dependia das circunstâncias do caso.

58. No caso *Croissant*, o Tribunal afirmou:

“a regra – da qual encontramos o equivalente na legislação de outros Estados Contratantes – que exige a assistência de um advogado em todas as etapas do pedido perante o tribunal regional (artigo 140 do Código de processo penal [alemão] ...) não poderia, aos olhos da Corte, ser incompatível com a Convenção”⁶⁶⁶.

662 *X c. Noruegia*, n. 5923/72, decisione della Commissione del 30 maggio 1975, DR 3, p. 44.

663 § 122 do julgamento.

664 § 137 do julgamento.

665 *Correia de Matos*, decisão cit.

666 *Croissant c. Alemanha*, 25 de setembro de 1992, § 27, série A n. 237-B.

Apesar dos termos aparentemente gerais desta declaração, dois elementos merecem atenção especial.⁶⁶⁷ Primeiro, no caso alemão, o recorrente foi defendido por dois advogados de sua escolha, mas ele havia levantado objeções à nomeação, contra sua vontade, de um terceiro advogado pelo tribunal. Ele não contestou o fato de que o tribunal em geral poderia nomear um advogado tanto quanto o fato de que ele considerou supérfluo nomear um terceiro em seu caso. O Tribunal, por outro lado, avaliou como “relevante e suficiente” os fundamentos sobre os quais os tribunais nacionais se basearam⁶⁶⁸ para nomear um terceiro advogado, à luz do tema do caso, para a complexidade das questões de fato e direito em jogo e para a personalidade do acusado. Além disso, e acima de tudo, o Código de Processo Penal alemão consagrou, e ainda consagra, o direito de se defender pessoalmente como regra geral, constituindo, o caso de representação compulsória por um advogado, previsto no artigo 140, uma exceção. O Tribunal não deve, então, tirar conclusões precipitadas, como fez na decisão de inadmissibilidade emitida no caso. *Correia de Matos*⁶⁶⁹ sobre o direito de se defender com base no caso-jurisprudência *Croissant*.

1. O mesmo argumento poderia ser adotado em relação a outros dois casos citados pela maioria sobre a nomeação de um advogado por um tribunal. No caso *X c. Finlândia*, um advogado (e curador) havia sido nomeado porque a Comissão Psiquiátrica Criminal pelo legista havia considerado o requerente incapaz de se defender pessoalmente.⁶⁷⁰ Por outro lado, na Finlândia não era obrigatório ser representado por um advogado em processos criminais, exceto em certos casos justificados por razões⁶⁷¹ especiais. Por fim, a decisão emitida pela Comissão em *Weber c. Suíça* também dizia respeito a uma disposição do Código de Processo Penal de Genebra que exigia⁶⁷² representação de um advogado apenas em casos que se enquadrassem na jurisdição de um Tribunal de Assize, em um contexto geral de assistência opcional por um advogado.⁶⁷³

B. O critério de necessidade “no interesse da justiça” (§§ 60-61)

60. Por outro lado, embora seja verdade que a Corte tem mantido de forma mais geral que “[t]al regra (...) que imponha a um acusado a assistência de um

667 Croquet, *The right of self-representation under the European Convention on Human Rights: what role for the limitation analysis?*, (2012)3, *European Human Rights Law Review* 292-308, que critica justamente a insegurança jurídica criada pela má interpretação do acórdão *Croissant* na primeira decisão do Tribunal no *Correia de Matos*.

668 . *ibid.*, §§ 28 e 30.

669 *Correia de Matos*, decisão cit.

670 *X c. Finlândia*, § 182.

671 *ibid.*, §§ 124-126 e 190.

672 *Weber vs. Suíça*, n. 24501/94, Decisão da Comissão de 17 de Maio de 1995, não publicada.

673 Veja a Artigo. 29 do Código de Processo Penal genebrino.

advogado [durante o julgamento criminal] não poderia, aos olhos do Tribunal, ser incompatível com a Convenção”, no entanto, tornou essa declaração sujeita a uma ressalva de que o direito consagrado no Artigo 6, § 3, c) “se houver razões relevantes e suficientes para acreditar que os interesses da justiça assim⁶⁷⁴ exigem”. Três conclusões principais podem ser tiradas desta reserva crucial. Em primeiro lugar, os “fundamentos relevantes e suficientes” para restringir um direito protegido pela Convenção referem-se ao raciocínio produzido pelo tribunal interno quando “julga”. A escolha das palavras não é trivial. A palavra-chave nesta frase é “exigir”, o que corresponde ao critério de necessidade que a jurisdição deve aplicar na hora de decidir. Esse critério é parte integrante da verificação de proporcionalidade⁶⁷⁵. Em segundo lugar, no caso de equilibrar os interesses concorrentes em jogo, o interesse da justiça deve ser colocado de um lado da escala e a escolha do acusado quanto à sua própria maneira de representar o outro. Em terceiro lugar, a verificação da proporcionalidade (que inclui o critério de necessidade) é uma cláusula de limitação implícita e essencial dos dois direitos consagrados no Artigo 6, § 3, c) da Convenção, o direito de se defender pessoalmente e o direito de se defender com a ajuda de um advogado, uma vez que não há razão para tratar o primeiro aspecto do parágrafo (c) de forma diferente do seu segundo aspecto em termos de restrições implícitas aplicáveis.

61. Em vista da jurisprudência da Corte, a maioria considera que “uma proibição absoluta” de se defender pessoalmente “pode (...) ser⁶⁷⁶ excessivo”. Não qualificarei esta afirmação: uma proibição absoluta é excessiva, e significa que, neste contexto, é contrária à Convenção. Exporei, agora, as razões literais, teleológicas e sistemáticas pelas quais o direito de se defender pessoalmente deve ser reconhecido como um direito autônomo na estrutura da Convenção.

VI. Um direito autônomo de acordo com a Convenção (§§ 62-67)

A. A interpretação literal (§§ 62-64)

62. Toda pessoa acusada de um crime tem o direito de “se defender[a] ou [ter] a assistência de um advogado de sua escolha”. A formulação do Artigo 6, § 3, c) define um direito (o de se defender) e duas formas de exercê-lo (sozinho ou com assistido por um advogado). Significa que os acusados devem ser capazes de escolher o tipo de defesa que querem. A possibilidade de se defender pessoal-

674 Veja, entre outros, *Lagerblom c. Suécia*, n. 26891/95, §§ 50 e 54, 14 de janeiro de 2003, e *Mayzit c. Rússia*, n. 63378/00, § 66, 20 de janeiro de 2005, seguido por *Croissant*, §29.

675 Nas três etapas da revisão da proporcionalidade, minha opinião está anexada ao *acórdão em Mouvement vaélien svizzero*, cita-doacima. ¹⁴⁸ § 137 do acórdão.

676 § 137 do acórdão.

mente e recusar a assistência de um advogado deve ser prevista, pelo menos, para determinadas categorias de casos. É claro que essa possibilidade de escolha não precisa necessariamente ser absoluta e, em certas situações, a Corte considerou que as restrições impostas a ela são razoáveis.⁶⁷⁷

63. No entanto, não podemos considerar esse Artigo 6, § 3, c) é respeitado quando o acusado pode escolher apenas uma das duas opções, seja para se defender sozinho ou com a ajuda de um advogado. O direito de se defender pessoalmente em processos criminais é absoluto, assim como o direito de ser assistido por um advogado de sua escolha, pois não está sujeito a qualquer cláusula de limitação explícita, contrariando o direito de assistência, por exemplo, judiciária. Ninguém alegaria que o direito à assistência é respeitado se um Estado negasse a uma pessoa a defesa legal por meio de um advogado e, em vez disso, lhe concedesse o direito de se defender. Seria difícil manter uma leitura estritamente *disjuntiva* do Artigo 6, § 3, c, nesse caso. Gramaticalmente, as duas partes do parágrafo c) estão em uma posição simétrica e, portanto, não há razão para adotar um ponto de vista diferente em relação ao primeiro. Se esse não fosse o caso, poderíamos ler, por exemplo: “qualquer um tem o direito de se defender a menos que seja assistido por um advogado de sua escolha”. Isso claramente não é o que a Convenção diz.

64. Do ponto de vista da interpretação literal estrita, precisamos ir mais longe. Três elementos da disposição em questão enfatizam o papel ativo do acusado na condução de sua defesa e na escolha das modalidades de sua representação. Em primeiro lugar, no Artigo 6, § 3, c), menciona-se a possibilidade de se defender antes da assistência de um advogado. Na sequência, se a defesa for garantida por um advogado, este último é um simples oficial de defesa e o auxilia sem substituí-lo. É dessa forma que podemos interpretar, na segunda parte da frase, a expressão “ter o apoio de um defensor” (ou *por meio de* da versão em inglês da Convenção). Por fim, o uso da forma ativa enfatiza o papel ativo que o acusado deve desempenhar na escolha da estratégia de defesa e na forma de representação que ele prefere.

B. *Interpretação teleológica* (§§ 65-67)

65. Dito isto, a minha análise não se baseia única e essencialmente em um argumento literal, mas, sim, em um argumento teleológico: apenas uma interpretação do direito de se defender como direito autônomo no contexto da Convenção está de acordo com a concepção fundamental do acusado como sujeito e não como objeto do procedimento. Interpretação *pro persona* semelhante do processo penal, que nada mais é do que o legado do trabalho de Cesare Beccaria, *Dei delitti*

677 Si veda, ad esempio, *Croissant*, cit., § 29.

e delle pene, e a revolução do Iluminismo que se seguiu no contexto do processo penal, deveria ter lançado luz sobre a reflexão do Tribunal no presente caso⁶⁷⁸.

66. Em um processo penal baseado na dignidade humana e na superioridade da lei, o Estado deve provar ao acusado, às vítimas e à sociedade como um todo que o acusado agiu de forma repreensível. O processo pode ser visto como um procedimento pelo qual o Estado busca explicar e provar que os atos da pessoa eram contrários às regras comuns do coletivo. A ação da defesa é a contra-explicação simétrica de uma pessoa que tenta provar que não cometeu o fato de que o Ministério Público o acusa ou que o que ele fez não era contrário à lei.

67. O fato de que esses argumentos devem ser traduzidos para a linguagem muitas vezes obscura do direito não deve mascarar o caráter dialógico do procedimento ou implicar que o acusado está excluído dele: o diálogo é, originalmente, entre o acusado e o Estado. A única interpretação compatível com esse princípio é que ninguém deve ser capaz de se interpor entre o acusado e o Estado no exercício dos direitos da defesa e que o acusado deve ser capaz de *escolher* se prefere ser assistido por uma pessoa considerada mais competente para traduzir seus argumentos em linguagem jurídica. Esta interpretação teleológica da Convenção deriva facilmente das três características gramaticais das disposições em questão mencionadas acima. Diante dessa interpretação literal e teleológica concordante, só podemos concluir dizendo que o respeito pela autonomia do acusado como sujeito de direito é a razão da Artigo 6, § 3, c). A autonomia para escolher, além da pressão induzida pelo Estado ou por qualquer pessoa, uma estratégia de defesa e a forma mais adequada de representação como parte integrante dessa estratégia está no centro do direito de se defender⁶⁷⁹.

VII. Um direito não absoluto no âmbito da Convenção (§§ 68-8)

A. Interpretação sistemática (§§ 68-76)

68. A interpretação do Artigo 6, § 3, c, proposta acima parece ainda mais plausível quando se presta atenção ao contexto jurídico em que a Convenção⁶⁸⁰ evoluiu. A prática dos Estados europeus, do direito internacional dos direitos hu-

678 Para apoiar esse argumento, um estudo da história europeia poderia ter mostrado que as ditaduras geralmente privam o acusado de escolher sua própria forma de representação e exigem que sejam assistidas por um advogado. Veja o exemplo de tais restrições na Alemanha nazista e na Áustria, em primeiro lugar antes das jurisdições criminais especiais (*Sondergerichten*), e depois diante detodas as jurisdições criminais comuns: *Verordnung der Reichsregierung über die Bildung von Sondergerichten vom 21. März 1933*, § 10; *Verordnung über die Zuständigkeit der Strafgerichte vom 1. Februar 1940*, § 32; *Verordnung zu Durchführung der Verordnung über die Zuständigkeit der Strafgerichte vom 13. März 1949*, § 18; *Verordnung zur weiteren Anpassung der Strafrechtspflege an die Erfordernisse des totalen Kriegs vom 13. Dezember 1944*, § 12.

679 Sobre o fulcro da lei em um caso relativo ao Artigo 6, ver meu voto anexado ao acórdão *em Károly Nagy c. Hungria* [GC], n. 56665/09, TEDH 2017.

680 Sobre a importância da interpretação sistemática, veja meu voto anexado ao acórdão *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Svizzera* [GC], n. 5809/08, §§ 17-24, TEDH 2016.

manos e do direito penal internacional converge para o reconhecimento do direito de se defender pessoalmente em processos criminais. Já demonstrei antes o quão ilógico é, para a maioria, qualificar a prática generalizada entre os Estados-membros do Conselho da Europa como uma “tendência” em vez de um “consenso”. Gostaria agora de elaborar brevemente a forma desta prática nos tribunais nacionais, a fim de tentar, independentemente desta distinção terminológica, compreender uma base comum da qual Portugal se afasta.

69. Examinamos a legislação de trinta e cinco Estados-Membros além de Portugal. Trinta e um deles colocaram como regra geral o direito do acusado de garantir sua defesa, enquanto os outros quatro, por outro lado, proíbem, como regra geral, o acusado de se defender pessoalmente, ao mesmo tempo em que prevê exceções notáveis. A proibição absoluta da autodefesa, prevista em Portugal, está no limite desta faixa. A maioria dos países que fizeram o direito à autodefesa uma regra geral também tem exceções significativas. Apenas a Irlanda e a Polônia não preveem nenhum. Em Malta, embora a assistência de um advogado quase nunca seja obrigatória como tal, as jurisdições geralmente insistem que o acusado concorda em ser assistido por um advogado. Na República da Moldávia, a obrigação de ser assistido por um advogado está prevista em alguns casos, mas o acusado pode normalmente pedir a renúncia voluntariamente, um pedido que pode, no entanto, ser recusado pelo juiz ou pelo Ministério Público.

70. Outros países são mais precisos nas exceções previstas em relação ao direito à autodefesa. Por exemplo,⁶⁸¹ dezenove dos trinta e um estados que geralmente aceitam que os acusados assumem sua defesa prevê exceções dependendo do nível de jurisdição ou do grau de julgamento. Em geral, quanto maior o nível de jurisdição, maior a chance de uma forma de assistência obrigatória por um advogado ser fornecida, especialmente perante o Supremo ou o Tribunal Constitucional. Alguns países exigem a assistência de um advogado para determinados tipos de procedimentos, como acordo penal ou⁶⁸² extradição.⁶⁸³ Em vinte e um⁶⁸⁴ desses trinta e um estados, os acusados não podem se defender onde o estado de sanidade se opõe a ele. Dezenove⁶⁸⁵ desses trinta e um Estados prescrevem representação compulsória dependendo da gravidade da infração. Dez⁶⁸⁶ desses trinta e um estados necessitam da assistência de um advogado quando o acusado

681 Albânia, Alemanha, Armênia, Bulgária, Croácia, Finlândia, França, Geórgia, Grécia, Hungria, Lituânia, Luxemburgo, Mônaco, Moldávia, Holanda, Reino Unido, Rússia, Eslováquia e Ucrânia.

682 Croácia, França, Geórgia, Letônia, Montenegro e Ucrânia.

683 Lituânia e Eslováquia.

684 Albânia, Alemanha, Armênia, Áustria, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Croácia, Estônia, Finlândia, França, Geórgia, Hungria, Letônia, Lituânia, Moldávia, Montenegro, Romênia, Rússia, Eslovênia, Turquia e Ucrânia.

685 Áustria, Alemanha, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Croácia, Estônia, Finlândia, Geórgia, Grécia, Hungria, Lituânia, Moldávia, Montenegro, Romênia, Rússia, Eslovênia, Suécia, Turquia e Ucrânia.

686 Armênia, Áustria, Bulgária, Geórgia, Hungria, Letônia, Lituânia, Moldávia, Rússia e Ucrânia.

não pode usar a linguagem técnica típica do caso. Finalmente, alguns países solicitam a assistência obrigatória de um advogado onde o acusado foi removido do tribunal ou causou problemas de qualquer tipo à conduta adequada do caso⁶⁸⁷.

71. Quatro dos trinta e cinco Estados-Membros estudados pelo Tribunal que proíbem uma pessoa acusada de legítima defesa como regra geral também preveem exceções. Espanha e Itália, em particular, autorizam o acusado a se defender pessoalmente em processos criminais relacionados a delitos menores. Na Noruega, a regra é a assistência de um advogado, no entanto, o juiz pode aceitar que o acusado a renuncie depois de ter procedido a uma “avaliação abrangente” que leve em conta todas as circunstâncias do caso, como a gravidade da infração da qual o interessado é acusado, a complexidade das questões legais, a capacidade do acusado de garantir sua defesa e o nível de jurisdição. Apenas San Marino é igual a Portugal pelo rigor da regra, mesmo que o acusado possa realizar alguns atos processuais sozinho, como apelar.

72. A Corte também estudou alguns países importantes fora do Conselho da Europa. Canadá e Hong Kong autorizam o acusado a se defender em todos os casos, enquanto os Estados Unidos aceitam a autodefesa como regra geral, mas com algumas exceções como no processo perante a Suprema Corte⁶⁸⁸.

73. Esse consenso também se estende aos tribunais criminais internacionais, em relação à prática que demonstrou que o direito não absoluto de se defender pessoalmente é acompanhado pelo direito de recusar um⁶⁸⁹ defensor dativo. No caso *Milošević*, a Câmara de Recurso do Tribunal Penal Internacional da ex-Jugoslávia também decidiu que o artigo 21 § 4 d) de seu Estatuto – a redação é praticamente idêntica à do Artigo 6, § 3, c, da Convenção – garante o direito à autodefesa, direito que só pode ser limitado se “guiado por um princípio geral de proporcionalidade”. Ela, de fato, considerou que a decisão de nomear um advogado de sua própria moção contra a vontade do acusado decorreu “de um erro fundamental da lei: a Câmara de Primeira Instância negou que quaisquer restrições impostas ao direito de autodefesa do acusado devem ser contidas dentro dos limites necessários para proteger o interesse do Tribunal em assegurar um caso

687 Por exemplo, Croácia, Geórgia e Malta.

688 Ver *Faretta c. Califórnia*, 422 U. S. 806 (1975).

689 Ver Ambos, *Tratado de Direito Penal Internacional*, 2016, III, 165-167; Boas e Outros, *Processo Penal Internacional*, Cambridge University Press, 2011, Volume III, 156163; Abeke, *O direito à auto-representação em Jurisdições Criminais Internacionais*, Universidade de Tilburg, 2011; Zahar, *Assistência jurídica, auto-representação e crise no Tribunal de Haia*, (2008) 19 *Fórum de Direito Penal* 241; Scharf, *Auto-representação versus atribuição de advogado de defesa perante tribunais criminais internacionais*, (2006) 4 *Journal of International Criminal Justice* 31; Temminck Tuinstra, *Auxiliando um acusado a representar a si mesmo: Nomeação de amici curiae como a opção mais adequada*, (2006) 4 *Journal of International Criminal Justice* 47; e Jørgensen, *O problema da auto-representação nos Tribunais Criminais Internacionais: atingindo um equilíbrio entre equidade e eficácia*, (2006) 4 *Journal of International Criminal Justice* 64.

razoavelmente rápido”⁶⁹⁰. Considerou, portanto, que as restrições impostas a “um direito fundamental como (esse)” para se defender eram “excessivas demais”⁶⁹¹. A Câmara de Recursos confirmou essa interpretação nos acórdãos emitidos no caso. Šešelj⁶⁹² e estendeu o direito à legítima defesa para recorrer de procedimentos no caso *Krajišnik*⁶⁹³.

74. O Tribunal Especial da Serra Leoa (TSSL) adotou uma abordagem mais restritiva ao direito de se defender pessoalmente, sem, no entanto, questionar o princípio segundo o qual “Artigo O artigo 17 § 4 d. [praticamente idêntico ao artigo 6, § 3, c, da Convenção] garante ao acusado, em primeiro lugar, o direito de se defender. Ele emerge claramente e literalmente a partir da redação da provisão. No entanto, considerou que esse direito não era absoluto e que o tribunal poderia exigir que o acusado fosse assistido por um advogado, se os interesses da justiça assim exigissem. A Câmara de Primeira Instância também identificou uma lista de fundamentos que justificam a obrigação imposta ao acusado de ser representado por um advogado no presente caso, como no caso de um caso contra várias⁶⁹⁴ pessoas. Em outro caso, a Câmara de Recursos da TSSL confirmou a assistência obrigatória de um advogado para um réu que obstruiu o caso movido contra ele.⁶⁹⁵

75. Por fim, já falei anteriormente sobre as conclusões alcançadas pelo CDH e as razões pelas quais a Corte deve ser particularmente cuidadosa em abrir um diálogo sério a este respeito. Por conseguinte, assumo essas considerações. O Tribunal deveria ter se alinhado com o CDH e concluído, por um lado, que a proibição geral de se defender pessoalmente é totalmente contrária ao Artigo 6, § 3, c, da Convenção e, por outro lado, que a restrição imposta ao direito de assegurar a própria defesa não deve “ir além do necessário para preservar os interesses da⁶⁹⁶ justiça”. Tal interpretação seria coerente com a jurisprudência anterior do Tribunal, como já foi dito acima. O Tribunal admitiu repetidamente que, para justificar restrições ao direito de assistência de um advogado de sua escolha, os

690 *Ministério Público c. Slobodan Milošević*, decisão n. IT-02-54-AR73.7, Decisão sobre o recurso provisório contra a decisão da Câmara de Primeira Instância sobre a designação de ex-offício de advogados de defesa, 1 de novembro de 2004, § 17).

691 *Ibidem*, § 18.

692 *Ministério Público c. Vogislav Šešelj*, acórdão N. 03-67-PT, Decisão sobre o pedido da promotoria relativa à ordem relativa à nomeação de um advogado para Vojislav Šešelj, 9 de maio de 2003, e Promotor c. Vogislav Šešelj, acórdão n. IT-03-67-AR73.3, Decisão sobre o recurso contra a decisão da Câmara de Primeira Instância sobre a nomeação de defensor público, 20 de outubro de 2006 (a decisão só existe em inglês).

693 *Ministério Público c. Krajišnik*, acórdão No IT-00-39-T, fundamentos para a decisão oral rejeitando a ação movida por M. Krajišnik para se defender sem a ajuda de um advogado, 18 de agosto de 2005 (a decisão existe apenas em inglês).

694 *Ministério Público c. Norman, Fofana e Kondewa*, acórdão n. SCSL-04-14-T, Decisão relativa à aplicação de Samuel Hinga Norman para se defender pessoalmente nos termos do Artigo. 17 § 4 d) do Estatuto do Juizado Especial, de 8 de junho de 2004 (decisão está disponível apenas em inglês).

695 *Ministério Público c. Sesay, Kallon e Gbao*, caso n. SCSL-04-15-T, Decisão que autoriza o recurso: Gbao – Decisão sobre o pedido de exoneração de um advogado, 4 de agosto de 2004 (a decisão está disponível apenas em inglês).

696 CDH, Comentário Geral n. 32, § 37. Isso não significa que a Corte deve seguir cegamente o CDH, especialmente se isso adotar uma posição mais restritiva sobre o assunto.

tribunais nacionais devem demonstrar que “existem fundamentos relevantes e suficientes para acreditar que os interesses da justiça assim exigem”.⁶⁹⁷ Essa cláusula de limitação implícita e essencial do Artigo 6 §, 3, c, é igualmente aplicável ao direito de legítima defesa em processos criminais. Em outras palavras, qualquer violação da lei deve respeitar o cerne do direito de todos de se defender e o princípio da proporcionalidade. A questão principal nesse sentido é justamente a do peso dos interesses concorrentes em jogo, ou seja, por um lado a autonomia pessoal do acusado e, por outro, as razões de interesse geral citadas pelas autoridades nacionais para limitar essa autonomia. Nesta análise de proporcionalidade, o Estado deve preferir os instrumentos menos invasivos, salvaguardando, tanto quanto possível, o núcleo duro da lei em jogo.

76. O TEDH menciona três razões que podem justificar a imposição de um defensor a um acusado: 1) quando o acusado obstrui grave e persistentemente a marcha adequada do caso, 2) quando o acusado tem que responder por uma acusação grave, mas é manifestamente incapaz de agir em seu próprio interesse, ou 3) quando necessário para proteger testemunhas vulneráveis de mais traumas que o acusado poderia causar ou de manobras de intimidação que ele poderia exercer contra eles, questionando-os. A segunda razão poderia, em particular, ser interpretada de forma a exigir a assistência de um advogado em processos judiciais particularmente complexos ou quando as penalidades previstas forem suficientemente severas. Devo acrescentar que essas razões não são exclusivas e que os Estados podem ter outras razões sérias para impor a assistência de um advogado, sempre sob o controle do Tribunal.

B. A aplicação das regras da Convenção neste caso (§§ 77-80)

77. Diante do que acaba de ser explicado, os fatos e o arcabouço jurídico do caso não deixam margem para dúvidas. Em virtude da arte. 287 § 4 do CPP, quando iniciada a instrução, o juiz presidente deve sempre designar um defensor caso o acusado não seja representado por um defensor de sua própria moção ou um defensor dativo. Um acusado que é, ele mesmo, um advogado deve ser representado por um defensor, sob pena de nulidade do procedimento (Artigo 119 c), 62 e 64 d) del CPP).

78. Antes da entrada em vigor da Lei n. 49/2004, de 24 de agosto de 2004, um acusado, já advogado por profissão, poderia se defender pessoalmente se o crime alegado contra ele não fosse punível com prisão (artigo 64 § 1 b) do CPP). No entanto, quase todas as infrações previstas na legislação portuguesa implicam uma pena privativa de liberdade, seja ela substituída por multa ou combinada

⁶⁹⁷ Lagerblom, cit., §§ 50 e 54.

com ela. Os delitos passíveis exclusivamente de multa (sem prisão) eram extremamente raros em 2004 e são ainda mais hoje. 292 crimes estão previstos no Código Penal, dos quais apenas três são punidos com multa (sem prisão). Além disso, em virtude da arte. 49 do Código Penal, pena sancionada por multa que ainda não foi aplicada poderá, a qualquer momento, ser substituída pela prisão.

79. Desde a entrada em vigor da Lei n. 49/2004, de 24 de agosto de 2004, um acusado que exerce a advocacia não pode, em nenhuma circunstância, se defender, em qualquer nível de processo penal, em virtude da jurisprudência unânime do Tribunal Constitucional, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação.⁶⁹⁸

80. No presente caso, o procedimento interno ocorreu entre 2013 e 2015. O Direito interno e jurisprudência aplicável no momento dos fatos ainda estão em vigor e são absolutamente claros: é absolutamente proibido a um recorrente, advogado de profissão, defender-se pessoalmente em todas as instâncias do processo penal e apresentar seu próprio caso perante os tribunais. Em suma, o recorrente nunca pode se defender perante um tribunal porque nunca foi ouvido.

VIII. Conclusão (§§ 81-82)

81. Visto que a letra e o espírito do Artigo 6, §3, c), da Convenção refere-se, também, ao direito defesa pessoal, é difícil compreender por que uma jurisdição deveria debater profundamente sobre um ou outro aspecto. Este exercício contorcionista é, por outro lado, desacreditado se a Convenção for lida à luz do consenso que prevalece sob o direito internacional e das práticas internas de cada Estado membro.

82. Este processo acabou por ser mais controverso do que parecia ser à primeira vista. Um Tribunal literalmente dividido escolheu o caminho da resistência mínima e confirmou a posição prevalente. Essa divisão interna Corte, no entanto, reflete duas perspectivas radicalmente diferentes sobre o processo penal e os direitos de defesa. Deste ponto de vista, esta sentença anuncia um retorno às inclinações de um passado sombrio e atormentado da Europa em que os acusados eram considerados objetos nas mãos de estados onipotentes que lhes poderiam impor, mesmo contra sua vontade, o que se acreditava ser no interesse deles.

* * *

698 Acórdão do Tribunal Constitucional n. 196/07; julgamento do Tribunal Constitucional n. 461/2004; julgamento do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de novembro de 2014 no Processo n. 7/14; julgamento do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de junho de 2014 no Processo n. 7/14; julgamento do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de Julho de 2009 no processo n. 279/96.0TAALM. S1; julgamento do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Abril de 2005 no Processo n. 3236/04; acórdão do Tribunal de Apelação do Porto de 12 de outubro de 2011 no processo n. 1997/08.8TAVCD-A. P1; julgamento do Tribunal de Apelação de Coimbra de 3 de junho de 2015 no processo n. 2320/12.2TALRA-A. C1; julgamento do Tribunal de Apelação de Coimbra de 13 de Junho de 2007, no processo n. 910/06.1TBCTR. C1.

4. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM - GRANDE SECÇÃO [PLENO]
– MURTAZALIYEVA C. RÚSSIA - RECURSO N. 36658/05 – JULGADO EM 18 DE
DEZEMBRO DE 2018

O caso: A recorrente, Sra. Murtazaliyeva, foi detida pela polícia para verificação de identidade e posteriormente encaminhada à delegacia de polícia por alegada prática de infração administrativa relacionada ao término de seu visto de residência. Durante revista pessoal, que aconteceu na presença de duas testemunhas do procedimento (“*attesting witnesses*”), os agentes encontraram no bolsa da requerente duas porções de explosivos. Além disso, durante uma busca na casa da acusada, os agentes encontraram fotografias de um *shopping center* e notas manuscritas relacionadas à *jihad*. A requerente foi, portanto, investigada e posteriormente acusada por tentativa de ato terrorista ao *shopping center* e por ter instigado outras duas pessoas ao cometimento de atos terroristas. Durante o julgamento criminal, a defesa solicitou a oitiva de duas testemunhas do procedimento detentivo, “*attesting witnesses*”, (testemunhas B. e K.), e a de um policial (testemunha A.), que desempenhou um papel importante na investigação e no monitoramento secreto de inteligência anterior à prisão. No entanto, o pedido de audição das testemunhas B. e K. foi indeferido e o depoimento de A. não ocorreu pela impossibilidade de comparecimento, o que foi substituído pela leitura de suas das declarações realizadas na fase investigativa.

Na sentença, a requerente foi condenada há oito anos e seis meses de prisão. Perante o Tribunal Europeu, a requerente sustenta violação ao Artigo 6, da CEDH, contestando a falta de convocação das testemunhas B., K. e A., além de negativa de acesso à vídeo de monitoramento reproduzido em audiência. Com sentença de 18 de dezembro de 2018, o Tribunal Pleno declarou inadmissível a reclamação relativa à falta de convocação da testemunha A., considerando que a requerente havia voluntariamente renunciado ao direito de examina-la. Quanto à falta de convocação das testemunhas B. e K., o Tribunal Pleno considerou que a defesa não justificou adequadamente o pedido das oitivas e que a falta de intimação não comprometeu a equidade geral do julgamento. Finalmente, o Tribunal Pleno concluiu pela improcedência do pedido quanto ao exame da fita de vídeo reproduzida em sala de audiências, tendo em vista que a recorrente participou da respectiva audiência.

Palavras-chave: julgamento justo - igualdade de armas – oitiva de testemunhas de acusação e defesa - renúncia de direitos – devido processo legal

Comentário: Michele Caianiello

Voto dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque

1. O caso *Murtazaliyeva* representa uma oportunidade de ouro para garantir que somente provas obtidas mediante contraditório [*immediatezza*] recu-

perem espaço na jurisprudência da Corte. Infelizmente, aconteceu o contrário. Não concordo com a preliminar da acusação estatal em relação à reclamação da requerente sobre a falha em convocar a testemunha A. Depois de refutar tal exceção preliminar, esta opinião se concentrará no significado inicial do chamado “*Perna test a due-phase*”⁶⁹⁹ e em sua versão “trifásica”, como revisitado no caso *Murtazaliyeva*, analisando cada uma dessas fases separadamente. Minhas conclusões a respeito da omissão na oitiva de testemunhas requeridas pela defesa no presente caso, baseiam-se em uma crítica racional, filosófica e jurídica do referido teste [método] e, sobretudo, da sua adequação para avaliar a “equidade global” do procedimento. À luz dessas considerações, acredito que houve violação do Artigo 6, § 3, d, da Convenção em relação à convocação das testemunhas A., B. e K.

A exceção preliminar da acusação estatal

2. A acusação estatal argumentou que a defesa renunciou ao seu direito de questionar a testemunha A. no tribunal. É verdade que a recorrente e um dos seus advogados declararam que não tinham objeções à leitura do testemunho de A., e que o segundo advogado de defesa também se manifestou no mesmo sentido. No entanto, eles o fizeram após serem informados pelo Presidente da Corte que A. estava ausente por motivos de trabalho e não poderia, em seguida, comparecer ao tribunal. Contudo, nenhuma fonte de tais informações, foi apresentada pela origem perante este Tribunal. No mesmo dia em que se decidiu não ouvir pessoalmente a testemunha A., o órgão nacional adiou a audiência para permitir que as partes preparassem suas conclusões. Isso significa que não havia necessidade de garantir a agilidade do procedimento a justificar a decisão de não colher as declarações da testemunha A. Em tais circunstâncias e na ausência de qualquer renúncia expressa ao direito de ouvir a testemunha A., não é possível concluir que a defesa renunciou de forma inequívoca ao direito referido no Artigo 6, § 3, d, da Convenção⁷⁰⁰.

3. Com efeito, os fundamentos do recurso apresentados pela recorrente, informam que o juiz de primeira instância não se pronunciou sobre o pedido de exame de A. e não forneceu qualquer evidência de que a ausência de A. foi inevitável, isso indica claramente que a defesa apenas concordou em postergar a oitiva de A, mas não renunciou expressamente à prova⁷⁰¹. Tampouco o Tribunal, ao atuar como juiz de apelação, declarou explicitamente a alegada renúncia. Em

699 *Perna c. Itália* [GC], n. 48898/99, CEDU 2003-V.

700 *Makeyev c. Rússia*, n. 13769/04, § 37, 5 fevereiro de 2009, e *Khametshin c. Rússia*, n. 18487/03, § 41, 4 de março de 2010.

701 § 63 da sentença.

sua decisão, apenas fez referência ao consentimento da defesa para a leitura das declarações de A., e às razões da ausência deste no julgamento⁷⁰².

4. Além disso, a maioria considera que o caso não suscitou questões de interesse público que teriam impedido a renúncia às garantias processuais relacionadas⁷⁰³. Pessoalmente, entendo que um dos principais pontos em disputa entre as partes é se a requerente apresentou ou não alegação de simulação no procedimento originário. Este ponto assume um peso decisivo no que diz respeito à análise do Tribunal relativa à falta de convocação e de julgamento da testemunha A. Na verdade, durante o argumento final, o advogado da requerente U. sustentou claramente que “este processo nada mais é do que um armadilha planejada por policiais contra Murtazaliyeva”⁷⁰⁴. Tal afirmação, quando considerada à luz de todo o material disponível nos autos, só pode ser interpretado como uma objeção de fraude [incidente de falsidade] devidamente levantada, o que mostra que a estratégia e a linha de defesa da requerente perante os tribunais nacionais foi essencialmente afirmar a inocência e, em particular, de reiterar sua alegação de que foi a polícia que colocou os explosivos dentro da bolsa da acusada. A este respeito, deve ser enfatizado que, ao contrário do que a acusação estatal⁷⁰⁵ alegou, o fato de a recorrente negar sua culpa não exclui automaticamente a possibilidade de fraude planejada pela polícia. Além disso, de acordo com o princípio *nemo tenetur*, a acusada não deve ser obrigada a escolher entre uma defesa destinada a afirmar a sua inocência e uma defesa baseada em fraude processual. Um réu pode argumentar ao mesmo tempo que não cometeu a ofensa (porque o fato não ocorreu ou porque foi cometido por outra pessoa) ou que foi induzido a cometê-la⁷⁰⁶.

5. Uma vez que uma objeção de fraude processual foi levantada e havia, *prima facie*, algumas evidências a respeito, as autoridades judiciais deveriam examinar os fatos relatados e tomar as medidas necessárias para revelar a verdade, a fim de determinar se houve ou não instigação policial [espécie de flagrante preparado]. Assim, considerando as indicações claras do papel fundamental da testemunha A. na estratégia policial, mostrava-se essencial sua oitiva. À luz do que precede, não posso concordar com a maioria.

702 §67, da sentença e também em *Bocos-Cuesta c. Países Baixos*, n. 54789/00, § 66, de 10 de novembro 2005.

703 *Hermi c. Italia* [GC], n. 18114/02, § 79, CEDU 2006-XII.

704 §57 da sentença.

705 §108 da sentença.

706 *Contra, Bagaryan e outros c. Rússia* (dec.), n. 3343/06, § 5, 12 novembro de 2013, e *Koromchakova c. Rússia*, n. 19185/05, 13 de dezembro de 2016, §§ 17-20.

Tratamento processual desigual a testemunhas de acusação e defesa

6. A maioria dos membros da Grande Câmara [GC - Pleno] baseiam-se essencialmente em um alegado teste bifásico desenvolvido no caso *Perna*⁷⁰⁷, o que exige, em primeiro lugar, que o requerente motive de forma adequada o seu pedido à prova testemunhal, especificando sua relevância para os fins da “verificação da verdade” e, em segundo lugar, que a recusa dos tribunais nacionais em ouvir as testemunhas afete a equidade geral do processo. Como resultado, os padrões legais desenvolvidos pelo Tribunal nos processos *Al-Khawaja e Tahery* [GC]⁷⁰⁸ e *Schatschaschwili* [GC]⁷⁰⁹ em relação à oitiva das testemunhas no decurso de um julgamento, não seriam aplicáveis ao presente caso⁷¹⁰.

7. Embora o Artigo 6, §3, (d), estabeleça o direito de cada pessoa acusada de examinar “testemunhas em sua defesa nas mesmas condições que testemunhas de acusação”, a qualificação de um indivíduo como testemunha da defesa ou acusação conduz, na jurisprudência do Tribunal, à aplicação de diferentes normas jurídicas. Essa disparidade de critérios é particularmente problemática à luz da clara disposição da Convenção segundo a qual ambos os tipos de testemunhos devem ser ouvidos “nas mesmas condições”⁷¹¹.

8. Além disso, considerando as múltiplas circunstâncias em que uma testemunha pode figurar em um julgamento, é altamente questionável se essa diferença no tratamento pode ser mantida. Primeiro, quando uma testemunha convocada pela acusação se manifesta a favor do acusado ou, inversamente, quando uma testemunha solicitada pela defesa fornece provas contra o acusado. Em segundo lugar, o comparecimento de uma testemunha pode ser solicitado pela defesa e pela acusação ao mesmo tempo, nesse caso, nem os critérios estabelecidos em *Al-Khawaja e Tahery e Schatschaschwili*, nem os estabelecidos em *Perna* seriam devidamente aplicáveis. Em terceiro lugar, uma testemunha ouvida *ex officio* pelo próprio juiz não se enquadraria em nenhuma dessas duas categorias. Em quarto lugar, uma testemunha que foi chamada pela acusação durante a fase preliminar

707 *Perna c. Itália*, cit.

708 *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido* [GC], n. 26766/05 e 22228/06, CEDU 2011.

709 *Schatschaschwili c. Alemanha* [GC], n. 9154/10, CEDU 2015.

710 A corte não é sempre coerente com essa distinção entre as testemunhas de acusação. Na sentença *Pello c. Estonia* (n. 11423/03, §§ 26 e 30, 12 de abril de 2007), os critérios *Perna* foram aplicados às testemunhas de acusação.

711 Ademais, não estão alinhadas ao direito penal internacional. Veja-se: *Prosecutor c. Orić*, Caso n. T-03-68-AR73.2, Interlocutory Decision on Length of Defence Case (Appeals Chamber), 20 de julho de 2005, §§ 7-8; *Prosecutor c. Karemera et al.*, Caso n. ICTR-98-44-AR15bis.3, Decision on Appeals pursuant to Rule 15bis (D) (Appeals Chamber), 20 de abril de 2007, § 27; *Prosecutor c. Nyiramasuhuko et al.*, Caso n. ICTR-98-42-AR73, Decision on Joseph Kanyabashi's Appeal Against the Decision of Trial Chamber II of 21 de março de 2007, Concerning the Dismissal of Motions to Vary His Witness List (Appeals Chamber), 21 de agosto de 2007, § 26; *Prosecutor c. Karemera et al.*, Caso n. ICTR-98-44-AR73.14, Decision on Mathieu Ndirumpatse's Appeal from the Trial Chamber Decision of 17 de setembro de 2008 (Appeals Chamber), 30 de janeiro de 2009, § 29; *Prosecutor c. Ndirabatware*, Caso n. ICTR-99-54-T, Decision on the Defence Motion for Reconsideration or Certification to Appeal the Oral Decision of 13 julho de 2011, and on the Reduction of the Defence Witness List (Trial Chamber II), 26 de agosto de 2011, § 56.

e cujo testemunho em juízo é solicitado pela defesa poderia recusar-se ou não poder fazê-lo⁷¹². Em quinto lugar, quanto à prova técnica, um perito é, em princípio, uma testemunha independente chamada a prestar declarações que não são nem “em defesa” nem “contra” o acusado.

9. Tendo em vista a variedade de situações que podem surgir, a jurisprudência deste Tribunal sempre considerou que, independentemente de sua qualificação nos termos da legislação de origem⁷¹³, o termo “testemunha” assume, no sistema da Convenção, um significado autônomo, de forma que uma testemunha deve ser considerada como tal a “depende” se seu depoimento pode servir de base, “substancialmente”, para condenação do acusado⁷¹⁴. Em qualquer caso, é a questão de saber se a oitiva de uma determinada testemunha foi solicitada pela acusação ou pela defesa para constituir o ponto de partida para a apreciação do Tribunal. No entanto, este elemento não é decisivo. A avaliação do Tribunal dependerá se o depoimento de uma testemunha tem ou não alto valor probatório (“substancial”) para fins de avaliação da culpa do acusado pelos tribunais nacionais. Este critério à qualificação das testemunhas, que leva em conta as conclusões sobre o mérito da acusação, coloca problemas consideráveis para os tribunais de origem devido a sua natureza imprecisa e ao fato de que a qualificação somente pode ser determinada retrospectivamente. A fim de determinar se uma testemunha deve ser convocada a este título, os tribunais de origem precisam de um critério específico, predeterminado, para que o juiz competente possa valorar a natureza da prova acertadamente⁷¹⁵.

10. As circunstâncias do presente caso são eloquentes a este respeito. Anoto que, A. foi inicialmente incluído tanto entre as treze testemunhas de acusação, como entre as testemunhas de defesa. No entanto, seu testemunho foi usado, juntamente com outras provas, apenas para fundamentar a condenação da recorrente. Paralelamente, as declarações feitas por A. na fase preliminar, lidas durante o julgamento e citados nas decisões dos tribunais de origem, continham informações factuais, não comparadas às declarações apresentadas por outros depoentes. Apesar disso, A. foi considerado por juízes nacionais como testemunha de defesa.

712 Isso ocorreu no caso *Cardot c. França*, n. 11069/84, Serie A n. 200.

713 *Kostovski c. Países Baixos*, 20 de novembro de 1989, § 40, Serie A n. 166, e *Damir Sibgatullin c. Rússia*, n. 1413/05, § 45, 24 de abril de 2012.

714 *Lucà c. Itália*, n. 33354/96, § 41, CEDU 2001 II, e *Kaste e Mathisen c. Noruega*, n.18885/04 e 21166/04, § 53, CEDU 2006 XIII. A recorrente não demonstrou esse entendimento jurisprudencial “uma abordagem mais flexível, que leva em consideração o conteúdo substancial do depoimento de cada testemunha” (§ 24 das observações da recorrente em 20 de novembro de 2017).

715 Essa é a diretriz seguida por tribunais internacionais. Veja-se *Prosecutor c. Ngirabatware*, Caso n. ICTR-99-54-T, Decision on the Defence Motion for Reconsideration or Certification to Appeal the Oral Decision of 13 de julho de 2011, e em “The Reduction of the Defence Witness List” (Trial Chamber II), 26 agosto 2011, § 47.

11. Além disso, os testemunhos B. e K. foram requeridos pela acusação, mas foi a defesa a pretender fazer uso dos respectivos depoimentos⁷¹⁶.

12. Para resumir essas considerações introdutórias, a iniquidade do Tribunal no que diz respeito ao tratamento de testemunhas “contra” e “a favor” e a noção imprecisa e *ex post* à natureza dos depoimentos, contradiz a letra e o espírito da Convenção, cria dificuldades práticas injustificadas para os tribunais nacionais e causa incerteza desnecessária numa área do direito em que a clareza e a precisão são da maior importância.

O “teste” Perna inicial

13. A abordagem adotada em Perna foi baseada em uma distinção clara entre as testemunhas “contra” e as “a favor”, que se fundou exclusivamente em qual das partes solicitou a inquirição de testemunhas em juízo, independentemente do conteúdo dos depoimentos prestados por cada uma delas.

14. O “teste” Perna estabeleceu um critério rigoroso para a valoração do pedido de oitiva de testemunha feito pela defesa, com base na obrigação do requerente em “justificar o seu pedido, especificando a razão pela qual é importante que a testemunha seja ouvida e que o seu depoimento é necessário para efeitos de esclarecimento da verdade”⁷¹⁷. Ao contrário do que foi argumentado pela maioria⁷¹⁸, o precedente no caso Perna não exigia uma avaliação preponderante da “justiça geral” do processo já que a justiça era avaliada apenas do ponto de vista do Artigo 6, §1, (e), da Convenção e em relação aos procedimentos de obtenção de provas. É importante transcrever a seguinte afirmação contida no precedente Perna: “[...] o Tribunal considera que as decisões pelas quais as autoridades nacionais rejeitaram os pedidos do recorrente não são passíveis de crítica nos termos do Artigo 6, vez que não se demonstrou que a prova documental, interrogatório e oitiva de testemunhas teriam sido úteis para provar que o Sr. Caselli executou a conduta específica que lhe foi atribuída. A partir deste ponto de vista, portanto, não se pode considerar que o processo por difamação iniciado por Sr. Caselli foi injusto, considerando que as estratégias empregadas para provar sua conduta danosa foram inócuas”⁷¹⁹.

15. Portanto, à luz da letra e do espírito do julgamento em Perna, a equidade geral do processo não constitui um critério predominante, com base no qual o requerente deve demonstrar que a recusa de ouvir uma testemunha afetou

716 §§ 137-138 da sentença.

717 Perna, cit., § 29

718 §141 da sentença.

719 Perna, cit., § 32.

a equidade geral do processo⁷²⁰. No entanto, o método *Perna* é muito rigoroso e, portanto, injusto para a defesa. Isso precisa ser repensado com vistas a mais respeito aos direitos humanos, ou seja, de acordo com uma perspectiva que o aproxime de princípios da Convenção sobre a obtenção de provas em processos penais. Porém, como restará demonstrado a seguir, a maioria não respaldou tal necessidade.

O primeiro critério Murtazaliyeva

16. O teste *Perna* original foi formulado em termos rigorosos: a audiência de testemunhas era admissível, desde que “necessário” para apurar a verdade. A prática do tribunal afrouxou esse rigor, passando ao critério mais liberal de “relevância *prima facie*”, da prova, com diversos precedentes adotados ao longo dos anos⁷²¹. Nessa trajetória para flexibilizar os dois extremos à busca de provas, a maioria agora escolhe o de “testemunhas suscetíveis para influenciar o resultado do julgamento” ou “que se possa razoavelmente esperar que fortaleça o argumento”⁷²². À primeira vista, parece que a maioria escolheu o critério mais flexível e mais liberal. Isso também é indicado pela posição adicional da maioria, segundo a qual, na ordem para responder afirmativamente à primeira questão do método (motivação do pedido para os fins da “verificação da verdade”), é suficiente que a parte apresente um fundamento fraco ou inadequado em apoio ao seu pedido⁷²³. Esta escolha também estaria de acordo com a jurisprudência da Câmara de Recurso do TPI, segundo a qual o requerente deve demonstrar que existem motivos razoáveis para acreditar que a testemunha proposta seja capaz de fornecer informações capazes de lhe facilitar a elucidação de questões que serão discutidas durante o julgamento⁷²⁴.

17. A visão aparentemente liberal adotada pela maioria não é limitada ao grau de relevância ou necessidade do testemunho, mas também se estende à sua natureza, uma vez que a evidência deve ser capaz de influenciar tanto o resultado do julgamento quanto a “posição da defesa” em geral. Isso tem uma consequência óbvia. Qualquer testemunho prestado por uma testemunha de defesa sobre a legitimidade, confiabilidade e credibilidade das outras provas, bem como a legitimidade da conduta das autoridades públicas, incluindo juízes, procuradores e serventuários, pode fortalecer a posição da defesa, mesmo que no final não tenha

720 Ver *Guilloury c. França*, n. 62236/00, § 55, 22 de junho de 2006, e *Erich Priebke c. Itália* (dec.), n. 48799/99, 5 de abril de 2001.

721 § 143 da sentença. Entretanto, isso não impediu a Corte de usar, vez ou outra, a velha fórmula da necessidade, (ver *Mimoshevili c. Rússia*, n. 20197/03, § 122, 28 de julho de 2011).

722 §160 da sentença.

723 § 161 da sentença.

724 §§ 73 e 74 da sentença.

influência sobre o resultado do processo. Por exemplo, é obrigatório ouvir uma testemunha que poderia corroborar a alegação do acusado de que ele foi submetido a maus-tratos com o objetivo de obter uma confissão do crime, mesmo que a confissão não tenha desempenhado um papel crucial na apuração da culpa do acusado⁷²⁵. Isso se deve a dois motivos: primeiro, porque as provas relativas a tortura e maus-tratos pode afetar a posição da defesa, uma vez que, quando as provas foram obtidas em violação ao Artigo 3 da Convenção, pode surgir um problema de compatibilidade com o Artigo 6, §1 - mesmo que a admissão das provas seja irrelevante para o mérito⁷²⁶; em segundo lugar, porque o critério a ser aplicado à prova testemunhal pela defesa ou pela acusação deve ser *ex ante*, independentemente das conclusões do juiz.

18. Na verdade, a maioria aplicou o primeiro critério de forma muito restritiva, pois refutou o pedido da defesa de convocação de testemunhas B. e K. por “não conter nenhum argumento particular, factual ou jurídico, que fortalecesse a posição de mérito da defesa”⁷²⁷. Voltarei a este ponto mais tarde.

O segundo critério Murtazaliyeva

19. A questão de saber se os tribunais nacionais consideraram ou não a relevância de um determinado testemunho individual e fundamentaram suficientemente sua decisão em não ouvir uma testemunha não é nova⁷²⁸. Na verdade, já era parte integrante do original método *Perna*, visto que neste caso o Tribunal examinou a motivação dos tribunais de origem e concluiu que “as decisões nacionais que rejeitaram as reivindicações do requerente não podem ser objeto de crítica nos termos do Artigo 6”⁷²⁹. No caso *Perna*, o motivo subjacente à rejeição do pedido de oitiva de testemunha foi encontrado na conclusão do juiz de primeira instância, para quem, ainda que demonstradas a veracidade das alegações probatórias, o objeto da prova deve ser desconsiderado se irrelevante do ponto de vista jurídico.

20. No presente acórdão, a maioria acrescenta que a fundamentação dos tribunais nacionais deve ser “razoável”, ou seja, adequada em termos de amplitude e nível de detalhe, às razões apresentadas pela defesa⁷³⁰. Este conceito, apenas aparentemente simples, é totalmente inadequado e vago, embora remetido para

725 Portanto, entendo que a passagem contida no § 105 da sentença *Tarasov c. Ucrânia*, n. 17416/03, 31 de outubro de 2013, seja problemático.

726 *Jalloh c. Alemanha* [GC], n. 54810/00, §§ 99 e 108, 11 de julho de 2006.

727 § 171 da sentença. No § 174 da sentença, a maioria referir uma argumentação particularmente factual e jurídica”. Não está claro se a palavra particular (§ 171), e a palavra “específica”, contida no § 174, devem ser entendidas com o mesmo significado.

728 *Topić c. Croácia*, n. 51355/10, § 42, 10 de outubro de 2013.

729 *Perna*, cit., § 32.

730 § 164 da sentença.

um processo penal sujeito ao princípio da legalidade e conduzido no estado de direito.

21. Em princípio, o juiz de primeira instância não pode recusar-se a ouvir uma testemunha de defesa sem motivos válidos ou suficientes⁷³¹, este também é o critério mínimo para a recusa de convocação ou contra o exame das testemunhas de acusação, conforme estabelecido nos casos *Al-Khawaja e Tahery* e *Schatschaschwili*⁷³². De acordo com o princípio essencial da igualdade de armas, as testemunhas de defesa não podem ser tratadas de forma diferente das testemunhas de acusação⁷³³. A falha em convocar uma testemunha de defesa deve, portanto, ser justificada por uma razão válida ou suficiente⁷³⁴.

22. Consequentemente, a rejeição injustificada de um pedido ou silêncio dos tribunais nacionais em relação a um pedido pertinente e suficientemente fundamentado para a oitiva de uma testemunha de defesa leva necessariamente a constatação de violação do Artigo 6⁷³⁵. Os fundamentos à recusa devem ser abordar as circunstâncias específicas da situação de cada testemunha e de cada caso⁷³⁶. O fato de uma testemunha de defesa ser incapaz de provar a inocência do acusado não constitui uma razão válida para recusar seu exame⁷³⁷, pelo simples fato de que o acusado não é obrigado a provar sua inocência. É suficiente para o acusado argumentar que a testemunha é capaz de levantar dúvidas sobre a hipótese acusatória⁷³⁸. Quando requer a oitiva de uma testemunha em seu nome, a defesa pode ter outros interesses que não a absolvição, como obter uma condenação por uma ofensa menos grave, para apurar a existência de circunstâncias atenuantes, para levantar dúvidas sobre a credibilidade da acusação, etc.

731 *Vidal c. Bélgica*, 22 de abril de 1992, §§ 34 e 35, Serie A n. 235-B

732 *Al-Khawaja e Tahery*, cit., §§ 120-125, e *Schatschaschwili*, cit., §§ 119-122.

733 Sobre tal princípio, na ótica da Convenção, veja-se: *Omkar Sidhu, The Concept of Equality of Arms in Criminal Proceedings under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2017; *Summers, Fair Trials: The European Criminal Procedure Tradition and the European Court of Human Rights*, Oxford, Hart, 2007; *Trechsel, Human Rights in Criminal Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2005; e *Wasek Wiaderek, The Principle of "Equality of Arms" in Criminal Procedure under Article 6 of the European Convention on Human Rights and its Functions in Criminal Justice of Selected European Countries: A Comparative View*, Leuven, Leuven University Press, 2000.

734 Nesse sentido, está a jurisprudência de outros tribunais internacionais. Veja-se: *Prosecutor c. Nyiramasubuko et al.*, Caso n. ICTR-98-42-AR/3, *Decision on Joseph Kanyabashi's Appeal Against the Decision of Trial Chamber II of 21 March 2007 Concerning the Dismissal of Motions to Vary His Witness List (Camera d'Appello)*, 21 agosto 2007, §§ 18-19; *Prosecutor c. Karemera et al.*, Caso n. ICTR-98-44-AR/3.14, *Decision on Mathieu Ndirumpatsés Appeal from the Trial Chamber Decision of 17 de setembro de 2008 (Camera d'Appello)*, 30 janeiro 2009, §§ 19-21.

735 *Vidal*, cit., §§ 34 e 35, *Popov c. Rússia*, n. 26853/04, § 188, 13 de julho de 2006, e *Pello*, cit., § 35. Em consequência, a passagem contida nos §§ 74-75 da sentença *Dorokhov c. Rússia*, n. 66802/01, 14 de fevereiro de 2008, é inaceitável. É incompreensível que a Corte não tenha considerado "deplorável" o fato que a autoridade judiciária não examinou devidamente o pedido da defesa em convocar duas testemunhas que eram "claramente relevantes" e não tenha declarado nenhuma violação. Equivocadamente, a Corte examinou o valor probatório das declarações das testemunhas ausentes, confrontando-as com toda a prova contrária ao recorrente e concluiu que o exclusão das testemunhas não levaria a absolvição do recorrente.

736 *Nechto c. Rússia*, n. 24893/05, § 127, 24 de janeiro de 2012.

737 Portanto, a passagem contida no § 92 da sentença *Tymchenko c. Ucrânia*, n. 47351/06, 13 de outubro de 2016, está errada.

738 *Prosecutor c. Nzabonimana*, Caso n. ICTR-98-44D-T, *Decision on Nzabonimana's Extremely Urgent Motion for Reconsideration and/or Certification to Appeal the "Consolidated Decision on Prosecutor's Second and Third Motions to Compel the Defence to Comply with the Trial Chamber Decision of 3 February 2010" rendered on 26 March 2010 (Camera III)*, 7 de maio de 2010, § 32.

23. Acima de tudo, a autoridade judiciária não deve apenas justificar a sua decisão em recusar a audição de uma testemunha de defesa com motivação válida ou suficiente, mas também deve abster-se de antecipar o resultado do exame da prova em questão (*Verbot der Beweisantizipation*), a menos que que isso não se apresente a favor do acusado. Na decisão de admitir ou não as provas requeridas pela defesa, o juiz deve presumir que a avaliação da prova estará a favor do acusado. Nesta perspectiva, o tribunal pode decidir não convocar uma testemunha de defesa se (i) considerar que o fato de que seria provado já está suficientemente exposto ou (ii) pode demonstrar que o fato que seria provado é irrelevante ou protelatório⁷³⁹ para a resolução do caso.

24. Neste último caso, a autoridade judiciária é duplamente limitada. Não pode ser baseada em qualquer outra prova para evidenciar que o comparecimento de uma testemunha de defesa é irrelevante para a resolução do caso. A referência do juiz a outras provas, para demonstrar que a testemunha é incapaz de fornecer novas informações, não constitui, em qualquer caso, um motivo válido para dispensá-la⁷⁴⁰. Seria flagrante antecipação indevida à valoração de provas. Além disso, após se recusar à oitiva de testemunha de defesa por se destinar a provar apenas um fato de menor importância para a resolução do caso, a autoridade judiciária deve posteriormente manter esta conclusão em sua decisão sobre o mérito e não pode se basear em quaisquer outros argumentos⁷⁴¹.

25. Em resumo, o segundo critério de *Murtazaliyeva* ainda está muito longe de ser perfeito e oferece um nível de proteção inferior ao concedido ao direito fundamental ao comparecimento de testemunhas. Na verdade, a maioria continua erroneamente a reiterar que apenas circunstâncias excepcionais podem levar a concluir que a falha em ouvir uma testemunha de defesa é incompatível com o Artigo 6⁷⁴². Não há justificativa para tal restrição. O Artigo 6, §§1, e 3, (d), da Convenção proíbe, em processo penal, o uso de provas indiretas contra o acusado, mas a exclusão da prova indireta é justificada mesmo quando tal prova

739 *Joric c. Alemanha*, n. 74613/01, §§ 86 e 88, 12 de julho de 2007.

740 A esse respeito, tenho que a passagem contida no § 70 da sentença *Sergey Afanasyev c. Ucrânia*, n. 48057/06, 15 de novembro de 2012, e nos §§ 81-82 da sentença *Janyr c. República Theca*, n. 42937/08, 31 de outubro de 2013, estão simplesmente errados.

741 Os tribunais penais internacionais costumam concluir que ouvir o testemunho de testemunhas chamadas pela defesa seria excessivo ou irrelevante no contexto do exame das intenções declaratórias ou das declarações escritas pela testemunha. Veja-se *Prosecutor c. Nyiramasubuko et al.*, Caso n. ICTR-98-42-T, *Decision on Joseph Kanyabashi's Motions for Modification of his Witness List, the Defence Responses to the Scheduling Order of 13 December 2006 and Ndayambajés Request for Extension of Time within which to Respond to the Scheduling Order of 13 December 2006 (Camera II)*, 21 marzo 2007, § 35; *Prosecutor c. Nyiramasubuko et al.*, Caso n. ICTR-98-42-AR73, *Decision on Joseph Kanyabashi's Appeal Against the Decision of Trial Chamber II of 21 March 2007 Concerning the Dismissal of Motions to Vary His Witness List (Camera d'appello)*, 21 agosto 2007, § 16; *Prosecutor c. Nginabatware*, Caso n. ICTR-99-54-T, *Decision on the Defence Motion for Reconsideration or Certification to Appeal the Oral Decision of 13 July 2011, and on the Reduction of the Defence Witness List (Camera II)*, 26 agosto 2011, § 47.

742 §148 da sentença.

possa ser considerada a favor da defesa⁷⁴³. Em outras palavras, Artigo 6, §§1 e 3, (d), não só estabelece o direito do acusado de confrontar as testemunhas contra si arroladas e indicar suas próprias, mas também garante o princípio do livre convencimento motivado⁷⁴⁴, o que demonstra que a autoridade judicial é capaz de observar o comportamento das testemunhas e, então, formar sua própria opinião sobre sua confiabilidade⁷⁴⁵.

O terceiro critério Murtazaliyeva

26. Segundo a maioria, o Tribunal deve avaliar se a autoridade judiciária constituiu garantias adequadas para assegurar a lisura do procedimento e acredita que essas garantias impedem o método *Perna* de tornar-se mecânico⁷⁴⁶. Sejam claros: é aí que reside a novidade fundamental deste caso, e não no chamado segundo critério, como afirma a maioria⁷⁴⁷.

27. Se for aceito que a justiça geral do processo referida no Artigo 6, §1, encontra respaldo no Artigo 6, §3, então deve ser necessariamente uma garantia adicional em relação às garantias individuais contidas no Artigo 6, §3. Essas últimas estão ligadas ao princípio da equidade referido no Artigo 6, §1, e derivam dele⁷⁴⁸. No entanto, o critério de equidade geral não deve ser entendido como um substituto das garantias a que se refere o Artigo 6, §3, e é incapaz de remediar as violações dos direitos descritos naquele parágrafo⁷⁴⁹.

28. A insegurança que acompanha a interpretação ambígua da maioria, que acredita atribuir prevalência ao exame do procedimento geral, priva o Artigo 6, §3, (d) de qualquer significado. O teste *Perna*, conforme revisitado pela maioria, permite ao Tribunal concluir que não há violação da disposição em questão, apesar de a resposta dada à primeira das duas questões fornecer uma forte indicação em contrário. A enumeração dos direitos mínimos como expressão do

743 *Thomas c. Reino Unido* (dec.), n. 19354/02, 10 de maio de 2005, e a decisão da Comissão no caso *Blastland c. Reino Unido*, n. 12045/86, 7 de maio de 1987.

744 *Škaro c. Croácia*, n. 6962/13, § 24, 6 de dezembro de 2016; *Tolmachev c. Estônia*, n. 73748/13, § 52, 9 de julho de 2015; *Matysina c. Rússia*, n. 58428/10, § 153, 27 de março de 2014; *Beraru c. Romênia*, n. 40107/04, § 64, 18 de março de 2014; *Cutean c. Romênia*, n. 53150/12, § 60, 2 de dezembro de 2014; *Pichugin c. Rússia*, n. 38623/03, § 199, 23 de outubro de 2012; *Graviano c. Itália*, n. 10075/02, § 39, 10 de fevereiro de 2005; e *P.K. c. Finlândia* (dec.), n. 37442/97, 9 de julho de 2002.

745 *Damir Sibgatullin c. Rússia*, n. 1413/05, § 57, 24 de abril de 2012.

746 § 168 da sentença.

747 § 141 da sentença.

748 Os tribunais penais internacionais utilizam a avaliação da justiça geral do processo realizada pelos tribunais nacionais apenas para determinar se estes garantiram ao acusado o tempo e meios necessários para preparar a sua defesa (*Prosecutor c. Šainović et al.*, Caso n. IT-05-87-A, Judgement (Camera d'appello), 23 de janeiro de 2014, §§ 122, 135-137).

749 A breve história dessa jurisprudência da Corte pode ser encontrada através da leitura das opiniões dissidentes dos juízes Sajó e Karakaş in *AlKhawaja e Tahery*, cit.; nas opiniões concorrentes dos juízes Spielmann, Karakaş, Sajó e Keller em *Schatschaschwili*, cit.; nas opiniões parcialmente concorrentes dos juízes Sajó e Lafranque em *Ibrahim e outros c. Reino Unido* [GC], n. 50541/08 et al., CEDU 2016; e nas opiniões parcialmente dissidentes dos juízes Sajó, Lazarova Trajkovska e Vučinić, a que se acresce o juiz Turković, e a opinião parcialmente dissidente dos juízes Serghides em *Simeonovi c. Bulgária* [GC], n. 21980/04, 12 de maio de 2017.

princípio da equidade é, portanto, sacrificada para preservar uma margem de apreciação a favor das autoridades nacionais. Embora a maioria observe que é possível chegar a conclusões que divergem, tanto em um como em outro sentido, no que diz respeito às indicações fornecidas pelas duas primeiras etapas do teste, a falta de observância clara dos direitos mínimos de defesa resultará, na maioria dos casos, em um ônus excessivo para a própria defesa.

29. É verdade que o Tribunal, bem como a Comissão europeia de direitos do homem antes dela, quando se viu fazendo julgamentos de compatibilidade com o Artigo 6, §1, considerou consistentemente a equidade geral do procedimento, em termos do processo como um todo. No entanto, até o julgamento *Dvorski*⁷⁵⁰, esta operação era realizada a fim de avaliar a justiça do processo, em qualquer caso, com observância dos direitos mínimos estabelecidos pelo Artigo 6, § 3, d, da Convenção. De acordo com a abordagem tradicional, um julgamento pode ser considerado injusto como um todo, apesar de cumprir o Artigo 6, §3. Acreditar, ao contrário, que um processo pode ser considerado globalmente justo apesar de ter sido executado de forma não conforme ao Artigo 6, §3 - ou, em outros termos, que o julgamento justo pode permitir infrações ao Artigo 6, §3 - não é apenas logicamente errado, mas distorce a própria essência do Artigo 6, §3. Um exame aprofundado da jurisprudência deste Tribunal esclarecerá este ponto.

30. O método foi usado pela primeira vez na história do Tribunal Estrasburgo no caso *Nielsen c. Dinamarca*. Nesse caso, a Comissão pronunciou-se sobre as queixas relativas à alegada admissão errônea de provas médicas em um julgamento criminal. A Comissão exprimiu-se da seguinte forma: “Artigo 6, da Convenção, não define a noção de ‘justo processo’ em matéria penal. O §3 desta disposição lista alguns direitos específicos que constituem os elementos essenciais deste conceito geral [...]. No entanto, a expressão “direitos mínimos” indica claramente que os seis direitos mencionados no §3 não são exaustivos e que um processo pode não satisfazer o padrão geral de “justo processo”, mesmo se os direitos mínimos garantidos pelo §3 - e os direitos mencionados no §2 - foram respeitados”⁷⁵¹.

31. Como se isso já não fosse suficientemente claro, a Comissão considerou útil especificar o seguinte: “a relação entre a disposição geral do §1 e as disposições específicas do §3 aparentam ser as seguintes: no caso de não haver violação do §3, a questão da conformidade do processo as normas referidas no §1 devem ser decididas com base na avaliação do processo na sua totalidade [...]”⁷⁵².

750 *Dvorski c. Croácia* [GC], n. 25703/11, 20 de outubro de 2015.

751 *Nielsen c. Dinamarca*, n. 343/57, relatório da Comissão, 1960, § 52.

752 *Ibidem*.

32. Essa assimetria entre os arts. 6, §1 e 6, §3 foi reiterada pelo Tribunal no caso *Deweere c. Bélgica*, em que se afirmou que, “os vários direitos que o Artigo 6, §3, estão listados de forma não exaustiva e integram os elementos constitutivos da noção de julgamento justo em matéria penal”, vez que o requerente, naquele caso, “foi totalmente privado de tal processo (...) a questão do cumprimento dos arts. 6, §2 e 6, §3, não tem um escopo verdadeiramente significativo: é completamente absorvido pelo cumprimento do Artigo 6, §1”⁷⁵³. Novamente: um processo pode ser injusto, mesmo que seja totalmente compatível com o Artigo 6, §3, mas não há razão para acreditar que um julgamento pode ser justo se esses direitos mínimos não forem respeitados.

33. Desde então, o Tribunal aplicou o critério da equidade global do procedimento para finalidades diferentes, mas a relação entre §1 e §3 do Artigo 6, conforme indicado no julgamento *Nielsen*, parece ter constituído o fio condutor de seu raciocínio - até o julgamento *Dvorski*. Um marco nesta jurisprudência é o famoso acórdão *Barberà, Messegue e Jabardo*⁷⁵⁴, no qual a Corte concluiu que, devido a um acúmulo de falhas processuais (nenhuma das quais constituiu em si uma violação de um dos direitos explicitamente enumerados nos artigos 6, §2 e 6, §3), “o processo em questão, considerado em conjunto, não cumpria os requisitos de um julgamento justo e público”⁷⁵⁵.

34. Consequentemente, a análise da equidade geral tornou-se gradativamente onipresente, mesmo no caso de reclamações com base no Artigo 6, §3. Em alguns casos, por exemplo, o Tribunal examinou precedentes relativos ao Artigo 6, §3 do ponto de vista da avaliação do processo em sua integralidade. No caso *Goddi*⁷⁵⁶, por exemplo, o Tribunal afirmou que as garantias referidas no Artigo 6, §3 são “elementos constitutivos” da “noção geral de justo processo referido no §1” e que, portanto, “o Tribunal examinou separadamente situações de violação e, posteriormente, realizou uma avaliação global”⁷⁵⁷. Em outros casos, o Tribunal frisou a necessidade de interpretação do §3, do Artigo 6, à luz da interpretação sistemática - para garantir um justo processo. Isso surge de uma citação que tem sido frequentemente usada pela Corte:

“os diversos direitos [§3, do Artigo 6] enumerados de maneira não exaustiva representam alguns aspectos da noção de justo processo em matéria penal [...] quando se examina a compatibilidade com o §3, sua relação não deve ser perdida de vista nem distorcida”⁷⁵⁸.

753 *Deweere c. Bélgica*, n. 6903/75, § 56, 27 de fevereiro de 1980.

754 *Barberà, Messegue e Jabardo c. Espanha* (plenário), n. 10590/83, 6 de dezembro de 1988.

755 § 89.

756 *Goddi c. Itália*, n. 8966/80, § 28, 9 de abril de 1984.

757 § 28.

758 *Correia de Matos c. Portugal* [GC], n. 56402/12, § 119, 4 de abril de 2018.

35. No entanto, como revela a leitura do acórdão em que foram feitas as referidas alegações, tal raciocínio detinha objetivo completamente contrário ao que impulsiona a maioria no presente caso. No precedente *Ártico c. Itália*, onde foram elaboradas tais declarações⁷⁵⁹, a Corte parece ter feito exatamente o oposto. No caso *Ártico*, o Tribunal avaliou se a assistência jurídica que o Governo alegou ter prestado ao recorrente foi efetiva quanto aos parâmetros referidos no Artigo 6, e não apenas um direito “ilusório”. Com efeito, no acórdão o Tribunal concluiu que, apesar da nomeação de um advogado, o recorrente não teve uma assistência eficaz⁷⁶⁰.

36. Tradicionalmente, uma das principais áreas em que é usado o critério da equidade geral é o da assistência jurídica. Com o pretexto de examinar a equidade geral do processo, o Tribunal tem se distanciado de seus precedentes em favor do acusado para mover-se a uma posição mais inclinada à acusação. Até a decisão *Dvorski*, o Tribunal sempre examinou o Artigo 6, §3, (c), da Convenção com base nos princípios acima descritos. É verdade que, em alguns casos, equilibraram-se as razões que justificavam algumas restrições ao direito de escolher livremente um advogado e suas implicações em termos de justiça geral do procedimento, após verificada a existência de motivos concretos. Um marco dessa vertente jurisprudencial é constituído pelo acórdão *John Murray*⁷⁶¹, no que a Corte declarou:

“[O direito] de ter acesso à assistência jurídica desde as fases iniciais dos interrogatórios policiais, que não está expressamente previsto na Convenção, pode, no entanto, estar sujeito a restrições por motivos válidos. A questão, em qualquer hipótese, é se a restrição, à luz do desdobramento do processo como um todo, privou o acusado de um julgamento justo”⁷⁶².

37. Uma diferença essencial imediatamente vem à mente: uma vez que o direito à assistência jurídica só pode ser limitado por “válidas razões”, como em *John Murray*, a valoração do justo processo foi realizada pelo Tribunal somente após a demonstração de tais razões, uma vez que “mesmo um poder restritivo corretamente exercido é capaz de privar o réu, sob certas condições, de um julgamento justo”⁷⁶³. Além disso, o Tribunal foi extremamente cauteloso em sua avaliação da justiça geral no caso e, por fim, constatou uma violação, mas afirmou: “não cabe ao Tribunal especular sobre qual teria sido a reação do requerente ou qual teria sido a opinião do seu advogado caso esse acesso [ao advogado] não fosse negado durante a fase inicial”⁷⁶⁴.

759 *Artico c. Itália*, n. 6694/74, § 32, 13 de maio de 1980.

760 § 33.

761 *John Murray c. Reino Unido*, n. 18731/91, § 63, 8 de fevereiro de 1996.

762 § 63.

763 § 65.

764 § 68.

38. Na sentença *Salduz*⁷⁶⁵, a Corte esclareceu sua posição sobre a invalidade das restrições injustificadas ao direito a advogado. Neste famoso julgamento da Grande Câmara [Plenário], ao demandante foi negada assistência jurídica durante a detenção policial e as declarações então prestadas foram posteriormente retiradas do processo perante o juiz de instrução e o ministério público. O Tribunal reiterou o raciocínio exposto desde o julgamento de *John Murray*, afirmando:

“O direito [de se beneficiar da assistência de um advogado desde o interrogatório policial] foi considerado até o momento como sujeito a restrições em razões válidas. Em cada caso, cabe, portanto, estabelecer se há justificativa e, em hipótese afirmativa, se, à luz do processo em sua integralidade, o acusado foi ou não privado de um julgamento justo”⁷⁶⁶.

39. Resulta do parágrafo citado acima que a avaliação da justiça geral só pode ser feita após considerar se a restrição é justificada. A própria Corte tem repetidamente apontado que, antes de analisar se a restrição ao direito de ter um advogado impacta a justiça geral do processo, é necessário verificar se esta limitação deve ser considerada justificada:

“O Artigo 6, §1 exige, como regra, que o acesso a um advogado seja garantido desde o primeiro interrogatório pela polícia, a menos se demonstre, à luz das circunstâncias particulares de cada caso, razões válidas que permitam uma restrição a este direito. Mesmo quando razões válidas podem justificar excepcionalmente a negativa de acesso a um advogado, esta restrição - seja qual for a sua justificativa - não deve afetar indevidamente os direitos do acusado nos termos do Artigo 6”⁷⁶⁷.

40. Alinhado a esse raciocínio, na aplicação dos princípios gerais, o Tribunal observou:

“(…) ao negar ao requerente o acesso a advogado, a acusação estatal limitou-se a afirmar que a restrição foi prevista de forma sistemática pelas disposições legais aplicáveis. Isso por si só é suficiente para concluir que houve violação dos requisitos do Artigo 6”⁷⁶⁸.

41. As decisões em *John Murray* e *Salduz*, portanto, esclarecem que os Estados não podem limitar o acesso à assistência jurídica sem razões válidas. Como as citações acima demonstram, é realmente difícil formular qualquer outra interpretação da *ratio decidendi* subjacente a essas sentenças. O Tribunal acompanhou este processo argumentativo lógico também em 2010, concluindo que a inexistência de motivos válidos que justifiquem a limitação do direito de acesso a um advogado foi suficiente para violar o Artigo 6:

“De qualquer forma, no presente caso não são necessárias mais investigações a este respeito, uma vez que, tendo-se verificado que a limitação ao direito do requerente a um advogado ocorrida na fase preliminar foi injustificada, o Tribunal não precisa pronunciar-se sobre o efeito que tal limitação teve sobre a equidade geral do processo penal e à defesa do recorrente”⁷⁶⁹

765 *Salduz c. Turquia* [GC], n. 36391/02, §§ 12-17, 27 de novembro de 2008.

766 § 52.

767 § 55.

768 § 56.

769 *Pavlenko c. Rússia*, n. 42371/02, § 118, 1º de abril de 2010.

42. Encontra-se uma declaração igualmente direta do Tribunal em *Pishchalnikov c. Rússia*, um caso envolvendo confissões feitas pelo acusado durante a fase preliminar do processo após lhe ter sido negada assistência de um advogado⁷⁷⁰. Neste acórdão, o Tribunal examinou, em primeiro lugar, se “foi limitado o acesso do recorrente a um advogado” e se “a restrição ao direito de defesa era justificada”. Imediatamente após fazer esta dupla avaliação, o Tribunal observou o seguinte:

“Tendo constatado que a limitação do direito do requerente a um advogado não tem justificação, o Tribunal, em princípio, não é obrigado a avaliar também os efeitos desta restrição sobre a justiça global do processo penal, vez que a própria noção de equidade referida no Artigo 6, exige que o acusado seja assistido por um advogado na fase policial, a menos que a limitação de seu direito à assistência judiciária seja excepcionalmente justificada por motivos válidos”⁷⁷¹.

43. Em *Dvorski c. Croácia* a jurisprudência preocupou-se com a “negativa de escolha” do defensor, em vez de um impedimento absoluto de acesso a um advogado. Sem citar qualquer precedente do Tribunal para apoiar suas conclusões, a maioria afirmou o seguinte:

“(…) O primeiro passo deve ser estabelecer se (...) havia razões relevantes e adequadas para obstar a vontade do acusado na escolha do seu representante legal. Sem tais razões, o Tribunal deve proceder para avaliar a justiça geral do processo penal”⁷⁷².

44. Este é o primeiro caso em que o Tribunal anulou o processo sob o argumento exposto em *John Murray e Salduz*. No entanto, dois elementos precisam ser considerados. Em primeiro lugar, ao contrário dos casos anteriores, que diziam respeito à “negativa de acesso” a um advogado, em *Dvorski* há referência a “negativa de escolha” do representante legal, problema que o Tribunal considerou “menos grave”⁷⁷³. Em segundo lugar, e preponderantemente, a avaliação da equidade geral do processo parece ter sido feita com base na suspeita fundada de que as primeiras confissões do acusado, feitas na ausência de advogado livremente escolhido, tiveram “possivelmente repercussões significativas” no desenvolvimento do processo penal⁷⁷⁴. Lá a natureza desta “probabilidade” não é clara, mas sem pretender alterar o sentido da frase, pode ser compreendida como um reconhecimento de que qualquer recusa à escolha de advogado pode ter repercussões que podem comprometer a justiça do processo como um todo⁷⁷⁵. Essa leitura do julgamento *Dvorski* seria consistente, embora imperfeita, pelos princípios contidos em *Salduz*.

770 *Pishchalnikov c. Rússia*, n. 7025/04, 24 de setembro de 2009.

771 § 81.

772 *Dvorski*, cit., § 82.

773 § 81.

774 § 111.

775 Uma leitura da sentença *Dvorski* contém as opiniões concorrentes dos juízes Kalaydjieva, Pinto de Albuquerque e Turković, *Dvorski*, §19.

45. No julgamento *Ibrahim e outros c. Reino Unido*, embora a Corte afirme “querer esclarecer” o que foi afirmado no caso *Salduz*⁷⁷⁶, a Grande Câmara [Pleno] se desviou de sua jurisprudência anterior sobre o Artigo 6, §3, (c), da Convenção. O Tribunal declarou que “a ausência de razões válidas (para limitar o direito do acusado a um advogado) não determinou em si uma violação do Artigo 6”⁷⁷⁷. Na verdade, como nos casos *John Murray* e *Salduz*, acredita-se que quando “a existência for estabelecida por razões válidas, um exame da justiça de todo o processo deve ser realizado a fim de determinar se foi “justo” nos termos do Artigo 6, §1”⁷⁷⁸. No entanto, “quando não há razões válidas para limitar o acesso à assessoria jurídica, o Tribunal, ao avaliar a justiça do julgamento, deve realizar um escrutínio muito rigoroso”⁷⁷⁹. É interessante notar que a Corte não apresenta essa leitura como uma novidade, mas como a correta interpretação do acórdão *Salduz*⁷⁸⁰. Entretanto, como demonstram as opiniões individualizadas dos juízes Sajó e Laffranque em *Ibrahim e outros*⁷⁸¹, é difícil manter esta posição.

46. Contrariamente à afirmação do Tribunal, os argumentos anteriores mostram que o raciocínio do acórdão *Ibrahim e outros* contradiz a jurisprudência consolidada que foi estabelecida até o julgamento *Dvorski*. Embora argumentando que a decisão em *Ibrahim e outros* “esclareceu” e “desenvolveu” os critérios estabelecidos na decisão *Salduz*, o Tribunal de fato abandonou esse entendimento e os fundamentos edificados durante cinco décadas que separaram o decidido em *Nielsen c. Dinamarca* e julgamento de *Ibrahim e outros*. Mas, ainda pior, esta reviravolta na jurisprudência do Tribunal não se limita ao Artigo 6, §3, (c), mas também se estende à letra (d).

47. Na jurisprudência relativa à admissão de provas colhidas em violação do Artigo 3, o Tribunal tem aplicado sistematicamente uma regra fixa muito clara, invalidando os processos com base em tais provas⁷⁸². Menos clara é a posição do Tribunal em relação à admissão de provas recolhidas em violação do Artigo 8 da Convenção⁷⁸³. No entanto, em casos relativos à inquirição de testemunhas nos termos do Artigo 6, §3, (d), o Tribunal por vezes procedeu a uma análise da equidade geral do processo⁷⁸⁴. Na verdade, para salvar o *Justice Criminal Act* de

776 *Ibrahim e outros*, cit., § 257.

777 § 262.

778 § 264.

779 § 265.

780 §§ 260 e 262.

781 Ver opiniões parcialmente dissidentes e parcialmente concorrentes dos juízes Sajó e Laffranque.

782 *Jalloh c. Alemanha* [GC], cit., § 99.

783 Na minha opinião parcialmente concorrente exposta no caso *Dragoș Ioan Rusu c. Romênia*, n. 22767/08, 31 de outubro de 2017, junto ao juiz Bošnjak, já sustentei a necessidade de adotar uma abordagem mais rigorosa em relação à admissibilidade de provas obtidas em violação ao Artigo 8 da Convenção.

784 *Al-Khawaja e Tahery* [GC], cit., § 143, com referência a *Salduz c. Turquia* [GC], cit., § 50.

2003 e para responder às críticas “provocativas” da Suprema Corte do Reino Unido no caso *Horncastle*⁷⁸⁵, a decisão proferida em *Al-Khawaja e Tahery* afastou-se da regra da “prova única ou determinante”, segundo a qual um julgamento não poderia ser considerado justo se a condenação se baseasse exclusiva ou decisivamente em provas fornecidas por uma testemunha não submetida, em qualquer fase do processo, ao contraditório pela defesa. De fato, a Grande Câmara [Plenário] contradisse a jurisprudência estabelecida sobre a natureza absoluta da regra de “evidência única ou decisiva”, em vigor desde o julgamento *Doorson*⁷⁸⁶. Uma abordagem tão “inflexível” que envolve a não participação no julgamento das testemunhas de acusação e a posterior admissão das declarações não contraditadas como prova seria contrária, segundo o Tribunal, à sua posição tradicional sobre a necessidade de avaliar a equidade geral do processo⁷⁸⁷. Como tudo agora é negociável, o tribunal não estabeleceu um limite claro para que uma condenação baseada no depoimento de uma testemunha, colhido na fase preliminar do procedimento, sem contraditório, seja injustificável. Também as provas proibidas na Idade Média, como as declarações de um sujeito terminal, também podem ainda ser usadas⁷⁸⁸.

48. Menos de quatro anos após a decisão no caso *AlKhawaja e Tahery*, a Grande Câmara precisou intervir novamente no caso *Schatschaschwili c. Alemanha*, uma vez que não estava claro se um julgamento deveria ser considerado injusto simplesmente porque não houve razões válidas para o indeferimento à oitiva de testemunha, no caso de esta prova não ser única nem decisiva. A cura foi pior do que a doença. Com uma decisão não unânime, o Tribunal Pleno argumentou que a ausência de razões válidas para o indeferimento de uma prova testemunhal não poderia, por si só, tornar um julgamento injusto⁷⁸⁹. Como denunciaram os juízes Spielmann, Karakaş, Sajó e Keller em suas opiniões divergentes, entender que a abordagem de três fases seria redundante sempre que a equidade geral fosse alcançada, privaria as autoridades nacionais de orientações claras sobre como aplicar os critérios identificados em *Al-Khawaja e Tahery*, e também os deixaria excessivamente discricionários⁷⁹⁰. Para complicar as coisas, a maioria, há época, acrescentou que o equilíbrio de elementos congruentes é

785 Mike Redmayne, “Hearsay and Human Rights: Al-Khawaja in the Grand Chamber” (2012) 75(5) *Modern Law Review* 865, 869.

786 *Doorson c. Países Baixos*, n. 20524/92, TEDH 1996-II, § 76, seguido por *Van Mechelen e outros c. Países Baixos*, n. 21363/93 e outros, CEDU 1997-III, § 55; *AM c. Itália*, n. 37019/97, CEDU 1999-IX; *Lucà, cit.*, § 40; *PS. c. Alemanha*, n. 33900/96, § 24, 20 de dezembro de 2001; e *Vladimir Romanov c. Rússia*, n. 41461/02, § 100, 24 de julho de 2008.

787 *Al-Khawaja e Tahery*, cit., § 146, e *Schatschaschwili*, cit., §§ 106 e 112.

788 Como sublinhou Ulrich Sommer em “Das Konfrontationsrecht ...”, cit., p. 28, com referência a sentença *Al-Khawaja e Tahery*, cit., § 160.

789 § 113.

790 Veja-se a opinião concorrente dos juízes Spielmann, Karakaş, Sajó e Keller em *Schatschaschwili c. Alemanha* [GC], cit., §§ 17-18.

necessário, mesmo quando as declarações de uma testemunha não contraditadas têm peso significativo⁷⁹¹. Essa decisão fecha o círculo, na medida em que abraça a avaliação sobre a justiça geral do processo [também] nos casos em que nenhuma testemunha de defesa seja ouvida.

49. Mesmo no caso de, por hipótese, se desejar aderir ao parecer da maioria em relação à necessidade de certa flexibilidade na jurisprudência da Corte relativa ao Artigo 6 da Convenção, haveria um forte risco de inconsistência lógica. A justiça do processo pode ser objeto exclusivamente de uma avaliação processual: um procedimento não é justo porque o culpado foi condenado ou o inocente absolvido, pela simples razão de que não há outra forma de verificar legalmente se o culpado era culpado, exceto pelo próprio julgamento. A justiça criminal não se identifica com a justiça ontológica e os juízes no processo penal não são divindades. Um procedimento é justo quando as regras processuais fundamentais são respeitadas. Nesse sentido, é difícil saber o que significa, na prática, a avaliação da justiça do procedimento como um todo. Isso poderia significar dizer que o Tribunal é obrigado a examinar se a limitação do direito em discussão tem ou não impedido a averiguação da verdade factual, mas isso significaria necessariamente que o Tribunal tem uma consideração extraprocessual da verdade factual, que é juridicamente impossível.

50. Uma avaliação mais modesta da equidade geral levaria aos mesmos resultados controversos. Pode-se dizer que a violação é “sanada” quando não afetou de forma alguma o resultado do processo, ou seja, quando o requerente seria declarado culpado e condenado em qualquer caso, mesmo que o processo não fosse falho. Mas isso é logicamente impossível, mesmo supondo que essa avaliação possa ser feita sem recorrer a uma versão ilegítima procedimental da verdade factual. Ao realizar este teste, o Tribunal seria chamado a examinar a justiça de um procedimento que não deveria acontecer como aconteceu: por exemplo, se o acusado tivesse sido capaz de escolher seu advogado, ou se tivesse atuado em causa própria, então o processo provavelmente teria seguido um caminho diferente, o réu teria feito declarações diferentes, várias provas seriam permitidas, etc. Em última análise, como registrou a Suprema Corte dos Estados Unidos, “a análise do erro inofensivo [ou, no jargão do Tribunal, “da justiça global”] nessas circunstâncias seria uma busca especulativa do que poderia ter acontecido em um universo alternativo”⁷⁹².

51. Com efeito, a própria Corte há muito reconheceu a existência de obstáculos lógicos a este tipo de apreciação. Já em 1980, o tribunal examinou um

791 § 116. Na opinião dissidente exposta no caso *Schatschaschwili*, cit., o juiz Kjøllbro criticou a maioria por introduzir uma terceira categoria (aquela de que haveria um peso significativo) em acréscimo às categorias precedentes (prova única e determinante).

792 Corte Suprema dos Estados Unidos, *Estados Unidos c. Gonzalez-Lopez*, 548 U.S. 140, 149 (2006).

caso envolvendo uma pessoa que não recebeu assistência jurídica eficaz pelo advogado fornecido pelo Estado. Nesse caso, a acusação estatal alegou que a falta de assistência jurídica era irrelevante, pois a presença de um advogado não teria mudado em nenhum caso o destino do requerente. Segundo o Estado demandado, “para que haja violação do Artigo 6, §3, (c), a falta de assistência jurídica deve realmente ter prejudicado o acusado”⁷⁹³. O Tribunal, a princípio, demonstrou que discorda: “a necessidade dessa prova [de que a assistência efetiva de um advogado teria beneficiado o requerente] não é compatível com o texto do Artigo 6, §3, (c); uma interpretação que introduziu tal exigência dentro do parágrafo citado priva-o de seu conteúdo substancial. De forma mais geral, pode-se presumir que houve uma violação [do Artigo 6, §3, (c)], mesmo na ausência de prejuízo”⁷⁹⁴. Na decisão de *John Murray*, o tribunal respondeu ainda mais explícita a uma objeção semelhante por parte da acusação estatal, esclarecendo que “a Corte não é obrigada a especular sobre qual teria sido a reação do requerente, ou sobre qual teria sido a opinião do advogado se o acesso à defesa não houvesse sido negado durante esta fase inicial”⁷⁹⁵. A Grande Câmara [Plenário] tem reiterado esse entendimento, replicando-o quase literalmente na decisão em *Salduz*⁷⁹⁶.

52. Mesmo se quisermos ignorar essas sérias inconsistências lógicas inerentes à motivação expressa pela maioria no presente caso, o critério da justiça geral é, por definição, subjetivo e, portanto, particularmente impreciso. Por causa dessa característica, esse critério não se presta a uma aplicação minimamente previsível. Pela mesma razão, este critério é totalmente inadequado para orientar tribunais internos em seu julgamento sobre a observância da Convenção: dizer a um tribunal interno que os julgamentos devem ser conduzidos de uma maneira “justa em termos gerais” não acrescenta muito aos tribunais nacionais. Nos tribunais nacionais - entre aqueles que determinam o procedimento e aqueles que apenas o reexaminam - divergências compreensíveis podem surgir sobre o significado a ser atribuído ao termo “justo”, tanto em casos individuais como no geral. O mesmo contraste poderia surgir entre os tribunais de origem e a Corte. Rejeitar o julgamento de “Equidade” conduzido pelos tribunais nacionais parece menos compatível com o princípio da subsidiariedade do que apurar violações distintas de direitos processuais específicos, conforme definido na Convenção ratificada pelos Estados-Membros. Permitir que os estados violem disposições estritas como as referidas no Artigo 6, §3, através do uso de uma noção tão vaga facilita as violações do Artigo 6, em vez de evitá-las.

793 *Artico c. Italia*, cit., § 35.

794 *Ibidem*.

795 *John Murray*, cit., § 68.

796 *Salduz*, cit., § 58 (“A tarefa da Corte não é especular o impacto que a ausência de um advogado durante a custódia cautelar pela polícia teria sobre o procedimento subsequente”).

53. Para perceber a ambiguidade do conceito de “equidade geral”, basta ler o acórdão *Ibrahim e outros*, no qual o Tribunal elaborou uma “lista não exaustiva de fatores”⁷⁹⁷ relevantes para efeitos de equidade. Esses fatores incluem, além da “existência na lei e nas práticas internas de garantias processuais específicas”, avaliações específicas (como aquelas relacionados à idade e capacidade mental do acusado), mas também outros “fatores”, tão amplos que não diferem da imprecisão do conceito de equidade geral. Por exemplo, o Tribunal afirma que levará em consideração o “quadro jurídico que rege a fase preliminar ao julgamento” e a “qualidade das provas (...) levando em consideração o grau e a natureza de qualquer coação”. Este é um parâmetro que dimensiona o tamanho do problema: aparentemente preciso, mas concretamente incapaz de fornecer qualquer orientação. Isso é provado pelo fato que, um ano depois, ao avaliar a justiça do processo em *Simeonovi c. Bulgária*⁷⁹⁸, o próprio Tribunal não examinou todos os elementos acima. A falta de segurança jurídica é agravada em caso de recusa à convocação de testemunhas de defesa, conforme a lista de dez elementos relevantes para a avaliação da justiça geral do processo elaborada no julgamento de *Ibrahim e outros*⁷⁹⁹, que foi completamente ignorada no caso em espécie e nenhum esforço foi feito para substituí-la por uma lista alternativa.

54. Se a falta de clareza por si só torna a análise acerca da justiça geral um perigoso cheque em branco para os tribunais nacionais, há, no entanto, um fator ainda mais insidioso que merece particular atenção: “a relevância do interesse público subjacente à investigação e à punição de ofensa específica em questão”⁸⁰⁰. Não é necessário adotar uma perspectiva estritamente deontológica para entender por que esse tipo de raciocínio deve ser proibido em um tribunal. A gravidade e a natureza de crimes podem induzir os Estados a estabelecer disposições processuais específicas e, mais particularmente, nenhuma disposição da Convenção deveria ser interpretada como um obstáculo à luta contra o terrorismo, ao crime organizado e a outros graves tipos de ofensas. No entanto, é seriamente preocupante indicar este fator entre aqueles relevantes para a avaliação de justiça geral do processo. Gostaria de salientar que o decidido em *Ibrahim e outros* não se refere ao interesse público subjacente à investigação e punição do “tipo de crime em questão”, mas sim do “crime específico em questão”. Tal abordagem poderia ser interpretada no sentido de implicar que os acusados têm o direito a uma graduação diferente no julgamento acerca da justiça do procedimento conduzido contra eles, não apenas de acordo com o crime ao qual são acusados,

797 *Ibrahim e outros*, cit., § 274.

798 *Simeonovi*, cit., §§ 132-144.

799 *Ibrahim e outros*, cit., § 274.

800 § 274.

mas também sob consideração do interesse público que é destacado em seu caso. Seria o paradigma perfeito da “justiça privada”, mais inclinado a aplicar uma sanção punitiva do que a garantir a condução de um julgamento justo. Embora não acredite que o Tribunal tenha pretendido isso, é significativo o fato de que em um parágrafo concebido como pedagógico se encontra tal ambiguidade. Em qualquer caso, não é claro o que o Tribunal poderia ter pretendido ao usar este tipo de argumento. Isso poderia significar que os estados gozam de uma certa margem de discricionariedade na imposição de regras processuais mais restritivas ao lidar com crimes que envolvem interesses particularmente sensíveis. Nessa hipótese, no entanto, a questão deveria ter sido avaliada no contexto da parte da decisão que se dedica a examinar as razões apresentadas pela acusação estatal para justificar a restrição. Considere-se que isso implica atribuir ao fator da relevância do interesse público um peso duplo, o que equivale a reduzir pela metade a importância da justiça do processo.

55. Da mesma forma, na lógica do acórdão *Ibrahim e outros*, a avaliação da justiça geral implicaria o dever da Corte em analisar todo o material contido no expediente criminal⁸⁰¹ - em particular, as provas em que se baseia a condenação - e realizar uma dupla avaliação para verificar, em primeiro lugar, se essas provas teriam sido recolhidas mesmo que o direito do requerente à defesa não tivesse sido violado e, em segundo lugar, se essas provas poderiam razoavelmente levar à condenação do acusado, mesmo que ele tivesse sido assistido por um advogado de sua escolha. Tais avaliações, de natureza hipotética, não podem ser realizadas sem um conhecimento profundo do direito processual nacional e, em particular, de regras para avaliação e admissibilidade de provas. No entanto, não parece que o Tribunal disponha dos instrumentos adequados para o desempenho da referida atividade sem, ao mesmo tempo, comprometer o respeito pela competência dos Estados partes na definição de seus próprios sistemas processuais.

56. Finalmente, se a função das decisões do Tribunal é fornecer diretrizes às autoridades nacionais, pedir aos tribunais nacionais que conduzam seus julgamentos respeitando o cânone de justiça geral não é muito funcional para esse propósito. E isso não só pela imprecisão do conceito, mas, sobretudo, porque, considerando as diversas atividades em que o processo é realizado, por diferentes autoridades e em diferentes momentos no tempo, os tribunais não podem controlar os desdobramentos. Por exemplo, um juiz ou promotor que não permite o acusado de indicar um advogado na fase de investigação preliminar não pode saber com antecedência se o restante do julgamento, conduzido por autoridades diferentes, ocorrerá de forma “suficientemente justa” para compensar a alegada

801 § 274. Veja-se *Al-Khawaja e Tahery*, cit., § 143.

violação da Convenção. A impossibilidade de avaliar a justiça geral de um processo deve ser considerada, dentro do próprio processo, como um sinal claro da fragilidade do critério afirmado pelo Tribunal.

O princípio contraditório na Convenção

57. As considerações anteriores aplicam-se aos direitos referidos no Artigo 6, §3, (d)⁸⁰², que são manifestações do princípio da equidade e não meras recomendações. Esses direitos têm suas raízes no - princípio comum aos sistemas jurídicos europeus - da urgência contraditória na produção e avaliação da prova (Unmittelbarkeitsgrundsatz), de que deriva a proibição de testemunhos no sentido contrário. Segundo este princípio, a apreciação direta de provas testemunhais pelo juiz representa o instrumento filosoficamente mais adequado para chegar o mais perto possível da verdade. A importância deste princípio é comumente reconhecida mesmo além das fronteiras europeias, por diferentes sistemas de direito penal, sejam eles de natureza acusatória ou inquisitória. Embora os sistemas acima mencionados difiram uns dos outros em termos de métodos de implementação do princípio do contraditório à prova, nenhum deles questiona o seu reconhecimento⁸⁰³. Analisando os princípios comuns aos Estados e a jurisprudência consolidada da Corte, parece que o princípio do contraditório probatório exige a adesão dos juízes às seguintes diretrizes, que não apenas descrevem os padrões a serem seguidos no controle judicial posterior, mas representam os critérios a serem usados na avaliação da elegibilidade de potenciais provas durante o julgamento:

Diretriz n. 1: o princípio da urgência exige que a prova testemunhal seja prestada em tribunal perante o juiz competente e, que conseqüentemente, todas as medidas possíveis - se necessário coercitivas - sejam adotadas para assegurar o comparecimento à audiência das testemunhas ausentes⁸⁰⁴.

Diretriz n. 2: o critério de avaliação de cada solicitação de oitiva ou contradita de testemunhas - que é o mesmo para acusação ou defesa - baseia-se na relevância *prima facie* da testemunha em relação ao resultado do julgamento e em

802 Veja-se: Ulrich Sommer, "Das Konfrontationsrecht des Artigo 6 Abs. 3 lit. d MRK - "to examine the witness", cit., pp. 4-32; Ian Dennis, "The right to confront witnesses: meanings, myths and human rights" (2010) *Criminal Law Review* 255-274; Kweku Vanderpuye, "Traditions in Conflict: The Internationalization of Confrontation" (2010) 43 *Cornell International Law Journal* 513-583; John Spence, "The European Right to Confrontation in Criminal Proceedings - Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses" (2007) 32 *European Law Review* 275-278; Maffei, *The European Right to Confrontation in Criminal Proceedings: Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses*, Groningen, Europa Law, 2006.

803 Veja-se: Sebastian Bürger, "Unmittelbarkeitsgrundsatz und kontradiktorische Beweisaufnahme" (2016) 128 (2) *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 518-546; e Daniela Dembo, *Menschenrecht auf Verteidigung und Fairness des Strafverfahrens auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene*, Berlin, Duncker Humboldt, 2014.

804 Com relação aos testemunhos da acusação, veja-se: *Delta c. França*, n. 11444/85, Serie I N. 191-A, § 37, e *Pello c. Estonia*, n. 11423/03, §§ 34 e 35, 12 de abril de 2007; com relação aos testemunhos da defesa, veja-se: *Polufakin e Chernyshev c. Rússia*, n. 30997/02, § 207, 25 de setembro de 2008.

relação à posição da parte que solicita a oitiva. É uma avaliação exclusivamente *ex ante*. Consequentemente, ao avaliar qualquer pedido de oitiva ou contradita de testemunhas, o juiz não está autorizado a antecipar o resultado do exame, a menos que isso aconteça a favor do acusado.

Diretriz n. 3: um depoimento prestado na fase preliminar pode ser lido em tribunal e usado como base para decisão apenas em circunstâncias excepcionais. O princípio da legalidade processual exige que a falta de audição ou contradita da testemunha ou a leitura em de suas declarações são justificadas por uma lista exaustiva de motivos válidos. Essa lista de razões inclui duas categorias de testemunhas: testemunhas que não podem ser ouvidas e testemunhas que precisam de proteção. A primeira categoria de testemunhas é composta pelas seguintes subcategorias: 1) óbito⁸⁰⁵; 2) incapacidade física, mental ou enfermidade⁸⁰⁶; 3) desaparecimento⁸⁰⁷; 4) residência no exterior ou viagem fora do território nacional⁸⁰⁸; 5) direito ao silêncio⁸⁰⁹; 6) respaldo a não autoincriminação⁸¹⁰; e 7) isenção por motivos de parentesco⁸¹¹. A categoria de testemunhas que precisam de proteção é composta de duas subcategorias, dependendo se é necessário proteger: 1) vida ou a integridade física da testemunha⁸¹²; ou 2) a saúde de uma testemunha em condições de vulnerabilidade⁸¹³. Esta lista de razões válidas deve distinguir se as declarações foram feitas perante um juiz, promotor ou a polícia. Uma declaração à polícia ou promotor em fase de investigação não pode ser igualada, em termos de confiabilidade e precisão, a uma declaração feita perante o juiz. A lista de razões válidas e adequadas para justificar a leitura das declarações da testemunha ausente deve ser mais ampla quando o depoimento foi feito por um juiz, embora deva ser mais restrito quando foi colhido por um promotor ou pela polícia.

Diretriz n. 4: quando há motivo válido para não convocar ou ouvir uma testemunha e consequente autorização para leitura das declarações anteriores, o juiz deve garantir que medidas compensatórias suficientes sejam adotadas para equilibrar as desvantagens impostas à defesa, como uma audiência especial antes do julgamento, durante a qual a testemunha seja ouvida de forma contraditória.

805 *Ferrantelli e Santangelo c. Itália*, n. 19874/92, CEDU 1996-III.

806 *Bricmont c. Bélgica*, n. 10857/84, Serie A, n. 158.

807 *Artner c. Áustria*, n. 13161/87, Serie A n. 242-A.

808 *Schatschaschwili*, cit., § 155, e *Nechto*, cit.

809 *Lucà*, cit.

810 *Vidgen c. Países Baixos*, n. 29353/06, 10 de julho de 2012.

811 Esta situação que está em relevo na sentença *Unterpertinger c. Áustria*, n. 9120/80, Serie A n. 110, e na sentença *Asch c. Áustria*, n. 12398/86, Serie A n. 203. A Corte, nesses dois casos, concluiu de forma contraditória, como foi evidenciado na opinião dissidente dos juizes Evans e Bernhardt no segundo dos dois casos citados.

812 *Kostovski c. Países Baixos*, n. 11454/85, Serie A n. 166.

813 *P.S. c. Alemanha*, cit.

ria⁸¹⁴. Medidas que forneçam uma indicação ao juízo para atribuir menor peso às declarações sobre as quais não foi realizada contraprova⁸¹⁵, nem houve possibilidade de o acusado contestar ou refutar as declarações durante seu próprio interrogatório ou de outros⁸¹⁶.

Diretriz n. 5: mesmo quando medidas compensatórias suficientes tenham sido adotadas para compensar as desvantagens impostas ao acusado, o juiz não pode fundamentar sua decisão, exclusiva ou decisivamente, no depoimento de uma testemunha ausente na fase judicial e prestado na fase preliminar⁸¹⁷. Uma motivação desse tipo negaria a essência do princípio da audiência contraditória na produção da prova.

Diretriz n. 6: quando o juiz se depara com uma contradição entre as declarações feitas pela testemunha na fase preliminar e aqueles prestados no decurso do julgamento, o princípio contraditório requer que mais peso seja dado a este último.

Diretriz n. 7: os precedentes são limites que não podem ser ultrapassados pelos juízes internos, sob pena de violação do princípio de audiência contraditória e a conseqüente injustiça do processo. Nenhuma evidência coletada em violação das diretrizes acima, pode ser usado pelo juiz para efeitos da decisão de origem, a menos que a legislação nacional permita a possibilidade de um acordo entre a acusação e a defesa relativamente à leitura em curso da audiência das provas adquiridas preliminarmente.

A aplicação das normas da Convenção à testemunha A

58. A Testemunha A. era um agente de polícia do Departamento de Crime Organizado e sempre agiu com base nas instruções recebidas de seus superiores. A própria acusação estatal descreveu o seu papel da seguinte forma: “a função desempenhada pelo Sr. A. nos eventos em questão foi, portanto, limitado a facilitar o exercício de investigações contra a requerente do ponto de vista técnico”⁸¹⁸. Na verdade, a requerente era objeto de uma operação secreta de vigilância, nesse contexto, a testemunha A. desempenhou as funções de agente secreto cujas atividades relacionaram-se à coleta de todo o compêndio probatório, principalmente

814 *Schatschaschwili*, cit., § 162, e *Melnikov c. Rússia*, n. 23610/03, § 80, 14 de janeiro de 2010.

815 *Al-Khawaja e Tahery*, cit., § 164; veja-se os §§ 156 e 157. Uma cuidadosa avaliação da prova não é suficiente (*Hulki Günes c. Turquia*, n. 28490/95, § 95, 19 de junho de 2003).

816 *Paic c. Croácia*, n. 47082/12, § 51, 29 de março de 2016.

817 Veja-se acima, nota n. 88.

818 Veja-se a observação da acusação estatal em 28 de novembro de 2017, p. 21. Não obstante considere a testemunha A. como uma testemunha defensiva (observação, § 8), em realidade a acusação estatal trata essa testemunha como uma testemunha de acusação (observações nos §§ 115 e 116).

através de gravações de vídeo feitas no alojamento que a acusada compartilhou com C. e Ku.

59. A qualificação da testemunha A. é problemática. Embora A. tenha sido ouvido na fase preliminar a pedido da requerente, foi o ministério público que solicitou a leitura de suas declarações em juízo - nas quais o tribunal baseou a condenação. O fato de os tribunais nacionais não terem procedido ao exame profundo do valor probatório das declarações de A., de forma alguma exclui a natureza problemática de sua qualificação. A peculiaridade do presente caso reside no fato de os argumentos recursais basearem-se na existência, ou não, de suposta atitude indutiva e indevida por parte da polícia a justificar a absolvição da requerente.

60. A própria recorrente reiterou, durante o julgamento, que insistiu em obter o confronto com a testemunha A., mas sem sucesso⁸¹⁹. Não foram tomadas medidas adequadas nem para identificar onde se encontrava A., que participou da operação secreta de vigilância contra a acusada, nem para obter a sua presença na audiência⁸²⁰. O juiz simplesmente concluiu que todas as provas contra a acusada eram admissíveis e a Corte russa confirmou as conclusões sem maiores explicações. Em relação à alegação da recorrente de que foi submetida a uma operação forjada, a Corte limitou-se a afirmar que “não concordar”, sem maiores motivações a respeito⁸²¹. Nem a acusada nem os seus advogados estiveram presentes à oitiva da testemunha A. durante as investigações preliminares. A defesa não teve oportunidade de questioná-la nem na polícia, nem durante o julgamento. Considerando a ausência de renúncia à oitiva de A. ou de consentimento válido para a leitura dos depoimentos da testemunha ausente nos termos do Artigo 281, §1, do Código de Processo Penal Russo, aplica-se o segundo parágrafo da mesma disposição. Cabia à autoridade judicial verificar se o não comparecimento da testemunha A. era justificado por motivos válidos e, em caso negativo, garantir que a testemunha se apresentasse, por exemplo, fazendo uso de seus poderes coercitivos.

61. É claro que nenhuma razão válida pode ser invocada nos termos do Artigo 281, § 2 para justificar a falta de convocação da testemunha A. à audiência. O Código de Processo Penal russo prevê expressamente exemplos de razões válidas, bem como uma cláusula geral que se refere a “outras circunstâncias excepcionais”. Estes são critérios semelhantes aos estabelecido pelo Tribunal no acórdão *Al-Khawaja e Tahery*. Além disso, como muitos outros códigos de processo penal

819 § 57 da sentença.

820 Veja-se, ao contrário, *Bykov c. Russia* [GC], n. 4378/02, § 97, 10 de março de 2009.

821 Veja-se o § 58 das observações apresentadas pela recorrente à Grande Câmara.

na Europa, a disposição do código russo não faz distinção entre testemunhas de defesa e testemunhas de acusação.

62. A este respeito, o Tribunal concluiu que “quando um réu declara ter sido induzido a cometer crime, o juiz criminal deve examinar cuidadosamente os autos, objetivando que o julgamento seja considerado justo nos termos do Artigo 6, §1, da Convenção, e que quaisquer provas obtidas por instigação da polícia sejam ser excluídas”⁸²². Para aplicar estes princípios ao caso em apreço, segue-se que o órgão jurisdicional nacional detém obrigação específica ao exame cuidadoso das provas em relação às quais houve suposta indução pela polícia, a fim de ser capaz de excluir a parte da prova efetivamente correspondente à irregularidade. Esta obrigação decorre não só de a requerente ter declarado, em sua defesa, ter percebido uma “provocação” por parte de agências oficiais, mas também pelo forte envolvimento de A. no caso, como restou evidente tanto em sua própria declaração preliminar quanto nas gravações de vídeo obtidas por meio de câmeras de vigilância escondidas no apartamento da recorrente. Outro indício importante que deveria ter dissipado quaisquer dúvidas sobre a obrigação de investigar o possível envolvimento da testemunha A. nos crimes alegados contra a acusada foi representado pelo depoimento da testemunha V., que declarou que alguns dos livros de propriedade da requerente e relativos a “caminhos da Jihad” foram entregues a ela por A., um de seus conhecidos⁸²³.

63. Por fim, no interrogatório realizado durante o julgamento, a testemunha V. fez declarações que contradizem as feitas na fase das investigações preliminares⁸²⁴ e a testemunha Ku. retratou as declarações feitas na fase investigatória, afirmando que, ao contrário do que afirmara a princípio, a recorrente não a encorajou a se tornar “kamikaze”⁸²⁵. Em resumo, a testemunha V. no decorrer do julgamento afirmou que a requerente a estimulou e a Ku. tornarem-se “kamikazes”, enquanto a testemunha Ku. negou tal afirmação de V., sustentando que a requerente não a havia pressionado a se tornar terrorista. À luz destas contradições, as declarações feitas por ambas as testemunhas durante as investigações foram lidas no curso do julgamento. Finalmente, o tribunal usou as declarações feitas na polícia pelas testemunhas V. e Ku. e somente as declarações de V. realizadas durante o julgamento⁸²⁶.

64. A maioria conclui que a recorrente pôde valer-se de outros meios processuais, sem referir à importante questão sobre como a oitiva da testemunha

822 *Ramanauskas c. Lituania* [GC], n. 74420/01, § 60, 5 de fevereiro de 2008.

823 § 29 da sentença.

824 § 31 da sentença.

825 § 32 da sentença.

826 §§ 58 e 60 da sentença.

A. poderia ter ajudado à defesa. Ao contrário do que sustenta a maioria⁸²⁷, o propósito processual subjacente ao confronto com aquela testemunha não poderia ter sido alcançado com o comentário às declarações da testemunha durante a investigação, nem, por exemplo, questionando outras testemunhas sobre acontecimentos em que a testemunha A. esteve envolvida. O fato de o Tribunal ter respeitado os demais direitos processuais do acusado deveria ser considerado uma obviedade, não como um argumento adequado para interferir na avaliação acerca da violação de algum outro direito da acusada. Os direitos não devem ser confundidos com garantias processuais inertes. Ao abraçar esta tese, a maioria - apesar de acreditar que o juiz nacional é mais adequado do que o Tribunal para se pronunciar sobre a necessidade da prova - ignora a proibição de antecipar o resultado do exame da prova (*Verbot der Beweisantizipation*). Usando como argumento que a requerente poderia ter utilizado outros tipos de provas, a maioria antecipa o resultado do interrogatório da testemunha A., ao considerar que este último não modificaria de forma alguma o conteúdo do declarações feitas na fase de investigação.

A aplicação das normas da Convenção às testemunhas B. e K.

65. B. e K. foram “testemunhas do procedimento - custodiá” (“attesting witness”). Em princípio, o status de “testemunha do procedimento” é problemático em termos de compatibilidade com a Convenção. De acordo com o Artigo 60 de Código de Processo Penal da Federação Russa, uma “testemunha do procedimento” é “uma pessoa que não tem interesse no resultado dos procedimentos criminais”; tem o direito de participar da investigação e emitir comentários. Tais comentários devem ser verbais. Uma “testemunha do procedimento” também tem o direito de acessar o relatório dos atos de investigação realizados em sua presença⁸²⁸. Entretanto, uma vez que a lei não exige que a “testemunha do procedimento” seja detentora de conhecimentos jurídicos, esta pode não ser capaz de opinar, ou verificar a legitimidade do procedimento seguido pela acusação. Esta circunstância, obviamente, reduz muito o valor da “testemunha do procedimento”. Mesmo que detenha qualificações legais, certamente não pode substituir as garantias relacionadas à assistência judiciária do investigado ainda não formalmente acusado. Além disso, existe um risco real de que a acusação faça uso indevido da “testemunha do procedimento”, pois é razoável prever que o promotor escolherá pessoas em quem confia e que não lhe causem problemas. Além disso, quando é levada ao tribunal para ser questionada, a “testemunha do procedimento” pode ser induzida a reproduzir o que ouviu de testemunhas

827 § 99 da sentença.

828 § 108 das observações da acusação estatal em 28 de novembro de 2017.

oculares, do acusado ou indiciado, no curso dos atos investigativos. Esse tipo de verificação corresponderia a um uso indevido da “testemunha do procedimento” como testemunha do fato. Para ser compatível com sua função processual, a oitiva da “testemunha do procedimento” deve ter por objeto apenas as circunstâncias em que as medidas de investigação foram realizadas e a forma como foram conduzidos. Por fim, este Tribunal já observou que a ausência de uma “testemunha do procedimento” não viola o Artigo 6, §§ 1 e 3, d), da Convenção, uma vez que “aparentemente a contribuição das testemunhas certificadoras, procedimentais, é limitado a declarações sobre os métodos de realização das atividades de investigação” e “suas declarações não se referem, substancialmente, como fundamento para a condenação dos recorrentes”⁸²⁹.

66. No caso em apreço, as “testemunhas do procedimento” B. e K. foram convidadas a acompanhar às buscas na bolsa da recorrente. Os critérios utilizados na escolha desses dois específicos indivíduos e a colheita ou não de juramento, são ignoradas. As testemunhas B. e K. não foram ouvidas durante as investigações preliminares e não houve acareação com a recorrente. Os advogados de defesa solicitaram a presença delas a juízo, respeitando os termos da lei, para apurar exatamente quais foram as circunstâncias em que se deu a revista pessoal e a custódia. A requerente não insistiu no pedido de oitiva dessas testemunhas, mas aderiu ao requerimento dos seus advogados, segundo os quais o ato era necessário⁸³⁰. O juízo de origem rejeitou o pedido da defesa sem fundamentação. Em sua decisão, não mencionou B. e K., mas fez referência apenas aos depoimentos dos agentes de patrulha e dos agentes na delegacia polícia, que negaram a colocação de explosivos na bolsa da requerente. No relatório oficial, referiu-se apenas que a busca pessoal precedeu a coleta das impressões digitais⁸³¹. A Corte Suprema [apelaçãp], por sua vez, argumentou que a presença de testemunhas na audiência B. e K. era desnecessária, uma vez que a requerente argumentou que os explosivos haviam sido colocados em sua bolsa antes de sua chegada⁸³². Com isso, a acusação estatal⁸³³ e os tribunais russos, impediram os depoimentos das testemunhas cuja oitiva a defesa havia solicitado, afirmando que eram providências redundantes, já que se tratava de elementos já disponíveis aos Tribunais⁸³⁴.

829 *Shumeyev e outros c. Rússia* (dec.), n. 29474/07, 8669/09 e 55413/10, § 37, 22 de setembro de 2015.

830 § 52 da sentença.

831 § 61 da sentença.

832 § 67 da sentença.

833 § 107 das observações da acusação estatal à Grande Câmara.

834 § 42 da sentença pela Câmara. Tais conclusões foram divergentes na mesma Câmara (v. § 98 da sentença pela Câmara). Estranhamente, essa circunstância não é reportada na seção dedicada à reconstrução dos fatos contida na sentença pela Grande Câmara. Entretanto, o argumento é novamente usado pela acusação estatal à Grande Câmara (v. § 135 da sentença).

67. Ao contrário do que afirma a maioria⁸³⁵, não é verdade que o pedido da defesa para ouvir as testemunhas B. e K. durante o julgamento “não continha nenhum argumento particular de fato ou de direito”: continha tanto uma indicação do objeto fático do interrogatório (as circunstâncias exatas em que a busca foi realizada) quanto uma indicação de sua finalidade processual (estabelecer se o explosivo tinha sido inserido nos objetos pessoais da requerente)⁸³⁶. Além disso, ao solicitar a intimação de testemunhas defensivas, a defesa não é obrigada a “indicar em termos concretos” como o depoimento pode lhe beneficiar⁸³⁷. Isso equivaleria a solicitar divulgação da estratégia defensiva e, em particular, aquela que se pretende implementar durante a colheita da prova testemunhal. O que coloca ainda mais problemas é o fato de que tal indicação não é exigida da acusação⁸³⁸. É evidente, portanto, que a maioria exige muito mais da defesa do que exige da acusação. Finalmente, a maioria contradiz-se porque admite que, segundo o pedido da defesa, as “testemunhas do procedimento” “não se limitariam a depor sobre a busca pessoal e as informações posteriores registradas nos documentos policiais”⁸³⁹, reconhecendo a sua relevância como testemunhas de defesa; ao mesmo tempo, no entanto, a maioria afirmou que “o requerente deveria ter apresentado outras razões para justificar o seu pedido de ouvir estas testemunhas”⁸⁴⁰.

68. A abordagem contraditória adotada pela maioria mostra-se ainda mais questionável quando, para justificar a ausência de B. e K., chega-se a criticar abertamente a estratégia da defesa, sublinhando duas vezes “a passividade geralmente demonstrada pela defesa”⁸⁴¹ durante os interrogatórios dos policiais. Uma crítica tão evidente, que vai muito além do teste de relevância *prima facie*, é inaceitável. Ao examinar um pedido de convocação de testemunhas defensivas, é absolutamente ilegítimo apresentar conclusões desfavoráveis à estratégia seguida durante os depoimentos de testemunhas. A maioria combina assim duas coisas completamente diversas. Como consequência deste raciocínio, considera que “do ponto de vista do tribunal, as declarações das ‘testemunhas do procedimento ou certificadoras’ detinham pouca relevância ao mérito da acusação”⁸⁴². Em outras palavras, a maioria viola a proibição de antecipar o resultado do exame dos testes. E o que é pior, ao fazê-lo, examina a alegação da requerente sobre a inserção de explosivos em sua bolsa dando crédito exclusivo às afirmações daqueles mesmos

835 § 171 da sentença.

836 § 169 da sentença.

837 § 171 da sentença.

838 Ao contrário, *Schatschaschwili*, cit., §§ 119-121.

839 § 138 da sentença.

840 § 171 da sentença.

841 § 171 da sentença.

842 § 173 da sentença. Aqui a maioria contradiz abertamente o critério liberal exposto no § 160 da sentença.

policiais que, segundo alega a defesa, foram responsáveis pela colocação de provas em seus objetos pessoais. Isso é simplesmente injusto. Um tratamento tão manifestamente injusto à defesa não é compatível com o “justo processo”.

69. De fato, em última análise, a maioria aplicou a avaliação da equidade global não ao processo, mas ao mérito do caso decidido com uma sentença do Tribunal. Ao justificar a decisão dos tribunais nacionais de não interrogar as testemunhas B. e K., a maioria se baseia no fato que a sentença foi fundada “em um compêndio probatório substancial”⁸⁴³. O alegado acerto do resultado do processo justificaria as deficiências processuais. O fim justifica os meios. A corte está, assim, retrocedendo centenas de anos, sem refletir sobre o fato de que qualquer desequilíbrio relacionado a casos particularmente importantes como o presente, deve ser ponderado com os danos sistêmicos que podem ocorrer a longo prazo.

70. A este respeito, a afirmação posterior de que a recorrente, “assistida por advogados profissionais, pôde exercer efetivamente o seu direito de defesa, contraditar testemunhas de acusação, manifestar-se sem impedimentos sobre as provas incriminatórias, produzir as provas que julgou pertinentes e apresentar a sua versão dos fatos aos tribunais de origem” tem pouco significado, o que é, no entanto, bastante alarmante. De fato, é perigoso que o cumprimento de algumas regras processuais possa ser utilizado como fundamento adequado para justificar a inobservância do Artigo 6, §1, d). É perigoso porque sugere que o cumprimento do Artigo 6, §1, d), não alteraria o resultado do procedimento. Como se a maioria tivesse o poder divino para perceber a verdade além dos limites do processo e estabelecer, com discrição inexplicável e transcendental, quais são as regras processuais a aplicar em cada caso concreto. A justiça humana que julga fazer justiça divina é a pior justiça que existe.

CONCLUSÕES

71. Esta decisão deveria fazer soar os sinos de alarme entre os advogados. É particularmente notável que a maioria declare que à requerente foi possível “produzir qualquer prova considerada relevante”⁸⁴⁴, como se este processo fosse absolutamente impecável. As novidades decorrentes desta sentença são duas: o reforço da obrigação de a defesa especificar “em termos concretos” como o depoimento de uma testemunha defensiva pode favorecer a defesa e a corrosiva expansão da avaliação de equidade geral, que também aparenta abranger a avaliação de supostas violações do direito à oitiva de testemunhas. Este entendimento

843 § 175 da sentença. Esse método deplorável não é novo na jurisprudência da Corte (ver, por exemplo, *Sievert c. Alemanha*, n. 29881/07, § 67, 19 de julho de 2012, e *Poletan e Azirovik v. ex República Iugoslava da Macedônia*, n. 26711/07 e outros 2, § 82, 12 de maio de 2016).

844 § 175 da sentença.

nada mais é do que um cheque em branco nas mãos dos tribunais nacionais que lhes permite fazer o que quiserem com os direitos previstos no Artigo 6, §3, e à Corte ao confirmar o êxito do procedimento nacional. Após o enfraquecimento do direito ao confronto com as testemunhas da acusação que ocorreu com os precedentes em *Al-Khawaja e Tahery* e *Schatschaschwili* e a erosão do direito de ser representado por um advogado de sua escolha em *Ibrahim e outros*, a presente decisão sobre o indeferimento à oitiva de testemunhas defensivas fecha o círculo, revisitando o teste *Perna* com base no critério da equidade geral. Com o infeliz triângulo *Schatschachwili/Ibrahim e outros/Murtazaliyeva*, a Corte continua erroneamente caminhar na dupla via do enfraquecimento dos direitos de defesa e da “deferente”⁸⁴⁵ renúncia aos seus poderes de controle em favor dos tribunais de origem. A agressão silenciosa aos direitos de defesa no processo penal sem dúvida se intensificou, a ponto de se perguntar onde vai parar.

5. *TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM - SECÇÃO IV - GARBUZ C. UCRÂNIA - RECURSO N. 72681/10 - ACÓRDÃO DE 19 DE FEVEREIRO DE 2019*

O caso: O demandante, Sr. Garbuz, diretor da agência municipal de gestão de habitação, foi preso pela polícia por fraude em razão de aceitar dinheiro em troca da emissão de algumas licenças. No dia da prisão, o requerente confessou ter solicitado dinheiro a P.; mais tarde, porém, retratou sua confissão afirmando que foi submetido a “pressão física e psicológica”. Durante o julgamento, o requerente se declarou inocente. Algumas testemunhas de acusação foram convocadas para depor, mas não foram apresentados em juízo e não foram encontradas. Depois de adiar por 33 vezes a audiência, o juiz decidiu utilizar as declarações dessas testemunhas que haviam sido prestadas durante a investigação. O Sr. Garbuz foi considerado culpado e sentenciado a dois anos de prisão. Com recurso para o Tribunal Europeu, o recorrente denunciou a violação do Artigo 6 CEDH sob vários aspectos. O Tribunal declarou inadmissível a reclamação relativa à impossibilidade de contradita testemunhas, sustentando que sua ausência não havia prejudicado a justiça geral do processo. De outro lado, condenou a Ucrânia nos termos do Artigo 6 CEDH por duração [prazo não razoável] excessiva do processo penal contra o requerente.

Palavras-chave: parecer separado sobre questões de admissibilidade - Regimento do Tribunal - julgamento criminal justo - direito ao interrogatório de testemunhas fazendo declarações indiciadas

Opinião concorrente (por fundamento diverso) do Juiz Pinto de Albuquerque:

845 § 154 da sentença.

Minha opinião separada é apenas sobre a decisão de inadmissibilidade à oitiva de testemunhas. Gostaria de fazer duas considerações. Em primeiro lugar, gostaria de reafirmar o direito de os juízes redigirem separadamente seus entendimentos sobre o assunto de inadmissibilidade de provas testemunhais quando a decisão respectiva for incluída no julgamento.

A prática do Tribunal tem sido aberta a opiniões separadas sobre decisões de inadmissibilidade que são incorporadas em julgamentos substantivos, como evidenciado pelas opiniões separadas dos juízes Keller, Dedov e Serghides em *Navalnyye c. Rússia* (n. 101/15, 17 de outubro de 2017), pelos juízes Karakaş, Vučinić e Laffranque em *Tibet Menteş e outros c. Turquia* (recurso n. 57818/10 e outros, de 24 de outubro de 2017, por violação ao Artigo 1 do Protocolo n. 1 da Convenção), pelo Juiz Lemmens em *Bursa Barosu Başkanlığı e outros c. Turquia* (recurso n. 25680/05, 19 de junho de 2018, para uma queixa apresentada pela Ordem dos Advogados de Bursa), por mim e pelo Juiz Sajo em *Somorjai c. Hungria* (recurso n. 60934/13, 28 de agosto de 2018), e por mim em *De Tommaso c. Itália* ([GC], recurso n. 43395/09, 23 de fevereiro 2017, por violação dos artigos 5 e 6 [campo criminal]) e *Murtazaliyeva c. Rússia* ([GC], recurso n. 36658/05, de 18 de dezembro de 2018, devido à ausência da testemunha A. no julgamento da requerente).

Olhando mais de perto, não há razão para que tal prática não possa ser estendida para casos como este. Opiniões separadas são uma ótima ferramenta, embora subestimada, para garantir a transparência do Tribunal e promover evolução de sua jurisprudência. O Artigo 45 da Convenção não impede a identificação da maioria e da minoria nas decisões. Os juízes que formam a maioria e a minoria devem ser identificados, para esclarecer a posição de cada juiz. Às vezes é frustrante que um o membro minoritário do colegiado não possa discordar da maioria, especialmente nos casos oriundos de seu estado de origem.

A ausência, no Artigo 45, §2 da Convenção, de uma referência a “decisões” é uma mera implicação histórica, dada a competência originária dos respectivos órgãos da Convenção, de modo que a admissibilidade se restringia essencialmente à Comissão. Como mostra a prática da Corte, tal omissão não impediu que opiniões separadas fossem associadas a “decisões” que tratavam exclusivamente de questões de inadmissibilidade durante o período da Comissão (*Van Oosterwijck c. Bélgica*, 6 de novembro de 1980, Série A n. 40, e *Cardot c. França*, n. 11069/84, 19 de março de 1991).

Além disso, o Artigo 74 § 2 do Regulamento do Tribunal foi além da Convenção para incluir a possibilidade de uma “simples declaração de dissidência”. Mais importante, as decisões de inadmissibilidade às vezes tratavam de questões cruciais e complexas relacionadas com a competência do Tribunal e à interpre-

tação da Convenção e seus Protocolos. Seria simplesmente irracional se os juízes não pudessem dar sua opinião individual sobre questões dessa importância em recursos interpostos nos termos do Artigo 33 e 34 da Convenção (Artigo 51, §1), enquanto as decisões de indeferimento do pedido de parecer consultivo podem ser acompanhadas de pareceres em separado ou declarações de dissidência (Artigo 88, § 2).

O meu segundo ponto diz respeito à questão das testemunhas do procedimento, certificadoras [attesting witness] e da testemunha T.V.S. Este acórdão considera estas testemunhas como testemunhas de acusação e que seu não comparecimento no processo deve ser apreciado de acordo com os critérios expressos em *Al-Khawaja e Tahery* e *Schatschaschwili*, uma vez que “no presente caso, o tribunal nacional fez referência específica aos depoimentos dessas testemunhas para condenar o requerente” (§40, da decisão). Embora concorde que se tratava de testemunhas de acusação, não acompanho a motivação oferecida para chegar a esta conclusão. A meu juízo, estas foram testemunhas da acusação pura e simplesmente, pois foram mencionadas na acusação (§15, da sentença). Ademais, discordo dos critérios de *Al-Khawaja e Tahery* e *Schatschaschwili* e sobre este ponto recorro às considerações expressas no meu parecer separado em *Murtazaliyeva c. Rússia [GC]*, citado acima.

No entanto, votei pela improcedência da reclamação nos termos do Artigo 6 em relação a essas testemunhas, uma vez que havia razões válidas para a impossibilidade de oitiva no processo (o seu desaparecimento) e pela admissão de suas declarações feitas durante a investigação. Com efeito, o órgão jurisdicional de origem assegurou a existência de medidas de compensação à defesa. No caso em apreço, durante a investigação, o requerente confrontou-se com as provas da acusação e confessou os factos que lhe são imputados. Não há evidência de “pressão física ou psicológica” para forçar a confissão. Em todo o caso, o órgão jurisdicional nacional não baseou o julgamento, exclusiva ou decisivamente, nos depoimentos das testemunhas ausentes. A prova decisiva foi o depoimento de P., que repetiu em juízo as declarações incriminatórias já feitas durante as investigações. Por estas razões, a reclamação é manifestamente improcedente.

* * *

6. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS - SECÇÃO III - FARRUGIA C. MALTA - RECURSO N. 63041/13 - ACÓRDÃO DE 4 DE JUNHO DE 2019

O caso: O requerente, Sr. Farrugia, foi ouvido pela polícia maltesa em 2012 por um suposto furto na sua loja. Em particular, a polícia suspeitava - com base em declarações de um funcionário - que o Sr. Farrugia simulou o crime. Nessa ocasião, o recorrente tinha prestado declarações na ausência de advogado, uma

vez que, à época, a legislação nacional não previa a obrigatoriedade da assistência de advogado durante a fase preliminar. De qualquer forma, o Sr. Farruggia foi informado de seu direito de permanecer calado e de não fazer declarações autoincriminatórias. Em 2007 [2017], o Tribunal de Apelação condenou o requerente por simulação do crime com base no depoimento do colaborador e pelas declarações do Sr. Farrugia durante o interrogatório. O recorrente interpôs recurso para o Tribunal Europeu, alegando que a ausência do advogado na fase de investigação representou uma violação do Artigo 6, §§ 1 e 3, da CEDH. Com acórdão de 4 de junho de 2019, a Corte europeia concluiu que não houve violação convencional, em aplicação dos princípios já expressos pela Grande Câmara [Planário] em *Beuze c. Bélgica*. Notadamente, a Corte sustentou que não havia razões imperiosas para privar o requerente de assistência jurídica. No entanto, salientou que a origem baseou a condenação principalmente nas declarações e informações do funcionário e que as informações do recorrente foram avaliadas com bastante cautela. Em conclusão, de acordo com o Tribunal, a ausência do defensor não comprometeu a justiça geral do processo penal contra o Sr. Farrugia.

Palavras-chave: direito a um advogado de defesa na fase preliminar – justo processo - justificação da restrição - equidade geral no processo penal

Voto dissidente conjunto dos Juízes Serghides e Pinto de Albuquerque

1. No presente caso, o recorrente alegou que, nos termos da legislação interna maltesa, durante a prisão preventiva e o interrogatório na polícia não lhe foi possibilitada nenhuma defesa legal e que as declarações que fez durante esse período foram utilizados para fundamentar sua sentença, em violação do Artigo 6, §§ 1 e 3, (c), da Convenção Europeia sobre direitos do homem (“a Convenção”). No entanto, não compartilhamos a conclusão da sentença segundo a qual não haveria violação desse artigo.

I. Duas orientações sobre o direito a um advogado

2. Existem duas orientações jurisprudenciais fundamentais da Grande Secção quanto à interpretação e aplicação do Artigo 6, § 3, c. A primeira orientação (como indicado a partir de agora) é a delineada nos julgamentos *John Murray c. Reino Unido*⁸⁴⁶ e *Salduz c. Turquia*⁸⁴⁷. Segundo essas orientações, a avaliação da justiça geral de um processo (segunda fase) só deve ser concluída quando a restrição do direito de utilização de advogado for fundamentada em fundamentos válidos (primeira fase): “a questão, em cada caso, foi avaliar se a restrição detinha justificativa e se, no contexto de todo o processo, foi negado ao acusado um jul-

846 *John Murray c. Reino Unido*, 8 de fevereiro de 1996, Relatório do Julgamento, 1996-I.

847 *Salduz c. Turquia* [GC], no. 36391/02, ECHR 2008.

gamento justo”⁸⁴⁸. Portanto, de acordo com essa diretriz, não deve haver segunda etapa se for estabelecido na primeira que não há motivos válidos para restringir o direito em questão.

3. A segunda orientação (assim indicada a partir de agora) é que expressa nos acórdãos *Ibrahim e outros c. Reino Unido*⁸⁴⁹, *Simeonov c. Bulgária*⁸⁵⁰ e *Beuze c. Bélgica*⁸⁵¹. De acordo com essa orientação, uma avaliação da justiça geral do processo é sempre necessária, mesmo que não existam razões válidas que justifiquem a restrição do direito a um defensor. Portanto, de acordo com esta orientação um controle do segundo fase é sempre devida.

II. A metodologia da primeira orientação

4. Nossas opiniões a favor da primeira orientação foram expressas na opinião parcialmente dissidente do Juiz Serghides no caso *Simeonovi c. Bulgária*⁸⁵² e no voto dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque em *Murtazaliyeva c. Rússia*,⁸⁵³ cujo conteúdo já tenha sido antecipado no parecer parcialmente concorrente e (parcialmente) discordante pelo Juiz Pinto de Albuquerque em *Borg c. Malta*⁸⁵⁴. Para fins de economia de discurso, não vamos repetir aqui as reclamações já expostas quanto à segunda orientação, fazendo apenas uma mera referência.

5. À luz de nossos pontos de vista acima mencionados, concordamos com a maioria na Grande Secção segundo a qual, no caso em apreço, a limitação imposta ao direito à assistência jurídica não foi justificada por nenhuma razão válida. Este defeito processual leva-nos inevitavelmente à verificação de violação ao Artigo 6, uma vez que nenhum controle acerca da “justiça geral” pode remediar uma falha processual tão grave. Quando existe uma anomalia dessa magnitude em um processo, a conclusão deve ser no sentido de que todo o julgamento é considerado injusto, e não apenas uma parte dele. Em suma, o recorrente foi completamente privado do direito mínimo consagrado no Artigo 6, §3, (c). Portanto, não é possível falar, no presente caso, de proteção efetiva do direito básico do requerente.

III. A metodologia da segunda orientação

848 § 52 di *Salduz*, ênfase acrescida.

849 *Ibrahim e outros c. Reino Unido* [GC], n. 50541/08, 50571/05 e 40351/09, ECHR 2016.

850 *Simeonovi c. Bulgária* [GC], n. 21980/04, 12 de maio de 2017.

851 *Beuze c. Bélgica* [GC], n. 71409/10, 9 de novembro de 2018.

852 Cit.

853 *Murtazaliyeva c. Rússia* [GC], n. 36658/05, 18 de dezembro de 2018.

854 *Borg c. Malta*, n. 37537/13, 12 de janeiro de 2016.

6. A interpretação do Artigo 6, § 3, c, proposto pela segunda orientação contraria o texto, o objeto e a finalidade do dispositivo, e diminui sua importância a ponto de o próprio núcleo ser gravemente, se não irremediavelmente, afetado. Não acreditamos, portanto, que esta orientação implique uma melhoria ou uma maior salvaguarda⁸⁵⁵, mas uma regressão ao direito fundamental em questão. Tal resultado poderia ser evitado se o Tribunal não tivesse perdido de vista o princípio da efetividade na interpretação e aplicação do direito a um defensor.

7. Mesmo supondo que a segunda orientação deva ser seguida, como a maioria acredita no presente julgamento, não concordamos com a conclusão de não violação, e isso porque os argumentos da maioria não são convincentes. Analisemos agora os seis argumentos adotados pela maioria.

8. Em primeiro lugar, a maioria sustenta que o requerente “não estava num estado de maior vulnerabilidade do que normalmente estaria qualquer pessoa interrogada pela polícia (...). Os interrogatórios realizados não apresentaram aspectos ou duração anômalos ou excessivos”⁸⁵⁶.

9. Conforme indicado no voto do Juiz Pinto de Albuquerque em *Borg*, a análise do Tribunal Constitucional de Malta sobre o anterior caso *Salduz* - limitou erroneamente o precedente a casos extraordinários em que o acusado era sujeito vulnerável ou se encontrava em estado particularmente vulnerável⁸⁵⁷ - revelou uma perspectiva metodológica equivocada e preocupante da própria Corte sobre o papel e o valor jurídico de suas decisões. Reiteramos que, em matéria de direito, o caso *Salduz* não constitui um “caso excepcional”⁸⁵⁸ e o princípio nele contido não é limitado a casos de particular vulnerabilidade do suspeito. Além disso, nem mesmo a orientação da Grande Câmara [Plenário], no acórdão *Salduz*, limita a aplicabilidade do direito a advogado, em fase investigatória, aos casos de particular vulnerabilidade do suspeito, sendo este apenas um dos fatores a serem levados em consideração na verificação da justiça geral. Assim, a posição do Tribunal Constitucional de Malta sobre a aplicação do Artigo 6, §§ 1 e 3, (c), da Convenção é muito mais restritiva do que a da Grande Câmara em *Beuze*⁸⁵⁹.

10. De qualquer forma, acreditamos que o direito a um defensor na fase pré-processual não depende, de nenhuma forma, do estado de vulnerabilidade do acusado. Não há disposições na Convenção que subordinam o direito consagrado no Artigo 6, §3, (c), à referida vulnerabilidade. Uma interpretação tão abusiva e

855 Emprestamos essa expressão, contida no preâmbulo da Convenção, que fala de “salvaguardas e posteriores realizações dos direitos humanos e princípios fundamentais”.

856 §110 da sentença.

857 Veja-se §§ 44, 49, 51, 54, 60 e 66 da sentença.

858 § 44 da sentença.

859 Referimo-nos a *Beuze*, cit., § 150, mencionado na sentença no §104.

restritiva deste direito contradiz sua essência. Todo acusado, vulnerável ou não, tem direito, na fase preliminar, a um advogado para assessorá-lo sobre a estratégia defensiva a seguir.

11. Em segundo lugar, a maioria afirma que “O requerente não denunciou, nem perante os tribunais nacionais nem perante [a Corte] qualquer violação policial, nem que os indícios investigativos foram colhidos em inobservância de outras disposições da Convenção”⁸⁶⁰.

12. Discordamos desse raciocínio. O fato de um acusado não ter sido pressionado indevidamente pela polícia não exclui seu direito a um advogado. A assistência jurídica em processos criminais é essencial não apenas para inibir a pressão policial e a coleta de provas em violação à Convenção, mas também para definir uma estratégia de defesa que possa se adaptar a qualquer circunstância durante todo o procedimento. As forças policiais devem agir dentro da lei, independentemente de como o acusado apresenta a sua defesa, com ou sem o benefício de assistência jurídica. O primeiro não tem nada a ver com o segundo. A legitimidade ou não da conduta policial não constitui argumento apreciável para limitar o exercício de um direito da Convenção por parte da defesa. Em última análise, este raciocínio da maioria reflete uma concepção muito restritiva do papel do advogado no processo penal.

13. Em terceiro lugar, a maioria afirma que “no presente caso, o requerente foi informado, repetida e de modo suficientemente explícito, do seu direito ao silêncio e o direito de não autoincriminação”⁸⁶¹.

14. Novamente, não podemos aceitar este argumento. O direito ao silêncio não é uma alternativa à defesa técnica. Trata-se claramente de dois direitos diferentes. A assistência judiciária na fase de pré-processual é essencial para informar o suspeito vantagens e desvantagens, do ponto de vista da estratégia defensiva, de falar ou ficar calado. Em outras palavras, o direito a um advogado é instrumental para a efetiva proteção do direito ao silêncio (e o direito de não se autoincriminar).

15. Em suma, o facto de o requerente ter sido informado do seu direito ao silêncio e o fato de não declarar que sofreu qualquer pressão indevida não exime, de forma alguma, o direito, de natureza processual, ao defensor, conforme determinado pelo Artigo 6, §3, (c), da Convenção. Em nossa opinião, constitui um erro fundamental, na segunda fase, não considerar seriamente a conclusão

860 § 111 da sentença.

861 § 112 da sentença.

da primeira, principalmente quando o exame realizado deveria consistir em um controle muito rigoroso⁸⁶². De outra forma, qual seria a utilidade das duas fases!?

16. Em quarto lugar, a maioria argumenta que “elementos probatórios, diversos das declarações do suspeito, foram usados para chegar à conclusão da culpa do recorrente, nomeadamente o depoimento de A.F., corroborado por indícios policiais, bem como outras circunstâncias susceptíveis de dar origem a provas circunstanciais como o não funcionamento das câmeras de vigilância”⁸⁶³.

17. Esta é a espinha dorsal do raciocínio da maioria, e é manifestamente falho. Todo o caso dependia de duas declarações diametralmente opostas feitas pelo requerente e por A.F. O tribunal maltês não considerou o suspeito confiável no que diz respeito ao depoimento que fez na fase preliminar. Ao contrário, A. F. confiável. Porém, para submeter a avaliação da justiça geral a um escrutínio rigoroso, o facto de que a apólice de seguro do requerente não cobrir o roubo de dinheiro⁸⁶⁴ - e que, portanto, não havia motivos para simulação de uma ofensa - deveria ter sido levado em consideração. A maioria ignorou esse elemento crucial em seu raciocínio.

18. Além disso, a razoabilidade e plausibilidade de A.F. deveriam ter sido avaliadas e comparadas com as do requerente. Em especial, a versão de A.F. segundo a qual ele teria sido forçado pelo acusado (seu empregador) a, por insistência dele e por medo de perder o emprego, ficar amarrado a uma cadeira⁸⁶⁵, parece um tanto bizarro. A maioria não explica de forma convincente porque preferiram esta versão dos eventos à do recorrente. A maioria menciona o inquérito policial e “provas circunstanciais do não funcionamento das câmeras de vigilância”⁸⁶⁶ como corroborado pelo depoimento de A. F. Entretanto, investigações policiais não forneceram provas direta ou indiretamente relativas à culpa do requerente. Além disso, “provas circunstanciais” a que a maioria se refere são irrelevantes, pois nunca foi provado que o requerente foi o responsável pelo não funcionamento das câmeras de vigilância.

19. O único tribunal que considerou o requerente culpado - o tribunal de apelação criminal - avaliou a credibilidade do apelante e decidiu o caso substancialmente com base no que este último afirmou na fase preliminar, na ausência de advogado, sobre questões irrelevantes ou não diretamente pertinentes para a suposta simulação do crime. Estas questões são citadas nos §§ 11 e 118 da decisão e dizem respeito à sua empresa, rentabilidade, rendas e lucros de anos anteriores.

862 § 108 da sentença.

863 § 113 da sentença.

864 § 26 da sentença.

865 § 15 da sentença.

866 § 113 da sentença.

Discordamos, portanto, do que consta do § 118 da sentença, ou seja, que a apreciação da confiabilidade do recorrente, com base nas declarações prestadas na fase pré-processual, foi efetuada com toda a prudência. Pelo contrário, o exame das declarações do recorrente realizado pelo tribunal da apelação a fim de apreciar sua credibilidade, essencialmente o prejudicou e, ainda, de acordo com a decisão, essas declarações constituíam o cerne da acusação. Além disso, a Corte considerou que quando um juiz de apelação é chamado a examinar um caso sobre os fatos e o direito aplicável, avaliando a culpa ou inocência do requerente, não é possível, por uma questão de equidade processual, apurar adequadamente essas matérias sem escrutínio direto das declarações prestadas pelo acusado – que alega não ter cometido o fato que supostamente constitui um crime⁸⁶⁷. O tribunal recursal não respeitou este princípio fundamental de equidade e a maioria legitimou esta omissão⁸⁶⁸.

20. De forma ainda mais preocupante, a maioria observa que “mesmo com a falta de elementos que sustentem o depoimento inicial feito à polícia, este adquire valor probatório significativo”⁸⁶⁹. Como isso, a maioria assume que o ônus de fornecer provas da inocência recai sobre o acusado. Além disso, a maioria extraiu conclusões negativas pela ausência de provas exoneratórias. Esta é uma linha argumentativa inadmissível no tribunal, quanto mais em um tribunal de direitos humanos. Embora o juízo de primeira instância tenha absolvido o requerente por uma dúvida razoável, resolvida a seu favor⁸⁷⁰, o tribunal recursal procedeu em sentido contrário, dirimindo quaisquer dúvidas em prejuízo do réu⁸⁷¹, e o fez exclusivamente “com base nas provas constantes dos autos”⁸⁷², sem confrontar o acusado ou à principal testemunha de acusação, A.F. O mínimo que o princípio da audiência contraditória da Convenção⁸⁷³ exigiria, seria que a decisão recursal considerasse a possibilidade de alterar a sentença de absolvição de primeira instância, mediante o confronto entre o acusado e a testemunha A. F.

21. Em quinto lugar, a maioria reconhece o fato de que “no presente caso ausente uma vítima efetiva do roubo”⁸⁷⁴. No entanto, ignora a importância deste ponto argumentando que “existia um certo interesse público na acusação do re-

867 Veja-se a respeito: *Ekbatani c. Suíça* de 26 de maio de 1988, Serie A n. 134, p. 14, § 32, e *Constantinescu c. Romênia*, n. 28871/95, § 55, 27 de junho 2000.

868 Apesar de o recorrente não ter levantado tal questão, é relevante na avaliação do justo processo.

869 § 113 da sentença.

870 § 16 da sentença.

871 Esta interpretação da presunção de inocência está no § 26 da sentença: “Tais detalhes revela uma dúvida e tornam a versão dos fatos apresentada pelo recorrente menos plausível e satisfatória”.

872 § 16 da sentença.

873 Sobre este princípio, veja-se a opinião do juiz Pinto de Albuquerque em *Murtazaliyeva*, cit.

874 § 114 da sentença.

querente pelo crime em questão”⁸⁷⁵. Esse raciocínio não tem fundamento. E incluí-lo entre os argumentos relevantes para fins de avaliação da lisura do processo é realmente preocupante. Note-se que a maioria não se refere ao interesse público na investigação e condenação do “tipo de crime em causa”, mas do “autor do crime em causa”. Isso pode significar que os réus têm acesso a diferentes níveis de justiça processual, não apenas dependendo do tipo de crime de que são acusados, mas também em consideração ao “interesse público” que o caso concreto suscita. Isso constituiria o último paradigma de “justiça leviana” mais semelhante a uma espécie de punição de rua do que a um julgamento sob a lei. Quando há um certo clamor social em torno de um caso específico, o acusado pode ser privado do direito a um advogado na fase pré-processual do processo penal.

22. Em nossa opinião, restringir o direito a um advogado com base em “um certo interesse público em processar o acusado pelo crime em questão” coloca seu direito de defesa técnica nas mãos da opinião pública, e evoca os processos *robepierrianos* da *République de la Terreur* [França]. Para além disso, achamos difícil identificar “um certo interesse público” em processar um crime sem vítimas.

23. Em sexto e último lugar, deve-se notar que a maioria admite que o tribunal de apelação não tratou da falha processual ocorrida na fase preliminar, embora o *motu proprio* fazia parte de sua competência⁸⁷⁶. Também deve ser enfatizado que implicitamente a maioria advertiu o tribunal da apelação por não ter avaliado o registro do depoimento do acusado na polícia. Com isso, a garantia de tal registro “não teve efeito compensatório em nível prático”⁸⁷⁷, como a própria maioria reconheceu. De fato, a corte recursal não escutou a gravação de voz do depoimento do demandante e, portanto, não verificou suas hesitações; de outro lado, tampouco acessou a oitiva de A. F.

24. A maioria chegou a admitir que a garantia de recurso a advogado, concedida após interrogatório policial, e o caráter contraditório do procedimento subsequente não sanariam o defeito ocorrido no momento da prisão cautelar. Entretanto, a maioria não enfrentou suficientemente essas graves deficiências que afetam irremediavelmente a validade da condenação e a equidade geral de todo o processo.

25. Concluimos que a maioria não aplica aquele “controle muito rigoroso” que prometeu à avaliação de equidade⁸⁷⁸. Se tivesse aplicado efetivamente este

875 Ibid.

876 § 116 da sentença.

877 § 117 da sentença.

878 3 § *Ibid.*

controle, chegaria às mesmas conclusões aqui expostas: que o procedimento foi realizado de forma decididamente injusta para o acusado.

IV. Conclusão

26. Este é, sem dúvida, um caso kafkiano, no qual um réu, anteriormente absolvido, é posteriormente condenado com base em um fraco depoimento prestado pela única testemunha de acusação e na presença de dúvidas sobre a veracidade das respostas fornecidas à polícia sobre factos alheios ao crime que lhe é imputado. Na base da primeira orientação, já estávamos convencidos da injustiça da condenação. Nessa análise, restou evidente que todos os argumentos adotados pela maioria na aplicação da segunda abordagem são infundados. Concluída esta análise, ficamos ainda mais convencidos de que houve violação do Artigo 6, §§ 1 e 3, (c), da Convenção. Tendo constatada tal violação, o requerente certamente deverá ser indenizado por danos pecuniários.

COMENTÁRIOS AOS VOTOS

DISSIDÊNCIA PARA CONSTRUIR. A MISSÃO DE UM GARANTISTA DIANTE DA TEORIA DAS MEDIDAS COMPENSATÓRIAS DESENVOLVIDAS PELO TEDH EM MATÉRIA DE FAIR TRIAL

MICHELE CAIANIELLO

1. Abordagem geral na avaliação do justo processo. As razões do seu sucesso

Como se sabe, a abordagem do Tribunal de Estrasburgo na aplicação da CEDH, e na proteção dos direitos fundamentais, sempre se caracterizou por dois componentes. Por um lado, o método casuístico, através da qual o Tribunal centra a sua atenção na questão específica submetida, relegando a um papel secundário a função nomofilática [jurisprudencial], potencialmente inerente aos seus pronunciamentos. Por outro lado, há a avaliação contextual do procedimento. Deste ponto de vista, como muitas vezes foi colocado em evidência, o único erro não é tão relevante - a violação específica ocorrida em um determinado caso - mas se todo o procedimento realizado pode ser considerado justo.

Este modo de aplicar o texto da Convenção, explicado em numerosos escritos e por estudiosos ilustres. Para todos, entre muitas contribuições sobre o assunto (cf. M. Chiavario, *A convenção europeia de direitos do homem no sistema de fontes legais em matéria penal*, Milão, 1969; ver também V. Zagrebelsky, *A*

convenção europeia de direitos do homem e o princípio da legalidade em matéria penal, em V. Manes, V. Zagrebelsky (editado por), *A convenção europeia dos direitos humanos no direito penal italiano*, Milão, 2011, p. 69 ss. Ver também G. Lattanzi, *Tribunal Constitucional, CEDH e interpretação conforme*, em A. Cadoppi (editado por), *Cassação e legalidade penal*, Roma, 2017, p. 203 e ss.), houve certamente dois ganhos, um para o Tribunal Europeu, outro para os sistemas jurídicos nacionais. Para o primeiro, o aspecto positivo consistiu em desenvolver uma noção autônoma de julgamento justo, bem como poder dosá-la de acordo com as diferentes realidades jurídicas envolvidas (47 até hoje, de tradição cultural não rara e extremamente diferente) e, finalmente, adequá-la às especificidades de cada causa examinada.

Para os segundos, ou seja, para os Estados partes da Convenção, a vantagem de uma metodologia centrada principalmente no caso consistiu em uma margem de apreciação, grande o suficiente para permitir, por um lado, atingir os objetivos exigidos pelo Tribunal de Estrasburgo (ou aproximar-se deles) e, por outro, fazê-lo sem alterar os fundamentos de sua tradição jurídica.

Os resultados de um diálogo profícuo entre o nível supranacional e os nacionais são bem conhecidos. Em vários aspectos empreendeu-se um caminho que visa perseguir um objetivo comum, baseado em um conceito, desenvolvido pelo TEDH, aceitavelmente claro, mas também suficientemente elástico, para permitir um ajuste sem transtornos, no âmbito nacional. Como exemplo, cita-se a noção de audiência pública, e o direito de nela participar; ou mesmo à duração razoável do processo; ou, ainda, à prova, afastada do contraditório, sozinha ou decisiva, com base na qual seja possível fundamentar uma decisão de condenação (para uma visão geral dessas questões, ver G. Ubertis, *Princípios do processo penal europeu. As regras do justo processo*, Milão, 2000, pp. 15-33; A. Balsamo, *O conteúdo dos direitos fundamentais*, em R. E. Kostoris (editado por), *Manual de processo penal europeu*, Milão, 2019, p. 121 e ss.).

Progressivamente, os ordenamentos jurídicos nacionais têm procurado aproximar-se, implementar as linhas interpretativas traçadas pela Corte europeia, para adaptar o próprio sistema interno. Ao mesmo tempo, em cada caso concreto individual, a abordagem abrangente permitiu ao tribunal supranacional determinar se a equidade do procedimento foi respeitada, sem cair em contradições que poderiam prejudicar a autoridade da instituição.

2. Os limites originais da abordagem geral

Naturalmente não faltam os lados negativos de uma metodologia como a referida. De fato, a esse respeito, pode-se dizer que uma concepção holística do processo, e do processo criminal em particular, pouco se adapta à natureza

do assunto. De fato, os mecanismos procedimentais, especialmente na tradição continental, caracterizam-se por um nível altamente sofisticado de interação entre as diferentes fases (e entre os diferentes atos) que o compõem. Assim, na administração da matéria, a análise que visa segmentar o procedimento é muito mais desenvolvida, dividindo-se as diferentes fases, para verificar, tanto no sentido abstrato como no concreto, como o comprimento de um ato ou de uma atividade influencia a etapa seguinte (ou, em um menor número de casos, se há um desdobramento posterior ilegítimo – um erro processual – que poderia causar anulação do que foi feito até aquele momento). Em outras palavras, o ponto fraco da concepção abrangente é que ela não se adapta facilmente à compreensão do procedimento na sua generalidade, falhando em aplicá-lo aos casos críticos que a prática deve apresentar (ver a este respeito M. Caianiello, *Sancionar (ou não sancionar). Imperfeições processuais na UE? Um passo em frente na criação de um Processo Penal da UE*, em *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2014, p. 317. *Por uma crítica mais geral* v. P. Ferrua, *Il “giusto processo”*, 3ª ed., Bolonha, 2012, pp. 208-215).

Esta fragilidade manteve a relação entre o Tribunal Europeu e os ordenamentos jurídicos nacionais em uma espécie de ambiguidade, que, querendo simplificar um pouco o quadro, poderíamos definir como uma “influência moderada” do trabalho de um, no que diz respeito à interpretação cotidiana dos outros. Uma forma, juridicamente revestida de persuasão moral, evocada, para dizer a verdade, cada vez mais com o passar do tempo, mas basicamente não muito intrusiva: ou seja, insuficiente para configurar a Corte europeia como um supremo tribunal; e, no entanto, relevante em termos das orientações interpretativas a serem empreendidas. Basta pensar, olhando para o que aconteceu ao longo de duas décadas, ao peso que os acórdãos de Estrasburgo tiveram no nosso ordenamento jurídico. Isto é igualmente verdade para as escolhas adotadas a nível legislativo (apenas para indicar duas áreas, cita-se a revelia e a renovação da instrução recursal), quanto às soluções elaboradas no plano jurisprudencial (vale lembrar as escolhas realizadas em relação à reabertura do processo *post iudicatum*: um setor ainda fortemente influenciado pela hermenêutica elaborada na CEDH).

3. A emergência de uma vocação para-jurisprudencial, em um quadro de maior proteção dos direitos defensivos

No início do segundo milênio, o quadro anteriormente delineado, que vinha se consolidando ao longo das décadas, parecia evoluir, impulsionado por uma maior uniformidade dos sistemas e favorecido por uma interpretação menos aberta do Tribunal Europeu: essencialmente, em alguns acórdãos-chave, o Tribunal de Estrasburgo, sem abdicar do método holístico descrito anteriormente,

optou por uma postura mais clara, servindo assim como um guia, de modo mais evidente, para as leis nacionais.

a) A necessidade de Estrasburgo

As razões para esta mudança foram múltiplas. Em primeiro lugar, pode-se identificar um conteúdo prático, que certamente animou o desenvolvimento da jurisprudência de Estrasburgo no segundo milênio. A abertura ao recurso individual que pode ser proposto diretamente ao Tribunal, ocorrido após a entrada em vigor do Protocolo n. 11 no final dos anos 1990, e que eliminou a intermediação da Comissão, tornou o trabalho da Corte extremamente mais significativo em termos de quantidade. Foi necessário então, limitar um fluxo de questões de justiça que pareciam incontrolláveis (ver neste ponto M. Caianiello, *Aspectos críticos e hipóteses de desenvolvimento na adaptação do sistema interno às sentenças da Corte europeia de direitos humanos*, em V. Manes, V. Zagrebelsky (editado), *A Convenção europeia*, cit., pp. 549-550).

Daí um apelo aos Estados nacionais, para que uniformizassem espontaneamente os seus procedimentos *in loco*, de modo a restringir a admissibilidade dos recursos apresentados. Nessa perspectiva, algumas novas propostas puderam ser verificadas, como a prática de sentenças piloto ou o pedido de reabertura do procedimento para remediar as violações causadas pela violação dos direitos a um julgamento justo. Em essência, quanto mais cedo os Estados antecipem a verificação do cumprimento da CEDH e dos direitos a um julgamento justo, menos casos sujeitos à apelação para Estrasburgo ocorrerão, evitando-se acumulação incontrollável de processos. Em substância, a ideia liderada por parte do TEDH corresponde a uma lógica de complementaridade ou da subsidiariedade: quanto mais os sistemas judiciários nacionais puderem operar com uma abordagem semelhante à da Corte supranacional, muito menor será a intervenção posterior a fim de sanar as vulnerabilidades sofridas pelos indivíduos durante o procedimento.

b) *As razões para o sucesso de uma abordagem para-jurisprudencial: apoio inicial da União Europeia*

A decisão de servir de guia, mantendo o estilo de *primus inter pares*, lançada no início do milênio pelo TEDH parecia ter um enorme sucesso - quase imparável - com base em dois fatores. Por um lado, o forte apoio da União Europeia, empenhada em constitucionalizar - por assim dizer - os direitos fundamentais, incluindo os de um julgamento justo, em seu próprio sistema, e uniformizar, ainda que parcialmente, os procedimentos nacionais. Por outro lado, a sensibilidade dos Estados-nação, em particular das respectivas autoridades judiciárias, através do diálogo construtivo sobre direitos humanos (e a abordagem de proteção a direitos adotada pelo TEDH).

Em consequência da atuação da União Europeia, pode-se observar como o papel unificador promovido por Estrasburgo pareceu útil para a UE, facilitando uma harmonização por via indireta, que teria sido mais complicada de alcançar através de uma unificação legislativa (ou mesmo apenas a sua harmonização).

Esta última afirmação poderia ser considerada surpreendente e inadequada, uma vez que, após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a União Europeia passou a deter poder legislativo para a proteção das garantias individuais no processo penal, tanto do acusado como das vítimas. Trata-se, porém, de um poder normativo que não está livre de dificuldades legais (e também encontra obstáculos políticos). Quanto a este último, sabe-se que os Estados são extremamente relutantes em aceitar intromissões quando se trata de administrar questões processuais penais. Uma diretiva interventiva, portanto, rígida e taxativa em uma área específica, é considerada delicada para os sistemas jurídicos nacionais (por exemplo, respeito ao direito a um advogado e a utilização das declarações feitas pelo acusado), e encontraria (e, de fato, a história recente nos mostra como encontrou) obstáculos muito maiores a transpor do que uma sentença (especialmente motivada pela tendência menos rigorosa, típica das decisões judiciais de Estrasburgo - não muito técnicas - e, portanto, mais maleáveis, em comparação com um texto legislativo). No que diz respeito aos vínculos jurídicos, não se deve esquecer que a União, ao legislar (assim como ao expressar todas as suas prerrogativas), é obrigada a respeitar o princípio da subsidiariedade, que lhe impõe abster-se de intervir, deixando a responsabilidade de agir aos Estados nacionais, a menos que seja realmente necessária uma ação no âmbito da UE. Acresce ainda que o Artigo 82, §2, TFUE permite à UE legislar em domínios do processo penal acima mencionados: desde que, todavia, isso seja necessário para facilitar o reconhecimento mútuo e a cooperação judiciária entre os Estados.

Para tentar expressar o problema de forma direta, poder-se-ia dizer que o Artigo 82 TFUE autoriza a UE a introduzir diretivas sobre direitos dos acusados, mas apenas o suficiente para facilitar uma melhor cooperação entre os estados: em suma, um julgamento um pouco mais justo, mas não muito. Entre as duas extremidades, de fato, a proteção do justo processo, por um lado, e a eficácia da cooperação judicial, por outro, surge em meio a um certo grau de inconciliabilidade, não de todo solucionável. Em outras palavras, quanto mais são valorizadas as exigências legais a uma cooperação eficaz, menos poder-se-á salvaguardar a posição do acusado. A recíproca obviamente se aplica: quanto mais se exige um rigoroso escrutínio das instâncias de defesa, menos fácil e rápida será a cooperação (e mais numerosos serão os casos em que será refutada. Olhando mais de perto, então, o Artigo 82, §2, TFUE parece ser uma disposição caracterizada por um certo grau de ambiguidade na sua concepção original. De um lado, a União Europeia tem o direito de adotar fontes reguladoras para harmonizar e garantir

uma proteção uniforme do acusado no processo. Por outro lado, está autorizada a legislar neste setor para “facilitar o reconhecimento mútuo de sentenças e decisões judiciais e cooperação policial e judiciária”. Conclui-se, assim, que a União não pode adotar, em matéria de direitos individuais, uma abordagem que vise exclusivamente a proteção integral da pessoa sujeita ao processo, relegando às sombras as necessidades repressivas (que, por sua vez, surgem na raiz da cooperação judiciária eficaz): estas necessidades constituem, de facto, a principal razão de ser da intervenção regulamentar da UE na matéria tratada.

Novamente, então, uma ação proativa de Estrasburgo favorece a UE, que basicamente pode respaldar a adoção de fontes não normativas demasiado rigorosas e por vezes contraditórias (refere-se sobretudo à diretiva relativa ao acesso ao defensor e à presunção de inocência: sobre o assunto ver O. Mazza, *Uma decepcionante proposta em tema da presunção de inocência*, em Arquivo Criminal 2014, p. 1 ss.), baseando-se na abordagem liberal e nas duas abordagens orientadas para o processo adotadas pelo TEDH (ver A. Tinsley, *Protecting Criminal Defense Rights through EU Law: Opportunities and Challenges*, em *New Journal of European Criminal Law* 2013, 4, pp. 461-480, especialmente pp. 463-464; ver também M. Caianiello, *Do terceiro pilar para as novas ferramentas: direitos fundamentais, “roteiro” e o impacto da novas diretrizes*, no *Direito Penal Contemporâneo - Revista Trimestral*, 2014, 4, pp. 70 e ss). De fato, o mecanismo hermenêutico ainda era vantajoso, uma vez que cada passo opaco nas diretivas - para agradar aos Estados-Membros mais relutantes - seria resolvido ajustando-os ao âmbito obrigatório exigido pelos acórdãos do TEDH, que, nessas questões cruciais, adotou uma linha consolidada e marcadamente garantista.

c) O apoio recebido de sistemas judiciais nacionais

Em relação ao apoio proveniente dos Estados-nação, e em particular das respectivas jurisdições, pode-se acrescentar que o diálogo entre Tribunais provocou cruzamentos (a este respeito, ver V. Manes, *Princípios criminais na rede multinível: transplante, palingênese, fertilização cruzada*, *Revista Italiana de Direito e Processo Penal* 2012, p. 839 e ss.) Pareceu ser uma ferramenta útil para superar hermeneuticamente as muitas passagens indeterminadas na legislação positiva, de qualidade cada vez menos satisfatória (o caso italiano é emblemático há anos, deste ponto de vista); por outro lado, as interpretações foram suficientemente elásticas para não interferir excessivamente nas tradições locais. Em outras palavras, a interação entre os Tribunais é inserida naquela função substituta desempenhada, nos termos regulamentares, por poder judiciário em face do legislativo, cada vez mais afligido por má qualidade (e a falta de escolhas políticas claras). De alguma forma, pode-se dizer que o juiz ordinário talvez tenha visto no diálogo com o sistema TEDH uma forma de tornar visível o fenômeno de difusão do direito jurisprudencial (uma forma de “*common law-isation*”, já se disse) que

vinha se firmando há muitos anos. (ver V. Manes, “*Common law-isation no direito penal? A transformação do nullum crimen e os desafios futuros, na Persecução Penal*, 2017, pág. 955 e ss.).

Certamente o sucesso da ação harmonizadora empreendida pelas decisões da CEDH também pode ser devido, pelo menos em um primeiro momento, ao desejo de proporcionar maior proteção de direitos fundamentais do indivíduo. Considere-se, por exemplo, o caso *Salduz* (TEDH, *Salduz c. Turquia* [GC], 36391/02, 27 de novembro de 2008), considerado entre estudiosos estrangeiros como equivalente ao caso *Miranda* da década de 1960 (neste sentido V. D. Weisberg, *Exportando e Importando Miranda*, em *Boston University Law Review* 1997, p. 1235 e ss.). Ou, ainda, a escolha de expandir mais claramente as garantias processuais de fora do direito penal estrito, para envolver progressivamente a matéria punitiva (a referência é na sequência de acórdãos sobre a questão do *ne bis in idem*, no contexto do relatório entre as sanções administrativas e as penais, incluindo a decisão do TEDH em *Grande Stevens e outros c. Itália*, 18640/10 e outros, de 4 de março de 2014, sem dúvida, um caso emblemático; sobre este assunto, deve-se fazer referência às análises de G. Lasagni, *Supervisão bancária e investigação criminal*, Berlim, 2019, pp. 41-50).

Deve-se dizer, no entanto, apesar de um quadro favorável, tanto supranacional – no âmbito da UE - como nacional, que as bases do sucesso alcançado por esta nova fase “expansiva” do papel do TEDH eram, no entanto, frágeis. Na verdade, vários nós permaneciam não resolvidos. De um lado, o método utilizado à abordagem abrangente, com todos os limites de adaptabilidade da matéria ao processo penal, não se pode dizer que foi superado (por exemplo, em *Salduz c. Turquia*, TEDH, cit., §55, afirmou-se que o contato com o defensor é necessário em qualquer forma de interrogatório perante as autoridades policiais ou judiciárias, mas o Tribunal não deixou de acrescentar que a premissa é válida “em princípio”). No outro, a desconforto dos Estados-nação em face de intrusões excessivas no campo da administração da justiça criminal mostrou-se presente, em especial quando o novo caminho hermenêutico poderia comprometer áreas cruciais para a sustentabilidade social ou econômica do sistema. O mesmo, nesse último ponto de vista, parece ser válido à perspectiva da União Europeia, cuja relutância em fazer parte, no sentido formal, da CEDH, denota o desejo de manter distância do sistema convencional: uma espécie de apoio condicional, que, em suma, pode ser reconsiderado.

4. O fim da fase expansionista de direitos defensivos. O novo modelo de abordagem abrangente focada em medidas compensatórias

Nesse quadro, e sob o impulso de novos nacionalismos, deve-se registrar uma regressão, em relação à fase da expansão referida. Foi implementada, por iniciativa do próprio TEDH, através de sua jurisprudência. Em particular, reforçou-se a abordagem abrangente, remetendo-a a consequências mais extremas, através do desenvolvimento da teoria de “medidas compensatórias”.

a) A face atual da abordagem de justiça geral à luz da doutrina de medidas compensatórias

Nessa perspectiva, a violação de um direito fundamental pode encontrar equilíbrio no cumprimento de outra garantia essencial da pessoa: olhando mais de perto, porém, não é tanto a formulação abstrata do conceito que muda, mas a forma como ele é aplicado. Por exemplo, levando em consideração o caso *Al Khawaja e Tahery* (TEDH, *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido* [GC], 26766/05 e 22228/06, 15 de dezembro de 2011), a Corte sustenta que a impossibilidade de defesa em contraditar uma prova - embora decisiva para efeitos da sentença - por si só não viola o direito a um julgamento justo, se for possível encontrar no procedimento fatores de balanceamento. O alcance desse tipo de elemento é variado: podem revelar, a critério do juiz, a cautela na valoração da prova; ou ainda, a oportunidade de o acusado apresentar sua própria versão dos fatos e convocar testemunhas em sua defesa; ou, finalmente, a possibilidade de enviar perguntas por escrito à testemunha, ou a presença de elementos de confirmação das declarações prestadas na ausência de contradita (sobre o assunto ver M. Biral, *O exame global: novas fronteiras do direito de confrontação de testemunhas*, in Arquivo Criminal, 2013, p. 1ss.; S. Mirandola, *Uso probatório de declarações não contraditadas e jurisprudência europeia: variações sobre o tema 'Al-Khawaja'*, em Persecução Penal, 2017, p. 368 e ss.).

O mesmo pode ser dito sobre o direito a um advogado, de acordo com o outro caso representativo - *Ibrahim* (TEDH, *Ibrahim e outros c. Reino Unido* [GC], 50541/08 e outros, 13 de setembro de 2016). A ausência do advogado, no interrogatório (mesmo em frente apenas à polícia) não envolve em si a violação de justo processo, se forem encontradas medidas compensatórias à transgressão sofrida, incluindo, por exemplo, a regras de exclusão, ou a possibilidade de a defesa contestar a admissibilidade das declarações do acusado na polícia; a credibilidade das declarações, cuidadosamente avaliadas, e o nível de coerção sofrido no momento em que foi interrogado (para uma crítica a esta decisão cfr. M. Caianiello, *Você nem sempre pode contrabalançar o que você quer*, na *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, 2017, pp. 283 e ss.).

Seguiu-se um entendimento completamente consonante em relação ao *ne bis in idem*, na relação entre sanções administrativas e punitivas em sentido estrito. Para refazer seus passos, com respeito à linha hermenêutica anterior, o TEDH, na nota *A e B c. Noruega* compensou a extensão do conceito de “matéria penal”, “agindo interpretativamente” sobre o conceito de *bis* (TEDH, *A e B c. Noruega* [GC], 24130/11 29758/11, 15 de novembro de 2016; A. Tripodi, Punições cumulativas, *ne bis in idem* e proporcionalidade, na Revista italiana de direito e processo penal, 2017, p. 1064; G. Lasagni, *Supervisão Bancária*, cit., p. 41 ss.). Em tal modo, afirmou-se que a duplicação de processos não constituiria violação do referido dispositivo na presença de uma “conexão temporal e material” suficientemente estreita (conexão em substância e tempo) entre o mesmo processo, sobre o mesmo “fato”. Os indícios dessa ligação, como o restante das anteriores relativas aos outros componentes do justo processo parecem altamente manipuláveis: pense-se na “finalidade complementar dos procedimentos”, os quais deverão considerar “diferentes aspectos” do fato crime; ou ainda a previsibilidade da duplicação de avaliações; ou a existência de uma interação entre as autoridades que atuam na coleta e avaliação de provas que fazem “parecer” que a segunda avaliação do fato é baseada na anterior; sobretudo, a existência de um mecanismo compensatório que evite uma acumulação desproporcionada de penas.

Vê-se que a abordagem relativa à justiça geral não é diferente daquela adotada no passado. Os métodos de implementação, por outro lado, aparecem muito diversos, ampliando-se a liberdade do juiz de forma difícil de controlar (e tendendo a restringir o alcance das garantias do acusado).

Um *modus operandi* deste tipo, que o Tribunal Europeu tem utilizado últimos anos, parece difícil de compartilhar, e desperta muitas preocupações, devido às consequências negativas que dele podem derivar. Em primeiro lugar, corre-se o risco de esvaziar o conteúdo dos direitos individuais consagrados na Convenção, que podem ser equilibrados de tempos em tempos com outras salvaguardas. Acima de tudo, porém, isso é capaz de causar danos irreparáveis à legalidade processual, e atribuir discricionariedade incontrolável ao juiz, o que torna o sistema completamente imprevisível (ver para considerações mais aprofundadas sobre a questão, em particular, do interrogatório em contexto probatório, para P. Ferrua, *O contraditório entre o declínio da lei e a tirania do direito vivo*, em D. Negri, R. Orlandi (editado por), *As erosões silenciosas do contraditório*, Turim, 2017, p. 3 ss. Naturalmente, é possível fazer observações semelhantes ao campo penal substantivo, onde os perigos da discricionariedade judicial excessiva parecem ainda mais perigosos: sobre o assunto ver volume recente de F. Sgubbi, *O direito penal total. Punir sem lei, sem verdade, sem culpa. Vinte teses*, Bolonha, 2019, p. 25 e ss.).

Como entender, de fato, quando uma violação é tão grave a ponto de contaminar toda a integridade do procedimento? Além disso e em uma inspeção

mais próxima, baseada no método indicado, parece que um sistema nacional pode não respeitar os direitos individuais em sua especificidade: se da violação de um dos direitos do Artigo 6, CEDH, pode-se encontrar equilíbrio no cumprimento de outro - presente entre os indicados no mesmo dispositivo – disso deriva que um processo, segundo a jurisprudência do TEDH, pode ser considerado justo, em geral, se apenas alguns dos direitos fundamentais foram respeitados.

Ao fazê-lo, abre-se o caminho para o que foi efetivamente definido por alguns como uma mediocridade perversa (assim J. Mazzone, *Silence, self-incrimination, and hazards of globalisation*, in J. E. Ross, S. V. Thaman (eds.), *Comparative Criminal Procedure*, Maryland, EUA, 2016, p. 352). Longe de elevar o nível geral de proteção dos direitos fundamentais consagrados ao Artigo 6, CEDH, uma abordagem como essa pode induzir os ordenamentos jurídicos nacionais a satisfazerem-se com soluções mínimas e até reduzir o nível de algumas garantias, confiando, se o caso chegar a Estrasburgo, poder invocar a teoria das medidas compensatórias.

b) O caso Murtazaliyeva

Uma tendência semelhante à descrita nos casos anteriores foi seguido também na decisão relativa à matéria analisada pelo TEDH, *Murtazaliyeva c. Rússia* [GC], 36658/05, 18 de dezembro de 2018, que merece uma reflexão mais profunda, (também) por causa da do parecer discordante, redigido pelo Juiz Pinto de Albuquerque. Aqui o Tribunal teve que decidir se a violação do direito à prova – ressalte-se, de uma prova acusatória (a acusada alegou ter sido induzida ao crime por agentes que operavam à paisana) - bem como, além disso, a possibilidade de contraditar uma testemunha de acusação, foi crucial para violação do Artigo 6, CEDH. Em consonância com o entendimento em *Al-Khawaja*, os juízes europeus negaram o pedido, observando que, no caso concreto, existiam razões para considerar que as limitações defensivas foram compensadas por outros fatores: presença de provas suficientes, além daquela subtraída do contraditório, para condenar a acusada; incapacidade, por parte da defesa, de justificar adequadamente a relevância dos requerimentos probatórios para a resolução do mérito da acusação; finalmente, a fundamentação adequada da recusa apresentada pelos tribunais nacionais.

A opinião majoritária recebeu críticas relevantes. Nesse sentido, no voto divergente do juiz Pinto de Albuquerque, observou que a defesa baseou seu pedido probatório na prisão, alegando que o fato havia sido condicionado pela interferência de policiais disfarçados, que a teriam interferido na infração [flagrante preparado] (TEDH, *Teixeira de Castro c. Portugal*, 25829/94, 9 de junho de 1998, §§ 38-39). Mais precisamente, afirmou-se que a defesa deveria demonstrar a relevância da prova “em objeção de fraude e apresentando, *prima facie*, uma

prova da armadilha” (ver opinião divergente pelo Juiz Pinto de Albuquerque e no TEDH, *Murtazaliyeva c. Rússia*, cit., § 5): consequentemente “as autoridades judiciárias deveriam ter examinado os fatos relacionados e adotado as medidas necessárias para trazer a verdade, para determinar se houve ou não uma instigação”. Ao se recusarem a ceder ao pedido de prova por parte da defesa, os juízes teriam violado elemento essencial do justo processo, representado pelo direito à prova, componente básico do direito de defesa, em “sinais claros de interferência policial e o papel fundamental da testemunha A. [não ouvida] na estratégia da polícia”.

Assim, segundo a opinião divergente, a prova deveria ter sido admitida.

Isso, por si só, não foi suficiente para considerar violação ao Artigo 6, CEDH, à luz da nova forma de aplicar a avaliação global da equidade. Em outras palavras, negar ilegitimamente o acesso à prova defensiva constitui em si uma violação do Artigo 6, CEDH, ou podem ser invocadas medidas compensatórias para equilibrar o erro processual ocorrido? A este respeito, a opinião dissidente coloca uma ressalva significativa à utilização das medidas de compensação, observando como “o critério da justiça geral não deve ser entendido como substituto às garantias referidas no Artigo 6, § 3, nem está apto a remediar as violações dos direitos descritos em tal parágrafo” (§ 27).

Se assim fosse, de fato, a teoria das medidas compensatórias arriscaria ser um instrumento para anular o §3, do Artigo 6, tornando as diversas salvaguardas negociáveis, intercambiáveis, alternativas entre si (§ 28: “A insegurança que acompanha a interpretação ambígua da maioria, que atribui prevalência ao exame da equidade geral do procedimento, priva o Artigo 6, §3, (d), de qualquer significado”). Ademais, o oposto é que deveria ser verdade: isto é, uso da abordagem à justiça global do processo - em favor do acusado, e nunca em sua desvantagem. Nessa concepção, um julgamento poderia ser considerado injusto mesmo que o TEDH considerasse observadas as disposições individuais do Artigo 6, §3: o contrário não se aplicaria, porém, pois seria vedado negar a violação do julgamento justo quando qualquer das disposições do Artigo 6 fossem transgredidas. Nas palavras de Pinto de Albuquerque, “Segundo a abordagem tradicional do Tribunal, um julgamento poderia ser considerado injusto como um todo, apesar de cumprir o Artigo 6, § 3. Acreditar, pelo contrário, que um processo pode ser considerado justo na sua globalidade, apesar de estar em desacordo com o Artigo 6, § 3 - ou, em outras palavras, que o critério da lisura do procedimento pode permitir violações ao Artigo 6, § 3 - não é apenas logicamente incorreto, mas distorce a própria essência do Artigo 6, §3 (§ 29).

Em última análise, permitir que os estados não apliquem as disposições regulamentares como as previstas no Artigo 6, §3 CEDH, em nome da equidade

geral do procedimento, longe de garantir o cumprimento do justo processo, corre o risco de atuar como fator favorável para ulteriores violações (§ 52).

5. *Discordar para construir*

O quadro geral, no momento atual, não parece, portanto, reconfortante. Perante o desmoronamento supranacional, o TEDH, conto Cândido parece fortemente tentado a voltar a *cultiver son jardin*, uma espécie de isolamento autoinfligido, consciente, ao final de uma longa jornada, em que esta talvez não seja (ainda) a melhor Europa possível. Enquanto isso, os direitos de defesa não parecem estar em excelente saúde, como observado na opinião dissidente em *Murtazaliyeva*: “O assalto silencioso aos direitos de defesa em processo penal foi, indubitavelmente, intensificado, a ponto de que se pergunta onde vai parar” (§ 71).

É em passagens críticas, como as atuais, que uma voz dissonante é importante, capaz, se elevada em propósito e qualidade de pensamento, de manter seguras as sementes do futuro, almejado, que floresça, quando o tempo e o contexto permitirem. O trabalho do juiz Pinto de Albuquerque parece precioso, pois, precisamente nesta perspectiva, que uma reflexão - ainda que minoritária - é capaz de produzir frutos. Em suas opiniões divergentes, de um lado, há uma consciência constante de que o sistema TEDH, com os princípios expressos em particular na sua Convenção, tem em si o potencial de aspirar a algo diferente. Por outro lado, justamente pela concatenação entre suas diferentes fases (e entre seus atos individuais), há dificuldade em compreender o processo como justo globalmente, quando componentes individuais forem afetados por defeitos relacionados à violação de garantias fundamentais. Fica claro, de fato, na visão do juiz Pinto de Albuquerque, que o justo processo só pode resultar do acerto nas etapas intermediárias individuais.

Não há espaço aqui para aprofundar o ponto, mas o mesmo poderia ser aplicado ao sistema da UE. Também nela há potencial para uma abordagem mais rigorosa quanto aos direitos individuais. Entre outros, o ordenamento jurídico da UE poderia se beneficiar do método comunitário, e interagir com os sistemas nacionais de forma mais eficaz do que através da CEDH. Até agora, o caminho percorrido pelo legislador eurocomunitário, tem sido apoiar-se na CEDH. Agora que a abordagem expansiva dos direitos dos acusados parece esgotada, a UE poderá desenvolver uma visão respeitosa do devido processo? Nesse sentido, verificou-se um primeiro desafio na questão prejudicial submetida à Corte, com o despacho de 10 de maio de 2019, n. 117, em que a Corte questionou ao Tribunal de Luxemburgo sobre a questão das sanções administrativas aplicáveis, em nome do Artigo 187- *quinquiesdecies* TUF, à recusa de cooperação

comunitária. Com efeito, tal disposição, do ponto de vista do Tribunal, não seria apenas contrária aos artigos 24 e 111 da Constituição, mas também com o Artigo 6 da CEDH e com o Artigo 47 da Carta de direitos fundamentais da União Europeia (sobre o assunto, consulte a contribuição de G. Lasagni, *Levando a sério o direito ao silêncio: comentário ao Tribunal constitucional*, 10 de maio de 2019, n. 117, em *Direito Penal Contemporâneo - Revista Trimestral*, 2020, 2, p. 135 e ss.).

Em última análise, a capacidade de discordar em situações como essa parece uma das faces daquilo que, em contextos de crise, tantas vezes é evocado como resiliência, resistir sem destruir, regenerar mesmo quando em dificuldade severa. Tomando como deixa a estreia da opinião dissidente em *Murtazaliyeva*, o caso “representava uma oportunidade de ouro para garantir que o princípio da audiência contraditória ganhasse terreno na jurisprudência da Corte. Infelizmente aconteceu o contrário” (§ 1). Enquanto houver oportunidades para voltar a decidir, podemos esperar que o que constitui a opinião minoritária hoje, possa amanhã tornar-se interpretação dominante.

A QUESTÃO DA AUTODEFESA ENTRE O DIREITO PERSONALÍSSIMO E AUTORITARISMO

MÁRIO CHIVARIO

1. Uma opinião divergente relativa a uma controvérsia aparentemente de relevo modesto, mas recheada de referências a princípios e valores fundamentais

Dividiu a “Grande Câmara” quase ao meio e, após debate acalourado, o “caso” Correia de Matos, foi decidido em estreita maioria (nove a oito), no sentido de “não violação” do Artigo 6, §3, (c), CEDH, (ver TEDH, *Correia de Matos c. Portugal* [GC], 56.402/12, 4 de abril de 2018). No entanto, em sua especificidade, a história na origem do recurso não detinha implicações dramáticas – circunscrita aos problemas da questão decidida – e diferente de casos como o que consubstanciou a decisão *Croissant*, em sua conexão com o trágico terrorismo Alemão (e não só alemão) dos “anos de chumbo” Aqui, o queixoso foi um advogado português - já suspenso da inscrição no registo profissional por suposta incompatibilidade com o exercício de outra atividade - impedido de se defender sozinho no processo criminal respectivo, em razão de suposto insulto ao juiz em uma disputa civil.

Ao *minimis*, poderia se dizer que o julgamento teve algo de impiedoso sobre o recorrente, caracterizado, talvez, como um pouco bizarro.

Na realidade, o que estava em jogo não era, e não é, um juízo sobre a personalidade do recorrente (a este respeito, parece-me, no entanto, que a própria sentença, como expressão de altíssima corte judiciária, renunciou ao autocontrole saudável, apresentando traços indevidos e pouco lisonjeiros). A denegação de autodefesa refletiu uma escolha geral e absoluta da lei portuguesa, tanto mais se interpretada à luz da jurisprudência que preconiza o “direito vivo”: disso emerge uma questão não apenas relacionada ao conteúdo da referida cláusula convencional (onde o direito do acusado à defesa em nome próprio é mencionado, embora o texto seja em parte ambíguo, e está contextualmente relacionado ao direito à assistência de um advogado de confiança), mas, ainda mais profundamente, o caso aflorou delicados problemas de fidelidade a princípios e valores que são importantes em termos de equilíbrio entre a autonomia individual e o exercício do poder público; não sem, também, apresentar potenciais reflexos sobre custos humanos, econômicos e outros, que uma pessoa suporta ao ser submetida a julgamento criminal.

Aspectos particulares do caso específico, bem como problemas mais amplos são verificados e até certo ponto, entrelaçados tanto na motivação da decisão, quanto e sobretudo, nas opiniões divergentes: em particular, a de Paulo Pinto de Albuquerque - reproduzida aqui em tradução italiana [portuguesa] - que, sem contrapor as duas partes em que o voto se subdivide, já expressa a figura global da antítese ideal que permeia tudo (“abordagem em favor de autoridades” e “abordagem em favor da pessoa”).

2. Crítica à Corte quanto aos “limites de apreciação do pedido recursal”

Em sua primeira parte, a opinião é explicitamente polarizada em um princípio que há algum tempo constitui um dos pilares, apesar de ainda em concretização problemática, da jurisprudência do Tribunal Europeu: a dos “limites ao pedido recursal”. O texto é muito rigoroso - mas estabelece uma comparação entre os argumentos em grande variedade de precedentes jurisprudenciais - a denúncia, explicitada desde as primeiras páginas, acerca uso apodítico que a maioria do colegiado teria feito, ao longo de quarenta anos, a partir do qual alguns estados (que estão em “melhor posição”) avaliam como e até que ponto as restrições a um direito podem ser permitidas pela Convenção quando esta não as estabelecer diretamente. Na ocasião, aliás - mas não a primeira vez - o Tribunal, na opinião de Pinto de Albuquerque, renunciou a seus poderes de controle sobre balizas intransponíveis. Em suma, a autolimitação teria sido autorizada, mediante o risco de “agnosticismo ao nível dos princípios e de valores, na indulgência política e, em última análise, na abdicação da responsabilidade do próprio juiz”: o que é ainda mais grave quando se trata de direitos fundamentais.

O discurso se desenvolve pela demonstração de deficiências específicas e contradições encontradas nos fundamentos da sentença, quanto aos fatores utilizados para fins de identificação das situações em que a “margem de apreciação” pode ser invocada, como o grau de “consenso europeu” e o estatuto de direito internacional (sobre ambos os aspectos, como veremos, a voltarei mais tarde): sob o primeiro ponto, observando a fraqueza da argumentação da Corte, que, diante da indiscutível realidade de um grande número de Estados, afetou o direito de defesa, reduzindo-o a uma “tendência não determinante”, tentando alavancar “considerável variedade” de soluções concebidas pelos estados individuais para incorporar alternativas ao problema; sob o segundo, focando em indicações que provinham de Conselho de direitos humanos das Nações Unidas e do Pacto Internacional sobre os direitos civis e políticos.

Um aspecto ainda mais importante da decisão refere-se à avaliação das “pertinentes e suficientes” razões apresentadas para justificar a proibição de autodefesa. A esse respeito, a polêmica - como já está claro no título desse item, demonstra até mesmo uma certa “perversão” quanto aos limites do pedido recursal, a ponto de levar o subscritor a questionar se, na reconstrução do direito interno e da jurisprudência, a Corte cometeu erro grave ao legitimar o recurso de revisão da sentença, nos termos do Artigo 80 do seu próprio Regulamento. Este é claramente um terreno quase proibido para o observador externo que, como eu, não tem domínio efetivo do direito nacional *sub judice*. Não obstante, ao menos alguns pontos da crítica podem ser destacados, ante ao valor geral que expressam: assim, para nos limitarmos a um exemplo, sem negar a importância da autodefesa “ativa” (ou “colaborativa”) que o acusado pode apresentar, mesmo quando atua ao lado de defensor (cuja contratação é dispendiosa, principalmente considerando que o réu é advogado), cita-se a restrição ao direito de defesa ocorrido ante o impedimento da autodefesa no caso.

3. O dualismo entre o direito de defesa pessoal e a defesa técnico-jurídica e uma análise exegética clássica: interpretação literal ...

Mais diretamente centrado na exegese da arte. 6, §3, (c), TEDH, a segundo parte do voto dissidente explicitamente visa destacar uma perspectiva *pro persona*, em detrimento de incliná-la ao polo da autoridade, o que é referido no texto como fundamento do voto da maioria.

Aqui o argumento começa com alguns esclarecimentos sobre jurisprudência do Tribunal Europeu, objetivando contestar a relevância certos argumentos genéricos (a partir, aliás, do acórdão *Croissant*, sobre o qual é possível registrar criticamente, refere-se ao estado excepcional em que os tribunais alemães funcionaram em período de terrorismo interno). A par disso, digno de atenção são

sobretudo os fundamentos posteriores, em que o autor utiliza três instrumentos clássicos da exegese jurídica: a interpretação literal, interpretação teleológica e interpretação sistemática.

Já no primeiro momento, o voto aponta a fragilidade da tese segundo a qual o dualismo do texto convencional entre a defesa pessoal e a defesa técnico-jurídica permitiria aos legisladores nacionais a possibilidade de comprimir o primeiro dos elementos. Se assim fosse, também teria de se admitir que a lei também poderia excluir completamente o segundo, reconhecendo apenas a autodefesa: conclusão, tal raciocínio muito imediatamente traz à mente memórias fatais. Pinto de Albuquerque segue, também, por outro lado, para destacar outros dados textuais e, com acerto, superestima sua relevância. Trata-se do Artigo 6, §3, (c) CEDH, em que a defesa pessoal é mencionada antes da técnico-jurídica, o que apoiaria a preeminência da vontade do acusado em termos de gestão global da defesa judiciária.

4.... interpretação teleológica, interpretação sistemática

De qualquer forma, o valor do raciocínio aumenta mais decisivamente nas páginas que o autor dedica à interpretação teleológica e à o sistemático.

Do primeiro ponto de vista, o reconhecimento do direito à autodefesa como um direito autônomo, reivindica um papel essencial se a aplicação da Convenção Europeia estiver atrelada concepção do acusado como sujeito, e não como mero objeto do processo penal: em harmonia com um caminho de civilização preconizado por Césare Beccaria, e no efetivo cumprimento dos princípios de respeito à dignidade humana e o estado de direito. Em suma, “o cerne do direito de todos de se defenderem por conta própria vincula-se a autonomia para escolher sua própria estratégia de defesa, independente de qualquer pressão do Estado ou outros, e decidir livremente a e representação mais adequada como parte desta estratégia”.

Sob o segundo aspecto, o argumento não se limita a retomar ou expandir as observações já existentes em relação ao panorama do direito europeu e internacional, mas enriquece o debate com um apelo mais do que adequado as regras e práticas dos tribunais penais internacionais; quanto à evocação da orientação do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, parece-me muito significativo que o autor, após reiterar que em casos de conflitos de necessidades individuais e coletivas, para proteger o Estado, deve-se optar pela solução menos intrusiva possível, não só para garantir o cumprimento do direito de defesa (em casos de exploração obstrutiva de legítima defesa, de manifesta incapacidade do acusado de se mover com responsabilidade diante de um grave acusação, bem como de intimidação do uso da autodefesa), mas acima de tudo, o parecer dissidente

também nega a exasperação individualista: assim, ao sugerir uma interpretação extensiva da segunda exceção, e incluindo, de modo mais geral, os casos de ações judiciais particularmente complexas sobre o plano legal e penalidades suficientemente severas, sustenta que o rol não deveria ser visto como “taxativo”, para que os Estados também pudessem crescer “outras razões sérias para assistência jurídica”, desde que “sempre sob o controle Corte”.

5. Derrotas que não desmoralizam

Um significativo alarme ressoa nas linhas finais do voto dissidente: a divisão registrada no Tribunal Europeu não apenas reflete “duas visões radicalmente diferentes acerca do procedimento criminal e de direitos defensivos”, mas a sentença anuncia “um retorno às sugestões de um passado europeu sombrio e atormentado, que considerava os acusados como objetos à mercê de um Estado onipotente, que sempre poderia ditar o que considera ser de seu melhor interesse”.

Palavras muito fortes, sem dúvida, cujo uso, no entanto, parece legítimo, mesmo em seu extremismo, a aqueles que - depois de terem vivido todo o desdobramento de profundos contrastes procedimentais - exercem o direito de expressar sua discordância sobre a solução vencedora. Para um observador externo é difícil avaliar, pois, para isso, é necessário ter em mãos elementos específicos à verificação da compatibilidade entre a decisão e tão drástica observação.

Por outro lado, é possível reconhecer orientação cultural que permeia o voto em várias passagens. O pensamento jovem se exprime em sentido análogo.

Aliás, há cinquenta anos comentou-se (Jurisprudência constitucional de 1970, p. 974 e ss.), uma sentença da Corte constitucional italiana que, sem se posicionar explicitamente sobre o ponto ora em discussão, referiu-se ao procedimento que exigia a nomeação obrigatória de um defensor oficial a quem não detinha advogado de confiança. E desde aquele momento aproveitou-se a oportunidade para questionar a tradicional e dominante “tendência de incorporar no princípio da necessidade da defesa técnica, a obrigação de nomear o defensor [...] e impor ao indivíduo, a renúncia indireta a qualquer outra forma de assistência defensiva”. Na verdade, lá já havia indícios de abordagem autoritária ou pelo menos paternalista, pois é verdade que em uma estrutura jurídica que “incorpora a solidariedade como motivação (e o Artigo 2, em nossa Constituição, é um espelho claro), parece natural que o órgão processual preocupe-se em compensar a inércia (voluntária ou involuntária) do interessado sobre a nomeação do defensor, informando-lhe os riscos associados à recusa de assistência defensiva técnica”, ao que se torna menos natural que o indivíduo confie – após os avisos recebidos - em apenas suas forças para o desempenho da atividade defensiva”. Em vista de tudo, não sem um aceno para a contradição substancial desse excesso de cuidado

paternalista com as graves deficiências (nem hoje, de todo anuladas), registra-se o desafio da coletividade e das instituições em evitar que a assistência defensiva constitua apenas uma fachada.

Em várias ocasiões, a abordagem foi reiterada e acrescida de outras considerações, - como em *Direito processual penal* (8 ed., Turim, 2019, p. 323 ss.) – especialmente no sentido de que junto à inspiração “personalista”, presente na Constituição republicana, coexiste a “social” (ou, talvez mais exatamente, o objetivo seja equilibrar essa última com a orientação clássica “liberal”), o que exige mais respeito pelas escolhas daqueles que, em plena consciência, gostariam de prescindir da defesa técnica, seja por razões ideais ou mais simplesmente, porque consideram excessivo economicamente (e apresentam disposição para realizar uma defesa eficaz por conta própria, em comparação aos riscos reais de uma condenação e outros fatores), o desembolso da remuneração para os serviços de um advogado.

Frise-se que para aqueles que não vivenciaram presencialmente alguns fatos da história italiana, a questão da autodefesa explodiu dramaticamente quando, por ocasião de alguns julgamentos por terrorismo - e em particular como parte do chamado “núcleo histórico das Brigadas Vermelhas” - parte dos acusados reivindicou o direito de renunciar a qualquer defensor em nome da rejeição global à legitimidade das instituições e, em particular, dos órgãos judiciais (há época, ocorreu o assassinato do Presidente do Conselho da Ordem dos Advogados de Turim, após este - juntamente com todos os demais membros do referido Conselho - aceitar, por responsabilidade institucional, assumir a defesa oficial). Mesmo naquela ocasião manteve-se o argumentando de que o Estado, por um lado, não deve satisfazer intenções obstrutivas relacionadas à recusa de assistência defensiva, mas por outro, não pode sobrepor à vontade do acusado, impondo-lhe uma defesa técnico-jurídica “normal”. Persiste o direito de escolha da estratégia de defesa, como o silêncio, desde que não se comprometa o processo, ou ocorra violação de interesses coletivos. Na oportunidade, fez-se uma proposta oficial, em razão de posições tomadas em jornais e periódicos (algumas foram parcialmente reproduzidas em *Autodefesa: questão aberta*, ETS, 1979, e mais recentemente *A encruzilhada*, Altrimedia, 2019): para tanto, uma alternativa seria, em julgamentos particularmente complexos ou com acusações por crimes punidos com maior severidade, transformar o defensor nomeado em “fiador”, tendo como tarefa fiscalizar o cumprimento da lei pelos órgãos processuais, podendo apontar incompetência, mas abstendo-se sobre o mérito das acusações. Vale ressaltar no caso torinense e as Brigadas Vermelhas, a defesa exerceu semelhante papel, compatível com a ética profissional.

A tentativa foi rejeitada na redação do código atual que, ao absolutizar a proibição da autodefesa, também eliminou o pequeno espaço em que o código

revogado - com referência ao processo penal punido com uma pena pecuniária – permitia sua aplicação. Quanto ao Tribunal Constitucional, houve certa abertura, sobretudo na sentença n. 188, de 16 de dezembro de 1980, que referiu a autodefesa como “colaborativa” e, explicitamente afirmou a possibilidade de o defensor exercer seus poderes respeitando plenamente a vontade do acusado; contudo, o Tribunal foi gradualmente se fechando, às vezes (portaria n. 421, de 6 de dezembro de 1997) valendo-se expressamente do caráter acusatório do atual sistema de julgamento criminal e a necessidade de “garantir a eficácia de um contraditório mais equilibrado e uma igualdade de armas mais substancial entre acusação e defesa” (tala opinião, em verdade, não está desprovida de credibilidade, o que também é expresso no acórdão do Tribunal Europeu ao qual se refere o texto aqui comentado, no entanto, é necessário avaliar que a autodefesa também prosperou, em especial, no contexto jurídico acusatório mais arraigado...).

Em suma, a questão da autodefesa também foi derrotada. Mas o tema e seus defensores se encontram ao lado de alguém muito mais autoridade, como é o caso de Paulo Pinto de Albuquerque.

O CONFLITO ENTRE OBRIGAÇÕES DA CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS E DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS: A JURISPRUDÊNCIA BÓSPHORUS DO TEDH APLICADO ÀS NAÇÕES UNIDAS

ANNALISA CIAMPI

O voto concorrente do Juiz Pinto de Albuquerque no caso *Al-Dulimi* (TEDH, *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça*, [GC], 5809/08, 21 de junho de 2016) sobre garantias a um justo processo está entre os que merecem respaldo e continuidade na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

O voto contribuiu para formação da maioria na Grande Câmara (15 votos a favor, contra 2), quanto à apuração da violação, pelo governo suíço, do Artigo 6, §1, CEDH, em relação a medidas de confisco adotadas, em cumprimento de Resolução do Conselho de Segurança n. 1483 (2003), de 22 de maio de 2003. O voto oferece, nesse sentido, uma motivação diferente da que foi adotada pela maioria, e está baseada em argumentos teórica e metodologicamente congruentes ao reconhecimento da CEDH como instrumento constitucional de ordem pública europeia, fundado no Estado de Direito.

Como se sabe, a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo sobre a possível responsabilidade dos Estados Partes da CEDH em face de ações ou omissões

atinentes à Organização das Nações Unidas, baseia-se nas duas seguintes posições.

Por um lado, a CEDH não pode ser interpretada de forma a submeter ao escrutínio do Tribunal aos atos e omissões dos Estados partes que são respaldados – “covered” - por resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, antes ou durante as missões da ONU para garantia da paz e a segurança internacionais. Isso significaria interferir com a consecução e fins essenciais da missão (“o cumprimento de uma missão chave das Nações Unidas”). Esta foi a opinião do Tribunal nos casos conhecidos *Behrami e Saramati* (TEDH, *Behrami e Behrami c. França*, 71412/01, e *Saramati c. França, Alemanha e Noruega*, 78166/01, de 2 de maio de 2007), distintos do *Al-Jedda* posterior (TEDH, *Al-Jedda c. Reino Unido* [GC], 27021/08, de 7 de julho de 2011), sobre atos de tropas nacionais dentro de uma força multinacional na qual o Conselho de Segurança não detinha autoridade ou controle absolutos e, portanto, a responsabilidade permaneceu atribuível ao Estado parte.

Por outro lado, no entanto, o Tribunal também adota uma abordagem diferente em relação as medidas nacionais para a implementação das resoluções do Conselho segurança das Nações Unidas, que não são diretamente atribuíveis ao órgão internacional e que podem, portanto, implicar a responsabilidade de um Estado nos termos do Artigo 1, CEDH. Com base nisso, no mérito, como em *Nada c. Suíça*, o Tribunal afirmou a existência de uma margem de apreciação em resolução não interpretada adequadamente pelo Estado conveniado, em *Al-Dulimi* a maioria sustentou que “antes de tomar as medidas acima mencionadas, as autoridades suíças tinham o dever de garantir que a listagem não era arbitrária”(-ver TEDH, *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça*, cit., §150) e que aos recorrentes “apresentou-se ao menos uma oportunidade genuína para submeter provas ao tribunal, em exame do mérito, mostrando que sua inclusão nas listas impugnadas foi arbitrária” (§ 151).

O voto do juiz Pinto de Albuquerque, subscrito por três juízes da Grande Câmara (Hajiyev, Pejchal e Dedov), não só reconstruiu corretamente a complexa questão das relações entre a Carta das Nações Unidas e CEDH, mas ofereceu soluções consistentes com a jurisprudência mais ampla de Estrasburgo sobre a possível responsabilidade dos Estados parte da CEDH por atos e omissões relacionados com a sua adesão a uma organização internacional.

O voto afirma a natureza da regra de prevalência estabelecida pelo Artigo 103 da Carta das Nações Unidas como secundária quanto aos conflitos entre as obrigações decorrentes da Carta e as resultantes de outros acordos internacionais. Nesse sentido, sujeita sua operação ao cumprimento de uma dupla condição de legitimidade: a regra de prevalência não se aplica a obrigações impostas por reso-

luções do Conselho de Segurança contrastantes com os propósitos e princípios das Nações Unidas (legitimidade intrínseca) e/ou com a *jus cogens* (legitimidade extrínseca). Esta é uma limitação geralmente reconhecida (em termos substancialmente análogos, veja, por exemplo, *Sanções do Conselho de segurança e direitos humanos*, Milão, 2007, pp. 156-163, e a doutrina lá citada). Segundo a maioria, uma resolução da ONU não exclui explicitamente um exame judicial das sanções, mas deve ser interpretada de forma a admitir uma avaliação adequada pelos tribunais nacionais. Segundo o juiz Pinto de Albuquerque, uma interpretação rigorosa da Resolução do Conselho de Segurança n. 1483 (2003) à luz dos critérios gerais para a interpretação de tratados internacionais conduz, inversamente, à exclusão da revisão judicial de uma medida nacional como o confisco ordenado contra *Al-Dulimi*. O conflito para o governo suíço entre a obrigação de cumprir à Resolução n. 1483 (2003) e a obrigação de garantir o direito de acesso à justiça, conforme Artigo 6, §1, da CEDH, existe e não pode ser evitado de forma interpretativa.

Reconhecer a existência do conflito teria permitido à maioria submeter abertamente, em vez de sub-repticiamente, o sistema das Nações Unidas ao teste de proteção equivalente elaborado pela Grande Câmara no acórdão *Bosphorus* (TEDH, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*, 45036/98, de 30 de junho de 2005), com referência a atos que derivaram da adesão dos Estados parte à então Comunidade Europeia (agora União Europeia). A este respeito, o Juiz Pinto de Albuquerque tem razão ao apontar que: “Embora a maioria tente evitar o teste de proteção equivalente a todo custo (ver §149, da sentença), revela suas reais intenções no §153, onde é aceito o argumento do Estado demandado, segundo o qual o sistema aplicado ao caso, mesmo seguindo a Resolução 1730 (2006), não garante “proteção satisfatória” ou, em outras palavras, proteção comparável ou equivalente ao exigido pela Convenção. Este é obviamente o teste *Bosphorus* e a tentativa em eliminar a palavra proibida ‘equivalente’ não muda nada [compare-se §§114 e 153]. A adesão pela maioria deste entendimento fica ainda mais clara na parte final do §153, que consiste em uma avaliação comparativa da proteção a partir do acesso a esses procedimentos” (o Ponto Focal), de um lado, e a exigência da Convenção a ‘uma apropriada análise judicial’, por outro. A formulação geral e abstrata utilizada é a mesma do *Bosphorus*” (ver parecer de juiz Pinto de Albuquerque para *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça*, cit., § 55). E é, portanto, “censurável que a maioria não tenha reconhecido de forma transparente a aplicação do ‘teste de proteção equivalente’, que efetivamente usou §153” (§ 56, da sentença).

Em vez da interpretação “criativa” da Resolução n. 1483 (2003) e as críticas superficiais ao sistema das Nações Unidas pela maioria, o juiz Pinto de Albuquerque oferece uma solução compatível com a natureza constitucional da

CEDH e o papel da Corte como Tribunal Constitucional Europeu: a CEDH levado a sério a aplicação do método analítico comparativo de *Bosphorus* às obrigações da Carta das Nações Unidas. Em particular, as razões pelas quais “[s]e considera o valor constitucional da Convenção, o teste de proteção equivalente deve ser aplicado em relação a quaisquer obrigações contidas em outros tratados e acordos internacionais, incluindo a Carta das Nações Unidas” (§ 69): “Não se pode argumentar que a aplicação do método *Bosphorus* nas Nações Unidas seria um exercício inútil e supérfluo, baseado na conclusão contestada segundo a qual uma organização supragovernamental como as Nações Unidas não poderão garantir um instrumento de proteção equivalente a pessoas físicas e jurídicas afetadas por um Conduta ou omissão da ONU” (§ 66.). Por um lado, não há razão plausível para deixar de aplicar os padrões de direitos humanos das Nações Unidas às suas próprias decisões. Por outro, nada obsta, em linha de princípio, a adoção de garantias substantivas e processuais por órgãos das Nações Unidas, a teor da Carta e do Pacto sobre os direitos civis e políticos, às decisões vinculantes que impõem sanções a pessoas físicas e jurídicas. O argumento de que a União de Nações seria uma organização tão *sui generis* a ponto de merecer um tratamento privilegiado em relação a outras organizações internacionais é político, não legalmente fundamentado. Igualmente problemático é o argumento de que o Conselho de Segurança é um órgão especial que exerce os seus próprios poderes sancionatórios aos quais não se aplicariam as regras em geral, mas um regime especial de devido processo legal.

Inevitável, portanto, a conclusão de que, na ausência de qualquer alternativa, eficaz e acessível por meio de procedimento judicial interno para proteger o direito dos requerentes para usufruir de seus bens, houve uma violação à essência do direito de acesso à justiça, previsto no Artigo 6, CEDH - uma conclusão que também não requer reconhecimento nem natureza punitiva do confisco decretado contra os requerentes, nem o caráter *jus cogens* do direito de acesso a um juiz em matéria penal: Assim, “no presente caso, [...] a aplicação de proteção equivalente presente em *Bosphorus* às Nações Unidas foi claramente negada pelos fatos do caso” (ibid., § 70).

Aqui, e somente aqui, pode ser identificada numa fraqueza na ampla argumentação do Juiz Pinto de Albuquerque, que convenceu muito mais do que a maioria. No caso do *Bosphorus*, o Tribunal (ainda que com opinião concorrente e divergente de 6 dos 17 juízes que formaram a Grande Secção) formulou pela primeira vez uma sentença positiva de equivalência na proteção dos direitos humanos oferecida pela Comunidade Europeia (agora União). Segundo o Tribunal, a partir dessa conclusão, os atos e omissões de um Estado Parte que correspondam ao cumprimento das obrigações impostas pela ONU e que não deixem margem de discricionariedade, presume-se conformes com a CEDH. Essa, presunção,

contudo, é relativa: pode ser negada na presença de uma avaliação que expresse insuficiência de proteção no caso concreto.

Sustenta-se que a análise de recursos contra as medidas estatais que constituem a implementação direta das decisões do Conselho de Segurança, relativas à imposição de “sanções específicas”, se ausente medida semelhante junto a União Europeia, deve não só superar a verificação de admissibilidade nos termos do Artigo 1 CEDH, mas também, no mérito, analisar o cumprimento da CEDH. Isso denota impossibilidade de utilizar o escamoteamento de presunção de conformidade convencional que subverte a avaliação da proteção equivalente (ver A. Ciampi, *Sanções e direitos do Conselho de Segurança humanos*, cit., em particular sobre a aplicação do princípio da proteção equivalente, pág. 379 e segs.).

Segundo o voto do Juiz Pinto de Albuquerque acima citado, a presunção de proteção equivalente de *Bosphorus* no sistema jurídico das Nações Unidas, pode ser claramente refutada por fatos de cada caso e não impede a verificação de violação do Artigo 6, CEDH, seja como consequência de uma sentença negativa *tout court* sobre a proteção dos direitos humanos no sistema das Nações Unidas, de modo a excluir a equivalência com a CEDH, ou ante a constatação de uma insuficiência manifesta da proteção de direitos, a rebater, no caso concreto, a presunção de conformidade. A manutenção da presunção de proteção equivalente depende de cada avaliação.

Permanece o fato de que o sistema das Nações Unidas ainda está muito distante de oferecer remédios e recursos que podem ser utilizados diretamente por indivíduos, o que por si só permite uma avaliação da equivalência de proteção a direitos fundamentais, no sentido do que foi consignado em *Bosphorus*. Também permanece o fato de que a argumentação concorrente do Juiz Pinto de Albuquerque é, em relação à maioria, mais consistente com a natureza da CEDH e com o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, instrumentos constitucionais que são do ordenamento jurídico europeu e seu papel jurídico internacional.

A METAMORFOSE DO NE BIS IN IDEM: DE DIREITO FUNDAMENTAL A INSTRUMENTO DE CONTROLE DA PROPORCIONALIDADE DA PENA NA OPINIÃO DO JUIZ PINTO DE ALBUQUERQUE, EM A E B C. NORUEGA

GAETANO DE AMICIS

Amplamente argumentada, culta e cheia de debates problemáticos, é a opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque em TEDH, *A e B c. Noruega* [GC], 24130/11 e 29758/11, de 15 de novembro 2016. No voto, as raízes históricas do princípio *ne bis in idem* são reconstruídas desde os próprios fundamentos, com suas conotações ontológicas de garantia fundamental, na dupla perspectiva de

progressivo reconhecimento como um princípio de direito internacional consuetudinário e das inúmeras dificuldades que, especialmente em relação à fluidez da noção em “matéria penal” deve ainda afirmar-se como direito fundamental do cidadão da grande Europa.

No conhecido caso *Grande Stevens*, o Tribunal pretendia explorar a garantia da proibição de julgamentos duplos, discutindo a imposição definitiva de uma sanção formalmente administrativa, mas substancialmente penal por seu conteúdo, a partir dos Critérios de *Engel* (CEDH, *Grande Stevens e outros c. Itália*, 18640/10 e outros, 4 de março de 2014, §§ 94-101).

Esta solução não excluía por si só a possibilidade de adoção, pelos Estados partes, do sistema de dupla via em sanções para o mesmo comportamento ilegal, mas limitou, ainda que em parte, sua aplicabilidade concreta. Com a sentença subsequente no caso *A e B c. Noruega*, o tribunal corrigiu sua orientação, excluindo a vedação do *bis in idem* quando os dois julgamentos, penal e administrativo, apresentassem uma “conexão suficiente em substância e em tempo”.

Este parâmetro mostrou-se bastante vago, indefinido e essencialmente arbitrário - como também observou o Juiz Pinto de Albuquerque em seu voto dissidente - o que favorece o enfraquece e limita severamente o alcance e aplicação da garantia *ne bis in idem*.

Seguindo o critério de conexão temporal suficiente, de fato, a proibição é acionada apenas sob a condição de que o segundo processo - como regra o penal - terminara a uma distância cronológica significativa em face do administrativo: circunstância, essa, difícil de correlacionar, pois no plano lógico, a proibição do duplo julgamento, deveria operar independentemente de avaliações temporais (o que importa, na verdade, é a possibilidade de evitar que a mesma conduta seja sancionada duas vezes).

Agora, o parâmetro cronológico pode ser utilizado como instrumento impróprio, a fim de sancionar a excessiva duração do processo criminal, enquanto o critério baseado no vínculo de natureza substancial traduz, de fato, a valorização dos diferentes aspectos dos dois processos e a proporcionalidade da sanção imposta em relação aos fatos que se pretende punir.

Esse último requisito, de tipo substancialmente equitativo, mas de todo indeterminado quanto à substância ontológica da proibição de duplo juízo, em cujo aspecto decisivo exige-se que não seja aplicada uma dupla sanção de natureza “penal” e que não seja instaurado duplo processo pelo mesmo fato contra a mesma pessoa (B. Capparelli, *Litispêndencia e ne bis in idem penal – Teoria Geral*, Marcial Pons, 2023; R. E. Kostoris, *CEDH e cultura jurídica italiana. Entrevista sobre CEDH e processo penal*, in Justiça Unida, 20 de março de 2020, p. 2 e s).

Enquanto em *Grande Stevens c. Itália* o argumento central investiu na garantia do réu de não ser julgado e sancionado duas vezes pelo mesmo fato, na sentença subsequente no caso *A e B c. Noruega* a base do raciocínio muda no sentido de salvaguardar o interesse/direito do Estado de impor a dupla sanção, tendo como únicos limites a desproporção global da pena e o lapso temporal excessivo entre os dois processos.

Essa decisão enfatiza essencialmente o fato de que o Artigo 4, do protocolo n. 7, da CEDH, não proíbe os Estados à dupla imposição de sanções administrativas (mesmo se qualificadas como substancialmente penais para a Convenção) e penais, mas exige que o duplo sancionamento esteja em conformidade com os princípios e garantias convencionais e configure “conexão substancial e temporal” entre os dois processos. Tal conexão, de fato, visa conciliar duas necessidades opostas: de um lado, o interesse do indivíduo em não ser julgado e sancionado duas vezes; por outro lado, o interesse do Estado em punir as condutas que integram ao mesmo tempo um crime e uma infração tributária ou comercial etc., conforme o caso.

O Tribunal, no entanto, especifica que este critério não é satisfeito na hipótese em que “ausente um ou outro dos dois elementos - substantivo ou temporal”. Ainda, se os dois processos estiverem coordenados do ponto de vista substancial e temporal, isso pesará sobre o ônus da prova acerca da não violação do Artigo 4, do protocolo n. 7, da CEDH., hipótese em que se permitirá aplicação de duplo sancionamento por diferentes autoridades em processos separados.

A constatação de que a combinação de sanções administrativas e criminais é um recurso recorrente na legislação de muitos estados membros, especialmente no setor tributário, constitui um argumento para que o Tribunal de Estrasburgo volte a afirmar a liberdade dos Estados quanto ao tipo de resposta, mesmo complementar, a condutas socialmente ofensivas, através de sistemas integrados de sanções que constituem um todo coerente. A graduação da resposta sancionatória, portanto, pode ser modulada de forma diferente devido ao valor social da conduta, não apenas com referência à rigidez da própria pena, mas também da perspectiva de sua combinação com sanção administrativa.

O Tribunal, no entanto, não forneceu uma definição precisa e pontual acerca do “critério de conexão substancial e temporal suficiente”, limitando-se declarar uma série de índices sintomáticos dos quais infere-se a existência de uma ligação entre os dois processos.

Portanto, o voto dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque deve ser considerado válido, pois de acordo com este critério vago e arbitrário, o conteúdo dos elementos sintomáticos é deixado a critério do intérprete. Igualmente faltante na decisão o caráter disjuntivo ou cumulativo dos vários elementos enunciados:

aspectos adicionais que, provavelmente o Tribunal Europeu será chamado a esclarecer.

Trata-se, de certa forma, de uma mudança bastante significativa, pois ao lado de impedir a dupla imputação em dois processos pelo mesmo fato, concluídos de forma independente um do outro e deixados ao arbítrio judicial – passou-se a autorizar a coordenação, ao longo do tempo e no objeto, desses processos, para que possam ser considerados como substancialmente únicos e obtenham resposta punitiva não desproporcional, considerada a extensão da pena (no sentido convencional) como um todo imposto.

A ideia que parece transparecer da sentença é a segunda, para a qual o direito fundamental, consubstanciado no *ne bis in idem*, não se traduz numa área de aplicação necessariamente intangível, uma vez que podem existir interesses, de importância geral, a partir dos quais um Estado, pode entrar em conflito a extensão e amplitude interpretativa de um direito fundamental. Em sede de crimes tributários, por exemplo, por trás desse interesse pode estar a proteção de um direito, igualmente fundamental, ligado à propensão social da tributação (B. Capparelli, *Litispêndência e ne bis in idem penal – Teoria Geral*, Marcial Pons, 2023; A. Perrone, *O critério de “conexão suficientemente próxima” e sua relação com o princípio ne bis in idem na jurisprudência do TEDH*, em *Direito e Prática Tributária* 2018, p. 1153 ss.).

O TEDH, portanto, provavelmente pretendeu reafirmar seu papel central na avaliação do equilíbrio entre direitos fundamentais. Nesse contexto, o critério da conexão espaço-temporal nada mais é do que um instrumento para operar concretamente esse balanceamento, a partir de um *test* caracterizado por requisitos específicos, valorados caso a caso.

Trata-se, portanto, de identificar aquelas hipóteses em que a área de aplicação do *ne bis in idem* deve ser restringida (sem ser anulada), para deixar espaço a necessidade concomitante de garantir outro interesse fundamental, como o da tributação social, que pode encontrar proteção através da imposição de sanções combinadas. Esta limitação do direito ao *ne bis in idem*, no entanto, não parece afetar seu núcleo fundamental, uma vez que, como reiterado também em decisão posterior do mesmo Tribunal (ver TEDH, *Johannesson e outros c. Islândia*, 22007/11, de 18 de maio de 2017), a garantia convencional deve ser integralmente aplicada se as condições não forem satisfeitas.

O aspecto mais problemático, entretanto, refere-se ao reconhecimento de pressupostos e condições que permitam identificar o critério de conexão, especialmente no que concerne ao primeiro dos fatores materiais, já que as diferentes finalidades e sanções administrativas seriam chamadas a processar questões penais, nesse sentido, é difícil não compartilhar as críticas expressas pelo juiz

dissidente quanto ao valor afilitivo particular da infração que, às vezes pode caracterizar ou descaracterizar a aplicação de sanções administrativas, sujeitas à consideração meramente compensatória: trata-se, com efeito, de um passo problemático da sentença, o que poderia enfraquecer sua base jurídica (A. Perrone, *op. cit.*, p. 1154 e segs.).

A valoração dos “diversos escopos” perseguidos pelos ilícitos administrativos e penais e dos “diferentes aspectos das condutas socialmente ofensivas”, na prática, pode caracterizar cada um dos ilícitos referidos. Como observado pelo voto dissidente, é uma questão “intrinsecamente substancial”, que afeta sobretudo a delimitação da extensão do *idem factum*, para além da definição do conceito de *bis*, e confunde perspectivas axiológicas distintas, que deveriam permanecer.

Sob outro aspecto, a regulamentação do possível conflito entre o direito fundamental ao *ne bis in idem*, por um lado, e, por outro, o interesse geral dos Estados individuais que aderem à Convenção para impor penalidades, duplas ou combinadas – no sentido do pagamento regular de impostos, ou ainda de outros interesses igualmente fundamentais – pode ser classificada em determinadas condições, pelo equilíbrio justo entre os dois diferentes polos de atração, cada um no seu respectivo campo de proteção.

Nesse sentido, não parece que o direito fundamental ao *ne bis in idem* pode sempre e em qualquer caso resistir à autoridade de um Estado parte, delimitando uma área de como intangível, absoluta, acerca qual não se pode decidir.

Se, por exemplo, se der atenção à dimensão coletiva e comunitária dos juro tributários, ou seja, da sua propensão natural para satisfazer certas necessidades coletivas, e se o instrumento fiscal também é observado em sua dimensão propriamente “social”, como meio disponível aos os sistemas jurídicos à eliminação de disparidades e desigualdades de tratamento, inclusive mediante a aplicação de sanções. Isso pode ser considerado como uma forma de proteção da expectativa jurídica para que um Estado tenha base econômica suficiente para garantir a promoção e o pleno desenvolvimento das liberdades individuais.

Examinada nessa perspectiva, a sentença em questão não parece ter provocado um sacrifício irracional da natureza fundamental do direito ao *ne bis in idem*, quase abrindo as portas para o renascimento da política punitivo de um Leviatã moderno, como observado na opinião dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque. Por trás da resposta sancionatória do Estado, de fato, pode não haver apenas a articulação de um poder soberano, mas também a proteção de um direito generalizado que, visto por esse ângulo, poderia entrar em conflito com a garantia fundamental do *ne bis in idem*, colocando a necessidade de um equilíbrio correto em termos problemáticos, cuja ponderação razoável ser atribuída à apreciação soberana do Estado de direito.

O duplo sistema de sanções encontra assim um critério de legitimação, ainda que oscilante, no equilíbrio ligado à difícil conciliação entre direitos igualmente fundamentais (A. Perrone, *op. cit.*, p. 1156 ss.). Nessa lógica, onde a sanção dupla mostra conexão suficientemente estreita, temporal e substancial, para que se possa considerar a questão, como um todo, avaliando proporcionalmente o aspecto negativo da conduta antissocial e a necessidade de equilíbrio entre direitos concorrentes/interesses fundamentais, podendo justificar a limitação da proibição do *bis in idem*.

No entanto, as condições para configurar concretamente a existência de tal conexão substancial e temporal devem ser bem definidas, porque este critério não substitui os tradicionalmente adotados para avaliar a possível violação do *ne bis in idem*, mas sim o une.

Caso a verificação destas condições não seja realizada, a dupla resposta sancionatória torna-se objetivamente desproporcional em relação à negligência de conduta que não esteja de acordo com a legislação tributária ou outra infração administrativa, e isso torna já não justificável a limitação da garantia do *ne bis in idem*, com a consequente integração da infração prevista no Artigo 4, do Protocolo n. 7, da CEDH.

Além disso, e talvez de forma muito mais séria, revelam-se os problemas de aplicação que emergem, à luz das reflexões realizadas no voto dissidente do juiz Pinto de Albuquerque, a partir da análise da evolução global da jurisprudência do TEDH em matéria de duplas sanções.

Enquanto em virtude de sua orientação anterior, o *ne bis in idem* girava essencialmente em torno de uma (automática) preclusão processual (proibição de duplicação de processo pelo mesmo fato, ainda que diversamente qualificado), após o julgamento *A e B c. Noruega* em proibição tornou-se mais substancial (embora não exclusivamente): numa perspectiva destinada sobretudo a assegurar a proporcionalidade global das várias sanções impostas em procedimentos duplicados, quase se tornando um instrumento de reequilíbrio na identidade e extensão da sanção global “integrada” (P. Gaeta, *Notas sobre ne bis in idem e sanção autônoma*, in *Questões Especiais de Justiça* 2019, 1, p. 354 e ss.).

O próprio Tribunal Constitucional, no acórdão n. 43 de 24 de janeiro de 2018, observou que após este último pronunciamento “não se pode continuar a argumentar que a proibição do *bis in idem* convencional, dotado de características exclusivamente processuais, constitua o único critério para afirmar ou negar o vínculo material [entre os dois processos eventualmente estabelecidos], mostrando-se mais adequado aquele relativo ao montante da sanção aplicada no seu conjunto”: o *bis in idem* convencional, portanto, “deixa de atuar como regra obri-

gatória decorrente apenas do reconhecimento do caráter definitivo ao primeiro processo, mas está subordinado a uma apreciação própria da jurisprudência”.

Olhando detidamente, porém, não parece que a Corte europeia objetive restringir o âmbito do veto, atribuindo à sua dimensão processual uma reduzida incidência por meio de uma progressiva metamorfose do critério substancial de uma sanção penal “integrada” – ou seja concretamente previsível e complexamente proporcional à desvalorização do fato -, por critério eminente para afirmar ou negar a existência de uma ligação material entre os dois procedimentos a um único critério de valoração. Isto é, não parece que o requisito do “estrito nexa material e temporal” colocado na base da duplicidade dos procedimentos possa ser obtido, *ex post*, somente através de uma obra de realinhamento sancionatório (P. Gaeta, *op. cit.*, p.355).

Na decisão acima citada sobre o caso *Johanneson c. Islandia*, por exemplo, a Corte europeia, apelando justamente para o precedente *A e B c. Noruegia*, considerou a violação “processual” do veto para a prossecução de um dos dois procedimentos (neste caso aquele penal) após a definição irrevogável do primeiro e pela ausência de uma estrita conexão entre eles, de forma a determinar uma indevida duplicação da atividade de aquisição probatória a custo da (necessária) circularidade ligada à coordenação na coleta dos meios de prova.

Baseada em tal nova orientação, mesmo com todos os limites ligados à fraqueza do veto (o quanto possível) de duplicação da atividade de aquisição valoração da base probatória, a Corte EDU solicita ao juiz nacional duas diversas atividades de verificação: em primeiro lugar deve averiguar, no plano processual, a legitimidade do duplo juízo em obséquio ao parâmetro da *sufficiently close connection in substance and time*; em segundo lugar deve ser avaliada, no plano substancial, mas somente onde a abertura concorrente das duas séries procedimentais seja julgada admissível, a adequação do completo tratamento sancionatório.

Trata-se, então, de dois planos de indagação separados, subordinados um ao outro, que não podem ser eliminados ou seja “sobrepostos e confundidos em um magma conceitual indistinto adequado para diluir seus traços característicos” (B. Capparelli, *Litispêndência e ne bis in idem penal – Teoria Geral*, Marcial Pons, 2023; N. Madia, *Il ne bis in idem europeu em sua “nova” vestimenta substancial: a sua possível eficácia também no âmbito de um único procedimento em matéria de punições cumulativas*, em *Arquivo Penal*, 18 de outubro 2019, p. 24).

Ocorre, todavia considerar que os pronunciamentos mais recentes da Corte de cassação italiana (cfr., por exemplo, Cass. Pen., Sez. V, 16 de julho 2018, n 45829, *Franconi e outros*; Sez. V, 21 de setembro de 2018, n 49869, *Chiaroni Casoni*) tendem a valorizar sobretudo a centralidade do perfil sancionatório, identificando, como critérios essenciais para considerar ou não a violação do veto,

o cânone da proporcionalidade do inteiro tratamento sancionatório e o caráter da sanção imposta. As decisões apeladas, à frente de uma sanção “formalmente” administrativa (mas de indubitável “natureza penal”) já imposta aos imputados, depois condenados também em sede penal, focam o discurso argumentativo sobre a violação ou não do veto ao *bis in idem* sobre a verificação da proporcionalidade sancionatória e sobre sua eventual possibilidade de correção, por meio de um mecanismo de compensação do sistema sancionatório integrado, voltado a garantir que a severidade das sanções impostas seja limitada a quanto estritamente necessário em relação à gravidade da conduta.

Sobre tal linha interpretativa dos juízes de legitimidade, que substancialmente determina um progressivo deslocamento do eixo do *bis in idem* na direção da proporcionalidade do tratamento sancionatório, colocando na sombra sua origem processual, influíram provavelmente os êxitos da mais recente evolução da jurisprudência da Corte de Justiça da União europeia com os três pronunciamentos emitidos em 20 de março de 2018 nos casos *Menci* (causa C-524/15), *Garlsson Real Estate SA em liquidação, Ricucci Stefano, Magiste International AS c. Consob* (causa C-537/16) e *Di Puma c. Consob e Consob Zecca* (causas reunidas C-596/16 e C-597/16).

A Corte de Justiça tem, de fato, apelado mais vezes ao cânone de proporcionalidade do inteiro tratamento sancionatório, cânone cujo fundamento, com posterior confirmação da dimensão prevalentemente substancial reconhecida à garantia do *ne bis in idem* no âmbito do direito euro-unitário, é encontrado também no Artigo 49 parágrafo 3 da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia, onde se estabelece que as penas infligidas não devem ser desproporcionais ao delito.

Para fazer frente ao problema da acumulação de sanções de “natureza penal” é necessário garantir que a severidade do tratamento sancionatório concretamente imposto corresponda em seu complexo à gravidade do delito objeto de verificação, “uma vez que tal existência decorre não somente do Artigo 52 parágrafo 1 da Carta, mas também do princípio de proporcionalidade das penas a que se refere o Artigo 49 parágrafo 3 da mesma”: normas, estas, que “devem prever a obrigação para as autoridade competentes, sempre que seja infligida uma segunda sanção, de fazer com que a severidade do complexo das sanções impostas não seja superior à gravidade do delito constatado” (cfr. Corte de justiça UE, sentença *Menci*, cit., ponto 55; sentença *Garlsson Real Estate*, cit., ponto 56).

Na diversa perspectiva seguida pela Corte de justiça, então, “cabe, definitivamente, ao juiz de reenvio avaliar a proporcionalidade da aplicação concreta da supracitada normativa no âmbito do procedimento principal, ponderando, por um lado, a gravidade do delito tributário em discussão e, por outro, o ônus resul-

tante concretamente para o interessado da acumulação dos procedimentos e das sanções referidas no procedimento principal” (cfr. Corte de justiça EU, sentença *Menci*, cit., ponto 59: sentença *Garlsson Real Estate*, cit., pontos 59 e 61).

As discrasias em relação à base argumentativa que sustenta a evolução paralela da jurisprudência da Corte de Estrasburgo em uma matéria tão densa de implicações problemáticas para a efetividade da tutela dos direitos fundamentais parecem emergir seja em relação à exigência de uma complexa tendência à uniformidade do direito europeu na regulação de uma das garantias de liberdade da pessoa, seja, mais em geral, no quadro de uma relação que deveria ser de tipo abertamente dialógico, e não de conflito subterrâneo, entre as duas Cortes supranacionais.

O risco é que o juiz nacional se transforme, de tempos em tempos e segundo critérios excessivamente discricionários, no criador do equilíbrio entre as múltiplas sanções aplicadas ao caso concreto, prescindindo dos procedimentos, do exame de sua conexão temporal e substancial e de sua complementariedade funcional.

Uma só das três sentenças da Corte de justiça (aquela exarada no caso *Menci*) relembra a ligação com as limitações possíveis prevista pelo Artigo 4 do Protocolo n. 7 da CEDH, destacando que os direitos *ex* Artigo 50 parágrafo 3 da Carta correspondem àqueles do Protocolo, mas ao mesmo tempo se cuida de esclarecer que os critérios previstos pelo Artigo 50, combinado com o disposto no Artigo 52 parágrafo 1 da Carta, “asseguram um nível de tutela do princípio do *ne bis in idem* que não incide sobre aquele garantido pelo Artigo 4 do protocolo n. 7 da CEDU, como interpretado pela Corte europeia dos direitos do homem” e que se não há dúvida, por um lado, que deve ser assegurada a necessária coerência entre a Carta e a CEDH, isto não significa, por outro lado, que “a coerência possa prejudicar a autonomia do direito da União e da Corte de justiça da União europeia” (cfr. Corte de justiça UE, sentença *Menci*, cit., pontos 22-23, que apelam à Corte de justiça UE, Grande Sessão, 26 de fevereiro 2013, causa C617/10, *Akerberg Fransson*, ponto 44).

Pelo comparação entre as mais recentes orientações das duas Cortes emerge que o princípio fundamental do *ne bis in idem* pode sofrer algumas limitações, mas a acumulação dos procedimentos e das sanções é admitida segundo critérios que, ainda que atribuíveis à mesma *ratio*, são diversos, salvo para fazer coincidir, porém o nexos temporal e material suficientemente estreito (que justifica a acumulação) com os critérios indicados pela Corte de justiça (B. Nascimbene, O veto de *bis in idem* na elaboração da Corte de justiça da União europeia, em Sistema Penal, 2020, 4, p. 102 s.)

Definitivamente, se, por um lado, o reconhecimento da unidade da função punitiva permite superar o tradicional regime de indiferença entre os binários sancionatórios, sempre que possa ser considerada uma progressão entre os ilícitos ou, de qualquer modo, uma integral absorção do valor negativo do ilícito administrativo naquele penal, por outro lado, a particular elasticidade do novo endereço interpretativo inaugurado pela Corte EDU poderia determinar, para efeito de uma incontrolável expansão da área aplicativa dos critérios sintomáticos da subsistência da “ligação temporal e material” entre os dois procedimentos, o risco – lucidamente receado no voto de Pinto de Albuquerque – de avaliações tão fluídas e oscilantes entre os Estados parte, a tornar totalmente incerta e problemática a delimitação mesma do perímetro da “matéria penal” em relação ao crivo de compatibilidade dos sistemas sancionatórios ao duplo binário previstos nos diversos ordenamento nacionais (F. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, Torino, 2017, p. 336 ss).

CLAREZA E TRANSPARÊNCIA ACERCA DA RELAÇÃO ENTRE A CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS E A CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH): SOBRE O VOTO DO JUIZ PINTO DE ALBUQUERQUE NO CASO AL-DULIMI

RICCARDO PAVONI

O maior mérito atribuível ao voto concorrente do juiz Pinto de Albuquerque (ao qual aderiram os juízes Hajiyev, Pejchal e Dedov) anexado à sentença sobre o caso *Al-Dulimi* (TEDH), *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Svizzera* (GC), 5809/08, 21 de junho de 2016, a seguir “*Al-Dulimi II*”) é a clareza expositiva e transparência intelectual com que esse refuta o raciocínio utilizado pela “efetiva” maioria para chegar à conclusão da violação do Artigo 6 CEDH pela Suíça (no presente texto, o termo “maioria” refere-se ao restrito número de juízes do Tribunal que efetivamente sustentaram seja a conclusão sobre o mérito do caso, seja as argumentações sobre as quais se baseia).

De modo linear e lúcido, Pinto de Albuquerque enfrenta o controvertido tema da relação entre as obrigações decorrentes da Carta das Nações Unidas, em particular das resoluções do Conselho de Segurança, e as obrigações de tutela dos direitos humanos estabelecidos pela CEDH. Dada a impossibilidade de conciliar sobre o plano interpretativo as disposições das pertinentes resoluções do Conselho de Segurança e o direito de acesso à justiça (cfr. voto concorrente do juiz Pinto de Albuquerque em *Al-Dulimi II*, cit. parágrafos 9-37), ele resolve o consequente conflito normativo à luz do princípio *Bosphorus* da proteção equivalente (TEDH), *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda* (GC), 45036/98, 30 de junho de 2005, parágrafos 155-156), cuja aplicação

sub specie comporta a inevitável constatação da macroscópica ausência de tutela jurisdicional dos indivíduos inscritos nas listas antiterrorismo ONU e, então, da violação do Artigo 6 TEDH por parte do Estado recorrido, que nada havia essencialmente feito para remediar tal situação (cfr. voto concorrente do juiz Pinto de Albuquerque a *Al-Dulimi II*, cit., parágrafos 61-67, 69-70).

Pinto confirma, articulando *ratio* e pressupostos aplicativos, a sofrida solução (quatro votos contra três) acolhida pela Câmara na primeira manifestação sobre o caso *Al-Dulimi* (Corte EDU, *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Svizzera* 5809/08, 26 de novembro de 2013, parágrafos 117121, 134, seguido “*Al Dulimi*”). Ao mesmo tempo, ele se distancia nitidamente da abordagem da maioria, segundo a qual não se pode depreender dos termos das Resoluções do Conselho de Segurança qualquer vedação explícita para os juízos nacionais de revisarem judicialmente, em termos de tutela dos direitos humanos, as medidas nacionais de atuação das ditas resoluções (cfr. *Al-Dulimi II*, parágrafos 143 e 148). Em outras palavras, a maioria entende que o caso não suscita um problema de deveres conflitantes e deve, ao contrário, ser decidido no plano interpretativo. Portanto, à maioria parece inútil pronunciar-se sobre os efeitos da cláusula da primazia das obrigações previstas pela Carta ONU sobre outras obrigações pactuadas que sejam com ela incompatíveis (Artigo 103 da Carta), assim como sobre a questão da aplicabilidade do teste da proteção equivalente ao sistema das sanções específicas predisposto pelas Nações Unidas (*ivi*, parágrafo 149). Sob a ótica da maioria, permanece o fato de que o juiz suíço, tendo-se absterido de verificar de modo suficiente e apropriado que a inscrição dos recorrentes na *black list* da ONU não ocorreu *arbitrariamente*, comprometeu a responsabilidade do Estado recorrido nos moldes do Artigo 6 CEDH (*ivi*, parágrafos 151, 154-155).

Se então é constatada uma violação ao direito de acesso à justiça, no que se refere à inexistência *in casu* de uma revisão judicial (não plena, mas) limitada à proteção contra a arbitrariedade, qual é o valor agregado pelo voto de Pinto? O grande mérito é que esse, depois de ter se livrado da leitura artificiosa das resoluções ONU reinventada pela maioria (as resoluções não autorizavam qualquer revisão judicial! cfr. voto concorrente do juiz Pinto de Albuquerque em *Al-Dulimi II*, cit. parágrafos 45-46, 52), enfrenta francamente – sem reticências, pudor ou desagradável *political correctness* (*rectius: judicial diplomacy*) – os reais problemas sob o tapete, *in primis* àqueles ligados ao Artigo 103 da Carta ONU e ao teste da proteção equivalente. Em comparação, a maioria, com sua busca por uma ilusão “harmonização sistêmica” (cfr. *Al-Dulimi II*, parágrafo 140) entre sanções dirigidas do Conselho de Segurança e obrigações da CEDH, acaba por mais uma vez adiar a definição de tais problemas, deixando assim o direito em um estado de incerteza e ao mesmo tempo não fornecendo aos juízes nacionais qualquer

direção concreta na matéria, exceto a exigência de fazer uma não melhor definida revisão judicial sobre a ausência de arbitrariedade.

Pinto expõe elegantemente as razões pelas quais, em sua opinião, o Artigo 103 *não* pode *hoje* ser considerado expressão de uma inflexível regra hierárquica dirigida a garantir a automática prevalência das obrigações da Carta ONU sobre todas as outras obrigações internacionais incompatíveis com esta última, em particular sobre aquelas concernentes à tutela dos direitos humanos.

Se assim não fosse, um tal modelo de resolução dos conflitos normativos ignoraria a atual realidade jurídica do direito internacional e requereria sem dúvida algumas adaptações (cfr. voto concorrente do juiz Pinto de Albuquerque em *Al-Dulimi II*, cit., parágrafo 39). Mais precisamente, a fraca reivindicação constitucional da Carta ONU, ou seja, sem meio-termo, “o buraco negro constitucional” da ONU (*ivi*, parágrafos 8, 71) – derivado em particular da ausência de órgãos jurisdicionais dotados de competência obrigatória de averiguar as ações dos órgãos políticos da ONU e dos Estados sobre o respeito aos direitos humanos – choca-se com as crescentes e bem mais consistentes pretensões constitucionais de outros sistemas institucionais e normativos, tal como indubitavelmente aquele do Conselho da Europa centrado sobre a CEDH (*ivi*, parágrafos 59-60). Isto implica que, em hipóteses específicas de conflito e em respeito ao Artigo 103, as obrigações impostas por tais sistemas possam suplantar aquelas derivadas da Carta ONU (*ivi*, parágrafo 39). Ora, a abordagem de Pinto de Albuquerque pode ser acusada de falta de fundamento, imprudência, *wishful thinking* ou de clara preferência pela *lex ferenda* em detrimento da *lex lata*; resta o fato de que se trata de uma admirável prova da parte de um juiz que, sem descer a (equivocados) compromissos e fiel à sua missão, desfruta plenamente do potencial inerente à CEDH como instrumento constitucional da ordem pública europeia em matéria de direitos humanos. Tal célebre representação da CEDH é também reiterada pela maioria, mas somente com a finalidade de justificar a exigência de um controle jurisdicional por parte dos juízes estatais, ficticiamente considerado admitido pelo Conselho de Segurança, sobre a ausência de arbitrariedade no ponto de aplicação das Sanções da ONU nos casos individuais (cfr. *Al-Dulimi II*, parágrafo 145; sobre “constitucionalismos concorrentes” manifestados pela maioria e pelo voto de Pinto de Albuquerque, ver A. Peters, *The New Arbitrariness and Competing Constitutionalisms: Remarks on ECtHR Grand Chamber Al-Dulimi*, in *EJIL Talk*, 30 de junho de 2016).

Como dito, Pinto vai bem além: o status constitucional da CEDH a torna a “lei suprema do continente europeu” (cfr. voto concorrente do juiz Pinto de Albuquerque em *Al-Dulimi II*, cit., parágrafo 59) e faz com que esta, ao menos na hierarquia das fontes *interna* ao Conselho da Europa, goze de primazia sobre o direito das Nações Unidas (*ibidem*). O voto mostra aqui uma certa tensão entre

autonomia do ordenamento do Conselho da Europa (*ibidem*) e visão cosmopolita e pluralista do mesmo, professada em sucessivas passagens (*ivi*, parágrafo 71).

É, todavia, simples constatar como seja esta segunda concepção a prevalecer na análise integral do voto. Isto deriva do apoio oferecido por Pinto à aplicabilidade do princípio ou *teste* da proteção equivalente aos fins da solução do conflito entre obrigações da CEDH e obrigações da ONU: um Estado que cumpre com obrigações rigorosas advindas da Carta ONU e incompatíveis com obrigações da CEDH torna-se responsável por uma violação da CEDH (somente) na medida em que a ONU não seja capaz de fornecer ao indivíduo um nível de tutela tendencialmente equivalente àquela garantida pela própria CEDH (*ivi*, parágrafo 61). Essencialmente, Pinto não cede à tentação de uma mecânica supremacia hierárquica da CEDH fundada na imprescindível exigência de salvaguarda dos fundamentos do próprio ordenamento jurídico autônomo, ou seja o argumento principal avançado, *mutatis mutandis*, pela Corte de justiça da UE na célebre sentença *Kadi* de 2008 para declarar ilícitas certas medidas da UE que aplicam sanções baseadas na ONU, assim como por numerosas cortes constitucionais dos Estados com a finalidade de dirimir contrastes entre direito interno e direito internacional, *ivi* compreendido o direito das Nações Unidas (cfr. Corte cost., sentença 22 de outubro de 2014, n. 238).

Pelo contrário, o princípio da proteção equivalente, além de ser adequado para reduzir as persistentes opacidades, oscilações e incertezas manifestadas pela jurisprudência da CEDH em questão, constitui uma “ferramenta” jurídica dialética, não conflitual, flexível e certamente menos invasiva que as técnicas de solução de conflitos intersistêmicos de tipo rigidamente hierárquico (cfr. voto concorrente do juiz Pinto de Albuquerque in *Al-Dulimi II*, cit., parágrafos 65, 69, 71; na doutrina, por último, também para cada ulterior referência, ver M. Marchegiani, *Tendenze evolutive nel ricorso al principio della protezione equivalente da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto Internazionale* 2017, p. 447 ss., pp. 464, 473; *Id.*, *Il principio della protezione equivalente come meccanismo de coordinamento tra sistemi giuridici nell'ordinamento Internazionale*, Nápoles, 2018, pp. 202-207). Este estabelece uma ponte entre sistemas jurídicos, buscando instaurar um diálogo construtivo entre os mesmos, uma vez que registra a vontade dos juízes de um sistema que diminua a intensidade da revisão a respeito dos direitos humanos realizada sobre as medidas de cumprimento de obrigações do outro sistema, desde que o segundo garanta uma tutela essencialmente equivalente àquela disponível no entendimento do primeiro. Então, a função meritoriamente desenvolvida pelo princípio é de exercer pressão sobre o sistema “sob observação” a fim de que se alinhe com as exigências contemporâneas de tutela dos direitos humanos (veja a exemplo, L. Magi, *Applicazione del test della protezione equivalente alle Nazioni Unite: nessun contributo dalla sentenza*

della Grande Camera della Corte Europea nel caso *Al-Dulimi*, in *Diritti umani e diritto Internazionale* 2016, p. 609 ss., pp. 614-616) função que a maioria *Al-Dulimi II* claramente coloca na sombra com o seu raciocínio tortuoso, mesmo sem renunciar a ela totalmente, dado que um trecho da sentença – como justamente colocado à luz por Pinto (cfr. voto concorrente do juiz Pinto de Albuquerque em *Al-Dulimi II*, cit., parágrafos 54-55) – contém uma série de “*test Bosphorus* mascarado” (cfr. *Al-Dulimi II*, parágrafo 153, onde o Tribunal destaca a ausência de tutela *satisfatória* dos direitos dos indivíduos inscritos nas listas antiterrorismo ONU; a doutrina está geralmente de acordo sobre o ponto, ver M. Marchegiani, *Tendências evolutivas*, cit., p. 464; A. Orakhelashvili, *Al-Dulimi c. Switzerland*, in *American Journal of International Law* 2016, p. 767 ss., p. 772, *contra L. Magi, op. cit.*, p. 610, nota 4).

Obviamente, a fim de que o princípio da proteção equivalente represente um mecanismo útil e crível de articulação das relações entre ordenamentos, e não se restrinja, pelo contrário, a uma mera formalidade que demonstre pura deferência em relação ao sistema “sob observação”, devem ser aceitas todas as suas consequências. É, então, necessário reconhecer que, em situações de carência evidente de tutela própria daquele sistema, a presunção de compatibilidade com a CEDH sobre a qual o princípio se baseia possa e deva ser invertida, concluindo, portanto, na direção de uma violação da CEDH por parte do Estado requerido em questão. Tal é o caso do tipo *Al-Dulimi* (cfr. voto concorrente do juiz Pinto de Albuquerque em *Al-Dulimi II*, cit., parágrafo 70).

Segundo Pinto, não existe razão alguma que impeça a aplicação da metodologia da proteção equivalente às Nações Unidas (*ivi*, parágrafo 62), tal como a Corte EDU fez em relação à UE e, mais ou menos explicitamente, a outras numerosas organizações e instituições internacionais (*ivi*, parágrafo 64, e para uma revisão exaustiva, ver voto concorrente do juiz Keller anexado à sentença *Al-Dulimi II*, cit., parágrafos 11-17). A ênfase, por vezes colocada pela Corte sobre a natureza única da ONU, como organização que persegue – *in primis* por meio do Conselho de Segurança – uma missão imperativa de manutenção da paz e segurança internacional (cfr. Corte EDH, *Bebrami e Bebrami c. França*, 71412/01, e *Saramati c. Francia, Germania e Norvegia*, 78166/01, 2 de maio de 2007, parágrafos 148-151), é sagazmente criticada por Pinto como argumento *político* capaz de escancarar a porta, como a história do direito ensina, à arbitrariedade (cfr. voto concorrente do juiz Pinto de Albuquerque em *Al-Dulimi II*, cit. Parágrafo 67).

Visto que não se pronuncia de modo algum sobre o *test* da proteção equivalente, a maioria *Al-Dulimi II* não fornece luzes ao mérito. Pelo contrário, um argumento *jurídico*, por quanto seja previsível, é oferecido pelo voto concorrente do juiz Sicilianos: em seu voto, tal *test* não pode ser aplicado às Nações Unidas por causa do Artigo 103 da Carta ONU, ou seja, o real elemento que determina

a singularidade da ONU em relação a qualquer outra organização internacional (cfr. voto concorrente do juiz Sicilianos em *Al-Dulimi II*, cit., parágrafo 7); a regra da primazia da Carta consagrada nela, autêntica “pedra angular” de um ordenamento jurídico internacional estruturalmente hierárquico (*ibidem*; cfr. *Al-Dulimi II*, parágrafo 135) governa por si só qualquer possível conflito entre obrigações ONU e qualquer outra obrigação convencional.

Aqui, então, está o significado concreto da visão radicalmente divergente de Pinto sobre o Artigo 103 da Carta, mais do que na precisão jurídica de cada uma das conclusões, está na recusa em aceitar que tal disposição seja até capaz de dificultar a operacionalidade de um método jurídico dialético, flexível e construtivo como o *test* da proteção equivalente.

Sicilianos inicia pela similitude existente entre o caso *Bosphorus*, no qual o critério da proteção equivalente foi pela primeira vez delineado com precisão pelos juízes de Estrasburgo, e o caso *Al-Dulimi*, chegando, todavia, a conclusões que não convencem de maneira alguma e que parecem, ao menos em certa medida, paradoxais. Pode-se, então, observar como o voto de Pinto teria trazido benefício por uma reflexão sobre o precedente *Bosphorus* e por uma crítica severa do ponto de vista expresso sobre o mérito por seu colega.

Sicilianos recorda como ambos os casos acima mencionados dizem respeito a Resoluções vinculantes do Conselho de Segurança. Todavia, ele prossegue, o recurso ao *test* da proteção equivalente no tipo *Bosphorus* justifica-se pelo fato de que a medida irlandesa impugnada dá execução a um regulamento da Comunidade Europeia (doravante a UE), o qual serve como “tela” ou “partição” entre ordenamento interno e direito das Nações Unidas (cfr. voto concorrente do juiz Sicilianos em *Al-Dulimi II*, cit., parágrafos 3, 5); *ergo*, não se verifica em tal hipótese qualquer interferência indevida com o sistema ONU e não se afeta o valor do Artigo 103 da Carta, já que o juízo de equivalência envolve unicamente a UE (*ivi*, parágrafo 4). Pelo contrário, insiste Sicilianos, como tela ou partição está ausente no caso *Al-Dulimi*, uma vez que este diz respeito a um Estado que não é membro da UE, que, portanto, implementa diretamente a Resolução do Conselho de Segurança em questão, com isto tornando evidentemente inaplicável, em suas palavras, o *test* da proteção equivalente (*ivi*, parágrafo 5).

É bastante evidente o quanto um raciocínio destes se revele formalista e, portanto, incapaz de oferecer uma explicação racional da presumida diferença entre os dois casos. Esse baseia-se em uma frágil *fictione* representada por um véu (o direito UE) que separa as medidas nacionais do sistema ONU, ignorando assim as numerosas críticas recebidas pela sentença *Bosphorus* por ter passado por cima da circunstância que, por sua vez, a UE está obrigada a implementar fielmente as sanções vinculantes da ONU. Também no caso *Bosphorus*, portanto, o nó da

questão é a admissibilidade da tutela jurisdicional dos indivíduos atingidos por aquelas sanções, não obstante o Artigo 103 da Carta. Se nos anos sucessivos, em particular a partir da sentença *Kadi* 2008, o direito UE evoluiu no sentido de impor uma revisão sobre o ato UE de aplicação de tais sanções – sob pena de invalidação daquele ato – não está certo, na substância, pela existência da tela divisória representada pelo mesmo ato (como o juiz Sicilianos quer fazer crer, *ivi*, parágrafo 3), mas sim, como lembrado, pela exigência de salvaguardar os fundamentos constitucionais do ordenamento jurídico da UE.

Por outro lado, se fosse verdadeiramente este o problema, deveria se destacar que uma tal tela divisória existe quase sempre, desde o momento que geralmente os Estados, e de qualquer modo aquele recorrido no negócio *AlDulimi*, procedem à aplicação das sanções ONU em atos de direito interno. Seguindo a lógica de Sicilianos, e em vez de confiar em uma artificiosa leitura as resoluções ONU, teria sido então coerente sustentar que as medidas de implementação das resoluções ONU adotadas pela Suíça não tinham concedido aos recorrentes meios de tutela jurisdicional alternativos (àqueles inexistentes no sistema ONU) e efetivos provocando assim uma violação do Artigo 6 CEDH (a uma tal conclusão, se bem que relativa ao Artigo 13 CEDH, a Corte chegou de resto in Corte EDH, *Nada c. Svizzera* (GC), 10593/08, 12 de setembro de 2012, parágrafos 212-214, como justamente notado no voto concorrente do juiz Pinto de Albuquerque em *Al-Dulimi II*, cit., parágrafo 44).

Segundo Sicilianos, ao invés disso, situações essencialmente comparáveis em matéria de execução das sanções ONU, devem ser resolvidas diversamente. Na presença de conflito entre as obrigações derivadas de tais sanções e a CEDH, os Estados parte da CEDH *que são membros da UE* deveriam conseguir invocar com sucesso o princípio *Basphorus* da proteção equivalente com a finalidade de evitar uma violação da CEDH, circunstância que de forma alguma é evitada, apesar da jurisprudência *Kadi*. Pelo contrário, os outros vinte Estados parte da CEDH (não membros UE) não cometeriam nunca uma tal violação, dada a prevalência das obrigações ONU *ex. Artigo 103 da Carta* (assim voto concorrente do juiz Sicilianos em *Al-Dulimi II*, cit. Parágrafo 8). Tratar-se-ia, em substância, de um *double-standard* inaceitável em relação ao funcionamento do sistema da CEDH e, em particular, a intensidade da revisão exercida pela Corte sobre o respeito dela.

Artigo 103 da Carta das Nações Unidas, sanções específicas e tutela dos direitos humanos fundamentais: uma questão ainda aberta (*de Marco Pedrazzi*)

A sentença de *Al-Dulimi* da Grande Câmara da Corte europeia dos direitos humanos (Corte EDU, *Al-Dulimi e Montana Management Inc. c. Suíça* (GC), 5809/08, 21 de junho de 2016) destacou um momento significativo, no âmbito

do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, com relação ao caso das “listas” do Conselho de Segurança, porque confirmou, no nível mais alto de autoridade, a tendência dos juízes europeus (compreendendo entre estes também aqueles da Corte de Justiça da União) de encarregar-se da defesa dos direitos humanos fundamentais (neste caso, do direito de acesso à justiça) restringidos por efeito das chamadas sanções direcionadas ou inteligentes. Como se sabe, porém, este resultado foi obtido pelas diversas cortes, mas também no interior das mesmas cortes, de acordo com argumentações lógicas bem diversas. Todas, por outro lado, derivadas do modo em que os juízes tentaram resolver (ou evitar) o inevitável confronto com uma questão jurídica de fundo: a relação entre as garantias individuais resultantes da Convenção europeia dos direitos humanos, ou dos tratados EU integrados pela Carta dos direitos fundamentais da União europeia e o Artigo 103 da Carta das Nações Unidas, que estabelece a prevalência das obrigações decorrentes da mesma sobre aqueles decorrentes de qualquer outro acordo internacional.

O Artigo 103 da Carta é um pilar do ordenamento internacional, porque dele decorre não apenas a prevalência das obrigações diretamente derivadas da Carta, mas também daquelas indiretamente decorrentes, uma vez que colocadas por resoluções vinculantes do Conselho de Segurança. Em particular, então, o inteiro sistema das chamadas sanções, vale dizer das medidas que não implicam no uso da força que o Conselho adota em base ao Artigo 41 da Carta, uma vez constatada uma ameaça à paz, se baseie em tal prevalência, a qual garante, ao menos no plano teórico, igual e uniforme aplicação das medidas por parte de todos os Estados.

A Grande Câmara da Corte no caso *Al-Dulimi* escolhe a via do rodeio: o faz por meio da presunção de que o Conselho de Segurança não tenha desejado impor aos Estados medidas que os constrangessem a violar as obrigações de tutela dos direitos humanos, sobre esses impostos em virtude de outros tratados, na base do pressuposto de que, se isto o Conselho houvesse desejado, o teria dito explicitamente. Uma presunção que, praticamente, reescreve o texto da resolução, atribuindo ao Conselho intenções, não demonstradas e não demonstráveis, correspondentes aos *desiderata* da Corte.

A opinião concorrente do juiz Pinto de Albuquerque, à qual se associaram os juízes Aliyev, Pejchal e Dedov, desmascara o raciocínio da Corte, revelando a arbitrariedade das presunções em que este se baseia e desnuda a questão inevitável da relação entre o Artigo 103 e normas fundamentais à tutela do indivíduo contidas nas principais convenções internacionais sobre direitos humanos, do Pacto internacional sobre direitos civis e políticos à CEDH. Não há dúvida, de fato, que o Artigo 103, mesmo sendo enquanto tal uma mera norma pactuada, destinada a compor, em modo favorável à Carta, eventuais conflitos de normas,

tenha uma vocação de algum modo “constitucional” no âmbito do ordenamento internacional, reconectando-se à operacionalidade do sistema de segurança coletiva que serve como eixo para o Conselho de Segurança em um quadro que abraça a inteira comunidade internacional. Mas, por outro lado, é igualmente indubitável que uma vocação “constitucional” a tenham as normas fundamentais em tutela do indivíduo inscritas nas principais convenções internacionais sobre direitos humanos. E trata-se, neste caso, de uma constitucionalidade sobre duas vertentes: em primeiro lugar sobre aquela dos ordenamentos internos nos quais as normas em questão são inseridas e operam, também pelo trâmite dos mecanismos de garantia, particularmente fortes e eficazes no caso da CEDH, interagindo de vários modos com as constituições dos Estados. Destaca aqui, naturalmente e especialmente o papel supraconstitucional reivindicado para a CEDH pela Corte de Estrasburgo. Mas existe também a outra vertente, e é novamente aquela do ordenamento internacional, no qual ao menos algumas das normas em questão podem reivindicar um papel fundamental, religando-se à proteção de valores, como aquele da dignidade da pessoa, considerados basilares da ordem internacional atual.

Entre os hipotéticos caminhos apontados pelo juiz Pinto de Albuquerque para sair do engarrafamento gerado pelas próprias argumentações para cuja criação a Corte EDU contribuiu, aquele do reconhecimento da nulidade das resoluções do Conselho de Segurança (no caso de que cuida a Resolução n. 1483 (2003) de 22 de maio de 2003) por violação do *ius cogens*, que, no caso em exame, é reestabelecido o direito de acesso à justiça, parece a quem escreve o mais difícil a percorrer. Não tanto pela possibilidade de manter vinculado ao *ius cogens* o Conselho de Segurança, que não é, em minha opinião contestável, mas pela dificuldade de trazer de volta certas obrigações colocadas para salvaguardar direitos humanos fundamentais. A centralidade do direito de acesso à justiça é indiscutível, mas, prescindindo dos problemas que continuam caracterizando em seu conjunto a noção de direito cogente e a identificação das normas pertinentes, o reconhecimento dos efeitos cogentes de uma norma sempre passa, no ordenamento internacional, pela relevância da práxis e da *opinio iuris* dos Estados: e é aqui que, me parece, e sobre isto concordo com a sentença da Corte, falem confirmações adequadas. Nem me parece que contribua para suportar tais confirmações a mesma jurisprudência das cortes internacionais, não última a Corte EDU.

Resta, porém, a opção, já seguida pela Corte de Justiça naquilo que concerne ao ordenamento da União, de dar primazia aos princípios fundamentais em tutela do indivíduo, assegurados pelas normas “constitucionais”, se quisermos assim definir os princípios fundantes do ordenamento da União Europeia. Em outro contexto, um percurso análogo levou à sentença n. 238 da Corte constitucional italiana de 22 de outubro de 2014, a qual, recorrendo à teoria dos contra

limites, destacou o impedimento ao ingresso no ordenamento interno de normas internacionais consuetudinárias que possam prejudicar um princípio constitucional considerado irrenunciável (naquele caso o direito à tutela jurisdicional efetiva, diante de graves e sistemáticas violações dos direitos humanos perpetradas por um Estado estrangeiro no território do Estado italiano, ia colidir contra a imunidade do Estado da jurisdição); enquanto foi até sancionada a ilegitimidade constitucional da lei de execução da Carta das Nações Unidas nos limites em que esta impunha o respeito à sentença de 03 de fevereiro de 2012 da Corte Internacional de Justiça, que tal imunidade, em favor da Alemanha, havia confirmado (Corte internacional de justiça, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany c. Italy: Greece intervening)*, sentença , 03 de fevereiro de 2012, *in I. C. J. Reports*, 2012, p.99). Em sede ainda diversa, uma linha similar teria podido ser seguida no caso em exame, no âmbito do ordenamento supraconstitucional da CEDH.

É certamente um caminho arriscado, não alheio a problemáticas que não podem ser aqui aprofundadas e que comporta o risco de fraturas na legalidade internacional. No entanto é de se considerar que não é a primeira vez que a jurisprudência “interna” afirma e aplica princípios em contraste com o ordenamento internacional vigente, promovendo a evolução da *opinio iuris* e da práxis dos Estados em uma certa direção e chegando a, em vários casos, a influir na evolução do direito consuetudinário: exemplo paradigmático aquele que viu, sob o influxo em particular da jurisprudência italiana e belga, o afirmar-se no direito internacional da restrição da imunidade dos Estados da jurisdição civil aos atos *iure imperii*. Não há dúvida de que o *vulnus*, onde seja afetado o princípio do respeito pelas sentenças da Corte internacional de justiça, ou aquele da prevalência das resoluções do Conselho de Segurança sobre obrigações internacionais contrastantes, corre um risco bem mais elevado. Mas tal *vulnus* é redimensionado onde o caminho acima indicado seja perseguido somente como *extrema ratio*, em defesa não de interesses particulares do ordenamento interno ou regional, mas de valores que pertencem *também* ao ordenamento internacional, quando tais valores correm o risco de sofrer uma restrição que não é conciliável com o reconhecimento de sua centralidade. E com o objetivo de promover não o egoísta fechamento sobre si mesmo de um ordenamento nacional ou regional, mas o progredir do ordenamento internacional na direção de metas mais avançadas e mais coerentes com os valores de fundo aos quais aquele mesmo ordenamento se refere. O juiz nacional ou regional, em tal caso, enquanto fica à margem do ordenamento interno, ou regional, diante do ingresso, ou da prevalência de normas internacionais incompatíveis com a tutela de um direito fundamental, transforma-se ao mesmo tempo em promotor, em nome de um valor que é também plenamente internacional, de uma evolução da práxis e da *opinio iuris* dos Estados em sentido progressivo, também no seio das organizações internacionais das quais fazem parte e cuja ação contribuem a forjar. Não há dúvida de que tal linha de ação

comporte um risco de insucesso mas, se conseguir, acaba por incidir na formação do direito internacional, contribuindo com a evolução do direito vigente.

No caso em questão, o Conselho de Segurança não se demonstrou de todo insensível aos apelos provenientes, entre outros, de vários juízes internos e internacionais: como destacado pelo juiz Pinto de Albuquerque, o Conselho tem de fato introduzido certas medidas, em particular l'*ombudsperson*, na perspectiva de uma ainda que limitada tomada em consideração dos direitos individuais dos destinatários das sanções. Estamos bem distantes de uma tutela efetiva, que poderia consentir à Corte, se entendesse utilizar neste âmbito a doutrina *Bosphorus*, reconhecer a equivalência da tutela dos direitos no sistema das Nações Unidas. Mas a adoção estendida de uma posição firme, coerente, em salvaguarda de direitos essenciais como aqueles de acesso à justiça e de direito à defesa, por parte de juízes internos e dos juízes regionais, e ainda mais de um juiz autorizado como a Corte europeia de direitos humanos, constituiria uma arma importante e, ao menos a longo prazo, creio dificilmente evitável por parte do órgão responsável pela manutenção da paz e da segurança internacional.

CAPÍTULO II

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE E DA LIBERDADE DE MOVIMENTO PESSOAL

AS QUESTÕES DE PRINCÍPIO

A NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS DE PREVENÇÃO PENAL À LUZ DA CHAMADA “BURLA DE ETIQUETAS”

ADELMO MANNA

SUMÁRIO: 1. Introdução. – 2. As medidas de prevenção à luz da jurisprudência comunitária e, em particular dos c.d. Critérios *Engel*. 3. O persistir por parte do legislador italiano com as medidas de prevenção patrimoniais, com o primeiro e o segundo Código antimáfia, de 2011 e de 2017 e sua extensão a matérias fora da criminalidade organizada. – 4. O irromper da jurisprudência CEDH com a sentença De Tommaso, que condenou o Estado italiano, por causa da indefinição dos termos “observar as leis” e viver honestamente”. – 5. A reação da jurisprudência italiana, entre juízes de mérito e de legitimidade, à espera do pronunciamento da Corte constitucional. – 6. A resposta da Corte constitucional por meio das sentenças n. 24 e 25 de 2019, também com relação à natureza jurídica das medidas de prevenção penal. – 7. Conclusões: uma solução *de iure condendo* para inserir as medidas de prevenção em âmbito penal, superando, assim, o hiato entre a doutrina e jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

As considerações que seguem trazem a deixa das já famosas “*dissenting opinions*” do juiz da Corte europeia dos direitos do homem, Paulo Pinto de Albuquerque, que, em particular, no âmbito do direito penal, fundam-se no critério do c.d. a burla de etiquetas.⁸⁷⁹

Isto no sentido de que evidentemente não podemos nos contentar com o *nomen iuris* atribuído pelo legislador a determinados institutos, porque se tal qualificação formal resulta diversa da substância expressa pelo instituto hipoteticamente em análise, é extremamente necessário não se limitar à qualificação formal, mas ir além, à pesquisa da real natureza do instituto em estudo e isto por evidentes escopos garantidores.

879 P. Pinto de Albuquerque, em relação ao Convenio: “*La confisca tra cooperazione transnazionale e diritti fondamentali*”, Ferrara, 24 de maio de 2019, P. Pinto de Albuquerque, D. Galliani (aos cuidados de) *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinionsi concorrente e dissenzienti* (20112015), Torino, 2016.

A abordagem de Pinto de Albuquerque é, então, orientada no sentido da aplicação das garantias típicas do direito penal liberal diante de um direito penal ao invés disso caracterizado pela prevalência da prevenção geral, em detrimento dos direitos da pessoa.

Para demonstrar se o pensamento crítico expresso juridicamente pelo Nossô é, ou não, convincente, cremos que uma eficaz pedra de comparação possa ser constituída pela disciplina italiana das medidas *ante o praeter delictum*, isto é, as tantas discutidas medidas de prevenção penal, à luz de sua mais recente evolução seja em nível legislativo, que com relação à jurisprudência comunitária e àquela da Corte constitucional.

2. AS MEDIDAS DE PREVENÇÃO PENAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA COMUNITÁRIA E EM PARTICULAR PELOS CD. CRITÉRIOS ENGEL

Não é mais possível, porque indubitavelmente parcial, testar a legitimidade das medidas de prevenção penal somente com base em parâmetros constitucionais. Atualmente, de fato, a verificação deve ser realizada também em relação àqueles de caráter comunitário, todavia com um aviso importante. Como é sabido, o direito comunitário é um “direito sem código”⁸⁸⁰, no sentido de que não se conseguiu lançar uma Carta constitucional, uma vez que foi rejeitada em nível de referendo, e posteriormente transformada no c.d. Tratado de Lisboa, assim como se considera que nem o Parlamento europeu, menos ainda a Comissão europeia estejam habilitados a emanar normas penais diretamente válidas nos ordenamentos dos Estados membros, para um problema relativo a um considerável déficit democrático⁸⁸¹. Nesta situação é evidente que no direito comunitário prevalece decisivamente a forma jurisprudencial, tanto é que justamente se destaca como a mesma se aproxima mais dos sistemas *common law* do que daqueles de direito escrito típicos dos sistemas continentais. Posta esta devida premissa devemos agora analisar o complexo problema relativo à *matière pénale*, obviamente nos limites do presente ensaio.⁸⁸² Sobre este ponto, é absolutamente fundamental o exame da sentença *Engel c. Paesi Bassi*⁸⁸³, que, no longínquo 1976 delineou pela primeira vez os critérios para distinguir a matéria penal daquelas civis, administrativas ou disciplinares. Tal sentença elabora substancialmente três critérios, mas parte do

880 C. Sotis, *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*. Milano, 2007.

881 G. Salcuni, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011.

882 N tópico, de recente e com amplas referências à jurisprudência comunitária, cfr. C. Silva, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018, p. 1 ss., e spec. P. 37 ss; bem como para algumas ideias interessantes, em um quadro mais amplo, A. Nappi, *Principio personalistico e “binomi indissolubili” – il primato dell’essere nell’incessante divenire della tutela penale*, Napoli, 2018, spec. P. 338 ss., com referência à celebre sentença da Corte EDU, De Tommaso c. Italia (GC), 43395/09, 23 de fevereiro de 2017.

883 Corte EDU, *Engel c. Paesi Bassi*, 5100/71, 23 de novembro de 1976; no argumento, F. Mazzacava, *Le pene nascoste, Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.

pressuposto de que a definição legislativa utilizada não pode ser considerada vinculante para o intérprete, porquanto devam ser analisados os ulteriores critérios de caráter substancial e sobretudo alternativos e não cumulativos entre eles.⁸⁸⁴ Tais critérios consistem em primeiro lugar na qualificação formal do ilícito, em segundo lugar na função do ilícito e obviamente da relativa sanção e por fim no grau de severidade da sanção. Quanto ao primeiro critério, se devesse ser considerado prevalente, voltaríamos atrás no tempo no sentido de dar crédito decisivo à suposta *voluntas legislatoris*, que, todavia, como pudemos constatar em linha geral, *resulta* de difícil decifração. Quanto ao segundo, se é verdade que a função das medidas em questão é justamente de caráter essencialmente preventivo, isto em nossa opinião não é, porém, suficiente para considerar que não se esteja diante de uma matéria penal, levando em conta que já há algum tempo a função retributiva está em uma crise de valor irreversível, restando, portanto, de válido somente a fundamental relação de proporção entre pena e delito em chave garantidora. A pena, de fato, atualmente, sobretudo após a entrada em vigor do Artigo 27, parágrafo 3, Cost., e depois da superação da cd. “teoria poli funcional”, encontra um seu fundamento já consolidado na concepção da pena como escopo, no sentido de que prevalecem decididamente as funções de prevenção-geral e de prevenção-especial, enquanto a pena não se justifica *ex se*, ainda que sua legitimidade é extraída de sua funcionalidade.⁸⁸⁵ Estando assim a questão, ao menos em nossa visão, torna-se decisivo o terceiro dos critérios Engel na matéria, isto é, o grau de aplicação da sanção. Se nós examinarmos alguns *dicta* da CEDH, que consideraram de natureza penal não somente as *Ordnungswidrigkeiten* alemãs, isto é o ilícito administrativo descriminalizado, mas até mesmo as sanções pecuniárias formalmente administrativas, mas de notável montante previstas em alguns Países, como no caso de espécie na França, relativas aos excessos de *velocidade dos motoristas*⁸⁸⁶, por conseguinte teriam maior importância para as medidas de prevenção, seja pessoais, seja ainda mais se de natureza patrimonial, enquanto a privação de liberdade pessoal baseada em simples suspeitas ou ainda a supressão de inteiros patrimônios, com influências nefastas e incisivas também em nível da pessoa, parecem integrar completamente o terceiro critério Engel, isto é, a aplicação da pena, devendo-se então concluir no sentido de que, aplicando os critérios em questão, o que acontece, constituem já *ius receptum* em nível comunitário, as medidas de prevenção não podem que revelar-se de natureza penal. É necessário,

884 Afirmação reiterada em várias ocasiões: *ex multis*, Corte EDU, *Zolotoukhine c. Russia* (GC), 14939/03, 10 de fevereiro de 2009.

885 Sobre a concepção poli funcional da pena, cfr. G. Vassalli, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1961, p. 296 ss., para uma justa crítica a tal concepção, cfr. G. Fiandaca, *ex Artigo 27, III e IV parágrafo*, in G. Branca e A. Pizzorusso (editado por), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, p. 319 ss., sobre a concepção funcionalista da pena, na doutrina italiana, L. Monaco, *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Napoli, 1984, e naquela alemã, C. Roxin, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *JuS* 1996, p. 380 ss.

886 Para tais sentenças, cfr. C. Silva, *Sistema punitivo e concurso aparente de ilícitos*, Turim, 2018, 44 s.

porém, a este ponto, questionar-se sobre o porquê de não somente a jurisprudência nacional, mas também aquela comunitária, continuem a qualificá-las como medidas administrativas e, em nossa opinião, a resposta reside em sua indubitável maior eficiência e rapidez em relação ao tradicional sistema ligado ao fato do delito.

3. O PERSISTIR POR PARTE DO LEGISLADOR ITALIANO COM AS MEDIDAS DE PREVENÇÃO PATRIMONIAIS, COM O PRIMEIRO E O SEGUNDO CÓDIGO ANTIMÁFIA, DE 2011 E DE 2017 E SUA EXTENSÃO A MATÉRIAS FORA DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA

Não obstante as dúvidas de constitucionalidade levantadas sobretudo pela doutrina nos anos sessenta e setenta do século passado e depois indubitavelmente esvanecidas em relação às medidas de prevenção antimáfia, o legislador não percebeu, pelo contrário, justamente porque medidas de notável eficácia, considerou até ampliar-lhes o raio de ação, com os c.d. códigos antimáfia, de 2011 e 2017.⁸⁸⁷ Já a denominação utilizada, isto é, aquela de código, parece de todo imprópria, por quanto o modelo código remete ao conceito de “sistema”, que é, afinal, aquele que trouxe os códigos dos anos oitocentos até nossos dias. A realidade é, ao invés disso, totalmente diversa, já que se trata mais de Textos Únicos, que de fato recolhem normativas “em camadas”, como poderemos constatar, por vezes sem um efetivo denominador comum. A prova do que sustentamos pode ser obtida já com relação ao código antimáfia de 2011, já que é estendida a normativa também à delinquência em estádios e ao c.d. D.A.S.P.O, notável medida de prevenção para aqueles que são suspeitos de ter cometido ilícitos durante manifestações esportivas e que consiste na proibição de frequentar os estádios por um determinado período de tempo.

Ora, não há quem não veja a baixa correspondência da c.d. criminalidade em estádios com aquela mafiosa e, mais em geral, com aquela organizada, pelo que a única razão da extensão, que novamente contradiz o modelo codicista, consiste na rapidez e eficiência na aplicação das medidas relativas. Discurso ainda mais preocupante, em nossa opinião, pode manifestar-se em relação ao código antimáfia de 2017, já que em primeiro lugar estende-se aos atos preparatórios, “objetivamente relevantes” de determinados delitos particularmente graves, mas é fácil contrapor com a objetiva relevância, que, ainda que se compreenda por que tenha sido introduzida, resulta, porém, na práxis clássica “cláusula vazia”, na qual

887 Cfr. em particular F. Febbo, *Tu quoque: note a margine della riforma del c. d. codice antimáfia*, in A. Manna (editado por), *Corso do diritto penale dell'impresa*, 2ª. Ed., Milano, 2018, p.1133 ss., con *ivi* ulteriores referências bibliográficas e jurisprudenciais, a que, para maiores aprofundamentos, se remete; assim como N. D'Ascola, *Un codice non soltanto antimáfia. Prove generali di trasformazione del sistema penale*, in S. Furfaro (editado por), *Le misure di prevenzione*, Milanofiori Assago, 2013, p. 53 ss

então reina *l'arbitrium iudicis*. O que mais preocupa, porém, é que a extensão em questão diz respeito também aos atos executivos, enquanto isto constitui um evidente *contradictio in terminis*, já que refere-se ao ato executivo, que também historicamente refere-se à tentativa, e não pode, então, aplicar medidas preventivas ante o *praeter delictum*.

Em segundo lugar, o código de 2017 estende a matéria também ao golpe nas concessões. E aqui pode-se compreender as razões, enquanto parece totalmente irracional a referência ao delito de *stalking*, já que não só possui uma típica medida cautelar, qual seja o distanciamento do sujeito ativo da própria vítima, mas fica totalmente irracional que ao suposto *stalker* chegue-se a sequestrar e até confiscar o patrimônio inteiro. Argumentação análoga pode ser realizada à extensão dos delitos dos p.u. contra a p.a., já que, a exemplo para a corrupção e concussão, já está previsto o confisco c.d. por equivalência, pelo que para um único ato delituoso parece verdadeiramente desproporcional por excesso o sequestro e o confisco do patrimônio inteiro, tanto é verdade que sobre esta última extensão mostraram séria perplexidade magistrados do calibre do Cons. Cantone, então Presidente da ANAC, e do então Procurador Nacional Antimáfia, Cons. Roberti.

Isto explica então porque o legislador, na versão definitiva do código antimáfia de 2017, acrescentou, como uma espécie de “cola” aos delitos dos p.u. contra a p.a. também a referência ao delito nos termos do Artigo 416 c.p., sem, entretanto, perceber que, em geral, em nível empírico-criminal a corrupção, a apropriação indébita e a concussão dão lugar ao c.d. pacto a dois, pelo qual, se é verdade que entre os delitos-escopo da associação para delinquir podem figurar os delitos *de quo*, isto não exclui que, em nível de indícios, ou pior, de suspeitas, é bem difícil identificar um embrião de associação criminosa destinada ao cometimento de delitos *de quo*, justamente pelas razões de caráter empírico-criminológico acima indicadas, que, em *subjecta materia*, ficam ainda mais relevantes.

4. O IRROMPER DA JURISPRUDÊNCIA TEDH COM A SENTENÇA DE TOMMASO, QUE CONDENOU O ESTADO ITALIANO POR CAUSA DA INDEFINIÇÃO DOS TERMOS “OBSERVAR AS LEIS” E “VIVER HONESTAMENTE”.

Parecia, então, que o novo modelo superveloz das medidas de prevenção, em particular aquelas de natureza patrimonial, tivesse enfim rompido as fronteiras típicas da criminalidade organizada por estender-se a mancha de óleo a setores os mais diversos do sistema penal, mas evidentemente ligados por uma evidente preocupação de segurança.⁸⁸⁸

888 Tanto isto é verdade que um penalista do calibre de Francesco Palazzo justamente afirmou: “Falar das medidas de prevenção hoje significa falar de um tipo de *buraco negro* do ordenamento no qual, em um futuro mais ou menos próximo, correm o risco

Neste clima, irrompe a jurisprudência TEDH com a já conhecida sentença *De Tommaso*⁸⁸⁹, que condenou o Estado Italiano por causa da indefinição das prescrições “observar as leis” e “viver honestamente”, visto que o código antimáfia de 2017 havia suprimido o inciso relativo a “não dar margem a suspeitas”. Tais expressões normativas integram seja requisitos, ou melhor pressupostos, das medidas de prevenção, em particular de caráter pessoal, seja a sua violação integra outros tantos tipos criminosos, obviamente de inobservância.

Todavia o que mais importa é a norma da CEDH que a Corte considera em contraste com os requisitos acima lembrados, já que era de se esperar, por causa de sua endêmica indefinição, o apontamento de um conflito com o Artigo 7, isto é, com a previsibilidade das decisões judiciais, mas isto significaria enquadrar as medidas de prevenção em âmbito penal, contrariando assim uma orientação jurisprudencial consolidada e desfavorável, seja em nível nacional que comunitário. Eis, então, a razão pela qual o TEDH identifica um conflito com o Artigo 2 do Protocolo n.4 à CEDH, com a qual, porém, é tutelada a liberdade de circulação, que parece, francamente, ter pouco a ver com o assunto aqui tratado, se não de todo indiretamente, já que a observância das leis pode também dizer respeito a normas relativas à circulação e, naturalmente, o viver honestamente pode ser interpretado como o veto, de cunho oitocentista, de vagabundar, mas, como se pode perceber, trata-se de interpretações um tanto “*sui generis*”. Por outro lado, a mesma Corte Constitucional, em uma já longínqua sentença de 1980⁸⁹⁰, havia declarado que a ilegitimidade dos c.d. “propensos a delinquir”, evidentemente por motivos análogos àqueles que induziram o TEDH ao pronunciamento em objeto.

5. A REAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA ITALIANA, ENTRE JUÍZES DE MÉRITO E DE LEGITIMIDADE, À ESPERA DO PRONUNCIAMENTO DA CORTE CONSTITUCIONAL

A reação da jurisprudência italiana, diante do pronunciamento *De Tommaso*, foi, de fato, ambígua. Iniciando pela jurisprudência de mérito, é de se destacar como a Corte de apelação de Nápoles e o Tribunal de Udine em 2017, levantaram a questão da legitimidade constitucional, por meio do mecanismo da norma interposta nos termos do Artigo 117 Cost. O Tribunal de Milão, ao con-

de ser

889 TEDH, *De Tommaso c. Italia (GC)*, 43395/09, 23 de fevereiro de 2017, em *Archivio Penale 2017*, com nota de F. P. Lasalvia, *Il sasso nello stagno: luci “europee” e ombre “nazionali” su una sentenza “storica”? Appunti su CEDU, De Tommaso c. Italia*, ibid, p. 339 ss.

890 Corte. Cost, 22 dezembro de 1980, n. 177, in *Foro Italiano*, 1981, I, p. 329 ss., in argumento, Ver V. Contraffatto, *La sfera soggettiva di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali*, em A. Balsamo, V. Contraffatto, G. Nicastro (editado por), *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2010, p. 78 ss.

trário, e aquele de Palermo, consideraram a questão manifestamente infundada e então evidentemente decidiram resolver o problema a nível interpretativo. No que diz respeito à Corte de Cassação, a II Seção penal considerou a questão não manifestamente infundada, em particular o Artigo 75, parágrafo 2, do d.lgs. 6 de setembro de 2011, n. 159, na parte em que sanciona penalmente a violação das obrigações em questão, conexas à vigilância especial com dever ou veto de permanência, em referência aos Artigos 25 e 117, parágrafo 1, Cost., este último em relação ao Artigo 7 e ao Artigo 2 do Protocolo n. 4 à CEDH⁸⁹¹. Do teor do despacho em questão, porém, depreende-se como a II Seção penal envie à Corte constitucional não os pressupostos das medidas de prevenção de *quo agitur*, mas a violação das relativas prescrições e logo os tipos criminais. De tal modo, todavia, não incidirá diretamente no pressuposto objetivo das medidas de prevenção, mas sobre um tema muito mais circunscrito, que então não afeta a natureza jurídica das medidas de prevenção, isto é, a heterointegração da norma penal.

A Cassação, desta vez a I Sessão Penal, não por acaso com o relator Cons. Raffaello Magi⁸⁹² apresenta posição contrária, considerando que a questão deva ser solucionada com chave hermenêutica, sobretudo mediante uma assimilação entre o tipo criminal e o tipo das medidas de prevenção, entendidas ambas como concretizantes “parâmetros fatuais relevantes”, como tais não em contraste com as normas nem constitucionais nem, muito menos, aquelas comunitárias⁸⁹³. Permite-se exprimir perplexidade acerca deste último *dictum* da Corte de Cassação, já que assimilar o fato de delito e o fato-pressuposto para a aplicação de medidas de prevenção penal parece não compartilhável, nem tanto em relação à periculosidade genérica, quanto sobretudo em relação à periculosidade específica, isto é aquela que diz respeito a certos tipos criminais que, todavia, devem ter se concretizado somente a nível de indiciamento e é exatamente nisso que consiste o inevitável hiato entre os dois pressupostos apresentados pela Corte Suprema. Neste contexto deve ser lembrado que a mesma Cassação, em Sessões Unidas penais, havia, em 2017⁸⁹⁴ expurgado em via interpretativa a violação do *neminem laedere* da violação do Artigo 75, parágrafo 2, mas, sucessivamente, a II Sessão penal, temendo que a alteração da jurisprudência pudesse determinar problemas relativos às sentenças já transitadas em julgado, optou por uma solução *tranchant*, isto é a remessa dos autos à Consulta, com a finalidade de fazer assumir à alteração da jurisprudência força de lei.

891 Cass. Pen., Sez. II, ord. 25 de outubro – 26 de outubro de 2017, in *Foro Italiano*, 2018, II, p. 96 ss., com observação de L. Bettiol.

892 R. Magi, *Sul Ricupero di tasività delle misure di prevenzione personali, Tecniche sostenibili di accertamento della pericolosità*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 2017, p. 490 s.

893 Cass. Pen., Sez. I, 15 de junho de 2017, n. 349.

894 Cass., Sez.Un., pen., 5 de setembro de 2017, n.40076.

Nesta quantidade de desorientações jurisprudenciais é preciso lembrar um importante precedente da Corte Constitucional, de 2010, que rejeitou a questão de legitimidade constitucional do Artigo 75, muitas vezes citado, e que seguramente constitui um precedente negativo em relação ao pronunciamento da Corte constitucional, cuja audiência foi fixada para 21 de novembro de 2018. Sob este último perfil, destaca-se um recente ensaio do colega Viganò que, em matéria de confisco “de prevenção” até o classifica como uma sanção civil, derivada de uma suposta violação das normas civis em tema de aquisição da propriedade. Apesar da autoridade da fonte, que é também o juiz relator diante da Corte constitucional, na audiência *de quo*, a tese em objeto não parece compartilhável, porque, tratando-se sempre de medidas de prevenção, a violação das normas civis em temas de aquisição da propriedade pode ser considerada dizer somente hipotética e então objeto somente de uma *semiplena probatio*⁸⁹⁵.

6. A RESPOSTA DA CORTE CONSTITUCIONAL POR MEIO DAS SENTENÇAS N.24 E N. 25 DE 2019, TAMBÉM COM RELAÇÃO À NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS DE PREVENÇÃO

É, então, chegado o momento de enfrentar *funditus* as sentenças n. 24 e n. 25 de 2019 da Corte constitucional. Para tanto é preciso lembrar que a gestação foi bastante longa, enquanto a sentença *De Tommaso* remonta aos idos de fevereiro de 2017, a audiência da Corte Constitucional foi fixada somente para o dia 21 de novembro de 2018 e as sentenças em questão foram depositadas, a n. 24, no dia 24 de janeiro de 2019 e a n. 25, no dia 27 de fevereiro do mesmo ano. Isto, evidentemente, demonstra *per tabulas* uma gestação particularmente aprofundada por parte da mesma Corte e tudo isto pode ser entendido ainda melhor, ao fazer referência não somente à jurisprudência oscilante da Corte de Cassação, mas também ao precedente negativo da mesma Corte constitucional.

Isto posto, enfrentemos agora a sentença n. 24, redator Francesco Viganò, e isto é importante também pelo que em seguida será destacado a respeito da natureza jurídica das medidas de prevenção penal, segundo a Corte constitucional. Nesta sentença, o legislador constituinte defronta-se com a questão mais complexa, mas também aquela típica das medidas de prevenção, no que diz respeito aos incisos “habitualmente envolvidos em tráfico delituoso” e “que vivem habitualmente, mesmo que em parte, com os proventos de atividades delituo-

895 F. Viganò, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca “di prevenzione” nell’ordinamento italiano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, p. 610 ss.; e também em C. E. Paliero, F. Viganò, F. Basile e G. Gatta (editado por) *La pena, ancora: fra attualità e tradizione* – Studi in onore di Emilio Dolcini, Milano, 2018, II, p. 885 ss.

sas⁸⁹⁶". Ora, a atitude da Corte Constitucional toma dois caminhos nitidamente distintos, naquilo que diz respeito ao inciso "que vivem habitualmente, mesmo que em parte, com os proventos de atividades delituosas"⁸⁹⁷ não considera este último em contraste com a Carta Constitucional, já que decide por aquela que a jurisprudência da Cassação já havia experimentado, ou seja a c.d. "tributação", no sentido de que, segundo os juízes da Corte, é bem possível em chave interpretativa identificar o indício e disto, evidentemente, a periculosidade social, que, neste caso, é de natureza genérica, em relação a receitas oriundas de atividades delituosas, que, no caso concreto, podem certamente ser identificadas.

Por outro lado, um raciocínio totalmente diverso diz respeito ao outro inciso, isto é o ser "habitualmente envolvidos em tráfico delituoso", porque aqui, com efeito, fica extremamente problemático identificar tais tráfico delituoso, se não com relação às características do caso singular, mas se a norma, para recuperar um significado aceitável, deve ser "preenchida" com o caso concreto, segue como a própria norma não pode ser afetada, como de fato considera a Corte Constitucional, por "radical imprecisão". O problema, porém, diz respeito ao menos em nossa opinião, as normas de referência que se consideram violadas, já que um observador externo "pouco avisado", pensaria imediatamente ao Artigo 25, parágrafo 2, Cos., mas desse modo daria por pressuposto o que pressuposto não é, que as medidas de prevenção se revistam de natureza penal, ao contrário negada de modo constante, exceto alguma importante exceção, como a mesma sentença da Corte Constitucional n. 177 de 1980, que declarou ilegítimo o Artigo 1 da I. 1423 de 1956, em relação ao inciso que se refere aos "propensos a delinquir", considerado em contraste seja com o Artigo 13, que, em particular, por aquilo que aqui destaca, com o Artigo 25, parágrafo 3, Cost. Com isso não queremos entender que seja a Corte Europeia dos direitos humanos, que a Corte de Cassação, que, enfim, também a Corte Constitucional, foram sempre constantes em considerar as medidas de prevenção, seja pessoais, seja, com maior razão, se patrimoniais, como estranhas à matéria penal, tanto é verdade que em nível do TEDH emerge justamente na sentença *De Tommaso*, o voto parcialmente divergente do juiz português Pinto de Albuquerque, que exprime-se abertamente e, em nossa opinião corretamente, por aquilo que destacaremos a seguir, no senso de uma "burla de etiquetas"⁸⁹⁸.

Tanto isto é verdade que, na sentença n. 24, a Corte Constitucional considera violados, não só o Artigo 13 Cost., em relação ao Artigo 117, parágrafo

896 O primeiro inciso referido no Artigo 1, lett. A), e o segundo referente à letra b) do d.lgs. n. 159 de 2011, ambos por sua vez originalmente previstos pelo Artigo 1 da I. N. 1423 de 1956.

897 No tópico, por último G. Fornassari, E. Mattevi (editado por), *Giustizia riparativa – Responsabilità, partecipazione, riparazione*, Trento, 2019.

898 P. Pinto de Albuquerque, *loc. cit.* Cit.

1, Cos., como norma interposta, mas também o Artigo 2 do Protocolo n. 4 à CEDH, que diz respeito à liberdade de circulação, pelo que concerne às medidas de prevenção pessoais da vigilância especial, com ou sem obrigação ou proibição de permanência, também o Artigo 42 Cost., sobre a tutela do direito de propriedade, sempre em relação ao Artigo 117, parágrafo 1, Cost., assim como o Artigo 1 do Protocolo n.1. à CEDH, naquilo que diz respeito às medidas patrimoniais do sequestro e do confisco. A razão de tal configuração diversa em relação, por exemplo, ao voto dissidente de Pinto de Albuquerque no seio do TEDH, reside no fato de que a medidas de prevenção pessoais com aquele pressuposto descrito radicalmente impreciso, irão violar a liberdade de circulação, no que diz respeito às medidas de prevenção patrimoniais, a indefinição incide sobre o direito de propriedade, justamente porque é o mesmo redator da sentença, em um se precedente escrito, que retoma pontualmente na sentença em objeto, que define as medidas de prevenção, em particular de caráter patrimonial, como sanções de natureza civil, análogas, vale dizer, à *civil forfeiture* anglosaxônica⁸⁹⁹, justamente porque considera-se que o proposto tenha inserido elementos delinqüenciais no âmbito da circulação dos bens, daí a medida de prevenção, em articular de caráter patrimonial, desenvolve a função de reintegrar a ordem econômica violada⁹⁰⁰.

A de n. 25 de 2019, redator Amoroso, e presidente, como já na n. 24 e na sucessiva n. 26, Lattanzi, diz respeito a um caso menos complexo, no que se refere ao Artigo 175, parágrafo 2, do d. lgs. 6 de setembro de 2011, n. 159, na parte em que prevê como “delito” a violação das obrigações e das prescrições inerentes à medida da vigilância especial, com obrigação ou veto de permanência em que sejam consistentes na inobservância das prescrições de “viver honestamente” e de “respeitar as leis”. Consequentemente, a questão diz respeito também ao Artigo 75, parágrafo 1, do Código antimáfia, na parte em que prevê, como contravenção, a violação das obrigações inerentes à mesma medida, quando consistentes, precisamente, na inobservância das prescrições, sempre de “viver honestamente” e de “respeitar as leis”. Aqui, de fato, a questão se apresenta mais simples, no sentido de que não estamos mais diante de medidas de prevenção, e sim à violação daqueles pressupostos, aqui indicados, das próprias medidas de prevenção, que porém cedem lugar ou a um tipo delituoso, ou a uma contravenção e, então, nestes casos, estamos na presença de dois crimes em relação aos quais não pode, desta vez, não valer expressamente o parâmetro *interno* a que se refere o Artigo 25, parágrafo 2, Cost., que, por sua vez, corresponde ao parâmetro externo do Artigo 7 CEDH, ou seja, que prescreve a previsibilidade das decisões judiciais,

899 Sobre o tópico, por último G. Fornassari, E. Mattevi (editado por), *Giustizia riparativa – Responsabilità, partecipazione, riparazione*, Trento, 2019.

900 F. Viganò, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della coercitiva “di prevenzione” sull’ordinamento italiano*, cit., p. 885 ss.

que constitui o lado subjetivo, ao menos em nível literal, da legalidade penal, que não pode não ser considerada violada na presença de incisos tão vagos, como o viver honestamente ou o respeitar as leis, que nenhum tipo de tributação poderá nunca, na realidade, contribuir para sua delimitação.

Querendo tirar conclusões destas duas últimas sentenças da Corte Constitucional, estas resultam seguramente muito relevantes, não somente porque, em aplicação dos ditames do TEDH na sentença *De Tommaso*, mas também e, sobretudo, porque vai além, na sentença n. 24, no que diz respeito a diversos pressupostos relativos àqueles levados em consideração pelo TEDH, e então, por sua vez, a própria Corte Constitucional abre uma frente ulterior atendendo à necessidade de uma maior tributação, obtida em chave interpretativa, ou mediante declaração de ilegitimidade constitucional, dos pressupostos das medidas de prevenção, nesta tentativa de cada vez mais aproximá-las das medidas de segurança e, de qualquer modo, a um “*quid*” que se assemelhe cada vez mais a um tipo de crime.

Não obstante, todavia, os esforços da Corte Suprema, de um lado, em particular da I Sessão penal, e da Corte Constitucional, por outro, os dois “tipos”, ficam inevitavelmente distintos, porque um diz respeito ao delito e o outro é integrado por um pressuposto do qual se deduz, ou melhor, “se presume” a periculosidade do proposto. Somos, porém, de opinião que *rebus sic stantibus*, não seja possível avançar mais, visto que, em caso de se aderir à opinião dissidente, mas minoritária, de Pinto de Albuquerque, arriscar-se-ia fazer ruir o castelo erguido pelo legislador em relação às medidas de prevenção penal, que, não devemos nunca esquecer, não obstante vozes contrárias com autoridade, derivam do direito de polícia, pelo qual sua natureza administrativa possibilita não aplicar princípios fundamentais em matéria penal, que tornam, de fato, tais medidas tão atraentes, seja para o legislador, que acaba por ampliar

drasticamente o âmbito aplicativo, seja para a própria jurisprudência, obviamente atraída por medidas cujo procedimento resulta mais rápido e eficaz, em relação ao tradicional processo penal.

No entanto somos de opinião que o intérprete não possa acomodar-se no *ius conditum*, enquanto seja possível ainda mais adentrar na questão, em particular por meio de um aprofundamento ulterior, em relação àquilo que, definitivamente, constitui o verdadeiro *punctum dolens*, ou *pruniens*, que seja, isto é, a natureza jurídica das medidas de prevenção penais.

7. CONCLUSÕES: UMA SOLUÇÃO DE IURE CONDENDO PARA INSERIR AS MEDIDAS DE PREVENÇÃO EM ÂMBITO PENAL, SUPERANDO ASSIM O HIATO ENTE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Querendo puxar os fios deste complexo raciocínio, somos de opinião que resultaria totalmente estéril simplesmente tomar partido por uma tese em detrimento de outra, no sentido de aderir a priori em favor ou da doutrina ou da jurisprudência. Estamos, de fato, convencidos de que neste modo arrisca-se, como se costuma dizer “o enquadramento do círculo”, no sentido de que não basta apelar para uma, ainda que real, “burla de etiquetas”, por isso somente legitimar um ingresso “a velas içadas” das medidas de prevenção no direito penal. De fato, não deve ser desvalorizada a origem histórica das medidas de prevenção, que ainda mostra suas características tipológicas ainda hoje, isto é, o fato de nascer e desenvolver-se como medidas de polícia, isto é medidas que prescindem por definição do cometimento de um fato de delito.

Se, então, se pretende introduzir novamente as medidas de prevenção no âmbito do direito penal, obviamente com a finalidade de aplicar a elas e ao relativo processo os princípios constitucionais e comunitários em matéria penal, como por exemplo eliminando a inversão do *onus probandi*, somos de opinião que seja necessária também uma modificação estrutural, a fim de que as medidas de prevenção possam ligar-se a um fato de delito, que, de fato, constitui a arquitrave, seja do binário relativo à culpa pelo fato, que aquele relativo à periculosidade e às medidas de segurança, que efetivamente conhecem somente a exceção das notas três hipóteses de quase-crime. Com isto queremos dizer que o único caminho, em nossa opinião, para inserir as medidas de prevenção definitivamente no âmbito penal passa inevitavelmente por uma transformação delas em nível estrutural e a única possível parece aquele de convertê-las em medidas de segurança⁹⁰¹.

Por outro lado, se é verdade que as medidas de segurança pessoais constituem agora uma espécie de “ferro velho”, destino análogo parecem ter também as medidas de prevenção em caráter pessoal, então na verdade o jogo é jogado sobre as medidas de caráter patrimonial, onde temos um instituto presente, seja em uma como na outra categoria, isto é, o confisco, pelo que não parece uma tarefa tão árdua transformar o confisco como medida de prevenção em confisco como

901 No tópico, para um exame exaustivo, também de um ponto de vista histórico, das medidas de prevenção, seja consentido o reenvio a A. Manna, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019, p. 29 ss. Para a parte histórica, p. 59 ss. Para a lei de 1956 n. 1423 sobre as medidas de prevenção pessoais, p. 83 ss. Acerca da introdução das medidas de prevenção patrimoniais e p. 189 ss.; p. 209 ss. Para uma nova reconstrução em chave de conformidade com a Carta Constitucional, e à CEDH das mesmas medidas de prevenção. Atualmente, mostra-se favorável a esta solução também M. Donni, *In attesa della decisione della Consulta dopo la sentenza De Tommaso, relazione al convegno, Le misure di prevenzione al vaglio di costituzionalità per indeterminazione: il ruolo del diritto vivente*, Reggio Emilia, 11 de maio de 2018; ver Também Id, Septies in idem. *Dalla “materia penale” alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in *Cassazione penale* 2018, p. 2284 ss., que, de fato,

medida de segurança, considerando que já existe o confisco por equivalência, definido como tal pela jurisprudência, também o confisco c.d. ampliado, que todavia se ressentia ainda da influência e da estrutura das medidas de prevenção, de que se origina como delito de mera suspeita, cassado sucessivamente, como é sabido, pelo Corte Constitucional⁹⁰². Se, efetivamente, os pressupostos são análogos ao confisco como medida de prevenção, o confisco ampliado pressupõe, porém, uma sentença de condenação ou uma delação premiada. Se, então, se elidem tais pressupostos, temos um modelo que pode transformar-se em geral e substituir integralmente as medidas de prevenção patrimonial, com a condição que para sua aplicação se pressuponha o cometimento de um fato de delito. Temos obviamente conhecimento de que o que está sendo proposto seguramente tira das medidas *de quo* sua característica mais atraente em nível de magistrado, isto é, a celeridade de aplicação, mas seguramente a nossa proposta traria um ganho notável seja em nível substancial, que processual, em termos de garantias⁹⁰³.

A TUTELA DOS DIREITOS DOS ACIONISTAS NO CONTEXTO DO DIREITO À PROPRIEDADE

ELENA BINDI
ANDREA PISANESCHI

SUMÁRIO: 1. Dois votos dissidentes no contexto da tutela do direito à propriedade. – Direito dos acionistas e regulação prudencial: um difícil equilíbrio após a crise de 2008. – 3. Um caso análogo, mas, todavia, diferente: a transformação dos bancos populares na Itália e a limitação do direito de regresso. – 4. Regras prudenciais e teste de proporcionalidade.

1. DOIS VOTOS DISSIDENTES NO CONTEXTO DA TUTELA DO DIREITO À PROPRIEDADE

Os dois votos dissidentes formulados pelo juiz Pinto de Albuquerque ao TEDH, *Albert e altri c. Ungheria* (GC), 5294/14, 29 de junho de 2019, e *S. C. Service Benz Com S.r.l. c. Romania*, 58045/14, 4 de julho de 2017, tratam de temas diferentes, porém unidos por uma mesma visão do direito à propriedade tutelado pelo Artigo 1 do Protocolo n. 1 à CEDH.

No voto dissidente relativo ao caso *Albert e altri c. Ungheria*, tratava-se de verificar se era contrária ao Artigo 1 do Protocolo n. 1 uma série de limitações

902 Sobre o ponto cfr., particularmente, D. Petri, *La prevenzione inutile, Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996.

903 Sobre o ponto cfr., particularmente, D. Petri, *La prevenzione inutile, Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996.

aos direitos dos acionistas de bancos de natureza cooperativa, colocadas pelo Estado. Com base na entrada em vigor de uma lei de 2013, diversas decisões dos acionistas foram subordinadas a autorizações da competente *Cassa di Risparmio* (órgão de supervisão). Em particular, após a entrada em vigor da normativa, c.d. *Integration Act*, os acionistas dos bancos cooperativos foram obrigados a aprovar estatutos *standard*; a aceitar a proibição do órgão de supervisão a respeito de reduções ou aumentos de capital, sobre a reaquisição de ações próprias ou sobre as emissões de obrigações; a aceitar também a suspensão do direito de voto por um ano, caso os acionistas ameçassem a confiabilidade e a segurança das atividades da instituição; a sofrer possível suspensão do mandato e a nomeação de um administrador provisório. Em geral, a regulamentação de 2013 introduziu um controle invasivo por parte do órgão de supervisão sobre a maioria dos atos de gestão do banco.

Alguns acionistas recorreram ao TEDH, alegando lesão ao Artigo 1 do Protocolo n. 1, dado que tais previsões incidiam sobre direitos típicos dos acionistas (direito de voto, mas também, de maneira geral, direito à gestão do banco). O Tribunal, porém, evitou pronunciar-se, considerando que acionistas individuais não poderiam considerar-se diretamente prejudicados, e, portanto, vítimas, em relação aos bancos nos quais detivessem uma participação. Por um lado, de fato, a participação não era de 100% e por outro lado, as lesões eram meramente hipotéticas e potenciais.

No voto dissidente, ao contrário, evidencia-se que, seja na jurisprudência do TEDH, seja na jurisprudência de outros juízos internacionais, os direitos dos acionistas, cujas empresas são afetadas por uma regulamentação governamental, são reconhecidos; que no caso em questão trata-se de medidas incompatíveis com a substância do direito à propriedade, uma vez que, submetendo o direito dos acionistas a alguns requisitos, havia sido atribuído a este um caráter “precário” (e isto constituía uma privação do direito e não somente uma, sempre possível, sua regulamentação); que, enfim, e em extrema síntese, tais limitações não eram justificadas se submetidas a um rigoroso teste de proporcionalidade.

O voto dissidente relativo ao caso *S. C. Service Benz Com S. R. L. c. Romania* diz respeito ao confisco de dois caminhões tanque, que haviam transportado mercadorias desacompanhadas dos documentos legais exigidos. Além da multa (de cerca de 23.000) aplicada à empresa proprietária da mercadoria, foram também confiscados os veículos. Estes últimos, todavia, eram de propriedade de uma terceira empresa, definida como sendo de boa-fé, desconhecadora do conteúdo transportado.

A terceira empresa, proprietária dos veículos, apelou ao TEDH, reclamando da violação, entre outras coisas, do Artigo 1 do Protocolo n.1, mas o Tribunal

não considerou violado o direito à propriedade, pois a empresa reclamante teria tido a possibilidade de solicitar o ressarcimento pelo dano sofrido pelo confisco à parte contratante e, se necessário, impetrar uma ação por responsabilidade contratual diante dos tribunais nacionais.

Segundo o voto dissidente, ao contrário, o confisco da propriedade de terceiros sem nenhuma prova de má-fé, culpa ou negligência em procedimentos penais ou de contravenções penais não seria compatível com o Artigo 1 do Protocolo n. 1. Diante da natureza punitiva desta medida⁹⁰⁴, o confisco automático e obrigatório de bens de terceiros levanta um problema não somente de ausência de proporcionalidade, mas também de violação da presunção de inocência. Trata-se, de fato, de uma restrição “*indiscriminata*” do direito à propriedade, que não distingue entre o status de proprietário e aquele de detentor⁹⁰⁵.

Os dois votos partem de interpretação consolidada do Tribunal sobre o direito à propriedade, adaptando, todavia, o seu alcance ao caso em questão⁹⁰⁶.

Sobre isso, o Tribunal já há algum tempo esclareceu que o conceito de propriedade, previsto no parágrafo 1 do Artigo 1 do Protocolo n. 1 da TEDH, tem um “*significado autónomo*” em relação ao significado acolhido pela legislação estatal⁹⁰⁷, não limitado, portanto, à propriedade dos bens materiais⁹⁰⁸, mas incluindo seja os bens existentes, seja os bens, como os créditos, em relação aos quais um sujeito pode ter expectativa legítima de que serão realizados⁹⁰⁹. Sob a previsão do Artigo 1 do Protocolo n. 1 inclui-se, por exemplo, a indenização, seja a que já tiver sido obtida, seja a seguramente devida⁹¹⁰.

904 O Tribunal Distrital define o confisco “*peine accessoire*” (cfr. parágrafo 14).

905 A sanção é, com efeito, aplicada sem que o juiz possa nem examinar nem levar em consideração circunstâncias individuais dos casos individuais e, em particular, de fraude do proprietário: cfr. o parágrafo 6 do voto dissidente dos juízes Sajà, Pinto de Albuquerque e Wojtyczek.

906 De tal Artigo a jurisprudência constante do TEDH deduziu, em primeiro lugar, três normas, das quais uma de ordem geral, contemplada no primeiro período do parágrafo 1, foca no princípio do respeito à propriedade, a outra, contemplada no segundo período do parágrafo 1, disciplina as hipóteses de privação da propriedade na presença de determinadas condições; a terceira, enfim, prevista no parágrafo 2, reconhece aos Estados o direito de disciplinar o uso dos bens ao fim de perseguir o interesse geral ou assegurar o pagamento dos impostos; cfr. TEDH, Sporrang e Lonroth c. Svezia, 7151/75, 23 de setembro de 1982, também reiterada em James e altri c. Regno Unito, 8793/79, 21 de fevereiro de 1986. Na doutrina cfr. M. de Salvia, Alcune riflessioni in tema di interpretazione del diritto al rispetto dei beni nella giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo, in Rivista internazionale dei diritti dell'uomo 1989, p. 234 ss.; A. Moscarini, Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni, Milano, 2006, p. 228 ss.; D. U. Fernandes-Bermeio, The Multilevel Protection of the Right of Property in Europe, in China-EU Law Journal 2015, p. 75, que, além de deter-se no âmbito da aplicação do direito de propriedade nos diversos sistemas de tutela, nacionais e supranacionais, oferece também um panorama do atual sistema constitucional de tutela do direito de propriedade na Europa contra as interferências causadas em sua esfera por parte das autoridades públicas, sejam nacionais, que europeias.

907 Segundo a orientação já consolidada na jurisprudência de Estrasburgo, ao Tribunal não compete “resolver a questão se existe um direito de propriedade no direito nacional” enquanto “a noção de ‘bens’, prevista no Artigo 1 do Protocolo 1 CEDH tem um escopo autónomo”: cfr.

908 TEDH, Matos e Silva, Lda e altri c. Portugallo, 15777/89, 16 de setembro de 1996, parágrafo

909 75, e Gus Dossier-und Fordertechnik GmbH c. Paesi Bassi, 15375/89, 23 de fevereiro de 1995, parágrafo 53.

910 Cfr., por exemplo, Iatridis C. Grecia (GC), 31107/96, 25 de março de 1999, parágrafo 54 e Beyeler c. Italia (GC), 33202/96, 5 de janeiro de 2000, parágrafo 100.

Em alguns casos o Tribunal chegou até a estender a garantia do Artigo 1 do Protocolo n. 1 a situações de mero fato. Basta pensar, somente a título de exemplo, no caso *Beyeler c. Italia*, com o qual o Tribunal reconheceu a natureza de bem tutelável *ex. Artigo 1 do Protocolo n. 1* a um quadro submetido a vínculo de interesse histórico e artístico, adquirido com violação à legislação italiana sobre contratos de compra e venda, atribuindo destaque decisivo ao comportamento das autoridades italianas longamente tolerantes à situação de fato realizada⁹¹¹.

Os votos dissidentes em questão, portanto, direcionam-se ao âmbito de uma interpretação consolidada do direito à propriedade, mas apresentam perfis de relevo em referência aos casos concretos e à utilização – restritiva – do teste de proporcionalidade e da margem de apreciação.

2. DIREITOS DOS ACIONISTAS E REGULAÇÃO PRUDENCIAL: UM DIFÍCIL EQUILÍBRIO APÓS A CRISE DE 2008

O primeiro voto dissidente aborda um dos temas mais relevantes da regulação do crédito e levanta consideração de natureza mais geral, de um lado acerca da possível restrição dos direitos dos acionistas por obra do órgão de supervisão, e de outro, sobre a possibilidade de exercer um teste de proporcionalidade restrito sobre a legitimidade de tal restrição.

Tal tema assume relevo particular em relação à evolução recente do sistema de crédito.

O sistema bancário, de fato, foi marcado por uma fase de forte regulação a partir do segundo pós-guerra (tanto é verdade que tal sistema, com Santi Romano, era definido como seccional), por uma sucessiva onda liberalizante nos anos 90, e depois por um rápido retorno a um sistema fortemente regulado após 2008.

Consequentemente na Europa passou-se de um sistema de regulação c.d. “estrutural”, baseado em poderes autorizados impeditivos e conformativos, utilizáveis em maneira largamente discricionária pelos Órgãos de supervisão para um modelo de regulação definido como prudencial, baseado, ao contrário, em coeficientes matemáticos, e verificado sempre pelas autoridades prepostas por meio do exercício de uma discricionabilidade definível como “técnica”⁹¹². A crise de 2008 pareceu produzir um impulso na direção do retrocesso. Nos anos ’90 emanou, de autoridades supranacionais, europeias e nacionais, um normativo in-

911 Cf. TEDH, *Beyeler c. Italia*, cit.

912 Resumidamente cfr. A. Pisaneschi, voce *Credito e Risparmio*, in *Dizionario di diritto pubblico*, editado por S. Cassese, Milão, 2006, p. 1060 ss.

vasivo, que não se limitava a disciplinar perfis prudenciais e que incidia também sobre as estruturas organizacionais e de governança.

Neste contexto, as exigências de estabilidade prevalecem sobre a concorrência e a autonomia de gestão; o controle prudencial sobre os requisitos de capital, sobre os requisitos de liquidez e sobre outros índices considerados relevantes, condicionam de fato a operatividade das instituições de crédito, construindo uma substancial uniformidade de modelo que se transforma em uma substancial uniformidade de gestão. A regulação invasiva tende a afastar progressivamente o modelo da sociedade por ações bancária do modelo geral da sociedade por ações.

Definitivamente coloca-se cada vez mais frequentemente o problema da coerência entre um modelo jurídico geral, como aquele da sociedade por ações, - que atribui direitos de *status* e direitos patrimoniais e de *governance* aos acionistas - e o estatuto especial da sociedade por ações bancária, que, por vezes, restringe tais direitos de *status*, patrimoniais e de *governance* em nome do interesse público na estabilidade. Entre o interesse público na estabilidade financeira, nesta fase histórica percebido como uma exigência prioritária e a autonomia e os direitos do particular, o sistema europeu privilegia claramente o primeiro.

No entanto tal restrição, quando afeta direitos fundamentais tutelados pela CEDH (mas poderíamos também mencionar também as Constituições) deve ser submetida a um escrutínio de proporcionalidade estrita. Os princípios c.d. de valor, ou os conceitos jurídicos indeterminados que frequentemente permeiam a regulação do crédito, devem ser precisados e relacionados a parâmetros idôneos para justificar uma discricionariedade de natureza técnica do Órgão de supervisão : os mesmos parâmetros devem poder ser examinado sob o perfil da proporcionalidade Na ausência de tal escrutínio, de fato, arrisca-se a atribuir antes ao legislador e depois à supervisão , o exercício de um poder substancialmente sem vínculos e, portanto, livre.

Em relação a estes perfis, apresenta-se então bastante interessante o voto dissidente no caso *Albert e altri c. Ungheria*, dado que questões, por vezes análogas de restrição dos direitos dos acionistas com o fim de preservar requisitos prudenciais, apresentaram-se também em outros ordenamentos.

3. UM CASO ANÁLOGO, TODAVIA DIFERENTE: A TRANSFORMAÇÃO DOS BANCOS POPULARES NA ÍTALIA E A LIMITAÇÃO DO DIREITO DE REGRESSO

O caso *Albert*, que tem por objeto a questão da legitimidade da restrição dos direitos dos acionistas em nome de um interesse público geral de natureza “prudencial”, e a possibilidade de exercer um teste de proporcionalidade sobre tais limitações, apresenta alguns perfis de similaridade com a transformação,

ocorrida na Itália, dos bancos populares em sociedades por ações. Diferencia-se, todavia, porque, como veremos, enquanto no caso *Albert* a discricionariedade atribuída aos órgãos de controle do banco dificilmente teria podido superar um rigoroso teste de proporcionalidade (como destacado no voto dissidente), no caso italiano a discricionariedade da supervisão já resultava fortemente limitada pela legislação europeia.

A lei italiana, de fato, havia previsto a transformação dos bancos populares em sociedades por ações, ao mesmo tempo, atribuindo ao Banco d'Italia o poder de limitar ou diferir sem limitações temporais (e, portanto, também o poder de excluir) a liquidação da cota do sócio, que tivesse manifestado o desejo de rescindir em derrogação dos princípios previstos no código civil. No ordenamento italiano, de fato, o recesso do sócio determina a dissolução da relação social e faz surgir em favor do renunciante um crédito contra a sociedade igual ao valor da participação (Artigo 2437-ter, parágrafo 1, cod. civ. para a sociedade por ações, Artigo 2473, parágrafo 3, cod. civ. para a sociedade limitada Artigo 2519, cod. civ. para a sociedade cooperativa, que retoma em geral as disposições sobre a sociedade por ações.

A questão chegou à Corte Constitucional (levantada pelo Conselho de Estado) pela considerada violação, entre outros, do Artigo 1 do Protocolo n. 1 à CEDH (como no caso *Albert*). À Corte Constitucional foi, de fato, colocada a questão se seria legítimo, em relação a tal artigo, atribuir ao Banco d'Italia o poder, eventual, de excluir o direito de liquidação das ações (sem indenização)⁹¹³.

A Corte Constitucional respondeu afirmativamente, considerando não razoável a restrição do direito diante do interesse de que as instituições de crédito resultantes da transformação resultassem suficientemente patrimonializadas. Tal avaliação, por outro lado, estava embasada, por sua vez, na leitura da legislação europeia, que não concede ao órgão de supervisão margens de discricionariedade para determinar quais são as características dos instrumentos de capital, computáveis nas várias classes.

A regulamentação do crédito, de fato, com Regulamento UE n. 575/2013, determina detalhadamente as características dos c.d. “fundos próprios” dos bancos, distinguindo entre capital de classe 1 e capital de classe 2 e efetuando, depois, subdivisões internas. Com base nesta distinção, se o valor das ações fosse passível de liquidação o instrumento não seria computável na classe 1 de capital. Os efei-

913 Trata-se da sentença da Corte Constitucional n. 99 de 20 de fevereiro de 2019. Em relação à sentença cfr. S. Amorosino, *La telenovela delle limitazioni del rimborso dei soci recedenti alle banche*, in *Rivista di diritto bancario*, 2018, p. 1 ss.; em comentário sobre a ordem de remissão do Conselho de Estado, ainda *Id.*, *Incostituzionalità della riforma delle banche popolari per decreto legge con l'attribuzione a Banca d'Italia del potere regolamentare "in bianco"*, in *Diritto della banca e dei mercati finanziari* 2017, 2.

tos de não se computar em uma classe são relevantes porque, por sua vez, para fins de supervisão, os requisitos patrimoniais de classe 1 e de classe 2 são fixados por coeficientes que exprimem a relação percentual entre os fundos próprios dos bancos e o montante que compreende os ativos de risco. A insuficiência, para estes fins, de capital de classe 1, impõe ao ente creditício intervenções de recapitalização, sob pena de se verificarem os pressupostos para sua resolução.

A Corte, então, considerou que atribuir às ações um direito de reembolso teria concedido a estas um conteúdo disforme daquele mínimo definido em nível europeu para sua computabilidade na classe correspondente de fundos próprios (classe 1). Isto, por sua vez, teria podido produzir, como efeito, uma diminuição do capital primário dos bancos transformados e, portanto, um risco em nível prudencial. Daí a atribuição ao Banco d'Itália da tarefa de estabelecer se, em relação ao coeficientes de capital previsto em nível europeu, seria possível ou não o reembolso da cota e em qual montante.

4. REGRAS PRUDENCIAIS E TESTE DE PROPORCIONALIDADE

Esta decisão apresenta diversos pontos de contato com os votos de Pinto de Albuquerque.

Em primeiro lugar, nos dois votos dissidentes trata-se de supostas violações da “substância do direito à propriedade”. Violações que se referem à privação do direito à propriedade e não à sua regulamentação.

A exata definição, que não necessita de explicações no caso do confisco, é, por outro lado, mais complexa no caso relativo aos direitos do acionista. A lei do Estado húngaro é definida pelo juiz Pinto de Albuquerque “como a espada de Damocles (...) que representa uma ameaça permanente para os acionistas aos quais se aplica: a falta de respeito às disposições comporta a imediata extinção de toda uma série de direitos⁹¹⁴.”

A própria existência da lei, na verdade, comporta uma potencial extinção de vários direitos conexos com a propriedade acionária, diminuindo, além disso, seu valor. A substância do direito fica esvaziada porque mudou radicalmente, em abstrato, o feixe das faculdades e das obrigações conexas com uma determinada situação jurídica subjetiva.

914 Cfr. o voto dissidente do juiz Pinto de Albuquerque a TEDH, *Albert e altri c. Ungheria*, cit., parágrafo 40. Considera ainda o juiz Pinto de Albuquerque que “ainda que o Governo argumente que as disposições da lei sobre a integração eram somente prováveis de atingir os recorrente, pela jurisprudência estava claro que tornar um direito de propriedade “permanentemente precário e revogável”, consentido ao Estado violá-lo no futuro, era, por si, suficiente para justificar a contestação de uma violação.

Este fenômeno, além disso, não é novo no direito administrativo e foi definido em tempos passados por Sandulli como uma “expropriação disfarçada”, por parte do poder público⁹¹⁵: uma restrição das faculdades conexas ao direito à propriedade de tal alcance a constituir, independentemente do *nomem*, uma substancial expropriação.

Ora, nos diz Pinto de Albuquerque, na presença de uma expropriação “disfarçada”, a margem de apreciação pelo Estado é restringida e o teste de proporcionalidade deve ser rigoroso⁹¹⁶. No caso dos acionistas tratava-se de bancos sãos e lucrativos antes da introdução da lei sobre a integração, tanto é verdade que o Governo havia reconhecido que as instituições de crédito não deveriam ser expostas a riscos imediatos, visto que haviam limitado suas operações de empréstimos. Considerava, todavia, que a lei sobre a integração seria necessária para desenvolver atividades lucrativas a longo prazo¹⁴.

Está neste ponto a grande diferença entre o caso italiano dos bancos populares e aquele dos bancos húngaros. No primeiro, a hipotética supressão do direito de restituição da cota estava ligada a uma definição normativa existente (as normas europeias sobre o capital de classe 1) e a uma avaliação de discricionariedade técnica sobre a existência, de um ponto de vista prudencial, de requisitos patrimoniais que permitissem um reembolso, total ou parcial. No segundo, trata-se de uma avaliação tão geral que poderia ir além do mérito (lei necessária para desenvolver atividades lucrativas a longo prazo) que não pode resistir a uma margem de apreciação reduzida e a um escrutínio de proporcionalidade estrita.

Se isto for verdade, é também verdade, no entanto, que em nível geral a regulação prudencial, visando o objetivo – certamente legítimo – de garantir a estabilidade dos intermediários, vem progressivamente esvaziando de conteúdo as funções de alta administração dos bancos, submetidos a legislações invasivas ditadas pelas várias autoridades supranacionais, europeias, nacionais. É um equilíbrio difícil: a responsabilidade das escolhas da alta administração é também importante, para o bom funcionamento e para a competitividade do ordenamento do crédito, do controle prudencial sobre tais escolhas⁹¹⁷.

915 Cfr. A. M. Sandulli, *I limiti alla proprietà privata nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1971, p. 971 ss.

916 Sobre a relação entre princípio do justo equilíbrio e margem da doutrina de apreciação, cfr., A. Mowbray, *A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review* 2010, p. 289. Sobre as estratégias processuais com particular referência às relações entre TEDH e Cortes Nacionais, ver Gerards, *The Prism of Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 2012, p. 8. ¹⁴ Cfr. ainda o voto dissidente, cit. Parágrafo 52.

917 Cfr. ainda o voto dissidente, cit. Parágrafo 45, segundo o qual parece dúvida que a lei húngara “consiga profissionalizar, modernizar e organizar o setor dos institutos de crédito cooperativo. Pelo contrário, a rígida regulamentação imposta ao setor bancário pelas autoridades públicas representa um retrocesso à modernização do setor enquanto cria obstáculos à eficácia do processo de decisão do ponto de vista da maximização do lucro”¹⁶ Cfr. ainda o voto dissidente, cit. Parágrafo 46.

Algumas palavras do juiz Pinto de Albuquerque podem ter, então, independentemente do caso em análise, em relação a tal perfil valor de alerta geral: “não é razoável esperar que uma ingerência tão extensa possa melhorar sua sustentabilidade. Enquanto a regulamentação prudencial dos bancos está voltada a garantir a segurança e a solidez do setor financeiro e a proteção dos depositantes, tal intervenção não deveria prejudicar outros objetivos normativos como a competitividade das empresas e a diversidade das atividades de mercado e das políticas de assunção de riscos no setor bancário. Em caso contrário, a política prudencial teria o efeito externo negativo de eliminar a diversidade das atividades bancárias, uma situação que teria, por si, um custo previsível social e econômico, independentemente das perdas sofridas pelos acionistas dos bancos¹⁶.”

OS VOTOS DE PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE

1. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM – GRANDE CÂMARA – *DE TOMMASO C. ITÁLIA* – RECURSO N. 43395/09 – SENTENÇA DE 23 DE FEVEREIRO DE 2017

O caso: O recorrente, o Sr. De Tommaso, havia recebido uma medida de prevenção penal disciplinada pela Lei n. 1421/1956 e, notavelmente, havia sido submetido a vigilância especial com obrigação de permanência no município de residência pois era considerado, pelo Tribunal de Bari, um sujeito habitualmente envolvido em tráfico criminosos, que vivia com os proventos de tal atividade. A corte de apelação de Bari havia, em seguida, revogado a medida, considerando que não havia elementos tais que fizessem supor a atual periculosidade do sujeito. De qualquer modo, o Sr. De Tommaso decidiu propor recurso diante da Corte Europeia, alegando a violação dos Artigos 5,6,13 CEDH e do Artigo 2 do Protocolo n. 4 da CEDH em relação aos 221 dias transcorridos em regime de vigilância especial com obrigação de permanência. Em sentença de 23 de fevereiro de 2017, a Grande Câmara declarou inadmissíveis as queixas relativas aos Artigos 5 e 13 CEDH. Em particular, com relação ao Artigo 5 CEDH, os juízes ressaltaram que o recorrente havia permanecido com livre locomoção durante o dia e havia podido manter sua vida social e suas relações, enquanto, com relação ao Artigo 13 CEDH evidenciaram que o Sr. De Tommaso havia podido apelar contra a decisão do tribunal e, então, existia um remédio efetivo em nível nacional. A Grande Câmara reconheceu, pelo contrário, a violação ao Artigo 2 do Protocolo n.4 à CEDH por falta de clareza e previsibilidade na legislação interna, não tendo sido especificados (nem na legislação, nem na jurisprudência) os critérios com base nos quais as cortes internas pudessem definir um sujeito como “perigoso para a sociedade”. Enfim, com relação ao Artigo 6 CEDH, a Corte

decidiu, não obstante o pedido de resolução amigável do Governo italiano, de pronunciar-se no mérito. A Grande Câmara reconheceu a violação do Artigo 6 parágrafo 1 (âmbito civil) CEDH por conta da falta de audiência pública para a aplicação da medida de prevenção penal em relação ao recorrente.

Palavras-chave: medidas de prevenção penal – liberdade de movimento – liberdade pessoal – previsibilidade da medida – natureza penal da medida – devido processo e audiência pública.

Comentários: Giovanni Grasso – Raffaele Magi – Marco Pelissero – Luigi Stortoni

Voto parcialmente dissidente do juiz Pinto de Albuquerque

INDICE I. Introdução. Parte I (parágrafos 2-31). – Natureza da privação da liberdade no contexto das medidas de prevenção penal (parágrafos 2-11). – A. *Prius ergo est suspicio* (parágrafos 2-8). – B. A burla de etiquetas no contexto das medidas de prevenção (parágrafos 9-11). III. Garantias substanciais em relação a medidas de prevenção (parágrafos 12-31). – A. Aplicabilidade do Artigo 5 da Convenção (parágrafos 12-20). – B. Aplicação do Artigo 5 ao caso em questão: ausência de motivos de privação da liberdade previstos pela Convenção (parágrafos 21-31). Parte II (parágrafos 32-58). – IV. Garantias processuais em relação a medidas de prevenção (parágrafos 32-48). – A. Aplicabilidade do Artigo 6 parágrafo 1 (aspecto penal) da Convenção (parágrafos 32-43). B. Aplicabilidade do Artigo 6 ao caso em questão: ausência de audiência pública e de um devido processo (parágrafos 44-48). V. Meios de recursos internos em relação à causa em exame (parágrafos 49-58). A. Ausência de um rápido reexame judicial (parágrafo 49-53). – B. Ausência de ressarcimento pela ilegítima medida de prevenção (parágrafos 54-58). – VI. Conclusão.

I. INTRODUÇÃO (PARÁGRAFO 1)

1. Discordo da decisão de declarar inadmissíveis as queixas a que se referem os Artigos 5 e 6 (para o aspecto penal) da Convenção europeia dos direitos humanos (“a Convenção”). A meu ver, as medidas aplicadas ao recorrente de acordo com a Lei n. 1423/1956 (“a lei de 1956”)⁹¹⁸, ou seja, a vigilância especial de polícia, junto com a ordem que dispunha sobre a obrigação de permanência por dois anos e outras medidas restritivas, são de caráter penal e comportaram a privação do direito do recorrente à liberdade. Pelos motivos a seguir expostos,

918 Em 2011 entrou em vigor o novo “código antimáfia”, que unificou a legislação em matéria de ações de combate à máfia e medidas de prevenção pessoais e reais e revogou a Lei 1423/1956.

essas deveriam ter sido submetidas às garantias substanciais e procedimentais de que tratam os Artigos 5 e 6 (para o aspecto penal) da Convenção.

Tendo votado contra a decisão de inadmissibilidade, votei no mérito em favor da constatação da violação do Artigo 2 do Protocolo n. 4, em razão da falta de clareza, seja do rol de pessoas a que poderiam ser aplicadas as medidas, seja das próprias medidas (Artigos 3 e 5 da Lei de 1956). Concordo inteiramente com o raciocínio da sentença sobre o ponto específico da falta de clareza de tais disposições.

A finalidade do presente voto é justificar meu voto sobre a decisão de inadmissibilidade e, conseqüentemente, de trazer as oportunas conclusões sobre o mérito da aplicabilidade dos Artigos 5 e 6 (aspecto penal) aos fatos da causa. Votei também em favor da constatação da violação do Artigo 13, por motivos relativos às carências dos meios de recursos internos no caso em exame.

PARTE I (PARÁGRAFOS 2-31)

II. NATUREZA DA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE NO CONTEXTO DAS MEDIDAS DE PREVENÇÃO (PARÁGRAFOS 2-11)

A. Prius ergo est suspicio (parágrafos 2-8)

2. A Constituição italiana não prevê medidas de prevenção penais⁹¹⁹. As disposições pertinentes dos Artigos 25 e 27 sobre as medidas aflitivas sancionam somente as normas em matéria de penas e medidas de segurança.

Em uma fundamental sentença de 1964, a Corte Constitucional afirmou: “[o] princípio segundo o qual o ordenado e pacífico desenvolvimento das relações sociais deve ser garantido por, além do sistema das normas repressivas de fatos ilícitos, também por um sistema de medidas preventivas contra o perigo de virem a ocorrer no futuro”. Portanto o juiz legal considerou as disposições da Lei de 1956 compatíveis com a Constituição italiana, notadamente com o princípio da legalidade, ao qual se refere o Artigo 13 relativamente à liberdade pessoal e o Artigo 25, parágrafo 3, em relação às medidas de segurança⁹²⁰.

919 O silêncio dos pais constituintes da República italiana foi intencional. Tinham em mente o precedente uso de tais medidas por parte do regime fascista como instrumentos de repressão política (vejam-se Fiandaca, “Medidas de prevenção (fundamentos constitucionais)”, in *Dig. Pub.* IX, 1994, e a voz “*Medidas de prevenção*”, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Torino, 1994; Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; assim como Amato, “*Commento all'Artigo 13*, in Branca (ed.) *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1977).

920 Veja-se a sentença da Corte constitucional n. 23 de 1964 que rejeitou a questão da legitimidade constitucional do Artigo 1 da Lei de 1956 com relação aos Artigos 13, 25 e 27 da Constituição italiana.

Em outras decisões, a Corte Constitucional da República italiana foi menos precisa e examinou os recursos à luz dos Artigos 13 e 25 em geral, sem especificar se estivesse tratando do aspecto relativo aos delitos ou àquele relativo às medidas de segurança. De todo modo, a *Consulta* sempre teve uma abordagem mais flexível

no exame da observância do princípio de legalidade em relação às medidas de prevenção, mais do que em relação às disposições de direito penal *stricto sensu*. Em uma afirmação elíptica, fixou o critério de precisão das disposições que disciplinam as medidas de prevenção, o que não significa menor rigor, mas rigor diverso em relação ao critério requerido pelas disposições de direito penal⁹²¹.

A Corte Constitucional considerou, inclusive, que as medidas de prevenção não violavam o princípio da presunção de inocência. O raciocínio é bizarro. Os juizes do *Palazzo della Consulta* sustentaram que a presunção de inocência não se aplicava às medidas de prevenção, porquanto estas não se baseavam na culpa e não se baseavam na responsabilidade penal da pessoa. Todavia consideraram atualmente que as medidas de prevenção penal não prescindiam nem de tal princípio, dado que “simples suspeitas” baseadas em “avaliações puramente subjetivas e incontrolláveis” não teriam sido suficientes para a aplicabilidade de tais medidas⁹²². O legislador reagiu a tal jurisprudência com a Lei 327/1988, que aboliu duas categorias de pessoas suspeitas na Lei de 1956 – de um lado, “os ociosos e os vagabundos habituais aptos ao trabalho” e, de outro, aqueles que desenvolvem habitualmente outras atividades contrárias à moral pública e aos bons costumes” – e requereu que as três categorias restantes de pessoas às quais era aplicável a Lei devessem ser determinadas “com base em elementos factuais concretos”.

3. Do ponto de vista constitucional, de 1964 na Itália não mudou nada no que diz respeito à compatibilidade do regime das medidas de prevenção penais com a Constituição. É verdade que, sucessivamente, o juízo legal encontrou em algumas ocasiões também violações à Constituição, em relação a questões muito específicas⁹²³. Conforme indicado na sentença da Grande Câmara, em 1970 a Corte Constitucional julgou que os interessados deveriam ter sido assistidos por um defensor no curso do procedimento relativo à aplicação de tais medidas. Em

921 O inteiro teor pertinente da sentença de 1964 recita: “nella descrizione delle fattispecie (di prevenzione) il legislatore debba normalmente proceder con diversi criteri da quelli con cui procede nella determinazione degli elementi costitutivi di una figura criminosa, e possa far riferimento anche a elementi presuntivi, corrispondenti, però, sempre, a comportamenti obiettivamente identificabili. Il che non vuol dire minor rigore, ma diverso rigore nella previsione e nella adozione delle misure di prevenzione rispetto alla previsione dei reati e dalla irrogazione delle pene”.

922 Com relação aos pontos 2, 3 e 4 do Artigo 1 da Lei de 1956, a sentença da Corte Constitucional n. 23 de 1964 excluiu a possibilidade que “le misure di prevenzione possano essere adottate sul fondamento di semplici sospetti”, exigindo que “una oggettiva valutazione di fatti da cui risulti la condotta abituale e il teore di vita della persona o che siano manifestazioni concrete della sua proclività al delitto, e siano state accertate in modo da escludere valutazioni soggettive e incontrollabili da parte di chi promuove o applica le misure di prevenzione”.

923 Vejam-se os parágrafos 53-56 da sentença.

1980 constatou-se que a lei não definia em modo suficientemente detalhado uma das categorias de pessoas interessadas nas medidas, ou seja, “aqueles que, pelas manifestações a que deram causa, tenham dado um motivo bem fundado para se deduzir que estejam propensos a cometer delitos”. Em 2010 considerou que o fato de a pessoa interessada não ter a possibilidade de pedir uma audiência pública no âmbito do processo relativo à aplicação de medidas de prevenção, em primeiro grau ou em apelo, era inconstitucional. No entanto, a essência do Regime de 1956 permaneceu inalterada com o parecer favorável dos juízes do *Palazzo della Consulta*.

4. Na verdade as medidas de prevenção pessoais foram aplicadas de acordo com a Lei de 1956 a pessoas suspeitas de delitos antes de terem sido condenadas e em caso de absolvição⁹²⁴ ou de sentença de absolvição pronunciada conforme o Artigo 530, parágrafo 2, do Código de Processo Penal por insuficiência ou contradição de provas⁹²⁵. Não obstante a separação formal entre o processo penal, disciplinado pelo Código de Processo Penal, e o procedimento para a aplicação das medidas de prevenção, disciplinado pela Lei de 1956, as provas obtidas no primeiro procedimento, poderiam ser utilizadas no segundo enquanto indicativas da necessidade de medidas de prevenção penais⁹²⁶. Isso permitia, obviamente a instrumentalização de medidas de prevenção penais com a finalidade de “punir” aqueles que haviam sido absolvidos das acusações no curso do processo penal. Dadas as circunstâncias, as medidas de prevenção penais não eram nada além que uma pena de “segunda classe”, penas baseadas em suspeitas (penas da suspeita)⁹²⁷. Até mesmo depois da reforma ter sido aprovada pela Lei n. 327/1988, uma *probatio minus plena*⁹²⁸ era suficiente para colocar as pessoas sob o radar do sistema da justiça penal, com o seu arsenal de medidas restritivas previstas na Lei de 1956.

5. O pior é que as medidas de prevenção penal a que se refere a Lei de 1956, eram substancialmente altamente dessocializantes, em consequência das rigorosas restrições impostas à vida pessoal, profissional e social, do suspeito,

924 Vejam-se *Labita c. Italia* [GC], n 26772/95, parágrafo 195, CEDU 2000 IV; *Raimondo c. Italia*, 22 de fevereiro de 1994, parágrafo 39, *Serie A n 281-A*; e *Ciancimino c Italia*, n 12541/86, decisão da comissão de 27 de maio de 1991, *Decisions and Reports 70*. Na jurisprudência interna vejam, por exemplo, Corte de Cassação, Seções Unidas, 03 de julho 1996, Simonelli, e Corte de Cassação, Seção 1, 17 de janeiro de 2008, n 6613. Entre 2005 e 2013 tais medidas de prevenção foram aplicadas a 30.511 pessoas, de acordo com os dados estatísticos contidos no fascículo. Não obstante tenha sido requerido o fornecimento de informações sobre o número de pessoas absolvidas no curso dos procedimentos penais, o Governo não forneceu as informações pedidas.

925 Corte de Cassação, Sessão I, 28 de abril de 1995, *Lupo*.

926 Vejam-se *Labita*, cit. Parágrafo 196, e *Ciancimino*, cit. Na jurisprudência interna, vejam-se, por exemplo, Corte de Cassação, Sessão II, 20 de abril de 2013, n. 26774.

927 – Curso, “Perfis Constitucionais das medidas de prevenção: aspectos teóricos e prospectivos de reforma”, em AA.VV., *La legge antimáfia tre anni dopo, Milano, 1986*

928 Veja-se, entre numerosos outros precedentes, Corte de Cassação, Sessão VI, de 19 de janeiro de 1999, Consulado que especifica que os requisitos probatórios do qual ao Artigo 192, parágrafo 2, do Código de Processo Penal não se aplicam aos procedimentos relativos à aplicação de medidas de prevenção.

além da privação da liberdade em parte do dia. Tinham um caráter intrinsecamente anti-ressocializante. Isso, por sua vez, aumentava a probabilidade de que a pessoa suspeita cometesse crimes quando violava o regime das restrições impostas, dado que tal violação era por si punível como delito e comportava uma severa pena detentiva. Portanto, como afirmou justamente Bricola no longínquo 1974, o resultado da aplicação das medidas pessoais destinadas à prevenção do delito era o cometimento de novos delitos, que forneciam uma base jurídica para o exercício da ação penal, contra as pessoas que não puderam inicialmente serem processadas por falta de provas⁹²⁹. De fato, a tortuosa lógica da Lei de 1956, tinha efetivamente um elevado potencial criminógeno⁹³⁰. Além do caráter anti-ressocializante, tais medidas tinham também um efeito discriminatório, dado que, por lei a sua aplicação era considerada um fator agravante no contexto da pena prevista por vários delitos⁹³¹. De fato, tal agravante era totalmente estranha à matéria do delito de base, e, portanto, o fator agravante era devido exclusivamente à rotulagem negativa atribuída pelo legislador às pessoas submetidas a medidas de prevenção⁹³². Entre os numerosos efeitos pessoais negativos de tais medidas havia o efeito intrinsecamente desonroso, que tinha consequências não somente do ponto de vista sociológico, *mas* também pela aplicação da lei.

6. Além disso o acúmulo de medidas de prevenção pessoais e sanções penais não era limitado sequer pelo princípio do *ne bis in idem*, em consideração ao dito princípio da compatibilidade lógica de ambas, que a jurisprudência havia extraído de algumas disposições da lei⁹³³. A lei favorece de fato tal jurisprudência. O Artigo 166, parágrafo 2, do Código Penal permite a aplicação de medidas de prevenção mesmo no caso de suspensão da pena estabelecida com sentença penal, se for possível adquirir outras provas *aliunde*⁹³⁴. Em consequência ao já supramencionado princípio de compatibilidade lógica, as medidas de prevenção foram juntadas também a uma condenação emitida no âmbito de uma sentença de pactuação⁹³⁵ ou a uma condenação à prisão perpétua⁹³⁶.

929 – Bricola, “Formas de tutela “*ante delictum*” e perfis constitucionais da prevenção”, em AA.VV., *Le misure di prevenzione, Atti del Convegno C.N.P.D.S.*, 26-28.4 1974, Milano, 1975

930 Veja-se Balbi, “*Le Misure di Prevenzione Personali*”, contribuição ao Encontro anual da Associação Italiana de docentes do direito penal, 18 de novembro de 2016, Milão, p.5. Veja-se além Gallo “*Misure di prevenzione*”, em *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990, vol XX e Guerrini e outros, *Le Misure di Prevenzione*, Padova, 2004.

931 Por exemplo, o Artigo 644 do código penal: “*As penas a que se referem o primeiro e segundo parágrafo são aumentadas de um terço para a metade. ... se o crime for cometido por pessoa submetida com a medida disciplinar definitiva à medida de prevenção da vigilância especial durante o período previsto da aplicação e até três anos, a partir do momento em que cessou a execução*”

932 Veja Balbi, acima citado, p 12

933 Corte de Cassação, Seção I, 10 de fevereiro de 2009, MM

934 Corte de Cassação, Sessão I, n. 6285/97

935 Corte de Cassação Sessão I, 16 de abril de 1998, Castellano.

936 Corte de Cassação Sessões Unidas, 25 de março de 1993, n. 6, dep. 14 de Julho de 1993, imp. Tumminelli, Rv. 194062.

7. O efeito punitivo das medidas de prevenção a que se refere a Lei de 1956, foi exacerbado pela sua aplicação enquanto os procedimentos penais ainda estavam em andamento, com base nos fatos examinados no âmbito de tais procedimentos. Neste contexto, as medidas de prevenção eram destinadas a eludir os requisitos temporais mais rigorosos solicitados para a aplicabilidade de medidas cautelares, segundo as normas ordinárias do processo penal⁹³⁷. Na prática a intercambialidade entre as medidas de prevenção e as medidas cautelares, que têm caráter, regime e efeitos diversos, tornou-se um truque da lei contido nos livros²¹. Em processos penais pendentes, as medidas de prevenção a que se refere a Lei de 1956 desenvolveram, na realidade, para a polícia e os procuradores, a função de uma poderosa “moeda de troca” endoprocessual. Falando claramente, o ascendente tático da polícia e do Ministério Público era enormemente potencializado pela utilização das medidas de prevenção, como meio com o qual exercer pressão sobre um imputado presumivelmente inocente, a fim de que colaborasse no âmbito do processo penal em curso.

8. Enfim, as medidas de prevenção pessoais abandonaram o princípio da responsabilidade pessoal das ações. Nas palavras de Elia, o juízo preventivo “desqualifica socialmente uma pessoa, sem antes desqualificar um fato” (um juízo com o qual se desqualifica socialmente uma pessoa, sem antes poder desqualificar um fato)⁹³⁸. De fato, as medidas a que se refere a Lei de 1956 eram aplicáveis *ante o praeter delictum*. Sendo baseadas em um juízo altamente indeterminado e probabilístico sobre a futura conduta do suspeito. (*Prius ergo est suspicio*)⁹³⁹, miravam o suspeito prescindindo das provas de um crime precedente, com base em presumidas “tipologias de delinquentes” (tipologias de autor). Neste contexto a garantia de um controle jurisdicional não era mais que uma ilusão⁹⁴⁰. A Lei de 1956 tornou-se o instrumento de uma política penal baseada no Tater-Typus que traiu a regra fundamental formulada tão eloquentemente por Bettiol para o direito penal: *Im Anfang ist die Tat*⁹⁴¹.

B. A burla de etiquetas no contexto das medidas de prevenção (parágrafos 9-11)

9. Até este momento, Estrasburgo forneceu uma escassa ajuda para contestar esta “errada etiquetagem da realidade” (burla de etiquetas). Quando avaliou

937 A revogação das medidas cautelares por ausência de graves indícios de culpa requeridos pelo Artigo 273 do código de processo penal não é impedimento para a aplicação de medidas de prevenção pessoais (Corte de Cassação, Seção I, n 5760/99 Iorio) ²¹ Veja-se Balbi, supracitado, p. 17.

938 Elia, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milão, 1962, e” Liberdade pessoal entre o Artigo 13 e o Artigo 25 da Constituição”, In Giur.Cost. 1964, Petrini *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996, e Moccia, “*La lotta alla criminalità organizzata*”, in Vallefuoco e Gialanella (eds.) *La difficile antimáfia*, Roma, 2002.

939 Tradução “No início há um suspeito”. A expressão provém do processo penal medieval. Veja-se, Balbi acima citado, p 17.

940 Amodio, “*Il processo di prevenzione: l'illusione della giurisdizionalità*”, in Giust. Pen., 1975, III. in Giust.pen, 1975, III.

941 Tradução “No início há o ato” Veja-se Bettiol, “O problema penal” 1945, em *Scritti Giuridici*, I p 678

a compatibilidade das medidas de prevenção com a Convenção, a Corte concentrou a sua atenção no procedimento para a sua aplicação, no curso do qual era avaliada a periculosidade da pessoa interessada, examinando se foram respeitados os direitos de defesa⁹⁴². Como será demonstrado em seguida, sucessivamente à embrionária sentença *Guizzardi c. Itália*⁹⁴³, a Corte sempre evitou uma análise aprofundada das características substanciais das medidas de prevenção a que se refere a Lei de 1956, sustentando meramente a sua legitimidade. A mais recente oportunidade que teve desenvolver tal exercício foi na causa *S.M. c Itália*, mas não aproveitou tal oportunidade, declarando o recurso inadmissível por maioria⁹⁴⁴.

10. Além disso, segundo a corte, a anulação de uma medida de prevenção por parte da Corte de apelação não incide enquanto tal sobre a legitimidade da ingerência durante o período anterior, dado que a decisão do Tribunal de primeiro grau foi *prima facie* válida e efetiva até o momento em que foi anulada pelo juiz do grau superior²⁹. Além disso, considerou-se que a inobservância do termo previsto pela lei não teria causado o rompimento do justo equilíbrio⁹⁴⁵.

11. A Corte considerou constantemente também que a exclusão da publicidade em um procedimento para a aplicação de medidas de prevenção patrimoniais, constituía violação do Artigo 6 parágrafo 1 da Convenção⁹⁴⁶. Porém até este momento não existia nenhuma jurisprudência similar, em matéria de medidas de prevenção pessoais. Em uma palavra, até este momento a Corte não assegurou as garantias mínimas de legalidade substancial e equidade processual no campo altamente invasivo das medidas de prevenção pessoais. A presente sentença modifica tal curso.

III – GARANTIAS SUBSTANCIAIS EM RELAÇÃO A MEDIDAS DE PREVENÇÃO (PARÁGRAFOS 12 31)

A. Aplicabilidade do Artigo 5 da Convenção (parágrafos 12-20)

12. A queixa do recorrente a que se refere o Artigo 5, é que ele foi submetido à privação da liberdade arbitrária e excessiva. Para determinar se é aplicável o Artigo 5 da Convenção, a Corte deve aplicar os critérios expostos na sentença

942 Vejam-se *Raimondo, Labita* ambas citadas acima e *Vito Sante Santoro c. Italia*, n 36681 /97, CEDU 2004 VI.

943 *Guizzardi c. Italia*, 6 de novembro de 1980 Série A n 39

944 *S.M. c. Italia* (dec.), n 18675/09, 8 de outubro de 2013.

²⁹ *Ibid.*, parágrafo 26.

945 *Ibid.*, parágrafo 27.

946 Vejam-se *Bocellari e Rizza c. Italia*, 399/02, capítulos 34- 41, 13 de novembro de 2007; *Perre e altri c. Italia*, n 1905/05 parágrafos 23-26, 8 de julho de 2008; *Bongiorno e altri c. Italia*, n.4514/07, parágrafos 27 -30, 5 de janeiro de 2010; *Leone c. Itália* n 30506/07, parágrafos 2629, 2 de fevereiro de 2010; e *Capitani e Campanella c. Itália*, n 24920/07, parágrafos 26-29, 17 de maio de 2011.

*Guizzardi c. Itália*⁹⁴⁷. Para determinar se uma pessoa foi “privada de liberdade”, de acordo com o Artigo 5, o ponto de partida deve ser a situação específica do recorrente e deve-se levar em consideração uma série de fatores tais como: a duração, os efeitos e as modalidades de atuação da medida em questão. A diferença entre a privação da liberdade e a restrição da liberdade refere-se ao grau ou a intensidade, e não ao caráter ou a substância³³. Além disso, na avaliação da natureza das medidas de prevenção previstas pela Lei de 1956 essas devem ser³⁴ examinadas “cumulativamente e conjuntamente”³⁵.

A Corte entende que a necessidade de levar em conta o “tipo” e “as modalidades de atuação” da medida em questão permite-lhe considerar o contexto específico e as circunstâncias que acompanham tipos de restrição diversos do paradigma da reclusão em uma cela.

13. Na causa *Guzzardi*, a Corte foi chamada a examinar as medidas de prevenção pessoais aplicadas ao recorrente. Julgou que o recorrente foi privado da liberdade e que houve uma violação ao Artigo 5. O recorrente, que era suspeito de pertencer a um “bando de mafiosos” foi obrigado a viver em uma ilha dentro de uma zona (não cercada) de 2,50 metros quadrados, principalmente junto a outras pessoas que se encontravam em uma situação análoga, e ao pessoal da vigilância.

A obrigação de viver em uma ilha era acompanhada de outras restrições análogas às medidas impostas aos recorrentes das causas supramencionadas³⁶.

14. Todas as outras causas examinadas sucessivamente foram similares à causa *Guzzardi* porque as restrições impostas eram análogas: apresentar-se uma vez por semana à autoridade de segurança pública responsável pela vigilância; buscar um trabalho dentro de um mês, não mudar de endereço, levar uma vida honesta, de respeito às leis, e não dar nenhuma razão para suspeitas, não se associar a pessoas que tenham sido condenadas, ou tenham sido submetidas a medidas de prevenção ou de segurança, não regressar em casa após as 22 horas ou não sair de casa antes das 6 horas, exceto em caso de necessidade ou depois de ter comunicado tempestivamente às autoridades, não ter ou portar armas, não se deter em bares, salas de jogo ou casas de prostituição e não participar de reuniões públicas.

15. Tal jurisprudência é contraditória. Por um lado, na causa *Guzzardi* a Corte considerou que as medidas de prevenção aplicadas ao recorrente conforme a Lei de 1956 implicassem em privação da liberdade. Por outro, nas causas italianas sucessivas à causa *Guzzardi*, começando pela infeliz sentença da causa *Rai-*

⁹⁴⁷ *Guizzardi*, cit., parágrafo 95.

mondo, a Corte julgou que as medidas em questão não constituíam uma privação da liberdade, mas meramente uma restrição da liberdade de circulação⁹⁴⁸⁹⁴⁹. Sou de opinião que a Corte deva voltar aos princípios fundamentais da abordagem relativa à causa *Guzzardi*, como reafirmado explicitamente na causa *Ciulla*³⁹.

16. Em minha opinião, uma comparação das medidas aplicadas aos respectivos recorrentes das causas *Guizzardi* e *De Tommaso* demonstra quanto segue: os recorrentes de ambas as causas foram submetidos a restrições análogas. Embora o recorrente do caso em questão, diferentemente do recorrente da causa *Guizzardi*, não tenha sido obrigado a viver em uma ilha, uma zona (não cercada) de 2,50 metros quadrados, o acúmulo e a combinação das medidas aplicadas no caso em questão implicam em privação - e não simplesmente restrição - da liberdade, especialmente em consideração à obrigação de não voltar para casa depois das 22 horas e de não sair de casa antes das 6 horas. Na prática a obrigação permaneceu em vigor por 221 dias juntamente com as seguintes e adicionais obrigações: viver em uma determinada cidade; apresentar-se uma vez por semana às autoridades da segurança pública responsável pela vigilância; não se associar a pessoas que tenham sido condenadas e que estivessem submetidas a medidas de prevenção ou de segurança; não ter, nem portar armas; não se deter em bares, salões de jogos e lugares onde se exerce a prostituição; não participar de reuniões públicas de qualquer gênero; e viver honestamente. Por último o recorrente era também submetido a uma restrição relativa às comunicações telefônicas.

17. Todavia, no caso em questão - à diferença do quanto acontecido na causa *Guzzardi*, na qual o recorrente deveria comunicar antecipadamente às autoridades o número telefônico e o nome da pessoa para a qual telefonava ou que lhe telefonava, cada vez que desejava efetuar ou receber uma chamada interurbana- o recorrente não podia usar telefones celulares ou meios de comunicação eletrônica, medida que obviamente tornava sua situação ainda pior.

18. Dito isso, deve-se destacar que a superfície do lugar no qual o recorrente deve viver, não constitui a única base para considerar que o Artigo 5 seja aplicável. Referente à “situação concreta”⁹⁵⁰ do recorrente, observo que o provimento que dispunha sobre a obrigação de permanência foi aplicado ao recorrente durante 221 dias (de 04 de julho de 2008 até 04 de fevereiro de 2009), portanto

948 Na base da presente jurisprudência da Corte está um trecho da sentença *Raimondo* (parágrafo 39), que simplesmente afirmou, sem nenhuma tentativa de fornecer uma justificativa, que estas medidas deveriam ser consideradas restrições da liberdade de circulação a que se refere o Artigo 2 do Protocolo n.4 e “não constituíam uma privação da liberdade de acordo com o Artigo 5 parágrafo 1 da Convenção”, citando⁹ a sentença *Guzzardi* c. Itália, acima citada, p. 33 parágrafo 92”, ignorando todo o sucessivo raciocínio da sentença *Guzzardi*, que havia chegado à exata oposta conclusão: A Corte deduz, considerando tudo, que o caso de espécie deva ser considerado como uma causa relativa à privação da liberdade.”

949 *Ciulla* c. *Italia*, 22 de fevereiro de 1989 capítulo 40 serie A n. 148. Tal causa remeteu uma disposição em matéria de detenção provisória, que foi sucessivamente revogada. Além disso, observo que tal abordagem foi confirmada também *mutatis mutandis* em um recente recurso alemão (veja-se *Ostendorf* c. *Germania* n. 15598/08, 07 de março de 2013)

950 Veja-se *Guizzardi*, cit., parágrafo 92.

1768 horas (221 dias x 8 horas por dia). Em tal contexto, dever-se-ia chamar a atenção para o fato de que a jurisprudência da Corte é abundante em matéria de situações nas quais a privação do direito à liberdade durou por muito menos tempo de quanto aconteceu no caso em questão⁹⁵¹⁹⁵².

19. Além disso, é também útil remeter à jurisprudência da Corte em matéria de detenções domiciliares. À luz do caso *Buzadji*, as detenções domiciliares constituem uma forma de privação da liberdade no sentido do Artigo 5 da Convenção⁹⁵³. As detenções domiciliares constituem a proibição do acusado de afastar-se da própria habitação sem a autorização das autoridades competentes. De acordo com o Artigo 284 do Código de Processo Penal, é regra a pessoa interessada não poder se afastar da própria residência enquanto se encontra em detenção domiciliar. O juiz pode, todavia, autorizar o acusado a sair de casa para exercer uma atividade laborativa ou para prover a outras indispensáveis exigências de vida” A disposição não especifica a quantidade de horas que a pessoa pode transcorrer fora de casa, deixando tal determinação para discricção do Juiz. A disposição sobre detenção domiciliar (Artigo 47 ter parágrafo 4 da Lei n. 354/1975) remete ao acima mencionado Artigo 284 para o regime que disciplina a pena. A violação destas disposições é punível, de acordo com o Artigo 385 do código penal, que prevê a pena de reclusão de até um ano, e em casos em que foi usada a violência, a reclusão de até cinco anos. Em essência no caso em questão a situação não era diferente. O recorrente não estava livre para sair de casa das 22 às 6 horas, sem dar “tempestiva notificação” às autoridades de segurança pública, e somente em casos de “comprovada necessidade”. A inobservância de tal obrigação jurídica poderia ser punida com a pena de reclusão de até cinco anos.

20. O Artigo 5 é, portanto, aplicável a esta forma de privação da liberdade, como nas causas *Guzzardi e Ciulla* (ambas acima citadas). Haveria uma “equivocada etiquetagem da realidade” (burla de etiquetas) se se considerasse que o Artigo 5 parágrafo 1 não fosse aplicável às medidas previstas pela Lei de 1956, em consideração ao seu caráter extremamente invasivo em termos de restrições da liberdade, seja em geral, que no caso em questão.

951 Compare-se com onze horas no caso *Quinn c. Francia*, 22 de março de 1995, parágrafo 42 serie A n. 311; doze horas no caso *Labita*, cit., parágrafo 166; três dias no caso *Mancini c. Italia*, n.44955/98, parágrafo 25, CEDU 2001 IX; e seis meses no caso *Brand c. Paesi Basí*, n. 49902/99, parágrafo 60, 11 de maio de 2004. Por outros breves períodos de privação da liberdade, vejam-se *Murray c. Regno Unito*, 28 de outubro de 1994, parágrafos 49 e ss., Serie A n. 300-A, referente à custódia em um centro militar por menos de três horas para interrogatório; *Novotka c. Slovacchia* (dec.) n.47244/99, 4 de novembro de 2003, referente a uma hora transcorrida detido pela polícia *Shimovolos c. Russia*, 30194/09 parágrafos 49-50, 21 de junho de 2011 referente ao interrogatório detido pela polícia durante quarenta e cinco minutos; veja-se também *Witold Litwa c. Polonia*, n.26629/95, parágrafo

952 . CEDH 2000 III, referente à internação por seis horas e meia em um centro para alcoólatras.

953 *Buzadji c. Moldova* [GC] n. 23755/07, S 104, CEDH 2016

B. Aplicação do Artigo 5 ao caso em questão: ausência de motivos de privação da liberdade previstos pela Convenção (parágrafos 21-31)

21. Subscrevo completamente a avaliação da Grande Câmara relativa à falta de qualidade da lei em exame, seja em relação aos sujeitos aos quais poderiam ser aplicadas as medidas (Artigo 1 da Lei de 1956) que em relação às próprias medidas (Artigos 3 e 5 da Lei de 1956).

22. Os louváveis esforços empreendidos pela Corte Constitucional Italiana para restringir a amplitude dos conceitos utilizados em tais disposições não a salvam da culpa pela falta de clareza. O cidadão comum não poderia prever quais formas particulares de comportamento poderiam estar contidas na pertinente disposição da Lei de 1956 e qual medida específica seria aplicada à sua conduta, simplesmente porque a Lei era formulada em termos amplos demais, e era caracterizada por conceitos vagos e indeterminados, que por vezes tinham um tom moralista. Dado que a Lei não estabelecia uma relação clara e previsível entre formas particulares de conduta e medidas penais específicas, era deixada excessiva discricionariedade à polícia e aos procuradores⁹⁵⁴.

23. Mas o problema não termina aqui. A Grande Câmara deveria ter ido mais a fundo na sua análise. Além da falta de qualidade da Lei, a privação ao direito à liberdade *ante o praeter delictum* com a finalidade de prevenção dos crimes, não se concilia com nenhum dos motivos expostos exaustivamente no Artigo 5 parágrafo 1 da Convenção.

24. Repito quanto já declarado em modo muito convincente na sentença *Guzzardi*: o decreto que estabelecia a obrigação de permanência e a condição que o recorrente permanecesse em casa durante oito horas ao dia, com a finalidade de prevenção de delitos não podem ser considerados incluídos em nenhuma das situações elencadas exaustivamente no Artigo 5 parágrafo 144.

25. O Artigo 5 parágrafo 1, letra a), da Convenção não se aplica⁴⁵. O decreto que dispunha sobre a obrigação de permanência imputada ao recorrente não representava a pena por um crime específico, mas sim uma medida de prevenção adotada enquanto existiam fortes indícios de inclinação ao crime. Não havia natureza de detenção que “segue e depende” ou “acontece “em seguida a uma condenação⁴⁶.

954 *La Legge-delega* n.136 de 13 de agosto 2010 exigia que as categorias de pessoas às quais aplicadas as medidas devessem ser estabelecidas em base a “presupostos claramente definidos e particularmente considerada a existência de circunstâncias do fato” (“che venga definita in maniera organica la categoria dei destinatari delle misure di prevenzione personali e patrimonial, ancorandone la previsione a presupposti chiaramente definiti e riferiti in particolare all'esistenza di circostanze di fatto che giustificano l'applicazione delle suddette misure di prevenzione e, per le sole misure personali, anche alla sussistenza del requisito della pericolosità

26. O Artigo 5 parágrafo 1 letra b), da Convenção não se aplica⁴⁷. A detenção do recorrente não foi o resultado da inobservância de uma decisão emitida por um tribunal⁴⁸ ou da necessidade de assegurar o cumprimento de uma obrigação específica estabelecida em lei⁴⁹.

27. O Artigo 5 parágrafo 1 letra c), da Convenção não se aplica⁵⁰. O Artigo 5 parágrafo 1, letra d), não se aplica⁹⁵⁵, visto que o recorrente não era menor de idade.

28. O Artigo 5 parágrafo 1, letra e), não se aplica⁹⁵⁶. O recorrente não se enquadra em nenhuma das categorias mencionadas em tal dispositivo.

29. Por último, o Artigo 5 parágrafo 1 letra f), aqui não é sequer pertinente⁹⁵⁷.

30. Em resumo, a privação da liberdade do recorrente deve ser rejeitada por dois motivos principais: em primeiro lugar não era compatível com o princípio de legalidade previsto no Artigo 5 parágrafo 1 da Convenção, e em segundo lugar não estava coberta por nenhuma das previsões excepcionais do Artigo 5 parágrafo 1 letras a-f). A sentença da Corte tratou somente do primeiro aspecto. A meu ver, era imperativo que a Corte fosse além e enfrentasse a delicada questão da compatibilidade com a Convenção da privação do direito à liberdade *ante o praeter delictum*, com a finalidade de prevenção dos crimes. Em função do que foi apresentado acima a conclusão é imperativa: a Convenção não prevê hipótese de privação à liberdade *ante o praeter delictum* com a finalidade da prevenção dos delitos.

PARTE II (PARÁGRAFOS 32-58)

IV. GARANTIAS PROCESSUAIS EM RELAÇÃO ÀS MEDIDAS DE PREVENÇÃO (PARÁGRAFOS 32-48).

A. Aplicabilidade do Artigo 6 parágrafo 1 (aspecto penal) da Convenção (parágrafos 32-43)

31. Segundo a jurisprudência *Engel e altri*⁹⁵⁸, os critérios pertinentes para a aplicabilidade do aspecto penal do Artigo 6 são a qualificação jurídica do delito em questão na legislação nacional, a efetiva natureza do delito e a natureza e o

955 Veja-se *Guizzardi*, cit., parágrafo 103.

956 *Ibid.*, parágrafo 98.

957 *Ibid.*, parágrafo 103.

958 *Engel e altri*, cit., parágrafos 82-83.

grau da severidade da pena que pode ser infligida ao interessado. Tais critérios são, além disso, alternativos e não cumulativos: para que se aplique o Artigo 6 em atenção às palavras “acusação penal”, é suficiente que o delito em questão deva ser por sua natureza “penal” do ponto de vista da Convenção, ou deva ter comportado que, ao interessado possa ser aplicada uma sanção que, por causa da sua natureza e do grau de severidade, pertença em geral à esfera “penal”. Isso não impede uma abordagem cumulativa, se por acaso a análise distinta de cada um dos critérios não permita chegar-se a uma clara conclusão sobre a existência de uma “acusação penal”⁹⁵⁹.

32. Diversos argumentos são favoráveis à conclusão de que, à luz dos supramencionados critérios, as várias medidas de prevenção de que trata a Lei de 1956 são medidas penais. Em primeiro lugar, as medidas de prevenção pessoais a que se refere a Lei de 1956 eram baseadas em uma “acusação penal” de acordo com a Convenção. A acusação consistia na imputação de uma conduta perigosa ou de uma personalidade perigosa que induzia a se suspeitar de uma futura atividade criminosa. Como sublinhado na causa *Deweer*⁹⁶⁰, a Corte deve avaliar se “a situação da [pessoa suspeita] tenha sofrido repercussões substanciais” Isso corresponde inteiramente à situação da Lei de 1956, enquanto a pessoa interessada por tal procedimento tornou-se um “suspeito” (veja-se a linguagem correspondente no Artigo 4 da Lei: suspeitos, Artigo 5: a pessoa suspeita de viver e de não dar motivos para suspeitas).

33. Em segundo lugar, logo que era instaurado o procedimento de acordo com a Lei de 1956, o suspeito poderia ser submetido a restrições temporárias dos seus direitos, conforme a norma do Artigo 6 da Lei.

34. Em terceiro lugar, se as suspeitas foram confirmadas por uma sentença, a pessoa suspeita poderia ser submetida a medidas altamente restritivas que incidiam sobre uma alta gama de liberdades fundamentais, por um período que poderia durar até cinco anos. Tal termo poderia ser posteriormente ampliado, se a pessoa suspeita cometesse um delito no curso do período em que estivesse submetida a vigilância especial, conforme o Artigo 11 da Lei de 1956. A severidade de tais medidas era incontestável.

35. Em quarto lugar, como questão de princípio, a própria Corte Constitucional considera que as medidas de prevenção previstas pela Lei de 1956 sejam de natureza penal, do mesmo modo que as medidas de segurança. A própria Corte Constitucional observou há muito tempo “*O fundamento comum e a finalidade*

959 Vejam-se *Jussila c. Finlândia* [GC], n. 73053/01, parágrafo 30, 31 CEDH, 2006-XIII, e *Zaicevs c. Letônia*, n. 65022/01, parágrafo 31, julho de 2007.

960 *Deweer c. Bélgica*, 27 de fevereiro de 1980, parágrafo 46, Série A n. 35.

comum” das medidas de segurança e das medidas de prevenção, em sua sentença n.68 de 1964⁹⁶¹ Com a sentença n. 177 de 1980, a Corte Constitucional comparou as medidas de prevenção pessoais entre as quais a Lei de 1956 às medidas de segurança previstas pelo código penal, como se fossem “dois casos de um único *genus*”⁹⁶². Consequentemente, a Corte aplica a essas, as garantias dos princípios da legalidade e da presunção de inocência⁹⁶³. Todavia, como as medidas de segurança, as medidas de prevenção não são limitadas pelo princípio da proibição da retroatividade da lei⁹⁶⁴.

37. Em quinto lugar, tais medidas tinham uma finalidade de prevenção geral e especial, como qualquer sanção penal comum. Na prática se baseavam também sobre o caráter socialmente reprovável da conduta do suspeito, fator que constitui similarmente a base de qualquer sanção penal. Os estudiosos italianos do direito evidenciaram sempre o estreito nexó entre as medidas de prevenção pessoais e o direito penal e os seus fins⁹⁶⁵.

38. Em sexto lugar, a violação das medidas penais previstas pela Lei de 1956 era punível com a pena de reclusão de até cinco anos⁹⁶⁶. O caráter altamente repressivo das medidas de prevenção foi piorado pelo fato de que a aplicação de tais medidas era considerada um fator agravante no âmbito da condenação por vários delitos previstos pelo código penal.

39. Em sétimo lugar, o Artigo 7 da Lei de 1956 previa que as disposições gerais de que tratam os Artigos 636 e 637 do código de processo penal, que disciplinam o processo penal, eram aplicáveis também às medidas de prevenção pessoais. A própria Corte constitucional admitiu com a sentença n.306 de 1997 que apesar das diferenças que separavam o processo penal ordinário daquele concernente às medidas de prevenção: “este último vem sendo moldado na forma do primeiro” A notificação de audiência relativa ao procedimento concernente as medidas de prevenção assemelhava-se a uma verdadeira e própria *vocatio in indicium*, similar ao decreto de citação em um ordinário procedimento penal, e

961 Pelos Artigos 10 e 12 parágrafo 3 da Lei de 1956 poder-se-ia inferir o princípio de que uma medida de segurança prevaleceria sobre uma medida de prevenção, quando ambas fossem aplicadas, mas, em algumas circunstâncias, estas poderiam ser aplicadas conjuntamente (Corte de Cassação, Sessão I, 17 de fevereiro de 2011, *Macri*).

962 A etapa pertinente é a seguinte: “l’applicazione delle misure di sicurezza personali, finalizzate anche esse a prevenire la commissione di (ulteriori) reati (e che non sempre presuppongono la commissione di un precedente reato; Artigo 49, segundo e quarto parágrafos e Artigo 115, secondo e quarto parágrafo del Codice Penale) talché possono considerarsi una delle due species di un unico genus”.

963 Veja-se as supracitadas sentenças nn. 23/1964 e 177/1980 da Corte Constitucional.

964 Corte de Cassação Sessão I, 17 de maio de 1984, n. 1193.

965 Veja-se, entre outros precedentes, Nuvolone, “La prevenzione nella teoria generale del diritto penale”, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1956; Piroddi, Le misure di prevenzione di pubblica sicurezza, 1971; Vassalli, “Misure di prevenzione e diritto penale”, in Studi in onore di B. Petrocelli vol, III, 1972.

966 Entre o 2005 e o 2014, 16.461 pessoas foram condenadas por violação das medidas de prevenção que foram aplicadas a elas, segundo informações estatísticas contidas no fascículo. Mesmo que requisitadas, o governo não forneceu informações sobre o número de pessoas condenadas a penas de detenção.

a decisão judicial que aplicava uma medida de prevenção assemelhava-se a uma verdadeira e própria sentença, que deveria conter as motivações⁹⁶⁷.

40. Em oitavo lugar, ainda que às medidas de prevenção patrimoniais se aplicassem as garantias de um público e devido processo, como já constatou a Corte nas causas *Bocellari e Rizza e Capitani e Campanella* (ambas acima citadas) essas deveriam ser aplicadas a *fortiori* às medidas de prevenção pessoais.

41. Em nono lugar, considerando a gravidade das medidas aplicáveis, seria inconcebível que os suspeitos em procedimentos de acordo com a Lei de 1956 não tivessem o direito de serem informados das acusações imputadas (Artigo 6 parágrafo 3, letra a), direito de dispor do tempo e das ferramentas necessárias para preparar a própria defesa, direito a se defender pessoalmente ou de apresentar provas em sua defesa (Artigo 6 parágrafo 3, letras b) e c)), e direito a ter a assistência de um defensor de sua própria escolha (Artigo 6 parágrafo 3 letra c)). Tais requisitos essenciais do processo penal são similarmente aplicáveis de acordo com a Lei de 1956: por exemplo, “o interessado pode apresentar observações e ser representado por um advogado” (sentença da Corte constitucional n.76/1970).

42. Em décimo lugar, a Corte considerou que as violações disciplinares estavam contempladas pelo aspecto penal do Artigo 6 da Convenção, em particular por causa da severidade da pena⁹⁶⁸. Em abstrato, as medidas aplicáveis aos procedimentos de que trata a Lei de 1956 eram mais severas que as usuais sanções disciplinares. As medidas de prevenção aplicadas ao recorrente confirmam tal avaliação geral. O aspecto penal do Artigo 6 deveria, portanto ser, a *fortiori* aplicável no caso em questão⁹⁶⁹.

43. Em função do que foi dito acima, as medidas de prevenção pessoais, previstas pela Lei de 1956, são de natureza penal. Estão satisfeitos todos os critérios tradicionais derivados da jurisprudência *Engel e altri*⁹⁷⁰. A presente causa reflete visivelmente a natureza excessivamente punitiva das medidas de prevenção a que se refere a Lei de 1956, na medida em que o rol de medidas aplicáveis é amplo demais e não exaustiva e a duração de sua aplicação é excessiva (cinco anos, todavia prorrogáveis) Além disso a ingerência nas liberdades fundamentais da pessoa suspeita é tão grave, que se tornam necessárias as garantias do aspecto penal do Artigo 6. A situação na Itália é particularmente crucial, dado que tais medidas poderiam ser aplicadas mesmo após a absolvição em um processo penal.

967 Cairo e Forte, *códice delle misure di prevenzione annotato*, Roma 2014, p.23.

968 Vejam-se *Engel e altri*, cit., parágrafo 85 *Campbell e Fell c. Regno Unito*, 28 de junho de 1984, parágrafo 73, Serie A, n. 80; *Ezeh e Connors c. Regno Unito* [GC] n. 39665/98 e 40086/98, parágrafo 130 CEDH 2003 XI/ e *mutatis mutandis*, *Dacosta Silva c. Spagna* n. 69966/01, capítulos 46-50 – CEDH 2006 XIII.

969 Na causa *Guizzardi* (cit. Parágrafo 108), a Corte considerou que o aspecto penal do Artigo 6 não seria aplicável, mas não examinou nenhum dos destaques supramencionados.

970 *Engel e altri*, cit., parágrafos 82-83.

B. Aplicação do Artigo 6 no caso em questão: ausência de audiência pública e de um devido processo (parágrafos 44-48)

44. As queixas apresentadas de acordo com o Artigo 6 (aspecto penal) podem ser sintetizadas como segue: ausência de uma audiência pública; omitida a realização de uma correta avaliação de provas; ausência de um recurso. Visto que o Artigo 6 (aspecto penal) é aplicável, resta determinar se tenha sido violado. A meu entender existiu a violação de tal Artigo, por três motivos.

45. Como reconheceu a Corte constitucional na sua sentença n. 93/2010, a audiência pública é um requisito fundamental para um procedimento deste tipo. O governo reconheceu que o recorrente foi vítima de uma violação do Artigo 6 parágrafo 1 em razão da ausência de uma audiência pública diante dos tribunais internos.

46. Na avaliação das provas verificaram-se dois graves erros: em relação ao trabalho agrícola do recorrente desde 2005, como reconhecido pela Corte de apelação (sucessivamente a sua libertação em 2005, o recorrente dedicou-se constantemente até os dias de hoje, a uma atividade laboral, que lhe assegura uma fonte digna de sustento”) diferentemente da avaliação efetuada em primeiro grau; em relação às deduzidas violações às obrigações da vigilância especial. A Corte de apelação reconheceu um grave erro de identidade e declarou claramente que a violação das obrigações que provocaram a aplicação da medida de vigilância especial, se referiam a um sujeito diferente.

47. Embora a Corte não revise geralmente os erros cometidos na avaliação das provas, o faz quando são evidentes e flagrantes, como no caso em questão. Tais erros foram efetivamente de tal dimensão a influenciar sobre a essencial equidade do procedimento. Além disso, observo que o tribunal de primeiro grau justificou a medida somente em dois breves parágrafos.

48. Em síntese, o Artigo 6 (aspecto penal) é aplicável e foi violado.

V. MEIOS DE RECURSOS INTERNOS EM RELAÇÃO À CAUSA EM EXAME (PARÁGRAFOS 49-58)

A. Ausência de uma rápida verificação judicial (parágrafos 49 -53)

49. Tendo votado contra a decisão inadmissível da queixa de acordo com o Artigo 5, votei no mérito em favor da constatação da violação do Artigo 13, pelos seguintes motivos. O recorrente foi submetido a um excessivo número de medidas penais de amplo alcance e várias por um tempo excessivamente longo, totalmente desproporcional às vagas e infundadas suspeitas sobre si. Deve-se evidenciar que as medidas foram aplicadas ao recorrente por 221 dias, apesar do

termo da lei indicar trinta dias, dentro do qual a Corte de apelação deveria ter se pronunciado. Tal termo prescrito pela legislação interna não foi respeitado.

50. No caso em questão, as medidas foram anuladas *ex tunc*, colocando em dúvida a sua base jurídica⁹⁷¹. O recorrente teve que suportar um ônus excessivo, enquanto foram empregados nove meses para determinar a legitimidade das medidas, ao passo que a lei prescreve um termo de trinta dias, e o justo equilíbrio foi, portanto, rompido.

51. Dito isso, para mim é claro que não existia um recurso apropriado, como resulta da *ratio* da sentença da Corte constitucional n. 93/2010 sobre a ausência de uma audiência pública nos procedimentos diante da Corte de apelação e do excessivo atraso na resposta por parte do tribunal de segundo grau.

52. Além disso, ao garantir às pessoas detidas o direito de recorrer em juízo para contestar a legitimidade da privação da liberdade; à que são submetidas, o Artigo 5 parágrafo 4 proclama também o seu direito, após a instauração de tal procedimento, a uma rápida decisão judicial relativa à legitimidade da detenção é que se ordene a cessação, se por acaso esta resultar ilegítima. E, ainda, a questão de saber se foi respeitado o direito das pessoas detidas por uma rápida decisão deve - como no caso da observância do requisito do “termo razoável” a que se referem os Artigo 5 parágrafo 3 e 6 parágrafo 1 da Convenção - ser determinada à luz das circunstâncias de cada um dos casos^{972/973}.

53. O procedimento instaurado diante da Corte de apelação não era compatível com o Artigo 5 parágrafo 4, porquanto não satisfazia o requisito da rapidez. Existiu, portanto, a violação ao Artigo 5 parágrafo 4 da Convenção⁹⁷⁴. Dado que a queixa, de acordo com o Artigo 5 foi considerada inadmissível pela maioria, eu votei a favor da constatação da violação do Artigo 13, em base à supramencionada carência de um remédio nacional no caso da ausência de um rápido exame judicial.

B. Ausência de ressarcimento por medida de prevenção ilegítima (parágrafos 54-58)

54. Como a Corte considera recorrentemente, o direito ao ressarcimento sancionado no Artigo 5 parágrafo 5 da Convenção pressupõe que tenha sido ve-

971 As medidas aplicadas não possuíam nenhuma base jurídica e factual, como reconheceu a Corte de apelação com a sua declaração de anulação das medidas *ex tunc*. As medidas foram anuladas, não revogadas, por falta dos requisitos da lei do dia do pronunciamento da sentença por parte do Tribunal de primeiro grau.

972 Vejam-se, entre outros precedentes, *Rebbock c. Slovenia*, n. 29462/95, parágrafo 84 CEDH 2000 XII; *Mamedova c. Rússia* n. 7064/05, parágrafo 96, 01 de junho 2006; *G.B c. Suíçera*, n. 27426/95, parágrafo 33, de 30 de novembro de 2000; e *Kadem c. Malta*, n.55263/00, parágrafo

973 , de 09 de janeiro de 2003

974 Veja-se *Rizzotto c. Itália*, n. 15349/06, parágrafos 30-36, de 24 de abril de 2008. ⁷¹ Veja-se n. c. C. Itália [GC], n. 24952/94, parágrafo 49, CEDH 2002 X.

rificada a violação de um dos outros parágrafos de tal artigo, ou por parte de uma autoridade interna, ou por parte dos órgãos previstos pela Convenção⁷¹. No caso em questão, em consequência da violação do Artigo 5 parágrafo 1, deveria ter sido aplicado o parágrafo 5. Consequentemente a Corte deveria ter examinado se o recorrente tinha um recurso disponível de acordo com a legislação italiana para os efeitos do Artigo 5 parágrafo 5 da Convenção.

55. O Artigo 314 do código de processo penal prevê o direito a uma reparação em dois casos distintos: No caso em que o acusado tenha sido absolvido no âmbito de um procedimento penal de mérito (ressarcimento por injustiça substancial, previsto no parágrafo 1), ou quando haja sido verificado que o indagado tenha sido posto ou mantido em custódia cautelar violando os Artigos 273 e 280 do código de processo penal (ressarcimento por injustiça “processual” previsto no parágrafo 2).

56. Com a sentença n. 310 de 1996 a Corte Constitucional considerou que, além dos casos previstos no Artigo 314 do código de processo penal, as pessoas teriam direito ao ressarcimento caso tivessem sido detidas injustamente, em consequência de uma ordem ilegal de execução de uma pena. Além disso, com a sentença n.284 de 2003, a Corte constitucional especificou que o direito ao ressarcimento por injusta detenção não estivesse precluso pelo mero fato de que a ordem era legítima, ou que a detenção era o resultado de uma conduta legítima por parte das autoridades internas. O que importava era a objetiva injustiça da privação da liberdade.

57. Pelo que foi exposto acima, está claro que não existiam disposições que atribuíssem ao recorrente o direito de promover uma ação ressarcitória diante dos tribunais nacionais por causa de uma medida de vigilância especial.

Da leitura do Artigo 314 do código de processo penal e da pertinente jurisprudência da Corte Constitucional, evidencia-se que a possibilidade de pedir o ressarcimento do dano sofrido em consequência da medida de vigilância especial não esteja prevista em nenhum cenário acima citado. De fato, o próprio Governo já reconheceu tal carência no caso *Vito Sante Santoro (supracitado)*⁹⁷⁵. 58. Consequentemente, houve também violação do parágrafo 5 do Artigo 5 da Convenção⁹⁷⁶. À luz das conclusões da maioria, de acordo com o Artigo 5, votei a favor da constatação da violação do Artigo 13 da Convenção em razão da ausência de recursos nacionais para ressarcir o dano sofrido pelo recorrente, além da ausência de um rápido exame judicial.

975 *Vito Sante Santoro*, cit., parágrafo 45.

976 *Veja-se Seferovic c. Italia*, n. 12921/04, parágrafo 49 de, 08 de fevereiro de 2011; *Pezzone c. Italia*, n. 42098/98, parágrafos 51-56, de 18 de dezembro de 2003; e *Foz, Campbell e Hartley*, cit. parágrafo 46.

VI. CONCLUSÃO (PARÁGRAFOS 59-60)

59. Os Artigos 5 e 6 (aspecto penal) da Convenção são aplicáveis aos casos em questão. O recorrente foi vítima de uma violação dos direitos reconhecidos a ele pelos Artigos 5 e 6, em consequência de uma série de medidas penais draconianas, que constituem um relicário desatualizado de estruturas jurídicas liberticidas e que estão, à luz das condições atuais⁹⁷⁷, totalmente em conflito com o estado de direito intrínseco em um Estado democrático, o direito à liberdade e os requisitos fundamentais de um devido e público processo, sancionados pelos Artigos 5 e 6 da Convenção, para não falar dos outros direitos e liberdades fundamentais, como a liberdade de reunião.

60. O caminho a ser seguido é claro. O legislador italiano deve evidentemente extrair da presente sentença todas as conclusões lógicas em relação ao recente Decreto legislativo n.159/2011, e quanto antes o fizer melhor será.

2. CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS- SEÇÃO IV – S.C. SERVICE BENZ COM S.R.L. ROMANIA – RECURSO 58045/11- SENTENÇA DE 04 DE JULHO DE 2017

O caso: O recurso é originado pelo confisco de dois caminhões-tanque de propriedade da sociedade recorrente. Em particular, os caminhões-tanque haviam sido utilizados por uma terceira sociedade (N.), para o transporte de combustível, todavia, no curso de uma inspeção foi verificada a falta de documentos necessários para o transporte do combustível e as autoridades competentes haviam ordenado o confisco seja do carburante, que dos meios de transporte. A medida foi confirmada pelas cortes nacionais. Com o recurso diante da Corte europeia dos direitos humanos, a sociedade recorrente apelou reclamando da violação do Artigo 1 do Protocolo n. 1 à CEDH, uma vez que o confisco havia sido estendido a eles, apesar de o ilícito ter sido cometido por outros (*strict liability*). A Corte Europeia dos Direitos Humanos julgou insubsistente a violação do Artigo 1 do Protocolo n. 1, entendendo que as autoridades nacionais tivessem executado um correto balanceamento entre o direito de propriedade da recorrente e o interesse geral da sociedade. Além disso a Corte estabeleceu que, apesar do confisco já irrevogável, restava à sociedade recorrente a possibilidade de proceder por meios civis para o ressarcimento do dano causado pela sociedade (N.)

Palavras-chave: direito de propriedade – confisco de bens pertencentes a terceiros – responsabilidade objetiva – remédios internos.

Anotações e comentários: Roberto Conti

977 Veja-se Tyrer c. Regno Unito, 25 de abril de 1978 parágrafo 31, Serie A n.26.

Voto dissidente dos juízes Sajó, Pinto de Albuquerque e Wojtyczek.

1. O cerne do caso em questão, diz respeito a uma questão crucial do direito penal e administrativo contemporâneo e, notadamente, a responsabilidade objetiva pelos fatos alheios. A resposta da maioria a esta questão contradiz abertamente as sentenças anteriores da Corte. Nós não concordamos com a maioria. Pelo nosso ponto de vista, houve uma violação do Artigo 1 ao Protocolo n. 1 à Convenção pelas razões que seguem.

2. A Corte observa que a Corte Constitucional da Romênia foi chamada, várias vezes, a examinar a legitimidade constitucional do Artigo 220 parágrafo 2 (b) do Código de Processo Tributário para um possível conflito com o direito à propriedade, uma vez que supracitada disposição autorizava o confisco dos bens de propriedade de um sujeito diferente do autor do ilícito administrativo. Essa observa que a decisão n.685 de 16 de novembro de 2006 da Corte Constitucional declarou estas normas constitucionalmente legítimas, visto que o proprietário dos bens confiscados estava livre para citar em juízo o autor do ilícito por danos causados, com base no contrato entre eles pactuado.⁹⁷⁸

3. Em nossa opinião, observamos que o Governo falhou em produzir um exemplo de decisão interna, em grau de demonstrar que as cortes nacionais tenham seguido a abordagem adotada pela Corte constitucional e que a conclusão desta última não fosse somente teoricamente válida na época dos fatos. Em outras palavras, o caso em questão não difere de *Andonoski c. Ex Republica Jugoslávia di Macedonia*⁹⁷⁹, na qual a Corte considerou o remédio interno não efetivo na ausência de uma práxis relevante dos tribunais nacionais. Não pode ser ignorado que a maioria aqui reverteu a jurisprudência *Andonosky*, em violação do procedimento estabelecido pelo Artigo 30 da Convenção. Este fato, por si, já teria justificado o envolvimento da Grande Câmara no caso em questão, mas existem também outros motivos que teriam tornado indispensável o seu envolvimento caso a sociedade recorrente decidisse exercer a opção a que se refere o Artigo 43 da Convenção.

4. Na verdade, é impossível fazer conjecturas sobre a efetividade do remédio mencionado pelo Governo, visto que o objetivo principal da sociedade era recuperar os seus caminhões-tanque. Ao contrário, acreditamos que a maioria faça exatamente isto, conjecturar, quando chega à conclusão de que a sociedade recorrente poderia fazer valer a responsabilidade contratual e assim obter o ressarcimento dos danos causados pelo confisco. Nestas condições, consideramos

978 Ver parágrafo 17 da sentença.

979 *Andonoski c. Ex Republica Jugoslava di Macedonia*, n. 16225/08, 15 de setembro 2015. ³
Veja-se parágrafo 7 da sentença.

que constitua um ônus excessivo solicitar à sociedade recorrente que inicie um novo processo contra a outra parte para obter o ressarcimento pelas ações das autoridades públicas. Entre outros, o raciocínio da maioria deveria conduzir a uma decisão de inadmissibilidade, visto que, em sua opinião, o recorrente desfrutava de um remédio judicial que não experimentou. Portanto achamos difícil entender como a maioria tenha concluído pela não violação, nesta linha de raciocínio.

5. Além disso, nas circunstâncias particulares do caso, não seria possível fazer valer a responsabilidade da sociedade recorrente pelos três motivos a seguir.

Em primeiro lugar, o contrato firmado entre a sociedade recorrente e a sociedade N. previa que fosse da sociedade N. a obrigação de “completar os documentos de transporte com informações corretas e acuradas”³. Esta cláusula corresponde ao quadro jurídico aplicável à época dos fatos. Isso confirma que a sociedade recorrente não tinha nenhuma obrigação de verificar o líquido transportado pelos caminhões-tanque. Portanto essa não poderia ser censurada por não ter verificado o produto que era transportado.

Em segundo lugar, o Governo seguiu a Corte Constitucional citando a responsabilidade pelo risco. De fato, este sustentou que a sociedade recorrente tivesse assumido o “risco de que a sociedade N. pudesse cometer algum ato ilícito”. Este raciocínio é altamente problemático na esfera do direito administrativo e penal porque pressupõe alguma forma de responsabilidade objetiva. Mesmo no direito civil, a responsabilidade objetiva é excepcional e deve estar prevista em lei. De qualquer modo o Governo não apresentou nenhuma base legal que permitisse estabelecer a responsabilidade do transportador por um risco causado pelos bens do remetente. Aliás, muito pelo contrário: o Artigo 416 do Código Comercial em vigor à época dos fatos, previa que o remetente, e não o transportador, fosse responsável pelo conteúdo e legitimidade dos documentos e de qualquer outra documentação necessária⁹⁸⁰.

Em terceiro lugar, a sociedade recorrente, não teve, de qualquer modo, a oportunidade de verificar a conformidade dos bens, e o representante do Órgão Tributário lacrou os dois reservatórios de combustível após terem sido carregados. Em outras palavras, a sociedade recorrente, não mostrou, em nenhuma fase, falta da devida diligência.

6. Não acreditamos que o confisco de bens de sujeitos terceiros – sem prova de má fé, culpa ou falta de diligência, verificada no curso dos procedimentos administrativos ou penais – seja compatível com o Artigo 1 do Protocolo n. 1 da Convenção. Dada a natureza afitiva de tal medida, como reconhecida tam-

980 Veja parágrafo 17 da sentença para a posição da Corte constitucional e parágrafo 24 para aquela do Governo

bém pelo tribunal do distrito⁹⁸¹, o confisco automático e obrigatório de bens de sujeitos terceiros expõe um sério problema, não somente sob o perfil da falta de proporcionalidade, mas também sob o perfil da presunção de inocência. O modo com o qual o confisco, como estabelecido no Artigo 220 (k) do Código de Processo Tributário, foi aplicado aos carros-tanque da sociedade recorrente no procedimento administrativo, não deixou outra escolha à autoridade judicial, a não ser o procedimento de proceder ao confisco, baseada em circunstâncias factuais, sem poder optar por uma medida menos invasiva. Uma tal medida constitui uma “cega” restrição do direito à propriedade, não permitindo estabelecer nenhuma distinção entre o *status* de proprietário e aquele do detentor da permissão do uso de tal propriedade para transporte ilícito de bens sujeitos à tributação. Além disso, a pena é aplicada apesar das cortes internas não possam avaliar ou levar em conta as circunstâncias do caso concreto e, particularmente, os danos infligidos ao proprietário.

7. À luz das considerações acima, concluímos que o confisco obrigatório dos caminhões-tanque, junto à falta de uma oportunidade real para a sociedade recorrente defender-se ou obter o ressarcimento pelos danos sofridos, não considerou os interesses da empresa. Portanto, enquanto reconhecemos a necessidade de combater a evasão fiscal e a necessidade de deixar aos Estados uma larga margem de apreciação nessa esfera, consideramos que na interferência em relação aos bens do recorrente, faltou um justo equilíbrio entre o interesse geral e os direitos fundamentais do recorrente. No caso em questão, portanto, houve uma violação do Artigo 1 do Protocolo n.1 da Convenção.

4. CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM – GRANDE CÂMARA – GARIB C. PAESI BASSI- RECURSO N. 43494/09 – SENTENÇA DE 06 DE NOVEMBRO DE 2017

O caso: A recorrente, senhora Garib, cidadã holandesa, em 2005 havia se transferido para o distrito de Tarwewijk de Rotterdam. Todavia, em 2006 com a entrada em vigor do *Inner City Problems Act*, lhe foi negada a residência naquele determinado distrito pela falta de título idôneo. Em particular, a nova norma previa que só pudesse ter residência em Tarwewijk quem tivesse uma determinada permissão de residência, emitida em base a alguns rigorosos requisitos (residência de no mínimo seis anos no território da cidade e possuir uma renda de trabalho ou uma aposentadoria). A recorrente recorreu à Corte Europeia e lamentou a violação do Artigo 2 do Protocolo n.4 à CEDH por ilegítima restrição da liberdade de escolher a própria residência. Com a sentença de 23 de fevereiro de 2016, a Seção III da Corte excluía a violação. Em seguida ao deferimento na Gran-

981 O tribunal do distrito descreveu o confisco como “pena secundária” (veja o parágrafo 14 da sentença).

de Câmara, a Corte confirmava a conclusão precedente. Em particular, a Corte reconhecia a ampla margem de apreciação deixada ao Estado contratante em matéria de planificação urbanística. No caso em questão, os juízes sustentavam que os Países Baixos tivessem legitimamente restringido o direito em questão, perseguindo um interesse geral, ou seja, o objetivo de deter o declínio econômico e o empobrecimento do distrito de Tarwewijk.

Palavras-chave: pobreza e gentrificação – discriminação – finalidade legítima e interesses públicos – proporcionalidade – margem de apreciação – estigmatização da pobreza – discriminação indireta – discriminação interseccional.

Voto dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque ao qual adere o Juiz Vebahovié

INDICE: I Introdução (parágrafos 1-3). – A violação do direito de escolher livremente o próprio lugar de residência (parágrafos 4-21). – A ilegitimidade da finalidade perseguida pela ingerência no direito da recorrente (parágrafos 6-14) – A realidade do escopo da ingerência no direito da recorrente (parágrafos 7-9). – 2. As razões da interferência no direito da recorrente (parágrafos 10-14). B. A falta de proporcionalidade na interferência no direito da recorrente (parágrafos 15-21). – A falta de necessidade da medida (parágrafos 16-17) – 2. A falta de um apropriado exercício de balanceamento (parágrafos 18-21). - III. A discriminação por motivos de precariedade social (parágrafos 22-39) – A base discriminatória da legislação holandesa (parágrafos 24-30) – 1. - A pobreza como critério de discriminação (parágrafos 25-26) – 2. A discriminação contra a recorrente em base à própria condição social e econômica (parágrafos 27-30). - B. A pluralidade das formas de discriminação (parágrafos 31-39). – A discriminação indireta sofrida pela recorrente (parágrafos 32-33) – 2. O reconhecimento das formas interseccionais de discriminação (parágrafos 34-39). – IV. Conclusão (parágrafo 40).

L. INTRODUÇÃO (PARÁGRAFO 1-3)

1. No caso *Garib c. Paesi Bassi* na Corte europeia dos direitos humanos (“A Corte”) foi oferecida a possibilidade de se pronunciar sobre uma questão que é crucial e, infelizmente, mais atual do que nunca, ou seja aquela relativa a uma insidiosa forma de discriminação em base à precariedade social que afeta parte da população. Mas, lamentavelmente, esta possibilidade não foi acolhida pela Grande Câmara, e, portanto, não posso concordar com a maioria.

2. A meu ver, a motivação da Corte nesta sentença negligencia alguns dos aspectos mais relevantes do caso. A sra. Garib certamente suportou, em relação ao seu direito de escolher livremente a própria residência de acordo com o Artigo 2 do Protocolo n. 4 da Convenção europeia para a salvaguarda dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (“a Convenção”), uma considerável in-

terferência, que deriva indiretamente da própria condição social e econômica. A justificativa adotada pelo Estado não deveria, portanto, ser considerada como legítima.

3. No presente voto, exporei as razões do meu voto contrário, explicando, em primeiro lugar, como o direito da senhora Garib de escolher livremente o próprio lugar de residência tenha sido violado (II), antes de analisar as questões específicas levantadas por este caso no âmbito da discriminação.

II. A violação do direito de escolher livremente o próprio lugar de residência (parágrafos 4-21).

4. No caso em questão, à recorrente - uma moça solteira, mãe de dois filhos - foi negada, pela aplicação das medidas especiais previstas pela Lei sobre medidas especiais para os problemas dos centros urbanos (também conhecida por “*Rotterdamwet*”), a necessária autorização de transferir-se para um apartamento mais amplo no bairro em que vivia⁹⁸². Esta norma foi adotada pelas autoridades holandesas, segundo o Governo, para resolver problemas de depreciação e desordem social que se viu nos quarteirões mais desfavorecidos, encorajando um maior *mix* social e, portanto, promovendo a “desguetização”. Isso permitiu às autoridades sujeitar a realocação em algumas áreas, incluindo o bairro de Tawewijk, onde a recorrente vivia, à obtenção de uma autorização de residência, para a qual era exigido um certo nível de renda do trabalho. Em termos técnicos, esta legislação introduzia uma política de gentrificação urbana⁹⁸³.

982 Vejam-se os parágrafos 20 e 21 da sentença da Grande Câmara. Sobre a evolução, a filosofia e os efeitos da legislação urbana holandesa, veja-se a fundamental contribuição de Van Gent e outros (2017) “*Exclusion as urban policy: the Dutch Act on Extraordinary Measures for Urbans Problems*”, em *Urban Studies* 1-17; Uitermark e outros (2017). “*The Statistical politics exceptional territories*”, em *Political Geography* 57:60-70 Ouweland e Doff (2013), “*Who is afraid of a changing population? Reflections on Housing policy in Rotterdam*”, em *Geography Research forum* 33 (1): 111-146; Van der Horst e Ouweland (2012) “*Multicultural Planning as a contested device in urban renewal and housing: Reflections from the Netherlands*”, in *Urban Studies* 49 (4): 861-875; Schinkel e Van den Berg (2011) “*City of exception. The Dutch revanchist city and the urban homo sacer*” in *Antipode* 43 (5): 1911-1938; Van Eijk (2010) “*Exclusionary policies are not just about the ‘Neoliberal City’: A critique of theories of urban revanchism and the case of Rotterdam*”, in *International Journal of Urban and Regional Research* 34 (4): 820-834; Stouten (2010) *Changing Contexts in Urban Regeneration: 30 years of modernization in Rotterdam, Amsterdam*, Techne Press; Uitermark e Duyvendak (2008), “*Civilizing the city: Populism and revanchist urbanism in Rotterdam*”, in *Urban Studies* 45 (7): 1485-1503; Musterd e Ostendorf (2008) “*Integrated urban renewal in The Netherlands: A critical appraisal*” in *Urban Research & Practice* 1 (1): 78-92; Tripp (2007), “*Assessing quality of place: A comparative analysis of Amsterdam and Rotterdam*”, in *Journal of Urban Affairs* 29 (5): 501-517; Priemus (2004) “*Housing and new urban renewal: Current policies in the Netherlands*”, in *International Journal of Housing Policy* 4 (2): 229-246; Uitermark (2003), “*Social mixing and the management of disadvantage neighborhoods: The Dutch policy of urban restructuring revisited*”, in *Urban Studies* 40 (3): 531-549; and Kloosterman (1996), “*Double Dutch: Polarization trends in Amsterdam and Rotterdam after 1980*”, in *Regional Studies* 30 (5): 467-476.

983 O termo *gentrificação* deriva de *gentry* indica pessoas de alta classe social, ou origem, somente abaixo da nobreza. O objetivo destas políticas urbanas é de encorajar mais pessoas abastadas de apropriar-se de uma área da cidade que era antes ocupada por habitantes e residentes menos ricos, portanto transformando o perfil econômico, social, cultural e étnico da área urbana a benefício de um estrato social mais elevado. Para uma introdução sobre a literatura relativa a estas políticas urbanas veja-se Zuk e outros (2015), “*Gentrification, Displacement and the Role of Public Investment: A Literature Review*”, *Federal Reserve Bank of San Francisco Working Paper* 2015-05; Feldman (2014), “*Gentrification, urban displacement and affordable housing: Overview and research roundup*”, Harvard Kennedy School’s Shorenstein Center, Mathema (2013), *Gentrification, An updated Literature Review*, Poverty & Race Research Action Council; Van Der Graaf e Veldboer (2009), “*The effects of state-led gentrification in the Netherlands*”, in Duyvendak e outros(eds), *City in sight: Dutch dealings with urban change, Amsterdam*, Amsterdam University press, pp 61-80; Atkinson e Wulff (2009), “*Gentrification and displacement: a review of approaches and findings in the literature*”, AHURI Positioning Paper N.115; Marcuse e outros (eds) (2009), *Searching for the just City*:

5. A maioria considerou, com razão, que o ter rejeitado a solicitação da recorrente para obter uma permissão, pudesse ser considerada uma interferência em sua liberdade de escolher o próprio lugar de residência, assim como garantido pelo Artigo 2 do Protocolo n. 4. Em todo caso, ao examinar a legitimidade desta ingerência, a Grande Câmara limitou a sua análise ao crivo de uma medida de caráter geral, sem dar a devida atenção às reais razões da interferência sofrida pela recorrente, causada pela medida individual a ela diretamente aplicada (A). E é justamente quando o *focus* da análise se move em direção ao direito individual da recorrente, que a interferência pode ser claramente vista em seu caráter desproporcional (B).

A. A ilegitimidade da finalidade buscada pela interferência no direito da recorrente (parágrafos 6-14)

6. Apesar da interferência ter sido considerada como satisfatória nos requisitos de legalidade e legitimidade, sou de opinião, com todo o devido respeito aos meus exímios colegas, que o propósito perseguido pelas autoridades holandesas não possa ser reconhecido como legítimo no caso em questão. Em meu entender, a maioria não considerou as razões subtendidas na norma holandesa que vão além do objetivo de regenerar as áreas desvantajosas (1). Além disso, esta concentrou erroneamente a própria análise sobre as medidas especiais contidas na Lei sobre medidas especiais para os problemas dos centros urbanos, sem considerar a real motivação da ingerência no direito da recorrente, ou seja, a medida individual a ela imposta (2).

1. A REALIDADE DO PROPÓSITO DA INTERFERÊNCIA NO DIREITO DA RECORRENTE (PARÁGRAFOS 7-9)

7. Como foi justamente evidenciado nos pronunciamentos da Câmara e da Grande Câmara, no presente caso, não há dúvidas de que a medida em questão estivesse conforme a Lei, posto que a Lei sobre medidas especiais para os problemas dos centros urbanos e o Regulamento sobre a habitação de 2003 da cidade de Rotterdam expressamente introduziam este mecanismo⁹⁸⁴. Todavia responder à pergunta se essa mesma medida perseguia um objetivo legítimo, se

Debates in Urban Theory and practice, New York: Routledge: Lees (2008) "Gentrification and social mixing: towards and inclusive urban renaissance?", in *Urban Studies* 45 (12):pp 2449-2470; Biro (2007) "Gentrification Deliberate Displacement, or Natural Social Movement?", in *The Park Place Economist*, vol 15; Galster (2007) "Neighbourhood social mix as a goal of housing policy: A theoretical analysis", in *International Journal of Housing policy* 7 (1); 19-43; Holmes (2006), *Mixed Communities: Success and Sustainability* Joseph Rowntree foundation; Joseph (2006), "Is mixed-income development an antidote to urban poverty?", in *Housing Policy Debate* 17 (2) : 209- 234 e Tunstall e Fenton (2006), *In the mix: A review of mixed income, mixed communities: what do we Know?*, London and York: Housing Corporation, Joseph Rowntree Foundation and English Partnerships.

984 Vejam-se os parágrafos 36-39 da sentença da Grande Câmara.

revela mais difícil. É certamente evidente que a lei em questão estava oficialmente focada na “desguetização” e a regeneração das áreas mais subdesenvolvidas. Para alcançar estes objetivos, esta introduziu medidas com a finalidade de encorajar o *mix* social nos bairros envolvidos. Em consequência, a declarada finalidade da medida que causou a interferência nos direitos da recorrente poderia certamente ser considerada como legítima. Mas uma mais atenta análise das políticas mantidas pelas autoridades evidencia imediatamente um objetivo não declarado e menos apreciável, sendo direto, como faz concretamente, para afastar os habitantes mais pobres das áreas interessadas.

É desagradável notar, antes de tudo, como as mesmas palavras da legislação holandesa, assim como os termos utilizados pelas cortes nacionais, são particularmente exemplificativos dos objetivos perseguidos pelas autoridades bem além da finalidade declarada da “desguetização”. Pareceria, portanto, que a política de habitação aplicável derive, na realidade, do perpetuarse de uma confusão entre a pobreza e perigo para a ordem pública e é o exemplo de uma real fobia pela pobreza, dando assim origem a estereótipos negativos bem enraizados. Em relação a isso, pode-se notar como a causa da incivilidade e de outras desordens sociais nas áreas abrangidas pela norma, tenha sido atribuída a sujeitos sem nenhuma renda. Enquanto não há dúvidas de que sejam louváveis as medidas que promovam o *mix* social, constitui, todavia, uma perigosa simplificação associar a pobreza com insegurança - ou até mesmo com criminalidade.

A sentença da Corte regional que rejeitou o apelo da recorrente contra a decisão de negação do *Burgomaster*, indica claramente que as restrições à liberdade de escolha da própria residência têm a intenção de “inverter um processo de superlotação e de uma queda na qualidade de vida” nos bairros interessados, mas também são necessárias para manter a *ordre*⁹⁸⁵. Além disso, a sentença afirma que nesses bairros “existe uma concentração de pessoas desfavorecidas [...] assim como um considerável mau-humor entre a população devido a comportamentos inapropriados, assédios e crimes”⁹⁸⁶. A pobreza, bem longe de ser considerada uma fonte de vulnerabilidade, vem aqui descrita como fonte de todos os males sociais, que devem, portanto, ser erradicados ou ao menos afastados ou reduzidos o máximo possível.

A Divisão do contencioso administrativo do Conselho de Estado manteve esta posição em resposta ao apelo da recorrente, considerando que a interferência tivesse sido “motivada pelo interesse que a sociedade tinha em assegurar a quali-

985 Veja-se o parágrafo 16 da sentença da Grande Câmara.

986 Ibid.

dade de vida nos bairros das cidades maiores”⁹⁸⁷. Além disso, aceitou inequivocamente que as regras aplicáveis, a partir do momento em que necessariamente iriam afetar os habitantes mais desfavorecidos, poderiam levar a uma “distinção indireta”, ou mais precisamente, a uma indireta discriminação mas, apesar disso, a julgou “necessária e proporcional” enquanto “as medidas eram temporariamente limitadas”⁹⁸⁸.

Para piorar as coisas, a emenda à Lei sobre as medidas especiais para os problemas urbanos, que entrou em vigor em primeiro de janeiro de 2017, oferece um outro indício particularmente relevante acerca este aspecto posterior⁹⁸⁹. Esta garante, de fato, que as permissões de moradia, possam ser negadas a pessoas com 16 ou com mais de 16 anos, que já sejam conhecidas pela polícia ou pelos juízes, ou que sejam apenas suspeitas de serem potencialmente capazes de contribuir para o aumento da insegurança e do crime. Este conjunto de indícios concordantes confirmam que a medida em questão não pretendia somente promover a reestruturação dos bairros mais desfavorecidos, mirava também livrá-los dos habitantes mais pobres, que eram vistos como responsáveis pela escassa qualidade de vida, e em particular, como causa da insegurança pública e da criminalidade.

9. Além disso, é necessário evidenciar a este ponto, como a noção de *ordre public* – empunhada como um estandarte pelas autoridades em sua cruzada contra as classes mais vulneráveis da população – não seja uma noção “omni compreensiva” à disposição, ou a critério, dos Estados parte como este caso parece sugerir. Ao contrário, a Corte teve várias vezes a oportunidade de descrever a Convenção, como um “instrumento constitucional da ordem pública europeia (*ordre public*)”⁹⁹⁰ Isto quer dizer que a *ordre public* não pode ser usado contra o sistema da Convenção, como um baluarte para proteger a margem de apreciação nacional. Os padrões europeus formam uma parte integrante da *ordre public* e não podem ser negados em favor das preferências nacionais. A noção de *ordre public* não pode ser deturpada como se fosse um instrumento de parâmetros variáveis, cuja aplicação está sujeita às circunstâncias nacionais, especialmente quando a distorção da *ordre public* se torna um terreno fértil para pôr em prática medidas de segurança que já foram vistas em certos países europeus. Esta visão comum do *malaise* social valida largamente um conjunto de suspeitas e discriminações, particularmente em relação a todos aqueles que pertencem a uma minoria ou que

987 Veja-se o parágrafo 18 da sentença da Grande Câmara.

988 Ibid.

989 Veja-se o parágrafo 79 da sentença da Grande Câmara. As palavras usadas nas novas versões das sessões 5(3) e 19(1) e (2) da Lei são claras “Com o fim de reduzir desconforto e crime... parece que haja razoável suspeita de que sua instalação possa levar a um aumento dos assédios ou do crime naquele quarteirão, rua ou área”.

990 Veja-se Loizidou c. Turkey (eccezioni preliminar) 23 de março de 1995, parágrafo 75, Série A n. 310.

têm “problemas sociais” A ilegitimidade desta medida geral, como já evidenciado, é além do mais confirmada por uma análise de seus reflexos a nível individual.

2. AS RAZÕES DA INTERFERÊNCIA NO DIREITO DA RECORRENTE (PARÁGRAFOS 1014)

10. Mesmo pressupondo que o objetivo perseguido pela legislação tivesse sido legítimo, isto não poderia de qualquer modo alterar o prisma pelo qual este caso deve ser analisado. O fato de priorizar, como fizeram as sentenças da

Câmara e da Grande Câmara, os objetivos gerais da política nacional a respeito de qualquer impacto que esta possa ter a nível individual, inevitavelmente choca-se com o esquema geral da Convenção qual tratado internacional com a finalidade de proteção aos direitos humanos.

11. Como muitas vezes tive a oportunidade de reiterar⁹⁹¹, a Convenção deveria ser necessariamente interpretada em uma perspectiva *pro persona*, colocando o indivíduo no centro das próprias avaliações. Monica Pinto define este princípio como “um critério hermenêutico que impregna toda a legislação sobre os direitos humanos, segundo a qual é necessário levar em consideração a norma mais ampla, ou a sua interpretação extensiva, quando se trata de reconhecer direitos protegidos”⁹⁹² Os tratados sobre os direitos humanos deveriam ser interpretados de modo a melhor proteger os direitos e a liberdade nestes reconhecidos⁹⁹³. Em última instância, trata-se, portanto, de selecionar a interpretação dos direitos mais favorável aos indivíduos. A missão da Corte consiste precisamente em garantir os direitos individuais e não em “em clarear “as decisões das autoridades nacionais, especialmente quando estas decisões comportem uma restrição dos direitos humanos. Se, por um lado, as autoridades nacionais estão, em linha de princípio, na melhor posição para determinar as necessidades da sociedade⁹⁹⁴, e se a Corte deve respeitar o seu papel subsidiário, por outro lado lhe é proibido adotar uma leitura *pro auctoritate da*

991 Vejam-se, em particular, os meus votos dissidentes e parcialmente dissidentes em *Mursic c. Croazia* (GC), n. 7334/13, ECHR 2016) e *A e B c. Noruegia* (GC), NN. 24130/11 E 29758/11, ECHR 2016).

992 Veja-se Pinto “El principio *pro homine*. Critérios de Hermenêutica y pautas para a regulación de los derechos humanos”, in Abregu e Courtis(eds), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales /Éditors del Puerto, 1997 p.163 (minha tradução) Na versão original o autor fala de “um critério Hermenêutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos”. Se veja também, *inter alia*, Castilla,⁹ “El principio *pro persona* em la administración de la justicia”, in *Cuestiones constitucionales*, 2009, n. 20, e Amaya Villareal “ El principio *pro homine*. interpretación extensiva vs. El consentimiento del Estado”, em *Revista Colombiana de derecho internacional*, 2005, pp.337 380.

993 Veja-se *Wemhoff c. Germania* 27 de junho de 1968, parágrafo 8 [parte direito], Série A n. 7, e seguindo uma longa tradição da Corte interamericana, *Ricardo Canese c. Paraguay*, 31 de agosto de 2004, série C n.111, parágrafo 181. Este princípio se baseia no Artigo 31 da Convenção de Vienna sobre o direito dos tratados, que estabelece a interpretação teleológica do direito internacional.

994 Veja-se *Handyside c. Regno Unito*, 07 de dezembro de 1976, parágrafo 48, Serie A n.24

Convenção e dos relativos Protocolos, mas deve, ao contrário, sustentar a efetividade e a máxima tutela dos direitos garantidos aos indivíduos.

12. Uma análise da interferência na liberdade da recorrente de escolher o seu próprio lugar de residência, implementada pelas autoridades holandesas, deveria, portanto, concentrar-se sobre os efeitos da medida individual sofrida por ela. Apesar disso, a sentença da Câmara, assim como a da Grande Câmara, concentraram-se na legitimidade das medidas de caráter geral adotadas pelo Governo e sobre o interesse público, que se supunha estar protegido por aquelas medidas. Na opinião da Câmara, *inter alia*,” mais convincentes são as razões de ordem geral para as medidas de caráter geral, menos importância a Corte dará ao seu impacto sobre casos particulares”⁹⁹⁵. O mesmo raciocínio pode ser encontrado, mais sutilmente, na tentativa da Grande Câmara de determinar se, *in abstracto*, as medidas especiais contidas na lei sobre os centros urbanos fossem compatíveis com a Convenção e no seu desejo de decidir *urbi et orbi* acerca da legitimidade, em relação à Convenção, da intervenção política do *Rotterdamwet*⁹⁹⁶. Como resultado, a maioria endossou a solução já adotada em *Animal Defenders International c. Regno Unito*, onde a Corte aceitou que o Estado pudesse implementar medidas de caráter geral, aplicando-as a situações predefinidas independentemente das circunstâncias específicas de cada um dos casos em particular, mesmo quando essas medidas pudessem causar problemas em certos casos⁹⁹⁷. Uma análise deste tipo em nível geral aumenta de maneira considerável a margem de apreciação do Estado na limitação os direitos individuais em nome de objetivos coletivos.

À luz das considerações anteriores, o resultado de tal avaliação em relação a situação da recorrente era uma conclusão precipitada, se não inevitável. A suposta avaliação realizada pela maioria em relação à conduta pessoal da recorrente, “por mais virtuosa”, contra a” legítima “política pública do Estado requerido, era simplesmente de fachada⁹⁹⁸. O uso de um teste de proporcionalidade relativo à medida individual aplicada à recorrente era somente uma ilusão. Efetivamente, sendo inspirada por uma inaceitável ideologia *pro auctoritate*, a maioria até mesmo sustentou que a recorrente deveria ter justificado a própria preferência por uma determinada área residencial e compartilhado com as autoridades públicas as informações privadas, assumindo, portanto, que o Estado deveria exercer um papel paternalista, se não totalitário, em relação a certas categorias desfavorecidas

995 Veja-se o parágrafo 113 da sentença da Corte.

996 Veja-se o parágrafo 156 da sentença da Grande Câmara.

997 Veja-se *Animal Defenders International c. Regno Unito* [GC], n. 48876/08, parágrafo 106, ECHR 2013 com uma referência a *Zdanoka c. Lettonia* [GC], n. 58278/00, parágrafos 112-15 ECHR 2006-IV

998 Vejam-se os parágrafos 158 e 166 da sentença da Grande Câmara.

da população⁹⁹⁹. E, ao fazê-lo, a maioria definitivamente contrariou o seguinte princípio de direito internacional, que ora é afirmado com força¹⁰⁰⁰:

“As pessoas que vivem na pobreza devem ser consideradas e tratadas como agentes livres e autônomos. Todas as políticas relativas à pobreza devem ser endereçadas a emancipar pessoas que vivem na pobreza. Estas deveriam ser baseadas no reconhecimento do direito dessas pessoas de tomarem as próprias decisões e no respeito a sua capacidade de realizar o seu potencial, a sua dignidade e o direito de participar às decisões que digam respeito as suas vidas”.

13. Pelo contrário, a Corte já teve a ocasião de explicar como a margem de apreciação de um Estado se reduz, quando “um importante aspecto da vida, ou da identidade de um indivíduo está em risco”¹⁰⁰¹. Enquanto é usual enfrentar esta questão quando se trata de uma interferência no direito ao respeito da vida privada e familiar, não há dúvidas que o direito à livre escolha do lugar da própria residência, e mais em geral às questões relativas ao lugar da moradia, possam se beneficiar da mesma conclusão. Além disso, a Corte evidenciou como a margem de apreciação de um Estado deva ser restrita “se uma limitação aos direitos fundamentais for aplicada em um grupo particularmente vulnerável da sociedade” e que o Governo “deve apresentar razões particularmente importantes para as limitações em questão”²¹. Consequentemente a recepção da motivação “geral” da sentença *Animal Defenders* (citada anteriormente) não se adapta ao presente caso. Do mesmo modo, a referência a uma ampla margem de apreciação na atuação de uma política urbanística, ou mais em geral, de uma política econômica ou social, está muito fora de contexto em relação as circunstâncias do presente caso¹⁰⁰². Considerando as significativas repercussões que as políticas de habitação poderiam ter sobre a vida privada e familiar, e a vulnerabilidade dos membros mais desfavorecidos da sociedade, a posição a se tomar nessas questões, não pode ser aquela de renúncia ou de excessiva diferença em respeito às autoridades nacionais, sem pôr em perigo a própria essência do mecanismo da Convenção. A Corte afirmou, em diversas ocasiões, que” [1] a Convenção tem a finalidade de

999 Vejam-se os parágrafos 162 e 166 da sentença da Grande Câmara.

1000 Assembleia Geral das Nações Unidas, “Princípios guia sobre pobreza extrema e direitos humanos” 18 de julho de 2012, A/HRC/21/39, parágrafo 36. O Conselho para os direitos humanos das Nações Unidas adotou estes princípios através *consensus* em sua Resolução 21/11 em setembro de 2012. É necessário lembrar que estes princípios evidenciam a necessidade de “rever os quadros legais e administrativos para proteger as pessoas que vivem na pobreza, de inapropriadas intrusões em sua privacidade por parte das autoridades. Políticas de vigilância condicionalmente legal ao welfare e outros critérios administrativos devem ser revistos para assegurar que não seja imposto um peso desproporcional sobre aqueles que vivem na pobreza ou que não seja invadida a sua privacidade”. (Ibid., parágrafo 72).

1001 Veja-se *Evans c. Regno Unito* (GC), n. 6339/05, parágrafos 77, ECHR 2007-I. ²¹ Veja-se *Alajos c. Ungheria*, n. 38832/06, parágrafo 42, 20 de maio de 2010.

1002 Vejam-se os parágrafos 137 e 138 da sentença da Grande Câmara.

tutelar, não os direitos que sejam teóricos e ilusórios, mas sim, direitos concretos e efetivos”¹⁰⁰³ .

14. Esta premissa fundamental nos recorda que a missão da Corte consiste em assegurar o efetivo proveito dos direitos da Convenção a um nível individual. Como a Corte, pela primeira vez afirmou em *Handyside c. Regno Unito*, a supervisão europeia” cobre, não somente a norma de base, mas também a decisão que a aplica, mesmo quando essa é emitida por uma Corte independente”¹⁰⁰⁴. Portanto, a apuração da interferência sofrida pela senhora Garib não deveria ter sido verificada exclusivamente ou principalmente ao nível das medidas de caráter geral que regulam as permissões de moradia nos bairros desfavorecidos – o que, em todo caso, levaria à conclusão de que foi ilegítima, conforme já demonstrei – mas também, e sobretudo, deveria considerar a medida individual em base à qual à recorrente foi negada a permissão. A relação explicativa do Protocolo n.4²⁵ confirma esta conclusão a partir do momento em que seus redatores decidiram não permitir, de acordo com o Artigo 2 do Protocolo, que o direito de escolher o próprio lugar de residência pudesse ser limitado por razões econômicas, evidenciando que a escolha de políticas de caráter geral, e da geral política econômica em particular, não pode abater os direitos individuais. Esta era uma das argumentações adotadas pelos proponentes da posição adotada na época, segundo a qual “a adoção de um diferente ponto de vista concederia aos Estados de restringir a liberdade de circulação, não somente dos estrangeiros, mas também dos próprios cidadãos por razões econômicas, e isto representaria um retrocesso, mais que um progresso, na proteção dos direitos individuais”¹⁰⁰⁵. Com certeza a maioria do colegiado era contrária à inserção de uma previsão que permitisse limitações em base à situação econômica “¹⁰⁰⁶. Portanto, qualquer interpretação mercantilista do quarto parágrafo, que aceite restrições ao direito de escolher livremente o próprio lugar de residência, fundada exclusivamente ou primariamente em critérios relativos à situação econômica geral, assim como o critério da renda dos habitantes, colidir-se-ia com a expressa intenção dos redatores do Protocolo n. 4. Mas esta é exatamente a possibilidade que a Grande Câmara aceitou erroneamente no presente caso”¹⁰⁰⁷ .

1003 Veja-se Airey c. Irlanda, 9 de outubro de 1979, parágrafo 24, Série A. n. 32.

1004 Veja-se *Handyside c. Regno Unito*, 7 de dezembro de 1976, parágrafo 49, Série A n. 24. ²⁵ Relatório explicativo relativo ao Protocolo n.4 da Convenção para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, que reconhece direitos e liberdades posteriores em relação àqueles que já figuram na Convenção e no relativo Protocolo n. 1, Estrasburgo, 16 de setembro de 1963, STE n.46.

1005 Veja-se o parágrafo 15 (f) do relatório explicativo.

1006 Veja-se o parágrafo 18 do relatório explicativo.

1007 Sobre este ponto eu compartilho da opinião expressa na opinião dissidente dos juízes López Guerra e Keller anexa à sentença da Câmara (parágrafo 6). Em essência: a interpretação adquirida no parágrafo 109 da sentença da Grande Câmara, de acordo com a qual o quarto parágrafo foi adicionado para permitir limitações ao direito de livre circulação e liberdade de escolher o próprio lugar da residência por razões de “bem-estar econômico”, está literalmente em contraste com a primeira frase do parágrafo 18 do relatório explicativo, que se refere expressamente ao quarto parágrafo. O comitê de redação, no quarto parágrafo,

B. A falta de proporcionalidade na interferência no direito da recorrente (parágrafos 15-21).

15. Do momento em que o objeto sob o crivo da Corte é na realidade, a medida individual aplicada à recorrente, esta é a providência à qual deve ser aplicado o teste de proporcionalidade da interferência em relação a finalidade perseguida. No caso em questão, porém, seja sob o terceiro, seja sob o quarto parágrafo do Artigo 2 do Protocolo n. 4, a interferência em questão não pode ser considerada como proporcional ao objetivo perseguido. Além disso, a causa desta falta de proporcionalidade tem uma dupla natureza: a medida não somente não era necessária (1) mas sequer baseava-se em um adequado equilíbrio dos relevantes interesses em jogo (2).

1. A FALTA DA NECESSIDADE DA MEDIDA (PARÁGRAFOS 16 -17)

16. A negação de uma permissão de moradia à senhora Garib, que desejava mudar para um apartamento mais amplo no bairro onde já vivia, não correspondia a nenhuma necessidade à luz das circunstâncias do caso. Neste sentido não se pode dizer, como fez a Grande Câmara, que a medida se justificava pela adequação dos meios utilizados em relação aos fins perseguidos. A Comissão pela igualdade de oportunidades destacou que o regulamento de 2003 e a Lei sobre as medidas especiais para os problemas dos centros urbanos causassem uma discriminação indireta baseada na raça de pessoas descendentes de imigrantes não europeus e no gênero no caso de mães trabalhadoras, e que estas distinções não fossem justificadas, considerada a disponibilidade de medidas alternativas¹⁰⁰⁸. Os relatórios sobre a aplicação da legislação no assunto, hoje disponíveis, revelam que nenhuma melhora apreciável foi alcançada por estas medidas. Estas mostram de fato, como os problemas que as autoridades quiseram enfrentar, não podem ser atribuídos “aos pobres”. Portanto, apesar dos candidatos a obter permissões de habitação, tenham sido avaliados em base a sua renda e, portanto, assegurando a gradual limpeza dessas áreas, nenhum progresso significativo foi alcançado na qualidade de vida ou na sensação de segurança. Para piorar as coisas, os efeitos desta legislação são muito alarmantes. O relatório de 2007 revela que somente 40% dos indivíduos a quem foi negada a permissão de moradia por razões ligadas a sua situação social e econômica, encontraram rapidamente uma nova habitação. Este número aumentou em mais dois terços em 2009. Mas, no mesmo ano, o relatório revela que, enquanto o número de residentes beneficiados por um benefício social, caiu nos bairros desfavorecidos, a falta de segurança percebida

aceitou certamente as restrições fundadas no interesse público, com exceção daquelas fundadas nos requisitos de “bem-estar econômico”.

1008 Veja-se o parágrafo 45 da sentença da Grande Câmara.

da, não só não se reduziu em termos absolutos, mas, até mesmo aumentou. Os autores até admitiram que “o efeito da permissão de moradia neste sentido, foi limitado”¹⁰⁰⁹. Os dados contidos no relatório de 2011 não são mais positivos¹⁰¹⁰. O relatório mais recente da Universidade de Amsterdam publicado em 2015, contém as mesmas conclusões depois de quase dez anos da entrada em vigor da Lei sobre medidas especiais para os problemas dos centros urbanos¹⁰¹¹. Isto certamente confirma a falta de segurança e qualidade de vida nas áreas em questão, mas acima de tudo reconhece que “os bairros indicados apresentaram um resultado mais negativo na sua pontuação em relação aos outros bairros da cidade” e que ainda “resulta que os bairros objeto da lei mostram um desenvolvimento significativamente pior a respeito de outros bairro de Rotterdam”¹⁰¹². A medida em questão, portanto, simplesmente se revelou ineficaz em relação à perseguição do legítimo objetivo anunciado pelas autoridades¹⁰¹³.

Mas, mesmo estando prevista sua natureza temporária¹⁰¹⁴, a legislação foi estendida e reforçada por uma emenda, que entrou em vigor 14 de abril de 2014, não obstante fosse claro que não produziria os efeitos esperados¹⁰¹⁵. Prevendo a possibilidade de renovação por sucessivos períodos de quatro anos a partir da entrada em vigor desta emenda, porém a medida foi prorrogada indefinidamente. Em outros termos, a aparência da “duração limitada” ligada a uma medida de “distinção indireta”, usando as palavras do Conselho de Estado, foi abandonada¹⁰¹⁶. Depois de mais de dez anos de aplicação de uma norma discriminatória em relação aos pobres, sem ter obtido o mínimo sucesso, nem uma melhora das condições de vida, nem sequer uma redução na criminalidade e desordem públi-

1009 Veja-se o parágrafo 62 da sentença da Grande Câmara.

1010 Veja-se o parágrafo 70 da sentença da Grande Câmara.

1011 Não compreendo por que a maioria considerou esta relação como não relevante (se veja o parágrafo 48 da Grande Câmara). Mesmo que a maioria tenha se baseado no precedente representado por *Lithgow e altri c. Regno Unito* (08 de julho 1986 parágrafo 132, Série A n. 102 Essa ignorou a muito mais recente conclusão contida em *S.H. e altri c. Austria84* (GC) N. 57813/00, parágrafo 84 ECHR 2011) Segundo a qual a Corte poderia levar em consideração os melhoramentos ocorridos depois das decisões das autoridades nacionais. Além disso, a mesma maioria utilizou as e de avaliação de 2009 e de 2011 na sua motivação (veja-se parágrafo 154 da sentença da Grande Câmara Portanto, pelas motivações da maioria deve-se concluir que os documentos em questão, sucessivos aos fatos do caso em questão não tenham todos o mesmo peso.

1012 Veja-se o parágrafo 74 da sentença da Grande Câmara.

1013 A este ponto é merecido mencionar o fato que a conclusão da Universidade de Amsterdam, foi confirmada por dados mais recentes. Se vejam Van Gent e altri (2017), “Exclusion as urban policy” citada em precedência: Esta análise examina os efeitos socioespaciais da lei a Rotterdam entre 2006 e o 2013. Enquanto a lei produz mudanças sociodemográficas, as condições do ambiente de habitação nas áreas indicadas parece estar piorando mais do que melhorando. Os nossos resultados mostram que a política limita o direito dos grupos excluídos sem nenhum aparente melhoramento na segurança ou na vida. A lei contribuiu em piorar a posição dos residentes excluídos no mercado imobiliário (...) a mobilidade e as escolhas dos cidadãos desocupados se reduziram”.

1014 Foi aprovado em 2006 por um termo inicial fixado em quatro anos (se veja o parágrafo 40 da sentença da Grande Câmara.

1015 Vejam-se os parágrafos 78 e 130 da sentença da Grande Câmara. Em 2010 a individualização das “áreas sensíveis” introduzida em 2006 foi estendida por um segundo termo de quatro anos (veja-se o parágrafo 41 da sentença da Grande Câmara).

1016 Como afirmado pela Uitermark e altri in “The statistical politics of exceptional territories” citado anteriormente, p. 66 “A exceção se torna a norma. Isto é o que houve com a lei de Rotterdam (...). Isto é ainda mais evidente considerando que a lei foi explicitamente prevista como uma medida temporária que deveria ser utilizada como último recurso – documentos ministeriais fazem literalmente referência à medida como último remédio”.

ca nos bairros afetados, o legislador insistiu e persistiu no seu erro adotando as já citadas emendas à lei, que entraram em vigor em 2017¹⁰¹⁷.

17. Por fim, a necessidade da medida em questão é posteriormente contradita por uma análise dos fatos de causa. Apesar de a Sra. Garib gozar de uma renda proveniente da benefícios sociais, esta já morava no bairro de Tarwewijk. Em consequência, o seu despejo não se enquadrava nos objetivos da lei, que procurava modificar a composição da população das áreas afetadas, selecionando os novos ingressantes. Não há garantias de que os novos ocupantes da casa anterior da Sra. Garib, ou aqueles da casa na qual ela queria se transferir, teriam percebido rendas do trabalho. O fato de viver por mais de seis anos na área afetada concederia uma revogação ao mecanismo, mas a sra. Garib não conseguiu cumprir esta condição. Portanto, o fato de negar a permissão a uma pessoa que era já residente no bairro, mas que havia vivido lá por menos de seis anos não tem sentido à luz dos objetivos da lei e a medida contestada, considerando todas as conclusões apenas expostas, não pode ser considerada como necessária para a persecução do declarado objetivo legislativo.

2. A FALTA DE UM APROPRIADO EXERCÍCIO DE EQUILÍBRIO (PARÁGRAFOS 18-21)

18. Em adição ao requisito da necessidade, uma interferência nos direitos da Convenção deve ser proporcionada *per se*, ou seja, deve assegurar o devido equilíbrio entre os interesses em conflito¹⁰¹⁸. Uma vez que o teste de proporcionalidade é aplicado à medida individual, não se pode considerar que a interferência no direito da recorrente no presente caso satisfaça esta condição por numerosas razões.

19. O elemento mais significativo relativo à não proporcionalidade da medida, diz respeito à total ausência de uma análise específica da situação da recorrente. Mesmo que o Governo tenha admitido desde o início que tivesse ocorrido uma interferência no direito da sra. Garib, as autoridades não julgaram necessário analisar o seu impacto sobre sua situação individual. A mesma omissão é visível nas motivações da Divisão do contencioso administrativo, que simplesmente considerou como “não parece que Garib não possa obter uma moradia adequada em outro lugar da cidade ou daquela região”.

20. A recorrente é uma mãe solteira com dois filhos e conta com um subsídio para sustentar si própria e sua família. Inicialmente, vivia em um pequeno e deteriorado apartamento com seus filhos quando o proprietário do imóvel lhe ofereceu o aluguel de um apartamento com três quartos, mais adequado às suas

1017 Veja-se o parágrafo 79 da sentença da Grande Câmara.

1018 Veja-se *Klass e altri c. Germania*, 6 de setembro de 1978, parágrafo 59, Serie A n. 28.

necessidades e situado a apenas quarenta metros de distância. Ela já havia começado a se instalar em seu novo apartamento quando foi informada da decisão que lhe negava a permissão de habitação. Como a recorrente já vivia na zona em questão, a recusa em autorizar a realizar a mudança para uma residência disponível na mesma zona – considerando as condições de vida da família e os efeitos da medida em sua já precária situação – não pode ser considerada em observância com o justo equilíbrio entre os importantes interesses individuais ora em jogo e o interesse coletivo que esta medida se destinava a proteger.

21. Finalmente, não resta dúvidas de que medidas menos restritivas poderiam satisfazer a intenção “declarada” da legislação em questão. O desenvolvimento de ações de renovação e promoção destes bairros poderia igualmente ser levado em consideração para atrair residentes com renda mais elevada. Uma presença mais reforçada da polícia e a adoção de políticas públicas sociais poderiam, da mesma forma, contribuir para a melhora da sensação de segurança e da qualidade de vida no local. É também particularmente significativo que os Países Baixos sejam o único país europeu a adotar, pelo que se sabe, este tipo de estratégia¹⁰¹⁹, enquanto muitos outros países buscam influenciar a composição da população nas áreas urbanas em uma perspectiva de dessegregação, como por exemplo na França, Alemanha, Suíça e Bélgica. Estes países, ao contrário, optaram por uma regulamentação de grupos vulneráveis em numerosas áreas, impondo uma quota mínima de habitações populares¹⁰²⁰. Por último, é difícil compreender como a expulsão dos habitantes dos bairros em questão poderia ser a medida mais eficaz sob uma ótica de “desguetização”, à luz da considerável interferência causada por este tipo de medida a direitos fundamentais dos interessados¹⁰²¹. Em realidade, o cerne da questão parece, em minha opinião, dizer

1019 Nos parágrafos §§ 87-92 da sentença da Grande Câmara, a maioria discute em detalhes o exemplo dinamarquês a respeito da prática adotada em outros estados do Conselho da Europa, mas são situações bastante diferentes. Na Dinamarca, as limitações aplicáveis a “residentes sem trabalho” dizem respeito apenas aquelas que solicitaram alojamentos populares. Isto não corresponde à situação da recorrente no presente caso. A literatura especializada confirma a unicidade da legislação holandesa (ver Van Gent e outros (2017), “*Exclusion as urban policy*”, supracitado, p. 5).

1020 Para uma introdução às várias políticas alternativas de requalificação urbana aplicada na Europa, ver Widmer e Kübler (eds), *Regenerating Urban Neighbourhoods in Europe, Eight case Studies in six European Countries, Centro per gli studi democratici di Aarau, Working Paper n. 3*, maio de 2014, com um Artigo de Van Ostaaijen, “*Regenerating Urban Neighbourhoods (RUN): an overview for Rotterdam*”, pp. 179-212; Uitermark (2014), “*Integration and control: The governing of urban marginality in Western Europe*”, in *International Journal of Urban and Regional Research* 38(4): 1418-1436; van Ham e outros (eds) (2012), *Neighborhood Effects Research: New Perspectives*, Dordrecht: Springer; Van Gent (2010), “*Housing context and social transformation strategies in neighbourhood regeneration in Western European cities*”, in *International Journal of Housing Policy* 10(1): 63-87; Van Gent e outros (2009), “*Disentangling neighborhood problems: Area-based interventions in Western European cities*”, in *Urban Research & Practice* 2(1): 53-67; Irlanda (2008), “*Comparing responses to ethnic segregation in urban Europe*”, in *Urban Studies* 45 (7): 1333-1358; e Galster (2007), “*Should policy makers strive for neighborhood social mix? An analysis of the Western European evidence base*”, in *Housing Studies* 22 (4): 523-545.

1021 Uma política habitacional favorável aos pobres deveria “[a]ssegurar um adequado gasto público para habitações acessíveis e promover políticas e programas que permitam o acesso a habitações a preço acessível para pessoas que vivem na pobreza. Tais políticas e programas deveriam reconhecer uma certa prioridade aos grupos mais desfavorecidos e poderiam incluir programas de financiamento para construção habitacional, requalificação dos quarteirões centrais mais pobres, qualificação e regularização de assentamentos abusivos e/ou subsídios estatais para alugueis ou créditos para proprietários de casas” (“Princípios guias sobre pobreza extrema e direitos humanos”, cit. § 80). Ver também o Comentário Geral n. 4/19991 do Comitê para os direitos econômicos, sociais e culturais: o direito a um alojamento adequado (Artigo 11 (1) do Pacto), 1 de janeiro de 1992,

respeito a outro aspecto, notadamente a quase intenção do Governo em liberar as áreas interessadas de seus residentes mais desfavorecidos, recorrendo a esta política habitacional, e ao mesmo tempo reduzindo massivamente os investimentos em programas de integração positiva para grupos marginalizados, na renovação dos serviços públicos e restauração de edifícios nas áreas interessadas¹⁰²².

III. A DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVOS DE PRECARIIDADE SOCIAL (§§ 22-39)

22. A interferência no direito da sra. Garib de escolher livremente o próprio local de moradia esconde o verdadeiro problema neste caso. Por detrás da normativa habitacional holandesa reside um problema ainda mais grave, de discriminação de pessoas com base em suas condições de precariedade social. O presente caso, neste sentido, é fundamental, e forneceu ao Tribunal a oportunidade de adotar uma posição frente um fenômeno social que está em constante expansão. Embora o mundo tenha presenciado um crescimento econômico sem precedentes, o *gap* nos termos de riqueza se tornou intolerável e as condições de vida dos grupos vulneráveis representa, mais do que nunca, uma violação da dignidade humana. Nestas circunstâncias, os grupos menos privilegiados sofrem de uma discriminação latente, que é tanto causa quanto consequência de sua pobreza¹⁰²³.

23. O caso *Garib c. Países Baixos* infelizmente ilustra esta *trend* (tendência?), uma vez que a legislação holandesa cria, indubitavelmente, uma discriminação baseada na situação econômica e social dos habitantes (A). Este caso demandou ao Tribunal, em paralelo, o enfrentamento do problema a respeito das formas de discriminação insidiosas, indiretas ou interseccionais (B).

A. A base discriminatória da legislazione holandesa (§§ 24-30)

24. Infelizmente, a recorrente deixou de contestar, em suas observações, uma violação ao Artigo 14 da Convenção. Não obstante, respeitando o princípio *jura novit curia*, o Tribunal teve a capacidade de examinar o caso na perspectiva da proibição à discriminação. Ademais, as partes analisaram certos aspectos do caso em termos de discriminação e os tribunais nacionais foram chamados a se

§11: “Os Estados partes devem dar a devida prioridade àqueles grupos sociais que vivem em condições desfavoráveis, dando-lhes particular atenção. Políticas e normativas não devem, por consequência, ser pensadas para favorecer grupos sociais já avantajados em detrimento dos outros”; e o Comentário Geral n. 27 do Comitê para os Direitos Humanos sobre a Liberdade de Movimento (Artigo 12), de 2 de novembro de 1999 (§§16 e 17): o Comitê criticou as previsões normativas que exigem aos indivíduos a apresentação de solicitação para obter permissão habitacional para mudar sua moradia ou para obter a aprovação das autoridades locais sobre o local de destinação.

1022 Ver, para este propósito, as conclusões de Van Gent e outros (2017), “*Exclusion as urban policy*”, cit. pp. 5 e 14.

1023 “Princípios guia sobre Pobreza Extrema e Direitos Humanos”, cit., § 8, p. 5.

pronunciar acerca do assunto¹⁰²⁴. Este ponto de vista teria dado à Grande Câmara a oportunidade de iniciar uma evolução essencial na jurisprudência europeia, incluindo expressamente a pobreza enquanto uma das causas de discriminação vedadas pelo Artigo 14 (1), bem como para avaliar o caráter discriminatório do tratamento sofrido pela recorrente.

I. A POBREZA COMO CRITÉRIO DE DISCRIMINAÇÃO (§§ 25-26)

25. A luta contra a extrema pobreza se tornou uma questão-chave no tema do desenvolvimento, especialmente a partir dos anos 90. O crescimento econômico e o aumento da riqueza tiveram como consequência, paradoxalmente, uma maior atenção sobre os mais desfavorecidos, aqueles que foram excluídos deste fenômeno. A considerável diferença nos standards de vida, mesmo no âmbito interno de uma mesma sociedade, deu origem a uma verdadeira preocupação a nível internacional. A definição de precariedade (falta de proteção social básica), como proposta pelas Nações Unidas, é particularmente significativa. A formulação é a seguinte¹⁰²⁵:

“A falta de proteção social básica denota a ausência de um ou mais fatores que permitem aos indivíduos e às famílias de assumirem responsabilidades básicas e gozarem dos direitos fundamentais. A situação pode se tornar generalizada e ter como resultado consequências mais graves e permanentes. A falta de proteção social básica leva à pobreza crônica quando afeta simultaneamente vários aspectos da vida das pessoas, quando é prolongada no tempo e quando compromete severamente a possibilidade das pessoas recuperarem seus próprios direitos e reasumirem suas responsabilidades em um futuro próximo”.

Esta definição é particularmente útil, visto que tem o mérito de evidenciar imediatamente a natureza multifacetada da pobreza e de suas consequências. A pobreza contém, portanto, em si mesma, um alto poder destrutivo, uma vez que põe em risco o gozo de múltiplas liberdades fundamentais. É por esta razão que as Nações Unidas convidaram seus Estados-membros a adotarem estratégias baseadas nos direitos humanos para reduzir a pobreza¹⁰²⁶. A erradicação da pobreza, em particular, está entre os objetivos do milênio, fixados em 2000¹⁰²⁷. Neste sentido, a precariedade social é um problema global para o direito internacional

1024 Ver o § 95 da sentença da Grande Câmara. Ver, também, a opinião dissidente do juiz López Guerra e Keller anexa à sentença do Tribunal, em referência aos “princípios aplicáveis com relação à discriminação” (§ 14).

1025 Relatório conclusivo sobre direitos humanos e pobreza extrema, publicado pelo relator especial Leandro Despouy, e adotado pela Comissão para os direitos humanos, Genebra, 1996 (E/CN.4/Sub.2/1996/13), p. 63.

1026 “Princípios guia sobre pobreza extrema e direitos humanos”, cit., § 50.

1027 Assembleia Geral das Nações Unidas, “Declaração do Milênio”, de 8 de setembro de 2000 (A/RES/55/2).

dos direitos humanos, evidenciando mais uma vez, em caso de necessidade, a interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos.

26. Indo para além da sua dimensão individual e dos dramáticos efeitos que traz para a vida cotidiana e para o futuro das pessoas afetadas, a pobreza também modifica, da pior forma possível, a sua relação com outros indivíduos e com a sociedade. O risco de estigmatização e discriminação é, ao mesmo tempo, agravado e agravante para os indivíduos em uma situação de precariedade. O acesso a determinados serviços básicos, bem como a sua plena e completa integração no tecido social, pode ser colocada em risco pela sua situação social e econômica, como resultado de estereótipos e preconceitos negativos que continuam a ser difundidos. Neste sentido, há muitos instrumentos de direito internacional que proíbem a discriminação com base na “condição/situação econômica”, ou na “origem social”, como por exemplo: o Artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; o Artigo 2, § 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o Artigo 1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos; o Artigo 1, §1, da Convenção da OIT sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação; a Convenção UNESCO contra a Discriminação na Educação; o Artigo 14 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Artigo 1 do relativo Protocolo n. 12. O Artigo 30 da Carta Social Europeia dispõe, em particular, acerca do direito a proteção contra a pobreza e a marginalização social, impondo aos Estados¹⁰²⁸:

“(…) adotar medidas no âmbito de uma abordagem global e coordenada para promover o acesso efetivo, em particular ao emprego, moradia, formação profissional, educação, cultura, assistência social e médica a pessoas que se encontram, ou que estão em risco de se encontrar, em situação de marginalização social ou de pobreza, bem como as suas famílias”.

Isto também está previsto em diversas legislações nacionais, em particular na lei francesa, que acrescenta “a particular vulnerabilidade que deriva da aparente ou conhecida situação econômica” dentre os critérios de discriminação censurados pela lei, desde 2016¹⁰²⁹. O Artigo 3 da Constituição italiana proclama a igualdade entre todos os cidadãos perante a lei, sem qualquer distinção “de condições pessoais e sociais”. A lei belga proíbe uma discriminação baseada *inter alia* na “riqueza” ou na “origem social”. Este fenômeno não é limitado à Europa,

1028 Ver também a Diretiva 2000/43/EC, de 29 de junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas independentemente da raça e origem étnica, e a Diretiva 2004/113/CE do Conselho, de 13 de dezembro de 2004, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulher no que diz respeito ao acesso a bens e serviços, bem como que proíbe a discriminação no acesso à moradia. Com relação à normativa europeia nesta área, ver *The meaning of racial or ethnic origin in EU law: between stereotypes and identities*, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, redigido por Lilla Farkas, 2017, com uma interessante análise do presente caso; “*La discrimination dans le logement, Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination*”, redigido por Julie Ringelheim e Nicolas Bernard, 2013; e “*Report on measures to combat discrimination directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*”, Relatório Nacional, 2011, Países Baixos, de Rikki Holtmaat.

1029 Lei n. 2016-832, de 24 de junho de 2016, sobre prevenção contra a discriminação causada pela precariedade social, JORF n. 0147, de 25 de junho de 2016.

de modo que exemplos podem ser encontrados nas constituições da África do Sul¹⁰³⁰, Bolívia¹⁰³¹ ou Equador¹⁰³². A Corte Interamericana de Direitos Humanos já recepcionou estas normas. No caso *Gonzalez Lluy c. Equador*, a pobreza foi incluída como uma das causas de discriminação sofridas pela recorrente, em observância ao Artigo 1 (1) da Convenção Americana de Direitos do Homem. A referida Corte explicou claramente como “Talia Gonzales Lluy sofreu uma discriminação devido a sua situação de pessoa portadora de HIV, com um filho, mulher e que vive em condição de pobreza”¹⁰³³. É evidente, portanto, como a pobreza é vista pelos juízes interamericanos como um potencial fator de discriminação, proibido pela Convenção americana. À luz desta concepção uniforme da pobreza como um motivo de discriminação, proibida, é relevante sublinhar novamente a necessidade de interpretar a Convenção europeia não de forma isolada¹⁰³⁴, mas à luz do direito internacional pertinente ou de qualquer consenso que possa emergir dentre os Estados Partes. Sempre se deixou claro que “o Tribunal nunca considerou as normas da Convenção como a única normativa de referência para a interpretação dos direitos e liberdades por ela reconhecidas”¹⁰³⁵. É, portanto, essencial reconhecer que a precariedade social é um dos motivos de discriminação proibidos pelo Artigo 14 da Convenção¹⁰³⁶.

2. A DISCRIMINAÇÃO CONTRA A RECORRENTE COM BASE NA PRÓPRIA CONDIÇÃO SOCIAL E ECONÔMICA (§§ 27-30)

27. Não há dúvida de que existe uma ligação entre as políticas habitacionais e os riscos de discriminação que podem emergir deste tipo de escolha, com base em situações precárias dos indivíduos. Em seus comentários ao Artigo 30 da Carta Social Europeia, o Comitê Europeu dos Direitos Sociais (CEDS) já sustentou, anteriormente, que “as medidas adotadas para este fim devem promover, bem como remover os obstáculos, ao acesso aos direitos sociais fundamentais, em particular o trabalho, moradia, formação, educação, cultura e assistência social e médica”¹⁰³⁷. Os “Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Pobreza Extrema e Direitos Humanos”, que contêm normas de “*soft law*”¹⁰³⁸, abordam de

1030 Artigo 9 §3.

1031 Artigo 14.

1032 Artigo 11.

1033 Corte Interamericana dos Direitos Humanos (Corte IDH) *Gonzales Lluy e outros c. Equador (exceções preliminares, mérito, reparação e custas)*, sentença de 1 de setembro de 2005, Série C n. 298, § 291.

1034 *Loizidou c. Turquia (mérito)*, de 18 de dezembro de 1996, § 43, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI.

1035 *Demir e Baykara c. Turquia* [GC], n. 34503/97, § 67, TEDH 2008.

1036 Acerca das condições de vulnerabilidade dos pobres de acordo com a Convenção, ver Lavrysen (2015), “*Strengthening the protection of Human Rights of Persons Living in Poverty under the ECHR*”, em *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 33 (3), pp. 293-325.

1037 Observações interpretativas do Artigo 30, ver também Conclusões 2003, França, p. 227.

1038 Para uma análise sobre o valor legal de este tipo de texto de normativo, ver a minha opinião separada em *Mursić* (cit.).

fora específica a questão. Invocam o reconhecimento de um adequado direito à moradia e à segurança do emprego, observando o seguinte¹⁰³⁹:

“A discriminação ao acesso à moradia, a ausência de moradia em valores acessíveis e a especulação sobre casas e terrenos, além das violações causadas por agentes privados – incluindo proprietários de imóveis, agentes imobiliários e empresas financeiras – contribuem para que pessoas que já vivem em condição de pobreza se tornem ainda mais vulneráveis e mais expostas à miséria”.

Aos Estados Partes é solicitado, portanto, “reconhecer prioridade às pessoas e às comunidades que vivem na pobreza com relação à alocação em moradias e terrenos, especialmente quando o acesso a empregos e serviços está disponível”¹⁰⁴⁰.

28. Diversas autoridades e órgãos internacionais têm demonstrado particular preocupação no que diz respeito à normativa habitacional holandesa em discussão neste caso em especial. A maioria simplesmente ignorou os numerosos e repetidos pareceres do Comitê dos Direitos Humanos das Nações Unidas, do CEDS, da Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância (ECRI) e do Comissariado da Europa para os Direitos Humanos do Conselho da Europa, no que diz respeito à questão específica ora discutida. Isto representa uma outra escolha metodológica por parte da maioria que me é difícil de compreender. É particularmente difícil compreender porque os documentos extremamente valiosos produzidos pelo CEDS, que é organismo competente em matérias relativas ao direito de moradia e à discriminação no acesso à moradia, foram ignorados¹⁰⁴¹.

Já em 2007, em seu terceiro relatório sobre a situação nos Países Baixos, a ECRI se pronunciou da seguinte forma¹⁰⁴²:

“(...) a ECRI aconselha fortemente às autoridades holandesas a supervisionarem o impacto das medidas adotadas nestas áreas e garantirem que elas respeitem a vedação à discriminação, direta ou indiretamente, com base nos fundamentos definidos no mandato da ECRI. Recomenda encerrar políticas que violem esta vedação. (...) A ECRI recomenda que, nos seus esforços para combater a segregação de fato, as autoridades holandesas deem prioridade a medidas destinadas a melhorar as condições socioeconômicas nas áreas desfavorecidas”.

No relatório de 2009 acerca de sua visita nos Países Baixos, o Comissário para os Direitos Humanos do Conselho da Europa destacou o potencial discrimi-

1039 “Princípios guia sobre pobreza extrema e direitos humanos (cit.), § 79.

1040 *Ibid.*, § 80.

1041 Nunca antes o Tribunal foi chamado a examinar um caso com tão grandes consequências sobre direito à residência de grupos desfavorecidos, bem como sobre a geografia política das cidades europeias. Sobre a proteção do direito à residência no direito internacional e europeu, ver o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, “*The Rights to Adequate Housing*”, *Factsheet* n. 21 (Rev. 1), e Kenna e Uhry, *Lent déploiement d’une chrysalide: Le droit européen au logement*, 2016.

1042 ECRI 92008)3, terceiro relatório sobre os Países Baixos, adotado em 29 de junho de 2007, §§ 72-75. Ver também ECRI (2013)39, quarto relatório sobre os Países Baixos, adotado em 23 de junho de 2013, §§ 87-91, que evidencia críticas específicas a respeito da discriminação ao acesso a alojamento para os trabalhadores sazonais provenientes da Polónia e de outros países do leste europeu.

minatório da legislação sobre pobres e desocupados, e solicitou que esta fosse reexaminada¹⁰⁴³.

Em suas conclusões de 2011 sobre o relatório apresentado pelos Países Baixos, o CEDS manifestou sua preocupação com o crescente potencial discriminatório da legislação holandesa, devido ao critério de rendimento para permissões de habitação¹⁰⁴⁴. O CEDS reconheceu como o interesse coletivo a melhorar a qualidade das habitações em determinadas áreas deve ser equilibrado com o interesse específico das categorias vulneráveis¹⁰⁴⁵. Por conseguinte, deu as seguintes sugestões ao governo holandês:

“O Comitê solicita que o próximo relatório esclareça como foi realizado o equilíbrio entre o interesse geral em melhorar a qualidade das habitações em determinadas áreas e o interesse específico de alguns grupos vulneráveis. Caso o próximo relatório não apresente evidências de que o estabelecimento de critérios de renda deste tipo não produziu efeito discriminatório em pessoas e famílias de baixa renda, então não haverá nada a ser demonstrado quanto ao cumprimento do Artigo 31, § 1, em relação ao acesso efetivo e gozo a uma moradia adequada”.

Esta solicitação permaneceu sem resposta¹⁰⁴⁶.

No nível das Nações Unidas, o Comitê de Direitos Humanos também expressou preocupação com esta situação em suas conclusões formuladas a respeito do relatório periódico apresentado pela Holanda em 2009. Como claramente afirmado¹⁰⁴⁷:

“(…) sujeitar a alocação de moradia em determinadas áreas sujeitas a condições de renda, no sentido da Lei de Medidas Especiais para os Centros Urbanos de 2006, a qual se acrescenta uma política consistente em colocar os indivíduos e suas famílias de baixa renda em bairros da periferia e do centro), poderia levar a violações do Artigo 12, § 1 e do Artigo 26 do Pacto (Artigo 2, 12 § 1, 17 e 26)”.

Assim que o CEDS concluiu que “o Estado-parte deve garantir que suas próprias normativas sobre acesso à moradia não discriminem famílias de baixa renda e respeitem o direito de todos a escolher sua própria residência”¹⁰⁴⁸.

1043 Relatório do Comissário para os direitos humanos do Conselho da Europa, Thomas Hammarberg, após sua visita aos Países Baixos, 21-25 de setembro de 2008, CommDH (2009)2, § 158.

1044 CEDS, Conclusões 2011, Países Baixos, 21-25 de setembro de 2008, Artigo 31-1, 2011/def/NLD/31/1/EN.

1045 As palavras extremamente claras e significativas do relatório do CEDS são as seguintes: “O Comitê reafirma que os Estados Partes devem assegurar a igualdade de tratamento em matéria de alojamento, nos termos do at. E da Carta. O Artigo proíbe a discriminação e, por consequência, estabelece a obrigação de assegurar que, na ausência de justificações objetivas e razoáveis, qualquer pessoa ou grupo com particular características possa gozar de maneira efetiva dos direitos garantidos pela Carta. Além disso, o Artigo E não apenas proíbe a discriminação direta, mas todas as formas de discriminação indireta. Uma discriminação poderia também surgir de não tomar a devida consideração a todas as relevantes diferenças, ou de não adotar adequados procedimentos para assegurar que os direitos e vantagens coletivas que são disponibilizadas a todos sejam realmente acessíveis por e para todos (*International Association Autism-Europe (Autisme) c. França*, recurso n. 13/2002, decisão sobre o mérito, de 4 de novembro de 2003, § 52 e *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) c. Itália*, recurso n. 58/2009, decisão sobre o mérito de 25 de junho de 2010, § 35).

1046 As conclusões de 2015 da CEDS sobre o Artigos 31-1, 31-2 e 31-3 relativas ao relatório apresentado pelos Países Baixos nada dizem a esse respeito. É evidente que o Governo evitou de falar sobre o assunto em seu relatório.

1047 Observações conclusivas do Comitê dos Direitos Humanos, 25 de agosto de 2009, CCRP/C/NLD/CO/4, §18.

1048 *Ibid.*

29. Em realidade, a Lei de Medidas Especiais para os Centros Urbanos tem aplicado, já desde 2006, um tratamento diverso baseado na fonte de renda da pessoa. Esta prevê, em seu artigo 5, que o Ministro pode identificar áreas onde as pessoas que procuram moradia possam ser avaliadas com base em determinados requisitos. O artigo 8 da referida Lei (ver § 21 da sentença), na verdade, exige uma das seguintes fontes de renda:

- “(a) rendimentos de emprego formal;
- (b) rendimentos de trabalho autônomo ou empresarial;
- (c) rendimentos de aposentadoria antecipada;
- (d) aposentadoria por tempo de contribuição, em conformidade com a Lei Geral correspondente;
- (e) aposentadoria por tempo de contribuição ou por morte, em conformidade com a Lei sobre os Salários (deduções fiscais) de 1964; ou
- (f) bolsas de estudo em conformidade com a Lei das Bolsas de Estudo de 2000”.

Esta diferença de tratamento fundada na fonte de renda não é, em realidade, baseada em qualquer fundamento objetivo, mas sim em uma latente estigmatização dos grupos mais desfavorecidos, que muitas vezes não vivem em situações de prosperidade. Isto é o que sobressai da linguagem utilizada pela autoridade neste sentido, como já mencionado. O *memorandum* explicativo relativo a Lei descreve o seguinte (ver § 26 da sentença):

“Detectou-se uma emergência relativa a concentrações de “pessoas desfavorecidas do ponto de vista socioeconômico” em áreas depreciadas do centro da cidade, com graves efeitos à qualidade de vida em decorrência do desemprego, pobreza e exclusão social. Muitos daqueles que poderiam se permitir a mudar o fizeram, o que leva a um maior empobrecimento das áreas já afetadas. Tal fenômeno, juntamente com um comportamento antissocial, com o influxo de imigrantes ilegais e com a criminalidade, reputava-se como a principal causa dos problemas de Roterdã”.

O Tribunal Regional, em sua decisão de indeferimento do pedido da recorrente, de 04 de abril de 2008, já havia indicado que “estes bairros depreciados eram caracterizados por uma concentração de indivíduos carentes), bem como (por) um nível considerável de insatisfação entre a população devido ao comportamento inapropriado, assédios e crime” (ver o § 26 desta sentença). Aos olhos tanto do legislador quanto do tribunal nacional, a pobreza e a desordem social estão, portanto, intimamente ligados. Esta abordagem torna-se ainda mais clara à luz da já referida alteração (ver § 8 acima), que entrou em vigor em 2017, e que incluiu na categoria de pessoas excluídas das áreas designadas todo o indivíduo conhecido da polícia ou dos tribunais, ou que seja suspeito de contribuir para um aumento da desordem ou do crime nas áreas em questão. Tal conclusão é abertamente em contraste com o princípio da presunção de inocência e, mais uma vez,

revela a perigosa estigmatização em que as autoridades incorreram¹⁰⁴⁹. É suficiente, portanto, ser meramente suspeito ou considerado capaz de causar eventuais assédios (e não se sabe como isso pode ser avaliado), ou pertencer a uma determinada categoria de pessoas vulneráveis (aqueles que não possuem rendimentos de trabalho) para poder sofrer uma interferência significativa no direito a escolher livremente o próprio lugar de residência. Em realidade, na base deste tratamento excepcional não se coloca a pragmática observação da necessidade de uma renda suficiente para poder pagar o próprio aluguel, mas sim a implícita equiparação dos sujeitos beneficiários de prestações sociais a fomentadores de desordem que devem ser expulsos das áreas a serem reabilitadas.

30. Na realidade, a recorrente foi utilizada como bode expiatório pela sociedade, apesar de sua situação particularmente vulnerável. A lei em questão afeta de fato uma específica categoria desfavorecida, impondo sobre ela um tratamento desfavorável em comparação com o tratamento reservado a maioria. Os grupos desfavorecidos da população que se encontram nesta situação estão, portanto, sujeitos a uma dupla punição, uma vez que precisam enfrentar as dificuldades decorrentes da pobreza juntamente com a estigmatização social constante. Esta ligação, realizada sistematicamente pela lei entre a desordem e outras formas de incivilidade, por um lado, e a pobreza, por outro, não tem sentido e não é corroborada por qualquer prova estatística. Preconceitos deste tipo contribuem para a perpetuação de estereótipos, com efeitos dramáticos sobre estes grupos populacionais, enquanto que, ao contrário, necessitavam de especial assistência para superar e melhorar a própria condição. Segue-se que a legislação que institucionaliza estes estereótipos e que reúne consideráveis consequências negativas para os indivíduos não pode ser reputada como objetivamente justificada para os fins da Convenção. Na minha opinião, poderia ser mais oportuno observar o presente caso por meio das lentes do Artigo 14, com o fim de identificar e censurar a discriminação sofrida pela Srta. Garib pela precária natureza da sua condição pessoal.

1049 Como evidenciado em Van Gent e outros (2017), “*Exclusion as urban policy*”, cit., p. 14: “A lei também havia sido ampliada em 2016, não apenas para melhorar as condições de vida, mas também para se concentrar, de maneira mais direta, na segurança pública. Desta vez contém previsões que permitem a exclusão de certos moradores com base no registro criminal, por “comportamentos antissociais”, por suspeita de extremismo e radicalismo. Estas mudanças políticas representam um passo a mais em direção a um programa de registro e exclusão”. Ver também em geral, quanto à estigmatização com base territorial e os efeitos estigmatizantes das políticas urbanas, especialmente a política de gentrificação urbana, Wacquant e outros, “*Territorial stigmatization in action*”, in *Environment and Planning A* 2014, 46: 1270-1280; Sakizlioglu e Uitermark (2014), “*The symbolic politics of gentrification: the restructuring of stigmatized neighborhoods in Amsterdam and Istanbul*”, in *Environment and Planning A* 2014, 46: 1369-1385; Van Duin e outros (2011), “*Marginality and stigmatization: identifying with the neighbourhood in Rotterdam*”, Conferência Annual RC21, 2011; Musterd (2008), “*Residents’ views on social mix: Social mix, social networks and stigmatisation in post-war housing estates in Europe*”, in *Urban Studies* 45 (4): 897-915; Van der Laan Bouma-Doff (2007), “*Confined Contact. Residential segregation and ethnic bridges in the Netherlands*”, in *Urban Studies* 44 (5/6): 997-1017; e Dean e Hastings (2000), *Challenging Images: Housing Estates, Stigma and Regeneration*, Bristol: Policy Press.

B. A pluralidade das formas de discriminação (§§ 31-39)

31. O caso *Garib c. Países Baixos* requisitava, ademais, ao Tribunal Pleno evidenciar a pluralidade das possíveis formas de discriminação, indo além da simples discriminação direta expressamente vedada pelo Artigo 14 da Convenção. Estas formas mais insidiosas de discriminação são ainda mais perigosas, visto que não são simples assim de serem individualizadas, sendo particularmente danosas pelas formas em que se sucedem. A recorrente, no presente caso, certamente sofreu uma discriminação indireta (1), ulteriormente agravada pela sua natureza interseccional (2).

1. A DISCRIMINAÇÃO INDIRETA SOFRIDA PELA RECORRENTE (§§ 32-33)

32. A normativa habitacional holandesa não apenas dá vida a uma discriminação direta, excluindo expressamente grupos desfavorecidos da população de determinadas áreas residenciais. A sua aplicação, por parte das autoridades, conduz à conclusão de que *de fato* algumas das pessoas envolvidas estavam sujeitas a consequências particularmente graves, diversamente da outra face da população, e, portanto, impondo-lhes um tratamento menos favorável do que aquele promovido a outros cidadãos holandeses. Esta é a epítome da discriminação indireta. O Tribunal Europeu já tem uma certa familiaridade com este conceito, assim definido em *D.H. c. República Tcheca*: “uma política ou um procedimento de caráter geral que tem efeitos negativos desproporcionalmente sobre um grupo particular pode ser considerado discriminatório também se este procedimento não é especificamente endereçado a aquele grupo”¹⁰⁵⁰. O coração desta discriminação indireta reside, assim, em uma situação *de fato* causada por uma previsão legal que não é diretamente endereçada contra um grupo particular. A discriminação indireta é tão perigosa quanto menos manifesta for. E, em algumas circunstâncias, este sequer é o objetivo do legislador. Entretanto, o Tribunal entendeu, no caso *Hugh Jordan c. Reino Unido*¹⁰⁵¹, que a intenção discriminatória não seria necessária para estabelecer a subsistência de uma discriminação indireta. A partir do momento em que houver uma denúncia, cabe, portanto, ao Estado provar que a legislação em questão não produz qualquer efeito negativo desproporcional sobre um determinado grupo¹⁰⁵². O CEDS também fez soar o alarme contra este tipo de política, destacando o que segue¹⁰⁵³:

1050 Ver *D.H. e outros c. República Tcheca* [GC], n. 57325/00, § 175, ECHR 2007-IV. Ver também *Oršić e outros* [GC], n. 15766/03, § 150, ECHR 2010.

1051 Ver *Hugh Jordan c. Reino Unido*, n. 24746/94, § 154, de 4 de maio de 2001.

1052 Ver *Timichev c. Rússia*, n. 55762/00 e 55974/00, § 57, ECHR 2005-XII.

1053 Compêndio de jurisprudência do Comitê Europeu para os Direitos Sociais, de 1 de setembro de 2008.

“O Artigo E não apenas proíbe a discriminação direta, mas também todas as formas de discriminação indireta. Tal discriminação indireta poderia ser causada por não se ter dado a devida consideração a todas as diferenças relevantes, ou por não se ter implementado procedimentos adequados para assegurar que os direitos e vantagens coletivas fossem abertos a todos e genuinamente acessíveis a todos e para todos”.

33. No presente caso, os juízes dissidentes em relação à sentença da Câmara já formularam as seguintes observações a respeito das restrições baseadas na renda¹⁰⁵⁴:

“Isto não só leva a uma estigmatização dos pobres, mas cria indiretamente uma discriminação baseada na raça e no gênero, a partir do momento em que as pessoas mais gravemente afetadas pelo desemprego são imigrantes e mães solteiras”.

Estudos demonstraram também que as mulheres – especialmente as mães solteiras – estão mais expostas ao risco de pobreza do que os homens¹⁰⁵⁵. Do mesmo modo, as estatísticas disponíveis – e o Tribunal já observou, anteriormente, como as provas estatísticas podem ser admissíveis em casos de discriminação¹⁰⁵⁶ – mostram que os imigrantes são sobrerrepresentados nas categorias de pessoas que enfrentam os riscos da pobreza e da exclusão social nos Países Baixos¹⁰⁵⁷. Neste sentido, a medida em questão tem um maior impacto nas mulheres e nos migrantes não europeus, como subcategorias do grupo afetado globalmente pela legislação nacional que já está sofrendo uma discriminação direta que, na minha opinião, é a causa. É simplesmente inconcebível que uma categoria vulnerável deva ser objeto de discriminação direta e que certas subcategorias internas sejam objeto, ulteriormente, de discriminação *de fato* ou discriminação indireta com

1054 Opinião dissidente do juiz López Guerra e Keller anexa à sentença da Câmara (§ 18).

1055 Lancker, “*Effects of poverty on the living and working conditions of women and their children, in Main causes of female poverty, compilation of in-depth analyses*”, Bruxelles, Parlamento Europeu, 2015, pp. 8-13.

1056 D.H. e outros c. República Tcheca, cit., § 180.

1057 Ver o § 74 da sentença da Grande Câmara, na passagem relativa ao excelente relatório da Universidade de Amsterdã já citado: “Mais frequentemente que no grupo de referência, as pessoas potencialmente rejeitadas são jovens, homens e vivem sozinhos. Mais frequentemente que no grupo de referência, as pessoas potencialmente rejeitadas são de origem não europeia, e muito mais frequentemente provêm da população europeia de migrantes. A tendência entre 2004 e 2013 mostra um forte aumento no percentual de pessoas pertencentes à população migrante europeia, principalmente de países do Leste da Europa, como Polónia, Bulgária e República Tcheca”. Ver também o artigo de Van Gent e outros, “*Exclusion as urban policy*”, cit.: “Embora os critérios para exclusão de moradores pareçam claros, a nossa análise demonstra que uma ampla parte da população é atingida. Identificou-se um diverso e dinâmico grupo de residentes de baixa renda, deixando implícita a hipótese de que estes indivíduos são um fardo. Em detrimento dos direitos e das concessões deste grupo, o governo expande a sua margem de apreciação aumentando as suas possibilidades de exercício do poder sob a forma da contenção e da exclusão. A lei foi idealizada por políticos de direita que promovem uma linha dura com a promessa de ‘consertar as coisas’ e reassumir o controle da cidade...”. No que diz respeito aos motivos e aos crescentes riscos relativos a estas políticas urbanas de discriminação contra minorias étnicas, sobre o slogan “a cor não é o problema, mas o problema tem uma cor” ver Ouwehand e Doff, “*Who is afraid of a changing population?*”, cit., pp. 112, 129, 138 e

139: “Mesmo se a versão final dos regulamentos não discrimina com base na origem étnica, mas utiliza, ao contrário, critérios econômicos, não se pode negar que esta política tenha sido desenvolvida para reduzir o aumento previsto das minorias étnicas em determinados bairros da cidade, e que os moradores pertencentes a minorias étnicas seriam mais afetados. Em segundo lugar, as autoridades municipais equipararam o aumento de moradores pertencentes a uma minoria étnica com um aumento dos problemas sociais e materiais. Ainda que a maioria destes habitantes não tenha precedentes criminais e não mostra algum comportamento antissocial, eles são equiparados àqueles que têm dificuldades. Os políticos e os administradores, por outro lado, vêm demonstrando uma tendência a estereotipar as minorias étnicas como um problema; o mesmo tipo de estereótipo se vê contra o aumento de trabalhadores imigrantes de outros países europeus, como Polónia, Bulgária e Romênia. Estas observações apoiam a tese segundo a qual esta política não era baseada em uma argumentação clara e precisa, mas sim em uma mera orientação política populista”.

base em seu sexo ou origem étnica. Este estado da arte tem aumentado consideravelmente a vulnerabilidade da Sra. Garib que, para além das consequências iniciais da medida que lhe foi imposta, tem também sofrido seus efeitos reflexos. Tudo isto serve para evidenciar a inadequação das justificativas apresentadas pelo Estado, em sua tentativa tornar aceitável uma evidente diferença de tratamento.

2. O RECONHECIMENTO DE FORMAS INTERSECCIONAIS DE DISCRIMINAÇÃO (§§ 34-39)

34. Em qualquer caso, a contribuição essencial do caso Garib ao tema da discriminação, a despeito de que o Tribunal – seja na Câmara seja na Grande Câmara – infelizmente se recusou a considerar, reside em se ter evidenciado, através dos fatos do caso, uma particular forma de discriminação que o direito europeu dos direitos humanos deveria incorporar em seu bastião de tutela legal. Refiro-me ao conceito de “discriminação interseccional”, que representa uma realidade que tem sido praticamente ignorada até hoje pelo sistema europeu enquanto tem sido cada vez mais reconhecido no direito internacional. É indispensável, agora, levar em consideração este fenômeno, de modo a alcançar uma compreensão ampla e global das várias situações discriminatórias e, portanto, garantir a efetividade dos direitos da Convenção.

35. O conceito de discriminação interseccional apareceu pela primeira vez no contexto do movimento feminista americano, nos escritos de Kimberle Crenshaw, que se debruçou sobre a específica situação das mulheres negras sujeitas a discriminação baseada tanto no gênero quanto na origem étnica. Em seus trabalhos, a autora procurou identificar a “intersecção”, ou o encontro, entre as formas de discriminação sofridas por estes subgrupos como o resultado da combinação entre gênero e cor. Ela explica, então, que “por conta da identidade interseccional enquanto mulher e pessoa de cor, constata-se geralmente, a marginalização de seus interesses e de suas experiências no âmbito dos discursos estruturados, a fim de fornecer uma resposta a uma ou outra destas dimensões (aquela do gênero e aquela da raça)”¹⁰⁵⁸. O conceito de interseccionalidade nos ajuda, portanto, a perceber as circunstâncias relevantes em sua completude, e não como feito até agora, por meio de uma perspectiva puramente unidimensional. Caminhando para além do conjunto de fatores discriminatórios, este método nos permite considerar os efeitos da intersecção das formas relevantes de discriminação.

1058 Ver Crenshaw, “*Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*”, *Stanford Law Review* Vol. 43, n. 6 (julho de 1991), p. 1244 (tradução francesa de “*Cartographie des marges: intersectionnalité, politique de l’identité et violences contre les femmes de couleur*”, in *Cahier du genre*, 2005/2, n. 39, p. 54), e o texto pioneiro de Crenshaw (1989), “*Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics*”, in *University of Chicago Legal Forum*, 139; para um recente registro da literatura sobre o tema, ver Goldblatt, *Intersectionality in international anti-discrimination law: addressing poverty in its complexity*, (2015) 21(1) *Australian Journal of Human Rights* 47.

minação. Em síntese, trata-se de reconhecer a natureza *composta* das fontes de discriminação e da *sinergia* de seus efeitos. Trata-se, portanto, da interação e do impacto simultâneo que caracteriza a distinção entre discriminação interseccional e múltiplas formas de discriminação¹⁰⁵⁹. Durante os trabalhos preparatórios para a Conferência Mundial contra o racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância, Radhika Coomaraswamy, que foi relatora especial sobre a violência contra as mulheres, submeteu à Assembleia Geral das Nações Unidas um relatório em que foi enunciada uma importante definição provisória do conceito. Ela expressou o seguinte ponto de vista¹⁰⁶⁰:

“A ideia de ‘interseccionalidade’ procura captar tanto as consequências estruturais quanto dinâmicas da interação entre duas ou mais formas de discriminação ou sistemas de subordinação. Diz respeito especificamente sobre o modo em que racismo, patriarcado, desvantagem econômica e outros sistemas de discriminação contribuem para criar camadas de desigualdade que definem as posições relativas de mulheres e homens, de raças e de outros grupos”.

36. Este instrumento metodológico, que é particularmente eficaz visto que permite enfrentar a discriminação multidimensional de uma maneira holística e considerar as consequências concretas para as vítimas, tem gradualmente conquistado um espaço no âmbito do direito internacional dos direitos humanos. O Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, por exemplo, expressou-se da seguinte forma na Recomendação n. 28¹⁰⁶¹:

“A interseccionalidade é um conceito fundamental para compreender o objetivo das obrigações gerais dos Estados Partes contidas no Artigo 2. A discriminação das mulheres com base no sexo e no gênero é indissolúvelmente ligada a outros fatores que afetam as mulheres, como raça, etnia, religião ou crenças, saúde, posição social, idade, classe, casta e orientação sexual e identidade de gênero. A discriminação com base no sexo ou gênero pode afetar as mulheres pertencentes a estes grupos com intensidade e formas diferentes com relação aos homens. Os Estados Partes devem reconhecer legalmente estas formas interseccionais de discriminação e seu impacto negativo agravado nas mulheres afetadas e proibi-las”.

O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais evidenciou, em seu Comentário Geral n. 20 o seguinte¹⁰⁶²:

1059 A ONG ATD Quarto Mundo resume esta comparação da seguinte forma (tradução): “a discriminação múltipla e interseccional tem se manifestado de duas formas diversas. Em primeiro lugar, são diversos os fatores que poderiam entrar em jogo: uma mulher migrante poderia sofrer de discriminação no local de trabalho devido às suas próprias origens e porque é uma mulher. Em segundo lugar, estes fatores podem interagir entre si; por exemplo, uma jovem mulher pode sofrer discriminação no ingresso ao mundo de trabalho porque é muito provável que fique grávida. Uma discriminação interseccional subsiste quando dois fatores ou mais destes interagem ao ponto de se tornarem inextricáveis”. (*Discrimination et pauvreté - Livre blanc: analyse, testings et recommandations*, outubro de 2013, p.13).

1060 Assembleia Geral das Nações Unidas “Registro de relatórios, estudos e outros documentos para o Comitê Preparatório e para a Conferência Global”, A/CONF.189/PC.3/5, de 21 de julho de 2001, § 23.

1061 Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, Recomendação Geral n. 28 sobre obrigações fundamentais dos Estados partes relativas ao Artigo 2 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, 47ª sessão, CEDAW/C/GC/28, § 18.

1062 Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral n. 20, não discriminação no gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais (Artigo 2, §2, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), 2 de julho de 2009, E/C.12/GC/20, § 17. Enquanto o Comitê parece considerar pertencentes à mesma categoria discriminações múltiplas e interseccionais, sucessivamente, neste Comentário (§ 27), refere-se a “interseccção de dois motivos proibidos de discriminação, por exemplo, quando o acesso a serviços sociais seja proibido com base no sexo e na deficiência”, e isto corresponde a definição de discriminação interseccional *per se*.

“Alguns indivíduos ou grupos de indivíduos enfrentam (são objeto de?) discriminação fundada em mais de um dos fatores proibidos, como por exemplo as mulheres que pertencem a uma minoria étnica ou religiosa. Esta discriminação cumulativa tem um impacto único e específico sobre indivíduos e merece particular atenção e cuidado”.

47. Este conceito não apenas é reconhecido a nível teórico, mas foi também implementado na prática em diversas ocasiões. A título exemplificativo, no caso *Alyne da Silva Pimentel Teixeira c. Brasil*, o Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres observou o seguinte¹⁰⁶³:

“A sra. da Silva Pimentel Teixeira sofreu múltiplas formas de discriminação, tratando-se de uma mulher de origem africana e em razão da sua própria condição socioeconômica. A respeito disso, o Comitê reafirma as suas observações finais sobre o Brasil, adotadas em 15 de agosto de 2007, quando destacou a existência de uma discriminação *de fato* contra as mulheres, especialmente que pertencem aos setores mais vulneráveis da sociedade, como as mulheres de origem africana. O Comitê também evidenciou como esta discriminação foi exacerbada pelas desigualdades locais, econômicas e sociais”.

O conceito não é desconhecido nem mesmo neste Tribunal Europeu. Já foi tratado na sentença B.S. c. Espanha, havendo o Tribunal afirmado o seguinte¹⁰⁶⁴:

“(…) as decisões emitidas pelos tribunais nacionais não levaram em consideração a situação de particular vulnerabilidade da recorrente relativa à sua situação enquanto mulher de origem africana que trabalha como prostituta. As autoridades não cumpriram, portanto, o dever que lhes incumbe nos termos do Artigo 14 da Convenção, em conjugação com o Artigo 3, de colocar em prática todas as medidas possíveis para avaliar se um tratamento discriminatório desempenhou ou não um papel nos eventos”.

38. A Corte Interamericana de Direitos Humanos parece mais avançada nesta área. Esta abordou a noção em discussão no caso *Artavia Murillo e altri c. Costa Rica*, afirmando que “a interferência teve um impacto diferenciado sobre as vítimas devido a sua situação de deficiência, a estereótipos de gênero e, para algumas das vítimas, a sua situação financeira”¹⁰⁶⁵. Alguns anos depois, reafirmou expressamente o conceito, no caso *Gonzales Lluy e outros c. Equador*. No que diz respeito à situação da recorrente e de sua família (tratava-se de uma menina proveniente de um contexto de degradação, doente de HIV, a quem foi negado acesso à educação), observou o seguinte:

“(…) no caso de Talia, observou-se a intersecção de inúmeros fatores de vulnerabilidade e de risco de discriminação) que foram associados com sua condição de menor, mulher, pessoa em condição de pobreza e doente de HIV. A discriminação sofrida por Talia foi causada não apenas por diversos fatores, mas também por uma específica forma de discriminação que emergiu do encontro destes fatores; em outras palavras, se um destes fatores não existissem, a discriminação teria sido diferente”.

1063 Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, *Alyne da Silva Pimentel Teixeira c. Brasil*, comunicação n. 17/2008, de 27 de setembro de 2011, § 7.7.

1064 Ver B.S. c. Espanha, n. 47159/08, § 62, 24 de julho de 2012.

1065 Corte IDH, *Artavia Murillo e outros (“fecundação in vitro”) c. Costa Rica (exceções preliminares, mérito, reparação e custas)*, sentença de 28 de novembro de 2012, Série C n. 257, § 314.

A Corte Interamericana desenvolveu, depois, seu raciocínio mais claramente da seguinte forma¹⁰⁶⁶:

“(...) a pobreza teve impacto na possibilidade inicial de acesso à assistência médica que não era da mais alta qualidade e isto, pelo contrário, levou-a à infecção por HIV. A situação de pobreza teve também um impacto causando dificuldades no acesso ao sistema educativo e na obtenção de condições de vida aceitáveis. Conseqüentemente, enquanto criança com HIV, os obstáculos que Talia enfrentou no acesso à educação tiveram um impacto negativo no seu desenvolvimento global, que também representa um impacto diferenciado, tendo em consideração o papel da educação para superar estereótipos de gênero. Tratando-se de uma criança com HIV, requiritava-se maior assistência do Estado para alcançar seus próprios objetivos de vida. Tratando-se de uma mulher, Talia descreveu as suas dúvidas que lhe afligia sobre uma futura maternidade e sobre a entrada em uma relação íntima, e declarou que não recebia o apoio psicológico adequado. Em resumo, o caso de Talia mostra que a estigmatização relacionada ao HIV não afeta todos da mesma forma, e que o impacto é mais severo sobre membros de grupos vulneráveis”.

O encontro de várias formas de discriminação é evidente neste caso e os efeitos de sua sinergia podem ser claramente compreendidos, portanto.

A situação da Sra. Garib foi, infelizmente, um caso típico para este tipo de análise. Certamente, como já disse, a recorrente foi sujeita à medida em questão de uma forma bastante específica, com base em sua própria pobreza e em sua própria condição de mulher. Ela não só correu, por apenas este fato, uma possibilidade maior, estatisticamente, de encontrar dificuldades para encontrar uma moradia, mas a sua situação de mãe solteira de dois filhos torna fácil imaginar os obstáculos que teve de enfrentar. Não há, portanto, qualquer dúvida de que a situação interseccional da recorrente, sendo simultaneamente mulher e pobre, havia consideravelmente agravado sua vulnerabilidade em relação à legislação habitacional holandesa. A fim de compreender os efeitos da interferência em seu direito de escolher livremente o próprio local de residência, as autoridades, e, posteriormente, o Tribunal deveria ter considerado esta particular vulnerabilidade resultante da combinação de numerosos fatores de discriminação. Tratar a Sra. Garib como um cidadão qualquer ou vê-la através do prisma da sua pobreza, ou aquele decorrente de sua condição de mulher, não teria permitido de compreender a totalidade dos efeitos negativos que a medida de recusa da licença habitacional produziu em sua vida pessoal. Era indispensável, sob as circunstâncias do caso, considerar o efeito combinado de todo o conjunto destes fatores e, portanto, chegar à indiscutível conclusão de que a medida em questão não poderia ser proporcional.

1066 Corte IDH, *Gonzales Lluy e outros c. Equador*, cit., § 290.

IV. CONCLUSÃO (§ 40)

40. “São as oportunidades perdidas que contam”¹⁰⁶⁷. Esperamos que isto seja finalmente verdade para o caso *Garib c. Países Baixos*. O Tribunal, neste sentido, raramente continuou a ignorar as questões fundamentais levantadas por um caso trazido à sua atenção. É uma pena que a Grande Câmara não aproveitou a oportunidade oferecida pelo “caso *Rotterdamwet*” para tomar uma posição sobre estas questões, ricas como são de consequências, bem como para verificar de maneira apropriada a proporcionalidade da medida em questão. Seja para afirmar a pobreza como um motivo proibido de discriminação ou para levar em consideração formas interseccionais de discriminação, este caso permitiria ao Tribunal mover passos decisivos em direção à proteção do direito de cada um escolher o seu local de moradia e na luta contra a discriminação. Podemos apenas esperar que esta oportunidade perdida, no futuro, conte e inspire uma solução diversa.

4. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS – GRANDE CÂMARA – IINSEHER C. ALEMANHA – RECURSO N. 10211/12 E N. 27505/14 – SENTENÇA DE 4 DE DEZEMBRO DE 2018

O caso: o recorrente, Sr. Inseher, foi condenado, em 1999, a pena de 10 anos de reclusão pelo crime de homicídio com motivação sexual, cometido em 1997, quando tinha 17 anos de idade. Efetivado o cumprimento da pena detentiva em 17 de julho de 2008, o recorrente foi submetido a uma medida de segurança “sucessiva” (ou seja, aplicada pelos tribunais nacionais sucessivamente, por um juízo diverso do juízo de cognição que concluiu pela condenação, conforme a terminologia: “*nachträgliche Sicherungsverwahrung*” em alemão, “*subsequent preventive detention*” em inglês, e “*détention de sûreté rétroactive*”, em francês), porque, de acordo com juízes nacionais e médicos, subsistia elevado risco de que o Sr. Inseher cometesse novos delitos de natureza sexual. O recorrente acionou o Tribunal Europeu alegando, *inter alia*, a violação do Artigo 5 e do Artigo 7 CEDH. Em particular, alegou que havia sido submetido a uma medida restritiva de sua liberdade pessoal sem motivação legítima, e que tal medida fora aplicada “retroativamente”, impondo-lhe uma pena mais severa que aquela aplicável ao momento do cometimento do delito. Julgado em 4 de dezembro de 2018, a Grande Câmara decidiu que não houve violações convencionais. Com referência ao Artigo 5, § 1, CEDH, o Tribunal compreendeu que o recorrente poderia ser classificado como sujeito com distúrbios mentais (“*person of unsound mind*”, segundo a terminologia da CEDH”) e, portanto, a sua detenção era justificada e necessária à luz do Artigo 5, § 1, (e), CEDH. Além disso, a Grande Câmara

1067 Antoine de Saint-Exupéry, *Citadelles*, 1948.

salientou que a detenção de pessoas que sofrem de doenças mentais só é legítima, de acordo com a Convenção, se forem custodiadas em centros especializados para o tratamento de psicopatologias. No caso em análise, o Sr. Inseher foi detido em um centro em que lhe era assegurado tratamento médico adequado e especializado e, portanto, não subsistia a violação do Artigo 5 CEDH. Com base no Artigo 7 CEDH, a Grande Câmara, com significativo *revirement* com relação a sua jurisprudência anterior, excluiu a possibilidade de que as medidas de segurança “sucessivas” pudessem ser qualificadas como “pena” e, por consequência, rejeitou a solicitação do recorrente. Em particular, os juízes estabeleceram que o novo quadro legislativo adotado na Alemanha tinha “apagado” a natureza afitiva e punitiva de tal medida, cuja aplicação já não mais ligada ao cometimento e punição do crime, mas ao tratamento dos distúrbios mentais e à reabilitação do paciente.

Palavras-chaves: medida de segurança por motivos psiquiátricos – legitimidade da privação de liberdade de acordo com o Artigo 5 CEDH – natureza não penal da medida – inaplicabilidade do Artigo 7 CEDH

Opinião dissidente do juiz Pinto de Albuquerque, a qual adere o juiz De-dov

ÍNDICE: I. Introdução. PRIMEIRA PARTE. Verificação da custódia de segurança, de acordo com a legislação nacional (§§ 2-55). – II. A história da custódia de segurança (§§ 2-55). – A. Esquecer o passado obscuro (§§ 2-20). – i. Combater os “parasitas que infestam o povo” (§§ 2-11). – ii. “Trancados – e para sempre” (§§ 12-18). – iii. Para além de Hitler (§§ 19-20). – B. A astuta resposta a M. (§§ 21-31). – i. A resposta legislativa (§§ 21-24). – ii. A resposta judiciária (§§ 25-28). – iii. A resposta do Governo (§§ 29-31). – C. Conclusões preliminares (§§ 32-35). – III. O dogma da custódia de segurança (§§ 36-55). – A. Criminosos adultos e jovens adultos (§§ 36-48). – i. Retornando à “majestade sem escopo” da prisão (§§ 36-41). – ii. A manipulação da psiquiatria (§§ 42-44). – iii. Frustrar as expectativas legítimas (§§ 45-48). – B. Criminosos jovens e jovens adultos (§§ 49-52). – i. Nenhuma política baseada na proporcionalidade (§ 49). – ii. A falência do escopo educativo (§ 50). – iii. A disparidade de tratamento em relação aos adultos (§§ 51-52). – C. Conclusões preliminares (§§ 53-55). SEGUNDA PARTE. A detenção de segurança sob o prisma do direito internacional (§§ 56-130). – IV. O contexto do diálogo entre Estrasburgo e Karlsruhe (§§ 56-89). – A. O contexto do direito constitucional (§§ 56-74). – i. A abertura da Lei fundamental ao direito internacional (§§ 56-59). – ii. O *caveat* relativo às relações multipolares no âmbito dos direitos humanos (§§ 60-61). – iii. A interpretação da custódia de segurança em conformidade com a Convenção (§§ 62-74). – B. O contexto do direito internacional e do direito comparado (§§ 75-85). – i. As normas das Nações Unidas (§§ 75-79). – ii. As normas do Conselho da Europa (§§ 80-83). – iii. As normas do direito comparado (§§ 84-86).

– C. Conclusões preliminares (§§ 87-89). – V. O Tribunal de Estrasburgo sob um declive escorregadio (§§ 90-120). – A. As novas regras *iliberaris* no direito penal (§§ 90-110). – i. A concepção minimalista do princípio da legalidade (§§ 90-94). – ii. A “exclusão” do significado autônomo de “pena” (§§ 95- 107). – iii. A concepção “abrangente” de “alienado” (§§ 108-110). – B. A abordagem excessivamente repressiva no caso em análise (§§ 111-126). – i. A determinação distorcida da “doença mental” do recorrente (§§ 111-115). – ii. A ilegitimidade da ordem de custódia de segurança contra o requerente (§§ 116-121). – iii. O “especial sacrifício” imposto pela ordem de custódia de segurança em relação ao recorrente (§§ 122-126). – C. Conclusão preliminar (§§ 127-128). – Conclusão final (§§ 129-130).

I. INTRODUÇÃO (§ 1)

i. Votei pela violação do Artigo 5, § 1, (em razão da custódia de segurança sofrida pelo recorrente a partir de 20 de junho de 2013), do Artigo 6, § 1 (em razão da falta de imparcialidade do Juiz P.) e do Artigo 7, § 1 (em razão da já referida custódia de segurança cumprida pelo recorrente), e pela não violação do Artigo 5, § 4, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (“A Convenção”) (em razão da duração dos procedimentos de reexame da medida de custódia de segurança provisória do recorrente).

Esta opinião em separado concerne unicamente aos aspectos em que expressei meu voto contrário. Está subdividida em duas partes. A primeira é dedicada à análise do instituto da custódia de segurança, tal como disciplinada pela legislação nacional, com referência a adultos, jovens adultos (*Heranwachsenden*¹⁰⁶⁸) e menores (*Jugendlichen*¹⁰⁶⁹), visto que me parece que a maioria dos juízes não levou em plena consideração o contexto histórico (II.) e o quadro dogmático (III.) da medida em questão e, portanto, não compreendeu a sua natureza e finalidades, bem como subestimou as suas lacunas teóricas e carências práticas.

A segunda parte da minha opinião ilustra o diálogo estabelecido entre o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (“o Tribunal”) e o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (“o Tribunal Constitucional”, ou “o Tribunal de Karlsruhe”) sobre custódia de segurança (IV.A.), com particular atenção a interpretação contrária à Convenção que o segundo dispunha sobre a matéria, bem como ao contexto internacional e comparado em que se insere tal diálogo (IV.B.). Particular ênfase é dada à contribuição oferecida pelas Nações Unidas

1068 Transgressores com idade compreendida entre 18 e 21 anos ao momento do cometimento do ilícito.

1069 Transgressores com idade compreendida entre 14 e 18 anos ao momento do cometimento do ilícito.

e pelo Conselho da Europa nesta comparação e, principalmente, às suas posições sobre o sistema alemão de custódia de segurança. Em oposição à concepção minimalista do princípio da legalidade, adotado pelo Tribunal, a presente opinião avalia, então, como a maioria dos juízes ignora o significado autônomo do conceito de “pena”, contido no Artigo 7 da Convenção, privilegiando, ao contrário, uma noção abrangente do conceito de “alienado” presente no Artigo 5 (V.A.). Finalmente, com base em todos os elementos do direito internacional, comparado e constitucional recolhidos, a opinião analisa a abordagem excessivamente repressiva adotada pelas autoridades nacionais em procedimentos relativos à ordem de custódia de segurança retroativa emitida contra o recorrente¹⁰⁷⁰, que a grande maioria dos juízes confirmou (V.B.). Ao meu ver, a reclamação relativa à violação do Artigo 7 precede logicamente aquela relativa à violação do Artigo 5, visto que a primeira diz respeito à natureza e ao escopo da custódia de segurança sofrida pelo recorrente no centro de detenção preventiva da prisão de Straubing, a partir de 20 de junho de 2013, enquanto a segunda reclamação diz respeito à execução desta medida em uma estrutura adequada e de uma maneira apropriada¹⁰⁷¹. Em todo caso, a presente opinião considera que houve violação de ambas as disposições (VI.).

PRIMEIRA PARTE

ANÁLISE DO INSTITUTO DA CUSTÓDIA DE SEGURANÇA À LUZ DA LEGISLAÇÃO NACIONAL (§ 2-55)

i. A história da custódia de segurança (§§ 2-55)

i. Esquecer o passado obscuro (§§ 2-20)

i. Combater os “parasitas que infestam o povo” (§§ 2-11)

1070 Pelas razões que explico na sequência, utilizo o termo “retroativa” em referência a *nachträgliche Sicherungsverwahrung*.

1071 A questão da licitude da detenção do recorrente como pessoa “alienada”, nos termos do Artigo 5, § 1, (e), da Convenção, surge em razão do fato de que aquele período de custódia de segurança não foi considerado “pena” nos termos do Artigo 7. Caso aquele período de custódia de segurança fosse considerado como “pena”, de acordo com o Artigo 7, a detenção teria sido avaliada conforme o Artigo 5, § 1, (a), da Convenção.

i. Introduzida em 1933¹⁰⁷², a custódia de segurança contra os “delinquentes habituais”¹⁰⁷³ constituía uma das principais medidas do “direito penal do inimigo” do tipo nacional-socialista (*Feindstrafrecht*), juntamente com a “detenção defensiva” (*Schutzhaft*). A diferença crucial entre estes dois instrumentos da política penal nazista residia no fato de que a custódia de segurança poderia ser imposta pelos tribunais cumulativamente a uma pena de prisão, enquanto a “detenção defensiva” era aplicada pela na¹⁰⁷⁴, pela SS¹⁰⁷⁵ e pela Gestapo¹⁰⁷⁶, independentemente de qualquer procedimento penal, pendente ou futuro, e sem algum tipo de controle jurisdicional ou limite temporário.

No contexto renovado do sistema sancionatório do “*doppibsolutio*” adotado na Alemanha (*zweispurigen System*), a custódia de segurança era considerada como uma “medida de custódia de correção e prevenção” (*freiheitsentziehende Maßregel der Besserung und Sicherung*) aplicável cada vez em que a conduta do autor pudesse ser percebida como um “ato sintomático de periculosidade social” (*Symptomtat für die Gefährlichkeit*). A medida, portanto, encontrava justificação na “tendência a delinquir” do réu (*Hang, Straftaten zu begehen*).

3. A legislação nazista sobre delinquentes habituais também introduziu a custódia de segurança c.d. retroativa, em duas hipóteses: no primeiro caso, se o ilícito houvesse sido cometido antes de 1 de janeiro de 1934 e as condições para a aplicação da custódia de segurança estivessem preenchidas, os tribunais deveriam ordenar que a medida fosse aplicada sempre que as razões de segurança pública o exigissem¹⁰⁷⁷; no segundo caso, sempre por exigência de segurança pública, o tribunal poderia impor retroativamente (*nachträglich anordnen*) a medida em questão contra específicos sujeitos reincidentes já condenados a cumprir uma pena de prisão¹⁰⁷⁸.

1072 Lei dos Delinquentes Habituais e Medidas de Segurança (*Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung*), de 24 de novembro de 1933. A tal propósito, ver Michael Wagner-Kern, *Präventive Sicherheitsordnung. Zur Historisierung der Sicherungsverwahrung*, Berlin: Berliner Wissenschaftsverlag, 2016; Christian Müller, *Das Gewohnheitsverbrechergesetz vom 24. November 1933, Kriminalpolitik als Rassenpolitik*, Baden-Baden: Nomos, 1997; Jörg Kinzig, *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand: Ergebnisse einer theoretischen und empirischen Bestandsaufnahme des Zustandes einer Maßregel*, Friburgo: iuscrim, 1996; e Joachim Hellmer, *Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung 1934-1945*, Berlin: Duncker & Humblot, 1961.

1073 Artigo 42e, 42f do Código Penal do Império Alemão.

1074 SA significa *Sturmabteilung*, uma força paramilitar do Partido nacional-socialista durante a República de Weimar. Sucessivamente à tomada de poder pelo Partido nazista, transforma-se em uma *Hilfspolizei* (policia auxiliar) sob Göring. Em 1945, o Conselho de Controle Aliado proibiu e dissolveu a organização.

1075 SS significa *Schutzstaffel*, força militar responsável pela gestão dos campos de concentração e extermínio. Embora fosse inicialmente uma organização nazista, foi fundada com a policia regular sob o comando de Himmler. Em 1945, o Conselho de Controle Aliado proibiu e dissolveu a organização.

1076 Gestapo significa *Geheime Staatspolizei*, policia secreta política de Hitler. Em 1945, o Conselho de Controle Aliado proibiu e dissolveu a organização.

1077 Artigo 5, § 1, do Código Penal do Império Alemão.

1078 Artigo 5, § 2, do Código Penal do Império Alemão: “... so kann das Gericht die Sicherungsverwahrung des Verurteilten nachträglich anordnen, wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert. ...”.

4. A custódia de segurança era amplamente aplicada a pessoas adultas, também retroativamente¹⁰⁷⁹. Segundo Otto Georg Thierack, ministro da Justiça de Hitler, os sujeitos submetidos a uma custódia de segurança (c.d. *Sicherungsverwahrten*) deveriam ser considerados “indignos de viver na máxima potência” (*unwertes Leben in höchster Potenz*)¹⁰⁸⁰ e, em seu célebre *Richterbrief* n. 4, definiu-os, igualmente, como “parasitas que infestam o povo” (*absolutemam Volkskörper*), apelando pelo “extermínio destes corpos alienígenas da comunidade” (*Vernichtung dieser Fremdkörper der Gemeinschaft*)¹⁰⁸¹. Em 1942, o Ministro Thierack e o líder da SS Heinrich Himmler, em comum acordo, decidiram entregar todos os “elementos antissociais” presentes no sistema carcerário, inclusive aqueles submetidos a custódia de segurança (*Sicherungsverwahrten*), à polícia, para serem levados “aos campos de concentração para trabalharem” (*Auslieferung asozialer Elemente aus dem Strafvollzunaan den Reichsführer SS zur Vernichtung durch Arbeit*)¹⁰⁸². Tão somente no campo de concentração de Mauthausen, 6.736 pessoas em estado de custódia de segurança (*SV-Häftlinge*) morreram nos anos precedentes a fevereiro de 1944¹⁰⁸³. A introdução da custódia de segurança pelo regime nazista esteve também estreitamente conectada com o abjeto programa de eutanásia efetuado, dentre outros, contra os referidos criminosos¹⁰⁸⁴.

5. A Ordem de Proteção contra os Jovens Criminosos Periculosos, de 1939 (*Verordnung zum Schutz gegen jugendliche Schwerverbrecher*), e a Ordem pela Simplificação e Harmonização do Direito Penal sobre Jovens Delinquentes, de 1943 (*Verordnung über die Vereinfachung und Vereinheitlichung des Jugendstrafrechts*), permitiram a aplicação do direito penal geral aos criminosos juvenis e, portanto, também a imposição da medida de custódia de segurança.

1079 Joachim Hellmer, *Der Gewohnheitsverbrecher...*, supramencionado, p. 16.

1080 Tobias Mushoff, *Strafe-Maßregel-Sicherungsverwahrung: eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, Frankfurt: Lang, 2008, p.25, nota 118.

1081 *Die Richterbriefe* eram linhas-guia direcionadas ao juiz para o desenvolvimento da sua atividade judiciária. Para uma primeira leitura, *Le Richterbriefe* n. 4 é particularmente surpreendente: “*Stellungnahme des Reichsministers der Justiz Thierack zur „Bekämpfung Asozialer“: „Der rücksichtslose Kampf gegen das Berufs- und Gewohnheitsverbrechertum steht seit der Machtergreifung durch den Nationalsozialismus im Vordergrund der gesamten Verbrechensbekämpfung. ... Bereits im Jahr der Machtübernahme wurde dem gefährlichen Gewohnheitsverbrecher durch das Gesetz vom 24. November 1933 mit der Erhöhung der Strafen (§ 20 a RStGB) und Einführung der Sicherungsverwahrung ein unerbittlicher Kampf angesagt. ... Der gefährliche Gewohnheitsverbrecher, der sich stets von neuem an der Volksgemeinschaft vergreift, war schon im Frieden ein Parasit am Volkskörper; im Kriege ist er ein Schädling und Saboteur der inneren Front erster Ordnung... Der Gesetzgeber hat daraus die erforderlichen Folgerungen gezogen und dem Richter die Mittel an die Hand gegeben, mit denen dieser den Kampf gegen den unverbesserlichen Gewohnheitsverbrecher nunmehr bis zur Vernichtung dieser Fremdkörper der Gemeinschaft fortführen kann...*”, <http://www.wienerlibrary.co.uk/Search-documentcollection?item=551>

1082 Annemarie Dax, *Die Neuregelung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung: Bestandsaufnahme sowie kritische Betrachtung der bundes- und landesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebots*, Berlin: Duncker & Humblot, 2017, p. 38, e Tobias Mushoff, *Strafe- Maßregel-Sicherungsverwahrung...*, supramencionado, p. 25.

1083 *Ibid.*

1084 Christian Müller, *Das Gewohnheitsverbrechergesetz...*, supramencionado, p. 22.

6. Após o fim da Segunda Guerra Mundial, o Conselho de Controle Aliado não revogou a custódia de segurança¹⁰⁸⁵, apesar de repetidas críticas de “etiquetamento fraudulento” (*Etikettenschwindel*), devido à sua severidade e à dificuldade de distingui-la de uma pena de prisão¹⁰⁸⁶. [Contudo], por um lado, a República Federal Alemã manteve a medida, enquanto a República Democrática Alemã a revogou, substituindo-a por outras disposições¹⁰⁸⁷.

7. Em janeiro de 1953¹⁰⁸⁸, o Tribunal Constitucional decidiu que, apesar das diferentes finalidades entre a execução da pena em uma prisão por trabalhos forçados (*Zuchthaus*) e a detenção preventiva, não haveria qualquer violação à Lei fundamental. Pelo contrário, e por razões de segurança, o Tribunal Constitucional defendeu uma interpretação segundo a qual a ausência de elementos diferenciadores entre as duas medidas constitui uma exceção peculiar ao princípio da igualdade de tratamento (Artigo 3 da Lei fundamental), segundo a qual subsiste uma obrigação geral de tratar diferentes casos conforme modalidades diferentes.

8. A subsequente Lei dos Tribunais Juvenis, introduzida em 4 de agosto de 1953, proibia a imposição da custódia de segurança contra menores¹⁰⁸⁹ e contra jovens adultos julgados segundo o direito penal juvenil¹⁰⁹⁰, mas permitiu a aplicação contra aqueles jovens adultos que eram condenados segundo o direito penal geral¹⁰⁹¹; sucessivamente, a Primeira Lei de Reforma do Direito Penal (*Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts*), de 25 de junho de 1969, proibiu também esta medida.

9. Por efeito da Segunda Lei de Reforma do Direito Penal (*Zweiten Gesetz zur Reform des Strafrechts*), de 4 de julho de 1969, a custódia de segurança tornou-se, no sistema sancionatório “*a dopbsolutario*”, uma medida de *extrema ratio*, e foi introduzido o termo máximo de 10 anos¹⁰⁹².

1085 O Conselho havia inicialmente recomendado a supressão do regime de detenção preventiva, considerando-o como uma típica denegação nazista ao direito à liberdade, mas a Guerra Fria e as correspondentes tensões entre as forças aliadas conduziram à falência da reforma. Ver Michael Wagner-Kern, *Präventive Sicherheitsordnung...*, supramencionado, p. 60; Jan-David Jansing, *Nachträgliche Sicherungsverwahrung, Entwicklungslinien in der Dogmatik der Sicherungsverwahrung*, Münster: LIT Verlag, 2004, p. 49; e Matthias Etzel, *Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat (1945-1948)*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1992, p. 169.

1086 Nos mesmos termos Kohleusch criticava os projetos de lei da custódia de segurança durante a República de Weimar (Michael Wagner-Kern, *Präventive Sicherheitsordnung...*, supramencionado, p. 41). Para uma retomada desta crítica, ver Axel Dessecker, “*Etikettenschwindel oder Behandlungsvollzug? Kritik der Sicherungsverwahrung und neues Recht*” (2012) *33 Zeitschrift für Rechtssoziologie* 265-282.

1087 J. Kinzig, *Die Sicherungsverwahrung...*, supramencionado, p. 23.

1088 Corte Constitucional Federal Alemã (doravante “BCerfGE”), 2, 119.

1089 Artigo 7 da Lei dos Tribunais Juvenis.

1090 Artigo 105 (1) da Lei dos Tribunais Juvenis.

1091 Artigo 106 (2) da Lei dos Tribunais Juvenis.

1092 Como explicado pela Corte Constitucional, a introdução do referido limite temporal era necessária para responder a relutância dos juízes em recorrer à custódia de segurança ilimitada, que consideravam, na prática, como uma prisão perpétua. A insuficiência de uma metodologia para desenvolver o prognóstico também era considerada como motivo para limitar a detenção (BVerfGE 109, 133, § 14).

10. Na sequência da memorável decisão do Tribunal Constitucional de 14 de março de 1972¹⁰⁹³, em 1 de janeiro de 1977 entrou em vigor a Lei da Execução da Detenção e sobre as Medidas de Custódia de Correção e Prevenção (*Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung*). Tal Lei previa apenas sete disposições especiais sobre custódia de segurança (seções 129-135), que estavam, entretanto, sujeitas a reserva quanto à sua aplicabilidade. Na redação da Lei, o legislador justificou a exiguidade destas especiais disposições em razão da supramencionada manifestação do Tribunal Constitucional de 1953¹⁰⁹⁴. Segundo o legislador, a custódia de segurança, ao contrário de outras medidas de custódia de correção e prevenção (previstas nos Artigos 63 e 64 do Código penal), carecia de objetivos terapêuticos: ao contrário, as últimas medidas acima referidas, em virtude de seu caráter terapêutico, deveriam ser executadas fora do ambiente carcerário.

i. 11. Seguiu-se uma nova tentativa de substituir a custódia de segurança com uma medida autônoma e vinculante de terapia social privativa de liberdade para o tratamento de pessoas com transtornos de personalidade graves, sancionada como novo Artigo 65 do Código Penal. Tal tentativa foi, todavia, interrompida em 1984, visto que a disposição foi suprimida e o legislador optou por reduzir a medida de custódia de segurança a uma “medida de execução opcional” (*Vollzugslösung*)¹⁰⁹⁵. Em verdade, para além dos elevados custos financeiros que uma tal medida alternativa implicava, a principal objeção levantada [na doutrina?] dizia respeito à natureza problemática do tratamento obrigatório para os réus declarados saudáveis e, portanto, penalmente responsáveisiii. “*Trancados – e para sempre*” (§§ 12-18).

12. Após uma série de homicídios de grande visibilidade, os requisitos formais para a custódia de segurança foram flexibilizados e o limite de dez anos foi removido em 1998, o que significou que a detenção preventiva se tornou *de fato* uma medida de duração indeterminada¹⁰⁹⁶. O legislador justificou a remoção do dito limite temporal partindo do pressuposto de que a nova lei não afetou a medida em si, mas apenas a sua duração, e, portanto, a proteção constitucionalmente garantida contra normas retroativas não era aplicável com o mesmo nível

1093 BverfGE 2 BvR 41/71. A conclusão principal era que a execução de uma pena detentiva violava a Constituição caso interferisse nos direitos fundamentais, conjuntamente à privação de liberdade, faltando um explícito fundamento legislativo.

1094 Zweiter Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform BTDRs 5/4095, p. 31.

1095 Pollähne, in Kindhäuser, Neumann e Paeffgen (orgs.), *Strafgesetzbuch Nomos Kommentar*, volume 1, 4a ed., Baden-Baden: Nomos, 2013, nota 4 do § 61.

1096 A Lei de Luta contra os Crimes Sexuais e Outros Crimes de Perigo (*Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten*), de 26 de janeiro de 1998, entrou em vigor em 31 de janeiro de 1998.

de cogência¹⁰⁹⁷. Nos anos seguintes, cinco *Länder* da federação alemã promulgaram diversas leis para deter potenciais reincidentes na cadeia¹⁰⁹⁸.

13. Em julho de 2001, o *Bundeskanzler* Gerard Schröder comentou, com estas palavras, o homicídio, ocultamento e destruição de cadáver de uma criança de oito anos: “Qualquer um que se coloca fora da comunidade humana de tal forma só pode ter a pena máxima” (*Wer sich so außerhalb der menschlichen Gemeinschaft stellt, für den kann es nur die Höchststrafe geben*)¹⁰⁹⁹. A solução para o político era clara: “trancar – e para sempre” (*wegschließen - und zwar für immer*) tais pessoas, porque uma conduta similar demonstrava a irrecuperabilidade do réu (*nicht therapierbar*). A mentalidade punitiva de Cancelliere não poderia ser mais clara. O legislador reagiu muito rapidamente. Portanto, em 2002, o Parlamento alemão introduziu uma ordem de custódia de segurança diferida, por meio da qual o tribunal judicante poderia adiar a aplicação de uma futura ordem de custódia de segurança quando, no momento do julgamento, resultasse provável que o detido constituísse um risco para a incolumidade pública, em razão de sua tendência a cometer delitos graves¹¹⁰⁰. Nos termos da Lei em questão, a decisão final sobre a imposição ou não da custódia de segurança seria realizada ao final do período de detenção; além disso, nos termos da dita Lei, a custódia de segurança poderia ser aplicada cumulativamente a uma condenação de prisão perpétua.

14. No ano seguinte, a custódia de segurança c.d. diferida foi também aplicada contra jovens adultos condenados com base no direito penal geral¹¹⁰¹. Assim como para as pessoas adultas, a nova medida de custódia poderia ser aplicada no momento do julgamento, com base na periculosidade do réu.

15. Em sentença de 5 de fevereiro de 2004¹¹⁰², o Tribunal Constitucional confirmou a legitimidade da lei, afirmando que a remoção do termo de dez anos, com efeito retroativo, não seria inconstitucional, uma vez que não constituía violação do princípio da dignidade humana (Artigo 1 (1) da Lei fundamental)¹¹⁰³, nem do direito à liberdade (Artigo 2 (2) da Lei fundamental)¹¹⁰⁴, ou do princípio

1097 Assim o Tribunal Constitucional se expressou em BVerfGE, 109, 133, § 42.

1098 Baden Württemberg (2001), Bavaria (2001), Saxony-Anhalt (2002), Thuringia (2003), Lower Saxony (2003). Ver também Jörg Kinzig, *Die Legalbewahrung gefährlicher Rückfälltäter – Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung des Rechts der Sicherungsverwahrung*, Berlin: Duncker & Humblot, 2010, p. 17-28.

1099 Bild am Sonntag, 8 de julho de 2001.

1100 A Lei da Detenção Preventiva Diferida (*Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung*), do 21 de agosto de 2002, entrou em vigor em 28 de agosto de 2002.

1101 Artigo 106 da lei dos Tribunais Juvenis, na versão emendada pela Lei para a Reforma das Disposições em matéria de Ofensa contra a Autodeterminação Sexual e Outras Disposições (*Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegendie sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften*), de 27 de dezembro de 2003, em vigor a partir de 1 de abril de 2004.

1102 BVerfGE 109, 133.

1103 *Ibid.*, § 70.

1104 *Ibid.*, § 94.

de irretroatividade absoluta da *absolutelute Rückwirkungsverbot* (Artigo 103 (2) da Lei fundamental)¹¹⁰⁵, ou ainda do princípio da confiança legítima (*Vertrauensgrundsatz*) (Artigo 2 (2) da Lei fundamental). De acordo com o Tribunal, as medidas de prevenção e correção, como a custódia de segurança, não eram penas (*Strafen*) de acordo com o Artigo 103 (2) da Lei fundamental ou seu predecessor, o Artigo 116 da Constituição de Weimar; e poderiam, portanto, ser aplicadas retroativamente¹¹⁰⁶. O pressuposto subjacente a esta afirmação era que a custódia de segurança estaria “conectada” (*verknüpft*) à conduta ilícita e reprovável de uma pessoa saudável, mas esta “conexão” (*Verknüpfung*) não atribuía à medida em comento o caráter sancionatório (*Strafe*)¹¹⁰⁷. A sistêmica incoerência constitucional segundo a qual o Artigo 74 (1) n. 1 da Lei fundamental incorporaria medida de correção e prevenção no âmbito do conceito de “direito penal” (*Strafrecht*), enquanto as outras medidas não eram qualificadas como “penas” para efeitos do Artigo 103 (2) da mesma Lei fundamental, foi rejeitada com a argumentação de que a primeira disposição dizia respeito à distribuição das competências legislativas entre o Estado Federal e os estados federados, e que não haveria alguma “função de garantia da liberdade” (*freiheitsgewährleistende Funktion*)¹¹⁰⁸.

Ainda assim, o Tribunal de Karlsruhe formulou um *caveat*: não obstante a custódia de segurança deva ser executada em conformidade às regras gerais penitenciárias, conforme estabelecido pelo Artigo 130 da Lei da Execução da Detenção e das Medidas de Custódia de Correção e Prevenção (mencionada acima), deve subsistir uma “distância” (*Abstand*) entre a execução da custódia de segurança e aquela de uma pena de prisão: “isto esclarece a especial função preventiva da custódia de segurança tanto para o recluso quanto para a sociedade em geral”¹¹⁰⁹. Aquela formulação ficou conhecida como “requisito da distância” (*Abstandsgebot*). Embora os juízes constitucionais tenham declarado que não era tarefa do tribunal determinar os aspectos práticos de tal princípio, expressaram a opinião de que, na hipótese de uma custódia de segurança “excessivamente longa”, os detentos “sem possibilidade de recuperação” deveriam gozar de “serviços adicionais” de modo a poderem gozar de “níveis mínimos de qualidade de vida”¹¹¹⁰.

16. Alguns dias depois, em 10 de fevereiro¹¹¹¹, uma outra sentença do mesmo Tribunal estatuiu que a custódia de segurança, sendo uma norma de caráter

1105 *Ibid.*, § 127.

1106 *Ibid.*, §§ 133, 136 e 144.

1107 *Ibid.*, § 151.

1108 *Ibid.*, § 137.

1109 *Ibid.*, § 126.

1110 Lei Bávara sobre a Comissão de Criminosos Altamente Perigosos e Particularmente Inclinados à Reincidência, (*Bayerisches Gesetz zur Unterbringung von besonders rückfälliggefährdeten hochgefährlichen Straftätern*), de 24 de dezembro de 2001.

1111 Lei do *Land* de Saxônia-Anhalt sobre a Acusação de Pessoas particularmente inclinadas a reincidência, a fim de evitar sérios danos à ordem e segurança pública (*Gesetz des Landes Sachsen-Anhalt über die Unterbringung besonders rückfälliggefährdeter Per-*

penal de acordo com o Artigo 74 (1) n. 1 da Lei fundamental, constaria dentre as matérias de competência legislativa federal. No entanto, o Tribunal Constitucional declarou que as leis do *Länder* sobre custódia de segurança, em particular a *Straftäterunterbringungsgesetz* bávara¹¹¹² e a *Unterbringungsgesetz* da Saxônia-Anhalt¹¹¹³ eram meramente incompatíveis (*unvereinbar*) com a Lei fundamental, nos termos do Artigo 31 (2) (3) da Lei do Tribunal Constitucional Federal, e não nulas (*nichtig*), nos termos do Artigo 95 (3) (1) da mesma Lei; isto com o fim de evitar a imediata libertação de todos os detidos em decorrência das leis impugnadas¹¹¹⁴. Além disso, o Tribunal decidiu que as referidas leis permaneceriam em vigor até 30 de setembro de 2004, a fim de permitir ao órgão Federal competente revoga-las e substituí-las por outra normativa constitucionalmente válida¹¹¹⁵. Com uma atitude proativa em tal matéria, o Tribunal Constitucional instruiu o legislador Federal a considerar, dentro de um termo definido, a possibilidade de adotar uma decisão retroativa sobre a detenção prolongada de criminosos perigosos que ainda se encontravam detidos¹¹¹⁶.

17. Ainda em 2004, o Parlamento alemão cumpriu diligentemente as instruções do Tribunal Constitucional e aprovou a aplicação retroativa da prevenção detentiva na ausência de uma ordem diferida, quando novos fatos (*nova*) fossem divulgados antes que publicada a sentença de custódia, a demonstração de que o preso constituía um grave perigo público¹¹¹⁷. A nova lei entrou em vigor um mês antes do prazo estipulado pelo Tribunal Constitucional. A nova medida foi estendida a adultos e jovens adultos condenados de acordo com o direito penal geral. Poderia aplicar-se aos transgressores reincidentes (primeiro grupo de casos: Artigo 66b § 1 do Código), como também aos criminosos que haviam cometido crime apenas uma vez (segundo grupo de casos: Artigo 66b § 2 do Código), e quando se dispunha da internação em um hospital psiquiátrico, porque as condições que excluía ou reduziam a responsabilidade penal do imputado e sobre a qual se fundava a ordem de prisão não existiam ou não subsistiam mais (terceiro grupo de casos: Artigo 66b, § 3, do Código).

sonen zur Abwehr erheblicher Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung), de 6 de março de 2002.

1112 Lei bávara sobre a Acusação de Criminosos Perigosos particularmente inclinados a reincidência, (*Bayerisches Gesetz zur Unterbringung von besonders rückfallgefährdeten hochgefährlichen Straftätern*), de 24 de dezembro de 2001.

1113 Lei do *Land* de Saxônia-Anhalt sobre a Acusação de Pessoas particularmente inclinadas a reincidência, a fim de evitar sérios danos à ordem e segurança pública (*Gesetz des Landes Sachsen-Anhalt über die Unterbringung besonders rückfallgefährdeter Personen zur Abwehr erheblicher Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*), de 6 de março de 2002.

1114 BVerfGE 109, 190, § 168. Três juízes aderiram à opinião dissidente, sustentando que as disposições impugnadas eram nulas e que as pessoas detidas de acordo com tais disposições deveriam ser imediatamente libertadas, uma vez que havia medidas menos intrusivas que poderiam ser adotadas para prevenir a reincidência.

1115 *Ibid.*, § 166.

1116 *Ibid.*, § 166.

1117 Lei da Detenção Preventiva Retroativa (*Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung*), de 23 de julho de 2004, que entrou em vigor em 29 de julho de 2004, introduziu o art. 66 §§ 1 e 2 no Código Penal.

18. Com a decisão de 23 de agosto de 2006¹¹¹⁸, o Tribunal Constitucional considerou que o Artigo 66b § 2 do Código Penal (o segundo grupo de casos) não violava a proibição da aplicação retroativa das leis penais, e que estaria, ao contrário, de acordo com a tutela das expectativas legítimas garantidas em um Estado governado pelo estado de direito. A escolha do legislador foi considerada compatível com a Lei fundamental, sobre o aspecto de que o preeminente interesse público para a proteção efetiva da comunidade contra criminosos perigosos contrabalanceasse a confiança do réu no cárcere, visto que a lei não teria sido modificada em seu desfavor para permitir a sua detenção continuada. Sucessivamente, o Tribunal Constitucional considerou que a referida disposição não violou o direito à liberdade das pessoas interessadas. O legislador foi, portanto, autorizado pela Lei fundamental a privar da liberdade uma pessoa que se acreditava ter cometido crimes contra a vida e saúde ou contra a liberdade dos cidadãos, tendo em conta o princípio da proporcionalidade. Do momento em que o Artigo 66b § 2 do Código Penal se aplicava a casos verdadeiramente excepcionais, aquela disposição deveria, portanto, ser considerada como uma restrição adequada ao direito à liberdade.

i. Recorrendo a argumentos similares, a legitimidade constitucional da disposição relativa ao primeiro grupo de casos foi confirmada com uma decisão do Tribunal Constitucional de 22 de outubro de 2008¹¹¹⁹, e a relativa ao terceiro grupo de casos foi confirmada com decisão de 5 de agosto de 2009ⁱⁱ. Para além de Hitler (§§ 19-20).

Em julho de 2008, a custódia de segurança retroativa foi estendida para jovens com idade compreendida entre quatorze e dezoito anos¹¹²⁰, incluindo a eles aquelas situações em que a internação em um hospital psiquiátrico era interrompido porque as condições que excluía ou reduziam a responsabilidade penal do imputado, e em que se fundava a internação, não existiam ou já não subsistiam mais¹¹²¹. Ao contrário da normativa aplicável aos adultos, a regra aplicável aos jovens perdeu qualquer conexão com o conceito de “delinquente habitual”, uma vez que não constituía mais um requisito a “tendência (*Hang*) a cometer crimes.

1118 BVerfGE, 2 BvR 226/06.

1119 BVerfG, 2 BvR 748/08.

1120 O Artigo 7 (2) da Lei dos Tribunais Juvenis, na versão da Lei Introdutiva à custódia de segurança retroativa para condenados de acordo com a lei penal sobre jovens delinquentes (*Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht*) del 12 luglio 2008. Ver para esta lei Hauke Brettel, “*Nachträgliche Sicherungsverwahrung bei jugendlichen Sexualstraftätern*”, em B. Bannenberg e J.-M. Jehle (orgs.), *Gewaltdelinquenz, Lange Freiheitsentziehung, Delinquenzverläufe, Mönchengladbach*: Forum Verlag, 2011, 309-316; Heribert Ostendorf e Sandra Petersen, “*Nachträgliche Sicherungsverwahrung im Jugendstrafrecht*” (2010) *Zeitschrift für Rechtspolitik* 245-249; Christine Graebisch, “*Sicherungsverwahrung im Jugendstrafrecht*” (2008) *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe* 284-287; Jörg Kinzig, “*Die Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung für Jugendliche*” (2008) *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe* 245-250; e “*Entwicklung, Stand und Perspektiven einer Sicherungsverwahrung für Jugendliche und Heranwachsende*” (2007) *Recht der Jugend und des Bildungswesens* 155-166.

1121 Artigo 7 (3) da Lei dos Tribunais Juvenis, na versão da Lei de 2008 supramencionada.

Além disso, as regras aplicáveis aos jovens diferiam da lei aplicada aos adultos na medida em que esta última exigia que os fatos que constituíam uma indicação de periculosidade do detento “tornassem-se conhecidos” antes do fim da execução da pena de prisão (*werden ... von Ende des Vollzugs dieser Freiheitsstrafe Tatsachen erkennbar*). Na Lei dos Tribunais Juvenis, o texto foi emendado para “fatos conhecidos ... antes da conclusão da custódia juvenil ...” (*Sind ... vor Ende des Vollzugs dieser Jugendstrafe Tatsachen erkennbar*). A importante diferença entre as duas medidas reside no fato de que, quanto a lei juvenil, tais fatos deveriam ser revelados antes do fim do período de detenção na prisão, e não precisavam ser novos ou supervenientes¹¹²².

Dentre as várias *críticas* realizadas à proposta do Governo durante o debate em cena na comissão parlamentar competente de *Bundestag*¹¹²³, um perito assinalou que, se adotada, a medida iria muito além do que a legislação nazi fez¹¹²⁴. Outros inclusive a definiram um “truque legislativo” (*legislativer Kunstgriff*)¹¹²⁵ e um absurdo (*Unding*)¹¹²⁶.

B. A ASTUTA RESPOSTA A M. (§§ 21-31)

i. A resposta legislativa (§§ 21-24)

Como um farol na reforma do direito penal liberal, o Tribunal reagiu a esta tendência. Em *M. c. Alemanha*¹¹²⁷, o tribunal pôs fim à tendência política do direito penal alemão em alargar ilimitadamente o âmbito de aplicação do insti-

1122 Tal modificação foi intencional, e as razões se encontram na proposta de lei. A proposta explica as condições extremas da lei juvenil com relação àquela dos adultos fazendo referência às dificuldades de prognóstico sobre jovens: “*Diese Verlagerung des Entscheidungszeitpunkts an das Ende des Vollzugs ist bei jungen Menschen im Regelfall zur Erhöhung der Prognosesicherheit geboten. Allerdings ist der neue § 7 Abs. 2 JGG, wie sein Wortlaut verdeutlicht (sind nach einer Verurteilung ... Tatsachen erkennbar’ und nicht werden nach einer Verurteilung ... Tatsachen erkennbar)*, auch dann anwendbar, wenn die wesentlichen die Gefährlichkeit begründenden Tatsachen bereits zum Zeitpunkt des Urteils erkennbar waren und im Jugendstrafvollzug keine erheblichen ‘neuen’ Tatsachen hervorgetreten sind” (BT-Drs. 16/6562, p. 7).

1123 BT-Drs 16/6562.

1124 Intervenção do Professor Jörg Kinzig, BT-Dr 16/6562, p. 2.

1125 N. Nestler e C. Wolf, “*Sicherungsverwahrung gem. § 7 Abs. 2 JGG und der Präventionsgedanke im Strafrecht - kritische Betrachtung eines legislativen Kunstgriffs*” (2008) *Neue Kriminalpolitik* 153-159.

1126 T. Ullenbruch, “*Das ‘Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht’ - ein Unding?*” (2008) *Neue Juristische Wochenschrift* 2609-2615.

1127 *M. c. Alemanha*, recurso n. de 17 de dezembro de 2009. Sobre o impacto desta decisão, ver Jörg Kinzig, “*The ECHR and the German System of Preventive Detention: An Overview of the Current Legal Situation in Germany*”, in M. Caianiello e M. Corrado (orgs.), *Preventing danger: new paradigms in criminal justice*, Durham, NC: Carolina Acad. Press., 2013, 71-95; E. Janus et al., “*M. c. Germany: The European Court of Human Rights Takes a Critical Look at Preventive Detention*” (2013) *29 Arizona Journal of International and Comparative Law* 605-622; S. Schlickewei, “*Preventive Detention Revisited Before the ECtHR: O.H. c. Germany*” (2012) *German Yearbook of International Law* 659-669; T. Bartsch, “*Aspekte der Sicherungsverwahrung im Straf- und Maßregelvollzug*”, in B. Bannenberg und J.-M. Jehle (orgs.), *Gewaltdelinquenz, Lange Freiheitsentziehung, Delinquenzverläufe*, Mönchengladbach: Forum Verlag, 2011, 291-308; G. Merkel, “*Incompatible Contrasts - Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights*” (2010) *German Law Journal* 1046-1066; H. Müller, “*Die Sicherungsverwahrung, das Grundgesetz und die Europäische Menschenrechtskonvention*” (2010) *Strafverteidiger* 207- 212; M. Möllers, “*Die ‘Einkes-selung’ des EGMR durch BVerfG und BGH bei der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung*” (2010) *Zeitschrift für Rechtspolitik* 153-156; e M. Grosse-Brömer e O. Klein, “*Sicherungsverwahrung als Verfassungsauftrag*” (2010) *Zeitschrift für Rechtspolitik* 172-175.

tuto da custódia de segurança, estatuidando que a remoção do limite de dez anos, com efeito retroativo, constitui uma violação do Artigo 7, § 1, da Convenção. A motivação era muito simples: a custódia de segurança dizia respeito, no “direito dos livros”, à punição dos condenados com base em seu passado criminoso e, no “direito em ação”, a sua execução não era muito diversa daquela de uma pena de prisão¹¹²⁸. Portanto, ela deveria ser considerada como uma sanção, nos termos do Artigo 7, da Convenção, e não poderia ser aplicada retroativamente¹¹²⁹. Em comparação com o passado, assim, os juízes reprovaram fortemente o legislador, por ter falhado em implementar o requisito da distância, cristalizado a partir da decisão constitucional de cinco anos antes.

Além disso, não havia qualquer nexo causal entre a condenação do agente, por parte do Tribunal, e a privação contínua de liberdade para além do período decenal da custódia de segurança. A detenção contínua era, portanto, injustificada nos termos do subparágrafo (1) do Artigo 5, § 1, da Convenção. A detenção preventiva do agente também não encontrava justificativa no subparágrafo (c) do Artigo 5, § 1, da Convenção, porque os possíveis e futuros ilícitos do recorrente não eram suficientemente concretos e específicos no que diz respeito, em particular, ao local e ao tempo do seu cometimento e das vítimas de tais crimes¹¹³⁰. Finalmente, nem mesmo o parágrafo (e) poderia legitimar tal medida de custódia, visto que o agente não sofria de perturbações mentais, nem os tribunais locais haviam feito referência a distúrbio desta ordem¹¹³¹.

22. A resposta das autoridades alemãs foi tripla, objetivando uma profunda revisão da detenção preventiva¹¹³². As principais modificações foram as seguintes. Antes de tudo, o âmbito de aplicação da custódia de segurança primária, nos termos do Artigo § 66 do Código Penal foi significativamente reduzida. Em segundo lugar, a custódia de segurança diferida, nos termos do Artigo 66^a do Código Penal tornou-se aplicável aos criminosos condenados a 5 anos de reclusão. Em terceiro lugar, a custódia de segurança retroativa relativa ao Artigo 66b do

1128 Em *M.*, supramencionado, § 128, o Tribunal inicialmente elaborou uma argumentação teórica (em que, nos termos do Artigo 66 do Código penal, “as ordens de custódia de segurança podem ser emanadas apenas contra aquelas pessoas que já foram várias vezes consideradas culpadas por crimes de uma certa gravidade”) e referiu-se à situação apenas como argumento específico adicional (“note-se, em particular, que não parece não haver medidas especiais, instrumentos ou institutos necessários, referente às disposições para os detidos comuns de longa duração”).

1129 Sucessivamente a *M. c. Alemanha*, supramencionado, o Tribunal foi confrontado com a questão da compatibilidade da custódia retroativa com a Convenção, em *Kallweit c. Alemanha*, recurso n. 17792/07, de 13 de janeiro de 2011, e da Lei bábara sobre Tratamento Terapêutico de 2002 em *Haidn c. Alemanha*, recurso 6587/04, de 13 de janeiro de 2011. Em ambos os casos, declarou-se incompatíveis.

1130 *M. c. Alemanha*, supramencionado, § 102.

1131 *M. c. Alemanha*, supramencionado, § 103.

1132 Lei de Reforma sobre a Custódia de Segurança (*Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung*), de 22 de dezembro de 2010, que entrou em vigor em 1 de janeiro de 2011. Sobre esta lei, ver Arthur Kreuzer, “Beabsichtigte bundesgesetzliche Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung” (2011) *Zeitschrift für Rechtspolitik* 7-11; “Strafrecht als präventiver Opferschutz? — Plädoyer für eine einheitliche vorbehaltene Sicherungsverwahrung anstelle des dringend reformbedürftigen dreigeteilten Systems” (2010) 22 (3) *Neue Kriminalpolitik* 89-95; e Jörg Kinzig, “Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung” (2011) *Neue juristische Wochenschrift* 177-182.

Código penal e ao Artigo 106 da Lei dos Tribunais Juvenis foi removida, exceto nos casos em que a detenção em um hospital psiquiátrico fosse concluída em razão do fato que a condição que excluía ou reduzia a responsabilidade penal do imputado e sobre a qual a medida se fundava não existia ou não era mais subsistente. De todo modo, o Artigo 316 (e) (1) da Lei de Introdução ao Código Penal previa que as novas disposições aplicar-se-iam sempre que o ilícito, ou ao menos um dos ilícitos pelos quais foi aplicada ou diferida a custódia de segurança, fosse cometido sucessivamente à entrada em vigor da Lei, em 1 de janeiro de 2011. Os crimes cometidos anteriormente desta data permaneceriam, portanto, sujeitos à legislação anterior.

23. Além disso, foi introduzida uma nova medida sobre “colocação terapêutica” *Therapieunterbringung*)¹¹³³, com o objetivo explícito de manter em cárcere aqueles sujeitos que, segundo a jurisprudência do Tribunal, seriam de outra forma libertados. Como se pode concluir do texto de lei, o escopo do legislador era aquele de manter sob custódia aqueles transgressores graves contra os quais havia sido emitida uma ordem de custódia de segurança, que não poderia mais ser justificada com base no Artigo 5, § 1, (a), da Convenção após a sentença *M. c. Alemanha*¹¹³⁴. Uma vez que o Artigo 5, § 1, (e), não parecia dispor do mesmo problema com relação à legislação retroativa, o legislador alemão decidiu basear o confinamento desta mesma população (feita a exceção para a liberação de alguns casos menores) sobre a finalidade legal de fornecer terapia para “pessoas afetadas por enfermidades mentais”, aparentemente desligando-as dos crimes que constituíam a razão originária da custódia. Ao redigir a lei, o legislador estava bastante ciente do fato de que nem todos os criminosos que se pretendia manter atrás das grades sofriam de um real distúrbio mental no sentido estritamente psiquiátrico-

1133 A Lei da Terapia e Detenção dos Criminosos Violentos com Distúrbios Mentais (*Gesetz zur Therapierung und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter*) entrou em vigor em 1 de janeiro de 2011. Sobre esta lei, ver Katrin Höffler e Cornelius Stadland, “Mad or bad? Der Begriff ‘psychische Störung’ des ThUG im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG und des EGMR” (2012) *Strafverteidiger* 239-246; Volker Dittmann, “‘Psychische Störung’ im Therapieunterbringungsgesetz (ThUG) und im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung vom 4. Mai 2011 – Versuch einer Klärung”, in J.L. Müller et al. (orgs.), *Sicherungsverwahrung – wissenschaftliche Basis und Positionsbestimmung*, Berlin, 2012, 27-42; e C. Morgenstern, “Krank - gestört - gefährlich: Wer fällt unter § 1 Therapieunterbringungsgesetz und Artigo 5 Abs. 1 lit. e EMRK?” (2011) *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* 974-981.

1134 *M. c. Alemanha*, supramencionado.

-forense¹¹³⁵, e que, me que o fizessem, não havia razões válidas para acreditar que pudessem ser tratados pela via terapêutica¹¹³⁶.

O tribunal competente – que, de acordo com a presente lei, era um tribunal civil – poderia, portanto, ordenar o confinamento terapêutico se a pessoa sofresse de um “distúrbio mental” (*psychische Störung*), assim como quando havia uma alta probabilidade de cometer crimes graves, e, portanto, o confinamento se mostrava necessário para proteger a população. Isto poderia se verificar independentemente de a pessoa estar ou não sob custódia de segurança ou de já ter sido libertada.

24. Em outras palavras, a Lei do Tratamento Terapêutico constituiu um exercício puro de rotulagem incorreta (*Umetikettierung*) da custódia de segurança como uma medida supostamente não penal e não punitiva de tratamento terapêutico, incompatível com a Convenção¹¹³⁷. Embora aplicada pelos tribunais civis, não restava clara nem a alegada natureza não penal da medida de internação, nem estava claro o que se entendia por “distúrbio mental” (*psychische Störung*). O artifício utilizado pelo legislador enfatizou *de fato* a “fórmula mágica”¹¹³⁸ do requisito da distância. Em outras palavras, o legislador “duplicou” o requisito da distância sob a ótica de fazer parecerem distintas, por um lado, as funcionalidades práticas da execução da custódia de segurança como internação terapêutica não penal, e por outro, a medida *em si*, para salvaguarda-la da censura de Estrasburgo. O novo movimento político era arriscado, mas se demonstrou bastante satisfatório, uma vez que apoiado pelo Poder Judiciário nacional.

1135 O Projeto de Lei resume o conceito de “*psychische Störung*” no Artigo 1 da Lei do Tratamento Terapêutico: “*Letztlich deckt der Begriff der „psychischen Störung“ ein breites Spektrum von Erscheinungsformen ab, von denen nur ein Teil in der psychiatrisch-forensischen Begutachtungspraxis als psychische Erkrankung gewertet wird.*” (BT-Drs. 17/3403, p. 54). Durante as audiências parlamentares, o perito Norbert Leygraf apresentou a perspectiva de um psiquiatra: “*Da eine als gefährlich eingeschätzte Gruppe bislang als psychisch gesund geltender ‘Hangtäter’ mit Mitteln des Strafrechtes nicht weiter gesichert werden kann, wird eine psychiatrisch verbräunte neue Form der Unterbringung geschaffen, um den weiteren Freiheitsentzug dieser Menschen sicherzustellen. Hierzu wird auf psychiatrische Klassifikationssysteme zurückgegriffen (ICD 10 bzw. DSM IV), obschon die genannten Diagnose-manuale gerade ausdrücklich hervorheben, dass sie als Grundlage einer gerichtlichen Entscheidung nicht hinreichend sind*” (http://webarchiv.bundestag.de/archive/2013/1212/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoeerungen/archiv/02_Sicherungsverwahrung/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Leygraf.pdf, p. 5).

1136 Este, na realidade, é o que foi afirmado nas explicações do Artigo 9 (2) da Lei do Tratamento Terapêutico: “*Die Sachverständigen sollen zugleich auch Behandlungsvorschläge unterbreiten. Sollte eine Therapie des Betroffenen ausgeschlossen werden, sind in den Gutachten zumindest Vorschläge für eine Behandlung, z. B. mit Medikamenten, der psychischen Störung des Betroffenen zu unterbreiten.*” (BT-Drs. 17/3403, p. 57). Norbert Leygraf evidenciou, da mesma forma, o fato de que a legislação explicitamente exigia que um médico especialista propusesse ao menos um tratamento médico mesmo que o tratamento para a pessoa interessada fosse considerado, em princípio, impossível: *Bei den von den Gutachtern vorzuschlagenden Behandlungen werden explizit medikamentöse Behandlungsformen genannt, die vom Gutachter sogar auch dann noch vorgeschlagen werden sollen, wenn eine Therapie des Betroffenen eigentlich ausgeschlossen ist (Erläuterungen zu § 8 Abs. 2 ThUG GE)* (fonte citada na nota anterior).

1137 Para um problema similar, ver a minha opinião, § 9, caso *Kuttner c. Austria*, recurso n. 7997/08, 16 de julho de 2015.

1138 Katrin Höffler e Johannes Kaspar, “*Warum das Abstandsgebot die Probleme der Sicherungsverwahrung nicht lösen kann Zugleich ein Beitrag zu den Aporien der Zweispurigkeit des strafrechtlichen Sanktionensystems*” (2012) 124 (1) *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 87, 88.

ii. A resposta judiciária (§§ 25-28)

25. A resposta judicial a *M.* não foi menos engenhosa¹¹³⁹. Em 04 de maio de 2011¹¹⁴⁰, o Tribunal Constitucional declarou a incompatibilidade das disposições sobre a imposição e duração da custódia de segurança com referência aos direitos fundamentais de liberdade, uma vez que não satisfaziam os requisitos constitucionais da exigência de distância¹¹⁴¹. Indo além da sua própria decisão de 2004, o Tribunal insistiu na “execução orientada à soltura e à terapia” (*freiheitsorientierte und therapiegerichteten Vollzug*) da custódia de segurança e em seu “caráter puramente preventivo” (*den allein präventiven Charakter*)¹¹⁴². Segundo os juízes de Karlsruhe, o requisito da distância era uma exigência imperativa para todas as autoridades públicas e deveria ser especificada unicamente pelo legislador, o qual deveria desenvolver um “conceito global de custódia de segurança orientado à soltura” (*freiheitsorientiertes Gesamtkonzept der Sicherungsverwahrung*)¹¹⁴³, com uma pletora de normas tais para determinar a conduta executiva e judiciária em “todos os campos relevantes” (*allen wesentlichen Bereichen*)¹¹⁴⁴. Agindo como um “substituto do legislador” (*Ersatzgesetzgeber*), o Tribunal delineou “standards constitucionais mínimos” (*verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen*)¹¹⁴⁵ para a implementação legislativa do requisito da distância e, ademais, fixo o termo de 31 de maio de 2013 para substituir as disposições inconstitucionais por novos regulamentos baseados sobre novos standards¹¹⁴⁶.

Fundado sobre a filosofia da Lei do Tratamento Terapêutico, não objeto de exame na questão de legitimidade constitucional, o Tribunal Constitucional jus-

1139 Sobre a resposta judiciária a *M.*, ver J. Kaspar, “Die Zukunft der Zweispurigkeit nach den Urteilen von Bundesverfassungsgericht und EGMR” (2015) *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 654-690; C. Michaelsen, “From Strasbourg, with Love – Preventive Detention before the German Federal Constitutional Court and the European Court of Human Rights” (2012) *Human Rights Law Review* 148-167; M. Payandeh e H. Sauer, “Menschenrechtskonforme Auslegung als Verfassungsmehrwert: Konvergenzen von Grundgesetz und EMRK im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung” (2012) *Juristische Ausbildung* 289-298; B. Sonnen, “Verfassungswidrige Sicherungsverwahrung” (2011) *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe* 321-324; M. Pösl, “Die Sicherungsverwahrung im Fokus von BVerfG, EGMR und BGH” (2011) *Zeitschrift für das juristische Studium* 132-146; A. Kreuzer e T. Bartsch, “Urteilsanmerkung zum BVerfG-Urteil” (2011) *Strafverteidiger* 472-480; U. Eisenberg, “Urteilsanmerkung zum BVerfG-Urteil” (2011) *Strafverteidiger* 480-482; Karl Nufstein, “(Kein) Anwendungsbereich des Therapieunterbringungsgesetzes nach dem Sicherungsverwahrungs-Urteil des BVerfG?” (2011) *Strafverteidiger* 633-635; F. Streng, “Die Zukunft der Sicherungsverwahrung nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts” (2011) *Juristenzeitung* 827- 835; e U. Volkmann, “Fremdbestimmung - Selbstbehauptung - Befreiung” (2011) *Juristenzeitung* 835-842.

1140 BVerfGE 128, 326.

1141 *Ibid.*, §§ 95 e 119. Todavia, o Artigo 66 do Código Penal na versão em vigor a partir de 27 de dezembro de 2003 não foi declarado nulo com efeito retroativo, mas permaneceu aplicável (e, portanto, uma base jurídica válida de acordo com o direito nacional), em particular, para o período anterior a 2011. Portanto, a legitimidade da custódia de segurança ordenada e executada em conformidade com a versão anterior do Artigo 66 em relação ao Artigo 5 § 1 (a) da Convenção foi posta em discussão (*Ostermunchner c. Germania*, n. 36035/04, § 84, de 22 de março de 2012).

1142 *Ibid.*, § 101.

1143 *Ibid.*

1144 *Ibid.*, § 121.

1145 *Ibid.*, §§ 171 e 110.

1146 *Ibid.*, § 167. É importante observar que o Tribunal rejeitou a possibilidade de interpretar as disposições existentes sobre custódia de segurança sob a ótica do Artigo 5, § 1, (e), da Convenção, uma vez que o contexto normativo destas disposições não poderia ser alterado deste modo (*ibid.*, § 160).

tificou o confinamento nos casos em que a custódia de segurança não fosse exequível pela proibição da legislação retroativa, com a emergência de um “distúrbio mental” (*psychische Störung*)¹¹⁴⁷. A partir do momento em que seria impossível, para o futuro, justificar qualquer forma de medida retroativa baseada no Artigo 5, § 1, (a), da Convenção, o Tribunal Constitucional procurou explicitamente uma justificativa diversa para a custódia de segurança retroativa no Artigo 5, § 1, (e)¹¹⁴⁸. Com tal justificativa, o Tribunal aceitou a perpetuação da custódia de segurança reatroativa nos termos do Artigo 316e da Lei de Introdução ao Código Penal nos “casos antigos”¹¹⁴⁹, recorrendo a um rigoroso teste de proporcionalidade (*strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung*)¹¹⁵⁰.

Portanto, a retórica do legislador de “orientação terapêutica” (*Therapieorientierung*) como meio para distinguir a execução de uma custódia de segurança do cumprimento de pena na prisão recebeu aprovação constitucional explícita pelo Tribunal de Karlsruhe¹¹⁵¹, o qual impôs uma interpretação do requisito da distância “com contornos ainda mais definidos” (*noch deutlicher zu konturieren*)¹¹⁵². Enfatizou, em particular, que o requisito constitucional para delinear a distinção entre a custódia de segurança e o cumprimento da pena de prisão se justificava por uma individualizada e intensificada oferta de tratamento e terapia, por parte de uma equipe multidisciplinar de especialistas, para todos aqueles que se encontravam em estado de custódia de segurança, onde as terapias padrão disponíveis na instituição não mostravam perspectivas de sucesso¹¹⁵³. Finalmente, o Tribunal de Karlsruhe confirmou que a própria concepção de pena era diversa daquela da Corte de Estrasburgo¹¹⁵⁴, mas reiterou que as duas noções não deveriam necessariamente se alinhar, visto que o que importa é a consideração dos juízos de valor do Tribunal de maneira orientada aos resultados¹¹⁵⁵. Em última análise, a ordem constitucional alemã “madura” (*gewachsene*) deveria prevalecer sobre a “flexibilidade e falta de precisão” (*Flexibilität und Unschärfe*) do conceito formulado pelo Tribunal¹¹⁵⁶.

1147 *Ibid.*, §§ 120, 130 e 173.

1148 *Ibid.*, §§ 132, 143 e 151.

1149 Casos em que o delito ou ao menos um dos delitos cujo cometimento se impunha ou diferia a custódia de segurança havia sido cometido antes de 1 de janeiro de 2011.

1150 *Ibid.*, §§ 96, 97, 120, 132, 133 e 172.

1151 *Ibid.*, §§ 130 e 173.

1152 *Ibid.*, § 141.

1153 *Ibid.*, § 113.

1154 *Ibid.*, § 142.

1155 *Ibid.*, §§ 91 e 141.

1156 *Ibid.*, § 142.

26. Em 2012, o Parlamento alemão promulgou a Lei da Custódia de Segurança (Distinção)¹¹⁵⁷, introduzindo o novo Artigo 66c no Código Penal¹¹⁵⁸. Tal lei converteu os standards do Tribunal Constitucional para a execução da pena detentiva em lei nacional, e ainda mais estranhamente em uma disposição do Código penal, mantendo intacta a versão antiquada do Artigo 129 da Lei da Execução da Detenção e sobre Medidas de Custódia de Correção e Prevenção (supramencionada). Tendo em consideração que cada *Länder* goza de autoridade para a execução da condenação no cárcere, cada *Land* promulgou uma nova lei com o fim de aplicar, no plano prático, o requisito da distância¹¹⁵⁹. A custódia de segurança diferida continuou a ser aplicada contra menores¹¹⁶⁰, enquanto aquela retroativa foi removida do Artigo 7 da Lei dos Tribunais Juvenis, feita exceção aos casos em que a reclusão em um hospital psiquiátrico havia se encerrado porque a condição que excluía ou reduzia a responsabilidade penal do imputado e sobre a qual se fundava a reclusão não existia ou não subsistia mais¹¹⁶¹.

27. O legislador estabeleceu uma importante disposição transitória, a saber, o Artigo 316f da Lei de Introdução ao Código Penal, a qual previa a aplicação das disposições retroativas sobre custódia de segurança toda vez que o crime desencadeador (*Anlasstat*), ou seja, o crime ou ao menos um dos crimes cujo cometimento resultou na imposição ou diferimento da custódia de segurança, foi cometido antes de 31 de maio de 2013. Esta disposição foi expressamente concebida para permitir aos tribunais recorrerem às disposições antigas até quando a proteção da segurança pública teria sido garantida pelas ordens de custódia de segurança diferida (em outras palavras, para as próximas décadas), a despeito do professado problemático caráter factual e jurídico das disposições antigas¹¹⁶². Em palavras simples, a nova disposição do Artigo 316f, assim como seu predecessor, o Artigo 316d, prorrogou o período de transição da sentença do Tribunal Constitucional por um período de tempo indefinido.

28. Em julho de 2013¹¹⁶³, o Tribunal Constitucional declarou a Lei do Tratamento Terapêutico em conformidade com a Constituição, com a condição de que fosse, todavia, interpretada de maneira restritiva, no sentido de que a internação, nos termos da lei, deveria observar as mesmas condições restritivas

1157 A Lei da Custódia de Segurança (Distinção) (*Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*), de 5 de dezembro de 2012, entrou em vigor em 1 de junho de 2013.

1158 Cfm. § 79 desta sentença.

1159 Cfm. § 77 desta sentença. Para uma avaliação desta lei, ver Annemarie Dax, *Die Neuregelung des Vollzugs...*, supramencionado.

1160 Artigo 7 (2) da Lei dos Tribunais Juvenis, na versão da Lei de 5 de dezembro de 2012.

1161 Artigo 7 (4) da Lei dos Tribunais Juvenis, na versão da Lei de 5 de dezembro de 2012.

1162 O Projeto de Lei que foi sucessivamente aprovado assim é fundamentado: “*Damit wird... diese rechtlich und tatsächlich problematische Anordnungsform noch so lange fortgeführt, bis der Schutz der Bevölkerung durch den Ausbau insbesondere der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung übernommen werden kann.*” (BT-Drs. 17/9874, p. 12).

1163 Decisão do Tribunal Constitucional Federal de 11 de julho de 2013, BVerfGE 2 BvR 2302/11 e 2 BvR 1279/12.

da custódia de segurança retroativa¹¹⁶⁴, uma vez que a Lei deveria ser considerada como “lei penal” nos termos do Artigo 74 (1) n. 1 da Lei fundamental¹¹⁶⁵, e a intensidade de sua intervenção sobre os direitos à liberdade da pessoa correspondia aquela da custódia de segurança¹¹⁶⁶. Em particular, a medida, nos termos da Lei do Tratamento Terapêutico, poderia ser considerada legítima se os fatos concretos indicassem que subsistia um elevado risco de cometimento de delitos graves pela pessoa interessada. Não obstante a isso, o conceito de “distúrbio mental” foi interpretado em sentido extensivo, incluindo-se não apenas aquelas doenças mentais que necessitavam de tratamento clínico, mas também os distúrbios de personalidade de suficiente gravidade¹¹⁶⁷.

Sucessivamente a tal decisão, todos os casos restantes de medidas de custódia sob a Lei do Tratamento Terapêutico foram reavaliados por autoridades competentes, e os interessados foram gradualmente libertados. Ao tempo da visita do Comitê para a Prevenção da Tortura (“o CPT”), em novembro de 2013, apenas uma pessoa no país ainda estava submetida a uma ordem de medida de custódia conforme a Lei em questão. A delegação foi informada que tal sujeito seria libertado sucessivamente, e que, portanto, a Lei do Tratamento Terapêutico se tornaria factualmente “obsoleta”¹¹⁶⁸.

A partir do momento em que o Artigo 316 f § 2 permitia a manutenção da custódia de segurança previamente ordenada ou prolongada retroativamente, nos casos em que se temia que o distúrbio mental, por parte do criminoso, teria se manifestado no cometimento de crimes extremamente violentos ou de natureza sexual, não haveria mais qualquer margem para aplicação da Lei do Tratamento Terapêutico. Sendo assim, não resultava mais necessário recorrer à opção civilista de custódia, uma vez que as pessoas a que a disposição se destinava poderiam simplesmente serem colocadas em regime de custódia de segurança, recorrendo a uma solução similar de direito penal. Isto se tornou evidentemente possível por meio da sentença do Tribunal Constitucional de maio de 2011, a qual determinou, pouco tempo depois da entrada em vigor da Lei do Tratamento Terapêutico, em 1 de janeiro de 2011, que nas mesmas condições estabelecidas por tal Lei, os criminosos poderiam ser simplesmente submetidos ao regime de custódia de segurança.

1164 *Ibid.*, § 83.

1165 *Ibid.*, § 66.

1166 *Ibid.*, § 80.

1167 *Ibid.*, §§97-117.

1168 Relatório do Governo Alemão sobre a visita na Alemanha do Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes (CTP), de 25 de novembro a 2 de dezembro de 2013, CPT/Inf (2014) 23, § 9.

iii. A resposta do Governo (§§ 29-31)

A resposta do Governo para Estrasburgo foi genial. Ele insistiu ao Tribunal sobre a necessidade de admitir, nos termos da Convenção, não apenas a custódia de segurança ilimitadamente retroativa para os criminosos com “distúrbios mentais” (*psychische Störung*), mas também a detenção “pré-crime”, portanto, para fins preventivos, para sujeitos presumivelmente perigosos. Tal tática valeu amplamente a pena. Depois de apenas dois anos de *Schwabe e M.G.*¹¹⁶⁹, o Tribunal se retratou, em *Ostendorf*¹¹⁷⁰, da sua posição prévia, permitindo que um ilícito pudesse ser considerado suficientemente “específico e concreto” para os escopos de aplicação do Artigo 5, § 1, (b), da Convenção “se a situação e o local do iminente cometimento do delito e das potenciais vítimas foram suficientemente especificados”¹¹⁷¹. No mesmo ano, o Tribunal proferiu a sua decisão sobre o caso *Bergmann*¹¹⁷², reexaminando o caso *M.* O presente juízo confirmou a posição concessiva do Tribunal.

30. Caso fosse aceita uma interpretação do Artigo 5, § 1, (e), da Convenção que aprovasse o modelo alemão de custódia de segurança como meio de detenção de pessoas “incapazes de compreender”, autônomo e imune ao sistema de direito penal, se teria endossado a aplicação da custódia de segurança mesmo na ausência de infrações penais. O raciocínio do Governo destaca a conexão entre o crime pressuposto e a medida de custódia como significativamente fraca, visto que, caso contrário, a detenção poderia ter sido submida unitariamente ao Artigo 5, § 1, (a). Deste modo, abre-se um caminho para a possibilidade de deter uma pessoa exclusivamente em razão de sua presumida periculosidade.

31. O sucesso do Governo ressoou naqueles *Länder* que não se afastaram de introduzir novas e drásticas medidas de custódia, tais como a ilimitada custódia de segurança ordenada em conformidade aos regulamentos da polícia (pense-se, por exemplo, no Artigo 20 do *Polizeiaufgabengesetz* bávaro e no § 18 do *Polizeigesetz* de Brémen). Embora sujeitos à supervisão jurisdicional, trata-se de medida detentiva fundada na mera suspeita de uma futura conduta criminosa, independentemente de qualquer processo penal, pendente ou futuro, e sem limites temporais¹¹⁷³. A *Schutzhaft* está de volta, portanto, entretanto desta vez com o apoio do poder judiciário.

1169 *Schwabe e M. G. c. Alemanha*, recurso n. 8080/08 e 8577/08, de 1 de dezembro de 2011.

1170 *Ostendorf c. Alemanha*, recurso n. 15598/08, de 7 de março de 2013.

1171 *Ibid.*, § 93. Em suas opiniões em separado em *Ostendorf*, os juízes Lemmens e Jäderblom consideraram que a custódia de segurança pura poderia encontrar justificativa no Artigo 5 §1 (c) da Convenção. Tal posição foi agora confirmada na Grande Câmara em *S., V. e A. c. Dinamarca*, n. 35553/12 e outros, de outubro de 2018.

1172 *Bergmann c. Alemanha*, n. 23279/14, de 7 de janeiro de 2016.

1173 Jörg Kinzig, “Die Ausweitung der Sicherungsverwahrung und die daraus resultierenden Probleme für eine zuverlässige Kriminalprognose”, in B. Bannenberg und J.-M. Jehle (orgs.), *Gewaltdelinquenz, Lange Freiheitsentziehung, Delinquenzverläufe*, Mön-

C. CONCLUSÕES PRELIMINARES (§§ 32-35)

32. Na lógica do sistema penal alemão, a custódia de segurança não apresentava qualquer escopo terapêutico. Por consequência, um criminoso afetado por uma enfermidade mental, sempre que um perito conclua que subsiste um perigo de cometimento de novos crimes por consequência daquele distúrbio, poderá ser conduzido a um hospital psiquiátrico forense, por força de uma ordem de detenção (Artigo 63 do Código Penal). Um criminoso pode ser também conduzido a um centro de custódia de segurança (Artigo 66 do Código Penal) quando não existe qualquer distúrbio mental subjacente, mas apenas uma tendência viciosa que poderia conduzir ao cometimento de um futuro delito. Em outras palavras, o Artigo 63 encontra aplicação contra o criminoso “louco” (isto é, ao criminoso insano e perigoso que cometeu um crime por conta de uma doença mental), enquanto o Artigo 66 se destina ao criminoso “mau” (ou seja, o criminoso perigoso, mas são mentalmente, que comete crimes graves repetidamente (*Gewohnheitsverbrecher*) e é considerado, neste sentido, incurável (*unverbesserlich*)¹¹⁷⁴. A distinção ainda é relevante: enquanto o Artigo 67d §6 do Código Penal especifica que a medida de segurança referida ao Artigo 63 com base na ordem de custódia em hospital cessa (*erledigt*) com o desaparecimento dos requisitos para aplicação, o Artigo 66b do Código Penal e o Artigo 7(4) da Lei dos Tribunais Juvenis continuam a prever a aplicação da custódia de segurança naquela situação em que não seria aplicada se a medida tivesse uma finalidade terapêutica. Além disso, o Artigo 67 do Código Penal estabelece um sistema detentivo “substitutivo”. Caso seja determinada uma ordem de internação psiquiátrica ou imposta uma obrigação de desintoxicação, a medida de regra deve ser aplicada antes da sentença de condenação. Quando a medida é aplicada antes de ser proferida uma sentença de condenação, o período transcorrido na clínica, para efeitos da execução da medida, será contabilizado como período de detenção de até dois terços da sentença condenatória. A custódia de segurança é excluída do sistema indireto¹¹⁷⁵, obviamente porque não é considerada como um tratamento, mas sim como uma punição. O *Feindstrafrecht* ainda está vivíssimo.

33. Em suma, durante os mais de 85 anos de vigência no direito penal alemão, a custódia de segurança nunca esteve ligada ao tratamento médico ou

chengladbach: Forum Verlag, 2011, 355-366.

1174 No conceito de von Liszt, a custódia de segurança não deveria ser uma medida de correção e prevenção, mas uma punição por razões de segurança, porque não se percebia alguma perspectiva de sucesso de tratamento. Von Liszt comparou o criminoso habitual a um membro doente que contagiava todo o corpo, a uma úlcera cancerígena que envenenava a sociedade (von Liszt, ‘Der Zweckgedanke im Strafrecht’ (1883) 3 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 36), em alguma medida antecipando o pensamento nacional-socialista e sua prática exterminadora (Johannes Kaspar, *Die v. Liszt-Schule und der Umgang mit gefährlichen Gewohnheitsverbrechern*, in Arnd Koch e Martin Löhnig (orgs.), *Die Schule Franz von Liszt*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, p. 124).

1175 No Código Penal não havia uma disposição similar àquela do Artigo 5 §3 da Lei dos Tribunais Juvenis.

psiquiátrico, e, em verdade, a qualquer tratamento que seja. Ao contrário, a custódia de segurança sempre foi considerado prevalentemente como uma medida limitativa da liberdade¹¹⁷⁶, ao contrário das medidas prevalentemente orientadas ao tratamento de que trata o Artigo 63 (reclusão em hospital psiquiátrico) e 64 (reclusão para tratamento de drogas e álcool) do Código Penal.

34. A mudança epistêmica operada pelo Tribunal Constitucional em maio de 2011, que se alinhou com a escolha política estratégica da Lei do Tratamento Terapêutico para contornar um confronto direto com Estrasburgo, foi coroado pelo novo Artigo 66c do Código Penal introduzido pela Lei da Custódia de Segurança (Distinção), de 2012. Com efeito, os parlamentares alemães inicialmente se empenharam em uma política de “transubstanciação” da detenção preventiva em uma lei não penal – ou seja, uma medida não punitiva de tratamento terapêutico – a fim de salvaguardar a sua autonomia em relação à prisão e, em geral, a sua aplicabilidade retroativa. Sucessivamente, com a decisão de 4 de maio de 2011, o Tribunal Constitucional fundou um internamento posterior daqueles sujeitos submetidos a detenção preventiva retroativa sob as condições da Lei do Tratamento Terapêutico. Na prática, isto resultou na detenção permanente destes sujeitos, mas não como tratamento terapêutico, o qual deveria ser ordenado por um tribunal civil e em conformidade com o direito civil. Além disso, o Tribunal Constitucional, no mesmo julgamento, fez referência a uma nova lei (a Lei do Tratamento Terapêutico) para justificar a manutenção da detenção preventiva, incluindo as pessoas detidas de acordo com o direito juvenil¹¹⁷⁷, pelo qual havia apurado uma violação do princípio da expectativa legítima (mas não também do princípio da irretroatividade). Ao fazê-lo, a decisão do Tribunal Constitucional “criou” um tratamento retroativo para a custódia de segurança, embora isso expressamente derivasse de uma percepção do *Sicherungsverwahrte* como pessoas afetadas pela “enfermidade mental” e uma aparente perspectiva *ex nunc* sobre a periculosidade destas e a necessidade de um futuro tratamento.

Se o Artigo 316f da Lei de Introdução ao Código Penal limitava a custódia de segurança retroativa aos criminosos com um “distúrbio mental” e com uma elevada taxa de periculosidade para o cometimento dos mais graves crimes de violência ou sexuais, tratava-se de uma disposição não sobre o tratamento terapêutico em hospital psiquiátrico, mas sobre a custódia de segurança retroativa, estreitamente conectada ao crime cometido no passado, preferencialmente por uma condenação sem ordem de custódia de segurança. Como demonstra a dis-

1176 Nas palavras do Tribunal Constitucional: “Dieser besondere Charakter der Sicherungsverwahrung tritt bei dauerhafter Unterbringung besonders augenfällig zutage, weil hier der Besserungszweck der Maßregel hinter ihren Sicherungszweck zurücktritt.” (BVerfGE 109, 133, § 124).

1177 Em referência ao Artigo 7 da Lei dos Tribunais Juvenis, ver BVerfGE 128, 326, §§ 99 e 156.

tição entre os casos em que o delito tinha sido “inserido” (*Anlassat*), antes ou depois de 31 de maio de 2013, tal crime – e não a condição mental do réu – é ainda hoje a categoria relevante para as decisões dos tribunais.

III. O DOGMA DA CUSTÓDIA DE SEGURANÇA (§§ 36-55)

A. CRIMINOSOS ADULTOS E JOVENS ADULTOS (§§ 36-48)

i. Retornando à “majestade sem escopo” da prisão (§§ 36-41)

36. A política sobre a custódia de segurança do Estado requerido é essencialmente defeituosa. A distinção entre as sanções fundadas na culpa (*Schuld*), aplicada aos sujeitos penalmente responsáveis, e medidas de correção e prevenção baseadas na periculosidade (*Gefährlichkeit*), aplicáveis às pessoas não penalmente responsáveis, assim como a caracterização da custódia de segurança como medida de correção e prevenção, não obstante fosse aplicada a sujeitos penalmente responsáveis, não supera o escrutínio dos princípios basilares do direito penal moderno, ou seja, a dignidade humana e a ressocialização.

37. O erro dogmático fundamental reside em ter ignorado que uma sentença de condenação deveria ser orientada para a terapia e para a liberdade como custódia de segurança¹¹⁷⁸. Os princípios delineados nos §§ de 106 a 118 da sentença constitucional de 04 de maio de 2011, e sucessivamente incorporadas no Artigo 66c do Código Penal alemão por meio da Lei da Custódia de Segurança (Distinção), deveriam se aplicar tanto às sentenças de condenação quanto às ordens de custódia de segurança. A disposição sobre o tratamento individualizado, baseado em uma avaliação multidisciplinar das necessidades e um plano de execução devidamente atualizado (*Vollzugsplan*)¹¹⁷⁹, é um elemento imperativo da organização do sistema carcerário fundado sobre a ressocialização do réu¹¹⁸⁰, e especialmente para as detenções de longa duração, segundo as Regras Penitenciárias Europeias e outros standards internacionais¹¹⁸¹. Similarmente, a ênfase nas necessidades terapêuticas e a promoção da liberdade individual, participação e motivação, bem como o objetivo do tratamento de estimular a vontade dos detidos a reduzir sua periculosidade no âmbito social, para que assim possam ser libertados o mais cedo possível, são elementos fundamentais para a gestão racional

1178 O Tribunal Constitucional ampliou em sentido extensivo as “semelhanças” (*Ähnlichkeiten*), as “sobreposições funcionais” (*Funktionsüberschneidungen*) e os “paralelismos” (*Parallelen*) entre estes dois regimes carcerários (BVerfGE 109, 2133, §§ 157-162).

1179 Isto já se encontrava no centro das motivações do Tribunal Constitucional em BVerfGE 128, 326, §§ 108 e 109.

1180 *Vinter e outros c. Reino Unido* [GC], nn. 66060/09, 130/190 e 3896/10, ECHR 2013 (extratos).

1181 Ver o comentário à regra 103 das Regras Penitenciárias Europeias, de 2006.

do sistema penitenciário. Em regra, o programa terapêutico para os prisioneiros deve incluir uma progressiva flexibilidade do regime carcerário e a autorização para saídas temporárias do cárcere.

38. Em outras palavras, as alegadas peculiaridades da custódia de segurança deveriam ser uma parte integrante das sentenças de condenação. A própria legislação alemã reconhece isto quando, em relação aos detidos que foram condenados condicionalmente a uma medida de custódia de segurança, específica que as autoridades carcerárias têm a obrigação legal de adotar medidas terapêuticas específicas para os detidos que estão cumprindo a sua pena, a fim de evitar, tanto quanto possível, a custódia de segurança subsequente (Artigo 66c § 2 do Código Penal)¹¹⁸². Além disso, mesmo antes da introdução do Artigo 66c no Código Penal, as disposições específicas sobre execução da custódia de segurança haviam sido delineadas na sequência das disposições executivas da sentença de condenação (Artigo 130-135 da Lei da Execução da Detenção e das Medidas de Custódia de Correção e Prevenção, supramencionada)¹¹⁸³. Em tal contexto, não surpreende que os juízes do Tribunal de Karlsruhe considerem que a ressocialização se aplique igualmente a execução de uma sentença de condenação à prisão e a execução de uma medida preventiva, a qual “se poderia impor alguns limites, *de fato*, sobre os detalhes do requisito da distância”¹¹⁸⁴.

39. Ainda mais importante, o requisito da distância é baseado no pressuposto de que as sentenças de condenação à prisão e a custódia de segurança apresentam escopos diferentes, sendo o primeiro uma reação repressiva da conduta censurável, com o objetivo de “compensar o ilícito” (*Schuldausgleich*)¹¹⁸⁵, e o segundo sendo unicamente voltado à “futura proteção da sociedade” *società*” (*zukünftigen Sicherung der Gesellschaft*)¹¹⁸⁶ contra os criminosos que, com base em sua conduta precedente, são considerados altamente perigosos. A suposição de que a punição pelo ilícito (*Schuldvergeltung*) ou a “compensação pelo ilícito” (*Schuldausgleich*)¹¹⁸⁷ constituiria o principal escopo da pena de prisão contradiz não apenas o princípio basilar do direito penal moderno de ressocialização (prevenção especial positiva) dos sujeitos responsáveis pelo cometimento de delitos culposos, mas também a promoção da dignidade humana¹¹⁸⁸.

1182 Acerca do mérito da disposição, ver as críticas expressas por Norbert Nedopil, “*Sicherungsverwahrung und ‘psychische Störung’ aus psychiatrischer Sicht*” in Johannes Kaspar (orgs.), *Sicherungsverwahrung 2.0*, Baden-Baden: Nomos, 2017, 57-68.

1183 O próprio Tribunal Constitucional admite que estas disposições são “rudimentares”, relacionadas às “áreas marginais” (BverfGE 128, 326, § 121).

1184 *Ibid.*, § 108.

1185 *Ibid.*, § 105.

1186 *Ibid.*

1187 *Ibid.*, § 108.

1188 É importante recordar que o Tribunal Constitucional fundamentou a própria solicitação sobre a distinção na decisão de 2004 sobre a dignidade humana (Artigo 1 § 1 da Lei Fundamental).

40. A partir da famosa decisão *Lebach* de 1973¹¹⁸⁹, o Tribunal Constitucional várias vezes reiterou que o único escopo da pena de prisão é a reabilitação, e que o direito a reabilitação deriva do princípio da dignidade humana e da humanidade da pena. Contrariamente ao seu contínuo compromisso de ressocialização nas subseqüentes sentenças históricas¹¹⁹⁰, a suposição subjacente dominante na jurisprudência constitucional alemã é aquela de uma sentença de condenação como pena com uma “majestade sem propósito”, nas célebres palavras de Maurach¹¹⁹¹. Quando o Tribunal Constitucional constatou que a conduta deplorável constituía “o ponto de contato” (*Anknüpfungspunkt*) da custódia de segurança, mas não o seu “fundamento” (*Grund*), assumindo que a sentença de condenação encontra o seu próprio “fundamento” nesta conduta¹¹⁹², a função repressiva metafísica da sentença de condenação entra pela porta traseira e adquire importância central no direito penal alemão.

41. Pior ainda, tal suposição desvia as autoridades públicas de sua obrigação de fornecer os meios necessários à ressocialização no sistema carcerário. Dito de outra forma, tal assunção colocou perigosamente em risco o princípio de ressocialização dos presos, porque a plena realização deste princípio no cárcere violaria o requisito da distância. Ou o requisito da distância deveria implicar que os juízes constitucionais aceitam que tal prática inconstitucional continue a prevalecer dentro das prisões? Este requisito não se enquadra à abordagem moderna do direito penal, [que procura] de contrabalancear os possíveis danos à personalidade (*Haftschäden*) causados por qualquer forma de prisão de longa duração.¹¹⁹³ Se a suposição da “majestade sem propósito” da pena de prisão está errada, como os penalistas modernos afirmam, o requisito da distância não pode sobreviver, com a consequência de que “na ausência do requisito da distância, o instituto da custódia de segurança é incompatível com a liberdade fundamental dos detidos sujeitos a esta mesma medida”.¹¹⁹⁴

[*omissis* §§ 42-100]

101. O critério final que a maioria usa para avaliar o caráter penal da medida é a sua gravidade. Desde o início, a maioria salienta que não há uma duração máxima da custódia de segurança, mas minimiza o seu caráter punitivo ao enfatizar que tampouco tem uma duração mínima, está [além disso] sujeita à

1189 BverfG 35, 202.

1190 Por exemplo, BverfG 39, 46; e 72, 114.

1191 Maurach, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Karlsruhe: Müller Verlag, 1971, p. 77. Por razões de espaço, não posso aqui aprofundar o debate dogmático alemão sobre o escopo reabilitativo da pena, mas referencio o meu texto “*Ein unausrottbares Missverständnis, Bemerkungen zum strafrechtlichen Schuldverständnis von Jakobs*” (1998) 110 *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 640-657.

1192 BVerfGE 128, 326, § 104.

1193 Conforme ilustrado na decisão do Tribunal Constitucional sobre a prisão perpétua, de 21 de junho de 1977 (1 BvL 14/76).

1194 BVerfGE 128, 326, § 130.

revisão judicial em intervalos relativamente curtos e depende, até certo ponto, da “cooperação [por parte do requerente] nas medidas terapêuticas”.¹¹⁹⁵

102. É significativo que a maioria considere o fato de a medida estar sujeita à revisão judicial periódica como uma espécie de circunstância “atenuante”.¹¹⁹⁶ Se a custódia de segurança fosse uma medida terapêutica primeiramente voltada à reabilitação dos reclusos, a revisão judicial não seria uma benesse para eles, mas um elemento da própria funcionalidade da detenção. O fato de a maioria reconhecer esta característica da detenção como um símbolo da tentativa de reduzir sua gravidade mostra que mesmo a própria maioria não consegue ignorar o evidente caráter punitivo da medida em questão. Além disso, mesmo assumindo que o grau de adesão das pessoas condenadas a uma medida determina a taxa de sucesso, esta última não tem nada a ver com sua natureza, propósito ou gravidade, pelo simples motivo de que pode haver razões múltiplas e imprevisíveis pelas quais os indivíduos interessados não aderem à medida.

103. Na prática, os tribunais concluem regularmente que a instituição ofereceu tratamento adequado, mas o detido não aceitou a oferta. A pessoa detida nas “instituições totais”¹¹⁹⁷ não está em plano de igualdade com os outros quando se trata de provar que a insuficiência da terapia foi devido à instituição, e não ao detento ou à detenta. De acordo com evidências empíricas que datam de período anterior ao da introdução do Artigo 66c do Código Penal, as instituições regularmente transferiam a responsabilidade para os presos. Uma vez que não existe qualquer salvaguarda quanto ao ônus da prova, não se pode excluir que isso ainda aconteça hoje. Em qualquer caso, a falta de evidências estatísticas fiáveis não pode ser usada contra os prisioneiros.¹¹⁹⁸

104. Em resumo, a maioria abandona o significado autônomo da palavra “pena”, conforme reportado no Artigo 7 da Convenção e, de fato, abandona o princípio da interpretação autônoma da Convenção, cujo objetivo é evitar que o Tribunal se prenda às sutilezas do direito interno e permitir ir para além das aparências. É interessante notar que a própria maioria não se lembra das considerações que, a este respeito, o Tribunal formulou na sentença *M. c. Alemanha*.¹¹⁹⁹ Lá, o Tribunal disse que, embora a “custódia de segurança” na lei alemã fosse considerada uma medida de segurança, o conceito de “pena” referido no Artigo 7 tem alcance autônomo e, portanto, cabe ao Tribunal determinar se uma específi-

1195 Cfr. §§ 234 e 235 da sentença

1196 A palavra utilizada ao final do § 235 da sentença é “atenuada”.

1197 Fiz referência a esse conceito na minha opinião em *Lopes de Souza Fernandes c. Portugal* [GC], n. 56080/13, sentença de 19 de dezembro de 2017.

1198 BVerfGE 109, 133, § 93.

1199 *M. c. Alemanha*, supracitado.

ca medida deve ser qualificada como pena, sem estar vinculado à qualificação da medida nos termos do direito nacional.

105. No presente caso prevaleceu exatamente o oposto. Seguindo o espírito, e até mesmo a letra, do acórdão do Tribunal Constitucional de maio de 2011, a maioria não classificou como uma “pena” a custódia de segurança aplicável aos infratores condenados, ordenada por tribunais criminais, com o objetivo de prolongar a detenção após a expiação da prisão, no mesmo cárcere, com base em provas obtidas antes do final da reclusão, cuja subsequente implementação deve ser imposta pelos tribunais responsáveis pela execução das sentenças, como aconteceu no caso do requerente.

106. Como em *Bergmann*,¹²⁰⁰ a maioria está processando uma “transsubstituição” da custódia de segurança ao eliminar o significado autônomo da noção de “pena”. Como em *Bergmann*, a maioria está aceitando uma troca entre o imperativo princípio da legalidade das penas e a qualidade das condições de detenção, reduzindo, assim, o nível de proteção do Artigo 7 a um mero exercício de negociação sobre as condições de execução.¹²⁰¹

107. O alcance da confusão do raciocínio da maioria pode ser percebido na forma como a lei e os fatos são misturados e equiparados à condenação e à execução da pena no § 207 da sentença, que nela desempenha um papel central. É verdade que a interpretação do Artigo 7, § 1, da Convenção, proposta no infeliz § 207 da sentença, está limitada a “alguns casos raros” mencionados no parágrafo precedente. Há apenas uma justificativa, um tanto insatisfatória, para o “argumento da raridade” ser utilizado pela maioria: ela sabe que está entrando, no § 207, em um território perigoso e inexplorado e pretende limitar, tanto quanto possível, o alcance da interpretação que propõe e os consequentes danos colaterais causados aos princípios fundamentais elementares do direito penal moderno, bem como ao princípio da legalidade como o conhecemos desde quando Anselm von Feuerbach cunhou, no § 24 do seu *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, de 1801, a expressão latina *nulla poena sine lege*. O limitado alcance da aplicabilidade da interpretação proposta no § 207 não exclui o fato de constituir uma heresia no direito penal.

1200 *Bergmann*, supracitado.

1201 Corrado entende o requisito de distância como “um terrível meio para fugir do dilema, fazendo a diferença [...] depender de uma gradação de condições: um pouco mais de dinheiro, um pouco mais de horas de visita, e será uma regulamentação aceitável pela lei alemã; um pouco menos, e será uma punição inaceitável” (Corrado, supracitado, p. 68).

iii. A concepção abrangente de “alienado” (§§ 108-110)

108. A jurisprudência do Tribunal a respeito do conceito de “alienado”, referido no Artigo 5, § 1, “e”, da Convenção, não é homogênea. É significativo que o projeto sobre a Lei de Colocação Terapêutica se refira explicitamente à jurisprudência do Tribunal e da Comissão, como, por exemplo, em *X. c. Alemanha*,¹²⁰² para sustentar que o conceito de alienado inclui indivíduos com características anormais de personalidade [embora] não equiparáveis a uma doença mental.¹²⁰³ O projeto de lei também faz referência a *Hutchison Reid c. Reino Unido*¹²⁰⁴ e *Morsink c. Países Baixos*¹²⁰⁵ para afirmar que a responsabilidade criminal do réu não exclui a possibilidade de internação para os fins do Artigo 5, § 1, “e”, da Convenção, o que permitiria a reclusão sistemática e ilimitada de infratores independentemente da questão de sua responsabilidade criminal e, pior ainda, independentemente da impossibilidade de tratamento clínico.¹²⁰⁶

109. Aproveitando-se desse elemento de incoerência, os tribunais nacionais decidiram não ser necessário que o “distúrbio mental” fosse tão grave a ponto de excluir a responsabilidade criminal (Artigo 20 do Código Penal) ou a reduzir (Artigo 21 do mesmo Código).¹²⁰⁷ O requerente alega que o conceito de “distúrbio mental” adotado pelas jurisdições internas é mais amplo do que a noção de “alienado” contida no Artigo 5, § 1, “e”, da Convenção. A maioria está indecisa neste julgamento: por um lado, considera que a noção de “alienado” “pode ser mais restritiva” que a de “distúrbio mental”,¹²⁰⁸ mas, por outro, argumenta que a noção de “alienado” não requer uma condição mental que exclua ou, em qualquer caso, atenua a responsabilidade penal.¹²⁰⁹ Por meio desta conveniente ambiguidade, abre-se a porta para identificar “um distúrbio que pode ser definido como um verdadeiro e próprio distúrbio mental”¹²¹⁰ e para “tratar” transgressores perigosos como pessoas “mentalmente doentes” ou “mentalmente perturbadas” e

1202 *X. c. Alemanha*, 12 de julho de 1976, n. 7493/76, D.R. Volume 6, 182.

1203 Por exemplo, *Kallweit c. Alemanha*, n. 17792/07, 13 de janeiro de 2011, e *Hutchison Reid c. Reino Unido*, n. 50272/99, 20 de fevereiro de 2003.

1204 *Hutchinson Reid c. Reino Unido*, supramencionado.

1205 *Morsink c. Países Baixos*, n. 48865/99, 11 de maio de 2004.

1206 O texto pertinente do projeto de lei é o seguinte: “*Schon die Menschenrechtskommission hatte unterdiesen Begriff auch abnorme Persönlichkeitszüge gefasst, die nicht einer Geisteskrankheit gleichkommen (X.I. Bundesrepublik Deutschland, Entscheidung der Europäischen Menschenrechtskommission vom 12. Juli 1976, Nr. 7493/76, D.R. Band 6, Seite 182). In einem Urteil aus dem Jahre 2003 stellte der EGMR klar, dass auch ein weiterhin abnorm aggressives und ernsthaft unverantwortliches Verhalten eines verurteilten Straftäters ausreichen kann und betonte, dass eine fehlende Behandelbarkeit im klinischen Sinne nicht zu einer Freilassung zwingt, wenn eine Gefahr für die Allgemeinheit bestehe (Hutchinson Reid .I. UK, Urteil des EGMR vom 20. Februar 2003, Nr. 50272/99). 2004 gelangte der EGMR zu der Feststellung, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Straftäters eine (auch) auf Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 Buchstabe e EMRK gestützte Unterbringung nicht ausschliesse (Morsink .I. NL, Urteil des EGMR vom 11. Mai 2004, Nr. 48865/99)*” (Projeto de Lei de 26 de outubro de 2010 dos grupos parlamentares dos partidos do governo, Bundestags-Drucksache 17/3403, p. 53 f.). O mesmo caso foi citado em BVerfGE 128, 326, § 152.

1207 Cfr. §§ 34 e 88 da sentença.

1208 Cfr. § 150 da sentença, como em *Glien c. Alemanha*, n. 7345/12, § 87, 28 de novembro de 2013.

1209 Cfr. § 149 da sentença.

1210 Cfr. § 150 da sentença.

mantê-los detidos para o resto de suas vidas, mesmo com base em um regime de detenção que não existia no momento do crime.

110. Em síntese, embora a lista de motivos da detenção a que se refere o Artigo 5, § 1, tenha de ser interpretada de forma restritiva, a maioria faz exatamente o oposto: lança-se em direção a uma interpretação extensiva da alínea “e”, que se torna um cômoda categoria genérica. O modo de manter os “maus” atrás das grades até a morte é etiquetá-los como “loucos”. Este é o preço a pagar para se livrar da proteção referida no Artigo 7.

B. A abordagem excessivamente repressiva ao caso em espécie (§§ 111-126)

i. A determinação deturpada da “doença mental” do recorrente (§§ 111-115)

111. O tribunal nacional estabeleceu que o recorrente tinha plena responsabilidade penal no momento da prática do crime, não obstante existirem alguns elementos que indicavam o início de um desvio sexual.¹²¹¹ O Tribunal Regional de Ratisbona considerou que o requerente, no momento em questão, ainda sofria de um distúrbio de orientação sexual, especificamente sadismo sexual, conforme definido pela CID-10. O seu estado constituía um distúrbio mental para o propósito do Artigo 1, § 1, da Lei de Detenção Terapêutica.

112. O requerente contesta a tese segundo a qual sofria de um distúrbio mental.¹²¹² A maioria afirma que os tribunais nacionais têm “uma certa discricionariedade, nomeadamente sobre o mérito do diagnóstico clínico”.¹²¹³ Mas há limites para essa abordagem “não intervencionista”.¹²¹⁴ No caso em espécie, mais da metade dos peritos considera não ter sido demonstrado que o acusado sofre de uma doença mental: os peritos S (20 de abril de 1999), Z (6 de outubro de 1999), R (8 de outubro de 2003), F (24 de novembro de 2011)¹²¹⁵ e MK (27 de setembro de 2016) concluíram desta forma, enquanto os peritos O (16 de janeiro de 2016), M (6 de janeiro de 2006), B (15 de janeiro de 2009) e K (12 de dezembro 2011)¹²¹⁶ concluíram no sentido contrário. Além disso, o fato de os contatos com o psicólogo MK terem sido interrompidos pelo centro em maio de 2017, uma vez que o especialista não havia identificado no requerente qualquer sinal de

1211 BVerfGE 128, 326, § 51.

1212 Cfr. § 143 da sentença.

1213 Cfr. § 155 da sentença.

1214 O próprio Tribunal Constitucional afirma que, todavia, o benefício da dúvida deve ser dado ao detido quando não existe prova evidente de sua periculosidade (BVerfGE 109, 133, § 111).

1215 Às páginas 77-79, o perito afirmou que não era certo que o recorrente ainda sofresse de sadismo sexual. À página 79, o perito acrescentou a conclusão de que o requerente apresentava um risco médio de prática de futuras infrações.

1216 Este relatório foi baseado exclusivamente nos autos, uma vez que o requerente se recusou a ser examinado pelo perito.

“tendência sádica oculta” (*larvierte sadistische Grundströmung*),¹²¹⁷ levanta sérias dúvidas sobre quão imparcial foi o diagnóstico das autoridades nacionais. Essas dúvidas são agravadas pelo fato de que nenhum dos especialistas consultados era devidamente qualificado para fazer uma diagnose específica em um infrator jovem adulto. Nem o perito K nem o perito F ou qualquer outro era qualificado para examinar pessoas jovens, conforme exigido pelo direito nacional¹²¹⁸ e pela jurisprudência constitucional.¹²¹⁹

113. Quanto à qualidade científica da diagnose em si, observa-se como o seu fundamento foi claramente comprometido pelo fato de a alegada doença mental (sadismo sexual) ter sido constatada quinze anos após a ocorrência dos fatos imputados. Efetivamente, a Seção Criminal do Tribunal Regional proferiu a sua decisão em 2 agosto de 2012,¹²²⁰ enquanto os eventos ocorreram em 1997.¹²²¹ Para complicar ainda mais o caso, o requerente não possuía antecedentes. O aspecto foi simplesmente ignorado pela maioria, que erroneamente assumiu ter o autor uma “história anterior de crimes”.¹²²²

114. A conclusão clínica por parte de sujeitos privados da competência necessária sobre a doença mental em questão numa pessoa primária que, na época dos fatos, tinha 19 anos, realizada quinze anos após a prática do delito, é um exercício de pura adivinhação sobre a personalidade do interessado. Mas o presente caso vai ainda mais além. O caso do Sr. Ilseher constitui não apenas uma obra-prima de mascaramento científico, mas também um caso de parcialidade no exercício do poder repressivo por parte do Estado. Um dano não é reparado quando a retribuição ultrapassa o reparador. Foi o que aconteceu ao juiz P.

115. A conclusão do Tribunal Regional, segundo a qual, durante seu julgamento de 1999, o requerente supostamente “teria ocultado”¹²²³ os motivos sádicos da infração e só os admitira em “2005/2006”, acrescenta outra nota mais preocupante a este caso. O Tribunal Regional não considerou a possibilidade de, à luz dos motivos divergentes invocados pelo requerente para justificar a sua conduta, os alegados impulsos sádicos, que não foram estabelecidos no momento da sentença, pudessem constituir uma retórica desenvolvida durante a sua per-

1217 Anexos 10 e 11, que se encontram juntados às observações do requerente de 10 de agosto de 2017.

1218 Ver o Artigo 43, § 2, da Lei dos Tribunais Juvenis, em conjugação com o Artigo 109, § 1, da mesma Lei.

1219 O próprio Tribunal Constitucional requisitou um “perito com experiência específica” para esse tipo de custódia de segurança de longa duração (BVerfGE 109, 133, § 114). Ver também BVerfGE 128, 326, § 99, que mais uma vez salienta a necessidade de um “relatório médico particularmente qualificado”, precisamente no caso do recurso constitucional do requerente.

1220 Cfr. § 34 da sentença.

1221 Cfr. § 155 da sentença.

1222 Cfr. § 157 da sentença. Insistindo sobre o “histórico criminal” do requerente, ver o § 236. Isto constitui um fundamento suficiente para considerar a presente sentença nula, pois baseada em uma falsa representação dos fatos com uma influência decisiva sobre as conclusões. O Artigo 80 do Regimento do Tribunal foi concebido justamente para esses tipos de erros graves.

1223 Cfr. § 157 da sentença.

manência no cárcere, tendo em consideração os efeitos negativos do ambiente em que o requerente estava detido e o tratamento reconhecidamente inadequado recebido durante dez anos de detenção (até julho de 2008) e para além desse período. Em vez disso, o Tribunal Regional partiu do pressuposto de que o requerente ludibriou os dois peritos médicos que o haviam examinado na época e, ademais, assumiu que o requerente tinha a obrigação de cooperar com a acusação. Em outras palavras, os juízes nacionais ignoraram o sacrossanto princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* (“ninguém pode ser forçado a se incriminar”) e tiraram conclusões negativas do alegado comportamento não cooperativo do requerente.

Nesse cenário, a ele já hostil, as sérias e crescentes dúvidas sobre a independência do Tribunal de primeira instância tornam-se uma certeza caso se considere a infeliz e pouco profissional conduta do juiz P. A posição parcial do juiz P. não apenas enfraqueceu uma acusação, já vacilante sob o aspecto científico, mas, definitivamente, afetou a legalidade da ordem de prisão contra ele emitida. As considerações seguintes aprofundarão a questão.

ii. A ilegalidade da ordem de custódia de segurança do requerente (§§ 116-121)

116. O Governo reconhece que a ordem de custódia de segurança foi ilegal no que se refere ao período até 20 de junho de 2013, mas sustenta a legalidade no que se refere à reclusão subsequente a tal data. O Governo sustenta que, na constância da sua execução, uma medida pode perder seu originário caráter punitivo, embora fundada sobre a mesma ordem judicial, uma vez que seria “excessivamente formalista” exigir uma nova decisão judicial.¹²²⁴ O direito penal requer uma estrita formalidade, mas o Governo convida o Tribunal a olvidar essa verdade axiomática. Infelizmente, isso é exatamente o que a maioria opta por fazer.

117. Não obstante o Tribunal Regional não tenha ordenado, na sentença de 3 de agosto de 2012, a execução da custódia de segurança contra o requerente numa específica unidade, em 20 de junho de 2013 foi ele transferido para outro estabelecimento prisional. A maioria enfrenta uma questão incômoda: por um lado, deve cindir a medida de custódia de segurança da condenação penal pela prática de um crime relativo a um requerente com plena responsabilidade criminal com o propósito de justificar sua natureza supostamente não punitiva; por outro, deve conectar a mesma ordem de detenção à infração, porque a condenação por um delito constituía uma condição preliminar para a imposição da custódia de segurança, conforme o direito nacional (Artigo 7, § 2, da Lei dos Tribunais Juvenis).

1224 Cfr. § 190 da sentença.

Como as autoridades nacionais, a maioria faz a quadratura do círculo, ao alcançar o milagre de “transsubstanciar” a natureza da ordem da custódia de segurança. Esta última é descrita, para efeito do Artigo 5 da Convenção, como “ligada à condenação e, portanto, a ela ‘consequente’, a partir do momento em que o Artigo 7, § 2, da Lei dos Tribunais Juvenis, autoriza a adoção de uma ordem de custódia de segurança exclusivamente com recurso a essa condição preliminar”.¹²²⁵ Para efeitos do Artigo 7 da Convenção, a conexão entre a ordem de custódia de segurança e o crime “não é completamente cindida”.¹²²⁶ Todavia, ao mesmo tempo, a maioria conclui que “[o] elemento punitivo da custódia de segurança e a sua conexão com o delito cometido pelo requerente foi apagada, de modo a considerar que, nessas circunstâncias, a medida deixou de ser uma pena”.¹²²⁷

118. A pergunta de um milhão de dólares é a seguinte: como pode o “nexo” (ou uma “conexão”) ser “apagado”, mas “não totalmente rompido”? A forma linguisticamente inusitada pela qual a maioria se expressa é a melhor evidência da natureza falaciosa dessa linha de raciocínio. Em *Bergmann*, falava-se do “eclipse”¹²²⁸ do elemento punitivo, agora, do “apagamento”.¹²²⁹ Surpreendentemente, a maioria até reconhece que “a melhoria das condições materiais e dos cuidados” não altera a natureza da custódia de segurança “ordinária”, uma vez que não “apaga os fatores constitutivos de uma pena”.¹²³⁰

A escolha dessa linguagem é, para mim, um enigma. Fico perplexo face a essa terminologia, que não encontra apoio nem no direito penal alemão atualmente vigente, nem em nenhum outro direito penal nacional e tampouco no direito penal internacional, mas no pior protótipo nazista de *Täterstrafrecht*, o projeto de um *Gemeinschaftsfremdengesetz*,¹²³¹ que objetivava eclipsar a conexão entre o crime e a pena em nome da proteção da comunidade, uma vez que “os meios do direito penal não eram suficientes, pois as penas, assim como as medidas de correção e de prevenção, inclusive a custódia de segurança, estão sempre ligadas aos crimes em concreto”.¹²³²

O jogo linguístico não termina aqui. A maioria se esforça para se livrar do termo “retroativo” para a tradução do termo alemão *nachträglich*, a fim de dar a

1225 Cfr. § 215 da sentença.

1226 Cfr. § 227 da sentença.

1227 Cfr. § 236 da sentença, que copia o relatado pelo Governo, ver o § 195.

1228 *Bergmann*, supramencionado, §§ 175, 181 e 182. Ver ainda a sentença *Iluseher* na Câmara, § 81.

1229 Cfr. § 236 da sentença.

1230 Cfr. § 228 da sentença.

1231 O Projeto de Lei, que distinguia cinco grupos de *Gemeinschaftsfremden*, precisamente os “*Versager*”, os “*Tunichtgute und Schmarotzer*”, os “*Taugenichtse*”, os “*Störenfriede*” e os “*gemeinschaftsfeindliche Verbrecher und Neigungsverbrecher*”, não entrou em vigor. Os *Hang- und Neigungsverbrecher* eram precisamente aqueles que eram já visados pela custódia de segurança.

1232 Ver “*Begründung des Entwurfs eines Gemeinschaftsfremdengesetzes*”, em Schumann e Wapler, *Erziehen und Strafen, Bessern und Bewahren, Entwicklungen und Diskussionen im Jugendrecht im 20. Jahrhundert*, 2017, p. 113, nota 164.

impressão de que o elemento prospectivo da ordem de custódia de segurança prevalece sobre o retroativo.¹²³³ A escolha da expressão “custódia de segurança subsequente” para traduzir a expressão *nachträgliche Sicherungsverwahrung* revela-se particularmente problemática porque a primeira expressão se sobrepõe, evidentemente, à outra modalidade de *Sicherungsverwahrung*, precisamente a *vorbehaltene Sicherungsverwahrung* (custódia de segurança diferida), que vem igualmente aplicada com base numa avaliação posterior das exigências de prevenção sobre o detido. A maioria não se preocupa em distinguir e evidenciar o contraste entre os dois conceitos.¹²³⁴ Uma coisa é certa, entretanto. Qualquer que seja a terminologia usada, não pode obscurecer o fato de que a *nachträgliche Sicherungsverwahrung* é um ataque *post festum* aos fundamentos do direito penal tal como é conhecido e praticado nos últimos duzentos anos, pelo menos nos regimes democráticos.

119. Apesar dessa aparente mudança terminológica, a maioria não pode ignorar o fato de a avaliação da periculosidade do requerente e das exigências de prevenção ser “retroativa”.¹²³⁵ A custódia de segurança não pode ser julgada de modo isolado da disposição de lei colocada na base da decisão do Tribunal. Em conformidade com a lei alemã, uma medida de privação de liberdade pode ser ordenada exclusivamente por força de uma lei escrita e apenas por um juiz (Artigo 104 da Lei Fundamental). Portanto, as razões apresentadas em uma ordem de privação de liberdade são de importância primordial. Além disso, a legalidade da medida imposta não pode ser julgada de maneira independente do tempo precedentemente passado em detenção. Conforme estabelecido no Artigo 66c, § 2, do Código Penal, não há separação clara entre os cumprimentos de uma pena de prisão e de uma custódia de segurança e, portanto, qualquer precedente período de detenção é parte incidível da medida subsequente. O mesmo Tribunal, no caso *M.*, reconheceu um nexo entre uma detenção de 10 anos e a condenação.¹²³⁶

120. A prática de um crime pelo qual o requerente foi declarado culpado constitui a base legal para o seu sancionamento e para a avaliação retroativa de sua periculosidade, e é propriamente a tal título que a ordem de custódia de segurança constitui uma medida punitiva, ou seja, exatamente a mesma medida legal que o governo considerou ilegítima. Acredito que a maioria está subvalorando a importância dessa singular conclusão.

Se não houvesse uma condenação criminal neste caso, o Tribunal teria muito provavelmente declarado a petição inadmissível em relação ao Artigo 7 e a

1233 Cf. § 157 da sentença

1234 *Müller c. Alemanha* [dec.], n. 264/13, §§ 20, 40, 60 e 61, 10 de fevereiro de 2015, onde o Tribunal apresentou uma distinção entre custódia de segurança retroativa e subsequente. Usando a mesma palavra, “subsequente”, para a custódia de segurança *nachträgliche*, a maioria põe termo à diferenciação linguística.

1235 Cf. § 105 da sentença.

1236 *M. c. Alemanha*, supracitado, § 100.

análise teria se limitado ao Artigo 5. A custódia de segurança retroativa, no caso em espécie, é aplicável somente aos sujeitos que tiverem cometido um crime e que tenham sido considerados penalmente responsáveis por isso – é uma “pré-condição”, usando a terminologia da própria maioria. Mas uma medida coercitiva imposta pelo Estado que tem como “pré-condição” a prática de um crime só pode ser uma pena. Não apenas a custódia de segurança está sujeita à existência de uma condenação criminal, mas, além disso, também o crime ou os crimes cometidos devem ser de determinado tipo e apresentar um particular grau de gravidade. De acordo com a Lei dos Tribunais Juvenis, a ordem em questão só pode ser estabelecida contra pessoas condenadas há pelo menos sete anos de prisão por crimes contra a vida, a integridade física ou a autodeterminação sexual, ou outros crimes específicos.¹²³⁷ Aliás, é significativo que a maioria considere o Artigo 7 aplicável no caso em apreço e, portanto, a petição admissível. Se a custódia de segurança do requerente não fosse uma pena na acepção do Artigo 7, sua retroatividade não representaria uma questão relevante nos termos desse artigo e a petição, desse ponto de vista, deveria ser declarada inadmissível. Se tivesse sido coerente, a maioria deveria ter declarado inadmissível o pedido relativo ao Artigo 7. Uma vez que o Tribunal reconhece que a custódia de segurança imposta constitui uma sanção penal, a retroatividade se torna simplesmente demasiado óbvia e impossível de ignorar. O raciocínio da maioria é um inusitado meio termo: considera o pedido relativo ao Artigo 7 admissível, mas conclui que a custódia de segurança do requerente não era uma pena. Mais do que denunciar esse flagrante erro lógico que poderia ter influenciado na avaliação da admissibilidade quanto ao Artigo 7, gostaria de externar o óbvio: em casos como este, a constatação de uma violação do Artigo 7 da Convenção segue inevitavelmente uma constatação de admissibilidade.

121. A ordem de custódia de segurança é ainda mais viciada pela persistente ilegalidade decorrente da falta de independência do juiz P. Não surge qualquer questão de falta de imparcialidade quando um juiz já proferiu decisões puramente formais e processuais em outras fases do procedimento.¹²³⁸ Todavia, graves problemas de imparcialidade podem emergir se, em outras fases do processo, um juiz já manifestou uma opinião sobre a conduta, a culpa ou a periculosidade do acusado.¹²³⁹ No caso em espécie, o mínimo que o juiz P. deveria ter feito em

1237 Artigo 7 (2) da Lei dos Tribunais Juvenis (sentença, §§ 54-60).

1238 O mero fato de um juiz ter tomado decisões anteriores sobre o mesmo delito não pode, por si só, ser considerado uma razão para justificar temores sobre a sua imparcialidade (por exemplo, *Romero Martín c. Espanha* [dec.], n. 32045/03, 12 de junho de 2006, relativo às decisões prévias do processo; *Ringeisen c. Austria*, sentença de 16 de julho de 1971, série A, n. 13, p. 40, § 97, concernente à situação dos juízes a quem o caso foi encaminhado após uma decisão ter sido anulada ou cassada por um tribunal superior; *Thomann c. Suíça*, sentença de 10 de junho de 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III, p. 815-816, §§ 35-36, sobre um novo processo de um réu condenado à revelia; e *Craci III c. Itália* [dec.], n. 63226/00, 14 de junho de 2001, sobre a situação dos juízes que oficiaram num processo contra corrêus).

1239 *Mutatis mutandis*, *Gómez de Liaño y Botella c. Espanha*, n. 21369/04, §§ 67-72, 22 de julho de 2008.

2012 era abster-se, em consideração ao fato de ter se manifestado como membro do Tribunal Regional e, para piorar as coisas, por ocasião de uma desafortunada audiência com os advogados do requerente em 22 de junho de 2009, depois da emissão da ordem de custódia de segurança e antes que esta se tornasse definitiva. O conteúdo de suas declarações não era neutro: fazia referência à personalidade e à periculosidade do requerente. A meu ver, é absolutamente inconcebível que o mesmo juiz que fez uma observação tão inapropriada, não profissional e parcial sobre a personalidade e sobre a conduta futura do requerente possa ter se tornado membro do colegiado que ordenou novamente a detenção retroativa do requerente, em 3 de agosto de 2012. Essa conduta afeta a legalidade da ordem de detenção e, portanto, da custódia de segurança em sua inteireza.

iii. O “sacrifício especial” imposto pela custódia de segurança do requerente (§§ 122-126)

122. O requerente foi condenado a 10 anos de prisão em 29 de outubro de 1999 e terminou de cumprir a pena em 17 de julho de 2008.¹²⁴⁰ Depois de ser colocado em custódia de segurança provisória na mesma data, em 22 de junho de 2009 foi emitida contra ele uma ordem de custódia de segurança retroativa nos termos do Artigo 7, § 2 (1), da Lei dos Tribunais Juvenis. Em 6 de maio de 2011, foi novamente posto em custódia de segurança provisória, em seguida à anulação da precedente ordem de custódia de segurança retroativa. Em 3 de agosto de 2012, foi emitida uma subsequente ordem de custódia de segurança retroativa, ainda em vigor.¹²⁴¹

123. O requerente queixa-se não apenas da qualidade do tratamento recebido no novo centro de detenção, da disponibilidade de pessoal terapêutico, da diferença organizacional entre a prisão de Straubing e o seu centro de custódia de segurança, mas também do fato de que este último acolha, em sua maior parte, pessoas sem distúrbios mentais.¹²⁴² Sem qualquer consideração sobre as já mencionadas críticas feitas pela CPT aos centros de detenção similares e sem qualquer avaliação imparcial do centro de custódia de segurança de Straubing, a maioria acredita cegamente no Governo e se alinha a ele na avaliação da situação. Em outras palavras, o Tribunal dilui o significado autônomo do conceito de “pena”, referido no Artigo 7, com base em informações não comprovadas fornecidas pelo Governo relativas ao funcionamento do sistema nacional de custódia de seguran-

1240 Cfr. § 13 da sentença.

1241 Cfr. §§ 32 e 42 da sentença.

1242 Cfr. §§ 166 e 181 da sentença.

ça nacional e do centro específico no qual o requerente está confinado.¹²⁴³ Essa escolha é tanto mais inaceitável à luz do *consensus* internacional e europeu contrário à custódia de segurança retroativa, conforme apresentado anteriormente.

124. Os fatos neste caso particular são significativos a este respeito porque, durante o primeiro período de custódia de segurança, o requerente não recebeu nenhum cuidado terapêutico.¹²⁴⁴ Na verdade, a maioria reconhece que “o Tribunal Regional [...] apenas ordenou *de modo geral* a sua custódia de segurança” (grifo nosso), e, portanto, a mesma ordem de detenção acabou por cobrir a custódia de segurança do requerente no cárcere de Straubing, primeiro, e no centro de detenção de Straubing, depois.¹²⁴⁵ Essa “genericidade” deveria ter perturbado a maioria ao invés de levá-la a mostrar indulgência para com o Tribunal Regional. O fato de esse Tribunal ordenar a custódia de segurança em termos genéricos demonstra que o escopo terapêutico de tal detenção era definitivamente irrelevante: desde que o requerente estivesse realmente recluso, as medidas terapêuticas eram meramente ornamentais.

Nesse sentido, há uma grande diferença entre o caso em questão e *Bergmann*. Neste último, o requerente era um reincidente que havia sido diagnosticado pelo tribunal, já no momento da prática do delito, como portador de uma doença mental e já havia sido transferido para novas instituições especificamente construídas para acomodar infratores com distúrbios mentais quando a continuidade da custódia de segurança foi ordenada, em conformidade com as condições previstas na segunda parte do Artigo 316f (2) da Lei de Introdução ao Código Penal.¹²⁴⁶ Ao contrário, no caso agora sob julgamento, o requerente era primário, agiu com plena responsabilidade no momento do crime, já estava detido no momento da decisão por parte do Tribunal Regional (3 de agosto de 2012), em condições que não se conformam à Convenção, e foi transferido para o novo centro de custódia de segurança apenas dois anos depois.

125. Para provar a transubstanciação da *Sicherungsverwahrung* em algo diverso de uma “pena”, a maioria invoca a existência de um tratamento médico e terapêutico personalizado, definido de acordo com um protocolo individual, embora não tivesse concordado o requerente em submeter-se a ele.¹²⁴⁷ O principal

1243 Teria sido útil considerar o notável trabalho empírico elaborado por Axel Dessecker, “Empirische Erkenntnisse zur Entwicklung der Sicherungsverwahrung: Bestandaufnahme und neue Daten”, em Johannes Kaspar (ed.), *Sicherungsverwahrung 2.0*, Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 11-34; Nicole Ansoerge, *Bericht über die 5. Erhebung zur länderübergreifenden Bestandaufnahme der Situation des Vollzugs der Sicherungsverwahrung*, Hannover, Niedersächsisches Justizministerium, 2014; Jutta Elz, *Rückwirkungsverbot und Sicherungsverwahrung. Rechtliche und praktische Konsequenzen aus dem Kammerurteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall M.I. Deutschland*, Wiesbaden, 2014; Tillmann Bartsch, *Sicherungsverwahrung: Recht, Vollzug, aktuelle Probleme*, Baden-Baden, 2010.

1244 Cfr. §§ 44 e 45 da sentença.

1245 Cfr. § 216 da sentença.

1246 *Bergmann*, supramencionado, §§ 14 e 34.

1247 Cfr. §§ 47, 81 e 221 da sentença.

argumento apresentado pela maioria é que esse tratamento está agora “no centro desta forma de detenção”.¹²⁴⁸ Para ser claro: esse argumento não pode ser usado para distinguir medidas de custódia de segurança da pena de prisão pela simples e prosaica razão, já mencionada anteriormente, de que esta última também objetiva o tratamento com base em um plano individualizado, de acordo com as Regras Penitenciárias Europeias¹²⁴⁹ e os padrões internacionais em matéria carcerária,¹²⁵⁰ que já foram integrados à jurisprudência do Tribunal, nos termos do Artigo 3 da Convenção.¹²⁵¹

126. Definitivamente, a maioria não leva em consideração a severidade da medida imposta como algo por si determinante,¹²⁵² contrariando a sua própria avaliação das condições de detenção embasada sobre fatos. É digno de nota de que, numa decisão destinada a sustentar a natureza “terapêutica” de uma medida coercitiva, não se faça menção aos benefícios concretos que o requerente obteve, e ainda obtém, no centro de detenção de Straubing. Se a maioria realmente considera que a custódia de segurança no caso presente seja uma medida primordialmente terapêutica, seria de se esperar que os mesmos juízes expusessem, pelo menos até certo ponto, a forma como os benefícios compensam as desvantagens.

Para a maioria, o fato de um indivíduo primário com 19 anos estar ainda hoje na prisão, após ter cumprido toda a sua pena em 17 de julho de 2008, não parece um grande sacrifício. Não está essa maioria sequer muito impressionada pela circunstância de que o requerente tivesse 35 anos na época da ordem da custódia de segurança e que, portanto, essa prisão potencialmente perpétua poderia ser mais longa do que a de outros infratores submetidos ao mesmo tipo de detenção. Mas isso não é uma novidade: na pendência do recurso constitucional proposto pela requerente, o próprio Tribunal Constitucional admitiu que a custódia de segurança era uma violação “extremamente grave” (*äußerst schwerwiegend*) do direito fundamental à liberdade pessoal, que impunha aos visados um “sacrifício especial” (*Sonderopfer*)¹²⁵³ em nome do interesse da comunidade. Bem, o requerente está submetido ao regime de custódia de segurança retroativa (e precedentemente em custódia de segurança provisória) por dez anos como um “bode expiatório”, para satisfazer as necessidades punitivas da comunidade.

1248 Cfr. § 223 da sentença.

1249 *Vinter e outros c. Reino Unido*, n. 66069/09, 130/10 e 3896/10, § 77, 9 de julho de 2013, que se referem aos “sentence plans” da Regra 103 das Regras Penitenciárias Europeias.

1250 *Ibid.*, § 79, que remete às Regras 24 e 62 das United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (1957) sobre o tratamento de deficiências físicas ou mentais que possam obstar as reabilitações.

1251 *Murray c. Países Baixos* [GC], n. 10511/10, 26 de abril de 2016. Ver, ainda, minha opinião separada conjunta neste caso, como aquela relativa a *Tautkus c. Lituania*, n. 29474/09, 27 de novembro de 2011, e a minha opinião conjunta com o juiz Turkovic, em *Khoroshenko c. Rússia* [GC], n. 41418/04, 30 de junho de 2015.

1252 Cfr. § 234 da sentença.

1253 BVerfGE 128, 326, § 101.

C. Conclusão preliminar (§§ 127-128)

127. O Tribunal entendeu o princípio da legalidade de forma minimalista, sobre a base de uma valoração de previsibilidade subjetiva. Os requisitos da *lex certa* e da *lex stricta* referidos no Artigo 7 da Convenção forneceram uma proteção limitada aos imputados. A abordagem deferente aos tribunais criminais nacionais deixa ampla margem de manobra para uma aplicação repressiva e variável caso a caso do princípio da legalidade. Até agora, apenas o princípio da *lex praevia* fornecia proteção eficaz. Parece que não é mais o caso.

A conversão retroativa de uma medida de segurança punitiva de duração limitada numa medida de internação pseudomédica potencialmente perpétua imposta a condenados com “distúrbios mentais” estabelecidos *ex nunc* é uma interpretação histórica e dogmaticamente irracional, digamos assim, abusiva, que não só extrapola a natureza e a finalidade da medida de custódia de segurança, mas que, além disso, elude a proibição ditada pelo princípio *nulla poena sine lege praevia* garantida em um Estado de Direito. Ao apoiar, com a sua indiscutível autoridade moral, a escolha política feita pelo legislador na “Lei de Tratamento e Detenção de Infratores Violentos portadores de distúrbios mentais”,¹²⁵⁴ o Tribunal Constitucional agiu como um facilitador da maioria política,¹²⁵⁵ e não como garantidor dos direitos identificados na Lei fundamental, lida por meio de um prisma do Direito Internacional Público.¹²⁵⁶ Ao aceitar uma estratégia de aparente conformidade com as garantias da Convenção, embora afastando-se substancialmente da mensagem central do Tribunal, de acordo com a qual a Convenção garante aos *Sicherungsverwahrte* que seja respeitado o *princípio nulla poena sine lege praevia*, o Tribunal de Karlsruhe optou por se alinhar esquematicamente com Berlim, e não com Estrasburgo.

128. O Tribunal Constitucional decidiu adequar, em certa medida, o direito nacional ao Artigo 5, § 1, “e”, da Convenção, construindo uma [especial] interpretação de detenção dos condenados com alegados “distúrbios mentais”. Essa interpretação, contudo, só foi aplicada aos casos históricos de custódia de segurança, resultando, para aqueles, no efeito pretendido de manter os alvos visados sob custódia. Os juízes de Karlsruhe não aplicaram esse expediente aos casos de custódia de segurança futura. Para os últimos, o Tribunal Constitucional limitou-se a impor o requisito de respeito a uma distinção, mas não traçou nenhuma conexão com a necessidade de um distúrbio mental. Esse é o motivo pelo qual,

1254 BVerfGE 128, 326, §§ 130 e 173. Indo além dos *petita* deste caso, o Tribunal Constitucional deu o seu “sinal verde” à escolha política feita pelo legislador na Lei de Colocação Terapêutica de 2011. Posteriormente, a aprovação antecipada dessa lei foi confirmada pela decisão de 11 de julho de 2013 (BVerfG 2 BvR 2302/11, 2 BvR 1279/12 (*Zweiter Senat*)).

1255 A imagem vem de Michael Bock e Sebastian Sobota, “Sicherungsverwahrung: Das Bundesverfassungsgericht als Erfüllungsgelhilfe eines gehetzten Gesetzgebers?” (2012), *Neue Kriminalpolitik* 106.

1256 BVerfGE 111, 307, § 33.

como reclama o requerente, apenas a minoria de pessoas submetida ao regime de custódia de segurança no novo centro de Straubing era constituída de pacientes com problemas de saúde mental. Como os critérios para classificar esses centros como instituições dedicadas aos pacientes portadores de distúrbios mentais seguem categorias legais, e não clínicas, é mais que compreensível perguntar se essas instituições são efetivamente psiquiátricas. A mesma instituição não pode ser, concomitantemente, uma instituição psiquiátrica para alguns reclusos e não para outros. Se para a maior parte dos detidos na instituição não é razoável que funcione como uma instituição para pacientes psiquiátricos, deveria ser verificado se pode servir como instituição psiquiátrica para a minoria, e se de fato esse é o caso. Ao contrário, se uma unidade assim fosse uma instituição psiquiátrica, se imporia a premente necessidade de justificar a internação de pacientes não afetados por distúrbios psiquiátricos (os *Sicherungsverwahrten* “regulares”) nesse ambiente, já que não é apropriado tratar esses detidos como se fossem pacientes com doenças mentais. O governo não foi capaz de satisfazer essa exigência no caso em apreço.

VI. Conclusão final (§§ 129-130)

129. O caso em questão me lembrou de uma tarde de agosto de 1995, em Freiburg, em Brisgovia. Falando com Hans-Heinrich Jescheck sobre o renascimento da *Feindstrafrecht*,¹²⁵⁷ ele confessou que o seu maior temor na Europa era o uso impróprio do direito penal por parte de inconsequentes maiorias políticas sem a objeção de tribunais coniventes. Lamentava o fato de a Europa não ter aprendido as lições da história.

130. Não surpreende que os políticos se movam nas margens extremas do respeito pela Convenção, ou mesmo para além desse limite, e se oponham aos valores da Convenção e das sentenças do Tribunal de maneira polêmica, se não abertamente demagógica, para obter apoio político deste ou daquele eleitorado. Se os direitos humanos têm um propósito primordial é o de servir como “trunfos” que protegem os direitos fundamentais dos indivíduos contra as ações opressivas de maiorias incautas. Isso é particularmente verdadeiro no caso de minorias facilmente manobráveis, como prisioneiros ou migrantes. Os políticos que emergem dessas maiorias deveriam respeitar os direitos humanos internacionais em geral e a Convenção em particular, uma vez que cada agente público está vinculado pelas normas sobre direitos humanos e a Convenção contribui para promover um “desenvolvimento europeu conjunto dos direitos fundamentais” (*gemeineuropäische Grundrechtsentwicklung*).¹²⁵⁸ Isso inclui, naturalmente, os membros do

1257 Ver o meu texto “*Ein unausrottbares Misverständnis...*”, supracitado.

1258 BVerfG 111, 307, § 62.

Parlamento que promulgaram as disposições que permitem a custódia de segurança retroativa e aprovaram uma vergonhosa lei *intuitu personae*, com o objetivo de manter o Sr. Inseher na prisão pelo resto da vida.

É realmente desencorajador que os tribunais constitucionais e supremos em toda a Europa estejam resistindo à aplicação dos valores da Convenção e das sentenças do Tribunal, mudando seu papel de garantidores do Estado de Direito e facilitando o exercício do poder por parte de políticos.¹²⁵⁹ Nós temos assistido a essa mudança em outros países europeus, em que juízes dóceis criam jurisprudência favorável às maiorias políticas. Infelizmente, agora é a vez do Tribunal Constitucional Federal alemão e da sua leitura manifestamente infiel de *M.* e das decisões que se seguiram, orientadas no sentido da inaplicabilidade do princípio *nulla poena lege praevia* à custódia de segurança. Ao ratificar a posição do Tribunal de Karlsruhe, que vai de encontro às normas cristalinas e seculares do direito consuetudinário internacional e dos tratados, assim como do consenso que reina no direito comparado, o Tribunal dá um passo a mais em direção à periferia jurídica na Europa. Ao constatar que a custódia de segurança imposta ao requerente foi uma “pena” retroativa em violação aos Artigos 7 e 5, § 1, da Convenção, sustento o papel central do Tribunal na defesa dos princípios do direito penal moderno e da salvaguarda dos direitos humanos na Europa.

* * *

5. TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS – GRANDE CÂMARA – ALBERT E OUTROS C. HUNGRIA – DEMANDA N. 5294/14 – JULGAMENTO DE 29 DE JANEIRO DE 2019

O caso: Os requerentes, 241 acionistas em duas caixas econômicas e numa cooperativa de poupança na Hungria, queixaram-se da violação do Artigo 1 do Protocolo n. 1 CEDH após a entrada em vigor do *Integration Act*, de 2013, pelo qual as instituições bancárias foram submetidas ao controle dos órgãos centrais. Nomeadamente, os requerentes alegaram que essa medida legislativa restringiu a autonomia e os seus poderes como acionistas. Portanto, consideraram que o governo húngaro operou uma interferência ilegal e excessiva em seus direitos de propriedade, sem garantir alguma forma de compensação. Com a sentença de 19 de janeiro de 2019, o Tribunal Europeu declarou que os requerentes não gozavam do *status* de vítima nos termos do Artigo 34 CEDH e, conseqüentemente, concluiu pela insubsistência da violação do Artigo 1 do Protocolo n. 1 CEDH. De acordo com o Tribunal, o *Integration Act* não interferiu diretamente nos di-

1259 Michael Bock e Sebastian Sobota, “Sicherungsverwahrung: Das Bundesverfassungsgericht als Erfüllungsgehilfe eines gehetzten Gesetzgebers?”, supracitado.

reitos dos acionistas, dele não resultando, entre outras coisas, alguma diminuição do valor econômico das ações. Além disso, o Tribunal considerou que os bancos, enquanto sujeitos juridicamente distintos, poderiam ter agido autonomamente perante o TEDH, uma vez que não existia nenhuma razão para abandonar a teoria do “*corporate veil*”. O caso foi submetido à Grande Câmara.

Palavras-chave: direito de propriedade – direito ao respeito dos bens – controle do Estado sobre instituições de crédito – qualidade de vítima dos acionistas – privação de bens e medidas de regulamentação do uso de bens – finalidade legítima – proporcionalidade da ingerência

Opinião dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque

1. O caso *Albert e outros c. Hungria* refere-se a uma das questões mais importantes que se colocam atualmente na Europa em matéria de direitos patrimoniais e que consiste em entender até que ponto o controle exercido pelos poderes públicos sobre os bancos é tolerável. A maioria se esquivava dessa questão crucial ao julgar erroneamente que os acionistas individuais não são diretamente prejudicados pela regulamentação imposta aos bancos nos quais detêm uma participação. Expresso respeitosamente o meu desacordo com tal conclusão, considerando, do meu ponto de vista, que houve no caso uma violação do Artigo 1 do Protocolo n. 1

2. O presente caso fornece ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (“o Tribunal”) uma excelente oportunidade para se debruçar sobre a legalidade das regulamentações bancárias excessivamente restritivas que, infelizmente, têm sido generalizadas em um grande número de Estados abrangidos por sua jurisdição. Dado o impacto que sua sentença não deixará de ter sobre milhões de acionistas ordinários além da Hungria, o Tribunal deveria ter levado em consideração as relevantes ramificações da legislação objeto de contestação.

O impacto do “Integration Act” sobre os direitos dos acionistas

3. O veredito do Tribunal que, ao não qualificar os acionistas como vítimas, concluiu pela aplicabilidade apenas aos bancos do *Act n. CXXXV* de 2013, no âmbito do *Integration of Cooperative Credit Institutions and the Amendment of Certain Laws Regarding Economic Matters* (c.d. *Integration Act*), deve ser considerado incorreto. O *Integration Act*, de fato, produz sérias e reais consequências sobre os direitos de propriedade dos requerentes, na qualidade de acionistas individuais.

4. Em primeiro lugar, o direito de instituir e modificar o estatuto de fundação dos bancos constitui uma importante prerrogativa decorrente da propriedade das ações. Malgrado isso, em vez de se beneficiar da liberdade de criar e alterar

coletivamente os atos de fundação do *Mohacsi Bank* e do *Kinizsi Bank*, os requerentes são obrigados a aprovar estatutos com conteúdo *standard* prescrito pela *Integration Organization*.¹²⁶⁰

5. Antes da entrada em vigor do *Integration Act*, essa liberdade era concreta e relevante para os requerentes: uma vez que detinham, no total, respectivamente, mais de 87% e de 98% das ações do *Mohacsi Bank* e do *Kinizsi Bank*,¹²⁶¹ os requerentes exerciam um efetivo controle sobre as decisões mais importantes dessas instituições bancárias. Nesse sentido, é de todo equivocado insinuar que uma porcentagem inferior a 100% da quota acionária não seja suscetível de permitir aos acionistas exercitarem um efetivo controle sobre a sociedade.¹²⁶² Sem a interferência do *Integration Act*, o grupo dos requerentes teria tido a força de influir nas questões mais importantes relacionadas às próprias instituições bancárias, lá incluídos os múltiplos campos nos quais, hoje, a *Integration Organization* exercita um indiscutível poder de autoridade.

6. Em segundo lugar, o *Integration Act* limita excessivamente os direitos mais comuns dos acionistas, uma vez que sujeita as deliberações da assembleia à aprovação prévia pelo *Savings Bank*.¹²⁶³ Portanto, o *Savings Bank* pode vetar decisões mais rotineiras, como, por exemplo, as diminuições ou os aumentos de capital, a aquisição de ações próprias ou a emissão de títulos. A normativa, portanto, priva os acionistas da possibilidade de interferir numa variedade de questões passíveis de impactar dramaticamente no valor de suas ações.

7. Em terceiro lugar, o *Integration Act* atribui à *Integration Organization* a prerrogativa de suspender os direitos de voto de todos os requerentes por um ano, caso considere que os acionistas “colocam em risco a atividade segura e confiável da instituição de crédito cooperativo”.¹²⁶⁴ Apesar da natureza drástica dessa medida, o *Integration Act* não fornece nenhum esclarecimento ou orientação no que diz respeito às atividades que, se implementadas, colocariam a atividade em risco. Ao se considerar que aquele voto representa o direito por excelência associado a uma participação acionária, é possível compreender como essa suspensão constitui uma direta e extremamente grave violação dos direitos patrimoniais dos requerentes.

8. Além disso, a *Integration Organization* pode concretamente atuar contrariamente ao deliberado pelos acionistas. A título de exemplo, na eventualidade na qual o coeficiente de solvência do banco não se confirme num específico nível,

1260 Observações dos requerentes, 17 de abril de 2015, § 60; Observações do Governo, 26 de junho de 2015, § 3.

1261 Sentença, § 8.

1262 Sentença, § 68.

1263 Sentença, § 28; Observações dos requerentes, 17 de abril de 2015, § 60, “b”.

1264 Sentença, §§ 30 e 39.

a *Integration Organization* está autorizada a aumentar esse coeficiente independentemente da aprovação dos acionistas.¹²⁶⁵ O *Savings Bank* pode, além disso, suspender o mandato dos diretores executivos escolhidos pelos acionistas; pode, até mesmo, nomear diretores *ad interim*.¹²⁶⁶

9. Segundo a opinião da maioria, essas regras tão rígidas e invasivas não tiveram nenhum efeito mensurável sobre os acionistas. No entanto, o impacto geral sobre os acionistas, impossibilitados de participarem de decisões tão significativas, não pode ser nem precisamente previsto nem deveria ser subestimado. Ainda que não haja nenhum dano financeiro de imediata percepção, a absoluta perda do poder com referência a essas questões, em si consideradas, representa um interferência no direito dos acionistas ao gozo de sua respectiva propriedade.

10. A maioria, ademais, aponta que a suspensão dos direitos de voto e as medidas contrárias aos interesses dos acionistas acontecem apenas em casos excepcionais e que os requerentes “não corriam o risco de serem afetados”¹²⁶⁷ por essas medidas. Na verdade, essas considerações parecem não ser outra coisa senão conjecturas desprovidas de alguma base nas alegações. Mesmo que não tenham sido adotadas com frequência, o mero fato de prever a adoção de medidas tão extremas é preocupante. Afinal, na história da jurisprudência deste Tribunal jamais se afirmou um princípio pelo qual a verificação de uma singular violação não seja por si suficiente.

11. Em quarto lugar, as instituições de crédito cooperativo que não cumprem os substanciais requisitos previstos no *Integration Act* são suscetíveis de serem excluídas da integração e correm o risco, até mesmo, de perderem a licença de operação.¹²⁶⁸ Isso significa que a atividade cotidiana dos bancos, mais do que pela vontade coletiva dos acionistas, é em maior parte influenciada pelos requisitos aos quais as instituições de crédito devem obedecer. Portanto, os requerentes estão sujeitos a uma incessante e contínua ingerência no exercício de seus direitos de acionistas.

12. Em quinto lugar, o *Savings Bank* pode efetivamente recusar a anuência ao pagamento de dividendos em razão da “falta de adequação às normativas fundamentais” ou do “risco de falta de cumprimento do *business plan*”, como já aconteceu com os acionistas do *Mohacsi Bank*.¹²⁶⁹ Dado que o direito ao pagamento de dividendos constitui um direito essencial associado à titularidade das

1265 Sentença, § 31.

1266 Sentença, § 29.

1267 Sentença, § 74.

1268 Sentença, § 39 [citando § 17 (1) do *Integration Act*].

1269 Sentença, § 32.

ações, essa eventualidade representa mais um exemplo de uma violação grave de direitos.

13. A maioria ignorou injustificadamente essas sérias consequências, salientando que “apenas algumas disposições parecem permitir a adoção de medidas contra determinados acionistas”.¹²⁷⁰ Essa avaliação não apreende o núcleo da questão: a análise deveria se concentrar no efeito produzido nas ações, e não sobre os acionistas como pessoas físicas. A ingerência em questão visa a verdadeira essência dos direitos dos acionistas, ou seja, seus direitos econômicos e monetários, tais como os dividendos, e os de controle ou direitos de *governance*, como o direito de voto sobre as decisões mais significativas para os seus bancos.¹²⁷¹

Os direitos dos acionistas na jurisprudência do Tribunal

14. As conclusões a que a maioria chegou, no sentido de considerar que os requerentes não possam reivindicar o *status* de vítima nos termos do Artigo 34,¹²⁷² não são coerentes com a evolução da jurisprudência deste Tribunal a partir da sentença *Agrotexim e outros c. Grécia*, considerada o *leading case* em matéria de atribuição do *status* de vítima aos acionistas individuais.¹²⁷³ No caso *Agrotexim*, o Tribunal decidiu que “apenas uma pessoa cujos interesses pessoais tenham sido diretamente afetados pode reivindicar a qualidade de vítima” e, por consequência, as questões que dizem respeito exclusivamente à entidade societária não conferem necessariamente tal *status* aos acionistas.¹²⁷⁴ Em outros termos, o Tribunal considerou que, no caso de disposições que incidem sobre os direitos dos acionistas, “como, por exemplo, o de participar em uma assembleia geral e votar”,¹²⁷⁵ ali se depararia com violações diretas contra as quais os próprios acionistas são legitimados a apresentar uma demanda. Portanto, quando no âmbito de uma empresa pública os acionistas queixaram-se de terem sido obrigados a trocar a uma taxa desfavorável suas participações acionárias em uma antiga sociedade por ações de uma nova sociedade, em consequência de uma fusão entre a última e uma distinta sociedade, o Tribunal os considerou legitimados para reivindicar a qualidade de vítima de uma violação nos termos do Artigo 1 do Protocolo n.

1270 Sentença, § 67.

1271 Sobre os direitos econômicos e de controle ou de governança dos acionistas ver, por exemplo, Kern Alexander, “Bank resolution regimes: balancing prudential regulation and shareholder rights” (2009) 9 *Journal of Corporate Law Studies* 67.

1272 Sentença, § 75.

1273 *Agrotexim e outros c. Grécia*, 24 de outubro de 1995, Série A, n. 330-A. Sobre esse caso e sobre a subsequente jurisprudência, ver Marius Emberland, “The Corporate Veil in the Case Law of the European Court of Human Rights” (2003) 63 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 945, e *The human rights of companies: exploring the structure of ECHR protection*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

1274 *Agrotexim e outros c. Grécia*, § 59.

1275 *Agrotexim e outros c. Grécia*, § 62.

1.¹²⁷⁶ O Tribunal considerou que a proteção invocada pelos acionistas poderia abranger a garantia acerca da adequação dos termos da troca de ações.

15. De forma simplificada, os acionistas têm legitimação para postular nos Tribunais quando as disposições impugnadas são suscetíveis de terem impacto direto sobre os próprios direitos inerentes à posse de títulos ou ações.¹²⁷⁷

16. E é precisamente esse impacto direto que está em jogo aqui. Como corretamente explicado pela maioria, uma ação “certifica que o subscritor possui uma participação na empresa juntamente com os direitos a ela correspondentes”. Isso compreende uma reivindicação indireta sobre os ativos da sociedade... [bem como] outros direitos incondicionais, entre os quais se incluem, nomeadamente, os direitos de voto e o direito de influenciar o comportamento e a política da sociedade.¹²⁷⁸ Conforme já ilustrado, os acionistas foram diretamente afetados pela interferência que o *Integration Act* produziu sobre os mais importantes e representativos direitos associados à posse das ações, entre os quais os direitos de voto e o direito aos dividendos.

17. As ações que se seguiram à sentença *Agrotexim* reafirmaram a legitimidade dos acionistas quando os seus direitos estão em risco. Por exemplo, em *Olczak*, o Tribunal considerou que a anulação das ações legitimaria o interessado a apresentar uma demanda.¹²⁷⁹

18. Analogamente, em *Yukos c. Rússia*,¹²⁸⁰ o Tribunal determinou ao Estado o ressarcimento aos acionistas individuais pelos danos sofridos pela respectiva sociedade, outorgando àqueles a qualidade de vítimas. O Tribunal reconheceu os danos sofridos pelos acionistas, ainda que o dano direto em questão – os impostos atrasados e a ordem que proibia a empresa de dispor dos próprios ativos – tivesse recaído exclusivamente sobre a sociedade.

19. Da mesma forma, em *Suzer e Eksen Holding c. Turquia*, o Tribunal considerou que a aquisição de um banco privado por autoridades públicas poderia ser considerada uma interferência no direito de propriedade dos acionistas anteriores da mesma instituição.¹²⁸¹ As medidas tomadas pelas autoridades turcas

1276 Ver *Offerhaus e Offerhaus c. Holanda* (dec.), n. 35730/97, 16 de janeiro de 2001.

1277 Ver Michal Kucera, *Convergence and Conflicts between Investment Law and Human Rights Law: A Dispute Settlement Approach – Jurisdiction Ratione Personae*, em Walid Ben Hamida e Frederique Coulée (eds), *CŌNVERGENCES ET CONTRADICŌTIONS DU DROIT DES INVESTISSEMENTS ET DES DROITS DE L'HOMME: UNE APPROCHE CONTENŌTIEUSE* (2017), p. 54.

1278 Sentença, § 66.

1279 Ver *Olczak c. Polónia* (dec.), n. 30417/96, § 58, ECHR 2002-X (extratos).

1280 *OAQ Nefiyayaya Kompaniya Yukos c. Rússia (justa satisfação)*, n. 14902/04, 31 de julho de 2014; sobre esse caso ver Hans-Georg Dederer, “The Yukos cases: a comparative case note on the ECtHR’s decisions and the PCA Tribunal’s awards” (2015) 10 (8) *Journal of Siberian Federal University. Humanities & social sciences* 2062; e Belen Giupponi “Disentangling human rights and investors’ rights in international adjudication: the legacy of the Yukos cases” (2017) 24 *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution* 127.

1281 *Süzer e Eksen Holding A.Ş. c. Turquia*, n. 6334/05, §§ 143-144, 23 de outubro de 2012.

privaram os requerentes dos direitos de natureza econômica, tangíveis ou intangíveis, vinculados aos seus ex-bancos.¹²⁸² Portanto, o Tribunal reconheceu que alguns direitos de natureza econômica, embora de não imediata quantificação, devem ainda assim ser considerados relevantes. A essas conclusões se chegou apesar do reconhecimento de que as medidas inicialmente adotadas pelo governo estivessem abrangidas por seu poder de controle sobre o setor bancário turco a fim de assegurar o seu regular funcionamento.

20. Tal como nesses casos, o *Integration Act* foi além da mera regulamentação do controle, porquanto interferiu na substância da propriedade – nesse caso, das ações. Consequentemente, não há motivo para se distanciar da linha seguida pelas já mencionadas autoridades que, em casos semelhantes, reconheceram a qualidade de vítima dos requerentes

A proteção dos direitos dos acionistas no direito internacional

21. Os padrões internacionais em matéria de proteção dos interesses dos acionistas estão alinhados com essas conclusões e, portanto, inclinados a reconhecer o *status* de vítima dos requerentes.

22. Vários tribunais e organizações internacionais têm reconhecido os direitos dos acionistas naquelas situações em que a empresa resultou lesionada pelas normativas do governo. A título de exemplo, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) decidiu que são qualificáveis, como violações diretas dos direitos dos acionistas, também aquelas que prejudicam o direito aos dividendos, os direitos de voto e o direito de repartição dos bens residuais da sociedade em liquidação – no sentido de atribuir ao acionista um independente direito de agir no caso de violações dessa espécie.¹²⁸³ Da mesma forma, no caso ELSI,¹²⁸⁴ a CIJ endossou, sem relevante dúvida, a legitimidade dos Estados Unidos para promover um processo em favor dos acionistas americanos da companhia italiana (Elettronica Sicula) no momento em que a autoridade emitiu a ordem de requisição das instalações da ELSI e dos ativos relacionados por seis meses.¹²⁸⁵

23. Também o Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID) adotou a posição segundo a qual os direitos dos acionistas dão origem a reivindicações independentes. Um importante árbitro concluiu que “é fora de dúvida que os acionistas têm legitimação para agir perante o ICSID,

1282 *Ibid.*, § 144.

1283 *Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Bélgica c. Espanha)*, sentença, 5 de fevereiro de 1970, *ICJ Reports* 1970, p. 4, § 47.

1284 *Caso relativo à Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos c. Itália)*, sentença, 20 de julho de 1989, *ICJ Reports* 1989, p. 15.

1285 *Ibid.*, § 137.

com o fim de promover reivindicações separadas e independentes daquelas promovidas pela corporação” e que “esse princípio se aplica a todos os acionistas, independentemente do fato de possuírem ou não a maioria das ações ou de controlarem a empresa”.¹²⁸⁶

24. Por exemplo, no contexto de processos promovidos por acionistas minoritários de uma empresa depois que o valor de seu investimento diminuiu em virtude da conversão do montante do contrato de dólares para pesos, o ICSID declarou que “no estado atual do direito internacional não subsiste nenhuma proibição aos acionistas que desejem propor reivindicações independentes daquelas da empresa, nem mesmo nos casos em que tais acionistas sejam minoritários ou não sejam acionistas controladores”.¹²⁸⁷ Os tribunais que comandam o ICSID têm sistematicamente concluído que os investimentos dos acionistas são protegidos por tratados de investimentos bilaterais, inclusive no âmbito de instituições financeiras.¹²⁸⁸

25. Da mesma forma, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (Uncitral) decidiu, numa arbitragem NAFTA, que “o fato de um Estado anfitrião não interferir explicitamente na propriedade das ações não é decisivo” e que “a questão é sobretudo se a violação do tratado aplicável leva com nitidez suficiente a perdas ou danos relacionados a um determinado investimento”.¹²⁸⁹

26. A Corte Permanente de Arbitragem (PCA), além disso, endossou a legitimação dos acionistas controladores para contestar uma ação do Estado que pode impactar sobre a empresa. Portanto, nos célebres casos *Yukos*, a PCA rejeitou a questão de jurisdição promovida pela Rússia, que alegou que a empresa estava “morta” como pessoa jurídica.¹²⁹⁰ De forma bastante eficaz, a PCA decidiu em favor dos acionistas requerentes, apesar de ter reconhecido que a Rússia “não tinha explicitamente expropriado a *Yukos* ou às *holdings* dos próprios acionistas”.¹²⁹¹

1286 Stanimir Alexandrov, *The “Baby Boom” of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as “Investors” and Jurisdiction Ratione Temporis*, 4 LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS (2005), p. 30.

1287 *CMS c. Argentina*, Decisão sobre jurisdição (*USA/Argentina BIT*), 42 ILM 788 (2003), § 48.

1288 *Ver, vs.g., Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. e A.S. Baltoil c. Estônia*, Laudo arbitral, 25 de junho de 2001, 6 *ICSID Reports* 241.

1289 *GAMI Investments Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, UNCITRAL, Laudo arbitral definitivo, 15 de novembro de 2004, 44 ILM 545 (2005), § 33.

1290 *Hulley Enterprises Limited (Cipro) c. Federação Russa*, Laudo arbitral definitivo, 18 de julho de 2014, PCA Caso n. AA 226; *Yukos Universal Limited (Isola di Man) c. Federação Russa*, Laudo arbitral definitivo, 18 de julho de 2014, PCA Caso n. 227; *Veteran Petroleum Limited (Cipro) c. Federação Russa*, Laudo arbitral definitivo, 18 de julho de 2014, PCA Caso n. 228;

1291 *Hulley Enterprises Limited (Cipro) c. Federação Russa*, laudo parcial sobre jurisdição e admissibilidade, 30 de novembro de 2009, Laudo arbitral definitivo, 18 de julho de 2014, PCA Caso n. AA 226, 1580.

27. De fato, os tratados contemporâneos sobre investimentos estrangeiros atribuem uma “independente legitimação de agir aos acionistas”.¹²⁹² Muitos tratados sobre investimentos “incluem a participação acionária em suas definições de ‘investimento’”,¹²⁹³ de forma a permitir ao acionista promover medidas legais contra a conduta imprópria de um Estado anfitrião que afeta o valor e a rentabilidade da empresa. Existem “detalhados e uniformes” exemplos de casos de arbitragem sobre esse ponto.¹²⁹⁴

28. O sistema interamericano também assegura o direito do acionista de promover uma demanda. Em *Cantos*, o requerente – o principal acionista da uma empresa – apresentou uma petição em seu nome e no interesse de sua empresa, que havia sido submetida a medidas arbitrárias por parte do governo.¹²⁹⁵ A Corte Interamericana de Direitos Humanos admitiu o caso ao entender que “os direitos e obrigações atribuídos às empresas tornam-se direitos e obrigações para os indivíduos que fazem parte dela ou que atuam em seu nome ou representação”.¹²⁹⁶

29. A Corte de Justiça da União Europeia admitiu os processos de alguns acionistas nos casos em que “a intensidade dos efeitos [do regulamento] incide sobre a substância e sobre a extensão dos direitos [dos acionistas]”¹²⁹⁷. Assim, em *Trasta Komerbanka AS c. Banco Central Europeu*, “visto que a decisão impugnada resultou na revogação da autorização para o exercício da atividade bancária, impedindo o banco, conseqüentemente, de perseguir o seu propósito e de exercer, da mesma forma, uma atividade econômica”, a Corte julgou pela procedência do pedido ao decidir que a medida contestada “incidiu diretamente sobre a posição jurídica dos acionistas requerentes”.¹²⁹⁸

1292 C. Schreuer e U Kriebaum, *The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law*, em S Breitenmoser et al, *MENSCHENRECHTE, DÉMOKRATIE UND RECHTSSTAAT: LIBER AMICORUM LUZIUS WILDHABER* (2007), p. 754.

1293 Ursula Kriebaum, *Is the European Court of Human Rights an alternative to investorstate arbitration?* em *HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION* (P.M. Dupuy, F. Francioni e E.U. Petersmann (eds), New York: Oxford University Press 2009), p. 224.

1294 Kriebaum, p. 224 [citando *Antoine Goetz e altri c. Burundi*, Laudo, 10 de fevereiro de 1999, 6 *ICSID Reports* 5; *Emilio Augustin Maffezini c. Espanha*, Decisão sobre jurisdição, 25 de janeiro de 2000, 5 *ICSID Reports* 396; *Compañía de Aguas del Aconquija, PA & Compagnie*.

1295 *Générale des Eaux c. Argentina* (caso *Vivendi*), Decisão de anulação, 3 de julho de 2002, 6 *ICSID Reports* 340; *AzurisCorp c. Argentina*, Decisão sobre jurisdição, 8 de dezembro 2003, 43 *ILM* 259 (2004); *LG&E Energy Corp c. Argentina*, Decisão sobre jurisdição, 30 abril de 2004; *AMT c. Zaire*, Decisão, 21 de fevereiro de 1997, 5 *ICSID Reports* 11; *Alex Genin c. Estônia*, Decisão, 25 de junho de 2001, 6 *ICSID Reports* 241; *CME Czech Republic BV (Países Baixos) c. República Tcheca*, Laudo parcial, 13 de Setembro de 2001, 9 *ICSID Reports* 121; *Cannuzzi c. Argentina*, Decisão sobre jurisdição, 11 de maio de 2005, §§ 12, 78-82, 140-142; *Gas Natural c. Argentina*, Decisão sobre jurisdição, 17 de junho de 2005, §§ 32-35, 50-51; *AES Corp c. Argentina*, Decisão sobre jurisdição, 26 de abril de 2005, §§ 85-89; *Compañía de Aguas del Aconquija, SA & Vivendi Universal SA c. Argentina (Vivendi II)*, Decisão sobre jurisdição, 14 de novembro de 2005, §§ 88-94; e *Continental Casualty c. Argentina*, Decisão sobre jurisdição, 22 de fevereiro de 2006, §§ 51-54, 76-89.] *Cantos c. Argentina*, Exceções preliminares, 7 de setembro de 2001, Série C, n. 85.

1296 *Ibid.*, § 27. O Tribunal fez referência específica à jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em *Pine Valley Developments Ltd e altri c. Irlanda*, 29 de novembro de 1991, Série A, n. 222.

1297 *TraskaKomerbanka AS c. Europe Central Bank*, Causa T-247/16, 27 de setembro de 2017, § 67.

1298 *Ibid.*, § 66.

30. Em síntese, o direito internacional confirma a tese segundo a qual deve ser reconhecido o *status* de vítima aos acionistas todas as vezes que seus direitos e privilégios forem afetados.¹²⁹⁹

Interferência no direito dos requerentes ao gozo pacífico de seus próprios bens

31. É uma opinião consolidada que, em uma sociedade por ações, as ações têm um valor econômico e devem, por isso, ser consideradas como “bens” nos termos do Artigo 1, Protocolo n. 1 da Convenção.¹³⁰⁰ Tendo estabelecido que no caso que nos ocupa os acionistas são legitimados a impugnar a medida, tratarei agora dos aspectos substanciais da violação do Artigo 1 do Protocolo 1.

32. O Artigo 1 do Protocolo n. 1 contém “três regras distintas” para a proteção da propriedade, assim como articulado em *Sporrong e Lönnroth c. Suécia*.¹³⁰¹:

“A primeira regra, de caráter geral, enuncia o princípio do gozo dos bens; é disciplinada na primeira frase do primeiro parágrafo. A segunda regra diz respeito à privação dos bens, dependente de específicas condições; pode ser encontrada na segunda frase do mesmo parágrafo. A terceira regra reconhece que os Estados estão legitimados, entre outras coisas, a controlar o uso dos bens de acordo com o interesse geral, aplicando as leis conforme julgarem necessário para o propósito; isso está contido no segundo parágrafo”.

33. Nomeadamente, em *James e outros c. Reino Unido*, o Tribunal esclareceu que as três regras não são “distintas” no sentido de serem “desconectadas”.¹³⁰² Em vez disso, “a segunda e a terceira regras referem-se a particulares exemplos de interferência no direito ao pacífico gozo dos bens e deveriam, portanto, ser interpretadas à luz do princípio geral previsto na primeira regra”.¹³⁰³

34. A questão relevante é, por conseguinte, a mesma para todas as três regras: a natureza da medida, a margem de apreciação, a existência de um escopo legítimo e a proporcionalidade.

1299 Ver, em geral, Stanimir A. Alexandrov, *The “Baby Boom” of Treaty-Based Arbitra.*

1300 *tions and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as “Investors” and Jurisdiction Ratione Temporis*, 4 Law and Practice Intl Courts and Tribunals 19 (2005); Charles Schreuer, *Shareholder Protection in International Investment Law*, in P.-M. Dupuy-/B. Fassbender/ M.N. Shaw et al. (ed.) *Völkerrechtals Wertordnung*, Festschrift für Christian Tomuschat (2006), p. 601-619. *Olczak c. Polónia* (dec.), § 60; ver ainda *Marini c. Albânia*, n. 3738/02, § 164, 18 de dezembro de 2007.

1301 *Sporrong e Lönnroth c. Suécia*, 23 de setembro de 1982, § 61, Série A, n. 52.

1302 *James e outros c. Reino Unido*, n. 8793/79, § 37, Série A, n. 98.

1303 *Ibid.*

Privação ou regulamentação do uso dos bens?

35. O Artigo 1 do Protocolo n. 1 contempla duas formas de interferência nos bens: o controle e a privação. Esta última consiste na transferência do bem, *de jure* ou *de facto*, de seu proprietário ao Estado ou a um terceiro, ou a sua destruição. O controle não contempla uma transferência: o proprietário mantém o seu bem, mas é limitado na sua utilização.

36. Todavia, em *Sporrong e Lönnroth* o Tribunal identificou um novo tipo de interferência: a ingerência na “verdadeira substância da propriedade”.¹³⁰⁴ Essa forma de interferência, de caráter geral, permite ao Tribunal examinar aquelas situações que não se enquadram nas outras duas formas (privação e controle do uso).

37. Definir a natureza da violação é importante porque determina a margem de apreciação: o âmbito da margem de apreciação depende do alcance da intrusão na esfera de interesse do requerente.¹³⁰⁵ A margem de apreciação conferida em casos de privação de bens é mais restrita em relação aos casos de controle do uso de bens. A privação de bens é – conforme enunciado literalmente no Protocolo n. 1 – vedada “a não ser por razões de utilidade pública”. Pelo contrário, medidas de regulamentação (no sentido de controle de uso) não são proibidas por si, pois caem no “direito de os Estados aplicá-las”.¹³⁰⁶ Os Estados não têm um inerente “direito” de privar as pessoas dos seus próprios bens; essa conduta por parte do Estado, altamente intrusiva, está sujeita a um *standard* reforçado de controle judicial pelo Tribunal.

38. A maioria essencialmente reconheceu ao Estado uma ampla margem de apreciação ao tratar o presente caso simplesmente como um controle do uso. De qualquer forma, parece evidente como a natureza da violação em questão é muito mais séria e significativa do que um mero controle do uso de bens.

39. Ainda não foi propriamente definido o que qualifica uma medida como incompatível com a essência do direito ao gozo pacífico de bens. Sobre esse ponto, porém, a jurisprudência do Tribunal fornece indicações sobre o que constitui, ou não, uma interferência na essência da propriedade. Por exemplo, considerar legítima uma expropriação, mesmo que ainda não tenha ocorrido, constituiu uma ilegal interferência na essência do direito de propriedade, posto que tornou o próprio conceito de propriedade “precário”.¹³⁰⁷ Da mesma forma,

1304 *Sporrong e Lönnroth c. Suécia*, § 60.

1305 *Haton e outros c. Reino Unido* [GC], n. 36022/97, §§ 103 e 123, ECHR 2003-VIII.

1306 Ver a minha opinião concorrente (§ 24) em *Könyv-TárKft e outros c. Hungria (mérito)*, n. 21623/13, 16 de outubro de 2018.

1307 *Matos e Silva, Ltda. e outros c. Portugal*, 16 de setembro de 1996, § 79, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IVS. Ver também Sabrina Robert-Cuendet, *Interference et Expropriation*, in Walid Ben Hamida and Frederique Coulé (ed.), *CONVERGENCES ET CONTRADICTIONS DU DROIT DES INVESTISSEMENTS ET DES DROITS DE L'HOMME*;

uma restrição à utilização do terreno – mesmo preservando o direito de uso da propriedade – afetou a real essência do direito de propriedade, visto que “reduziu a possibilidade de seu exercício”.¹³⁰⁸

40. Esses casos apresentam similitude com as circunstâncias em questão, desde o momento em que o *Integration Act*, ao condicionar os direitos dos acionistas à observância de vários pré-requisitos, tornou precária a propriedade das ações por parte dos requerentes. O *Integration Act* é como uma contínua espada de Dâmocles, que paira sobre a cabeça dos acionistas: um descumprimento resulta na revogação imediata de uma série de direitos. Enquanto o Governo alega que as disposições do *Integration Act* apresentam uma “mera possibilidade” de incidir sobre os requerentes,¹³⁰⁹ a jurisprudência é firme e clara ao considerar que tornar um direito de propriedade “precário e revogável por um longo período de tempo” – permitindo ao Estado interferir no futuro – é suficiente para constituir uma violação.¹³¹⁰

41. Além disso, o *Integration Act* “reduz a possibilidade de” exercer os direitos associados à posse das ações, porquanto limita severamente as escolhas por parte dos bancos e frustra a capacidade de autodeterminação dos acionistas.¹³¹¹ Como precedentemente demonstrado, nesse ponto é impossível negar o forte impacto nos direitos dos acionistas.

42. Portanto, o *Integration Act* não pode ser simplesmente compreendido como forma de controle do uso da propriedade, mas, sobretudo, como “uma interferência na essência última de tal direito”. Consequentemente, a margem de apreciação aplicável ao caso em apreço deve ser mais restrita do que a proporcionada pela maioria.

A legitimidade do escopo da medida de interferência

43. Onde houver uma interferência clara em um direito de propriedade, como no caso que nos ocupa, esta deve perseguir uma finalidade legítima ou apresentar uma utilidade pública. A noção de utilidade pública “é necessariamente ampla”.¹³¹²

UNE APPROCHE CONTENTIEUSE (2017), p. 134 (observando que quando um direito de propriedade é precário, as doutrinas de privação e de controle de uso se cruzam).

1308 *Ayangil e outros c. Turquia*, n. 33294/03, § 40, 6 de dezembro de 2011.

1309 Observações do Governo, 26 de junho de 2015, § 8.

1310 *Ayangil e outros c. Turquia*, § 40.

1311 Ver o § 6 da presente opinião.

1312 *Henrich c. França*, 22 de setembro de 1994, § 39, Série A, n. 296-A.

44. Mesmo à luz de um critério tão generoso, não estou ainda convencido de que o *Integration Act* perseguisse um propósito legítimo. Os propósitos alegados do *Integration Act* estão disciplinados na Seção 1/A.¹³¹³

45. Aparentemente, esses objetivos parecem legítimos.¹³¹⁴ No entanto, não estou convencido de que eles realmente reflitam o objetivo do *Integration Act*, posto que tenho dificuldade em compreender como as violações em questão – graves limitações aos direitos dos acionistas – concretizam esses objetivos. Por exemplo, é improvável que o *Integration Act* tivesse “profissionalizado, modernizado e organizado” o setor das instituições de crédito cooperativo. Na realidade, é exatamente o oposto: uma normativa estatal rigorosa relacionada ao setor bancário é contraproducente para o processo de modernização dos bancos, pois se coloca como um obstáculo em relação à eficiência e ao processo de tomada de decisão orientado à maximização do ganho.

46. É igualmente improvável que o *Integration Act* realmente pretenda alcançar um “prudente funcionamento das instituições de crédito cooperativo em longo prazo”, uma vez que não é razoável esperar que uma tão vasta interferência no *bank management* possa incrementar a sustentabilidade de todo o setor. Se a regulamentação bancária prudencial visa a segurança e a solidez do setor financeiro e a proteção dos poupadores, uma interferência como essa não deveria debilitar outros objetivos legais, entre os quais a competitividade empresarial e a variedade de negócios baseados no mercado, bem como as políticas de assunção de riscos no setor bancário. Diversamente, a externalidade negativa de uma política prudencial se manifestará na supressão da diversidade no setor bancário, cujo custo social e econômico é previsível e independente das perdas impostas aos acionistas do banco.

47. Mesmo no caso de um objetivo legítimo, o *Integration Act* permaneceria, no entanto, ilegal. Não se deve esquecer de que o Tribunal assinalou, no passado, uma violação no caso *Olczak*, embora tivesse admitido que, naquela hipótese, o objetivo da intervenção era “prevenir a insolvência do banco” e que, “consequentemente, o banco se beneficiou, com prejuízo, por outro lado, dos interesses dos requerentes”.¹³¹⁵ De maneira similar, o *Integration Act* objetiva assegurar “o funcionamento prudente das instituições de crédito cooperativo e pro-

1313 Sentença, § 39.

1314 “(a) instituir um banco para as comunidades rurais,... (b) fornecer garantias institucionais para o funcionamento prudencial das instituições de crédito cooperativo no longo prazo, (c) profissionalizar, modernizar e organizar um setor competitivo de instituições de crédito cooperativo, (d) melhorar a gestão de riscos do setor de instituições de crédito cooperativo, (e) assegurar o funcionamento integrado do setor de instituições de crédito cooperativo e estabelecer a infraestrutura necessária, (f) padronizar as políticas operacionais, a fim de alcançar os objetivos descritos nos parágrafos (a) a (e), (g) garantir a proteção institucional das entidades de crédito cooperativo, (h) garantir a conformidade às exigências internacionais e europeias, regulamentos, regras e costumes aplicáveis às instituições de crédito”. *Ibid.*

1315 Ver *Olczak c. Polonia* (dec.), § 58.

teger os recursos de todo *network*¹³¹⁶ em detrimento dos requerentes que perderam os privilégios associados às respectivas ações. Como será mais bem explicado, não se constata, no caso sob análise, um correto equilíbrio entre os direitos dos acionistas e os pretensos objetivos da regulação prudencial e gestão da crise.

A proporcionalidade da medida de interferência

48. O problema mais evidente do *Integration Act* é a incapacidade de cumprir o teste de proporcionalidade. Mesmo quando exista um interesse geral ou um propósito legítimo subjacente à interferência, os Estados são obrigados a encontrar um justo equilíbrio “entre as exigências de interesse geral da comunidade e os imperativos de salvaguarda dos direitos fundamentais do indivíduo”.¹³¹⁷ Especificamente, “a medida deve ser apropriada para atingir seu objetivo, e não desproporcional em relação a ele”.¹³¹⁸ Em outras palavras, “deve haver uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e o objetivo prosseguido”.¹³¹⁹

49. Esse equilíbrio é rompido quando as vítimas devem suportar “um ônus individual e excessivo”¹³²⁰ ou “desproporcional”.¹³²¹ Numerosos fatores podem ser relevantes para estabelecer se foi alcançado um “justo equilíbrio”:¹³²² o grau de proteção contra a arbitrariedade proporcionado pelo procedimento; a disponibilidade de alternativas menos restritivas;¹³²³ e a extensão do dano imposto às vítimas (incluindo, por exemplo, se as pessoas afetadas foram adequadamente ressarcidas ou não).¹³²⁴

50. No caso que nos ocupa, muitos são os fatores que justificam a conclusão de que a interferência foi totalmente desproporcional.

51. Em primeiro lugar, não há evidências de que as circunstâncias financeiras das instituições de crédito tenham exigido a interferência do governo. Na década que precede ao *Integration Act*, apenas duas cooperativas de poupança que não faziam parte do fundo OTIVA¹³²⁵ entraram em liquidação.¹³²⁶ Em contraste,

1316 Sentença, § 41 (citando a decisão do Tribunal Constitucional n. 20, 2014)

1317 *Sporrong e Lönnroth c. Suécia*, § 69.

1318 *James e altri c. Reino Unido*, § 50.

1319 *Ibid.*

1320 *Sporrong e Lönnroth c. Suécia*, § 73.

1321 *Erkner e Hofbauer c. Áustria*, 23 de abril de 1987, § 79, Série A, n. 117.

1322 *Hentrich c. França*, § 45.

1323 *OAO Nefyanaya Kompaniya Yukos c. Rússia*, n. 14902/04, §§ 652-654, 20 de setembro de 2011.

1324 *James c. Reino Unido*, § 54.

1325 OTIVA sta per Országos Takarékszövetkezeti Intézményvédelmi Alap (Fundo Nacional para a proteção institucional das cooperativas de poupança).

1326 Observações dos requerentes, 17 de abril de 2015, § 19; Observações do Governo, 26 junho de 2015, § 46.

tanto o *Kinizsi Bank* quanto o *Mohacsi Takarek Bank* estavam saudáveis e lucrativos no momento da edição do *Integration Act*. Em 2012, o *Mohacsi Takarek* estava em quinto lugar e o *Kinizsi* em décimo quarto na classificação que mediu a rentabilidade de um total de trinta e seis bancos.¹³²⁷ O coeficiente de adequação patrimonial das instituições de crédito cooperativo sempre superou as exigências regulamentares, com melhores níveis em relação aos setores bancário e de entidades creditícias.¹³²⁸ Na verdade, nos anos precedentes ao *Integration Act*, as instituições de crédito cooperativo permaneceram lucrativas, enquanto alguns dos outros grupos do setor bancário (grandes bancos e bancos de pequena e grande dimensão) sofreram perdas.¹³²⁹

52. Até o Governo admitiu que “obviamente, não havia algum risco imediato para as instituições de crédito cooperativo, uma vez que mantiveram baixa sua atividade de empréstimo”.¹³³⁰ No entanto, a posição do Governo é que o *Integration Act* era necessário para “operações rentáveis em longo prazo”.¹³³¹ Ainda assim, é difícil ver como essas preocupações futuras – que estão longe de manifestar-se – exigiram as imediatas e drásticas disposições do *Integration Act*.

53. Em segundo lugar, o Estado não considerou nem avaliou alguma medida alternativa menos restritiva. O *Integration Act* foi adotado sem nenhum período de consulta prévia com os bancos e com os acionistas afetados e sem nenhuma forma de avaliação preliminar de impacto. Com efeito, o *Integration Act* contornou o processo legislativo ordinário e foi aprovado numa sessão extraordinária do Parlamento, como questão urgente, dois dias após a apresentação da proposta legislativa.¹³³² Em outras palavras, não há nenhuma evidência de que o Governo tivesse considerado eventuais métodos alternativos de intervenção que teriam produzido um impacto menos drástico sobre os direitos dos requerentes. Além disso, a celeridade na aprovação da lei e a aparente ausência de um adequado processo de deliberação suscita preocupações para a “arbitragem regulatória”, uma preocupação comum para a supervisão macroprudencial do setor bancário em geral.¹³³³

1327 Observações dos requerentes, 17 de abril de 2015, § 12.

1328 Observações dos requerentes, 17 de abril de 2015, § 7. O governo argumentou que os coeficientes eram frequentemente calculados com base em estimativas débeis, que “se tornaram evidentes depois de auditorias realizadas, como resultado da integração, por empresas de auditoria independentes”. Contudo, não forneceram os estudos da auditoria para sustentar esse ponto, embora reconhecendo que a Autoridade Supervisora efetivamente baseou-se nessas estimativas. Ver as observações do Governo de 26 de junho de 2015, § 32.

1329 Observações dos requerentes, 17 de abril de 2015, § 7.

1330 Observações do Governo, 26 de junho de 2015, § 78.

1331 *Ibid.*

1332 Observações dos requerentes, 17 de abril de 2015, § 20.

1333 Ver Bart P.M. Joosen, “The Limitations of Regulating Macro-Prudential Supervision in Europe”, in 25 *Journal of International Banking Law and Regulation* 10, 498 (2010).

54. Em terceiro lugar, o *Integration Act* não previa nenhuma compensação aos acionistas individuais. As condições de compensação são “relevantes para os fins de avaliar se a medida contestada respeita ou não o justo equilíbrio necessário”.¹³³⁴ A interferência na propriedade sem o pagamento de uma quantia razoavelmente correspondente ao seu valor é um ato geralmente desproporcional, certo de que a falta total de compensação é justificável somente em circunstâncias excepcionais.¹³³⁵ O governo argumenta que o financiamento concedido à *Integration Organization* e ao *Savings Bank* deve ser considerado como uma indenização. Todavia, não há nenhuma relação direta entre essas organizações e os requerentes, de modo a permitir o financiamento a esses últimos. Embora haja uma vantagem indireta concedida aos acionistas *vis-a-vis* seus bancos, essa vantagem é muito inconsistente para ser considerada como uma adequada compensação.¹³³⁶

55. Em quarto lugar, o Estado não concebeu nenhum remédio judicial em relação aos acionistas requerentes. O *Integration Act* não dispõe sobre o direito dos acionistas individuais a uma medida judicial. Enquanto as disposições da Seção 15 do *Integration Act* permitem aos bancos iniciar os procedimentos legais para contestar as políticas do *Savings Bank* e da *Integration Organization* que não cumprem o *Integration Act*,¹³³⁷ não há disposições semelhantes que permitam aos acionistas contestar essas políticas. Além disso, o âmbito do controle judicial para os bancos é limitado, o que torna o potencial remédio particularmente débil.

56. Além disso, o *Integration Act* assegura que qualquer atraso causado por procedimentos judiciais favorece o Governo. A Seção 15 estabelece que “a medida judicial não tem efeito suspensivo”,¹³³⁸ tornando cada remédio menos célere e, portanto, menos eficaz.

57. Em quinto lugar, as consequências do não cumprimento do *Integration Act* são excessivamente drásticas e punitivas. Basicamente, o *Integration Act* apresenta um ultimato para os bancos e para os acionistas: siga literalmente as instruções do *Savings Bank* ou encerre completamente a atividade. Todos os ban-

1334 *Vistiņš e Perepjolkins c. Lettonia (equa soddisfazione)* [GC], n. 71243/01, § 110, ECHR 2014.

1335 *Ex-Re di Grecia e altri c. Grécia* [GC], n. 25701/94, § 89, ECHR 2000 XII, e *Broniowski c. Polónia* [GC], n. 31443/96, § 176, ECHR 2004-VS.

1336 Em contraste, a UE tem um Fundo Único de Resolução para os países-membros da União Bancária e estão sujeitos ao Mecanismo Único de Resolução, que impõe responsabilidades aos acionistas, como provisões obrigatórias de *bail-in*. Esse fundo compensa diretamente aos acionistas ou credores nos termos do Artigo 75 da Diretiva de Resolução e Recuperação Bancária [Diretiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, que estabelece um quadro para a recuperação e a resolução das instituições de crédito e empresas de investimento e que altera a Diretiva 82/891/CEE do Conselho e as diretivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e regulamentos (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, OJ 2014, L173/190 (BRRD)]. Esse mecanismo não cria desigualdades entre os acionistas – pelo menos em teoria –, uma vez que o fundo pode ser usado para pagar a diferença para qualquer acionista ou credor que sofreu perdas maiores do que aqueles que teriam sofrido em uma liquidação em caso de um procedimento normal de insolvência. O governo húngaro não criou este fundo para compensar os acionistas que podem sofrer perdas.

1337 Sentença, § 39 [citando *Integration Act*, Sezione 15(3), (20), (21)].

1338 *Ibid.*

cos são obrigados a solicitar novamente uma licença de operação que satisfaça as novas condições impostas por ele.

58. Surpreendentemente, essa recertificação é um procedimento contínuo e que se repete: o *Savings Bank* coloca à disposição um “estatuto modelo”, que pode ser modificado sem a necessidade de nenhuma aprovação dos bancos afetados. O governo alegou que o referido modelo não poderia afetar os direitos da assembleia geral previstos em lei, “ao menos que [houvesse] expressa autorização para o contrário no *Integration Act*”. Em outras palavras, o *Integration Act* é capaz de sanar qualquer violação dos direitos dos acionistas.

59. Ainda mais, se os acionistas majoritários não adotarem tais modificações, alterando, conseqüentemente, os atos constitutivos de seus bancos, a autoridade supervisora pode revogar as suas licenças de operação.¹³³⁹

60. Em síntese, é impossível concluir que exista uma razoável relação de proporcionalidade entre o interesse público perseguido pelo *Integration Act* e as conseqüências sofridas pelos acionistas requerentes e pelos seus bancos.

CONCLUSÃO

61. Enquanto acionistas, os requerentes têm o direito de tomar decisões para as instituições de crédito. Múltiplas disposições do *Integration Act* violam a própria essência do direito conferido aos requerentes em razão de suas ações. Conforme observado pelo Tribunal Constitucional húngaro, o *Integration Act* “contém disposições que incidem direta, concreta e efetivamente sobre a pessoa e sobre a relação jurídica específica” dos acionistas, incluindo os requerentes.¹³⁴⁰

62. As violações em causa privaram os requerentes daqueles direitos essenciais associados às suas ações. A maioria reconhece a violação, mas evita a questão ao invocar a ficção jurídica de que não houve impacto direto sobre os seus direitos. Os requerentes são claramente vítimas da política do Estado, uma vez que os direitos de voto, de tomar parte das decisões mais importantes para os respectivos bancos e o direito aos pagamentos foram todos comprometidos. Por essas razões, expresse respeitosamente o meu dissenso.

1339 Seção 17/H(1) dell'*Integration Act*, citado no âmbito das Observações do requerente de 17 de abril de 2015, § 52.

1340 Observações dos requerentes, 17 de abril de 2015, § 62 [citando a Resolução do CC, parte III, Seção 2.1, §§ 43 e 49].

OS COMENTÁRIOS ÀS OPINIÕES

A PROTEÇÃO “CONCORRENTE” DO DIREITO DE PROPRIEDADE PROPORCIONADA PELO ARTIGO 17 DE CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

ROBERTO CONTI

1. PREMISSAS

Em TEDH, *S.C. Service Benz Com S.R.L. c. Romênia*, 58045/11, 4 julho de 2017, Pinto de Albuquerque dissente da maioria dos juízes do Tribunal, que – chamados a verificar a legalidade de um confisco ordenado pelas autoridades romenas em detrimento de uma empresa proprietária de dois tanques de combustível usados, por um terceiro, para o transporte de mercadorias sem cumprir o regulamento sobre impostos especiais de consumo – descartaram a existência de uma violação do parâmetro convencional referido no Artigo 1 do Protocolo n. 1 da CEDH, considerando proporcional a medida evictiva aplicada ao terceiro, podendo este último, de qualquer forma, acionar uma pretensão indenizatória em relação ao responsável direto pela violação à legislação que impunha a adoção de determinadas condutas.

A relevância subjacente do regulamento da União Europeia a respeito da questão objeto da causa – em relação à disciplina dos impostos especiais de consumo que, como se sabe, é *comunitarizada* – impõe a abertura de um *focus* sobre a concorrente proteção dos direitos de propriedade, oferecida no âmbito da UE pelo Artigo 17 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que, notoriamente, é justamente dedicada à proteção da propriedade na UE. Uma análise, aquela que se tentará desenvolver numa perspectiva não apenas comparativa, mas eu diria de conteúdo, refere-se ao fato de o Artigo 17 da Carta da UE ser “filho” do Artigo 1 do Protocolo n. 1 da CEDH, ter uma feitura mais atualizada do que a introduzida no referido Protocolo e, por fim, contribuir para alimentá-lo.

2. PROPRIEDADE, FUNÇÃO SOCIAL E PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Uma rápida análise do parâmetro aqui sob exame só pode partir do Artigo 295 do Tratado CE – o qual afirma a intangibilidade do “regime de propriedade existente nos Estados-membros” e da história da jurisprudência do Tribunal de Justiça, firme ao considerar que o direito de propriedade “é tutelado à semelhança dos princípios comuns das Constituições dos Estados-membros, acolhidos no

protocolo adicional da convenção europeia para a proteção dos direitos humanos” (cfr. Tribunal de Justiça da UE, 13 de dezembro de 1979, processo 44/79, *Hauer*, em *Raccolta*, 1979, I, p. 3727. Para um exame das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça sobre a hipótese de violação do direito de propriedade, ver L. Daniele, *La tutela del diritto di proprietà e del diritto al libero esercizio delle attività economiche nell’ordinamento comunitario e nel sistema della Convenzione europea di Salvaguardia*, em *Jus* 1999, *Studi in onore di Giovanni Maria Ubertazzi*, p. 281, *sub nota* 11).

Precisamente na sentença *Hauer*, o órgão julgador comunitário, ao interpretar o Artigo 1 do Protocolo n. 1 da CEDH, reconheceu nesta a existência de um direito a uma justa indenização no caso de expropriação ou privação da propriedade, embora considerando que os princípios do direito internacional em geral acolhidos fossem aplicados apenas aos estrangeiros, no mesmo sentido do afirmado pelos órgãos jurisdicionais da CEDH.

Por outro lado, a advertência constante – feita ao longo dos anos pelo Tribunal de Justiça – às limitações que o ordenamento comunitário deve prever em vista da busca de outros interesses concorrentes é, em si, uma demonstração do quanto o Tribunal tem prestado atenção às tradições constitucionais dos países-membros.

Nessa perspectiva, não (completamente) presente na disciplina contida no Artigo 1 do Protocolo n. 1 da CEDH, se esclarece que os direitos fundamentais não constituem prerrogativas absolutas, mas devem ser considerados em relação à função por eles desempenhada na sociedade. Isso torna possível “introduzir restrições ao exercício destes direitos, designadamente no âmbito de uma organização comum dos mercados, desde que essas restrições atendam efetivamente à finalidade do interesse geral perseguido pela Comunidade e não constituam, considerado o objetivo perseguido, uma intervenção desproporcional e intolerável que atente contra a própria essência de tais direitos” (cfr. Tribunal de Justiça da UE, 13 de julho de 1989, processo 5/88, *Wachauf*; 10 de janeiro de 1992, processo C-177/90, *Kühn*, n. 16, e 15 de abril de 1997, processo C-22/94, *Irish Farmers Association*, n. 14).

Essa afirmação remonta, de resto, a bem considerar, à sentença *Nold*, quando se especificou que “os direitos assim garantidos, longe de constituírem prerrogativas absolutas, devem ser considerados à luz da *função social* dos bens e das atividades protegidas” (cfr. Corte de justiça da UE, 14 de maio de 1974, processo 4-73, *Nold c. Comissão*, n. 14).

Isso nos aproxima, então, do tema da proporcionalidade das medidas limitativas ao direito de propriedade que, na opinião de Pinto Albuquerque supra-

mencionada, levam supervenientemente a uma solução contrária àquela expressa pela maioria.

Com efeito, foi o Tribunal de primeiro grau, no processo *Hauer*, que especificou que o direito de propriedade deve ser “considerado à luz de sua função social”, de maneira que a Comunidade possa impor ao mesmo direito restrições no âmbito de sua organização comum de mercado, desde que respondam a tais propósitos e objetivos, sem constituir uma intervenção desproporcional ou inaceitável (Tribunal da UE, 14 de julho de 1998, processo T-119/95, *Hauer c. Conselho e Comissão*, n. 39).

E foi também a sentença *Hauer* a sustentar que o direito de propriedade não constitui uma prerrogativa absoluta e pode, ao contrário, dada a sua função social, ser significativamente limitado, com a ressalva de que essas limitações não devem constituir, tendo em conta a finalidade perseguida pela autoridade que as prescreve, “uma intervenção inaceitável e desproporcional em relação aos fins perseguidos nas prerrogativas do proprietário, de modo a vulnerar a essência mesma do direito de propriedade” (*ibid.*, n. 23).

Isso permitiu ao Tribunal reconhecer que a ausência de indenização, no caso de destruição ou abate de peixes, se inseria no âmbito das medidas destinadas a combater as doenças contagiosas identificadas em área de exploração (cfr. Corte de Justiça da UE, 10 de julho de 2003, processos reunidos C-20/00 e C-64/00, *Booker Aquaculture Ltd.*).

Nessa perspectiva, a possibilidade de que o surto pudesse se espalhar rapidamente para fora da exploração induziu – legalmente, segundo o Tribunal da UE – o legislador comunitário a prever a destruição e o abate imediato de todos os peixes, sem indenização, na Diretiva n. 93/53/CEE. Tais medidas, portanto, deveriam ser consideradas justificadas por um objetivo de interesse geral da Comunidade e proporcionais em relação ao propósito perseguido sem, assim, comprometer a própria essência do direito de propriedade.

Observou o Advogado-Geral Michio, em suas conclusões apresentadas em 20 de setembro de 2001, relativas ao mesmo procedimento, que “a limitação do direito de propriedade sofrida por essas duas empresas consiste, portanto, na obrigação, por um lado, de interromper, por meio de um abate sistemático, a engorda dos peixes presentes nas suas instalações e, por outro, de destruir aqueles que não podiam ser comercializados por causa do seu estado sanitário ou do tamanho insuficiente. Estamos bem longe de uma ‘intervenção intolerável e desproporcional’ nos termos da citada sentença *Hauer*” (n. 78).

Foi ainda esclarecido, justamente para diferenciar a hipótese submetida à apreciação do Tribunal das outras, nas quais a privação de propriedade deve estar sempre ligada a um direito à indenização, que “estamos, nesta hipótese, nos an-

típodas da expropriação de um imóvel, constituída pela apropriação de um bem particular pela autoridade pública. Não há um bem com um valor econômico certo cuja *propriedade* seja *transferida* para satisfazer uma relevante necessidade de interesse geral. Há apenas um bem que, embora possa eventualmente conservar certo valor econômico, deve ser descartado e, por conseguinte, não tem qualidade para ser valorizado no âmbito das trocas comerciais” (*ibid*, n. 93).

Princípios que foram reafirmados a propósito das limitações ao exercício das atividades empresariais impostas pela UE (ver, em particular, as Conclusões do Advogado-Geral Geelhoed, apresentadas em 5 de abril de 2005 no processo C-154/04, *The Queen Alliance for Natural Health Nutri-Link Ltd.*). Naquela ocasião, foi recordado que os direitos fundamentais, embora fazendo parte dos princípios gerais do direito comunitário, cujo respeito o Tribunal garante, não constituem, todavia, prerrogativas absolutas, mas devem ser considerados à luz de sua *função social*. Isso permite a adoção de restrições a tais direitos, desde que efetivamente respondam aos objetivos de interesse geral perseguidos pela Comunidade e não constituam, com relação ao objetivo perseguido, uma intervenção desproporcional e intolerável, de forma a violar a própria essência dos direitos em questão.

Por outro lado, o surgimento de interesses de ordem geral que restringem o conteúdo dos direitos fundamentais deve agora considerar-se uma constante dos pronunciamentos do Tribunal do Luxemburgo.

Sobre esse ponto, pode-se relembrar o episódio no qual a Comunidade Europeia se contrapôs a um empresário a quem a resolução do Conselho n. 2.340, de 8 de agosto de 1990, tinha impedido a continuidade das relações comerciais com o Iraque e o Kuwait. O empresário havia de fato acusado a Comunidade de ter estabelecido uma conduta equiparável a uma expropriação (tendo as autoridades iraquianas congelado os bens das pessoas que faziam parte dos Estados que haviam adotado tais resoluções).

O Tribunal de primeiro grau rejeitara os pedidos, ressaltando que não poderia se considerar aplicável o Artigo 1 do Protocolo n. 1 da CEDH, uma vez que a hipótese não versava sobre a privação direta de propriedade, em todo caso reconhecendo a existência de um interesse geral da comunidade na paz e na segurança internacionais que justificava o sacrifício imposto aos interesses individuais (cfr. Tribunal da UE, 28 de abril de 1998, processo T-184/95, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH*). Essa orientação foi posteriormente confirmada pelo Tribunal de Justiça em sede de impugnação da sentença de primeira instância (cfr. Corte de Justiça da UE, 15 de junho de 2000, processo C-237/98 P *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH*).

Princípios semelhantes foram expressos pela Grande Seção do Tribunal de Justiça no caso *Kadi* onde, chamada a verificar novamente se a medida de congelamento prevista no regulamento da CE – feita na execução das resoluções do Conselho de Segurança da ONU –, que impunha o bloqueio dos bens de pessoas e de organizações acusadas de fazerem parte de redes terroristas, configurava uma intervenção desproporcional, considerou que essa medida cautelar, não privando tais pessoas de suas propriedades, mas ainda assim impondo uma restrição considerável ao exercício dos direitos de propriedade, havia assegurado uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o objetivo perseguido (Tribunal de Justiça da UE, 3 de setembro de 2008, processos reunidos C-402/05 P e C-415/05 P reunidos, *Yassin Abdullah Kadi*). Nesse sentido, o Tribunal sublinhou as finalidades do regulamento de execução, no âmbito comunitário, das medidas restritivas estabelecidas pelo Conselho de Segurança em relação aos terroristas e às organizações a eles relativas que, ao confrontar as ameaças à paz e à segurança internacionais decorrentes de atos terroristas, tornavam a medida de congelamento de capital adequada e proporcional (*ibid*, n. 363).

Conclusões semelhantes são alcançadas ao examinar-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de sanções integrantes do confisco de mercadorias retiradas do regime de fiscalização aduaneira.

Designadamente, o Tribunal de Justiça ressaltou que, na ausência de harmonização da normativa da União no âmbito das sanções aplicáveis em caso de não observância das condições previstas por um regime estabelecido por tal normativa, os Estados-membros são competentes para escolher as sanções que lhes pareçam apropriadas. Eles são, todavia, obrigados a exercer a sua competência em conformidade com a legislação da União e de seus princípios gerais e, conseqüentemente, em conformidade com o princípio da proporcionalidade. Foi então acrescentado que as medidas administrativas ou repressivas permitidas por uma normativa nacional não devem exceder os limites do que é necessário para a obtenção dos propósitos legitimamente perseguidos por tal normativa nem ser desproporcional em relação aos mesmos fins. Sobre a base de tais pressupostos considerou-se, pois, que uma sanção consistente na obrigação de pagar uma soma correspondente ao valor das mercadorias subtraídas da fiscalização aduaneira não resulta proporcional, e isso independentemente do fato de que tal sanção se junta a outra prevista pela lei alfandegária búlgara (assim, Tribunal de Justiça da UE, 4 de março de 2000, processo C-655/18, *Teritorialna direktsia “Severna morska” kam Agentsia Mitnitsi*).

Em suma, a linha seguida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça parece ser no sentido de que o direito de propriedade não é uma prerrogativa absoluta e o seu exercício pode ser objeto de restrições justificadas pelos objetivos de interesse geral perseguidos pela União, com a condição de que tais restrições sejam

efetivamente consentâneas com os mencionados objetivos de interesse geral e não constituam, no que diz respeito ao fim perseguido, uma intervenção desproporcional e intolerável, de modo a afetar a própria essência dos direitos assim garantidos (nesse sentido, ver também Tribunal de Justiça da UE, *Nold*, cit., n. 14; 30 de julho de 1996, processo C-84/95, *Bosphorus*, n. 21, bem como 16 de novembro de 2011, processo C-548/09 P, *Bank Melli Iran*, n. 113 e 114).

3. O ARTIGO 17 DA CARTA DE NICE-ESTRASBURGO

Esses resultados da jurisprudência do Tribunal da UE não são definitivamente alterados em virtude da entrada em vigor do Artigo 17 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no texto consolidado proclamado em 13 de dezembro de 2007, agora dotado daquele caráter jurídico vinculante que originariamente não era reconhecido.

Convém recordar que o Artigo 6, § 2, do Tratado da União Europeia (TUE), modificado pelo Tratado de Lisboa, previu que “[a]s disposições da Carta não estendem de forma alguma as competências da União definidas nos Tratados. Os direitos, as liberdades e os princípios da Carta *devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais do Título VII da Carta, que regem a sua interpretação e aplicação, e tendo na devida conta os apontamentos a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições*” (grifo nosso). Trata-se, a bem considerar, de uma redação que se move em harmonia com aquela que aparece no Preâmbulo, onde se especifica que “a Carta será interpretada pelos órgãos jurisdicionais da União e dos Estados-membros tendo na devida conta os apontamentos elaborados sob a autoridade do Praesidium da Convenção que redigiu a Carta e atualizada sob a responsabilidade do Praesidium da Convenção Europeia”. Essa fórmula corresponde ao Artigo 52, § 7, Carta da UE – análogo ao Artigo II-112, § 7, do *antigo* Tratado da Constituição Europeia –, segundo o qual “[o]s órgãos judiciais da União e dos Estados-Membros decidem tendo em conta os apontamentos destinados a orientar a interpretação da Carta dos Direitos Fundamentais”.

Somente resta, agora, fazer uma plena remissão aos princípios elaborados pelo TEDH no que respeita ao Artigo 1 do Protocolo n. 1 da CEDH, evidenciando as diferenças no regime de conteúdo entre os dois parâmetros. Essa remissão não pode ser, todavia, exaustiva, devendo-se ressaltar, sem poder minimamente aqui aprofundar, sob pena de exceder os limites da presente análise, a questão das relações entre as “Cartas” que, embora tendo um valor geral, assume particular relevo justamente com referência ao direito de propriedade, devendo-se aclarar quais regras o direito comunitário introduziu para resolver o possível conflito entre a tutela prevista no Artigo 17, aquela sancionada pela CEDU e aquela presentes na Constituição dos países-membros.

Agora, as principais inovações encontram-se na vertente de proteção do proprietário atingido por um ato expropriatório, que, por um lado, destina-se a tutelar, de maneira substancial, a pretensão do proprietário à substituição do bem expropriado, agora expressamente proporcionada pela *justa indenização*, e, por outro, a garantir a efetividade da reparação que deverá ser efetuada “*em tempo útil*”.

Ditas modificações resultam apenas aparentemente discretas.

Elas, na realidade, marcam uma ênfase em direção aos aspectos de “proteção” que descrevem o conteúdo mínimo do direito dominical, deixando às margens os aspectos relacionados às exigências de natureza publicística e/ou solidarística, posteriormente acentuando um processo que parecia já ter sido colocado em movimento pelo “jusnaturalístico” Artigo 1 do Protocolo n. 1.

Caso se queira partir dos dados literais, se notará que, em relação ao “direito a respeito dos próprios bens”, previsto no § 1, do Artigo 1, do Protocolo n. 1, se introduziu a referência ao direito “de fruir da propriedade dos seus bens legalmente adquiridos, de os utilizar, de dispor deles e de os transmitir em vida ou por morte”.

Além disso, o conceito de utilidade pública que justifica a privação de propriedade no Artigo 1 do Protocolo n. 1 se justapõe àquele de interesse público do Artigo 17 da Carta, onde desaparece a referência sobre os princípios gerais do direito internacional que, todavia, constituía um dos elementos fundamentais dos casos de privação da propriedade nas disposições da CEDU.

Em definitivo, como emerge das anotações do Praesidium, a Carta de Nice-Estrasburgo parece apoiar a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo, e até mesmo vai além, se percebermos que o direito a uma *justa indenização* pareceria impor, sem possibilidade de ajustamento, o direito ao valor total do bem ao proprietário expropriado, de modo a dissolver aquela flexibilidade que, ao contrário, o Tribunal de Estrasburgo tinha pretendido preservar, mais uma vez, com a sentença *Scordino c. Itália* [cfr. TEDH, *Scordino c. Itália* (n. 1) [GC], 36813/97, 29 de março de 2006; sobre a necessidade de flexibilidade do procedimento de expropriação de maneira a permitir ao proprietário, de qualquer forma, demonstrar, em termos efetivos, o prejuízo sofrido devido à expropriação do fundo, cfr. M. L. Padelletti, *Il problema dell’indennizzo nella Convenzione Europea dei diritti dell’uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, em M. Comporti (editado por), *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Milão, 2005, p. 128 ss.].

4. A JUSTA INDENIZAÇÃO

No Artigo 1 do Protocolo n. 1 da CEDU não há nenhuma disposição que se ocupe expressamente dos aspectos patrimoniais do direito do proprietário prejudicado por ato ablativo da Administração Pública.

A jurisprudência do Tribunal Europeu de Estrasburgo foi, na realidade, aprimorando um “estatuto” que estabelecia uma regra – aquela da integralidade do valor do bem – em favor do proprietário, a qual vinha, todavia, acrescida das regras suplementares em sentido oposto, tendentes a valorizar – e justificar –, sempre em termos de exceção em relação à regra, uma diversidade de regime em casos particulares, nos quais o integral valor não era justificado.

Desde o começo do trabalho de codificação em matéria de propriedade, o panorama normativo europeu certamente não poderia ser considerado uniforme a respeito da indenização expropriativa, por vezes inclinada a reconhecer o valor integral do imóvel e, portanto, a integral reparação dos bens considerando o seu valor de mercado – é o caso dos países da *common law*, da França, da Espanha –, outras vezes, ao contrário, destinado a valorizar as exigências de equilíbrio entre o direito dominical e o interesse público e, portanto, a justificar uma menor indenização ao proprietário – é o caso da Itália e da Alemanha – (para uma análise comparativa detalhada das experiências normativas europeias em matéria de indenização por expropriação, vs. A. Moscarini, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milão, 2006, p. 180 ss.).

Esta é, por conseguinte, a moldura em que se insere a introdução do conceito de “*justa indenização*” no âmbito do Artigo 17 da Carta de Nice.

Trata-se, assim sendo, de um princípio que eliminaria pela raiz aquela necessidade de ajustamento entre propriedade e interesse público que vinha geralmente expressa por meio de fórmulas linguísticas centradas no caráter “sério”, “equânime”, “adequado” da indenização, também presentes em diversas experiências nacionais (ver, por exemplo, o Artigo 16 da Constituição da Bélgica, o Artigo 16 da Constituição de Luxemburgo, o Artigo 14, § 1, da Constituição da Holanda, aos quais se une a Itália, cuja mera referência ao conceito de indenização, contido no § 2, do Artigo 42, da Constituição, foi interpretado pela Corte Constitucional, ao menos até a sentença n. 348/2007, no sentido de que exclui a comensuração ao justo preço que teria tido o imóvel em uma livre negociação de compra e venda, impedindo apenas o reconhecimento de uma compensação simbólica).

A alternativa possível a essa leitura, voltada a atribuir ao adjetivo *justo* o sentido de uma compensação que considere os interesses da comunidade e aqueles dos particulares – à semelhança do previsto no Artigo 14, § 3, da Constituição

Alemá – assim como exortado na doutrina também em razão da dimensão solidária que permeia toda a Carta de Nice-Estrasburgo [cf. A. Lucarelli, *sub* Artigo 17, em M. Cartabia, R. Bifulco e A. Celotto (editado por), *L'Europa dei diritti*, Bolonha, 2001, p. 149] – pode não resultar incomum, necessitando, todavia, de relevantes esclarecimentos.

Será necessário, em primeiro lugar, salientar que a omissão quanto ao conceito de função social no âmbito da disposição a que se refere o Artigo 17 – que, como salientado, se tentou introduzir no curso dos trabalhos preparatórios –, não pode ser sem significado.

Esse significado, claro, não pode se destinar a fazer acreditar que os legisladores nacionais estejam privados daquela ampla margem de apreciação na identificação de políticas orientadas à consecução das necessidades públicas, mesmo quando colidirem com a existência de direitos dominicais que se colocam em contraste com a realização daquelas necessidades. No entanto, nem sequer parece poder tolerar a perda do direito ao valor total do bem toda vez em que o Estado e suas ramificações perseguem os fins institucionais que os animam.

As únicas exceções que ao princípio do valor venal integral parecem poder e se deve tolerar serão, agora, aquelas que o Tribunal dos Direitos Humanos tentou reunir na própria jurisprudência, sobretudo recente.

Desse modo, aliás, parece possível alcançar a “concordia” entre o sistema de indenização interno – como recentemente reinterpretado pela Corte Constitucional italiana – e o da CEDH, respondendo precisamente àquela exigência de “uniformidade” que se baseia, mais uma vez, no conceito de interpretação conforme.

Nessa direção caminha, de maneira significativa, o próprio Artigo 53 da Carta de Nice-Estrasburgo, que parece conter a normatização do critério do máximo reconhecimento da proteção que já havíamos mencionado há algum tempo a propósito das relações entre a CEDH e o direito interno (seja permitida a remissão a R. Conti, *Occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milão, 2006, p. 372).

Apenas uma breve menção ao pagamento “em tempo útil” da justa indenização.

Trata-se, ao contrário, de uma importante inovação no que diz respeito à disposição contemplada no Artigo 1 do Protocolo n. 1 da CEDH que, além disso, toma forma e substância, mais uma vez, a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Recorde-se, aliás, que antes mesmo da sentença no caso *Scordino*, quando reconhece a violação do Artigo 1 do Protocolo n. 1 para a indenização paga pelas

autoridades nacionais com base no Artigo 5-*bis* do l. n. 359/1992, o Tribunal não deixou de enfatizar que, da expropriação – 21 de março de 1983 – ao pagamento da indenização – 18 de junho de 1997 –, havia transcorrido um significativo lapso temporal, razão que tinha contribuído para considerar a indenização efetuada aos Scordino não razoável em relação ao valor da propriedade expropriada, assim consagrando a violação da lei convencional (cfr. TEDH, *Scordino c. Itália* (n. 1), cit.; da mesma forma, cfr. também TEDH, *Akkus c. Turquia*, 19263/92, 9 de julho de 1997, § 29, e *Mehmet Bilgin c. Turquia*, 19267/92, 30 de janeiro de 2001, § 30).

Esse princípio encontrou posterior confirmação na citada decisão de março de 2006, quando o TEDH deu especial ênfase à falta de tempestivo pagamento da indenização, identificando justamente, no decurso do tempo, um dos fatores capazes de reduzir a suficiência da indenização. Exatamente para evitar sobrecarregar o proprietário com as consequências negativas da tardia liquidação, foi provocado não apenas a reavaliar o montante assim obtido a partir de 1983, mas a reconhecer, em acréscimo, os juros legais simples para compensar “o longo período durante o qual os requerentes foram privados do recurso” (com respeito a essa motivação, o Tribunal parece ter se omitido de considerar que, como efeito do ato expropriatório, os proprietários perderam seus bens, de modo que o único dano que poderiam ter sofrido seria aquele vinculado à ausente disponibilidade da quantia não liquidada na medida correta pelas autoridades nacionais).

Compreende-se, assim, como a natureza “justa” da indenização é intimamente ligada à tempestividade do pagamento, na falta do qual o Estado deverá se encarregar das consequências negativas produzidas sobre o “patrimônio” do proprietário, mesmo ao custo de conceder-lhe proteção maior do que aquela atribuída ao credor regular de uma obrigação em dinheiro. Isso poderia produzir importantes consequências também no que respeita ao maior dano causado ao proprietário nos caso de adimplemento, em atraso, da dívida decorrente da indenização por desapropriação.

5. VOLTANDO À OPINIÃO DIVERGENTE DE PAULO PINTO NO CASO S.C. SERVICE BENZ COM S.R.L. C. ROMÊNIA

Aqui estamos, portanto, com a opinião divergente de Paulo Pinto de Albuquerque sobre o caso mencionado no parágrafo anterior. Ele parece avançar no ápice da tutela efetiva e plena do direito ao respeito dos bens, imaginando, assim, um horizonte no qual o terceiro de boa-fé não pode estar sujeito a uma lesão ao próprio patrimônio quando não contribuiu pela violação que determinou a reação do Estado.

Agora, é evidente que a posição do TEDH se move na linha de continuidade com a jurisprudência convencional e com aquela do Tribunal de Justiça, enquanto a perspectiva de Paolo Pinto tende a se mover numa direção parcialmente diferente.

Aqui reside o sentido e o papel das opiniões divergentes: agir no âmbito do TEDH para criar sensibilidade e reflexões que possam auxiliar em um eventual *revirement* da jurisprudência convencional.

Certamente o tema que diz respeito ao caso aqui brevemente examinado toca profundamente em aspectos muito delicados em relação ao papel do direito de propriedade em sistemas democráticos. E o faz em um período como o ho-dierno, no qual o retorno a uma ideologia neoliberal – que de muitos lados tem sido atribuída à CEDH – parece entrar em considerável atrito com a necessidade de definir os parâmetros do sistema de relações no âmbito das sociedades ocidentais no sentido de salvaguardar os interesses da pessoa. Em suma, uma época, posterior, na qual não está excluído que se volte novamente a refletir sobre o alcance dos parâmetros que, nos âmbitos nacional e supranacional, se preocupam com o direito de propriedade.

Mais uma vez a posição expressa por Pinto não pode deixar de ser atentamente ponderada e considerada.

UMA CRÍTICA SEM APELO AO SISTEMA DAS MEDIDAS DE PREVENÇÃO NA ITÁLIA

GIOVANNI GRASSO

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS: A SENTENÇA DO TEDH NO CASO DE TOMMASO

Foi corretamente assinalado que a sentença *De Tommaso* (TEDH, *De Tommaso c. Itália* [GC], 43395/09, 23 de fevereiro de 2017) lançou um “duro golpe” à disciplina das medidas de prevenção pessoais (segundo a expressão incisiva usada por F. Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Diritto penale contemporaneo, Rivista trimestrale*, em *Contemporary Criminal Law, Quarterly Review* 2017, 3, p. 370), fundada sobre as hipóteses de periculosidade “genérica” (sobre a sentença *De Tommaso* ver também, entre outros, A. M. Maugeri, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera*, em *Diritto penale*

contemporaneo, *Rivista trimestrale*, 2017, 3, p. 15 ss.; V. Maiello, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Diritto penale e processo*, 2017, p. 1039 ss.; F. Menditto, *La Sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, *Rivista trimestrale* 2017, 4, p. 1 e ss.).

Especificamente, a sentença declara a normatização italiana contrária ao disposto no Artigo 2 do Protocolo n. 4 da CEDH, incorporado na Itália por meio do Decreto Presidencial (d.P.R.), de 14 de abril de 1982, n. 217. Essa disposição convencional reconhece a liberdade de movimento da pessoa, embora aquiesça com as limitações dessa liberdade se tais restrições estiverem expressamente “previstas em lei e constituam, numa sociedade democrática, medidas necessárias à segurança nacional, à segurança pública, à manutenção da ordem pública, à prevenção de infrações penais, à proteção da saúde ou da moral ou à salvaguarda dos direitos e liberdades de terceiros”.

Essa sentença, apesar de todas as tentativas de circunscrever o âmbito de aplicação ou de neutralizar o significativo impacto, exigiu uma reflexão crítica, não mais limitada a setores tradicionais da doutrina há muito tempo crítica em relação a um instrumento que nasce no século XIX e é herança de antigas medidas policiais alheias a um sistema de direito penal liberal (cfr. Corte Constitucional, 24 de janeiro de 2019, n. 24, § 11.1). Ademais, envolveu setores crescentes da jurisprudência de legitimidade e de mérito que provocaram o Tribunal Constitucional com inúmeras questões de legitimidade para, assim, alcançar a sentença subsequente n. 24/2019, com o fim de, em todo o caso e na medida do possível, taxativizar o âmbito de aplicação de tais medidas.

Na sentença *De Tommaso*, a orientação largamente predominante da jurisprudência de legitimidade reagiu operando corretamente uma tentativa de taxativização da hipótese de periculosidade genérica em coerência com as exigências expressas pelo TEDH (cfr. Cassação Penal, Seção II, 1 de março de 2018, n. 30974; Seção I, 19 de abril de 2018, n. 43824; mas ver já, antes da sentença *De Tommaso*, Cassação Penal, Seção I, 11 de fevereiro de 2014, n. 23649. Para uma rápida análise das diversas orientações jurisprudenciais nos permitimos remeter a G. Grasso, *Le misure di prevenzione personali e patrimonial nel sistema costituzionale*, em *Sistema Penale*, 14 de fevereiro de 2020, p. 7 e segs.).

Chamado a se pronunciar sobre a legalidade desse sistema preventivo, a Corte Constitucional tem, por um lado, a reafirmado (apesar do caráter afitivo das medidas impostas), mas, por outro, delineado um “estatuto constitucional” das medidas de prevenção que, segundo a Corte, comporta um nível de garantias não inferior àquele reconhecido pelo TEDH (Corte Constitucional, 24 de janeiro de 2019, n. 24).

Nessa perspectiva, a Corte declarou a ilegitimidade constitucional das medidas adotadas em relação “àqueles que devem ser considerados, com base em elementos fáticos, como habitualmente envolvidos com o tráfico ilícito”, referido no Artigo 1, “a”, do Decreto Legislativo de 6 de setembro de 2011, n. 159.

Considerou-se, ao contrário, que era suficientemente taxativiza, à luz das orientações jurisprudenciais majoritárias, a locução “aqueles que pela conduta e o padrão de vida devem ser considerados, com base nos elementos de fato, que vivem habitualmente, ainda que parcialmente, com os proventos das atividades criminosas”, conforme o Artigo 1, “b”, do Decreto Legislativo n. 159/2011 (*ibid.*).

De acordo com a Corte Constitucional, “as ‘categorias de delitos’ que podem ser assumidas como pressupostos para a medida são de fato susceptíveis de encontrar concretização no caso examinado pelo juízo em virtude do tríplice requisito – ser provado com base em ‘elementos de fato’ precisos, de que o tribunal terá de dar conta especificamente na motivação (Artigo 13, § segundo, Constituição) – que devem tratar-se de a) crimes cometidos habitualmente pelo sujeito (e, portanto, durante um significativo arco temporal), b) que realmente geraram proveitos para ele, c) que, por sua vez, constituem – ou tenham constituído em determinado momento – a única renda ou, ao menos, uma parte significativa dessa renda” (*ibid.*).

No entanto, deve-se observar que, imediatamente após o pronunciamento da sentença *De Tommaso*, uma parte da doutrina havia apontado que a carência de taxatividade, reclamada pelo TEDH no que diz respeito às hipóteses de periculosidade genérica (que estavam sendo consideradas no caso em exame pela Corte), apontava também – se poderia dizer *a fortiori* – para as hipóteses de periculosidade qualificada. Assim, observou-se que “a dificuldade de conciliar a determinação da categoria dos destinatários com o princípio da taxatividade e, portanto, a apreciação da periculosidade social, é também pertinente aos casos de periculosidade qualificada, sem prejuízo de o legislador, como antes examinado, indicar em tal hipótese o crime em relação ao qual se deve desenvolver o juízo prognóstico” (cfr. A. M. Maugeri, *Misure de prevenzione*, cit., p. 15).

A jurisprudência anterior havia efetivamente ampliado a noção de “pertencer à associação mafiosa” para incluir não apenas as hipóteses de concurso externo, mas também “qualquer comportamento que, embora não integrando os extremos do crime de participação em associação mafiosa, seja funcional aos interesses dos poderes criminosos e, ao mesmo tempo, denotam a periculosidade social específica subjacente ao tratamento preventivo, constituindo uma espécie de terreno favorável permeado de cultura mafiosa” (Cassação Penal, Seção VI, 29 de janeiro de 2014, n. 9747).

Levando em consideração as observações da doutrina, também no que diz respeito à noção de periculosidade qualificada, a jurisprudência iniciou um trabalho de taxativização de notável importância.

Na noção de “pertencer” deveriam ser reconduzidos somente aqueles comportamentos nos quais se exprime uma “contribuição efetiva para as atividades e para o desenvolvimento de uma associação criminosa”: é necessária, portanto, “a apreciação de uma situação de contiguidade com a própria associação, que resulte funcional aos interesses da estrutura criminosa” (assim, mais recentemente, Cassação Penal, Seção II, 22 de março de 2019, n. 27855; ver ainda Cassação Penal, Seção I, 14 de junho de 2017, n. 54119).

Nessas últimas sentenças, observou-se não ser mais tolerável o emprego “de abordagens interpretativas destinadas a degradar o significado em termos de mera ‘contiguidade ideológica’, comunhão de ‘cultura mafiosa’ ou reconhecida ‘frequência’ com sujeitos envolvidos na associação” (ver também Cassação Penal, Seção I, 14 de junho de 2017, cit.).

Pode-se duvidar que as soluções apontadas pela Corte Constitucional, em relação à periculosidade genérica, e pela Corte de Cassação, para a periculosidade qualificada, são capazes de garantir a observância dos princípios constitucionais; elas, no entanto, atestam a importância que a sentença *De Tommaso* teve para a interpretação e evolução do sistema de medidas de prevenção.

2. A NATUREZA DAS MEDIDAS DE PREVENÇÃO NA OPINIÃO PARCIALMENTE DISSIDENTE DO JUIZ PINTO DE ALBUQUERQUE

Na sentença *De Tommaso*, aliás, o TEDH não colocou em discussão a legalidade do sistema de medidas de prevenção tal como existente na Itália. Em particular, o Tribunal negou que a medida de vigilância especial seja uma sanção penal, excluindo, desse modo, que no caso em espécie devesse aplicar o “*criminal aspect*” do Artigo 6, § 1, CEDH (TEDH, *De Tommaso c. Itália*, cit., § 143).

Compreende-se, agora, a importância da opinião parcialmente dissidente do juiz Paulo Pinto de Albuquerque, que, à luz de uma aprofundada análise do sistema italiano das medidas de prevenção, chega a uma condenação sem apelo desse sistema, do qual se destaca a radical contrariedade aos princípios próprios de um Estado de Direito.

De acordo com as pontuais considerações formuladas na opinião dissidente, o sistema permite “a instrumentalização das medidas de prevenção com o fim de ‘punir’ aqueles que foram absolvidos das imputações no curso do processo penal” (cfr. opinião parcialmente dissidente do juiz Pinto de Albuquerque em *De Tommaso c. Itália*, cit., § 4).

A conclusão, então, é a de que “dadas as circunstâncias, as medidas de prevenção não eram senão uma pena de ‘segunda classe’, ‘penas baseadas na suspeita’ (penas de suspeita). Mesmo depois da reforma aprovada pela Lei n. 327/1988, uma *probatio minus plena* era suficiente para colocar as pessoas sob o radar do sistema de justiça criminal, com o seu arsenal de medidas restritivas previstas pela Lei de 1956” (*ibid.*).

Não apenas, segundo o juiz Pinto de Albuquerque, as medidas de prevenção de que trata a Lei de 1956 eram, em essência, “altamente dessocializantes, em consequência das rigorosas restrições impostas à vida pessoal, profissional e social da pessoa suspeita, além da privação da liberdade durante parte do dia”.

As medidas em questão, além disso, tiveram “um efeito discriminatório, dado que por lei a aplicação delas foi considerada um fator agravante no contexto da pena prevista para várias infrações. De fato, tal agravante era de todo estranho à questão do crime base e, portanto, o fator agravante devia-se exclusivamente ao etiquetamento negativo atribuído pelo legislador às pessoas sujeitas às medidas de prevenção” (*ibid.*, § 5).

Em uma perspectiva mais geral, as medidas em questão abandonaram o princípio da “responsabilidade pessoal pelas ações”. Em outras palavras, “a Lei de 1956 tornou-se o instrumento de uma política criminal baseada na Täter-Typus, que traiu a regra fundamental formulada eloquentemente por Bettiol para o direito penal: “*Im Anfang ist die Tat*” (*ibid.*, § 8).

Acrescenta-se ainda que o TEDH até este momento não reagiu à “fraude do etiquetamento” contida nas medidas de prevenção e “não assegurou as garantias mínimas de legalidade substancial e equidade processual no campo altamente invasivo das medidas de prevenção pessoais” (*ibid.*, § 11).

3. A VIOLAÇÃO DOS ARTS. 5 E 6 DA CEDH

Sobre a base dessas premissas, o juiz Pinto de Albuquerque diverge da decisão do TEDH de declarar inadmissíveis os pedidos relacionados aos arts. 5 e 6 (aspecto criminal) da CEDH, que deveriam ter sido acolhidas.

Com respeito ao Artigo 5 dao, na opinião divergente é ressaltado que, para avaliar se houve privação da liberdade pessoal (enquadrada nesta disposição), é necessário fazer referência aos critérios estabelecidos na sentença *Guzzardi*, considerando, particularmente, “uma série de fatores como o tipo, a duração, os efeitos e as modalidades de execução das medidas em questão”.

No caso em apreço, tendo em conta a extensão das restrições impostas e as circunstâncias de o requerente não poder sair de casa das 22 às 6 horas, a medida resulta similar àquela das prisões domiciliares, de forma que se enquadra

no Artigo 5 da CEDH, que foi violado porque essa restrição de liberdade não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no mesmo artigo para justificar a privação de liberdade.

Na opinião dissidente, também se reputa aplicável ao caso o Artigo 6 da CEDH, em seu aspecto penal. Ressalta-se que diversos argumentos induzem à conclusão de que “as várias medidas de prevenção referidas na Lei de 1956 são medidas penais”. Especificamente, salienta-se a severidade das medidas aplicadas, “que incidem sobre uma vasta gama de liberdades fundamentais”, bem como a circunstância de que também a Corte Constitucional, na sentença 177, de 1980, assimilou-as a medidas de segurança, como “duas *species* do mesmo *genus*”. Nota-se, ademais, que tais medidas têm uma “finalidade de prevenção geral e especial, como qualquer sanção penal comum”.

O Artigo 6 da CEDH em seu aspecto criminal é, portanto, aplicável e resulta violado devido à ausência de uma audiência pública e de um justo processo (sobretudo no que diz respeito à avaliação das provas).

4. AS IMPLICAÇÕES DESSAS REFLEXÕES AO SISTEMA

4. Mas as reflexões de Pinto de Albuquerque não se limitam apenas a considerar uma violação aos arts. 5 e 6 da CEDH, pois possuem um valor mais geral.

Se as medidas de prevenção constituem uma reação ao crime (como de resto resulta pela frequente aproximação das medidas de segurança, estabelecida pela jurisprudência), a consequência não pode ser outra a não ser a necessária submissão da “pena” ao estatuto constitucional e convencional, em particular ao princípio da legalidade e a todos os seus corolários; resulta especialmente inaceitável a aplicação retroativa, que contrasta não apenas e nem tanto com o princípio *nullum crimen*, mas também, ao meu juízo, com a própria essência do princípio do *rule of law*, agora também consagrado no Artigo 2 do Tratado da União Europeia (TUE).

Estas considerações, formuladas por Pinto de Albuquerque a respeito das medidas de prevenção pessoais fundadas na periculosidade genérica, são válidas, poderia se dizer a *fortiori*, para as medidas embasadas na periculosidade qualificada e para as medidas patrimoniais.

Nem as considerações críticas formuladas pelo ilustre jurista português perderam a eficácia em decorrência da intervenção efetuada pelo Tribunal Constitucional com a sentença n. 24/2019 e pelas tentativas de taxativização formuladas pela jurisprudência da Corte de Cassação.

Na verdade, com respeito à periculosidade genérica, a leitura oferecida pela jurisprudência da Corte de Cassação, e consagrada agora pelo Tribunal Consti-

tucional em sua recente decisão em relação à alínea “b”, do Artigo 1, do Decreto Legislativo n. 159/2011, constitui uma importante reformulação do sistema de medidas de prevenção: são apenas as condutas delituosas plenamente constatadas que constituem a base para aplicar as medidas de prevenção (fundada na periculosidade genérica).

Agora me parece justo salientar que, com essa releitura das medidas da prevenção fundadas na periculosidade genérica, não se pode mais afirmar nem que elas sejam expressão de um direito penal do autor nem que apresentem um caráter discriminatório.

É verdade, porém, que, desse ponto de vista, as medidas de prevenção não representam mais uma medida *praeter delictum*; são medidas *post delictum*; na verdade, surgem na sequência da constatação de uma *pluralidade de crimes*.

Como expressão de uma reação ao crime, constituem, então, um componente do direito punitivo que deve ser submetido às garantias constitucionais e convencionais da *matière pénale* (remete-se a G. Grasso, *Le misure diprevenzione*, cit., p. 15).

Trata-se de “penas” cuja função preventiva é enfatizada, mas como o TEDH nos ensinou no caso *Welch* há mais de vinte anos, “efetivamente, os objetivos de prevenção e da reparação se conciliam com aqueles da repressão e podem ser considerados como elementos constitutivos da própria noção de pena” (TEDH, *Welch c. Reino Unido*, 17440/90, 9 de fevereiro de 1995).

As considerações críticas formuladas pelo ilustre jurista português saem substancialmente reforçadas.

Também a respeito das medidas de prevenção baseadas na periculosidade qualificada, a leitura (pelo menos aparentemente) taxativizante contida na mais recente jurisprudência não consegue garantir suficiente precisão às respectivas disposições.

Tanto a noção de “contribuição efetiva” para a atividade da associação quanto aquela da “contiguidade à associação que resulta funcional aos interesses da estrutura criminosa” são absolutamente vagas e genéricas.

A própria Corte de Cassação teve a oportunidade de precisar que, assim interpretada a noção de “pertencer”, a amplitude dessa noção “comporta que, neste contexto, possam ser incluídas condutas muito diversas e que acabam por representar esse vínculo em termos mais ou menos intensos” (Cassação Penal, Seção I, ord. 10 de outubro de 2017, n. 48441),

Não resulta, em última análise, “previsível” qual seja o comportamento subsumível em tal indefinida noção, mas, se tais considerações demonstram que, com relação à noção de “pertencer”, o próprio objeto da valoração é incerto (isto

é, os comportamentos subsumíveis), deve-se, além do mais, salientar ser incerto o próprio *critério de valoração* (ou seja, os indícios que podem ser considerados suficientes a esse respeito); definitivamente, não se compreende qual é o nível de indício exigido (A. M. Maugeri, *loc. ult. cit.*).

É precisamente na referência a simples indícios que a doutrina autorizada tem fundado um juízo sem apelo: “a determinação da *fattispecie* (e verificabilidade dos fatos) poderia ser assegurada por uma tipificação de atos específicos. Se, ao contrário, a própria base do prognóstico de periculosidade é construída em uma perspectiva indiciária (por assim dizer transfigurado em uma ‘*fattispecie* de suspeita’), a tipicidade da *fattispecie* se dissolve, em uma espécie de regressão *ad infinitum*” (assim, D. Pulitanò, *Relazione di sintesi. Misure di prevenzione e problema della prevenzione*, em *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, p. 41).

A referência a meros indícios transforma a *fattispecie* de periculosidade – em seu componente constatativo – em *fattispecie de suspeita*. Está confirmada, assim, a avaliação de Paulo Pinto de Albuquerque quando afirma que as medidas de prevenção nada mais são do que uma penalidade de “segunda classe”, “pena baseada em suspeita”.

Considerações críticas similares podem ser formuladas em relação à medida de prevenção patrimonial de confisco.

Parece-me difícil negar que ela constitua uma reação ao crime.

Se, para usar as palavras do juiz Matscher, em sua opinião dissidente no caso *Öztürk*, a natureza de um instituto jurídico é uma função da disciplina que o caracteriza, conforme a legislação pertinente (cfr. opinião dissidente do juiz Matscher no Tribunal EDH, *Öztürk c. Alemanha*, 8544/79, 21 de fevereiro de 1984, § 2), é difícil negar que a disciplina do confisco preventivo seja de todo semelhante àquela da ordinária forma de confisco, definida no Código Penal como “medidas de segurança”, com um rótulo que há muito tem sido alvo de críticas por parte da doutrina penal.

No entanto, deve-se notar que, no debate sobre a natureza jurídica do confisco preventivo, está inserida a recente intervenção da Corte Constitucional com a sentença n. 24/2019.

Segundo a Corte, o confisco preventivo não teria um caráter punitivo, mas sim reparador ou repristinatório: “a finalidade da expropriação patrimonial tem, nesse caso, um caráter meramente repristinatório da situação que teria se verificado na ausência da aquisição ilegal do bem” (Corte Constitucional, 27 de fevereiro de 2019, n. 24, § 10.4.1).

A Corte, por outro lado, reconstrói os elementos de um estatuto constitucional de garantia relativo à aplicação do confisco preventivo.

Parece-me, no entanto, que a reconstrução efetuada pela Corte Constitucional constitui, a bem de ver, a tentativa de ainda legitimar o que não pode e não deve ser legitimado e justificado: o déficit de garantia da regulamentação das medidas de prevenção patrimoniais no plano substancial (por exemplo, a sua aplicação retroativa) e no plano processual (as gritantes diferenças com a regulamentação do processo penal) (cfr. G. Grasso, *op. ult. cit.*, p. 21).

Retirar as medidas de prevenção patrimonial do estatuto da pena (ou, em qualquer caso, da sanção punitiva), significa, portanto, incorrer em uma grave, evidente e flagrante “fraude de etiquetamento”.

Não se pode em definitivo discordar das conclusões da opinião parcialmente dissidente de Paulo Pinto de Albuquerque: as medidas aplicadas ao requerente “constituem um resíduo superado de estruturas jurídicas liberticidas, e que estão, à luz das condições atuais, totalmente em conflito com o Estado de Direito inerente a um Estado Democrático, o direito à liberdade e os requisitos fundamentais de um processo justo e público, consagrados nos arts. 5 e 6 da Convenção, sem falar dos outros direitos e liberdades fundamentais, como a liberdade de reunião”. Consequentemente, “o caminho a seguir está claro. O legislador italiano deve, obviamente, extrair da presente sentença todas as conclusões lógicas em relação ao recente Decreto Legislativo n. 159/2011, e quanto antes o fizer, melhor” (cfr. opinião parcialmente dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque na sentença *De Tommaso*, cit., §§ 59-60).

O PRINCÍPIO DA REALIDADE E A LENTA HARMONIZAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E PRÁTICAS NAS MEDIDAS DE PREVENÇÃO ITALIANAS

RAFFAELLO MAGI

1. A decisão do Tribunal de Estrasburgo no caso *De Tommaso* (TEDH, *De Tommaso c. Itália* [GC], 43395/09, 23 de fevereiro de 2017) lançou as bases para uma revisão profunda do subsistema italiano das medidas de prevenção.

Mesmo com referência – tão somente – à limitação da liberdade de circulação (estabelecida pelo Artigo 2 do Protocolo n. 4 da CEDH), o Tribunal de Estrasburgo evidenciou a má qualidade da lei em termos de identificação dos pressupostos aplicáveis, com marcado *déficit* de previsibilidade das consequências desfavoráveis correlatas à aplicação de medidas semelhantes, em matéria de periculosidade simples.

Deve ser dito que a atenção do Tribunal Europeu foi, no entanto, felizmente cruzada com outras decisões da Corte de Cassação (anteriores e posteriores a fevereiro de 2017), destinadas a aumentar a taxatividade dos conteúdos das disposições da lei, e com a sensibilidade aos princípios constitucionais e convencionais de uma parte da jurisprudência de mérito, de modo a determinar posteriormente, sempre no fronte doméstico, a intervenção com a qual a Corte Constitucional (24 de janeiro de 2019, n. 24), profundamente influenciada pela compreensão oriunda da Corte de Cassação, suprimiu uma das hipóteses típicas da periculosidade (a dedicação habitual ao tráfico delituoso), justamente em virtude da imprecisão descritiva da categoria subjetiva.

Em semelhante percurso, aqui apenas mencionado, que atesta o quanto o direito é “matéria viva” e quão determinante é o estímulo dialético ao confronto de opiniões, se insere com particular clareza e eficácia a opinião parcialmente dissidente do juiz Paulo Pinto de Albuquerque (a partir de agora P.).

2. O eixo fundamental do raciocínio de P. é representado pelo reconhecimento, partindo da análise dos efeitos, do alcance dessocializante e limitativo da liberdade pessoal que caracteriza as medidas de prevenção, como uma premissa ineliminável para a identificação da disposição da Convenção aplicável, que, para P., é indubitavelmente representada pelo Artigo 5 da CEDH, que trata da tutela da liberdade pessoal (aspecto excluído pela maioria na decisão e inicialmente exposto na *dissenting opinione*).

Nisso se exprime, em nossa opinião, o particular valor persuasivo e metodológico do raciocínio expresso por P., rico em referências históricas e focado – com uma abordagem pragmática de grande valor – na análise das práticas jurisprudenciais e nas reais consequências no âmbito de aplicação de instrumentos jurídicos semelhantes.

Concorde-se ou não com a classificação das medidas de prevenção em termos de “sucedâneo” da intervenção criminal (a qualidade penal não foi reconhecida pela Corte Constitucional italiana em 2019, tendo esta reiterado que a indubitável dimensão aflagante das próprias medidas não é, nessa perspectiva, mais do que uma consequência colateral de medidas cujo propósito essencial é o controle, para o futuro, da periculosidade social da pessoa em questão, não a punição pelo que ela executou no passado), é certamente significativo que justamente no posterior pronunciamento da Corte Constitucional foi novamente usado, como nas primeiras decisões sobre o tema, o parâmetro representado pelo Artigo 13 da Constituição: “(...) as medidas em questão podem ser consideradas legítimas, enquanto respeitem os requisitos por meio dos quais o Artigo 13 da Constituição subordina a licitude de qualquer restrição à liberdade pessoal, dentre os quais ressalta-se, particularmente, a reserva de lei absoluta (reforçada, dada a neces-

sidade de predeterminação legal dos ‘casos e modos’ da restrição) e a reserva de jurisdição (...).”

As medidas de prevenção são, portanto, conforme alegado por P. na opinião em comento, instrumentos limitativos da liberdade pessoal, com necessário respeito – além dos rótulos de classificação formais – ao parâmetro de clareza e precisão das disposições legais que intentam introduzi-los, com a finalidade de limitar a discricionariedade do juiz e de orientar as condutas dos cidadãos.

3. Todo o percurso de reafirmação de alguns princípios “comuns” – entre o sistema de prevenção e o sistema penal em sentido próprio – passa pela recuperação da dimensão constitucional do juízo de periculosidade subjetiva: numa sociedade democrática, a afirmação judicial da periculosidade, em qualquer setor do ordenamento jurídico, requer um prévio e sério momento cognitivo (a chamada fase de constatação do juízo), adequado a efetuar, em concreto, a integração das características típicas de uma previsão legal apoiada na clareza.

Apenas na presença de um similar “enquadramento típico”, alimentado pela reconstrução dos fatos conforme o modelo legal, torna-se possível a formulação de uma prognose de periculosidade conforme o sistema de valores expressos nas Cartas fundamentais, e não mais alimentado por “resíduos probatórios” de juízos penais encerrados com absolvições, sobre os quais era aplicado, no passado – como bem evidenciado por P. no texto da opinião em comento –, uma ilegítima “pena de suspeita”.

O entrelaçamento frenético das decisões das Cortes entre 2017 e 2019 determinou, em nossa opinião, uma forte recuperação da organicidade e compatibilidade constitucional do sistema de prevenção, que se pode dizer propiciado também pelas reflexões expostas por P. por ocasião da decisão *De Tommaso c. Itália*.

4. Certo, muitas frentes permanecem abertas e esse é um caso de se fazer referência. O primeiro é representado pela necessária “difusão” das percepções expressas – em termos de método reconstrutivo e do respeito ao princípio da taxativização – pelas jurisdições superiores, nem sempre acolhidas nos tribunais singulares ou nas cortes de mérito.

Nesse sentido, nomeadamente nas decisões de legitimidade posteriores à publicação da sentença n. 24, de 2019, foi colocado em evidência a natureza “interpretativa de rejeição” da citada decisão da Corte Constitucional em relação à hipótese de periculosidade genérica representada pela habitual destinação dos proveitos derivados de “atividades criminosas” para manutenção do próprio nível de vida (Artigo 1, § 1, alínea *b*), do Decreto Legislativo de 6 de setembro de 2011, n. 159).

Trata-se de um possível ponto de crise do novo regime, se não compreendido por todos os operadores, visto que a própria exclusão da natureza penal das medidas propiciou – nas avaliações expressas pela Corte Constitucional – a manutenção em vigor do entendimento da Cassação, embora *condicionado* à manutenção dos enquadramentos interpretativos (em cumprimento ao princípio da taxatividade) por ela alcançado nos últimos anos: “(...) quando versar – como nas questões agora sob exame – sobre temas para além do âmbito penal, não se pode excluir totalmente que a necessidade de predeterminação das condições, na presença das quais pode legitimamente limitar-se um direito constitucional e convencionalmente protegido, seja também satisfeita com base na interpretação, proporcionada por uma jurisprudência constante e uniforme, de disposições legislativas igualmente caracterizadas pelo uso de cláusulas gerais ou, de qualquer forma, por fórmulas caracterizadas na origem por certo grau de imprecisão [...]” (Tribunal Constitucional, 24 de janeiro de 2019, n. 24, na parte de motivação).

Isso possibilitou, na verificação da constitucionalidade, considerar possível a “integração jurisprudencial” do alcance da disposição legal, nos termos salientados na decisão (“[...] as ‘categorias de delito’ que podem ser assumidas como pressupostos para a medida são de fato suscetíveis de encontrar concretude no caso examinado pelo juízo em virtude do tríplice requisito – ser provado com base em ‘elementos do fato’ precisos, sobre os quais o tribunal deverá dar conta regularmente na motivação – que devem tratar-se de a) crimes cometidos habitualmente pelo sujeito (e, portanto, durante um significativo arco temporal), b) que realmente geraram proveitos para ele; c) que, por sua vez, constituam – ou tenham constituído, em determinado período – a única renda ou, ao menos, uma parte significativa desta [...]”).

É evidente, porém, que, nesse contexto, torna-se decisiva, para a efetiva e não apenas formal submissão aos princípios – e nesse sentido é recuperado o sentido da opinião de P. relativa à efetividade da tutela judicial e em relação ao previsto no Artigo 13 da CEDH – quer a adesão coletiva e convicta dos operadores aos novos modelos de juízo prevencional (sob o perfil do método de formulação da prognose de periculosidade), quer o funcionamento tempestivo do sistema de impugnações, devendo-se ter em conta a imediata executividade – quanto às medidas pessoais – da decisão proferida em primeira instância, aspecto de resto ineliminável em um subsistema que tem como finalidade essencial a “contenção” de uma periculosidade existente.

Em outras palavras, exatamente como no caso *De Tommaso c. Itália* está a demonstrar, de pouco vale a elaboração de critérios interpretativos mais rigorosos e respeitosos dos princípios fundamentais, como aqueles recentemente recepcionados, em que – nas hipóteses ainda previstas pela lei – o cidadão seja submetido a medidas limitativas da liberdade pessoal por força de uma decisão de primeiro

grau que daqueles modelos se desviou e em hipóteses nas quais o momento de verificação se realiza a uma distância de tempo consistente.

5. Outro aspecto com persistente problematidade diz respeito às estruturas probatórias na fase de “constatação” do juízo de prevenção, na qual também a opinião de P. se ocupa amplamente, argumentando – em coerência com a considerada natureza penal – a necessidade de integral respeito aos conteúdos do Artigo 6 da CEDH.

É evidente, no âmbito interno, que a exclusão da “matéria penal”, confirmada pela Corte Constitucional italiana em 2019, torna problemático exigir, no âmbito de aplicação, um *standard* demonstrativo das condutas moldado no *para além de toda a dúvida razoável*, típico de julgamento criminal em sentido estrito.

Também é verdade que, deliberadamente, a Corte Constitucional se mantém distante dessa questão, considerada – em uma passagem argumentativa que se destaca pela relevância do ponto – estranha ao perímetro incidente de ilegitimidade constitucional: “[...] ao examinar-se, portanto, se a jurisprudência da Corte de Cassação da qual há pouco se deu conta é exitosa no intento de conferir um grau de precisão suficiente, imposto por todos os parâmetros constitucionais e convencionais invocados, às hipóteses normativas citadas, necessário se faz eliminar, imediatamente, toda a equívoca sobreposição entre o conceito de taxatividade substancial, relativo ao *thema probandum*, e aquela assim chamada taxatividade processual, concernente ao *quomodo* da prova. Enquanto o primeiro diz respeito ao cumprimento do princípio da legalidade pela medida dos parâmetros já mencionados, entendido como garantia de precisão, determinação e previsibilidade dos elementos constitutivos do caso que constitui o objeto da prova, o segundo refere-se, ao contrário, às modalidades de accertamento probatório em juízo, e estão então relacionados a diferentes parâmetros constitucionais e convencionais – entre eles, em particular, o direito de defesa de que fala o Artigo 24 da Constituição e o direito a um ‘justo processo’ nos termos, em conjunto, dos arts. 111, da Constituição, e do Artigo 6, da CEDH –, os quais, apesar da fundamental importância para o propósito de garantir a legitimidade constitucional do sistema de medidas de prevenção, não são relevantes para as questões de constitucionalidade agora sob análise. Eles não contribuem, portanto, nesta sede, apesar dos esforços significativos de jurisprudência – na contínua e total ausência, na legislação vigente, de indicações vinculantes a esse respeito para o órgão julgador da prevenção – em selecionar os tipos de evidências (genericamente indicados nas disposições em questão como “elementos de fato”) suscetíveis de serem utilizados como fontes de prova dos requisitos substanciais das ‘*fattispecie* de periculosidade genérica’ descritas nas disposições aqui censuradas (...)”.

Ora, se, por um lado, o objeto do incidente de legitimidade constitucional só pode ser representado pelo conteúdo “substancial” da previsão legal, é também verdade – como nitidamente emerge do conteúdo da opinião aqui em comento – que o *modus* de aplicação da lei condiciona de forma decisiva a real medida.

Em outras palavras, de pouco vale discutir sobre a taxatividade descritiva e sobre a tipicidade se a dimensão cognitiva da verificação das “características concretas” da categoria subjetiva é definida numa insustentável “superficialidade” da prova das condutas idôneas a realizar o tipo legal.

Parece ser possível dizer que, em tal passagem argumentativa, a Corte Constitucional italiana foi colhida por um excesso de prudência, posto que os dois aspectos (taxatividade descritiva e qualidade da prova) são complementares entre eles e a ausência de intervenção no terreno da prova corre o risco de legitimar – certamente como um efeito não desejado – práticas tendentes a enfraquecer o respeito aos princípios há pouco afirmados.

Em nossa opinião, todavia, deve ser valorizado – a fim da estabilidade geral do sistema – o alcance da taxatividade, tal como emerge nas leituras da jurisprudência de legitimidade, que objetiva configurar a análise sobre a dimensão penalística do pressuposto representado pelo “delito” cometido, tendo em conta que: “[...] na construção da *fattispecie* legal da periculosidade a que se refere o Artigo 1, § 1, alínea “b”, do Decreto Legislativo n. 159, de 2011, o termo ‘delituoso’ não tem conotação de desvalor genérico da conduta pregressa, mas *attributo que a qualifica*, razão pela qual o juízo da medida de prevenção deve, preliminarmente, atribuir ao sujeito uma pluralidade de condutas anteriores (dada a referência à habitualidade) que – seja ao fazer referência aos accertamentos realizados em sede penal, seja por meio de uma autônoma reconstrução incidental que não resulte contestada por resultados absolutórios - correspondam ao tipo de uma previsão de lei penalmente relevante e consistente em um delito gerador de rendimentos (Cassação Penal, Seção I, 15 de junho de 2017, n. 349 e subsequentes) [...]”.

Em outras palavras, a ideia de aplicar uma medida de prevenção – ao menos no âmbito da periculosidade simples – que seja desvinculada da verificação probatória efetiva da “prévia prática de delitos” (medidas *ante nova delicta*) surge em contraste precisamente com as coordenadas daquela interpretação “taxativizante” dos pressupostos legais que se desejou alçar a parâmetro integrador da *fattispecie* legal.

Devendo a medida relacionar-se com a constatada condição de periculosidade, permaneceria desprovido de base lógica e de consistência jurídica uma formulação de juízo baseada sobre dados cognitivos incapazes de representar com plenitude de efeitos a prática da conduta “criminosa” geradora da renda ilícita.

Sobre essa questão, estamos certos de que não faltarão, nos momentos de aplicação, novas contribuições para esclarecimento.

Mesmo com os limites decorrentes de ajustes interpretativos – também presentes no correspondente âmbito das medidas patrimoniais, atravessadas por inovações legislativas de notável impacto sistemático –, o caminho da jurisdição preventiva parece agora estar distante dos modelos de imposição arbitrária de limitações aos direitos, que esperamos pertencerem ao passado.

O ESTATUTO FORTALECIDO PELAS GARANTIAS: UM ALERTA PARA A POLÍTICA CRIMINAL EXPANSIVA DE MEDIDAS DE PREVENÇÃO

MARCO PELISSERO

Na opinião parcialmente dissidente na conhecida decisão *De Tommaso* (TEDH, *De Tommaso c. Itália* [GC], 43395/09, 23 de fevereiro de 2017), o juiz Pinto de Albuquerque reflete sobre medidas de prevenção pessoais, exortando uma leitura ainda mais garantista do que a já dada na sentença. Como é sabido, a sentença *De Tommaso* condenou a Itália por violação ao Artigo 2 do Protocolo n. 4 da CEDH (liberdade de circulação), devido à falta de previsibilidade da lei em relação a alguns dos destinatários das medidas de prevenção, e ao Artigo 6, § 1, da CEDH, em virtude da falta de audiência pública. Os efeitos da sentença no sistema penal italiano não se fizeram esperar, pois a Corte Constitucional proferiu duas importantes decisões: na sentença n. 24, de 24 de janeiro de 2019, acatou parcialmente as observações dos juízes de Estrasburgo, declarando a ilegitimidade constitucional, em razão da indeterminação das condições prévias de aplicação, da figura da periculosidade genérica dos sujeitos que se dedicam ao tráfico ilícito como pressuposto de aplicação das medidas de vigilância especial da segurança pública, do sequestro e do confisco (Artigo 1, § 1, “a”, do Decreto Legislativo de 6 de setembro de 2011, n. 159); na sentença n. 25, de 24 de janeiro de 2019, por outro lado, declarou ilegítima, por infração do Artigo 7 da CEDH e do Artigo 2 do Protocolo n. 4 da CEDH, a prescrição de “viver com honestidade e respeitar as leis”, que acompanha a aplicação da medida de vigilância especial, cuja transgressão constitui um crime.

A posição expressa pelo juiz Pinto de Albuquerque, mesmo apenas parcialmente dissidente, poderia parecer uma espécie de “fuga para frente” em relação ao desenvolvimento argumentativo do Tribunal que, sem dúvida, ampliou a tutela das garantias individuais no contexto de uma disciplina italiana que potencializou as medidas de prevenção contrárias ao crime organizado (tema sempre

delicado no difícil balanceamento entre interesses conflitantes). No entanto, a opinião dissidente fez emergir pontos críticos com relação aos quais a reflexão sobre as condições de legitimidade da disciplina interna deve estar sempre atenta.

Partindo da perspectiva do direito penal substantivo, desenvolverei algumas considerações sobre três argumentos: o critério discretivo entre medidas privativas de liberdade pessoal e medidas apenas limitativas da liberdade de circulação; a natureza substancialmente penal das medidas de prevenção pessoais; o caráter dessocializante e discriminatório das medidas.

Um primeiro importante argumento desenvolvido por Pinto de Albuquerque é constituído pela necessidade de enquadrar a vigilância especial de segurança pública, nas suas concretas modalidades de execução que caracterizaram o caso *De Tommaso*, ao Artigo 5 da CEDH, e não ao Protocolo n. 4, que trata da liberdade de circulação, uma vez que a medida traduziria uma privação de liberdade pessoal. Seguindo o critério distintivo de natureza quantitativa entre medidas privativas e medidas limitativas da liberdade pessoal, argumenta-se que a aplicação da medida no caso específico impacta de modo significativo sobre a liberdade pessoal, de forma a se tornar de fato uma medida privativa dessa liberdade: o caso *De Tommaso* seria de tudo assimilável ao caso *Guzzardi* (cfr. TEDH, *Guzzardi c. Itália*, 7367/76, 6 de novembro de 1980), no qual o Tribunal Europeu reconheceu violado o Artigo 5 da CEDH quanto à obrigação de permanecer isolado em uma ilha dentro de uma área (não cercada) de 2,5 km quadrados, o que foi considerado privação da liberdade pessoal. No caso *De Tommaso*, o elemento sintomático da transformação da vigilância especial em medidas privativas da liberdade pessoal consiste na obrigação de não sair de casa das 22 às 6 horas, protraindo-se por 221 dias.

A argumentação poderia parecer referir-se exclusivamente ao caso específico objeto da demanda, mas assume, na realidade, um significado bem mais amplo, pois a obrigação de permanência domiciliar no horário noturno acompanha sempre os procedimentos de aplicação da vigilância especial (uma obrigação de conteúdo algo antiquado, que vê na noite uma suposta condição de menor defesa no controle da ordem pública). A argumentação desenvolvida por Pinto de Albuquerque é, portanto, extensível a outras medidas que produzam efeito análogo sobre a liberdade do indivíduo e impõe uma reflexão cuidadosa sobre o limite que decorre entre a liberdade pessoal e a liberdade de circulação e que, em nosso ordenamento constitucional, se divide entre as garantias dos artigos 13 e 16 da Constituição. A distinção entre esses dois espaços de garantia tornou-se particularmente atual em relação às disposições que objetivam impedir a difusão da Covid-19, pois algumas limitam a liberdade de circulação, enquanto outras (quarentena obrigatória) traduzem uma forma de privação da liberdade pessoal, devendo seguir o regramento das garantias pertinentes.

A opinião dissidente é válida para reiterar veementemente que uma medida de prevenção, para os fins previstos no Decreto Legislativo n. 159/2011, não pode nunca ser privativa da liberdade pessoal, porque não seriam satisfeitas as condições estabelecidas pelo Artigo 5 da CEDH.

O segundo argumento, amplamente desenvolvido, atinge a natureza substancialmente penal das medidas de prevenção, amparada pelos indicadores tradicionalmente utilizados pelo Tribunal Europeu para delinear a matéria penal, indicadores que – como é sabido – são alternativos e caracterizados por uma ampla discricionariedade. O tema da natureza sancionatória das medidas de prevenção e das conexas garantias aplicáveis permeia a reflexão doutrinária e constitucional com posições muito diversificadas, entre um garantismo acentuado e opiniões mais realistas a respeito de um instrumento do qual o legislador não parece totalmente disposto a se libertar, com o respaldo da própria jurisprudência da Corte Constitucional e do próprio Tribunal Europeu, que nunca deslegitimaram o aparato das medidas *praeter delictum*, quando muito intervindo em questões específicas.

Dos elementos aduzidos por Pinto de Albuquerque para sustentar a natureza penal das medidas de prevenção pessoais aponto, em particular, três: as severas restrições à liberdade pessoal, impostas por meio de uma medida que pode ter duração de até cinco anos; sua assimilação, quanto às funções, às medidas de segurança; as funções de prevenção geral e de prevenção especial.

O primeiro argumento está intimamente entrelaçado àquele da aplicação da garantia do Artigo 5 da CEDH: quanto mais, de fato, as prescrições contraem os espaços de liberdade pessoais, aos limites da sua privação, mais se ingressa no espaço das sanções penais.

O segundo argumento se vale da assimilação entre medidas de prevenção e medidas de segurança, que certamente pode ser encontrada no terreno da comum finalidade preventiva e de controle da periculosidade social, aspecto realçado pela própria Corte Constitucional na citada sentença n. 24/2019; a homogeneidade do caráter teleológico não corresponde, porém, à homogeneidade dos pressupostos, conteúdos e modalidades de aplicação que tornam as duas medidas difíceis de se sobrepor. É precisamente no pressuposto que as duas medidas divergem, porque as medidas de segurança sempre permanecem ancoradas a um crime-pressuposto, que é o fundamento e limite do controle preventivo, enquanto as medidas de prevenção – como corretamente enfatiza a opinião dissidente – pressupõem a “imputação de uma conduta perigosa ou de uma personalidade perigosa”. Essa diferença nos pressupostos normativos se dilui, todavia, na aplicação prática, especialmente em relação à hipótese de periculosidade genérica dos indivíduos sobre os quais havia motivos para considerar que se dedicam habi-

tualmente ao tráfico ilícito (agora declarado inconstitucional) ou que vivam habitualmente dos proventos do crime (Artigo 1, “a” e “b”, do Decreto Legislativo n. 159/2011): a jurisprudência de legitimidade tem, de fato, procurado recuperar uma leitura taxativizante dessas figuras de destinatários, ancorando a aplicação das medidas a uma pluralidade de crimes cometidos no passado e que geraram proventos. Trata-se de uma transformação que a opinião dissidente não reconhece, mas que certamente restringe, no direito vivente, a diferença entre as duas medidas, porquanto as medidas de prevenção se apresentam substancialmente como impróprias medidas de segurança deixadas a uma ampla discricionariedade judicial. A transformação, impressa pela prática, às medidas de prevenção parece, portanto, dar razão às reflexões do juiz europeu.

Ainda mais radicais são as críticas destinadas à relação entre o processo penal e o processo de prevenção na jurisprudência italiana, não apenas quanto à transferência de material probatório de um para o outro processo, mas também porque as sentenças de absolvição no processo penal não são um obstáculo à aplicação de medidas de prevenção, dada a autonomia do juízo de prevenção em relação ao juízo penal (como há pouco reiterado pela Corte de Cassação, a revogação da medida não segue o superveniente juízo penal de absolvição, salvo se a sentença tiver constatado a absoluta ausência de participação do indivíduo nos fatos criminosos que embasaram o juízo de periculosidade: assim, Cassação Penal, Seção II, 6 de junho de 2019, n. 31549).

O terceiro argumento pertine às funções de prevenção geral e de prevenção especial e a gravidade do tratamento sancionatório. É sobretudo a função de prevenção especial o elemento comum a sanções penais e a medidas de prevenção.

Pinto de Albuquerque também destaca o caráter dessocializante e criminógeno das medidas de prevenção como efeito das prescrições impostas com a vigilância especial: medidas dessocializantes decorrentes das rigorosas restrições impostas à liberdade pessoal; medidas criminógenas como efeito do processo de criminalização indireta que se segue à transgressão das prescrições. Também esse aspecto, há muito denunciado pela doutrina italiana, se explica com abordagens essencialmente policiais dessas medidas, mais caracterizadas por prescrições lidas sob a ótica do controle da periculosidade do que para favorecer situações de integração social.

Eu gostaria de desenvolver algumas considerações em relação aos argumentos contidos na opinião dissidente da sentença *De Tommaso*. Se considerarmos que se trata de uma opinião apenas parcialmente dissidente, posto concordar com a sentença quanto à indeterminação de duas figuras de periculosidade genérica previstas pela disciplina italiana e pelas prescrições de conteúdo genérico, disso deriva a quase completa deslegitimação do sistema de medidas de prevenção

peçoais. Embora as decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sempre se refiram ao caso específico objeto da demanda, e nesse sentido as opiniões dissidentes também devem ser lidas, alguns dos argumentos desenvolvidos apresentam um alcance que vai muito além do caso específico, pois afetam o sistema preventivo de forma mais ampla, em particular a reflexão sobre a natureza de sanção penal das medidas de prevenção e as relações entre o processo penal e o processo de prevenção.

Os argumentos empregados em apoio à concepção de as medidas de prevenção pertencerem à matéria penal são centrados nas funções e no conteúdo da medida de vigilância especial da segurança pública; prescindem-se, portanto, dos elementos de tipificação dos casos particulares de periculosidade e valem também quando a medida se destina a indivíduos com periculosidade específica, *in primus* aos suspeitos de pertencerem à criminalidade organizada, comum ou terrorista. Esses argumentos são, contudo, mais difíceis de serem utilizados para sustentar a natureza de sanções penais das medidas de prevenção patrimoniais: certamente não são centrados na incidência da medida sobre as liberdades individuais fundamentais ou sobre o potencial dessocializante e criminógeno da vigilância especial. Uma vez que a reflexão sobre a legitimidade das medidas patrimoniais deve ser conduzida a partir do balanceamento entre o direito de propriedade e os interesses que justificam a compressão nos termos do Artigo 1 do Protocolo n. 1 da CEDH, um peso considerável desempenha o tipo de criminalidade ao qual essas medidas são destinadas, porque não se duvida que, no balanceamento sobre o qual falei, os princípios da necessidade e da proporcionalidade possam exercer um papel favorável na justificação da medida em relação à gravidade da criminalidade que se pretende evitar. A isso se acrescenta que também a reflexão sobre as funções das medidas de prevenção patrimoniais apresenta conotações específicas, como demonstra o debate que na Itália divide aqueles que valorizam o caráter punitivo e a jurisprudência, de legitimidade e constitucional, que desloca a atenção para a necessidade de excluir os proventos oriundos de fonte ilícita da economia legal, a fim de eliminar formas de enriquecimento ilícito, a ponto de propor uma leitura em termos de sanção civil.

A crítica volta-se à extrema fluidez das relações entre processo penal e processo de prevenção na avaliação dos elementos aduzidos em apoio aos pressupostos justificativos para a aplicação de uma medida de prevenção, referíveis, porém, a qualquer medida: com efeito, em relação aos sujeitos com periculosidade específica definida pela suspeita da prática de determinados crimes, parece ainda mais evidente a crítica destinada à transferência de provas insuficientes em matéria penal, mas considerada adequada no processo de prevenção.

Portanto, as reflexões de Pinto de Albuquerque sobre o sistema italiano de medidas de prevenção apresentam uma capacidade expansiva que vai além dos

perfis da disciplina objeto de pedido no caso *De Tommaso*; acolhê-las significaria igualmente deslegitimar medidas destinadas aos sujeitos com periculosidade específica que constituem os destinatários preferíveis da mais moderna prevenção e poderia, em parte, afetar também as medidas patrimoniais; seria, em qualquer caso, uma vantagem para o sistema e para a racionalidade das relações entre o processo penal e o processo de prevenção se fossem legalmente definidas as relações entre os dois processos quanto às provas utilizáveis.

Trata-se de uma posição que aumenta significativamente o nível das garantias aplicáveis, mas é também um caminho que o Tribunal Europeu de Direitos do Homem não desejou percorrer, talvez com a compreensão de que a “fuga para frente” na desestabilização do sistema preventivo italiano poderia também atingir as medidas de combate ao crime organizado, que, no sistema, representam o núcleo principal e qualificante.

No entanto, a opinião parcialmente dissidente aqui analisada deve ser realçada como um alerta de atenção a respeito das garantias dirigidas ao legislador, no âmbito da definição normativa, e também aos órgãos julgadores na aplicação das medidas de prevenção: por mais que o Tribunal Europeu – que, também na sentença *De Tommaso*, estabeleceu marcos importantes sobre os limites de contração da liberdade pessoal – não reconduza a vigilância especial da segurança pública nem à matéria penal nem à forma de privação da liberdade pessoal, a opinião dissidente pede a atenção para a necessidade de monitorar os frágeis limites que separam a liberdade de circulação da liberdade pessoal e que definem a “matéria penal”, uns e outros constantemente expostos à fraude das etiquetas de um legislador sempre mais onívoro na política criminal da prevenção.

Se as medidas de prevenção não são propriamente sanções penais (e essa posição é também incorporada pela Corte de Cassação e pela Corte Constitucional), pertencem de qualquer forma à política criminal e as reflexões desenvolvidas por Pinto de Albuquerque, quando se trata de restrição de direitos pessoais e patrimoniais, exigem uma atenta ponderação dos interesses em jogo. Se não podemos realisticamente renunciar às medidas de prevenção, a sua presença no sistema se justifica apenas como instrumento extremo da política criminal, com um estrito controle sobre a razoabilidade das escolhas nas estratégias de prevenção *praeter delictum*, em contraste com a tendência expansionista presente nas escolhas do legislador e, por vezes, também na aplicação prática.

UMA QUESTÃO NÃO RESOLVIDA: A LEGITIMIDADE DAS MEDIDAS DE PREVENÇÃO

LUIGI STORTONI

Palavras claras e precisas as de Pinto de Albuquerque na sua *dissenting opinion*, formulada na sentença da Grande Câmara no caso *De Tommaso* (TEDH, *De Tommaso c. Itália* [GC], 43395/09, 23 de fevereiro de 2017).

Palavras raras de se ouvir sobre um tema tão delicado quanto importante, como é o caso da legitimidade das medidas preventivas. Asserções, as suas, inequívocas, que se destacam do rumor de fundo da jurisprudência e da doutrina, que com frequência se debatem na não solucionada contraposição entre princípios que se reafirmam fundamentais e medidas consideradas irrenunciáveis para a segurança da sociedade.

Naquelas poucas, mas densas, páginas, recoloca-se a questão de fundo: a legitimidade da própria existência de medidas que incidem sobre a liberdade em relação a quem não cometeu, e tampouco é acusado, de ter cometido algum crime.

Um questionamento radical e essencial que se arrisca a cair no esquecimento quando se interrompe a análise da qualidade das regras de prevenção, a sua determinação, as garantias processuais que oferecem.

Pinto de Albuquerque fala com clareza e demonstra como as medidas *propter delictum* são incompatíveis com a Constituição e a Convenção e – em relação a esta – também com os artigos 5 e 6 da CEDH.

Quanto ao primeiro, ele não hesita em assinalar a verdadeira e própria “bizarria” que caracteriza os argumentos com os quais a Corte Constitucional tem procurado se esquivar das barreiras estabelecidas pela Constituição – com os artigos 13 e 25, § 2 – para a tutela da liberdade do cidadão, vinculando as limitações ao crime e ao seu acerto.

Não posso – a este respeito – calar-me sobre a satisfação por ter ele evocado o ensinamento do meu *Maestro*, Professor Bricola, e a distante conferência de Alghero, em 1974. Naquele congresso, ele e muitos de seus então alunos apoiaram aquelas ideias e – para aqueles que consideraram suficiente para legitimar as medidas de prevenção a taxatividade e a jurisdicionalização – se opuseram à ilusão de tais garantias, pela ontológica indeterminabilidade da mera suspeita e pela inocuidade da presença de um órgão julgador quando a verificação envolve, em vez de um fato, um tipo de autor.

Se é incontestável que historicamente tem prevalecido a tese agora criticada, é igualmente verdade que a sua ambiguidade não impediu que, no orde-

namento italiano, a prevenção se desenvolvesse tanto até se tornar um efetivo e próprio sistema paralelo ao penal, mas de todo privado das autênticas garantias.

Essa ambiguidade é denunciada por Pinto de Albuquerque que, com força, revela os inaceitáveis caracteres e os perversos efeitos das medidas de prevenção: dessocialização e até mesmo a dimensão criminógena, mas não só. Aplicabilidade também para aqueles que foram absolvidos do crime e em virtude das mesmas provas obtidas no processo penal e, como ele diz, “para falar de maneira crua”, foram instrumento nas mãos da “polícia e procuradores (...) com o qual exercem pressão sobre um imputado presumivelmente inocente para que colabore”.

Não menos clara é a contrariedade dos fundamentos das mesmas medidas à Convenção: Pinto de Albuquerque, longe de subestimar a importância da sentença – da qual diverge apenas parcialmente e que, pelo contrário, considera constituir um importante ponto de ruptura da “fraude do etiquetamento”, por muito tempo perpetrada pela jurisprudência nacional e supranacional em matéria de medidas de prevenção –, indica o limite de maneira devida ao mostrar que nenhum dos casos previstos no Artigo 5 da CEDH legitima o sacrifício da liberdade que provocam.

Depois, e também graças à decisão *De Tommaso*, a Corte de Cassação e a Corte Constitucional italianas proferiram importantes sentenças sobre o tema das medidas de prevenção que têm – por assim dizer – podado os ramos mais secos e polido as asperezas mais evidentes no que diz respeito aos princípios da Constituição e da CEDH (assim, em especial, Cassação Criminal, Seções Unidas, 5 de setembro de 2017, n. 40076, e Corte Constitucional, sentença de 24 de janeiro de 2019, n. 24 e n. 25).

Mas o problema de fundo que repetidamente enunciei permanece sem solução, apesar de não ter cessado a sua relevância e que, aliás, a irrefreável expansão da prevenção o torna ainda mais urgente.

Mostra-se agora mais importante do que nunca, essencial, a mensagem de civilidade jurídica que Pinto de Albuquerque transmite na sua opinião (parcialmente) dissidente.

CAPÍTULO III

EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS DO TRIBUNAL EUROPEU

AS QUESTÕES DE PRINCÍPIO

A EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS E A EFETIVIDADE DO SISTEMA CONVENCIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: ENTRE A AMBIGUIDADE DO TRIBUNAL E A NEGLIGÊNCIA DOS ESTADOS (POR VITTORIO MANES)

1. O problema da execução das sentenças do TEDH representa, como se sabe, o nó górdio do qual depende – em grande parte – a efetividade geral do sistema convencional de proteção dos direitos humanos.

Não se deve, portanto, se surpreender como isso – apesar da clara redação do Artigo 46, § 1, CEDH – está estruturalmente exposto às rajadas reducionistas da “margem nacional de apreciação”, que os Estados ciclicamente reivindicam em unidade com a liberdade de escolher a forma e a modalidade de cumprimento, e que o seu “estado de saúde” representa o teste decisivo da vitalidade do sistema ou de seu enfraquecimento substancial: na busca por um equilíbrio sempre difícil, que de resto é também percebido na crescente e preocupante tendência do Tribunal de reconhecer como uma forma de alento a simples declaração de condenação, com um niilismo *rien ne va plus*.¹³⁴¹

2. Na verdade, se os conteúdos da sentença de condenação, como se sabe, podem ser muito diversos, igualmente variadas podem resultar as opções para dar “execução” no âmbito doméstico, que se altera de acordo com a violação apurada e com a peculiar patogênese do “vício”: assim, se uma violação do Artigo

¹³⁴¹ Sobre a crescente – e criticada – tendência do Tribunal de reconhecer que a condenação representaria, por si, uma adequada satisfação pelo dano sofrido, ver agora A. Bernardi, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio* d'Europa, Nápoles, 2019, 117 ss., exemplificando com referência aos casos de reiteradas violações por parte do Reino Unido e da Rússia concernentes ao direito de voto de prisioneiros condenados, bem como às repetidas violações, por parte da Rússia, de cidadãos LGBT (TEDH, *Alekseyev e outros c. Rússia*, 4916/07, 25924/08 e 14599/09, 27 de novembro de 2018).

6 da CEDH pode variar – a depender da sua intensidade e do nível de eficácia que o sistema deseja garantir – em uma condenação à justa reparação¹³⁴² ou numa medida específica de efetiva *restitutio in integrum*, que, por sua vez, pode mover-se – no plano interno – entre revisão, reabertura ou reanálise do processo (assim chamado *retrial clause*), até pleitos mais explícitos de afastamento da sentença interna que materializou a lesão ao direito fundamental censurada pelo Tribunal, muitas decisões – e certamente não apenas as “sentenças piloto” (*pilot judgement*) – evidenciam os problemas estruturais de determinado ordenamento, constatando os aspectos conflitantes que, pelo fato de serem repetidos ao longo do tempo e originarem uma quantidade significativa de litígios, ou seja, porque decorrentes de escolhas do sistema feitas no nível do ordenamento interno não podem ser solucionados apenas por meio da condenação à *just satisfaction* a que se refere o Artigo 41 da CEDH e tampouco com a medida individual de *restitutio in integrum*, exigindo a adoção de medidas específicas de caracteres gerais, nos termos e para os fins do Artigo 46 da CEDH;¹³⁴³ “problemas estruturais” que, no decorrer do tempo, levaram o Tribunal a atribuir aos Estados uma efetiva e própria “obrigação de resultado” destinada a pôr fim, segundo modalidades selecionadas pelo Comitê de Ministros, às práticas de alcance geral consideradas em conflito com a Convenção.¹³⁴⁴

O conteúdo e os efeitos das decisões, em outras palavras, são muito diversos, e essa diversidade repercute *par ricochete* sobre a extensão e sobre o conteúdo da obrigação de dar execução, no plano interno, a medidas – de tempos em tempos – individuais ou gerais, puramente indenizatórias ou efetivamente repristinatórias das garantias lesadas, medidas corretivas mais ou menos específicas e, paralelamente, mais ou menos respeitadoras do vínculo mencionado no Artigo 46 da CEDU, cuja efetividade também varia (e sobretudo) em decorrência do mecanismo adotado internamente para lhe dar operatividade

3. Quem observa a cena pela perspectiva do nosso ordenamento, especialmente pelo ângulo penal – conhece bem, de resto, este problema: depois

1342 Como normalmente ocorre por violações à duração razoável do processo.

1343 Ver G. Repetto, *L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al doppio binario*, em *Diritto pubblico*, 2014, p. 1075 ss., p. 1085 ss.: pense nos casos em que a violação é determinada, na ausência de uma medida de aplicação específica, a partir da mera existência (ou ausência) de uma norma legal; ou para aqueles casos nos quais uma providência (administrativa ou judicial) existe, mas constitui a correta aplicação de uma norma legal; ou, finalmente, aqueles casos em que a aplicação da lei operada por determinada medida não é a única possível, mas, ainda assim, representa uma prática generalizada e consolidada (a esse respeito, ver também P. Pirrone, Sub Artigo 46, em S. Bartole, P. De Sena, VS. Zagrebelsky (ed.), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Pádua, 2012, p. 748 ss., e para um conhecimento da casuística pertinente, A. Saccucci, *La responsabilità internazionale dello Stato per violazioni strutturali dei diritti umani*, Nápoles, 2018, espec. p. 303 e segs.).

1344 Muitas decisões, em outras palavras, realmente produzem autênticos “efeitos sistêmicos”, desencadeando mudanças necessárias nas práticas ou nas normas legais para eliminar o conflito com as obrigações convencionais: basta pensar nas decisões sobre o tema da superlotação carcerária, que compeliram a Itália – como emblematicamente emergiu na sentença piloto *Torreggiani c. Itália* – e certo número de países a reformularem, de maneira profunda, as normas e as práticas carcerárias, com o fim de limitar o número total de presos (ver a respeito, novamente, A. Bernardi, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, cit., p. 83).

de jeremiadas doutrinárias e “alertas” institucionais de vários tipos, foi a Corte Constitucional a introduzir um mecanismo de revisão do processo destinado a dar execução às sentenças que constataram uma violação convencional *in itinere iudicii*, com a sentença “aditiva do instituto” n. 113, de 2011, com a qual foi justamente interpolada a “revisão europeia” nas linhas do Artigo 630 CPP (além disso, sem circunscrever a aplicabilidade do instrumento apenas para violações do *fail trial* e sem formalmente limitar a sua operatividade somente ao requerente vitorioso em Estrasburgo).

Paralelamente, a jurisprudência de legitimidade – com uma decisão de notável significado sistêmico – demonstrou sensibilidade e coragem quando deu execução “imediate e direta” à decisão com a qual o Tribunal de Estrasburgo afirmou a violação do Artigo 7 da CEDH no conhecido caso *Contrada* (ver TEDH, *Contrada c. Itália* (n. 3), 66655/13, 14 de abril de 2015), declarando, em particular, “inexequível e improdutiva de efeitos” a condenação precedentemente proferida em relação ao requerente: assim considerando, logicamente, impercorrível – e impertinente – a renovação do juízo em face da específica violação constatada, mas ao mesmo tempo afirmando a prevalência (igualmente lógica) do julgado europeu sobre o julgado interno.¹³⁴⁵

Se a própria aplicação direta das decisões europeias pelas autoridades nacionais representa – como se sabe – uma das formas mais rápidas e eficientes de assegurar a sua execução,¹³⁴⁶ em não poucos casos, todavia, a Itália foi muito menos solerte e cuidadosa em cumprir com essa específica obrigação (como emblematicamente demonstra – a título de exemplo – o caso Abu Omar, ainda hoje sujeito de vigilância reforçada por parte do Comité de Ministros); aliás, a mesma jurisprudência, com interpretações restritivas, se não de fato revogadoras dos institutos que permitiriam um *retrial* (a “revisão europeia” ou o incidente de execução, instrumentos ainda separados por uma fronteira incerta e ambígua), oferece exemplos mais ou menos evidentes de “desobediência funcional” às obrigações consagradas no âmbito europeu.

Como se sabe, no entanto, o problema da efetividade da execução dos *dicta* de Estrasburgo certamente não se exaure nesses aspectos, mas se mescla com a – até agora não resolvida – problemática dos efeitos *ultra partes* ou *erga omnes* das sentenças do Tribunal, nomeadamente a possibilidade de propagar os efeitos vinculativos relativamente a outros (*rectius*: de todos) Estados, mesmo que não

1345 Cfr. Cassação Penal, Seção I, 6 de julho de 2017, n. 43112, que decretou “inexequível e não produtora de efeitos” a sentença proferida em relação à *Contrada*, abrindo, assim, o caminho para posterior ressarcimento dos danos morais e materiais por ele sofridos (para uma síntese sobre o caso, ver, se desejar, V. Manes, M. Caianiello, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020, p. 266 ss.).

1346 Ver, a esse respeito, por último, G. Raimondi, *Uno strumento utile: le schede tematiche del dipartimento del Consiglio d'Europa per l'esecuzione delle sentenze della Corte*, em *Giustizia insieme*, 2020.

demandados no julgamento, em relação aos casos semelhantes ao decidido: problema sobre o qual a mesma jurisprudência do Tribunal Europeu – para além da posição individual no âmbito interno¹³⁴⁷ – registrou declarações talvez nem sempre claras e lineares,¹³⁴⁸ mas que, sobretudo no seio da jurisprudência doméstica italiana – constitucional e ordinária –¹³⁴⁹ teve e continua a ter notórias oscilações e posicionamentos mais ou menos cerrados, com consequentes réplicas, às vezes agudas, no âmbito europeu, ainda que recentes.¹³⁵⁰

4. Voltando ao problema geral da execução das decisões por parte do Estado condenado com relação à específica violação, devidamente constatada, em

1347 Pois – frisa novamente o juiz Pinto de Albuquerque – o desrespeito às decisões do Tribunal por parte dos Estados não envolvidos no processo “estaria em conflito com a já mencionada obrigação de agir de maneira efetiva, imediata e preventiva, a fim de garantir a todas as pessoas os direitos e as liberdades da Convenção”, conforme observado na opinião concorrente presente no TEDH, *Fabris c. França* [GC], 16574/08, 7 de fevereiro de 2013, no qual se chega a afirmar uma competência sob a ótica de controle sobre a execução de suas próprias sentenças (e, portanto, sobre o cumprimento do Artigo 46 da CEDH), prevalecendo sobre as eventuais decisões contrárias do Comitê de Ministros; ver, também, a opinião separada presente no TEDH, *G.I.E.M. S.r.l. e outros c. Itália* [GC], 1828/06, 34163/07 e 19029/11, 28 de junho de 2019 (Parte V), afirmando expressamente que “[...] a sentença do Tribunal produz efeitos *erga omnes* em relação a todas as partes contratantes, mesmo que tenha sido pronunciada em relação a uma ou algumas delas”.

1348 A jurisprudência de Estrasburgo, em particular, parece ter implicitamente reconhecido o efeito *erga omnes* das suas sentenças em diversas decisões, desde TEDH, *Irlanda c. Reino Unido*, 5310/71, 18 de janeiro de 1978, na qual se se argumentou que as sentenças do Tribunal servem para esclarecer, salvaguardar e desenvolver as disposições da Convenção (ver, também, TEDH, *Vermeire c. Bélgica*, 12849/87, 29 de setembro de 1991, e *Modinos c. Chipre*, 15070/89, 23 de abril de 1993), até decisões mais explícitas, como TEDH, *Opuz c. Turquia*, 33401/02, 9 de junho de 2009, onde foi precisamente recordado que o Tribunal tem por objetivo “dar uma interpretação autêntica e definitiva dos direitos e liberdades enumerados no Título I da Convenção”, expressamente afirmando que “[...] deve-se verificar se as autoridades nacionais têm levado devidamente em consideração os princípios decorrentes dos julgamentos que proferiram sobre questões semelhantes, incluindo as relativas a outros Estados [...]” (§ 163).

1349 Como é bem conhecido, os juízes nacionais nem sempre estão dispostos a concordar com o alcance generalizante e aceitar os efeitos “indiretos” ou “expansivos das decisões do Tribunal de Estrasburgo, como, aliás, parece confirmar a mais recente experiência italiana. De fato, num primeiro momento, o Tribunal Constitucional, por um lado, introduziu o instrumento de revisão europeia sem limitá-la apenas ao requerente vitorioso em Estrasburgo (na referida sentença n. 113, de 2011), por outro, reconheceu expressamente a possibilidade de que as decisões de condenação do Tribunal de Estrasburgo se revestem de alcance geral, mesmo fora das hipóteses nas quais o próprio Tribunal Europeu impõe a adoção de medidas de caráter geral e [...] também em relação a situações já contempladas pelo julgado (assim, a antes citada sentença n. 210, de 2013, sobre os “irmãos menores de Scoppola”, embora reconhecendo a necessária intervenção da decisão de ilegitimidade constitucional); e a Corte de Cassação foi ainda mais longe, afirmando, de forma igualmente explícita, a obrigação de assegurar a remoção dos efeitos ainda persistentes de uma constatada violação da Convenção, “também em relação aos que, apesar de não terem apresentado uma petição para Estrasburgo, encontram-se numa situação idêntica àquela objeto da decisão adotada pelo juiz europeu” (Corte de Cassação, Seções Unidas, 24 de outubro de 2013 a 7 de maio de 2014, n. 18821, *Ercolano*, abrindo caminho para uma extensão geral dos princípios expressos pelas decisões do Tribunal Europeu, inclusive para fora dos casos nos quais o afastamento da infração devidamente apurada deva passar pela declaração de inconstitucionalidade de uma norma interna). Paralelamente, todavia, a Corte Constitucional, em muitas ocasiões, de fato, neutralizou a natureza vinculativa das decisões de Estrasburgo ao evocar a existência de uma *margin nacional de apreciação* (nesse sentido, em particular a sentença n. 317, de 2009, § 7) e, sobretudo, mais recentemente, a sentença n. 49, de 2015 – como visto – impôs específicas limitações aos efeitos *erga alios* desses pronunciamentos (ao restringir esses efeitos às denominadas sentenças-piloto ou expressivas do “direito consolidado”; e as mesmas Seções Unidas da Cassação, embora em um caso particular, expressamente negaram os efeitos *erga alios* à decisão *Contrada c. Itália*, excluindo que aqueles que se encontrem numa situação análoga ao requerente possam se beneficiar dos efeitos da decisão favorável por esse alcançado por meio de recurso a Estrasburgo (Corte de Cassação, Seções Penais Unidas, 24 de outubro 2019 a 3 de março de 2020, n. 8544, *Genco*, em *Diritto penale e processo*, 2020, p. 775, com amplos comentários de R. Bartoli, *Chiusa la saga Contrada: in caso di contrasto giurisprudenziale opera la colpevolezza*, e de A. Bigiarini, *I “fratelli minori” di Contrada ed i nodi irrisolti dell’esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo: profili processuali*; para mais, observações instrutivas, cfr. G. Amarelli, *Le Sezioni unite negano l’estensione ultra decismum della Sentenza Contrada: la sorte dei “fratelli minori” ora dipende solo da Strasburgo*, em *Giurisprudenza italiana* 2020, no prelo, e P. Maggio *La prevedibilità col “vestito di carta”: le Sezioni Unite escludono la portata generale della Sentenza Contrada c. Italia n. 3*, em *Cassazione penale* 2020, p. 2277 ss.).

1350 Basta consultar o TEDH, *G.I.E.M. S.r.l. e outros c. Itália*, cit., § 252, e à margem da mesma decisão também e da própria opinião dissidente de Pinto de Pinto de Albuquerque, §§ 72 a 74, onde se evidencia que “a Convenção obriga os Estados não apenas a fazer respeitar, em conformidade com o Artigo 46 da Convenção, a natureza vinculativa de uma sentença do Tribunal em relação à parte litigante, mas também a prevenir que uma violação constatada em uma sentença se repita contra terceiros. Essa é uma das consequências do princípio da subsidiariedade e do seu papel essencial na arquitetura do sistema da Convenção. [...] Além disso, as medidas que um Estado é obrigado a adotar para a execução da sentença não se limitam àquelas que dizem respeito ao recorrente [...]”.

prejuízo do requerente, se o diafragma de observações for ampliado, o quadro das respostas exigidas dos (e oferecidas por) Estados – não obstante a emancipação progressiva do sistema convencional dos direitos humanos do paradigma internacionalista –¹³⁵¹ mostra-se, porém, ainda irregular, com significativos espaços concedidos ou de fato adquiridos – conforme referido – à *marge national d'appréciacion* e/ou à diversa fisionomia de cada ordenamento: e certa deferência da Corte, neste ponto, ou a sua perceptível relutância em marcar posições muito peremptórias no que respeita às principais medidas de *restitutio in integrum* ou à obrigatoriedade de *retrial*, parece quase ditada pela compreensão de que qualquer excesso de reivindicações direcionado às Altas Partes contratantes arrisca-se a ser contraproducente, e que, especialmente nesse tema, um *furor* excessivo e impaciente pelo cumprimento das obrigações convencionais – como na maldição de Orfeu e Eurídice – pode, inclusive, prejudicar os objetivos perseguidos.

Por outro lado, é verdade que a efetiva vinculatividade das obrigações de Estrasburgo é em grande parte deixada para a adesão “espontânea” de cada Estado, que “têm bem pouco a temer no caso de uma conformação insuficiente às sentenças (e mais geralmente, às medidas) dos juízes de Estrasburgo. Efetivamente, [...] ao contrário do ‘sistema UE’, o ‘sistema CEDH’ não consegue de fato irrogar sanções eficazes não apenas contra Estados ‘parcialmente inadimplentes’, mas também em relação àqueles que apresentem uma firme recusa em aplicar as sentenças de Estrasburgo. E isso, tanto no caso de o não cumprimento ser *direto*, ou seja, relativo ao caso que é objeto da condenação, quanto nos casos em que o não cumprimento é *indireto*, no qual o Estado ignora a “eficácia do sistema” ou a eficácia *erga omnes* da sentença do TEDH”.¹³⁵²

Além disso, mesmo o “remédio extremo” consubstanciado no processo de infração pela recusa em respeitar uma sentença final em uma disputa em que determinado Estado foi parte – do qual temos um exemplo no TEDH, *Ilgar Mammadov c. Azerbaijão* [GC], 15172/13, 29 de maio de 2019 –, além de exigir aprovação política marcada por *quorum* elevados,¹³⁵³ na lógica do sistema con-

1351 Ver também G. Repetto, *Ruolo ed effetti delle decisioni della Corte EDU negli ordinamenti europei: problemi e prospettive*, em AA.VV.S., *La Corte europea dei diritti dell'uomo: quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, editado por C. Padula, Napoli, 2016, p. 205 ss.

1352 A. Bernardi, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, cit., p. 98 ss.

1353 Após as alterações feitas no Artigo 16 do Protocolo n. 14, nos termos do § 4 do Artigo 46 da CEDH (Força vinculativa e execução das sentenças), “Sempre que o Comitê de Ministros considerar que uma Alta Parte Contratante se recusa a respeitar uma sentença definitiva num litígio em que esta seja parte, poderá, após notificação dessa Parte e por decisão tomada por maioria de dois terços dos seus membros titulares, submeter à apreciação do Tribunal a questão sobre o cumprimento, por essa Parte, da sua obrigação, em conformidade com o § 1; [...] e de acordo com o § 5. Se o Tribunal constatar que houve violação do § 1, devolverá o assunto ao Comitê de Ministros para fins de apreciação das medidas a tomar [...]”. Até o momento, no entanto, essa disposição foi usada apenas uma vez contra o Azerbaijão: “seu uso particularmente parcimonioso – como foi apontado – provavelmente parece ser devido ao medo de agravar ainda mais os conflitos já bastante penosos e para consolidar a posição de recusa [...] de cumprir, que deveria em princípio concretizar a expulsão do Estado por parte do Conselho da Europa, fato que até hoje não ocorreu” (A. Bernardi, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, cit., p. 109, à margem da análise das várias violações da Rússia).

vencional pode resultar um mecanismo até mesmo contraproducente, ao endu-
recer a posição do Estado inadimplente, e evocando uma expulsão que – além
de ser mais prejudicial para a Convenção do que para o Estado-membro – para
alguns Estados, nestes tempos, poderia resultar inclusive desejável.

5. Precisamente em face dessas assimetrias, os atrasos mais ou menos vo-
luntários ou a negligência demonstrada por alguns Estados, nomeadamente na
experiência recente, bem como certa timidez do Tribunal em esclarecer os termos
cogentes da “força vinculante” e as obrigações de executar suas sentenças, pode-se
entender e apreciar – mais uma vez – a firme posição de Pinto de Albuquerque,
que, nas opiniões separadas aqui apresentadas, se posiciona com argumentos
densos e sem evasivas, a favor de uma interpretação maximamente rigorosa do
Artigo 46 da CEDH, atestando o fato de que “[e]n matière de droits de l’homme
– como costumava repetir o juiz Petitti – *il y a un seul critère de application sé-
rieux, [...] l’effectivité des mesures de protection*”: destacando o eufemismo cínico da
just satisfaction diante da urgência de se tomarem medidas individuais ou gerais
que possam “[...] colocar o requerente, na medida do possível, em uma situação
equivalente àquela em que estaria se não existisse a inobservância dos requisitos
da Convenção”¹³⁵⁴ e denunciando todos os limites da “equitativa satisfação”, es-
pecialmente em face de determinadas violações que imporiam sempre e em qual-
quer caso “a reabertura do procedimento, se solicitado pelo requerente”,¹³⁵⁵ como
“*most appropriate form of redress*” que não pode ser reduzida a uma mera exceção
e que, aliás, deveria inclusive ser colocada como fundamento de um direito do
indivíduo e, simetricamente, de uma efetiva e própria “obrigação positiva” para
o Estado;¹³⁵⁶ censurando, portanto, vigorosamente, as ambiguidades da própria
jurisprudência convencional – que emblematicamente se apresentou no caso *Mo-
reira Ferreira c. Portugal* – mesmo antes das específicas renitências destes no que
se refere às obrigações convencionais;¹³⁵⁷ e, mais em geral, propugnando, não
apenas com referência às violações de um justo processo, uma efetividade sem
véus nem diafragmas, na ausência da qual o sistema de proteção dos direitos hu-

1354 Nos termos do TEDH, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suíça* (n. 2) [GC], 32772/02, 30 de junho de 2009, § 85: “S’agissant des exigences de l’article 46, il y a lieu de rappeler tout d’abord que l’Etat défendeur reconnu responsable d’une violation de la Convention ou de ses Protocoles est tenu de se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels il est partie. En d’autres termes, l’inexécution ou l’exécution lacunaire d’un arrêt de la Cour peut entraîner la responsabilité internationale de l’Etat partie. Celui-ci est appelé non seulement à verser aux intéressés les sommes allouées à titre de satisfaction équitable, mais aussi à prendre des mesures individuelles et/ou, le cas échéant, générales dans son ordre juridique interne, afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d’en effacer les conséquences, l’objectif étant de placer le requérant, autant que possible, dans une situation équivalente à celle dans laquelle il se trouverait s’il n’y avait pas eu manquement aux exigences de la Convention [...]” (passagem não por acaso relembrada na opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, *G.I.E.M. S.r.l. e outros c. Itália*, cit., § 74).

1355 Opinião dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, *Produkcija Plus storitveno podjetje d.o.o. c. Eslovénia*, 47072/15, 23 de outubro de 2018, § 3.

1356 Cfr., em particular, a rica opinião dissidente do juiz Pinto de Albuquerque em TEDH, *Moreira Ferreira c. Portugal* (n. 2) [GC], 19867/12, 11 de julho de 2017.

1357 E sem economizar, também, notas sobre as indevidas ingerências do Comitê de Ministros durante o processo de execução: ver o parecer concorrente do juiz Pinto de Albuquerque no TEDH, *Ilgar Mammadov c. Azerbaijão*, citado, esp. § 16 e ss.

manos – entendido como um arco cuja linha deve se articular em recíproca e efetiva colaboração entre Tribunal e Estados – continuaria um círculo incompleto.

OS VOTOS DE PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS DO HOMEM – GRANDE CÂMARA – MOREIRA FERREIRA C. PORTUGAL (N. 2) - DEMANDA N. 19867/12 – SENTENÇA DE 11 DE JULHO DE 2017

O caso: A requerente, a Sra. Francelina Moreira Ferreira, foi condenada pelo Tribunal da Relação do Porto em dezembro de 2007 e, contra essa decisão, apresentou uma demanda ao Tribunal Europeu. Com a sentença *Moreira Ferreira (n. 1) c. Portugal*, o Tribunal havia reconhecido uma violação do Artigo 6 da CEDH derivada de um vício processual ocorrido no curso do processo (e, precisamente, porque a requerente não foi publicamente reinterrogada durante o julgamento de segunda instância). Subsequentemente, a requerente, apoiando-se na decisão do Tribunal Europeu, solicitou à Suprema Corte a reabertura do processo com o fim de sanar o erro processual. Todavia, os órgãos julgadores nacionais recusaram o pedido de reabertura formulado pela Sra. Moreira Ferreira, argumentando que os *errores in procedendo* reconhecidos na esfera supranacional não afetaram o resultado do processo e que, portanto, não havia necessidade de determinar um novo julgamento. A requerente apresentou novamente um pedido perante o Tribunal Europeu, queixando-se da violação do Artigo 6 da CEDH em razão de o Supremo Tribunal ter negado a revisão do julgamento, apesar de constatada a violação convencional. A Grande Câmara, com a sentença de 11 de julho de 2017, concluiu pela insubsistência da violação do Artigo 6 da CEDH. Em particular, os juízes sublinharam que não havia nenhuma obrigação, derivada da Convenção, de reabertura automática do processo depois da verificação de uma violação ao justo processo. No caso em espécie, o Tribunal considerou que os fundamentos dos julgadores portugueses não foram arbitrários e que, portanto, a decisão de não conceder a reabertura era compatível com a CEDH.

Palavras-chave: justo processo em matéria penal – obrigação de respeitar as sentenças do Tribunal – *restitutio in integrum* – reabertura do processo – aplicabilidade do Artigo 6 da CEDH para o procedimento de reabertura

Opinião dissidente do juiz Pinto de Albuquerque, à qual aderiram os juízes Karakaş, Sajó, Lazarova Trajkovska, Tsotsoria, Vehabović e Kuris

SUMÁRIO: I. Introdução (§ 1). PARTE UM (§§ 2-34). - II. A competência do Tribunal para impor medidas individuais (§§ 2-18). - a. A cláusula de reabertura do processo (§§ 2-7). - b. O desenvolvimento de outras medidas individuais (§§ 8-17). - III. O direito à reabertura de um processo penal depois da

constatação por parte do Tribunal de uma violação da Convenção (§§ 18-34). - a. II. O rigoroso padrão da Recomendação do Comitê de Ministros (2000) 2 (§§ 19-27). - b. O amplo consenso europeu na implementação da Recomendação (§§ 28-34). - SEGUNDA PARTE. - IV. A aplicabilidade do Artigo 6 da CEDH para impugnação extraordinária de reabertura de processo penal (§§ 35-44). a. - A interpretação evolutiva do Artigo 6 da CEDH pela maioria (§§ 35-39). - b. A interpretação errônea do direito português pela maioria (§§ 35-39). - V. A aplicação do Artigo 6 da CEDH ao presente caso (§§ 45-56). - A interpretação pelo Supremo Tribunal de Justiça sobre o Artigo 449, n. 1, “g”, do Código de Processo Penal (§§ 45-50). - b. A interpretação do Supremo Tribunal de Justiça da sentença *Moreira Ferreira* (§§ 51-56). - VI. Conclusão (§§ 57-60).

I. INTRODUÇÃO (§ 1)

1. *Moreira Ferreira* (n. 2) diz respeito à competência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (o Tribunal) para impor medidas individuais, nomeadamente um novo processo, revisão, reexame ou reabertura de processo penal,¹³⁵⁸ a fim de reparar uma violação da Convenção Europeia de Direitos Humanos (a Convenção), bem como o valor jurídico dessas medidas. Essa questão complexa deve ser tratada no contexto, ainda mais complexo, da não execução de uma sentença do Tribunal que continha uma cláusula destinada a impor a reabertura do processo (*retrial clause*). No caso em exame, a cláusula de reabertura prevista na sentença *Moreira Ferreira*¹³⁵⁹ não foi aplicada pelas autoridades nacionais no subsequente procedimento de recurso extraordinário interposto pela vítima da violação da Convenção. Portanto, pela segunda vez, a requerente teve de se dirigir a este Tribunal para pleitear justiça. Infelizmente, a maioria da Grande Câmara lhe negou exatamente isso.

PRIMEIRA PARTE (§§ 2-34)

II. A competência do Tribunal para impor medidas individuais (§§ 2-18)

a. A cláusula de reabertura do processo (§§ 2-7)

2. Ao avaliar se o Artigo 46 da Convenção impedia o exame pelo Tribunal da demanda, nos termos do Artigo 6 da Convenção, a maioria da Grande Câmara reafirmou que o Tribunal não é competente para determinar a reabertura do

1358 Nessa opinião, esses termos serão usados indistintamente.

1359 Ver *Moreira Ferreira c. Portugal*, n. 19808/08, de 5 de julho de 2011.

processo, mas também admitiu que, em determinadas circunstâncias excepcionais, a reabertura do caso representa uma adequada, ou a mais adequada, forma de reparar as violações da Convenção.¹³⁶⁰ Como se demonstra a seguir, trata-se de uma leitura reducionista da rica jurisprudência do Tribunal sobre reparação de violações da Convenção.

3. O Tribunal repetidamente afirmou que as suas sentenças são essencialmente de natureza declaratória e que, em geral, cabe primeiramente ao Estado demandado escolher, sob o controle do Comitê de Ministros, os meios do ordenamento jurídico nacional que serão utilizados para cumprir as suas obrigações, nos termos do Artigo 46 da Convenção.¹³⁶¹ Quando o direito nacional do Estado demandado não garante uma tutela reparatória, ou prevê apenas uma reparação parcial, em casos de apontada violação da Convenção,¹³⁶² o Tribunal pode atribuir uma razoável reparação à parte lesada. O princípio subjacente à previsão de uma razoável reparação pela violação é o de que o requerente deve, tanto quanto possível, ser colocado na posição onde estaria se a violação nunca tivesse ocorrido (*restitutio in integrum*),¹³⁶³ desde que isso seja compatível com as conclusões expostas na sentença do Tribunal e com os direitos de defesa.¹³⁶⁴ O pagamento de uma indenização é compatível com outras medidas gerais ou individuais necessárias para pôr fim à violação da Convenção verificada pelo Tribunal.¹³⁶⁵

4. No entanto, o Tribunal também reconheceu que a natureza da violação constatada pode ser tal que não deixe margem de escolha sobre as medidas necessárias para remediá-la, podendo o Tribunal decidir, por exemplo, pela indicação de apenas um único remédio como, a título de exemplo: a restituição de um

1360 Ver § 48 da sentença.

1361 Sobre um dos primeiros exemplos, *Marckx c. Bélgica*, 13 de junho de 1979, § 58, Série A, n. 31.

1362 Sobre alguns exemplos iniciais de reparação integral, consulte *Neumeister c. Áustria* (Artigo 50), n. 1936/63, §§ 40-41, 7 de maio de 1974, e de reparação parcial ver *Van Mechelen e outros c. Holanda* (Artigo 50), n. 21363/93, 21364/93, 21427/93, § 16, 30 de outubro de 1997.

1363 Ver *Piersack c. Bélgica* (Artigo 50), sentença de 26 de outubro de 1984, série A, n. 85, §§ 11-12. O Tribunal optou pelo conceito mais amplo de *restitutio in integrum*, que requer uma ponderação hipotética sobre como teria sido a situação se o ato ilícito não tivesse sido cometido. O conceito menos restritivo de restituição, que visa restabelecer a situação que existia antes da ocorrência do ato ilícito, foi indeferido (ver o comentário ao Artigo 35 do Projeto da Comissão Internacional sobre a Responsabilidade dos Estados por atos ilícitos internacionais (DARSIWA), § 2). Deve-se acrescentar que o comentário ao Artigo 36 da DARSIWA, § 19, afirma que “as decisões dos órgãos de proteção dos direitos humanos sobre compensação inspiram-se nos princípios de reparação do direito internacional geral”. Então, a doutrina DARSIWA sobre reparação e, em particular, os seus artigos 34 a 37, deve ser considerada na interpretação da Convenção.

1364 Ver *Lyons e outros c. Reino Unido* (dez.), n. 15227/03, THDH 2003-IX.

1365 Ver *Scozzari e Giunta c. Itália* [GC], n. 39221/98 e 41963/98, § 249, TEDH 2000-VIII, e *Christine Goodwin c. Reino Unido* [GC], n. 28957/95, § 120, TEDH 2002-VI.

terreno expropriado¹³⁶⁶ ou de um edifício;¹³⁶⁷ a libertação de uma pessoa;¹³⁶⁸ a eliminação de todas as consequências negativas, passadas ou futuras, resultantes de uma sanção disciplinar;¹³⁶⁹ a suspensão da custódia cautelar e a sua substituição por outra medida restritiva razoável e menos rigorosa, ou pela combinação de tais medidas;¹³⁷⁰ a substituição de uma pena de prisão perpétua por outra sanção compatível com a Convenção, não superior a 30 anos de reclusão;¹³⁷¹ a abertura de uma nova investigação criminal¹³⁷² ou o arquivamento de uma investigação em curso.¹³⁷³

5. A cláusula de reabertura do processo (*retrial clause*) foi formulada pela primeira vez, como referência específica aos processos contra a Turquia, referente à independência e à imparcialidade dos tribunais de segurança nacionais. A luz do Artigo 41 da Convenção, a Corte decidiu que “em linha de princípio, a fórmula mais apropriada de tutela da posição do recorrente seria aquela de lhe garantir imediatamente um novo processo”¹³⁷⁴ 19. Isso era conhecido como cláusula de *Gençel*. Uma posição semelhante foi adotada, nos termos do Artigo 41 da Convenção, num caso que dizia respeito à Itália, no qual o accertamento de uma violação das garantias de equidade contidas no Artigo 6 não havia sido reconduzido à falta de independência ou imparcialidade dos tribunais nacionais, mas à violação do direito do recorrente de participar do seu processo¹³⁷⁵. Posteriormente, a cláusula de reabertura do processo foi denominada cláusula *Gençel-Somogyi*. É importante esclarecer que, em ambos os casos, a constatação de uma violação

1366 Ver *Papamichalopoulos c. Grécia* (Artigo 50), n. 14556/89, § 38, 31 de outubro de 1995. O dispositivo reproduziu a obrigação inserta na motivação. Na ausência da restituição, o Estado demandado é condenado a pagar determinada quantia ao requerente. Ver também *Ramadbi e outros c. Albânia*, n. 38222/02, § 102, 13 de novembro de 2007.

1367 Ver *Brunarescu c. Romênia* (Artigo 41), n. 28342/95, § 22, 23 de janeiro de 2001; *Hirschhorn c. Romênia*, n. 29294/02, § 114, 26 de julho de 2007; e *Katz c. Romênia*, n. 29739/03, § 42, 20 de janeiro de 2009. Em todos esses casos, o dispositivo reproduziu a obrigação inserta na fundamentação da sentença nos termos do Artigo 41. Na ausência da restituição, o Estado demandado foi condenado a pagar determinada quantia ao requerente.

1368 Ver *Asanidze c. Geórgia* [GC], n. 71503/01, § 203, TEDH 2004-II. A redação adotada foi imperativa (“deve garantir [...] o mais rápido possível”) e a obrigação imposta pelo Artigo 41 foi repetida no ponto 14, “a”, do dispositivo da sentença. Ver também *Ilaşcu c. Moldávia e Rússia* (GC), n. 48787/99, § 490, TEDH 2004-VII, e o ponto 22 da parte dispositiva da sentença; *Fatullayev c. Azerbaijão*, n. 40984/07, § 177, 22 de abril de 2010, e o ponto 6 do dispositivo; *Del Rio Prada c. Espanha* [GC], n. 42750/09, § 138, TEDH 2013, e o ponto 3 do dispositivo. Nos dois últimos casos, a decisão foi tomada no âmbito do Artigo 46.

1369 Ver *Masters c. Itália*, n. 39748/98, § 47, 17 de fevereiro de 2004. Apesar da redação utilizada (“cabe ao Estado demandado tomar as medidas adequadas para eliminar os efeitos de qualquer dano, passado ou futuro, à carreira do requerente”), no dispositivo nenhuma referência foi feita à obrigação imposta na parte de motivação da sentença no âmbito do Artigo 41.

1370 Ver *Aleksanyan c. Rússia*, n. 46468/06, § 239, 22 de dezembro de 2008. A redação utilizada foi imperativa (“deve substituir”) e a obrigação imposta na parte de motivação de acordo com o Artigo 46 foi incluída no ponto 9 da parte dispositiva da sentença.

1371 Ver *Scoppola c. Itália* (n. 2) [GC], n. 10249/03, § 154, 17 de setembro de 2009. A linguagem utilizada foi imperativa (“é responsável para garantir que”) e a obrigação imposta pelo Artigo 46 foi repetida no ponto 6, “alínea a”, da parte dispositiva da sentença.

1372 Ver *Abiyeva e outros c. Rússia*, n. 27065/05, § 243, 2 de dezembro de 2010. Não obstante a linguagem utilizada (“considera inevitável que [...] deva ser determinado”), o dispositivo da sentença não se referia à obrigação imposta na motivação da sentença no âmbito do Artigo 46. Ver também *Benzer e outros c. Turquia*, n. 23502/06, § 219, 12 de novembro de 2013.

1373

1374 ¹⁹ Ver *Gençel c. Turquia*, n. 53431/99, § 27, 23 outubro 2003.

1375 Ver *Somogyi c. Itália*, n. 67972/01, § 86, TEDH 2004-Ic.

foi considerada de per se suficiente como équa reparação do dano não patrimonial sofrido pelo recorrente. No dispositivo não foi feita nenhuma referência a uma revisão ou reabertura do caso.

6. Em *Öçalan c. Turquia*,¹³⁷⁶ a Grande Câmara endossou o posicionamento geral seguido pela referida jurisprudência, mas com uma terminologia diversa e no âmbito de um diverso recorte normativo. A luz da norma do Artigo 46 da Convenção, a Grande Câmara considerou que sempre que um individuo tenha sido condenado por um tribunal que não tenha as características de independência e imparcialidade requeridas pela Convenção, como verificado no caso em espécie, “uma revisão ou reabertura do caso, se requerida, representa, em princípio, um instrumento adequada para remediar uma violação”. (a assim chamada cláusula de *Oçalan*)¹³⁷⁷. Além disso, a Corte acrescentou que as específicas medidas de remediação, eventualmente necessárias para que o Estado demandado cumpra as obrigações do Artigo 46 da Convenção, devem ser adaptadas às peculiares circunstâncias do caso concreto e devem ser determinadas da mesma forma que as decisões da sentença da Corte sobre tal caso, tendo ainda em consideração a supracitada jurisprudência da Corte. A Corte também considerou que o reconhecimento de uma violação dos Artigos 3, 5 e 6 da Convenção representa, de per si, uma équa satisfação de qualquer dano sofrido pelo recorrente.¹³⁷⁸

7. Em *Verein gegen Tierfabriken VgT (n. 2)*, a Grande Câmara esclareceu, detalhadamente, o significado da cláusula *Oçalan*. A pedra de toque dessa sentença da Grande Câmara é representada pela ideia segundo a qual a reabertura de um procedimento interno constitui um “instrumento chave” para garantir a plena execução da sentença da Corte; reabertura que deve atuar em conformidade “com as condições e o espírito da sentença da Corte a ser executada”¹³⁷⁹. Depois da sentença *Verein gegen Tierfabriken*, a Corte conclui que era implícita a sua competência para examinar a conduta das autoridades nacionais, evidenciando que, se a Corte tivesse precluso tal poder de sindicá-la, tal conduta acabaria por ficar subtraída a qualquer forma de controle a luz Convenção. Portanto, de acordo com a motivação de *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) (n. 2)*, a competência da Corte se estende não só às ações de autoridades nacionais que se-

1376 Ver *Öçalan c. Turquia* [GC], n. 46221/99, § 210 in fine, TEDH 2005-Ic.

1377 Esta cláusula também conhecida como cláusula *Oçalan-Sejdovic* porque foi posteriormente confirmada e desenvolvida em *Sejdovic c. Itália* [GC], n. 56581/00, § 86, TEDH 2006-II. Ver, também: *Abbasov c. Azerbaijão*, n. 24271/05, § 42, 17 janeiro 2008, e *Laska e Lika c. Albânia*, nn. 12315/04 e 17605/04, § 76, 20 abril 2010.

1378 Não obstante o pronunciamento da Grande Câmara no caso *Öçalan c. Turquia* e, dois anos depois, em *Sejdovic c. Itália*, a jurisprudência da Corte permaneceu incerta, como demonstra o fato que diversas Câmaras mantiveram a precedente cláusula Gençel, como será demonstrado na sequência. Para agravar essa incerteza, a Grande Câmara retornou novamente à cláusula de Gençel nos termos do Artigo 41 da Convenção, em *Salduz c. Turquia* (GC), n. 36391/02, § 72, 27 novembro 2008, e em *Sakhnovsky c. Rússia* [GC], n. 21272/03, § 112, 2 novembro 2010, usou a cláusula de Gençel, mas erroneamente citou o precedente de *Oçalan*.

1379 Ver *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suíça (n. 2)* [GC], n. 32772/02, § 90, TEDH 2009.

jam contrárias à cláusula de reabertura, mas, *a fortiori*, também as suas condutas omissivas de ausência de reabertura dos procedimentos nacionais¹³⁸⁰.

b. O desenvolvimento de outras medidas individuais (§§ 8-18)

8. A jurisprudência do Tribunal evoluiu rapidamente, abrangendo outras questões e outras áreas do direito. O resultado desse caminho evolutivo é que a competência do Tribunal para ordenar a revisão do julgamento ou a reabertura de um processo pode agora ser considerada consolidada. Com efeito, a cláusula de novo julgamento foi aplicada após a constatação de violação do Artigo 6 por lesão ao direito de acesso a um tribunal¹³⁸¹, ao direito de ser julgado por um tribunal pré-constituído por lei¹³⁸², do princípio da imparcialidade ou independência do órgão judicante¹³⁸³, do direito de participar do processo¹³⁸⁴, de interrogar as testemunhas¹³⁸⁵, do direito de ser ouvido pessoalmente¹³⁸⁶, do direito de ser informado detalhadamente sobre a imputação,¹³⁸⁷ de dispor do tempo e dos meios legais para a preparação da própria defesa¹³⁸⁸, do princípio do contraditório e da

1380 Ver, também, *Wasserman c. Rússia* (n. 2), n. 21071/05, § 37, 10 de abril de 2008, e *Ivançoc e outros c. Moldávia e Rússia*, n. 23687/05, §§ 86 e 95-96, 15 de novembro 2011.

1381 Após a constatação de uma violação do direito de acesso à Corte, a cláusula Oçalan-Sejdovic foi utilizada em *Perlala c. Grécia*, n. 17721/04, § 36, 22 de fevereiro de 2007, mas a cláusula Gençel-Somogyi foi aplicada em *Kostadin Mihaylov c. Bulgária*, n. 17868/07, § 60, 27 de março 2008, e em *Demerdžieva e outros c. a ex-República Iugoslava da Macedônia*, n. 19315/06, § 34, 10 de junho de 2010. Num caso com o mesmo objeto, no qual foi requerido o a nulidade do processo, desde o seu início, a Corte não ordenou a renovação do processo (*Ver De la Fuente Ariza c. Espanha*, n. 3321/04, § 31, 8 de novembro de 2007).

1382 A fórmula Gençel-Somogyi foi utilizada *mutatis mutandis* em *Claes e outros c. Bélgica*, nn. 46825/99, 47132/99, 47502/99, 49010/99, 49104/99, 49195/99 e 49716/99, § 53, 2 de junho de 2005, *Lungoci c. Romênia*, n. 62710/00, 26 de janeiro de 2006, e *Ilatovskiy c. Rússia*, n. 6945/04, § 49, 9 de setembro de 2009 (cita erroneamente il caso Oçalan).

1383 Além do processo perante os Tribunais de Segurança do Estado turco, após o caso *Ergin c. Turquia* (n. 6), n. 47533/99, TEDH 2006, § 61, a cláusula Oçalan- Sejdovic tem aparecido em disputas relativas à condenação de um civil por uma jurisdição militar. Mas, em alguns outros casos, relativos ao mesmo objeto, a Corte não aplicou a cláusula de reabertura (*Ver Karatepe c. Turquia*, n. 41551/98, § 37, 31 de julho de 2007, *Hüseyn Simsek c. Turquia*, 68881/01, § 83, 20 de maio de 2008). Nestes casos, o requerente havia se beneficiado de liberdade condicional, antes da prolação do acórdão do Tribunal. No entanto, a libertação do requerente não pode ser considerada motivo para não aplicar a cláusula de reabertura, uma vez que o Corte aplicou essa cláusula mesmo nos casos em que a pena de prisão tinha sido suspensa (*Ver Kenar c. Turquia*, n. 67215/01, § 50, 13 de dezembro de 2007, e *Zekeriya Sezer c. Turquia*, n. 63306/00, § 32, 29 de novembro de 2007).

1384 Após a constatação de violação do direito de participação no julgamento, a cláusula Gençel-Somogyi foi utilizada em *R.R. c. Itália*, n. 42191/02, § 76, 9 de junho 2005, mas foi posteriormente abandonada em favor da cláusula Oçalan-Sejdovic em *Hu c. Itália*, n. 5941/04, § 71, 28 de novembro de 2006, *Csikos c. Inglaterra*, n. 37251/04, § 26, 5 de dezembro de 2006, *Kollcaku c. Itália*, n. 25701/03, § 81, 8 de fevereiro de 2007, *Pititto c. Itália*, n. 19321/03, § 79, 12 de junho de 2007, *Kunov c. Bulgária*, n. 24379/02, § 59, 23 de maio de 2008, e *Georgebe Gaga c. Romênia*, n. 1562/02, § 68, 25 de março de 2008. Em uma controvérsia sobre o mesmo objeto, a Corte não aplicou a cláusula de reabertura (*Da Luz Domingues Ferreira c. Bélgica*, 50049/99, 24 de maio de 2007).

1385 Após a constatação de violação do direito de interrogar as testemunhas, a cláusula de Oçalan foi utilizada em *Brucci c. Itália*, n. 36822/02, § 75, 13 de outubro de 2005, *Vaturi c. França*, n. 75699/01, § 63, 13 de abril de 2006, *Zentar c. França*, n. 17902/02, § 35, 13 de abril de 2006, *Balsán c. República Checa*, n. 1993/02, § 40, 18 de julho de 2006 (cita erroneamente o caso Somogyi), *Reiner e outros c. Romênia*, n. 1505/02, § 93, 27 de setembro de 2007 (erroneamente cita o caso Gençel), mas a cláusula Gençel foi empregada em *Majadallah c. Itália*, n. 62094/00, § 49, 19 de outubro de 2006, *Popov c. Rússia*, n. 26853/04, § 263, 13 de julho de 2006 (cita o caso Oçalan), *Sakhnovskiy c. Rússia* [GC], n. 21272/03, § 112, 2 de novembro de 2010 (cita erroneamente o caso Oçalan), e *Duško Ivanovski c. ex República Iugoslava de Macedônia*, n. 10718/05, § 64, 24 de abril de 2014.

1386 Ver *Spinu c. Romênia*, n. 32030/02, § 82, 29 de abril de 2008.

1387 Ver *Miroux c. França*, n. 73529/01, § 42, 26 de setembro de 2006, e *Drassich c. Itália*, n. 25575/04, § 46, 11 de dezembro de 2007.

1388 Ver *Mattei c. França*, n. 34043/02, § 51, 19 de dezembro de 2006.

paridade de armas¹³⁸⁹, do direito à assistência de um defensor¹³⁹⁰, do princípio do processo equo, que compreende a vedação de indução a prática do crime por parte das forças policiais¹³⁹¹, e do direito à motivação da sentença¹³⁹².

Além da jurisprudência sobre o Artigo 6, a cláusula foi utilizada nos casos relativos ao Artigo 2¹³⁹³ e ao Artigo 7¹³⁹⁴. Além disso, a cláusula foi estendida à jurisprudência civil, administrativa e tributária¹³⁹⁵. Na jurisprudência não penal, os critérios de aplicação da cláusula nem sempre ficaram claros, pois a Corte, por vezes, se recusou a aplicá-la apesar do pedido explícito do requerente¹³⁹⁶. Consequentemente, quando os Estados demandados não cumprem com as conclusões iniciais da Corte, os demandantes não têm escolha a não ser buscar alívio econômico ou iniciar uma disputa internacional onerosa perante a Corte.

9. À luz das considerações anteriores, afirmar que esses casos representam hipóteses excepcionais, conforme decidido pela maioria da Corte na sentença em questão, é subestimar a farta jurisprudência da Corte sobre o assunto. Entre outras coisas, a maioria não entendeu completamente a natureza, função e efeito da cláusula de reabertura do julgamento. Os parágrafos 49 a 51 do acórdão simplesmente omitem tal apreciação, limitando-se a uma revisão parcial e repetitiva da jurisprudência do Tribunal.

10. Geralmente, a Corte se refere à cláusula de reabertura do procedimento como “princípio”, mas as vezes a ele se refere como “lei”¹³⁹⁷, equiparando princípios legais e leis. A revisão ou reabertura do procedimento também foi descrita

1389 Ver *Ünel c. Turquia*, n. 35686/02, § 55, 27 de maio de 2008. Além do direito de poder interrogar algumas testemunhas, o recorrente reclamou da falta de acesso a determinados elementos de prova, como um registro de áudio da sua detenção..

1390 A cláusula Oçalan-Sejdovic foi utilizada em *Sannino c. Itália*, n. 30961/03, § 70, 27 de abril de 2006, *Kemal Kabraman e Ali Kabraman c. Turquia*, n. 42104/02, § 44, 26 de abril de 2017, e *Sacettin Yıldız c. Turquia*, n. 38419/02, § 55, 5 de junho de 2007, mas a cláusula Gençel-Somogyi foi utilizada em *Salduz c. Turquia* [GC], n. 36391/02, § 72, 27 de novembro de 2008, e *Shulepov c. Rússia*, n. 15435/03, § 46, 26 de junho de 2008.

1391 Ver *Maliminas c. Lituânia*, n. 10071/04, § 43, 1 de julho de 2008.

1392 Ver *Huseyn e outros c. Azerbaijão*, nn. 35485/05, 45553/05, 35680/05 e 36085/05, §§ 213 e 262, 26 de julho de 2011.

1393 Ver *Abuyeva e outros*, supramencionada.

1394 Ver *Dragotoniú e Militaru-Pidborni c. Romênia*, n. 77193/01 e 77196/01, § 55, 24 de maio de 2007, que se referia ainda ao Artigo 408 do código de processo penal.

1395 Ver *Yanakev c. Bulgária*, n. 40476/98, § 90, 10 de agosto de 2006, *Paulik c. Eslováquia*, n. 10699/05, § 72, 10 de outubro de 2006, *Mehmet et Sina Yigit c. Turquia*, n. 52658/99, § 47, 17 de julho de 2007, *CF Mrebeti c. Geórgia*, n. 38736/04, § 61, 31 de julho de 2007, *Paykar Yev Haghyanak c. Armênia*, n. 21638/03, § 58, 20 de dezembro de 2007, *Cudak c. Lituânia* [GC], n. 15869/02, § 79, 23 de março de 2010, *Kostadin Mihailov c. Bulgária*, n. 17868/07, § 60, 27 de março de 2008, *Vusic c. Croácia*, n. 48101/07, § 58, 1 de julho de 2010, *Bulfracht Ltd c. Croácia*, n. 53261/08, § 46, 21 de julho de 2011, e *Vojtěchová c. Eslováquia*, n. 59102/08, §§ 27 e 48, 25 de setembro de 2012.

1396 *Freitag c. Alemanha*, n. 71440/01, § 61, 19 de julho de 2007. O caso cita *Sejdovic*, supramencionada, § 119, e *Monnat c. Suíça*, n. 73604/01, § 84, TEDH 2006, no qual a Corte recusou-se a levantar a proibição de venda do documento em questão que foi considerado incompatível com o Artigo 10 da Convenção.

1397 Ver *Yanakev c. Bulgária*, n. 40476/98, § 90, 10 de agosto de 2006; *Lesjak c. Croácia*, n. 25904/06, § 54, 18 de fevereiro de 2010; *Putter c. Bulgária*, n. 38780/02, § 62, 2 de dezembro de 2010; e *Kardoš c. Croácia*, n. 25782/11, § 67, 26 de abril de 2016.

sem fazer referência a “princípios” ou “leis”, pois “constitui a forma de proteção mais adequada nas circunstâncias do caso concreto”¹³⁹⁸.

11. Contrariamente às primeiras sentenças, a cláusula de Oçalan foi utilizada de acordo com o Artigo 41¹³⁹⁹ e a cláusula Gençel nos termos do Artigo 46¹⁴⁰⁰. Em alguns casos, menos frequentes, uma cláusula específica para a reabertura do procedimento foi incluída no dispositivo da sentença. Em Lungoci, por exemplo, na parte dispositiva a Corte condenou o Estado demandado a reabrir o processo nacional, desde que o demandante o tenha requerido¹⁴⁰¹, no prazo de seis meses a contar da data de trânsito em julgado da sentença. Em Maksimov, na parte dispositiva, a Corte decidiu que “o Estado demandado deve tomar todas as medidas necessárias para reabrir os procedimentos de recurso de cassação previstos na lei de transição”¹⁴⁰². Em outros casos, na parte dispositiva, a Corte ordenou não a reabertura do caso, mas diretamente o efeito jurídico que constitui “a forma mais adequada de reparação”, como o reconhecimento integral do direito de propriedade do requerente sobre o apartamento e a cancelamento da ordem de despejo¹⁴⁰³. Nestes casos, nos termos do Artigo 41 da Convenção, a Corte impôs a revogação da ordem de despejo emitida pelos tribunais nacionais, juntamente com o ressarcimento dos danos. Se o apartamento já não for propriedade do Estado, ou se tiver sido de outra forma alienado, o Estado demandado é obrigado a garantir que o requerente obtenha um “apartamento equivalente”¹⁴⁰⁴. Em alguns outros casos, novamente na parte dispositiva da sentença, a Corte decidiu que, além do reconhecimento pelo Tribunal de justa satisfação, uma sentença nacional deve ser executada e, portanto, deve produzir um efeito real¹⁴⁰⁵.

12. Em Laska e Lika, a Corte deu mais um passo e concluiu que, nos termos do Artigo 46, há a obrigação do Estado demandado de “retirar qualquer obstáculo no ordenamento jurídico interno que possa impedir a adequada proteção da posição subjetiva dos demandantes (...) ou de introduzir um novo remédio” para a reabertura dos processos, onde não exista esta forma de proteção

1398 Ver *Vojtěchová c. Eslováquia*, n. 59102/08, §§ 27 e 48, 25 de setembro de 2012; *Hanabin c. Eslováquia*, n. 58688/11, §§ 60 e 178, 20 de novembro de 2012; e *Zachar e Čierny c. Eslováquia*, nn. 29376/12 e 29384/12, § 85, 21 de julho de 2015.

1399 Ver, por exemplo, *Hu c. Itália* supramencionada, § 71, ou *Sacetin Yıldız*, supramencionada, § 55, e *Flueras c. Romênia*, n. 17520/04, 9 de abril de 2013 (cita erroneamente o caso Gençel)

1400 Ver-se, por exemplo, *Karelin*, supramencionada § 97, *Scoppola c. Itália*, supramencionada, § 154, e *Oleksandr Volkov*, supramencionada, § 206.

1401 Ver Lungoci c. Romênia, n. 62710/00, 26 de janeiro de 2006. O mesmo ocorreu em *Ajdarić c. Croácia*, n. 20883/09, 13 de dezembro de 2011

1402 Ver *Maksimov c. Azerbaijão*, n. 38228/05, 8 de outubro de 2009, e *Claes e outros*, supramencionada.

1403 Ver *Gladysheva c. Rússia*, n. 7097/10, § 106, 6 dezembro 2011, e *Anna Popova c. Rússia*, n. 59391/12, § 48, 4 de outubro de 2016.

1404 Ver *Ponyayeva e outros c. Rússia*, n. 63508/11, § 66, 17 de novembro de 2016; *Alentseva c. Rússia*, n. 31788/06, § 86, 17 de novembro de 2016; e *Pchelintseva e outros c. Rússia*, n. 47724/07, § 110, 17 de novembro de 2016.

1405 Ver *Glubaković c. Croácia*, n. 21188/09, § 89, 12 de abril de 2011, *Plotnikov c. Rússia*, n. 43883/02, § 33, 24 de fevereiro de 2005, e *Makarova e outros c. Rússia*, n. 7023/03, § 37, 24 de fevereiro de 2005. No entanto, em uma situação exatamente idêntica, in *OOO Rusatommet c. Rússia*, n. 61651/00, § 33, 14 de junho de 2005, a Corte deixou de fazer o mesmo.

na legislação nacional¹⁴⁰⁶. Para ser mais preciso, a Corte não se absteve de lembrar que os Estados Contratantes têm a tarefa de organizar seus sistemas judiciais de forma a permitir que seus tribunais o respeito aos requisitos da Convenção, mas, como uma leitura inovadora, argumentou que este princípio também se aplica à reabertura do processo e ao reexame do processo relativo aos recorrentes. No entanto, essa imposição não foi incluída na parte dispositiva da sentença, que se referia não à reabertura do processo, mas à indenização por danos morais¹⁴⁰⁷.

13. No *M.S.S.*, dadas as circunstâncias particulares do caso e a necessidade urgente de pôr fim às violações dos artigos 3 e 13 da Convenção, a Corte decidiu que “a Grécia deve proceder, sem demora, ao exame do mérito do pedido de asilo, em conformidade com os requisitos da Convenção, feito pelo requerente e, enquanto se aguarda o resultado deste julgamento, deve abster-se de expulsá-lo”¹⁴⁰⁸. No entanto, nenhuma dessas medidas individuais indicadas nos termos do Artigo 46 foi incluída no dispositivo da sentença.

14. A jurisprudência também é mutável no que diz respeito à cumulação entre a justa reparação e a cláusula de reabertura do processo. Apesar de que nem a sentença Gençel nem a sentença Oçalan terem reconhecido o direito a uma justa indemnização, na grande maioria dos casos a Corte impõe cumulativamente a justa satisfação e a cláusula de reabertura¹⁴⁰⁹. Menos frequentemente, a Corte rejeita o pedido de ressarcimento em razão da cláusula de reabertura¹⁴¹⁰ ou o impõe alternativamente¹⁴¹¹. Não são óbvias as razões desta escolha.

15. Ocasionalmente, a Corte simplesmente faz referência à existência de um mecanismo de direito interno para a revisão de sentenças nacionais, às vezes, além da justa indenização,¹⁴¹² e às vezes na sua ausência¹⁴¹³.

1406 Ver *Laska e Lika c. Albânia*, nn. 12315/04 e 17605/04, § 76, 20 de abril de 2010. Diante de um problema sistêmico semelhante, em *Karelin c. Rússia*, n. 926/08, 20 de setembro de 2016, a Corte não adotou a mesma abordagem.

1407 Esse caso é diverso de *Klaus e Iouri Kiladzé c. Geórgia*, n. 7975/06, §§ 85 e 90, 2 de fevereiro de 2010, que estabeleceu uma compensação como alternativa a adoção de medidas gerais. Em *Urper e outros c. Turquia*, nn. 14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07, 50371/07, 50372/07 e 54637/07, § 52, 20 de outubro de 2009, e *Gözel e Öser c. Turquia*, n. 43453/04 e 31098/05, § 76, 6 de julho de 2010, em que a Corte ordenou a introdução de medidas legislativas, ou seja, de caráter geral, além da compensação.

1408 Ver *MSS c. Bélgica e Grécia* [GC], n. 30696/09, § 402, TEDH 2011.

1409 Essa era a posição da Corte mesmo quando distinguia entre a decisão de mérito e a decisão de justa satisfação (Ver sentença *Barberà, Messugué e Jabardo c. Espanha*, 13 de junho de 1994, serie A n. 285-C, p. 56, § 15, e *Schnuler-Zraggen c. Suíça* (Artigo 50), 14518/89, §§ 14 e 15, 31 de janeiro de 1995). Atualmente, a justa satisfação foi concedida mesmo quando na parte dispositiva do julgamento é inserida uma nova frase (Ver *Lungoci*, supramencionada).

1410 Ver *Bocos-Cuesta c. Países Baixos* n. 54789/00, § 82, 10 de novembro de 2005; *Kaste e Mathisen c. Noruega*, nn. 18885/04 e 21166/04, § 61, 9 de novembro de 2006; *Vusic c. Croácia*, n. 48101/07, § 58, 1 de julho de 2010; e *Bulfracht Ltd c. Croácia*, n. 53261/08, § 47, 21 de junho de 2011.

1411 Ver *Caes e outros*, supramencionada

1412 Ver *Taxquet c. Bélgica* [GC], n. 926/05, § 107, 16 de novembro de 2010; *Delespese c. Bélgica*, n. 12949/05, § 44, 27 de março de 2008; *Nikolitsas c. Grécia*, n. 63117/09, § 47, 3 de julho de 2014; e *Mitrov c. ex República Iugoslávia da Macedônia*, n. 25703/11, § 64, 2 de julho de 2016.

1413 Ver *Dvorski c. Croácia* [GC], n. 25703/11, § 117, 20 de outubro de 2015.

16. Em resumo, medidas individuais podem ser impostas pelo Tribunal com base em um dos três tipos de soluções a seguir:

A. Obrigações impostas na parte dispositiva da sentença:

1. A obrigação de proferir, “sem demora” uma decisão judiciária nacional “que satisfaça os requisitos da Convenção” e de se abster de qualquer ação até a sua emanação. (solução de Assanidze).

2. A obrigação de revogar uma sentença nacional e produzir um efeito jurídico específico, que represente “a forma mais adequada de reparação”, dentro de um determinado prazo, por exemplo, três meses a partir da data do trânsito em julgado da sentença (solução Gladysheva)

3. A obrigação de implementar uma sentença nacional e garantir a produção de seu efeito real, sem ter que respeitar um determinado prazo (solução Plotnikovy-Gluhaković)

B. Obrigações previstas apenas na fundamentação da sentença:

1. A obrigação de emitir, “sem demora”, uma decisão judicial nacional “que atenda aos requisitos da Convenção” e abster-se de qualquer ação até sua promulgação (solução M.S.S.)

2. A obrigação de adotar a medida individual específica que, com base em algumas prescrições enunciadas na sentença da Corte, deve ser “necessariamente determinada” ou resulta “inevitável” (solução Abuyeva)

3. A obrigação de adotar, sem a previsão de um prazo, a medida individual específica juntamente com as medidas gerais necessárias para a implementar (solução Laska e Lika)

4. A obrigação de adotar a medida individual específica que “constitua a forma de reparação mais adequada às circunstâncias do caso” (solução Vojtěchová).

5. A obrigação de adotar a medida individual específica que seja, “em princípio, a forma de reparação mais adequada” (solução Gençel-Somgyi)

6. A obrigação de adotar a medida individual específica que “se solicitada, representa, em princípio, uma forma adequada de remediar a violação” (solução Oçalan-Sejdovic)

C. Outras medidas individuais incluídas na motivação:

1. A obrigação de tomar “todas as medidas possíveis” (não especificadas) para compensar as consequências negativas de qualquer dano, passado ou futuro, resultante da violação da Convenção (solução Maestri)

2. A obrigação (de meios) de realizar “todos os passos” para obter proteção de um terceiro em relação ao Contrato (a solução Hirsi)

3. A possibilidade (implícita) de usar todos os remédios internos de revisão referidos na motivação.

17. Diante das considerações anteriores, é inegável que, na prática consolidada da Corte, as obrigações impostas pelo dispositivo e aquelas incluídas apenas na parte de fundamentação da sentença têm a mesma força jurídica, apesar da diferente formulação que lhes é atribuída. A cláusula de reabertura é um instrumento fundamental para a execução das sentenças da Corte, cuja força jurídica independe de estar incluída na fundamentação ou no dispositivo da sentença. Uma conclusão diferente significaria que a linguagem das sentenças é ditada por caprichosas mudanças de humor ou, pior ainda, por considerações políticas. Escolher a formulação das sentenças da Corte não é uma questão de gosto do relator nem de uma câmara política, determinada pela necessidade de dar um tom mais ou menos enfático à medida individual diante da eventual relutância ou recusa de o Estado demandado a adotá-lo.

18. Em resumo, o Artigo 46 da Convenção atribui, se for o caso, efeitos jurídicos imperativos e individuais às sentenças da Corte no ordenamento jurídico interno do Estado demandado, incluindo a ordem de um novo processo, o reexame ou a reabertura de um processo penal. A cláusula de Oçalan deve ser lida de forma sistemática e coerente à luz da evolução da jurisprudência da Corte. Como será demonstrado, a variedade de fórmulas presentes na jurisprudência não só leva a um problema de falta de clareza da sentença e, portanto, de segurança jurídica, como também compromete a plena e efetiva execução das decisões da Corte. Infelizmente, esta sentença não traz a tão esperada diretriz nessa área, no sentido de colocar a cláusula de Oçalan no contexto da rica jurisprudência da Corte sobre medidas individuais de reparação para violações da Convenção e de reafirmar a força jurídica dessas medidas.

III. O DIREITO DE REABERTURA DE UM PROCESSO PENAL, DEPOIS QUE A CORTE TENHA DECLARADO UMA VIOLAÇÃO DA CONVENÇÃO (§§ 19-34)

Os rigorosos standards da Recomendação do Comitê de Ministros (2000) 2 (§§ 19-27)

19. A maioria da Grande Secção, alegando que não existe uma “abordagem uniforme entre os Estados Contratantes”, nega o direito de reabrir um processo criminal após o Tribunal ter constatado uma violação da Convenção. Ao avaliar a implementação da Recomendação (2000) 2 (doravante “a Recomendação”) em relação à revisão ou reabertura de certos processos nacionais na sequência das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a maioria conclui que “Na

maioria destes estados a reabertura do processo não é automática e está sujeita a critérios de admissibilidade”.¹⁴¹⁴ Na sentença de 27 de maio de 2009, a Corte Suprema também interpretou, por maioria de dois a um, o Artigo 449, parágrafo 1, alínea g), do Código de Processo Penal à luz da Recomendação do Comitê de Ministros n. R (2000)2¹⁴¹⁵ e com o mesmo idêntico conteúdo.

Tendo em vista que a maioria da Grande Câmara é a maioria da Corte Suprema, na sua sentença de 27 de maio de 2009, se referiram aos standards da Recomendação do Comitê de Ministros (2000)2 como ponto de partida de seu raciocínio, é necessário analisar esta Recomendação e sua implementação pelas Partes Contratantes da Convenção.

20. A Recomendação do Comitê de Ministros afirma que “em circunstâncias excepcionais, a revisão de um processo ou a reabertura de um processo se revelou o meio mais eficaz, senão o único, para obter a *restitutio in integrum*”. Além disso, o Comitê de Ministros convida as Partes Contratantes da Convenção a prever a reabertura dos processos internos em caso de violação substancial ou processual da Convenção. Em ambos os casos, quando o Tribunal constatar a violação, a vítima dessa violação de direitos humanos ainda sofrerá as graves consequências negativas, que só poderão ser sanadas com a reabertura do processo. Quando um erro ou deficiência processual for constatado por sentença da Corte, a reabertura do caso também depende da gravidade do erro ou deficiência, bem como da gravidade da dúvida sobre o resultado do procedimento interno.

21. A diferença de disciplina entre as violações substantivas e processuais da Convenção, no que diz respeito à reabertura de processos nacionais, gera uma incerteza deplorável. Considerando que a Corte nem sempre distingue entre violações substanciais e processuais, preferindo detectar uma violação global, nem sempre ficará claro qual critério aplicar: o critério mais severo, referente a reabertura do processo após constatada uma violação processual, ou o critério menos rigoroso relativo à reabertura após a apuração de uma infração substancial.

22. Além disso, a reabertura do processo só pode ser autorizada quando se verificarem duas condições cumulativas: a persistência do sofrimento de consequências negativas graves e a impossibilidade de remediar essas consequências através do remédio da justa indemnização. Nenhuma dessas condições é encontrada no Artigo 4., n. 2, do Protocolo 7. É difícil compreender por que razão a reabertura do processo, após a constatação, por parte da Corte, de uma violação da Convenção, deva estar sujeita a condições mais estritas do que as estabelecidas

1414 Ver o § 53 da sentença.

1415 Ver o § 28 da sentença.

pelo Artigo 4 (2) do Protocolo 7 para qualquer outro procedimento de reabertura interna.

23. Além disso, o requisito segundo o qual as consequências negativas de uma violação da Convenção “não sejam adequadamente remediadas por uma compensação justa e não possam ser remediadas, exceto por meio de um reexame ou uma reabertura”, delinea uma relação de subsidiariedade entre a reabertura do processo interno e a compensação justa. Daqui decorre que, sempre que possível, deve ser dada preferência a uma indemnização justa sobre a reabertura do procedimento nacional. Esta regra da subsidiariedade da reabertura contraria o Artigo 41 da própria Convenção. De acordo com esta disposição, o Estado demandado deve fazer o possível para garantir a reparação integral (e não uma “reparação parcial”) de uma violação declarada da Convenção, preferencialmente por meio de *restitutio in integrum*, o que significa elidir as consequências legais e materiais de seu ato ilícito, restabelecendo a situação que teria existido se aquele ato nunca tivesse sido cometido, devendo para tal fim reabrir o processo nacional que conduziu à prática de tal ato ilegítimo.¹⁴¹⁶ O ressarcimento pode certamente ser acrescido a restituição, na medida em que o dano não seja compensado por esta última,¹⁴¹⁷ mas não pode ser colocado como alternativa a ela, muito menos como alternativa preferível. Para dizer de modo lógico, a Recomendação inverte a ordem lógica de preferência estabelecida pelo Artigo 41 da Convenção. Em última análise, as rígidas disposições da recomendação não estão de acordo com os princípios de direito internacional segundo os quais um Estado responsável por um ato ilícito é obrigado, na medida do possível, à restituição, enquanto a compensação só pode ser considerada após se ter concluído que, por um motivo ou outro, a restituição não pode ser feita.¹⁴¹⁸

24. Pior ainda, o pressuposto que está por trás das disposições da Recomendação é que as violações dos direitos humanos podem ser “compradas”. Os governos podem evitar a reabertura de processos internos pagando por uma violação da Convenção estabelecida por uma sentença final da Corte, independentemente da natureza do direito ou da liberdade da Convenção que está sendo violada.

25. Além disso, a exigência de “sofrimento persistente” contraria a razão de ser do recurso extraordinário de reabertura do processo interno. Na grande

1416 O vínculo lógico e ontológico entre a *restitutio in integrum* e a reabertura do processo penal já havia sido estabelecido em *Piersack c. Bélgica* (Artigo 50), supracitado, § 11. Cabe destacar que, neste caso, a reabertura do procedimento levou a uma sentença idêntica à originalmente imposta. No entanto, a Corte considerou que o segundo processo interno “trouxo o resultado o mais próximo possível da *restitutio in integrum* do que era possível na natureza das coisas”, uma vez que o novo julgamento perante a Corte de Assise foi acompanhado de todas as garantias da Convenção.

1417 Neste sentido, ver o Artigo 34 do DARSIVA e o relativo comentário, § 2.

1418 Precisamente neste sentido, ver o comentário ao Artigo 35 do DARSIVA, § 3.

maioria dos Estados-Membros, a reabertura de um processo é permitida mesmo quando a pena já tenha sido cumprida ou o condenado já tenha falecido.

26. Entre outras coisas, o requisito de “sofrimento persistente” é altamente restritivo, pois exige “um nexó causal direto entre a violação constatada e o sofrimento persistente do lesado”,¹⁴¹⁹ além de “graves consequências negativas decorrentes da decisão nacional em questão”. É incerto se essas “graves consequências negativas” incluem a menção de uma condenação no registo criminal do infrator,¹⁴²⁰ o pagamento em prestações de uma condenação¹⁴²¹ ou as limitações à vida social e profissional da pessoa condenada, com um provimento de suspensão da pena, de liberdade condicional ou suspensão com período de prova. Quando a violação da Convenção foi cometida em processo penal, pode influir sobre a condenação ou sobre a sentença. Restituir o reclamante à mesma posição que teria desfrutado se a violação não tivesse ocorrido poderia justificar a revisão tanto da condenação como da pena ou somente da pena, qualquer que seja o grau de severidade desta.

b. O amplo consenso a nível europeu sobre a implementação da Recomendação (§§ 28-34)

28. Na esmagadora maioria dos Estados-Membros, o direito interno prevê expressamente o direito de solicitar a revisão ou reabertura de processos penais com base na constatação de uma violação por parte da Corte ou de uma sentença de um tribunal internacional, hierarquicamente superior à Corte¹⁴²². É o caso do Artigo 30bis do *Andorran Transitional Act* sobre procedimentos judiciais e do Artigo 19bis do *Justice Act*¹⁴²³ do Artigo 363 letras de a) a c) do Código de Processo Penal austríaco¹⁴²⁴, dos Artigos 442 *bis* e 442 *quinquies* do código Belga *d’instruction criminelle* e Artigo 116 da lei de 5 de fevereiro de 2016¹⁴²⁵, do Artigo 327 § 1(f) do Código de Processo Penal da Bósnia e Herzegovina¹⁴²⁶, do

1419 Vedi la relazione esplicativa alla Raccomandazione

1420 Ver o § 16 da sentença.

1421 Ver o § 17 da sentença.

1422 Para efeitos deste parecer, consultei todas as leis dos estados membros do Conselho da Europa e verifiquei as informações com a “Compilação de contribuições escritas sobre a disposição do ordenamento jurídico nacional para a revisão ou reabertura de procedimentos após a sentença da Corte”, de 31 de março de 2016 (DH-GDR (2015) 002REV), elaborado pelo Comité de Direção dos Direitos Humanos (CDDH) e o Comité de Peritos em Reforma da Corte (DH-GDR), bem como consultei todos os materiais disponíveis perante a Grande Câmara.

1423 Introduzido pela lei n. 16/2014, de 27 de julho de 2014, estas disposições não foram aplicadas até o momento.

1424 Curiosamente, no seu acórdão de 1 de agosto de 2007, a Corte Suprema austríaca estendeu o poder de reabrir o processo penal. Nesse caso, a Corte Suprema aplicou os critérios de admissibilidade dos artigos 34 e 35 da Convenção analogamente.

1425 Ver, entre outros, o acórdão da Corte de Cassação da Bélgica P08.05 F, 9 de abril de 2008.

1426 Além disso, os níveis mais baixos de governo na Bósnia e Herzegovina preveem também o direito a reabertura nos casos em que a Corte Europeia de Direitos Humanos tenha encontrado uma violação dos direitos humanos e a sentença do tribunal nacional foi baseada nessa violação (Código de Processo Penal da Federação da Bósnia e Herzegovina, Artigo.343 § 1 (f); República Srpska, Artigo 342 § 1 (đ), Código de Processo Penal do Distrito de Brčko, Artigo 327, § 1, (f). Após a sentença da Corte de Maktouf e Damjanovic, os respectivos processos penais foram reabertos.

Artigo 422 § 1 (4) do Código de Processo Penal da Bulgária, do Artigo 502 do código de Processo Penal Croata¹⁴²⁷, da Seção 119 da lei sobre o Tribunal Constitucional República Tcheca¹⁴²⁸, da lei cipriota n. 23 (I)/2015, de 25 de fevereiro de 2015¹⁴²⁹, do Artigo 457, § 1, alínea b), do Código de Processo Penal Holandês¹⁴³⁰, do Artigo 367, § 7, do Código de Processo Penal da Estônia, do Artigo 622-1 do código de processo penal francês¹⁴³¹, do Artigo 310 (e) do Código de Processo Penal da Geórgia¹⁴³², da Seção 359 § 6 do Código de Processo Penal Alemão¹⁴³³, do Artigo 525, parágrafo 1, letra e), do Código de Processo Penal grego¹⁴³⁴, do Artigo 416 § 1 (g) do Código de Processo Penal Húngaro¹⁴³⁵, do Artigo 655 § 2 (5) da lei da Letônia sobre o processo penal¹⁴³⁶, do Artigo 456 do Código de Processo Penal lituano¹⁴³⁷, do Artigo 443 § 5 do Código de Processo Penal do Luxemburgo¹⁴³⁸, da Seção 449 § 1 (6) da Lei de Processo Penal da Macedônia, do Artigo 508 § 4 do Código de Processo Penal de Mônaco, Artigo 464 do código de processo penal da Moldávia¹⁴³⁹, do Artigo 424 § 6 do Código de Processo Penal de Montenegro, seção 391, § 2, da Lei de Processo Penal Norueguês¹⁴⁴⁰, do Artigo 540, § 3, do Código de Processo Penal polonês¹⁴⁴¹, de Artigo 449 § 1 g) do Código de Processo Penal Português, do Artigo 465 do Código de Processo Penal romeno¹⁴⁴², do Artigo 200 do Código de Processo Penal de San Marino¹⁴⁴³,

1427 Ver a decisão da Corte Constitucional croata n. U-III -3304/2011 de 23 de janeiro 2013, que estabelece os critérios de avaliação de um pedido de reabertura do processo em com base em uma constatação da Corte, de uma violação da Convenção.

1428 Na República Tcheca, a reabertura do processo após a decisão da Corte é possível nos casos em que a Corte Constitucional tenha decidido. De acordo com o Artigo 119 de Lei do Tribunal Constitucional (n. 182/1993), o requerente pode requerer a reabertura do processo perante a Corte Constitucional se a Corte considerar que os seus direitos foram violados. Sobre a jurisprudência nacional, ver a referida Compilação, p. 15

1429 Até agora, não houve nenhum pedido ao Supremo Tribunal sob esta lei. A lei foi promulgada para cumprir as decisões da Corte em dois casos (ver *Kyprianou c. Chipre* e *Panovitz c. Chipre*).

1430 Para a jurisprudência nacional, ver Compilação, supramencionada, p. 67.

1431 Sobre a jurisprudência nacional, ver Compilação, supramencionada, pp. 37-42.

1432 Ver a reabertura do processo após o *leading case Taktakishvili c. Geórgia* (dez.), n. 46055/06, 16 de outubro de 2012, e *Sulkan Molashvili c. Geórgia* (dez.), n 39726/04, 30 de setembro de 2014.

1433 Não há presunção legal de nexo de causalidade entre uma violação de direitos processuais fundamentais garantidos pela Convenção e uma sentença definitiva (ver decisão do Tribunal Constitucional Federal de, 12 de janeiro de 2000). Por exemplo, no caso *Gäfgen*, o Superior Tribunal Regional de Frankfurt negou a reabertura do processo, uma vez que, na sua opinião, a violação da Convenção, durante o procedimento de investigação, não teve impacto sobre a condenação definitiva a que se refere o acórdão recorrido, uma vez que a condenação nacional se baseou na confissão dos arguidos durante o processo (Tribunal de Recurso de Frankfurt, decisão de 29 de junho de 2012).

1434 Na jurisprudência nacional, Ver as sentenças nn. 159/2005, 2214/2005, 1566/2010 e 1613/2010

1435 Ver, por exemplo, as decisões da Corte Suprema de reabertura dos processos internos em *Vajnai c. Hungria*, *Fratanoló c. Hungria* e *Magyar c. Hungria*.

1436 Para a jurisprudência nacional, ver Compilação, supramencionada, pp. 55-56.

1437 Para a jurisprudência nacional, ver Compilação, supramencionada, p. 60.

1438 Ver, por exemplo, a sentença da Corte de Cassação de 9 de Junho DE 2016 (n. 26/16 pen., n. 3742).

1439 Para a jurisprudência nacional, ver Compilação, supramencionada, p. 64.

1440 Ver, por exemplo, a sentença da Corte Suprema de 7 de setembro de 2016, posterior ao julgamento *Kristiansen c. Noruega*.

1441 Ver a resolução interpretativa da Corte Suprema polonesa, de 26 de junho de 2014, e outros julgados na Compilação, supramencionada, pp. 71-72.

1442 Para a jurisprudência nacional, ver Compilação, supramencionada, pp. 80-82.

1443 Conforme alteração pela lei de 24 de fevereiro 2000, n. 20, e posteriormente pela lei de 27 de junho de 2003, n. 89. Houve apenas um caso em que foi ordenada a reabertura, de acordo com a decisão *Tierce c. São Marino*.

da Seção 394, §§ 1-3, do Código de Processo Penal eslovaco¹⁴⁴⁴, do Artigo 954, § 3, do Código de Processo Penal Espanhol¹⁴⁴⁵, do Artigo 122 da Lei Federal de 17 de junho de 2005, sobre o Tribunal Federal da Suíça¹⁴⁴⁶, do Artigo 311 (f) do Código de Processo Penal turco¹⁴⁴⁷ e do Artigo 445 do Código de Processo Penal ucraniano¹⁴⁴⁸. Apenas em dois estados membros, Azerbaijão¹⁴⁴⁹ e Rússia¹⁴⁵⁰, a existência de disposições expressas sobre a existência de disposições expressas sobre a reabertura do processo penal, por força de uma sentença da Corte não é acompanhada do reconhecimento do direito individual de reabertura em favor do sujeito condenado.

29. Em alguns Estados Membros, a ausência de uma disposição expressa destinada a assegurar a reabertura do processo penal em conformidade com uma sentença final da Corte foi preenchida por uma interpretação dinâmica das disposições gerais sobre revisão previstas no código de processo penal ou do direito

1444 Ver, por exemplo, a reabertura bem-sucedida após a sentença *Zachar e Čierny* (CM / ResDH (2016) 294).

1445 Para a jurisprudência nacional, ver Compilação, supramencionada, p. 107 e, em em particular o *leading case* representado pelo Tribunal Constitucional n. 245/1991, de 16 de dezembro de 1991, após a sentença *Barberà, Messegué e Jabardo c. Espanha*. Ver também o acordo não jurisdicional da Corte Suprema, de 21 de outubro de 2014 e suas sentenças n. 145/2015, de 12 de março de 2015, após a sentença *Almenara Alvarez c. Espanha*.

1446 Para a jurisprudência nacional, ver Compilação, supramencionada, p. 116, e em particular a sentença da Corte federal suíça n. 6S.362/2006, de 3 de novembro de 2006.

1447 Ver, por exemplo, *Oçalan c. Turquia* (dez.), n. 5980/07, 6 de julho de 2010, e *Erdemli c. Turquia* (dez.), n. 33412/03, 5 de fevereiro de 2004.

1448 Ver, por exemplo, *Yaremko c. Ucrânia* (n.2), n. 66.338/09, de 30 de abril de 2015, e o procedimento de reabertura após a sentença *Zhyzitskyi c. Ucrânia*.

1449 Ver Artigo 456 do Código de Processo Penal da República do Azerbaijão. O Governo tem um poder discricionário para pedir a reabertura, sendo o Plenário da Corte obrigado a reabrir um processo, no prazo de três meses a contar da recepção da respectiva cópia da sentença definitiva da Corte. A vítima da violação dos direitos humanos não é tem o direito de solicitar a reabertura

1450 Para a jurisprudência nacional ver Compilação, supramencionada, pp. 86-87. O Plenário da Corte Suprema, em sua sentença n. 21, de 27 de junho de 2013, sublinhou que, ao avaliar se uma sentença precisa ser reexaminada, deve-se levar em conta o nexo de causalidade entre a violação constatada da Convenção e os contínuos prejuízos negativos sofridos pelo recorrente. Na sua decisão de 6 de dezembro de 2013, a Corte Constitucional da Rússia salientou que “um tribunal de jurisdição geral não pode recusar reabrir uma decisão judicial, que se tornou definitiva, como fase processual, devido a uma decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos”. Mais recentemente, a decisão da Corte Constitucional da Rússia de 14 de janeiro de 2016 estabeleceu que “se [a Corte] considerou ter havido uma violação da Convenção, em particular se uma sentença penal final foi considerada injusta devido a um erro substantivo de um juiz que afetou a essência do julgamento, pelo que esta decisão deve ser reexaminada, o Presidente da Corte Suprema é obrigado a apresentar um pedido correspondente [para o reexame]”. A vítima da violação dos direitos humanos não tem o direito de solicitar a reabertura.

processual. É o que aconteceu na Albânia¹⁴⁵¹, Dinamarca¹⁴⁵², Finlândia¹⁴⁵³, Islândia¹⁴⁵⁴, Irlanda¹⁴⁵⁵, Itália¹⁴⁵⁶, Suécia¹⁴⁵⁷ e Reino Unido¹⁴⁵⁸.

Em Malta, a reabertura pode ser solicitada nos termos do Artigo 6 de Convenção, segundo a qual qualquer sentença da Corte a que se aplique uma declaração do Governo de Malta, em conformidade com o Artigo 46 da Convenção, pode ser executada pela Corte Constitucional. Além disso, o Primeiro-Ministro pode, de ofício ou a pedido de uma pessoa condenada por “ato de Acusação”, remeter o processo para a Corte penal de Apelação. Em tal hipótese, o caso será julgado como se fosse uma apelação interposta por uma pessoa condenada, e a referida Corte de Apelação presumivelmente poderá considerar qualquer violação da Convenção constatada pela Corte, no momento de decidir se anula a condenação e ordena um novo julgamento. No entanto, esses dois mecanismos (a execução do Acórdão do TEDH pelo Tribunal Constitucional e remessa de um processo para a Corte de Apelação penal por parte do Primeiro Ministro) nunca foram usados.¹⁴⁵⁹

1451 Na Albânia, a Corte Constitucional reconheceu, com base numa interpretação de artigos 10 e 450 do Código de Processo Penal, o poder da Corte Suprema de ordenar a revisão das decisões definitivas que sejam fundadas em violações constatadas pela Corte. Para a jurisprudência nacional, ver a Compilação, supracitada, pp. 3-4

1452 De acordo com o Artigo 977, § 1, da Lei sobre a Administração da Justiça dinamarquesa, um condenado pode requerer a reabertura do processo penal se circunstâncias particulares indicarem claramente que as provas não foram devidamente avaliadas. Com efeito, a sentença *Jersild* levou à reabertura do processo por ser considerada uma “circunstância especial” (ver Resolução DH (95) 212)). A prática era restritiva, uma vez que a reabertura nestas circunstâncias só foi ordenada somente num outro caso.

1453 Capítulo 31, Seção 1, Subseção 1, Subparágrafo 4, e Seção 8 e Seção 8 (a) do Código de Processo Penal Final. A jurisprudência da Suprema Corte tem sido variada, mas a decisão principal da Corte Suprema, de 24 de maio de 2012, referiu-se à Recomendação 2000 (2) (ver Compilação, supracitada, pp. 27-29).

1454 A reabertura pode ser solicitada se houver defeitos materiais no processo, que tenham influído no resultado da controvérsia. Os critérios para a reabertura dos processos penais são regidos pela lei de processo penal (seções 211 e 215), especificamente devendo ter surgido novas provas que teriam sido consideradas de grande importância para o resultado do caso se elas estivessem disponíveis antes da sentença final ser proferida. Por exemplo, os processos internos foram reabertos na sequência da sentença *Arnarsson contra a Islândia*.

1455 Na Irlanda, qualquer reclamante que tenha obtido uma declaração de violação do Artigo 6 se enquadra nas disposições da Seção 2 da Lei de Processo Penal de 1993, que permite ao condenado alegar um fato novo ou recentemente descoberto que demonstre que houve um erro judicial, requerer à Corte de Apelação Criminal uma ordem de anulação da sua condenação. Com efeito, na sequência da sentença da Corte no Caso *Quinn c. Irlanda*, a *High Court* anulou a condenação por este motivo. Esse é o único exemplo semelhante.

1456 Com a sentença n. 113, de 4 de abril de 2011, a Corte Constitucional italiana decidiu que o Artigo 630 do código de processo penal era ilegítimo, pois não incluía, entre casos de revisão de sentença ou decreto, a reabertura do processo penal após a constatação de uma violação da Convenção com uma sentença definitiva da Corte. Mas, antes dessa decisão, a Corte Suprema já havia admitido o reexame ou a reabertura do processo penal após as sentenças da Corte, com base no Artigo. 670 do Código de Processo Penal. Ver as sentenças da Corte de Cassação, como por exemplo, n. 2800/2006, no caso *Dorigo*, e n. 4463/2011, no caso *Labita*, o primeiro anterior à pronúncia da Corte Constitucional e a segunda subsequente.

1457 A Corte Suprema sueca considerou, na sentença de 13 de julho de 2013, que a reabertura poderia ser concedida em determinadas situações, com base no Artigo 13 da Convenção e no direito processual sueco. Isso pode ocorrer em situações em que a reabertura é considerada a medida substancialmente mais adequada de justa satisfação com relação a outras medidas disponíveis, desde que a violação em questão seja de natureza grave.

1458 De acordo com o Artigo 13 do Criminal Appeal Act de 1995, a Comissão de Revisão dos Casos Criminais remete o caso à Corte de Apelação, quando a Comissão considera “que existe uma possibilidade real de que a sentença não teria sido confirmada se o requerimento fosse foi realizado”. Após a sentença *Salduz*, os critérios de referência foram alterados pela Comissão Escocesa de Revisão de Litígios Criminais (seção 194 C (2) da Lei de Processo Penal (Escócia) de 1995, conforme alterada).

1459 No entanto, em seu relatório de 2008, o CDDH também incluiu Malta, Irlanda e Reino Unido entre Estados-Membros em que era possível a reabertura de processos penais (CDDH (2008) 008 Add. I, § 8).

Na Sérvia, o Artigo 473 do novo código de processo penal poderia servir de base para legitimar a reabertura de processos penais para dar execução às decisões da Corte, se estas últimas vierem no futuro a ser interpretada como “novos fatos” ou “novas provas”, mas isso ainda não aconteceu.¹⁴⁶⁰ O mesmo se pode dizer da Arménia¹⁴⁶¹ e da Eslovénia.¹⁴⁶²

30. Por último, o Liechtenstein é o único Estado-Membro em que a reabertura ou revisão de condenações penais não é possível por força de uma decisão da Corte. A ausência desse direito é justificada pelo conceito jurídico de coisa julgada (*res iudicata*) e pela segurança jurídica.¹⁴⁶³

31. A reabertura às vezes está sujeita a certas condições de acordo com os critérios enumerados na Recomendação (2000) 2 do Comitê dos Ministros (II [i] e [ii]). Alguns Estados-Membros preveem que o condenado deve continuar a sofrer as consequências negativas da violação acertada pela Corte ou os efeitos da condenação (Bélgica, França, República da Moldávia, Mônaco, Portugal¹⁴⁶⁴, Romênia, Federação Russa¹⁴⁶⁵, San Marino, Eslováquia, Espanha e Suécia¹⁴⁶⁶). Em alguns outros estados membros, não é necessária uma relação de causalidade efetiva entre a violação e o dano decorrente do julgamento interno, bastando o nexo de causalidade potencial. Para que a reabertura do processo seja permitida, alguns Estados também exigem que a decisão nacional impugnada seja “baseada” na violação constatada pela Corte (Bósnia e Herzegovina, Alemanha e Montenegro) ou que a violação seja de “importância essencial no caso em espécie” (Bulgária) ou que uma nova audiência leve a uma decisão diferente (Noruega). Outros Estados parecem ter um limite de corte mais baixo, exigindo apenas que não se pode descartar que a violação possa ter influenciado o conteúdo da decisão nacional de forma prejudicial para a pessoa envolvida (Áustria) ou que a descoberta de uma violação pode ter afetado o resultado da decisão (Estónia). No que diz respeito às violações da Convenção ocorridas no curso de processos internos, em

1460 No passado, sob a vigência do anterior código de processo penal, houve apenas dois casos de reabertura do processo penal, após as sentenças da Corte, em *Stanimirovic c. Sérvia* e *Hajnal c. Sérvia*

1461 Ver o Artigo 408 do Código de Processo Penal arménio.

1462 Ver o Artigo 416 do Código de Processo Penal esloveno. Até recentemente, não havia prática de reabertura do processo penal após uma sentença da Corte (Compilação, supracitada, 96), mas ver a decisão do Tribunal Constitucional Esloveno n. U-I-223/09, Up-140/02, de 14 de abril de 2001, sobre a reabertura do processo civil.

1463 Comitê de Especialistas em Reforma do Tribunal (DH-GDR): visão geral da troca de opiniões realizadas na oitava reunião da DH-GDR, sobre as disposições do direito interno para o reexame ou reabertura de processos, após as sentenças da Corte, p. 4, § 8. Após a sentença *Steck-Risch e outros c. Liechtenstein*, n. 63151/00, os recorrentes solicitaram a reabertura do processo nacional. Os tribunais nacionais recusaram-se a concedê-lo, o que resultou em *Steck-Risch c. Liechtenstein* (n 2). Este pedido foi declarado inadmissível.

1464 Ver a interpretação da Corte Suprema do Artigo 449 § 1 g), em sua sentença de 27 de maio de 2009.

1465 Como uma circunstância que deve ser levada em consideração na avaliação da necessidade do reexame de uma sentença, de acordo com a sentença n. 21, de 27 de junho de 2013 do Plenário da Corte Suprema russa.

1466 De acordo com a jurisprudência sueca, uma das possíveis razões para a reabertura é que a medida seja necessária para interromper uma privação de liberdade equivalente a uma violação dos direitos do indivíduo. Ver a decisão da Corte Suprema, de 13 de julho 2013

alguns Estados a reabertura só é permitida se as deficiências processuais levantarem dúvidas sobre o resultado do procedimento controvertido (Bélgica, Lituânia, Noruega e Polónia). No Reino Unido, a Comissão de Revisão de Casos Penais encaminhará o caso para o Corte de Apelação, quando o considerar “que existe uma possibilidade real de que a sentença não seja confirmada se o julgamento foi remetido a Corte de Apelação” (ou seja, uma possibilidade real que a sentença seria anulada pela *Court of Appeal*). Em Malta, se um processo criminal é remetido pelo Primeiro-Ministro à Corte de Apelação Penal, este pode ordenar novo julgamento em virtude de irregularidade procedimental ou de uma errônea interpretação ou aplicação da lei, o que poderia ter afetado a condenação original, “se o Tribunal considera que os interesses da justiça assim o exigem”.

As legislações de outros Estados-Membros estipulam que os efeitos das violações podem ser remediados somente mediante o reexame ou reabertura, que essas formas de proteção são necessárias para remediar esses efeitos, ou que não pode ser sanada por compensação ou simples indenizações (Andorra, Bélgica, Estónia, França, Itália, Lituânia, República Moldávia, Mônaco, Holanda, Noruega, Portugal¹⁴⁶⁷, Roménia, San Marino, Eslováquia, Espanha e Suíça). Em Montenegro, é o suficiente que a reabertura do processo seja capaz de remediar a violação constatada pela Corte. Na Suécia, a jurisprudência nacional estabeleceu que a reabertura pode ser ordenada quando for considerada medida mais adequada do que outras medidas disponíveis.

Em alguns outros Estados-Membros, a legislação exige que ambos os tipos de condições (a reabertura como único meio para remediar os efeitos da violação e a continua existência das consequências negativas da violação), sejam obedecidos cumulativamente (Bélgica, França, República da Moldávia, Mônaco, Portugal, Roménia, San Marino, Eslováquia e Espanha).

32. No que diz respeito ao tipo de violação constatada pela Corte, a grande maioria dos Estados-Membros não distingue entre os casos em que o processo foi iníquo (violação do Artigo 6) e os casos em que é seu resultado ou a decisão se coloque, no mérito, em conflito com a Convenção (por exemplo, com o Artigo 10). Algumas legislações fazem expressamente referência a ambos os tipos de violações, de acordo com a Recomendação (2000) 2 do Comité de Ministros (Bélgica, Grécia, Hungria, Noruega e Polónia), mas apenas três deles têm regras diferentes dependendo a natureza da infracção (Bélgica, Noruega e Polónia).

33. Em vários sistemas jurisdicionais nacionais e encontram casos em que o remédio de reabertura foi implementado com sucesso. Na hipótese em que a Corte constatou violações do Artigo 6 todos admitem a anulação das senten-

¹⁴⁶⁷ Ver a sentença da Suprema Corte, de 27 de maio de 2009.

ças nacionais originais e o reexame do processo, determinando a correção dos defeitos identificados pela Corte, com um resultado idêntico (condenação) ou diferente (por exemplo, absolvição). Esses casos se referem a diferentes tipos de infrações ao Artigo 6, incluindo violações do princípio da certeza do direito¹⁴⁶⁸, do direito à motivação da sentença¹⁴⁶⁹, do direito à audiência pública e valoração direta das provas pelo juiz de condenação¹⁴⁷⁰, dos direitos de defesa nos termos do Artigo 6 parágrafo 3, letra d)¹⁴⁷¹, do direito a um julgamento justo em caso de indução ao crime por parte da polícia¹⁴⁷² e do direito à presunção de inocência¹⁴⁷³.

Em alguns ordenamentos, como Armênia, Dinamarca, Irlanda, Malta, San Marino e Sérvia, um sinal preocupante da indiferença dos tribunais nacionais para com as sentenças da Corte que atestam uma violação da Convenção se deve à absoluta falta ou inexistência de uma prática jurisprudencial destinadas a assegurar a reabertura do processo penal diante de uma sentença da Corte. Ainda mais grave é a situação na Rússia e na Azerbaijão, onde as vítimas de violações dos direitos humanos não têm direito de solicitar a reabertura do processo. Esta situação contrasta com a atitude de abertura em relação à jurisprudência da Corte manifestado por outros sistemas judiciais, como Albânia, Áustria, Bélgica, França, Geórgia, Grécia, Lituânia e Moldávia.

34. Em resumo, existe um amplo consenso a nível europeu sobre a existência de um direito individual a reabertura de processos penais em razão de uma violação da Convenção constatada pela Corte, com apenas três estados se desviando dessa solução¹⁴⁷⁴. Também uma pequena minoria de estados europeus prevê que os efeitos da violação detectada só podem ser reparados pela reabertura, enquanto uma minoria ainda menor estabelece que o condenado deve continuar a sofrer as consequências negativas da violação apurada pela Corte. Apenas nove estados estabelecem ambos os critérios materiais de admissibilidade.

Portanto, as observações de direito comparado realizada pela maioria, conforme descrito nos parágrafos 34-39 da sentença, não refletem a realidade dos fatos. O inadequado método comparativo seguido pela maioria, baseado em uma abordagem estritamente descritiva, pode ser criticado por duas razões principais: *in primis*, não identificou corretamente a finalidade do exame comparativo (por

1468 Reabertura após a sentença, *Xberaj c. Albânia*, 29 de julho de 2008.

1469 Reabertura após o julgamento, *Fraumens c. França*, 10 de janeiro de 2013.

1470 Reabertura após a sentença *Popovici c. Moldávia*, 27 de novembro de 2007, e *Almenara Álvarez c. Espanha*, 25 de outubro de 2011.

1471 Reabertura após a sentença *Taal c. Estônia*, 22 de novembro de 2005.

1472 Reabertura após a sentença *Lalas c. Lituânia*, 1 de março de 2011

1473 Reabertura após a sentença *AP, MP e T.P. c. Suíça*, 29 de agosto de 1997.

1474 O Lichtenstein não tem possibilidade de reabrir o processo penal por força de uma sentença da Corte, enquanto o Azerbaijão e a Rússia têm essa possibilidade, mas não é reconhecido nenhum direito individual à reabertura do processo para as vítimas de violação dos direitos humanos

que comparar, com que finalidade) e, *in secundis*, se revelou falho em não conseguir identificar as fontes apropriadas e o parâmetro de comparação (o que e como comparar). Mesmo a completude da comparação deixa muito a desejar, tendo a maioria optado por uma abordagem puramente descritiva-quantitativa em relação ao material disponível, sem qualquer análise das diferenças e especificidades dos sistemas jurídicos nacionais, incluindo a jurisprudência dos tribunais nacionais nisto compreendido a jurisprudência dos competentes tribunais nacionais e a prática de outras autoridades políticas e administrativas competentes. Tal método comparativo, metodologicamente incorreto, não pode levar a outro resultado senão a uma avaliação errônea do consenso europeu.

SEGUNDA PARTE (§§ 35-56)

4. A APLICABILIDADE DO ARTIGO 6 A IMPUGNAÇÃO EXTRAORDINÁRIA PARA A REABERTURA DE UM PROCESSO PENAL (§§ 35-44)

a. A interpretação evolutiva do Artigo 6 CEDH pela maioria (§§ 35-39)

35. A Corte se colocou em conformidade com a leitura tradicional, de acordo com a qual o Artigo 6 § 1 da Convenção não garante o direito à reabertura do procedimento¹⁴⁷⁵, sustentando que não tem competência *ratione materiae* sobre requerimentos sobre remédios extraordinários para a reabertura do processo penal, uma vez que dizem respeito a uma fase do processo em que o autor do crime ele não pode mais ser considerado “acusado de um crime”.

36. Em 2015, o Tribunal deu um passo à frente na área do direito civil, admitindo que o Artigo 6 não é normalmente aplicável a recursos extraordinários destinadas a obter a reabertura de processos judiciais já definidos, a menos que a natureza, o alcance e as especificidades do processo sobre determinado recurso extraordinário num ordenamento jurídico particular seja tal a permitir procedimento desse tipo de recurso, no contexto do Artigo 6 § 1 e das garantias de um processo justo que esse assegure às partes envolvidas¹⁴⁷⁶.

No mesmo ano, essa jurisprudência da Grande Câmara foi aplicada em um caso de direito penal¹⁴⁷⁷, no qual a Corte considerou que a Corte Suprema, excluindo do corpo probatório a confissão feita pelo requerente, na ausência do seu advogado, na sequência da precedente decisão da Corte, e reavaliando as provas

1475 Ver, entre outros, *Zawadzki c. Polónia* (dez.), n. 34158/96, 6 de julho de 1999, e *Sablon c. Bélgica*, n. 36445/97, § 86, 10 de abril de 2001.

1476 Ver *Bochan c. Ucrânia* (n 2) [GC], n. 22251/08, § 50, 5 de fevereiro de 2015.

1477 Ver *Yaremko c. Ucrânia* (n. 2), supramencionada.

restantes para confirmar condenação do requerente, tinha feito um reexame do processo do requerente. A Corte equiparou a situação jurídica em que o requerente se encontrava com aquela do requerente do caso de *Bochan* (n. 2). Neste caso, a Corte considerou aplicável o Artigo 6, embora decidir não mudar o desfecho do caso, tendo em vista que a Corte Suprema havia realizado uma “reconsideração” do pedido do recorrente com base em novos fundamentos relacionados com a sua interpretação da sentença da Corte. Portanto, de acordo com o Artigo 6 da Convenção, o procedimento em questão dizia respeito à determinação da culpa do requerente por ter cometido um crime. Esta “reconsideração” representa um importante motivo novo, no contexto de uma nova demanda sobre a qual a Corte pode tratar.

37. De acordo com a sentença em questão, o Artigo 6 da Convenção é aplicável aos remédios extraordinários destinadas à reabertura do processo penal sempre que o juiz de apelação for chamado a decidir acusação criminal¹⁴⁷⁸. Em última análise, esta interpretação evolutiva do Artigo 6 equipara recursos ordinários e recursos extraordinários para reabertura dos procedimentos, transformando este último numa “extensão” dos primeiros¹⁴⁷⁹. Para dizer com clareza cristalina, isso representa o ponto de chegada do processo de reconhecimento da plena aplicabilidade do Artigo 6 às apelações extraordinárias para a reabertura de um processo penal, e representa também o valor acrescentado da frase em questão¹⁴⁸⁰.

38. Este corajoso e louvável desenvolvimento da jurisprudência é acompanhado

do não menos apreciável reconhecimento de competência da Corte para se pronunciar sobre a não execução de suas sentenças, isto é, nos casos em que os tribunais nacionais se recusem a reabrir o processo penal, após a constatação de uma violação da Convenção.

Mesmo nesses casos, a Corte está consolidando sua jurisprudência. De acordo com o Artigo 46 § 2 da Convenção, o papel de supervisão sobre a execução das sentenças da Corte conferido ao Comitê de Ministros não significa que as medidas tomadas por um Estado demandado para executar uma sentença proferida pela Corte não possa suscitar uma nova

1478 Ver o § 65 da sentença.

1479 Ver o § 72 da sentença.

1480 Isso está de acordo com a posição da Resolução do Comitê de Ministros DH (2004) 31, no caso *Sadak, Zana, Dogan e Dicle c. Turquia*, segundo a qual os Estados devem garantir o princípio da presunção de inocência e os princípios relativos à prisão provisória durante o processo de reabertura. Em outras palavras, os artigos 5 e 6 da Convenção se aplicam após a decisão de reabrir um processo penal.

Questão sobre as normas da Convenção, tornando-se assim objeto de um novo pedido que poderá ser examinado pela Corte¹⁴⁸¹.

39. *Emre* (n. 2)¹⁴⁸² colocado um ponto final nesta tendência jurisprudencial. Em *Emre*¹⁴⁸³, a Câmara criticou uma medida de afastamento por tempo indeterminado. Em *Emre* (n. 2), outra Câmara reconheceu a competência da Corte para decidir sobre a execução de suas sentenças, apesar do fato de que o Tribunal Federal Suíço ter aceitado o pedido de reabertura do caso e ter substituído a medida de expulsão da Suíça imposta ao requerente, de duração indefinida, com medida de afastamento por dez anos, a partir de 2 de junho de 2003. A Câmara constatou uma violação do Artigo 8, em conjugação com o Artigo 46, por considerar que o Tribunal Federal aplicou erroneamente a primeira decisão *Emre* da Corte¹⁴⁸⁴. Com esta decisão, a Grande Câmara confere sua autoridade à sentença *Emre* (n. 2), abordando o problema diretamente a inexistência ou a execução insuficiente das sentenças da Corte.

b. A interpretação errônea da lei portuguesa pela maioria (§§ 40-44)

40. O louvável passo em frente dado pela maioria sob a perfil da aplicabilidade do Artigo 6 da Convenção aos recursos extraordinários, relativa à reabertura do processo penal é ainda mais significativa considerando que se baseia numa interpretação errônea do direito nacional. A maioria interpretou mal a rede normativa interna relativa aos recursos extraordinários no âmbito do processo penal, a fim de chegar à conclusão de que o recurso extraordinário de reabertura de julgamento perante a Corte Suprema, nos termos do Artigo 449 do Código de Processo Penal, “determina uma acusação penal” e, em consequentemente, reingressa no âmbito de aplicação do Artigo 6 da Convenção¹⁴⁸⁵. Uma equivalente interpretação equivocada da lei nacional, convenientemente aplica ao caso em análise a extensão, realizada pela maioria, do fundamento lógico da sentença de *Bochan* (n.2) ao contencioso penal, na qual se requeria que o recurso extraordinário de reabertura dos processos fosse “de natureza e alcance semelhantes aos do recurso ordinário”¹⁴⁸⁶, sendo de se considerar aplicáveis as garantias do Artigo 6 da Convenção ao recurso extraordinário em causa.

1481 Ver, entre outros, *Mehemi c. França* (n. 2), n. 53470/99, § 43, CEDH 2003-IV, e *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suíça* (n. 2) [GC], citado acima, § 62.

1482 Ver *Emre c. Suíça* (n. 2), n. 5056/10, 11 de outubro de 2011.

1483 Ver *Emre c. Suíça*, n. 42034/04, 22 de maio de 2008.

1484 Ver *Emre c. Suíça* (n. 2), supramencionada, § 75.

1485 Ver o § 70 da sentença.

1486 Ver o § 60, letra b) da sentença

41. A questão requer uma análise mais aprofundada sobre a complexidade de direito nacional. Juridicamente, é errôneo argumentar que na lei portuguesa o apelo extraordinário para a reabertura do processo penal apresenta “algumas características em comum com uma impugnação por motivos de direito”¹⁴⁸⁷. Como bem apontou o governo¹⁴⁸⁸, esses dois remédios se diferenciam nos requisitos de admissibilidade, legitimidade de agir, prazos, formalidades, tribunal competente, jurisdição do tribunal e garantias processuais do recorrente. Recursos ordinários (*recursos ordinários*) e recursos extraordinários (*recursos extraordinários*) são regulamentados, respectivamente nos títulos I e II do Livro IX do Código de Processo Penal. Existem disposições comuns aplicáveis seja aos recursos ordinários perante o Tribunal de Apelação, seja aos recursos ordinários perante a Corte Suprema (arts 399. a 426-A), mas não há dispositivos comuns aplicáveis seja aos recursos ordinários seja aos extraordinários. Eles são regulados separadamente, em diferentes Títulos do Código. O Artigo 448 prevê a aplicação subsidiária das disposições relativas aos recursos ordinários ao recurso de uniformização de orientações jurisprudenciais, mas não há regra semelhante para a apelação para a reabertura do processo. Portanto, é errado argumentar que no direito português o recurso extraordinário referido no Artigo 449 do código de processo penal constitui uma “extensão” do processo anterior terminado, como concluído na sentença de 19 de dezembro de 2007¹⁴⁸⁹. A própria Suprema Corte sempre sustentou que o recurso extraordinário para a reabertura de um processo não é um “recurso disfarçado” ou um “substituto dos recursos ordinários”, razão pela qual não deve ser “facultativo a ponto de minimizar e, portanto, subestimar a reabertura” como se fosse uma simples continuação do procedimento anterior¹⁴⁹⁰.

42. Em suma, quando exercita os seus poderes, nos termos do Artigo 449 do código processo penal, a Corte Suprema não é chamada a “decidir uma acusação penal”¹⁴⁹¹. A Corte Suprema verifica apenas os critérios de admissibilidade colocado como fundamento do pedido de reabertura e, se o pedido for aceito, a nova decisão da acusação penal é proferida por outro tribunal, conforme exigido pelo Artigo 457¹⁴⁹².

1487 Ver o § 69 da sentença.

1488 Ver o § 43 da sentença.

1489 Ver o § 72 da sentença.

1490 Ver, por exemplo, os acórdãos da Corte Suprema, de 17 de junho de 2015, procedimento interno n. 157/05.4 JELSB-O.01, e de 26 de março de 2014, processo nacional n. 5918/06.4TDPRT.P1.

1491 Ver o § 72 da sentença.

1492 O argumento da maioria, nos §§ 69 e 72, é um exemplo clássico de argumentação “em terreno escorregadio”. Inicialmente a maioria interpreta a tarefa da Corte Suprema, nos termos do Artigo 449 § 1 (g) do Código de Processo Penal que tarefa de “ordenar” a revisão, e continua admitindo que a decisão da Corte Suprema “é provável que será decisivo” para a nova decisão da acusação penal, chegando à conclusão de que a Suprema Corte “é concentrada sobre a determinação”.

43. A conclusão da maioria de que “a Suprema Corte uma vez mais se concentra sobre o acerto, nos termos do Artigo 6 § 1 da Convenção, do mérito da acusação penal formulada contra o recorrente” expande o conceito autônomo de “acerto sobre o mérito da acusação penal”. Se nada impede a Corte de estabelecer uma autônoma concepção da noção de “acerto sobre o mérito da acusação penal”, para os fins de considerar aplicável o Artigo 6 aos remédios extraordinários visando a reabertura do processo penal, este exercício interpretativo, no entanto, não deve ser conduzido com base em uma interpretação da lei nacional que desvirtue o sentido dos recursos extraordinários no Código de Processo Penal português.

44. Não só a conclusão da maioria é juridicamente infundada, mas também levanta outro grave problema com referência ao princípio de esgotamento dos recursos internos. O silêncio da maioria sobre este ponto implica a inferência altamente problemática de que um pedido de reabertura do procedimento ou a utilização de recursos semelhantes deve, como regra geral, ser levados em consideração para os fins do Artigo 35 § 1 da Convenção¹⁴⁹³. O que representaria um deplorável desenvolvimento jurisprudencial.

V. A aplicação do Artigo 6 CEDH no presente caso (§§ 45-56)

a. A interpretação do Supremo Tribunal Federal do Artigo 449 § 1 g) do Código de processo penal (§§ 45-50)

45. Na sentença de 21 de março de 2012, a Corte Suprema não considerou incompatível a condenação imposta ao recorrente com a sentença *Moreira Ferreira* e excluiu tais violações processuais do âmbito de aplicação do Artigo 449 § 1 (g) do Código de Processo Penal, como, por exemplo, a falta de participação do réu no processo, que não foram consideradas grave o suficiente para que a condenação pudesse ser considerada incompatível com a sentença *Moreira Ferreira*. Em outras palavras, a Suprema Corte basicamente seguiu a interpretação da maioria da Corte Suprema, na sentença de 27 de maio de 2009. A Suprema Corte também argumentou que o vício processual constatado na sentença da Corte, de 5 de julho de 2011, correspondia a uma nulidade irremediável (nulidade insanável), em si mesma insuficiente para desencadear a reabertura do procedimento, nos termos do Artigo 449.

46. Essa interpretação é problemática por três motivos. Em primeiro lugar, o Artigo 449 § 1 (g) não prevê qualquer diferença entre violações substanciais e

1493 Nesse sentido, a maioria contradiz a jurisprudência estabelecida (*Jeronovics c. Letônia* [GC], 44898/10, § 120, CEDH 2016).

processuais. Em segundo lugar, esta interpretação restritiva decorre de uma série de sentenças anteriormente proferidas pelo Corte Suprema, em relação a esse mesmo artigo ¹⁴⁹⁴. Em terceiro lugar, o argumento relacionado à nulidade irremediável se destina a identificar, no sistema regulatório interno, um óbice legal à execução da sentença da Corte. O contra-argumento é óbvio: o direito nacional não pode ser invocado para se opor à *restitutio in integrum*, na forma de reabertura processos nacionais ¹⁴⁹⁵

47. Ainda assim, a maioria da Grande Câmara sustenta que interpretação da Corte Suprema do Artigo 449 § 1 (g) não “parece arbitrária”¹⁴⁹⁶, pois presumivelmente em consonância com a jurisprudência da Corte, segundo a qual a Convenção não garante o direito de reabrir do processo¹⁴⁹⁷. Já foi demonstrado que essa consideração não se enquadra no quadro completo da jurisprudência da Corte.

48. Além disso, a maioria não encontra “uma abordagem uniforme entre os Estados Contratantes no que diz respeito ao direito de solicitar a reabertura do processo que transitou em julgado”¹⁴⁹⁸. O argumento utilizado pela maioria, segundo a qual “na maioria desses Estados a reabertura do processo não é automático e está sujeito a critérios de admissibilidade”¹⁴⁹⁹, não analisa o cerne da questão. A ponto não é se a reabertura é automática ou não. Na realidade, a reabertura nunca é automática, como se deduz conclusivamente de um exame do direito comparado. Há sempre critérios formais de admissibilidade, como os relativos a legitimidade para agir. Mas este não é o ponto. O importante é compreender se há critérios de admissibilidade substanciais ou não.

Da mesma forma, o argumento de que existe uma “falta de abordagem uniforme entre os Estados-Membros, no que diz respeito aos mecanismos operativos de qualquer instrumento de reabertura existente”¹⁵⁰⁰ não aborda o problema em exame no presente caso. A questão não é sobre “os mecanismos operativos dos eventuais instrumentos de reabertura existentes”, mas a existência de critérios de admissibilidade material que confirmam ao tribunal nacional uma margem de discricionariedade na apreciação do pedido de reabertura de processo penal,

1494 Ver os §§ 29 e 30 da sentença.

1495 Comentário sobre o Artigo 35 da DARSIIWA, § 8: “a restituição não é impossível com base em simples dificuldades jurídicas ou práticas, ainda que o Estado responsável devesse realizar esforços especiais para os superar. De acordo com o Artigo 32 (da DARSIIWA), o Estado que comete atos ilícitos não pode invocar as disposições de sua legislação nacional, como justificativa para a falta de reparação integral”.

1496 § 90 da sentença.

1497 Na avaliação da própria jurisprudência da Corte, a maioria dos Grande Câmara não faz distinção entre o direito de reabertura em geral e o direito de reabertura após a conclusão pela Corte de uma violação da Convenção

1498 Ver o § 53 da sentença.

1499 Ver o § 53 da sentença.

1500 Ver o § 91 da sentença.

concluído com uma sentença passada em julgado, após o accertamento de uma violação da Convenção por parte da Corte.

49. Conforme destacado acima, há um claro consenso europeu entre os Estados-Membros sobre o reconhecimento de um direito individual de reabrir caso, incluindo a reabertura ou revisão do processo, onde a Corte tenha constatado uma violação da Convenção. Apenas uma minoria dos Estados estabelece critérios de admissibilidade materiais, subespécies de um dos critérios do Comité de Ministros (sofrimento persistente das consequências negativas, ou a violação e seus efeitos só podem ser restaurados reabrindo o processo), para determinar se a reabertura deve ser concedida, e uma minoria ainda mais reduzida requer ambos os critérios. À luz deste amplo consenso europeu, só podemos concordar com o juiz que se pronunciou separadamente na sentença da Corte, de 27 de maio de 2009. A sua interpretação sobre a obrigação internacional de Portugal para reabrir o processo penal após a Corte ter constatado uma violação da Convenção, sem qualquer poder discricionário por parte da Corte Suprema, corresponde ao consenso europeu. Aliás, o juiz Maia Costa tinha razão.

50. Sob o efeito combinado de uma consideração incorreta do atual consenso europeu sobre a reabertura do processo penal, após a constatação pela Corte de uma violação da Convenção, e da margem de discricionariedade de que gozam as autoridades nacionais do Estado demandado na interpretação dos acórdãos da Corte, a maioria da Grande Câmara optou por uma abordagem minimalista, que enfraquece a autoridade da Corte e dificilmente pode orientar a interpretação dos tribunais nacionais. A maioria dá um passo infeliz em exigir um nível particularmente alto de consenso europeu, estendendo assim potencialmente a margem de apreciação do Estados além de seus limites. Sem dar qualquer justificação, a maioria elevou os *standards* do consenso europeu ao mais alto nível possível de regulamentação “uniforme”¹⁵⁰¹ do instituto da impugnação extraordinária para a reabertura do processo penal. A abordagem contraditória da maioria sobre o valor determinante do consenso europeu sobre os índices objetivos usados para determinar o grau de consenso é aqui levada ao limite, gerando grande insegurança jurídica.

A interpretação da sentença Moreira Ferreira por parte da Suprema Corte (§§ 51-56)

51. Na sentença de 21 de março de 2012, a Corte Suprema considerou que a Corte havia excluído qualquer possibilidade de que sua decisão poderia colocar em dúvida a sentença de condenação, independentemente da sanção imposta. Acrescentou que o tribunal preparou um alívio da violação processual constatada

1501 Ver os §§ 53 e 91 da sentença.

mediante a atribuição de um ressarcimento ao recorrente como instrumento de justa satisfação. O Procurador da Corte Suprema defendeu posição contrária, lembrando que sérias dúvidas poderiam legitimamente surgir sobre a condenação do recorrente. Consequentemente, requereu a admissibilidade do recurso extraordinário.

52. No presente caso, a recusa da Suprema Corte em aplicar a sentença da Corte de 2011 não traz novas informações sobre fatos ou aspectos jurídicos do caso. Não acrescenta literalmente nada à substância do processo penal originário contra o recorrente. A Corte Suprema não deu as razões relevantes e suficientes para considerar que a sentença de 19 de dezembro de 2007 do Tribunal da Relação do Porto foi compatível com a sentença da Corte de 5 de julho de 2011. Por outras palavras, em *Moreira Ferreira* (n. 2), a Grande Câmara foi confrontada com o puro e simples descumprimento da sentença *Moreira Ferreira* e não com uma determinação sobre mérito da acusação criminal.

53. A maioria da Grande Câmara entende que a interpretação da sentença *Moreira Ferreira* por parte da Corte Suprema não foi “arbitrária”¹⁵⁰². Em virtude de uma minimização do carácter vinculante da cláusula de *Oçalan*, que não coincide com a história dessa cláusula, como já anteriormente demonstrado, a maioria assume que em *Moreira Ferreira* a Câmara reconheceu ao Estado demandado “uma grande margem de discricionariedade”¹⁵⁰³. Portanto, segundo a maioria, a interpretação da decisão da Corte por parte da Corte Suprema se situou dentro da “margem discricionariedade a disposição das autoridades nacionais na interpretação das sentenças da Corte”¹⁵⁰⁴.

54. Esta é a passagem mais criticada de toda a sentença, tanto em termos de direito interno quanto da Convenção. Neste ponto, deve-se notar que a maioria da Grande Câmara não conseguiu dar uma interpretação correta à sentença *Moreira Ferreira* e, ao mesmo tempo, considerou legítima a sentença nacional de 21 de março de 2012, não lhe reconhecendo um efeito de distorcido do significado da precedente sentença da Câmara, de 5 de julho de 2011. Como bem salientado pelo Procurador da Corte Suprema, a correta interpretação da sentença *Moreira Ferreira* vai em direção oposta.

Em *Moreira Ferreira*, a Corte argumentou que o problema da responsabilidade a penal do requerente foi tão importante para o resultado do caso, que o

1502 Ver o § 96 da sentença.

1503 Ver o § 93 da sentença.

1504 Ver os §§ 95 e 98 da sentença. Pode-se debater aqui se a margem de discricionariedade também se aplica à reabertura do processo penal, uma vez que tal aspecto é disciplinado por uma disposição obrigatória (Artigo 3. do Protocolo n. 7, n. 3). De modo totalmente contraditório, essa falta de discricionariedade na interpretação do Artigo 449 é foi efetivamente reconhecida pela maioria da Grande Câmara (ver § 69 da sentença).

Tribunal de Apelação não deveria ter decidido sobre o recurso sem ter realizado primeiro uma revisão completa do requerente. Assim, a Corte estabeleceu uma grave violação processual que poderia afetar sobre o resultado do processo penal contra o requerente, vale dizer, sobre o grau de culpa do requerente em sua condenação¹⁵⁰⁵ e, portanto, a cláusula de *Oçalan* deve ser seguida de reabertura do processo do recorrente.

Na sua sentença de 5 de julho de 2011, a Corte não valorou, e não tinha como valorar, se a condenação era dúbia ou não. Portanto, desde o princípio não excluiu a possibilidade de a sentença nacional de 19 de dezembro de 2007, objeto da impugnação, poderia suscitar sérias dúvidas sobre a condenação. A afirmação da Corte, segundo a qual lhe era precluso “especular sobre qual teria sido o resultado do processo perante o Tribunal de Apelação, se tivesse ouvido o requerente em audiência pública” deve ser interpretada não como uma confirmação da validade da condenação, mas como expressão do princípio da subsidiariedade. Consequentemente, a recusa da Corte Suprema de reabrir o caso do requerente se fundou numa leitura superficial e *ultra vires* da sentença *Moreira Ferreira*, que não levou em conta o objetivo e a finalidade desta última decisão; em outras palavras, “as conclusões e o espírito da sentença da Corte em execução”¹⁵⁰⁶, anulando o princípio da *restitutio in integrum* e comprometendo a própria essência do direito do requerente comparecer perante o órgão judiciário a quem compete a revisão sobre o mérito da acusação penal contra si, neste caso, o Tribunal de Recurso do Porto¹⁵⁰⁷.

Finalmente, a negação da Suprema Corte é insustentável, mesmo à luz dos *standars* estabelecidos no *leading case* de 27 de maio de 2009. No momento da emissão da sentença da Corte Suprema tendo por objeto o pedido do recorrente de reabertura do processo (21 de março de 2012), as consequências da impugnação da sentença nacional de 19 de dezembro de 2007 (multa paga em várias prestações e sentença inscrita no registo criminal do requerente¹⁵⁰⁸) não tinha cessado após a sentença da Corte no caso *Moreira Ferreira* e, portanto, o requerente ainda sofria efeitos negativos decorrentes da decisão nacional¹⁵⁰⁹.

1505 Ver *Moreira Ferreira*, supramencionada, § 33.

1506 Ver *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT)* (n. 2), supramencionada, § 90.

1507 A este respeito, pode-se destacar que o Supremo Tribunal espanhol, com a sentença n. 145/2015, supramencionada, em conjuntura semelhante, adotou uma posição muito diferente e mais respeitadora dos direitos humanos, ordenando a reabertura dos processos nacionais, após a constatação, em *Almenara Alvarez c. Espanha*, de uma violação do Artigo 6 da Convenção, por falta de audiência pública perante o tribunal de segunda instância que condenou o recorrente.

1508 Ver os §§ 16 e 17 da sentença.

1509 Perante a Corte, o Governo argumentou que a reabertura não teria qualquer consequência prática no caso em espécie, uma vez que a sentença já havia sido executada e, portanto, motivo, já fora extinta. Este argumento não pode ser aceite. O Artigo 449, § 4, do código do processo penal permite expressamente a reabertura do processo que a sentença já tenha sido foi inteiramente cumprida. O Governo informou também ao Comitê de Ministros que tinha aprovado uma proposta de reforma do Código de Processo Penal português para corrigir o tipo de deficiências identificadas em *Moreira Ferreira*. Na verdade, tal proposta nunca foi apresentada ao Parlamento (ver § da sentença).

55. A frustração não poderia ser maior. O *favor* dos direitos humanos prometidos pela maioria, na parte relativa à admissibilidade resultou anulado na fase de mérito. Estranhamente, o teste de arbitrariedade foi utilizado no mérito para avaliar a interpretação das sentenças da Corte e do direito nacional por parte das autoridades nacionais¹⁵¹⁰. A maioria da Grande Câmara equipara a interpretação das sentenças da Corte pelas autoridades nacionais com a interpretação do direito nacional pelas mesmas autoridades nacionais, como se as sentenças da Corte e direito nacional estivessem em pé de igualdade. A maioria se baseia exclusivamente sobre interpretação das sentenças da Corte por parte dos tribunais nacionais, não atribuindo à Corte uma competência específica para interpretar suas próprias sentenças. Na prática, o teste de arbitrariedade é um cheque em branco para os tribunais nacionais, no momento em que a avaliação pela maioria da rejeição da Corte Suprema se limita à verificação formal de que “a Corte Suprema deu uma indicação suficiente das razões postas como fundamento de sua decisão”¹⁵¹¹. A orientação da maioria, que se abstém de qualquer avaliação substancial sobre a interpretação da sentença *Moreira Ferreira* por parte da Corte Suprema, significa que a Corte identifica a sua própria competência para interpretar suas sentenças, atualmente expressamente prevista no Artigo 46, § 3, da Convenção. Em outras palavras, essa limitação autoimposta dos poderes interpretativos da Corte é contrária à própria Convenção e com a vontade expressa das Partes Contratantes, conforme expresso na reforma do Protocolo 14 do Artigo 46, § 3, da Convenção.

56. Desta forma, a maioria mostra que considera a Corte como um simples órgão consultivo da Corte Suprema que, em última análise, é livre para interpretar as sentenças da Corte como lhe aprouver, desde que indique uma razão (qualquer razão) para sua interpretação, independentemente do conteúdo de tais fundamentos. Aplicando à Corte a sua própria jurisprudência, nomeadamente o emblemático caso *Bentham c. Paíse Baixo*¹⁵¹², deve-se concluir que, segundo a maioria, a Corte não é um órgão judicial, porque nem sequer tem competência para impor uma única medida para remediar uma violação da Convenção, como a reabertura de processos internos, e interpretar a sua própria sentença, nos casos em que uma nova demanda é apresentada, sob a alegação de que uma ordem da Corte não foi respeitada.

1510 Ver os §§ 90 e 96 da sentença.

1511 Ver o § 98 da sentença.

1512 Ver *Bentham c. Holanda*, n. 8848/80, § 40, de 23 de outubro de 1985, em que a Corte afirmou que “um poder decisório é inerente à própria noção de ‘tribunal’, nos termos da Convenção”.

VI. Conclusões (§§ 57-60)

57. As sentenças da Corte não são meramente declaratórias. A jurisprudência relativa ao Artigo 46 da Convenção não ficou fossilizado no passado, garantindo hoje, se for o caso, a obrigatoriedade dos efeitos jurídicos das sentenças da Corte no direito interno do Estado demandado, incluindo medidas para reexame, revisão ou reabertura de um processo penal. A cláusula de *sOçalan* deve ser lida à luz desta evolução da jurisprudência.

58. As estritas disposições da recomendação n. R (2000) 2 de Comitê de Ministros levantam um problema de compatibilidade com o Artigo 4, § 2, do protocolo 7. Por outro lado, tanto a lógica subjacente ao instituto da reabertura de um processo penal quanto os princípios de direito internacional em matéria de proteção reparatória legitimam uma interpretação mais ampla do direito de reabrir um processo penal, após a Corte ter constatado uma violação da Convenção. Na realidade, a implementação da Recomendação foi muito além da letra do texto. Hoje existe um amplo consenso a nível europeu sobre o reconhecimento do direito individual de requerer a reabertura do processo penal em razão da constatação de uma violação da Convenção pela Corte, sem qualquer discricionariedade das autoridades nacionais competentes negá-lo com base em critérios de admissibilidade materiais.

59. Diante das considerações acima, o Artigo 6 da Convenção é aplicável aos recursos extraordinários para a reabertura de processos penais. Devido à natureza autônoma da interpretação do Convenção pela Corte, a passagem compartilhável em que a maioria reconheceu o princípio da aplicabilidade do Artigo 6 da Convenção aos recursos extraordinários relativos à reabertura do processo penal não é afetado pelo fato de ter sido baseado em uma interpretação errônea de direito nacional.

60. Com base em um subestimado significado jurídico da cláusula *Oçalan*, o que não coincide com a história desta cláusula, a maioria erroneamente sustentou que, em 2011, a Câmara havia concedido a Estado demandado “uma grande margem de manobra”. Do mesmo modo que o Procurador da Corte Suprema, concluiu afirmando que a Corte Suprema deveria ter reaberto o processo relativo ao requerente, e sua recusa em fazê-lo não levou em consideração objeto e a finalidade da sentença *Moreira Ferreira*. Portanto, foi violado o Artigo 6 de Convenção.

2. CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS - SECÇÃO IV - PRODUKCIJA PLUS SOTORITVENO PODJETJE D.O.O. C. ESLOVÉNIA - RECURSO N. 47072/15 - SENTENÇA DE 23 DE OUTUBRO DE 2018

O caso: A recorrente, *Produkcija Plus storitveno podjetje d.o.o.*, é uma sociedade privada eslovena que opera no sector das telecomunicações. Em 2011, o *Competition Agency* havia iniciado algumas verificações sobre ela para investigar seu potencial risco de abuso de posição dominante. No decorrer das investigações, a Agência multou a requerente por tentar obstruir a investigação. Lá a empresa havia apelado desta decisão, solicitando um exame oral e a oitiva de algumas testemunhas; no entanto, a Suprema Corte rejeitou o seu pedido. Posteriormente, a *Competition Agency* publicou um relatório resumido do seu trabalho de “supervisão”, no qual alegava que o recorrente abusou da sua posição dominante no mercado televisivo. Ainda sobre este ponto, a empresa havia apelado para a Suprema Corte, solicitando uma audiência pública. Mais uma vez, os juízes nacionais rejeitaram o recurso. Por tal motivo, a empresa decidiu recorrer a Corte Europeia, alegando a violação dos Artigos 6 e 13 da CEDH, por não ter podido defender-se adequadamente no processo nacional (tanto no primeiro, por obstrução de investigações, quanto no segundo, por abuso de posição dominante). Na sentença de 23 de outubro de 2018, A Corte – examinando o caso somente à luz do Artigo 6 CEDH - reconheceu a violação em relação ao processo que terminou com a aplicação da multa em prejuízo do recorrente. Com efeito, no que respeita ao procedimento de apuramento da posição dominante, os juízes concluíram que a denúncia era inadmissível, uma vez que foi tratado como um processo de mera supervisão. Quanto ao procedimento, por outro lado, que levou à aplicação da sanção administrativa, os juízes julgaram que, apesar de a recorrente ter podido recorrer a Corte Suprema, esta última não havia garantido o exame das provas em contraditório. Por isso, os juízes concluíram pela violação dos direitos dos defesa como garantidos nos termos do Artigo 6 § 1 CEDH.

Palavras-chave: violação do contraditório - *restitutio in integrum* – reabertura do processo civil - reparação pecuniária - perda de oportunidade

Notas de comentário: Diego Mauri.

INCUMPRIMENTO DE PENA E PROCESSO DE INFRACÇÃO: PARECER CONCORRENTE EM MAMMADOV C. AZERBAIJÃO

GIULIA BORGNA

1. INTRODUÇÃO

Com a sentença *Mammadov c. Azerbaijão* (procedimento nos termos do Artigo 46 § 4) [GC], 15172/13, 29 de maio de 2019, a Corte EDU se pronunciou sobre o primeiro “procedimento de infração”, ativado pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, nos termos do Artigo 46 § 4 CEDH, por inadimplemento da obrigação de cumprir uma sua própria sentença definitiva.

Aguardando a novidade da pergunta, reflexões deliberadamente sistemáticas sobre a obrigação de cumprir as sentenças da Corte Europeia permeiam todo o tecido da motivação da sentença e, em particular, as opiniões concorrentes. Com opinião própria, o Juiz Pinto de Albuquerque expressa uma posição - também compartilhada pelos juízes Yudkivska, Wojtyczek, Dedov, Motoc, Poláčková e Hüseyinov - que é substancialmente dissidente do caminho argumentativo seguido pela maioria da Grande Câmara para chegar à conclusão de violação do Artigo 46 § 1 CEDH por parte do Azerbaijão. Pelas razões que serão expostas, a esta opinião deve ser reconhecida o mérito de haver lançado luzes para o que é, na verdade, um “curto-circuito” jurídico-institucional do sistema de proteção convencional em termos relações (na verdade, muito delicadas) entre o órgão jurisdicional e o órgão político, bem como da consistência interna da jurisprudência da Corte.

2. AS COORDENADAS DO CASO MAMMADOV

A fim de se orientar entre os problemas complexos evocados na opinião concorrente, é útil traçar as principais coordenadas do caso Mammadov.

Ilgar Mammadov é um conhecido líder político do Azerbaijão, então potencial candidato nas eleições presidenciais de 2013. Em janeiro de 2013, Mammadov foi preso e colocado em prisão preventiva sob a acusação de ter organizando desordem em massa na cidade de Ismayilli, no noroeste de Baku. O requerente permaneceu preso até março de 2014, quando foi considerado culpado em primeira instância dos crimes que lhe foram imputados e condenado à pena de sete anos de reclusão. Enquanto aguardava julgamento,

Mammadov recorreu à Corte Europeia, queixando-se, em particular, de violação do Artigo 5 §, 1, (c), CEDH, sustentando que a medida cautelar apli-

cada contra ele durante a investigação não estava apoiada indícios suficientes de culpabilidade (“*reasonable suspicion*”), bem como do Artigo 18, CEDH, em conjunto com o Artigo 5, da CEDH, pelas razões políticas que orientaram a atuação das autoridades do Azerbaijão.

Com a sentença de 22 de maio de 2014 (doravante, “*Mammadov (n. 1)*”), a Corte Europeia tinha aceitado o recurso, considerando, no que nos diz respeito, que a medida privativa de liberdade foi determinada sem que houvesse qualquer indício de culpabilidade, em violação do Artigo 5, § 1, (c), CEDH, bem como com a mal disfarçada intenção de silenciar ou punir o requerente por ter criticado as autoridades governamentais, em desrespeito ao Artigo 18 CEDH. A pronúncia, no entanto, era de natureza puramente declarativa e não continha qualquer indicação de medidas individuais específicas e/ou gerais para as implementar.

No entanto, em sede de fiscalização da execução da sentença, o Comitê de Ministros, imediata e repetidamente indicou que a libertação incondicional do recorrente era a única medida idônea para alcançar o objetivo conformativo consagrado no Artigo 46 § 1 CEDH. Medida esta que o Governo do Azerbaijão se recusou a aplicar, argumentando, entre outras coisas, que a questão da ilegalidade da prisão preventiva tinha sido superada porque, nesse meio tempo, foi prolação da condenação em primeira instância contra o recorrente.

Logo após a sentença em primeiro grau, Mammadov recorreu novamente a Corte Europeia, queixando-se de múltiplas violações de arte. 6 CEDH, desta vez ocorridas no processo penal contra ele. Também este segundo julgamento - definido a sentença proferida em 16 de novembro de 2017 (doravante, “*Mammadov (n. 2)*”) - resultou em uma constatação de violação pelo Estado do Azerbaijão.

Partindo da premissa da implausibilidade *prima facie* das acusações movidas contra o recorrente na fase cautelar, conforme já apurado no julgamento anterior, a Corte Europeia considerou necessário verificar se as deficiências encontradas em *Mammadov (n. 1)* foram sanadas no âmbito do processo penal subsequente (*ibid.*, § 203). Assim delimitado o perímetro de sua investigação, a Corte havia respondido negativamente à questão, considerando, de um lado, que a condenação do recorrente se fundou em um conjunto probatório incompleto e distorcido e, por outro lado, que a prova defensiva foi sistematicamente ignorada sem qualquer motivação plausível. Mais uma vez, a Corte se absteve de indicar uma medida corretiva específica *post-iudicatum*.

Imediatamente após a decisão de *Mammadov (n. 2)*, o Comitê de Ministros foi voltou ao cargo, reiterando a determinação para a liberação do requerente. Ante a persistente recusa das autoridades do Azerbaijão, o Comitê de Ministros decidiu recorrer ao que muitos comentaristas não hesitaram em definir

como “a opção nuclear”, ou o processo de infração previsto no novo Artigo 46, § 4, CEDH, por falta de execução (somente) da decisão *Mammadov (n 1)*.

O epílogo do processo por infração é bem conhecido: com a supracitada sentença de 29 de maio de 2019, a Grande Câmara da Corte declarou, por unanimidade, a violação do Artigo 46, § 1, CEDH pelo Azerbaijão, por não ter ordenado a imediata libertação do recorrente. A Grande Câmara adotou a posição do órgão político, segundo a qual a libertação do recorrente era a única medida adequada para remediar (e por fim) ao estado de detenção arbitrária e ilegal, nos termos do Artigo 5 CEDH.

O tema de fundo sobre o qual se baseia o raciocínio é que a violação do Artigo 18 CEDH, apurado em *Mammadov (n. 1)*, a respeito do primeiro segmento da prisão cautelar, teria viciado todas as atividades processuais subsequentes (incluindo a sentença condenatória). De nada valeu, para afastar a conclusão de violação, o fato de o recorrente, neste meio tempo, ter sido libertado. Segundo a Grande Câmara, de fato, a avaliação sobre a conduta conformativa do Estado se caracteriza na data em que o Comitê de Ministros remete a questão para a Corte, nos termos do Artigo 46, § 4, CEDH, momento em que, no caso em particular, o recorrido se encontrava ainda em regime de expiação de pena de prisão.

3. O JOGO DO “DITO E NÃO DITO” NA DEFINIÇÃO DO CONTEÚDO DA OBRIGAÇÃO DE CUMPRIMENTO

Assim reconstruída a história em suas características essenciais, a opinião do juiz Pinto de Albuquerque desdobra-se numa dupla ordem de considerações.

A primeira parte do voto centra-se na exegese da pronúncia feita em *Mammadov (n 1)*. Embora compartilhando a conclusão de que uma violação de arte. 46 § 1 CEDH tinha efetivamente ocorrido, o juiz Pinto de Albuquerque distanciou-se da maioria quanto aos motivos pelo qual o Azerbaijão teria inadimplido a obrigação reparatória. Em sua opinião, o Estado do Azerbaijão realmente violou o Artigo 46, § 1, CEDH, mas por um motivo diferente do reconhecido pela maioria, isto é, por não ter sanado as deficiências encontradas no processo penal ao aplicar a medida cautelar durante a fase de investigação. A dissidência, examinada mais de perto, não diz respeito a um aspecto marginal do *decisum*, mas envolve um ponto centra da decisão. E a crítica é severa: a maioria é criticada por haver negado o que já era tacitamente enunciado em *Mammadov (n. 1)* e expressamente declarado em *Mammadov (n. 2)*.

Em primeiro lugar, o juiz Pinto de Albuquerque recorda como em *Mammadov (n 1)* a Corte não havia indicado nenhuma medida de caráter individual. Embora se incluía entre as prerrogativas especificar na sentença as consequências da por decisão própria, a circunstância de a Corte ter optado por silêncio, nesse

caso, na opinião do juiz português, que a libertação do recorrente não tinha sido considerado um epílogo “com rimas obrigatórias” (ver, em sentido contrário, por exemplo, ECtHR, *Assanidze c. Geórgia* [GC], 71503/01, 8 de abril de 2004, §§ 202-203, onde a Corte instou expressamente o Estado demandado a libertar o demandante o mais rápido possível, pois a violação constatada “não deixa qualquer escolha real quanto às medidas necessárias para remediá-lo”). Aqui então o real objeto da contenda se torna o “não dito” em *Mammadov (n. 1)* que resta, como um convidado de pedra, no discurso mais amplo sobre as relações entre fases fase cognitiva e executiva do julgamento europeu.

Mas, há mais. Embora a Corte não tenha indicado em *Mammadov (n. 1)* as medidas de reparação específicas, recorda o juiz português como a questão foi, pelo menos em substância, abordada (e resolvida) no subsequente *Mammadov (n. 2)*. Como já foi dito, no segundo julgamento europeu, a Corte tinha como objetivo verificar se o processo penal contra o recorrente tinha sanado as deficiências da medida cautelar, conforme apontado na primeira sentença. Traduzido: a ilegítima privação de liberdade sofrida pelo recorrente durante as investigações poderia ter sido remediada através de um processo penal em conformidade com os padrões previstos no Artigo 6 CEDH.

Nesse sentido, o pressuposto em que se baseia a pronúncia do Grande Câmara parece ser efetivamente contraditório em relação ao que foi decidido em *Mammadov (n. 2)*. A Grande Câmara “carimbou” o julgamento criminal como irremediavelmente viciado, *ab origine*, pelo seu propósito de repressão de dissidência política, onde a Corte já havia configurado como um meio abstratamente adequado para remediar a privação ilegítima da liberdade sofrida pelo requerente durante a fase de investigação. Que isso não era que ocorreu, entretanto, é bem diferente do conteúdo da obrigação de cumprimento. A crítica do juiz Pinto de Albuquerque à maioria é, portanto, ter reorientado a história e revisitado sua posição anterior.

A Grande Câmara parecia, para ser honesto, ciente do risco de “ancoragem”, para rejeitar qualquer possível exceção precisamente nas dobras motivacionais do segundo julgamento europeu, no qual foram constatadas graves violações do direito a um julgamento justo no processo penal cargo do recorrente. Na opinião da maioria, esta avaliação teria corroborado a indispensabilidade de medidas individuais em cumprimento do primeiro julgamento europeu. O raciocínio, no entanto, apresenta uma ambiguidade básica: a Grande Câmara alegou ter fundado uma declaração da inaptidão abstrata *ex ante* do processo penal como medida remediadora, valendo-se de avaliações concretas *ex post*.

Como bem assinala o Juiz Pinto de Albuquerque, a construção motivacional da decisão da Grande Câmara deixa a sensação indescritível de que a libera-

ção do requerente foi reconectada predominantemente (se não exclusivamente) mediante a constatação da violação do Artigo 6 CEDH contida em *Mammadov (n. 2)*, em vez da violação do Artigo 5 CEDH esclarecido em *Mammadov (n. 1)*. Ainda à margem a constatação óbvia de que o processo por infracção só tinha sido ativado em relação ao primeiro julgado europeu, tecnicamente, o Tribunal não havia apurado a violação do Artigo 5, § 1, CEDH, no que diz respeito à prisão sofrida pelo recorrente, após a fase de investigação e, portanto, na pendência do processo e/ou no momento da expiação da sentença definitiva. Assim, como aprendemos pela primeira vez com opiniões concorrentes, a reclamação apresentada pelo recorrente a este respeito foi declarada inadmissível, por decisão do Presidente da Câmara, composição de um juiz único, ao mesmo tempo que a comunicação do recurso *Mammadov (n. 2)*. Acrescente a isso que, em *Mammadov (n. 2)*, a Corte nem sequer analisou a reclamação nos termos do Artigo 18 CEDH, considerando que já absorvido na constatada violação do Artigo 6 CEDH.

Até prova em contrário, portanto, a ilegalidade da detenção sofrida pelo recorrente, após a fase de investigação, nunca foi formalmente apurada pela Corte Europeia, de modo que algumas perplexidades permanecem a existência de nexo de causalidade entre a violação apurada em *Mammadov (n. 1)* e a medida corretiva identificada pela Grande Câmara durante o processo de infracção.

Na verdade, a motivação adotada pela maioria da Grande Câmara arrisca implicitamente endossar a mensagem insidiosa para a qual qualquer violação dos cânones de um penal justo, consagrado no Artigo 6 CEDH, embora agravado pela constatação “a montante” da violação de Artigos 5 e 18 da CEDH, no que diz respeito à medida cautelar imposta na fase das investigações, tornaria ilegítima a detenção posterior *tout court* (sofrida tanto enquanto o julgamento está pendente, como sob a expiação da pena definitiva) e implicaria necessariamente a libertação do requerente.

4. AS REPERCUSSÕES DE UM PAPEL “ATIVO” DO COMITÊ DE MINISTROS SOBRE A INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO

A segunda parte de opinião se concentra no risco de interferência do Comitê dos Ministros sobre a independência do Poder Judiciário. O argumento começa com a constatação de que o Comitê de Ministros, a partir de dezembro de 2014 e até à ativação do processo de infração, pediu insistentemente a libertação de Mammadov, sob o fundamento de que todo o processo penal contra ele foi irremediavelmente viciado. Na época, no entanto, o processo penal ainda estava pendente, em grau de apelação.

Pois bem, o juiz Pinto de Albuquerque estigmatiza justamente a conduta do Comitê de Ministros, que - insistindo para a imediata libertação do requerente

te enquanto o processo ainda estava em curso - teria assim interferido na administração da justiça, com sério comprometimento do princípio de independência e imparcialidade do Poder Judiciário.

Além disso, essa interferência não afetou apenas os tribunais do Azerbaijão, mas também seria extensível à atividade da própria Corte Europeia, empenhada em examinar com precisamente a compatibilidade do processo penal com as normas garantidos pela Convenção. Mesmo antes de a Corte se pronunciar sobre a de fato, o segundo recurso proposto por Mammadov, de fato, o Comitê de Ministros já havia denunciado uma grave violação do direito a um processo justo, antecipando assim, de fato, a avaliação da Corte.

Nesse ponto, ressoa a advertência do juiz português, com particular veemência: embora coube ao Comitê de Ministros identificar as medidas corretivas específicas necessárias para dar cumprimento às sentenças europeias, o exercício desse poder não é ilimitado e não pode transgredir o âmbito tradicionalmente reservado ao Poder Judiciário. O risco não é tanto o de uma mistura de papéis (cujos contornos são já evanescentes pelas regras do processo por infração), mas principalmente de influenciar o resultado de julgamentos ainda em andamento, a nível interno e supranacional.

Segundo o Juiz Pinto de Albuquerque, seria oportuno esboçar (e delimitar rigorosamente) os limites do poder de fiscalização confiado ao Comitê de Ministros na fase de execução das sentenças europeias.

Em nossa opinião, a única forma de receber este “convite” e evitar realmente o risco de intromissões políticas indevidas na esfera da revisão judicial seria centralizar somente na Corte a tarefa de identificar o remédio específico *post-iudicatum*, deixando ao Comitê de Ministros a supervisão *stricto sensu* sobre o adimplemento da obrigação de cumprimento, cujo conteúdo já foi determinado em sede judicial. No entanto, no momento, uma forma tão radical repensar o mecanismo de fiscalização do julgamento - com conseqüente aceitação por parte dos Estados de um claro redimensionamento de seu papel não parece estar no horizonte.

5. CONCLUSÕES

As duas linhas de reflexão que animam a opinião concorrente do juiz Pinto de Albuquerque, apenas aparentemente distintas e autónomas entre elas, estão realmente intimamente ligadas no sentido da necessidade preeminente de assegurar o sistema de proteção convencional.

O juiz português lembra-nos com razão que o não-dito não é sempre verdadeiramente tal e que cada sentença pode (e deve) também ser lida na transpa-

rência. Aqueles que se atrevem a se aventurar além da superfície das estatuições explícitas pode descobrir que, às vezes, o não dito é equivalente a o que foi dito sussurrado, mas não menos significativo por isso. O argumento é fascinante e, de certa forma, inédito, vez que o debate costuma ser polarizada apenas no cenário inverso. Na verdade, muitas vezes tendemos a dar como certo que a Corte nem sequer abordou o problema das específicas prescrições de remediação, de acordo com uma suposta *self-restraint* imposta pela margem de apreciação usufruída pelos Estados na escolha do meio através do qual executar a sentença europeia. A opinião concorrente que estamos discutindo aqui requer, se não uma repensar, pelo menos uma reflexão renovada sobre o peso a ser atribuído ao silêncio.

Não há dúvida de que a relutância tendencial da Corte Europeia em indicar expressamente as consequências da própria decisão constituem o volante através do qual o Comité de Ministros reivindica um papel de liderança na execução do julgamento europeu, pois é sobre ele que a tarefa - sem precedentes nos sistemas tradicionais - de concorrer, juntamente com o Estado demandado, para definir o conteúdo da obrigação de cumprimento. No entanto, como reiterado pela Grande Câmara, a liberdade de escolha da medida corretiva não é ilimitada, pois os remédios escolhidos devem ser sempre conforme com “as conclusões e o espírito” da sentença europeia.

Por esta razão, acreditamos que, quando há incerteza objetiva sobre o alcance da sentença cujo descumprimento é reclamado (possivelmente também alimentada pelo já mencionado “silêncio”), seria oportuno pedir à Corte - antes da abertura do processo de infração - uma decisão interpretativa nos termos do Artigo 46 § 3 CEDH.

Assim, não só seria devolvido à mesma formação judicante que proferiu a sentença a tarefa de esclarecer sua interpretação, mas também se evitaria também o risco - longe de ser remoto - de uma obrigação conformativa com um conteúdo enganoso e excessivamente líquido.

A opinião do juiz Pinto de Albuquerque parece ser mais uma confirmação da indispensabilidade de repensar a dialética institucional no seio do Conselho da Europa. Repensar não significa necessariamente redimensionar o papel do corpo político, mas delinear, de modo mais rigoroso, a divisão de poderes entre o Comité de Ministros e a Corte Europeia, na fase executiva do julgamento, a fim de eliminar as residuais “zonas de penumbra” em que os direitos fundamentais permanecem privados de um adequado remédio restaurador.

A NOVA FISIONOMIA DO JULGADO EM MATÉRIA PENAL IMPLÍCITA NA JURISDIÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

MARIA LUCIA DI BITONTO

1. INTRODUÇÃO

O jurista italiano costuma lidar com motivações da jurisprudência de legitimidade ou de mérito (às vezes até do Tribunal constitucional) que parecem ser nada mais do que “um mero *a posteriori*, em um entrelaçamento de ficções em que o que importa é se desvencilhar com destreza” (a expressão é retirada de M. Chiavario, *Garanzie individuali ed efficienza del processo*, em AA.VV., *Il giusto processo*, Milão, 1998, p. 74). Semelhante tendência argumentativa parece permear a decisão da Corte de Estrasburgo no caso *Moreira Ferreira* (n 2) aqui comentado (ver Corte EDU, *Moreira Ferreira (n. 2) c. Portugal* [GC], 19867/12, 11 de julho de 2017). Felizmente, o Juiz Pinto de Albuquerque, graças à sua incisiva e lúcida opinião divergente, expõe todas as inconsistências e falhas desta decisão, que contradiz o melhor que a jurisprudência europeia dos direitos humanos conseguiu construir, em quase sessenta anos de história que o precedeu.

Uma das pedras angulares do sistema multinível de proteção dos direitos humanos é que a Convenção Europeia de Direitos Humanos garante direitos concretos e reais e não teóricos e ilusórios (TEDH, *Artico c. Itália*, 13 de maio 1980, § 33; *Imbrioscia c. Suíça*, 24 de novembro de 1993, § 38; *Sanino c. Itália*, 27 de abril de 2006, § 48; a este respeito, ver também A. Tamietti, *Il diritto ad esaminare i testimoni a carico: permangono contrasti tra l’ordinamento italiano e l’Artigo 6 § 3 d) della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Cassazione penale* 2006, p. 3002, nota 66). Essa suposição elementar, no entanto, é derrubada em o contrário se a Corte de Estrasburgo abdicar do seu papel de garante do efetivo cumprimento pelo Estado da obrigação de remediar a violação de um direito fundamental perpetrada em processo penal através da *restitutio in integrum* do recorrente (ver, neste sentido, o § 3 do Voto Dissidente onde consta que “O princípio a base da previsão de uma justa reparação das violações da Convenção é que o requerente deve, tanto quanto possível, ser colocado na posição em que estaria se a violação nunca tivesse ocorrido (*restitutio in integrum*)”).

Parece evidente, por isso, a triste verdade de todas as críticas feitas pelo Juiz Pinto de Albuquerque. No caso em apreço, o juiz europeu, tendo todos os elementos para detectar “o puro e simples não cumprimento da sentença *Moreira Ferreira* “(§ 52 do voto dissidente), pronunciada em 5 de julho de 2011, preferiu adotar uma abordagem minimalista (ibid., § 50) que, de fato, corre o risco de conferir um valor meramente consultivo dos pronunciamentos da Corte de Estrasburgo (ibid., § 56) e, assim, endossar a tendência nunca adormecida das

jurisdições nacionais, sobretudo penais, de se subtrair do efeito vinculante dos provimentos dos juízes supranacionais, tanto mais quando estes não são já referidos por entes soberanos, como Estados, mas por indivíduos ou outras pessoas jurídicas coletivas, que atuam para proteger seus direitos fundamentais (sobre o “surgimento do indivíduo “no direito internacional, tradicional e peculiarmente caracterizado por ser o direito de uma comunidade de entidades soberanas - os Estados - dentro dos quais os indivíduos representavam uma entidade insignificante ver, para todos, U. Leanza, *Il diritto Internazionale. Da diritto per gli Stati al diritto per gli individui*, Turim, 2002, p. 106. Querendo, sobre o assunto, ver também as posições contidas em M. L. Di Bitonto, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Turim, 2004, p. 7 e segs.).

O teor impecável da opinião divergente formulada por Pinto de Albuquerque dispensa glosas ou esclarecimentos.

Portanto, uma maneira útil de introduzir a leitura deste texto parece ser permanecer sobre alguns perfis do sistema multinível de proteção dos direitos humanos que parecem implícitos na elaboração teórica impecável como fundamento da opinião expressa pelo juiz português e que dizem respeito ao impacto revolucionário produzido pela jurisprudência da Corte de Estrasburgo sobre a fisionomia do julgado e da execução no âmbito penal. É de crer, de facto, que neste domínio a subsidiariedade da jurisdição supranacional sobre os direitos humanos e a margem de apreciação das Autoridades nacionais vem sendo reduzidas, tendo em conta, principalmente, os peculiares contornos assumidos pela fase que se segue à irrevogabilidade da sentença penal.

A subsidiariedade da intervenção da Corte de Estrasburgo, de fato, assume uma feição diferente, conforme se tenha em conta a admissibilidade de um recurso e seu tratamento, de um lado, ou a reparação de violações já constatadas, de outro. Somente na primeira situação a prudência e cautela da Corte são justificáveis, tendo em vista a necessidade de propiciar ao máximo maior envolvimento dos tribunais nacionais no sistema de proteção dos direitos fundamentais, através de todas as potencialidades permitidas pelo Artigo 13 CEDH.

Ao contrário, quando a violação de um direito fundamental foi constatada pela Corte de Estrasburgo, deve se proceder à tempestiva reparação do *vulnus* sofrido pelo titular do direito violado, e não há espaço para qualquer autocontenção por parte do juiz dos direitos que, ao contrário, deve ser um garante rigoroso da eficácia do que foi anteriormente decidido.

Em outras palavras, quando um pronunciamento tiver certificado e tornado incontroversa a subsistência da violação de um direito fundamental, as autoridades nacionais certamente não podem perseverar na posição censurada por Estrasburgo, mas devem respeitar o que foi estabelecido na sentença europeia e

a efetividade desses resultados deve ser garantida primariamente pelo estado nacional e, este último persistindo na violação, pela própria Corte de Estrasburgo.

2. O CASO CONCRETO

Ao contrário do que deveria ter sido, no caso *Moreira Ferreira c. Portugal* (n 2) as autoridades nacionais perpetuaram a violação apurado pela Corte de Estrasburgo e, graças ao juiz Pinto de Albuquerque, este precedente não cairá no esquecimento e permanecerá um alerta e exemplo do que não deve ser a jurisdição sobre os direitos humanos.

Esta história diz respeito a um acusado que foi condenado sem ter sido colocado nas condições de ser ouvido em apelação e que - tanto mais à luz de um contexto probatório com base no qual foi proferida sua sentença de primeiro grau, depois confirmada em recurso - ela havia sido considerada pelo Tribunal de Justiça Estrasburgo contrária ao disposto no Artigo 6 CEDH. Em sede de execução interna a tal decisum, os juízes portugueses perseveraram na mesma posição criticada pela Corte de Estrasburgo e, ao fazê-lo, anularam os resultados da anterior decisão da Corte de Estrasburgo.

Provavelmente, o cerne da pronúncia doméstica que negava a Senhora Moreira Ferreira a reabertura do julgamento, é resumida à questão de que, com base no direito interno português, quando o acusado for intimado a comparecer na audiência, a sua falta de comparecimento constitui uma nulidade irremediável cuja integração, no entanto, não legitima a instauração de um procedimento de impugnação extraordinária (Ver TEDH, *Moreira Ferreira (n 2) c. Portugal*, cit., § 26).

Esta declaração de princípio deveria ter sido contestada pela Corte europeia dos Direitos do Homem, para afirmar claramente que, em matéria penal, um corolário implícito do sistema convencional de proteção dos direitos humanos reside justamente na superação definitiva da tradicional regra, típica dos sistemas continentais, segundo a qual a passagem em julgado da sentença determina a sanatória das nulidades eventualmente ocorridas no curso do processo.

Não foi assim que decidiu o juiz Pinto de Albuquerque, preferindo seguir os outros caminhos hermenêuticos, em que egregiamente dissentiu, com firmeza, em sua opinião dissidente.

3. JULGAMENTO E NULIDADE NA PERSPECTIVA DO SISTEMA MULTINÍVEL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Com efeito, acontece muitas vezes que a violação de um direito fundamental no curso de um processo penal se realiza precisamente através do cum-

primento de um ato inválido. Isso é quase sempre verdade em relação ao direito essencial ser ouvido por um juiz penal, que é um tradicional direito de participar do processo, cujo eventual descumprimento é maioritariamente sancionada pelos sistemas nacionais de *civil law* com nulidade. Bem, sempre que um direito fundamental garantido pela Convenção europeia está também protegido a nível nacional, por meio da previsão de invalidade no caso inobservância da regra estabelecida para salvaguardar esse direito fundamental, é inevitável que a jurisdição sobre os direitos humanos projeta a efeitos jurídicos do ato inválido muito além dos limites do julgado.

Isso depende, essencialmente, da própria dinâmica do julgamento na Corte de Estrasburgo. Quem denuncia a violação de uma regra convencional ocorrida no curso de um processo penal é, geralmente, uma pessoa que já foi julgada com sentença transitada em julgado, porque é apenas o prévio esgotamento dos meios de recursos internos é que retorna o recurso para a Corte de Estrasburgo é admissível (Artigo 35 § 1 CEDH). Então, se a violação é consumada mediante um ato processual interno poderia ter sido sancionado com nulidade, é claro que o eventual êxito do recurso acaba por colocar o recorrente numa situação muito semelhante à dos que gozam do direito à renovação de ato nulo. Bem observado, de fato, quando a violação do direito humano ocorreu em um processo penal e, para sua reparação por parte da autoridade nacional é indispensável um novo processo, é claro que neste último elas não podem repetidos aqueles atos através dos quais a se consumou a violação da CEDH reconhecida por Estrasburgo. Assim, se esses atos fossem considerados nulos da mesma forma da lei nacional e, no entanto, nenhum juiz declarou a nulidade, é desnecessário dizer que, no novo processo terão de ser validamente renovados, sem qualquer violação do direito fundamental. E isso acontece justamente porque, para sanar a violação constatada internamente, é necessário renovar as atividades processuais que, se validamente realizadas na primeira vez, teriam permitido evitar a violação.

Aplicado esse discurso às contingências do primeiro caso *Moreira Ferreira*, se a recorrente tivesse sido ouvida no recurso, não teria sido configurada qualquer violação do Artigo 6 da CEDH, tanto que a Corte de Estrasburgo condenou Portugal precisamente porque não houve tal audiência. Esta decisão impunha às autoridades nacionais reabrir o processo para permitir que a senhora *Moreira Ferreira* fosse ouvida antes de ser julgada culpada ou inocente. Ao contrário, preferiu-se considerar que o não comparecimento do acusado para ser ouvido configura uma nulidade que não poderá ser sanada posteriormente, nem mesmo através da instauração do procedimento de recurso extraordinário para cumprir, em nível nacional, do órgão máximo da jurisdição sobre direitos humanos (TEDH, *Moreira Ferreira* (n. 2) c. Portugal, cit., § 26).

Da recusa em aceitar a ideia de que a decisão da Corte de Estrasburgo poderia implicar a renovação de um ato processual inválido praticado no procedimento declarado *unfair* pelo juiz europeu por contraste com Artigo 6 CEDH origina o curto-circuito exegético em que se encontram os juízes portugueses.

É inegável, aliás, que eles deviam ter reaberto o processo e permitido à Sra. Moreira Ferreira expor o que considerasse útil para sua defesa perante o órgão judicante. Mas a esta solução não foi dado seguimento sob o implícito pressuposto de que a nulidade insanável resultado da falta de oitiva da acusada deveria se considerar “sanada” e não mais modificável em razão do julgamento.

Se esta última afirmação fosse verdadeira, no entanto, cairia uma grande parte do marco do sistema de direitos humanos “processuais” garantidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, porque muitos deles estão protegidos já em nível nacional, por meio de dispositivos que sancionam com nulidade atos praticados sem a sua observância e que, no entanto, permanecem desprovidos de eficácia precisamente porque a jurisprudência nacional às vezes privilegia uma leitura restritiva e prejudicial ao direito de defesa das regras sobre nulidade, em função de salvaguardar de “superiores” instâncias repressivas (com relação o sistema italiano, para um resumo das tendências interpretativas de jurisprudência destinada a enfraquecer, se não anular totalmente, a prerrogativas de defesa Ver G. Spangher, *Considerazioni sul processo “criminale” italiano*, Turim, 2015, p. 40 e seguintes. Para um exame exaustivo das diretrizes através das quais se realiza a não aplicação ou elusão das normas alcançada das regras regidas por sanções processuais, consulte E. M. Catalano, *Le invalidità alla deriva*, em AA. VV., *Legge e potere nel processo penale. Pensando a Massimo Nobile*, Pádua, 2017, p. 139 e segs.).

É, portanto, necessário que as jurisdições nacionais se tornem mais ciente do fato de que a Corte de Estrasburgo dá novos aspectos à relação entre coisa julgada e nulidade. Ao mesmo tempo, é necessário que a Corte Europeia de Direitos Humanos promova a superação de semelhantes concepções tradicionais, porque a sua perpetuação corre o risco de anular a salvaguarda dos direitos garantidos pelo sistema convencional.

4. “TANGIBILIDADE” ORDINÁRIA DA SENTENÇA PENAL IRREVOGÁVEL

Em apoio adicional da irrepreensível opinião dissidente, é de se acrescentar algumas considerações adicionais para enfatizar que o sistema multinível de proteção dos direitos humanos instituído junto ao Conselho da Europa permite substituir a tradicional afirmação da “intangibilidade” do julgado pela natural e ordinária “tangibilidade” da sentença pena irrevogável.

A violação de direitos fundamentais ocorrida em um processo de natureza penal e constatada pela Corte de Estrasburgo, de fato, permite qualificar o processo em que essa violação ocorreu como um “simulacro” do processo [no sentido de que o exercício de atividades incompatíveis com as prescrições do Artigo 6 da CEDH “acabaria com também a jurisdição no sentido próprio e nos encontraríamos na presença de um seu simulacro” Ver G. Ubertis, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, II ed., Turim, 2007, p. 111; Id., *La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra C.e.d.u. e Trattato di Lisbona*, in *Cassazione penale* de 2010, p. 2510 ss.; da mesma forma A. Giarda, *Italia e giurisprudenza europea: “Io speriamo che me la cavo”*, in *Diritto penale e processo*, 2006, p. 6; O. Mazza, *L'esecuzione può attendere: il caso Dorigo e la condanna ineseguibile per accertata violazione della Cedu*, em *Giurisprudenza italiana*, 2007, p. 2639. Em sentido fortemente crítico desta posição, no entanto, Ver R. E. Kostoris, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich*, em *Giurisprudenza italiana*, 2009, p. 2517. Ver também G. Ubertis, *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazione dell'equità processuale*, in A. Balsamo - R. E. Kostoris (Editores), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Turim, 2008, p. 115, onde se afirma que, se em razão da violação do Artigo 6 da CEDH, não existe “juridicamente um julgamento (seja qual for o significado pretendido), a questão de nem sequer surge respeitar um julgamento “].

Isso não deve causar escândalo. No campo penal, a sentença é garantia de liberdade e, justamente por isso, implica sempre a irretratabilidade perpétua e insuperável somente das sentenças liberatórias para o acusado, deixando sempre aberta a possibilidade de remédios extraordinários *in bonam partem* [no sentido de que “o estilo acusatório exige os ritmos de um tempo exato...: finalmente resolvido, o caso está encerrado (sujeito a remédios extraordinários *in bonam partem*)” Ver F. Cordero, *Procedura Penale*, IX ed., Milão, 2012, p. 120]. Do resto, foi Francesco Carrara quem escreveu que “as sentenças criminais condenatórias nem sempre têm o valor absoluto de *rejudicata*” (F. Carrara,

Della rejudicata in criminal, retirada de *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, volume VII, 2ª edição. corrigida, ampliada e reorganizada, Lucca, Tipografia B. Canovetti, 1877, pág. 275, agora *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, editado por M. Nobili, Bolonha, 2004, p. 502) como “para violência da humanidade e da justiça é preciso admitir a possível retratibilidade das sentenças criminais condenatórias, quantas vezes a descoberta de um julgamento anulado destaca a inocência de uma vítima infeliz de acusação injusta” (F. Carrara, *op. ult. cit.*, p. 509).

Diferentemente da perspectiva do ilustre jurista oitocentista, graças à jurisdição europeia dos direitos humanos, a noção de erro judicial agora suscetível

de ser ampliada para todos os casos em que uma sentença foi pronunciada sem observar as regras convencionais de julgamento justo.

Isso porque, a celebração de um processo tendo por objeto o mesmo fato anteriormente julgado com sentença irrevogável não depende mais de fatos supervenientes que permitam discussão a condenação originária (ou seja, quando resultem caracterizados os pressupostos tradicionais da revisão criminal), mas também pode e originar da necessidade de finalmente permitir a celebração de um processo em que sejam efetivamente salvaguardados direitos garantidos pelo Artigo 6 da CEDH anteriormente violados.

5. A nova fisionomia da execução da condenação

Além disso, que a fase do processo penal posterior à irrevogabilidade da sentença condenatória é radicalmente modificada em decorrência da consolidação da jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos Humanos decorre de outra vertente interpretativa do Tribunal de Estrasburgo, em matéria de “legitimidade da detenção”.

Como observou, a sentença irrevogável deixa de ser título de detenção legítima, nos termos do Artigo 5, § 2, CEDH, no caso de o processo no qual foi pronunciada tenha sido objeto de um julgamento de não observância das garantias do Artigo 6 CEDH (TEDH, *Stoichkov c. Bulgária*, 9808/02, 24 de março de 2005, § 51).

Também neste caso, o fundamento de tal posição se encontra na dinâmica dada pelo Artigo 35, § 1, CEDH, para a relação entre os dois níveis para a proteção dos direitos humanos nacionais e supranacionais. O necessário exaurimento dos recursos internos, que legitima uma pessoa a denunciar a violação de um direito fundamental perante a Corte de Estrasburgo implica que, em matéria penal, quando a Corte Europeia dos Direitos do Homem condena o Estado pela violação da CEDH, o titular do direito violado geralmente já está submetido a pena de prisão na execução da sentença irrevogável.

Esta contingência óbvia, decorrente da diferença cronológica do processo nacional em que ocorreu a violação e daquele realizado em Estrasburgo, explicando por que a decisão supranacional sobre direitos humanos afeta imediata e efetivamente a própria legitimidade da detenção sofrida pelo recorrente.

É claro, porém, que mesmo neste caso a jurisdição sobre os direitos humano supera o postulado tradicional dos sistemas continentais segundo o qual, após a irrevogabilidade de sentença penal condenatória, à prisão da pessoa condenada não pode mais ser questionada.

A jurisprudência italiana adequou à estrutura convencional, interpretando de forma evolutiva o incidente de execução regido pelo Artigo 670 c.p.p. Da interferência entre a decisão da Corte de Estrasburgo e a fase executiva resultou em um novo papel do juiz da execução penal na Itália, como órgão articulador entre os níveis supranacional e interno do sistema multinível de proteção dos direitos humanos (em prol do reconhecimento o papel central do juiz de execução em matéria de execução a nível interno das decisões da Corte Europeia dos Direitos Humanos F. M. Iacoviello, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cassazione Penale*, de 2011, p. 818 e segs.) Não só para determinar sobre a libertação imediata de uma pessoa condenada após um procedimento considerado *unfair* pela Corte de Estrasburgo (*Cassazione penale*, Seção I, 22 de setembro 2005, Cat Berro, in *Cassazione penale*, 2006, p. 3171 ss., Com comentários por E. Selvaggi, *Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e il giudicato nazionale: conflitto non risolvibile?*; *Cass. pen.*, Seção Eu, I, de 1 de dezembro 2006, Dorigo, em *C.E.D. Cass.*, n. 235447; Tribunal de Roma, 25 de setembro 2006, Bracci, in *Cassazione Penale*, 2007, p. 268 e segs., Com observações de E. Selvaggi), mas também para neutralizar os efeitos da sentença de um juiz italiano em relação ao qual o juiz europeu considerou uma violação do Artigo 7 da CEDH, que pode ser sanado por meio de uma reformulação quantitativa da pena, subtraída da avaliação discricionária do juiz (*Cass. pen.*, Seção I, 10 de janeiro de 2012, Guidi, in *C.E.D. Cass.*, n. 253093; *Cass. pen.*, Seção I, 11 de janeiro de 2012, Gelsomino, *ibid.*, n. 251857; *Cass. pen.* Seção I, 6 de julho 2017, Contrada, *ibid.*, n. 273906).

Não faltaram críticas a esta interpretação evolucionária (D. Negri - S. Carnevale, *Corte europea e iniquità del giudicato penale*, in *Diritto penale e processo*, 2007, p. 1229 e seguintes; G. Pierro, *Equità del processo e principio di legalità processuale*, in *Diritto penale e processo* 2009, p. 1515 ss. Ver também T. E. Epidendium, *Forza vincolante delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e giudicato penale*, *ibidem*, p. 94 ss. Em termos problemáticos A. Scalfati, *I giudici offrono un "rimedio tampone" in attesa che si colmi il vuoto legislativo*, in *Guida al diritto*, 2007, 9, p. 80 ss., o que parece mostrar apreço pela solução adotada pela jurisprudência, ainda que "na perspectiva antiformalista do último remédio"; Ver também L. Parlato, *Riapertura del processo iniquo per modifica "viziata" del nomen iuris*, in *Diritto penale e processo*, 2008, p. 1584 e segs.; A. Tucci, *Violazione dell'equo processo accertata da Strasburgo e paralisi del giudicato*, in *Diritto penale e processo*, 2007, p. 1338 e segs.). No entanto, essas críticas não parecem ser compartilhadas [neste sentido, se desejar, M. L. Di Bitonto, *Giudice dell'esecuzione e Artigo 13 C.e.d.u. (argomenti a sostegno delle conclusioni del p.m. d'udienza disattese da Sez. un., 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano)*, in *Cassazione Penale*, 2013, pág. 2511 e segs.], enquanto os institutos de execução penal que permitem as

modificações *in melius* do título executivo não tem natureza excepcional, e isso lhe permite a aplicação analógica, (no sentido de que, em matéria processual e, além disso, *in bonam partem*, a interpretação analógica é permitida, Ver M. Pisani, *Abolitio criminis e sospensione condizionale della pena in sede esecutiva*, in *Cassazione penale*, 2004, p. 2184. Da mesma forma Ver *Cass. Pen.*, Seção VII, 6 de março de 2008, Boujlaib, in *C.E.D. Cass.*, n. 239.961, que afirma que “em termos de execução, a revogação da sentença de a condenação também opera, em virtude da interpretação extensiva ou analógica”).

Além disso, deve-se considerar que a ampliação dos poderes *pro libertate* do juiz de execução italiano está ligada à matriz de garantias da reserva de jurisdição estabelecida pelo Artigo 13 da Constituição, com base na qual se deve excluir que os poderes expansivos do juiz criminal deste direito fundamental possam compor um *numerus clausus* (neste sentido, Ver M. L. Di Bitonto, *Libertà personale*, em A. Camon - C. Cesari - M. Daniele - M. L. Di Bitonto - D. Negri - P. P. Paulesu, *Fondamenti di procedura penale*, Pádua, 2019, p. 92; ver também M. Pisani, *Giurisdizione penale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milão, 1970, pág. 385, segundo o qual a jurisdição penal se expressa como “qual jurisdição sobre as liberdades”).

Em conclusão, os sistemas nacionais devem resignar-se à ideia de que a jurisdição internacional sobre direitos humanos redesenha duas importantes regras do processo penal, nomeadamente aquela segundo a qual a irrevogabilidade da sentença penal vale, por um lado, como causa geral de sanatória de nulidade e, por outro lado, como condição incontornável para a execução da pena privativa de liberdade.

Aqueles que não aprovam este enfraquecimento da estabilidade tradicional da sentença penal resta argumentar que o único antídoto para a permeabilidade da coisa julgada às decisões da Corte Europeia dos Direitos do Homem é a plena implementação a nível interno de proteção de direitos humanos. Somente quando a jurisprudência nacional consolidar soluções exegética de efetiva observância das normas convencionais, a reabertura do processo reclamado pela pessoa violada em um direito fundamental no curso de um processo penal pode se tornar um evento “excepcional” e residual. Antes que esse momento chegue, porém, é necessário que a Corte de Estrasburgo consolide e fortalece o seu perfil como efetivo controlador da correta implementação a nível nacional das suas decisões, assim como indicado pelo Juiz Pinto de Albuquerque em sua magistral opinião divergente no caso *Moreira Ferreira* (n. 2).

REABERTURA DE PROCEDIMENTOS INTERNOS, MARGEM DE APRECIÇÃO, CONSENSO EUROPEU

DIEGO MAURI

A sentença do TEDH, *Moreira Ferreira* (n. 2) c. Portugal [GC], 19867/12, 11 de julho de 2017, aborda a questão (espinhosa) da existência de uma obrigação por parte do Estado a que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos atribui a responsabilidade pela violação de um direito sancionado na Convenção (normalmente, mas não exclusivamente, em questões de justo processo, nos termos do Artigo 6 CEDH), para permitir a reabertura do processo interno dentro (ou do seu resultado) em relação ao qual é constatada uma previa violação. Com efeito, não é raro na jurisprudência da Corte recorrer-se a assim chamada “*retrial clauses* - “cláusulas”, as vezes contidas apenas na parte da fundamentação da sentença, as vezes também na parte dispositiva, em que se afirma que a reabertura do procedimento interno constitui “in principle, *the most appropriate* form of redress” ou “in principle *an appropriate* way of redressing the violation”.

Deve se reconhecer à opinião (dissidente) do juiz Pinto de Albuquerque o mérito de oferecer ao leitor uma análise profunda e ponderada da prática jurisprudencial em matéria de *retrial clauses*; prática, para a verdade, decididamente variada e, como se verá, às vezes, até confusa.

Vamos prosseguir em ordem. O ponto de partida da maioria dos juízes do caso *Moreira Ferreira* (n. 2) é a seguinte: a Corte não tem o poder de ordenar a reabertura do processo interno concluído com uma decisão final, nem a título de uma satisfação justa (Artigo 41 CEDH) nem como medida individual (artigo 46. da CEDH); no entanto, em circunstâncias excepcionais, é inegável que a reabertura constitui o meio adequado para reparar a violação convencional. Em outras palavras: a reabertura é a exceção, não a regra. O voto do juiz Pinto de Albuquerque se propõe a refutar esse ponto de partida, que ele repreende, essencialmente, como uma apreciação “do lado negativo” da jurisprudência da Corte, articulada numa lógica de “exceção” que não corresponde ao consenso europeu que veio a se formar sobre o tema.

Como se sabe, a reabertura de um processo interno - seja ele criminal, como no presente caso, que civil ou administrativa - produz o efeito de devolver o recorrente vitorioso a Estrasburgo, nas mesmas circunstâncias anterior à violação sofrida: trata-se, em suma, de uma forma de *restitutio in integro*. As cláusulas de novo julgamento foram usadas, em primeiro lugar, como forma de restituição, nos termos do Artigo 41 CEDH, que estabelece o pagamento de uma quantia em dinheiro como justa satisfação, somente quando o direito dentro de um estado não permite a restituição total. Este é o caso da chamada cláusula *Gençel-Somogyi*

(do nome dos dois requerentes, no primeiro caso numa disputa contra a Turquia, na segunda contra a Itália), que afirma como a reabertura constitui o meio mais adequado (e, portanto, não um dos mais adequados) para remediar a violação.

Posteriormente, a Corte passou a considerar o instrumento de reabertura do processo interno na perspectiva do Artigo 46 CEDH, ou seja, como medida individual; aqui, porém, com maior cautela. A reabertura, de fato, é considerada *um* dos meios mais adequados para a restituição do recorrente na situação anterior à infração, e é indicada com resultado de uma avaliação cuidadosa das circunstâncias particulares caso concreto e sem prejuízo das prerrogativas do Comité de Ministros (que, como se sabe, tem controle sobre a execução das sentenças). É o caso da chamada cláusula *Oçalan-Sejdović* (novamente, dois recorrentes, respectivamente em uma disputa contra a Turquia e outra contra Itália).

No entanto, um traço dessa divisão geométrica logo desaparece. Como demonstrado na opinião divergente (§§ 8-18), a prática jurisprudencial da Corte Tribunal vem se expandindo ao longo dos anos. Às vezes, como no caso em análise, a cláusula *Oçalan-Sejdović* foi usada, no contexto das decisões *sub* Artigo 41 CEDH (e, pelo contrário, *Gençel-Somogyi* sob o perfil do Artigo 46 CEDH); às vezes as cláusulas são inseridas não só na parte da motivação da sentença (o que acontece na maioria dos casos), mas também na parte dispositivo (o que, aparentemente, lhe dá mais força vinculativo). Não só isso, mas para além das questões penais – onde as cláusulas, por assim dizer, “vieram à luz” – tais cláusulas foram também usadas com relação à questões civis, fiscais e administrativas. E não apenas com referência às violações do direito a um julgamento justo, *ex* Artigo 6 CEDH: o Tribunal também recorreu em matéria de direito à vida (Artigo 2 da CEDH, do ponto de vista processual, estabelecendo a reabertura de novas investigações), de não retroatividade da lei penal (Artigo 7. da CEDH), de proteção do direito de propriedade (Artigo 1. do Protocolo n. 1 à CEDH), de proteção da vida privada e familiar (Artigo 8. da CEDH).

A opinião divergente contém numerosas notas de rodapé, cheias de referências a precedentes jurisprudenciais: para quem quer se aventurar na intrincada floresta das *retrial clausers*, as páginas do juiz Pinto de Albuquerque oferecem um mapa preciso e confiável para navegar pelas divergências expressivas e dificuldades reconstrutivas. Mas - ainda mais importante para os propósitos que nos ocupam – a opinião também contém ideia úteis para refutar dois argumentos frequentemente apresentados para negar a existência da obrigação de reabertura do procedimento interno.

Segundo um primeiro argumento, a obrigação de reabrir o procedimento como medida individual ou como forma não monetária de justa satisfação existiria *somente* onde já estivessem presentes no direito interno instrumentos

que permitem essa reabertura. Há um traço desse argumento, por exemplo, no recente posicionamento da Corte Constitucional italiano em matéria de reabertura do julgamento civil e administrativo posterior a constatação de uma violação convencional pela Corte de Estrasburgo (ver Tribunal Constitucional, 26 de março de 2017, n. 123, e 27 de abril de 2018, n. 93). Enquanto, como se sabe, com a sentença n. 113, de 2011, a Consulta declarou a inconstitucionalidade da disposição do código de processo penal que rege as hipóteses de revisão da sentença penal (artigo 630 do Código Penal italiano), na parte em que não permite a reabertura do processo penal quando isso é necessário para cumprir uma decisão da Corte de Estrasburgo (portanto, em contraste com o Artigo 46 da CEDH, como norma interposta para efeito do Artigo 117, § 1, da Constituição), a um resultado diverso chegou o juiz constitucional com referência a questões de legitimidade constitucional dos artigos do código processo civil (artigos 395, 396 c.p.c.) e administrativo (Artigo 106 c.p.a.). Uma das razões dadas a favor de uma disciplina tão distinta é, justamente, o argumento segundo o qual a reabertura só seria necessária na ante uma disposição de lei interna, que assim o permita, hipótese essa que não ocorre no ordenamento jurídico italiano. Basta um rápido levantamento da jurisprudência convencional para refutar esta afirmação. As *retrial clauses* foram usadas, em matéria civil, nos casos em que foram considerados, por exemplo, os ordenamentos jurídicos turco, georgiano, lituano, maltês e esloveno, todos sem, naquela altura, uma disposição que permite a reabertura do processo (ver parecer dissidente do juiz Pinto de Albuquerque a *Moreira Ferreira (n. 2) c. Portugal*, cit., § 8).

Mas, há mais. O Juiz Pinto de Albuquerque menciona ainda um precedente que, embora bastante isolado, contém um ponto de partida digno de profunda reflexão: em Corte EDU, *Laska e Lika c. Albânia* 12.315/04 e 17.605/04, de 20 de abril de 2010, § 73 e seguintes, citado no § 12 do parecer, o Tribunal chegou a afirmar a existência de uma “obrigação positiva” (como descreve o juiz português), para o Estado cuja responsabilidade é apurada, de “remover quaisquer obstáculos em seu sistema jurídico que pudesse impedir que a situação dos recorrentes fosse adequadamente corrigida [...] ou introduzir um novo remédio”. Ou as autoridades internas fazem utilização das ferramentas existentes para permitir a reabertura do processo penal (como aconteceu, por exemplo, em Itália, na sequência sentença n. 113 de 2011) ou são obrigados a preparar *ex novo* um remédio específico para cumprir a obrigação. Embora formulado em termos diferentes, esta obrigação também foi pronunciada com referência a processos não criminais: por exemplo, no TEDH, *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suíça* (n. 2), 32772/02, 20 de junho 2009, § 97, a Corte lembrou como a obrigação de cumprir *as* próprias decisões - decorrentes não só do Artigo 46 CEDH, mas também, mais genericamente, do Artigo 1 CEDH - traz consigo a obrigação

de os Estados organizarem seu sistema judicial “de tal forma que seus tribunais possam atender aos requisitos da Convenção, inclusive na execução do julgamentos da Corte” (posteriormente a esse caso, ver também Corte EDU, *Aviakompaniya A.T.I., ZAT c. Ucrânia*, 1006/07, 5 de outubro de 2017, § 29).

Claramente, uma obrigação assim concebida é dirigida a todos os Estados, independentemente da existência de uma ferramenta interna para a reabertura do procedimento - cuja ausência, portanto, não pode ser invocada como justificativa para a falta de cumprimento da sentença convencional. A opinião do Juiz Pinto é, portanto, uma crítica construtiva de indiscutível valor para quem pretende afirmar, em sede própria, a insuficiência do ordenamento interno, que não preveja hipótese de reabertura do procedimento, como resultado da constatação de uma violação convencional.

O segundo argumento baseia-se em um aspecto primorosamente formal, qual seja, a colocação da *retrial clause* no conteúdo da sentença. Uma obrigação de reabertura só existiria se for indicada no dispositivo da decisão; diversamente, não seria necessária (e, portanto, uma obrigação em sentido próprio não existiria) nos casos em que a cláusula de novo julgamento estivesse contida apenas na parte de fundamentação da sentença. Em comparação com esta configuração (exageradamente formalista), o juiz Pinto de Albuquerque comprova, com indiscutível valor jurídico, que deve ser reconhecida a *retrial clause*, independentemente de sua *sedes* (ver opinião divergente do juiz Pinto de Albuquerque em *Moreira Ferreira (n.2) c. Portugal*, cit., §§ 16-18) e em conformidade com um critério de matriz substantivo. Ainda que se adote tal concepção, não se pode ocultar como, em si mesma, realmente acrescenta muito pouco à questão da obrigatoriedade da reabertura do procedimento: em outras palavras, se for verdade que a colocação da cláusula de novo julgamento sua substância não muda e, portanto, não deve dizer nada sobre a existência de uma obrigação legal, isso se aplica tanto a favor da existência da mesma quanto em seu prejuízo.

Analisando mais de perto a questão, a incerteza sobre a existência de uma verdadeira e própria obrigação jurídica depende, a montante, de uma atitude do juiz convencional, o que não parece exagerado definir como ambíguo. Por um lado, a Corte considera que não tem poder para ordenar a reabertura do processo; no outro, no entanto, muitas vezes indica a reabertura como a principal via de reparação o ilícito cometido. Às vezes, tem-se a impressão de que a margem de apreciação disponível para o Estado membro (e perdedor) é reduzida ao osso; às vezes, é o posto, a Corte mantém uma atitude de todo o deferente em relação às escolhas feitas pelo Estado na fase de execução, mesmo quando aparecem em total contraste com a sentença do juiz convencional. É precisamente o caso de *Moreira Ferreira (n. 2)*, em que, com efeito, a sentença sobre a não violação do Artigo 6 CEDH, por não reabertura do procedimento interno após a primeira

decisão sobre o mérito (cf. Corte EDU, *Moreira Ferreira c. Portugal*, 19808/08, 5 de julho de 2011) foi votou com uma maioria muito estreita (9 juízes contra 8). Além disso, é de se lembrar que, neste caso, a Corte usou a cláusula menos decisiva *Oçalan-Sejdović*, no que se refere à justa satisfação (artigo 41. da CEDH), numa passagem (§ 41 da frase supracitada), com forte conotação de ambiguidade: o fato de a Corte “tomar nota” da existência de um instrumento interno para a reabertura parece emprestar seu lado ao tema - na verdade, então montado pelo juiz interno e, portanto, reconhecido pelo Tribunal - sobre a não obrigatoriedade da reabertura. Também ocorreu o mesmo em um caso muito mais recente, posterior à pronúncia e, portanto, não invocado na opinião, o TEDH, *Haddad c. Espanha*, 16572/17, 18 de junho de 2019, §§ 76-80, por um processo relativo à guarda da filha de um cidadão sírio, para efeitos do Artigo 8 CEDH: aqui o Tribunal, tendo anotado observado a “necessidade urgente de por fim à violação”, considerou que o remédio restitutivo era o mais apropriado afastá-la” (portanto, fazendo uso da mais rigoroso cláusula *Gençel-Somogyi*), mas, na parte dispositiva, não faz mais do que “destacar” a disposição interna que permite a reabertura. Uma sugestão - quase uma intimação? - é colocada em “meio-termo” indefinido entre o juridicamente vinculativo e o altamente recomendado, e isso soa como uma reverência forçada à margem de apreciação nacional.

Do ponto de vista do Juiz Pinto de Albuquerque, a deferência demonstrada pela Corte em relação aos Estados e, portanto, de sua margem de apreciação é amplamente injustificável. Na segunda seção da primeira parte (ver opinião divergente do Juiz Pinto de Albuquerque em *Moreira Ferreira (n. 2) c. Portugal*, cit., §§ 19-34), a abordagem “restritiva” da Recomendação R (2000) 2, do Comité de Ministros, é criticada, sobretudo porque é também fonte de incerteza: por exemplo, a reabertura do processo interno está sujeito a critérios como gravidade erro processual (normalmente aplicável a violações do artigo 6. da CEDH) ou à persistência das consequências prejudiciais da violação (aplicável, por exemplo, às violações do Artigo 8 CEDH: pense no caso das sentenças de adoção que, tornados definitivos, produzem efeitos ininterruptos incompatível com o respeito pela vida familiar). Segundo o juiz Pinto de Albuquerque, esta abordagem teria, na verdade, sido superada pela prática dos Estados Partes da CEDH que, gradualmente, modificaram suas próprias regras processuais (em matéria penal), de modo a reconhecer aos indivíduos verdadeiro e próprio direito de obter a reabertura do processo - e, portanto, de acordo com o conhecido modelo das posições de Hohfeld, a *obrigação* do Estado de permitir a realização do conteúdo. A opinião divergente afirma, com vigor, que a lógica da margem de apreciação deve ser substituída, resultado de um reconhecimento oportuno, de puro direito comparado, de mecanismos de reabertura internos dos Estados Partes da CEDH, a doutrina do assim chamado *consenso europeu*, para vencer a última resistência

daqueles Estados que - pelo menos em matéria penal - ainda não estabeleceram instrumentos específicos.

Em conclusão, a posição do Juiz Pinto de Albuquerque enquadra-se dentro de um debate que a jurisprudência (convencional e interna) e a doutrina estão bem longe de terminar. Basta pensar que, nos recentíssimos julgamentos da TEDH, *Romić e outros c. Croácia*, 22238/13 e outros, 14 de maio de 2020, relativos à reabertura de um processo penal, não após uma sentença da Corte, mas após a declaração unilateral do Estado *ex* Artigo 37 CEDH, a juíza Pauliine Koskelo (e também os juízes Tim Eicke, em parte, e Ksenija Turković, de forma diferente), juntaram à sentença uma opinião concorrente em que se problematiza o uso indevido do instrumento de reabertura, dado o risco de, por vezes, ser utilizado um uma distância temporal considerável dos fatos e possivelmente prejudicial aos direitos consolidados em favor de terceiros. Em suma, a imagem é enriquecida com pontos problemáticos, assim que você começa a considerar os efeitos que a eventual revisão de uma sentença (penal, civil, administrativa) transitada em julgado pode produzir, tanto em nível individual (relativamente, por exemplo, a terceiros que não estão interessados em questionar uma decisão definitiva) e a nível sistémico (no que respeita ao princípio da certeza da lei - “legal certainty” -, também protegido pela Convenção).

No jogo inevitável de balanceamentos e ponderações, que tanto o legislador (a montante) e os juízes (a jusante) são obrigados a conduzir para garantir, a um só tempo, a segurança *do direito* e certeza *dos direitos* (convencionalmente garantidos tanto aos recorrentes vitoriosos em Estrasburgo, como a quaisquer terceiros), o intérprete encontrará no voto dissidente do juiz Pinto de Albuquerque, e em sua demonstração convencida da existência de uma verdadeira obrigação de reabrir o processo penal definitivamente encerrado, um ponto de apoio seguro, a ser mais explorado e desenvolvido, também com referência a questões que não sejam as penais.

Para celebrar a figura do Paulo Pinto de Albuquerque, seus colegas e amigos italianos quiseram comentar suas opiniões divergentes proferidas durante os anos em que foi juiz do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Desde os doutrinadores mais renomados até aos mais jovens doutores e doutorandos, participaram desta obra todos aqueles que reconhecem na contribuição jurisprudencial de Paulo Pinto de Albuquerque uma importante característica de formação, crescimento e comparação cultural, tendo ele sempre operado com o rigor necessário em relação às numerosas questões relativas à esfera de proteção dos direitos humanos.

Nos últimos anos, tem havido uma crescente conscientização entre acadêmicos e profissionais sobre a importância da Convenção Europeia de Direitos Humanos e seus protocolos para a interpretação e aplicação de normas de direito substantivo e processual, bem como — antes mesmo — para a avaliação de sua legitimidade constitucional.

Esta obra está dividida em dois volumes e seis capítulos (no volume 1: As garantias de um julgamento justo; A proteção dos direitos de propriedade e da liberdade de movimento pessoal; Execução de sentenças de tribunais europeus; no volume 2: A proteção da vida, da saúde e da integridade psicofísica; Cidadania, imigração e asilo; Humanidade, legalidade e irretroatividade das sanções penais); os quais foram abordados conjuntamente com as perspectivas do direito penal substantivo e processual penal, civil, administrativo e internacional, colhendo assim o precioso testemunho da abordagem interdisciplinar e científica dos autores.